



Cartagena de Indias, cuatro (04) de febrero de dos mil diecinueve 2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Clase de acción	ACCIÓN POPULAR
Radicado	13-001-33-33-008-2008-00184-01
Demandante	JORGE DUSSAN HITSCHERICH Y ALBERTO DURAN ÁLVAREZ
Demandado	URBASER S.A. E.S.P., y el DISTRITO TURÍSTICO y CULTURAL DE CARTAGENA
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	Carencia actual de objeto por hecho superado

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada DISTRITO TURÍSTICO y CULTURAL DE CARTAGENA y el URBASER S.A. E.S.P., contra la sentencia dictada en audiencia en fecha treinta (30) de mayo de dos mil once (2011), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en la cual se ordena a URBASER S.A. E.S.P., a la devolución de las sumas cobradas en exceso a los usuarios por concepto de la aplicación de la metodología tarifaria, y se ordena al DISTRITO TURÍSTICO y CULTURAL DE CARTAGENA, que en su condición de autoridad de policía administrativa para la inspección, vigilancia y control de la prestación de servicios públicos domiciliarios de Aseo y de sus obligaciones contractuales, la empresa URBASER S.A. E.S.P., de cumplimiento.

III.- ANTECEDENTES

1. DEMANDA.

Los señores JORGE DUSSAN HITSCHERICH y ALBERTO DURAN ÁLVAREZ, actuando en nombre propio, interpusieron acción constitucional contra URBASER S.A. E.S.P., y el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA., con fundamento en los siguientes hechos¹:

1.1. Hechos.

¹ Folios.





1. Mediante el contrato de concesión N° 002-2006, el Distrito Turístico Y Cultural de Cartagena, otorgo a la sociedad URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P., la concesión para la prestación del servicio público domiciliario de aseo, en el área de servicio exclusivo N° 3 (ASEO 3), comprende parte de la zona suroriental e incluye las Unidades comuneras de gobierno urbana ocho, nueve, diez, once, doce, catorce y quince del Distrito con área aproximada 2.414 Ha. Adicionalmente, incluye las Unidades comuneras de gobierno rurales de pasa Caballos, Barú, Santa Ana, Boca chica, Caño de Oro, Tierra Bomba, Isla Fuerte, Islas del Rosario y Archipiélago de San Bernardo. Como se observa en la tabla 4.7., anexo 02 del Pliego de Condiciones, "DESCRIPCIÓN DE LAS ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO" (pag. 62)

2. De acuerdo con la cláusula 9 del contrato, se estableció que las tarifas aplicables a los suscriptores del servicio serían las pactadas con sujeción a las metodologías y normatividad vigentes a su celebración, según lo señalado por el artículo 10, del Decreto 891 de 2002, el cual dispone:

ARTÍCULO 10. REGLAS QUE GARANTIZAN ESTABILIDAD REGULATORIA EN EL ELEMENTO TARIFARIO. En los documentos que se elaboren para contratación por parte de los municipios y distritos de la prestación de la actividad del servicio público de aseo, se deberá dejar expresa constancia de que serán aplicadas las normas legales reglamentarias y regulatorias vigentes al momento de la celebración del contrato respectivo.

En materia tarifaria, los contratos que se celebren se sujetaran a las metodologías tarifarias y/o opciones tarifarias expedidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, vigentes al momento de la celebración del contrato.

Una vez suscrito el contrato, el estudio tarifario deberá ser puesto en conocimiento de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (subrayas fuera del texto)

3. Así mismo, en la cláusula 25 se estableció que es el concesionario quien asume el riesgo por los cambios legales y regulatorios que se produzcan durante la vigencia del acuerdo y, en especial, aquellos que tengan que ver con las tarifas:

CLAUSULA 25. ENTIDAD TARIFARIA Y AJUSTES TARIFARIOS: para los efectos establecidos en el presente contrato se entiende que la Entidad Tarifaria





Local es el DISTRITO. Quien hará los ajustes tarifarios necesarios pertinentes conforme a la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA o la entidad que haga sus veces.

PARÁGRAFO: para los efectos establecidos en el presente contrato se entiende que EL CONCESIONARIO asume los riesgos derivados de los cambios regulatorios, administrativos y legales de las tarifas, y los que afecten negativamente los flujos de la prestación del servicio o ejecución del proyecto.

4. Reiterando las reglas precedentes, en el Pliego de Condiciones, numeral 1.9 “Régimen Legal del Servicio Público de Aseo” se estableció:

“(…) Acorde con lo establecido en el artículo 10 del Decreto 891 de 2002, al contrato de concesión que se celebre como consecuencia del procedimiento de selección previsto en el presente pliego presente le será aplicable a las normas legales, reglamentarias y regulatorias vigentes al momento de su celebración. Así mismo, en materia tarifaria, el contrato que se celebre se sujetará a las metodologías tarifarias y/o opciones tarifarias expedidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, vigentes al momento de su celebración todas aquellas que le modifique adicionen o complementen”. PLIEGOS LICITACIÓN DAM 002-05, CONCESIÓN PARA LA RECOLECCIÓN, BARRIDO Y LIMPIEZA DE VÍAS Y ÁREAS PÚBLICAS Y PÚBLICAS Y CORTES DE CÉSPED EN ÁREAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE DE LOS RESIDUO AL SITIO DE DISPOSICIÓN EN EL DISTRITO DE CARTAGENA. (Pag 23 y 24)

5. Igualmente, según el Estudio de Costos y Tarifas de Cartagena, anexo al Pliego de Condiciones, las tarifas serían indexadas de conformidad con lo establecido por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA-. además, cada proponente presentaría las formulas y tarifas a aplicar, teniendo en cuenta que deberían ceñirse en un todo a la metodología de fórmulas y tarifas formuladas por la CRA en la Resolución 151 de 2001, para efectos del contrato, los valores máximos de referencia se incluyeron en el anexo 006 de los Pliegos.

6. Entre julio y diciembre de 2006, las empresas Promotora Ambiental Caribe S.A. E.S.P., aplicaron la tarifa adecuada por el Decreto 420 de junio de 2006, emanado del Distrito de Cartagena, de acuerdo con los registros de tarifas en el Sistema Único de Información de la Superintendencia de Servicios Públicos.





7. Según el Decreto 420 de 2006, artículo 4. Los valores para el cobro del servicio público domiciliario de aseo que se pueden cobrar en el Distrito Turístico Y Cultural de Cartagena de Indias, a partir del 15 de mayo de 2006, eran los siguientes:

Tipo de usuario	Tarifa Máxima estándar \$/ABRIL/2006	Tarifa Máxima con 2 Frecuencias Barrido \$/Abril/06	Tarifa Máxima con 6 Frecuencias Barrido \$/Abril/06
E1	2,941.75	3,414.36	
E2	5,883.50	6,828.73	
E3	8,334.96	9,674.03	
E4	9,805.83	11,381.21	
E5	27,573.99	32,003.96	
E6	56,157.99	65,180.18	
P. PROD. COM.	32,277.52	34,903.16	45,404.17
GRAN PRO.IND.	40,346.90	43,628.94	56,755.21

8. Para el año 2007, Urbaser Colombia S.A E.S.P., aprobó y dio aplicación a las normas tarifarias contenidas en las Resoluciones 351 y 352 de 2005 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA., que son sensiblemente más elevadas que las definidas por el Distrito de Cartagena.

9. Es decir, la sociedad Urbaser Colombia S.A. E.S.P., cobro tarifas por encima de las autorizadas en el contrato de concesión, omitiendo su deber de asumir los cambios en la regulación y lesionando el patrimonio y los ingresos de los suscriptores y usuarios pertenecientes al área de servicio exclusivo N°3.

10. Las tarifas que se aplicaron a los usuarios para el año 2007 fueron las siguientes:

CLASE DE USO	CARGO FIJO	CARGO VARIABLE
ESTRTO 1	784	24.521
ESTRTO 2	1.568	49.043
ESTRTO 3	2.222	69.477
ESTRTO 4	2.614	81.738
ESTRTO 5	4.966	155.303
ESTRTO 6	9.018	281.997
INDUSTRIAL	5.162	161.433
COMERCIAL	5.162	161.433
OFICIAL	2.614	81.738

11. Las tarifas que se aplican a los usuarios para el año 2008, de acuerdo con la información que reporta la empresa en su página web, son las siguientes:



TARIFAS ESTABLECIDA PARA LA ZONA URBANA DEL DISTRITO DE CARTAGENA
DE ACUERDO CON LAS RESOLUCIONES CRA 351 Y 352 DE 2.005, PARA EL
SEGUNDO SEMESTRE DEL AÑO 2008.

		JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE						
	Estrato 1	858	27.99	858	27.99	858	27.99	858	27.99	858	27.99	858	27.99
	Estrato 2	1717	55.99	1717	55.99	1717	55.99	1717	55.99	1717	55.99	1717	55.99
RESIDENCIAL	Estrato 3	2432	79.32	2432	79.32	2432	79.32	2432	79.32	2432	79.32	2432	79.32
	Estrato 4	2861	33.31	2861	33.31	2861	33.31	2861	33.31	2861	33.31	2861	33.31
	Estrato 5	5436	177.30	5436	177.30	5436	177.30	5436	177.30	5436	177.30	5436	177.30
	Estrato 6	3870	321.34	3870	321.34	3870	321.34	3870	321.34	3870	321.34	3870	321.34
	Pequeño productor	5650	184.30	5650	184.30	5650	184.30	5650	184.30	5650	184.30	5650	184.30
COMERCIAL	Gran productor	5650	184.30	5650	184.30	5650	184.30	5650	184.30	5650	184.30	5650	184.30
	Pequeño productor	5650	184.30	5650	184.30	5650	184.30	5650	184.30	5650	184.30	5650	184.30
INDUSTRIAL	Gran productor	5650	184.30	5650	184.30	5650	184.30	5650	184.30	5650	184.30	5650	184.30
	Pequeño productor	2861	93.31	2861	93.31	2861	93.31	2861	93.31	2861	93.31	2861	93.31
OFICIAL	Gran productor	2861	93.31	2861	93.31	2861	93.31	2861	93.31	2861	93.31	2861	93.31



12. Por lo tanto, de conformidad con los cálculos contenidos anexos 1 y 2, cuya fuente es el Sistema Único de Información de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la empresa Urbaser Colombia S.A. E.S.P., sobre facturo para el periodo comprendido entre enero de 2007 y mayo de 2008 un valor de \$2.459.863.635, excediendo de esta forma las tarifas contractuales pactadas con la Alcaldía de Cartagena (ver: anexo1y2)

13. este hecho tuvo tanta transcendencia que el Congreso de la Republica, por intermedio del Senador Plinio Olano, pidió explicaciones a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, la cual, mediante concepto 8501 de 04 de diciembre de 2007, sobre el particular respondió lo siguientes:

≤ La aplicación de dichas tarifas en la ciudad de Cartagena, que en ultimas signifco, como usted bien lo advierte en el interrogante planteado, que a unos usuarios se les aplique el marco tarifario y a otros, obedece a que uno de los concesionarios y el mismo Distrito Turístico por interpretaciones de orden contractual, que dicho sea de paso escapen a la órbita de competencial de actuación de la CRA, resultando permitiendo tal situación, la cual obviamente esta entidad no puede compartir fundamentalmente porque se vulneran las condiciones en las cuales la CRA, encontró verificado los motivos para permitir la asignación e áreas de servicio exclusivo, además de constituir un evidente cambio en las condiciones contractuales en contra de los usuarios de dicho concesionario y a favor de este último ≥

14. la anterior posición jurídica ha sido reiterada por la misma CRA, y por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, - SSPD, en el concepto de SSPD, - OJ- 2008-413, el cual se adjunta, y en el que se afirma:

“El Ministerio de Desarrollo, para efectos de reglamento lo atinente a las previsiones del artículo 9 de la ley 632 de 2000, concretamente el tema de los requisitos y procedimientos para el otorgamiento de las áreas de servicio exclusivo por parte de los municipios y distritos para asegurar la prestación eficiente del servicio de aseo a todos los habitantes, expidió el Decreto 891 de 2002, el cual señalo que en los contratos de áreas de servicio exclusivo existe estabilidad regulatoria, lo cual significa que se aplican las normas vigentes al momento de la celebración del contrato.

De lo anterior, se concluye que los contratos de concesión celebrados mediante invitación publica que cumplan los requisitos estipulados en el parágrafo 1 del artículo 87 de la ley 142 de 1.992 y los lineamientos y directrices señalados para dichos tipos de contratos por la resolución CRA 151 de 2001,





se encuentran sometidos al régimen de estabilidad regulatoria determinado en el Decreto 891 de 2002"

15. De acuerdo con los hechos expuestos, así como con las decisiones asumidas por Urbaser Colombia S.A. E.S.P., en el sentido de aplicar unas tarifas distintas a las pactadas con el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, dicha empresa vulnera lo establecido en el inciso final del artículo 148 de la ley 142 de 1994, que prohíbe cobrar servicios no prestados, tarifas o conceptos diferentes a los previstos a las condiciones uniformes de los contratos, o alterar la estructura tarifaria, definida para cada servicio público domiciliario.

16. Por lo tanto, Urbaser Colombia S.A. E.S.P., debe proceder a la devolución de cobros no autorizados, de acuerdo con lo previsto en la Resolución 294 del 21 de julio de 2004, de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA.

17. Por otra parte, por tratarse de una concesión, el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena., debe responder solidariamente con su contratista por los perjuicios ocasionados a los usuarios del servicio público de aseo. Es de recordar que el artículo 32, numeral 4, de la ley 80 de 1993, establece que el contrato de concesión debe desarrollarse por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente.

18. De acuerdo con el artículo 3, de la ley 80 de 1993, "Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines".

19. En relación con la obligación de la entidad de fijar las tareas para el debido cumplimiento del objeto del contrato, es una consecuencia de la facultad que tiene la Administración de dirigir y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, conforme al artículo 14, numeral 1, del Estatuto de Contratación, que en lo pertinente establece:

1º. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación de los servicios graves de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continuada y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2º. De este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las





condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

20. Así mismo, la ley 80 de 1993, artículo 26, estipula que," los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

21. En consecuencia, el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, representada por la Alcaldía de Cartagena, entidad concedente del servicio público de aseo, incumplió con sus deberes en defensa de los intereses de los administrativos y usuarios del servicio público, al permitir que la empresa Urbaser Colombia S.A. E.S.P., cobrara tarifas superiores a las permitidas en el contrato de concesión N° 002-2006, y el marco legal y regulatorio aplicable.

1.2. Pretensiones.

Con fundamento en lo expuesto anteriormente el accionante solicita las siguientes pretensiones:

"PRIMERA: Que se declare que la sociedad demandada Urbaser Colombia S.A. E.S.P., lesione los derechos constitucionales colectivos de los consumidores y usuarios del servicio público de aseo en el área de servicio exclusivo N° 3, del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena., consagrados en los artículos 365, 366, 367, 368, y 369 de la Constitución Política.

SEGUNDA: Que de acuerdo con la pretensión anterior, se ordene que la sociedad Urbaser Colombia S.A. E.S.P., cese, en forma inmediata, la aplicación del régimen tarifario definido en las resoluciones 351 y 352, expedidas por la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico, que afectan de manera grave el patrimonio y el ingreso de los suscriptores y usuarios del área de servicio N° 3.

TERCERA: Que la sociedad demandada Urbaser Colombia S.A. E.S.P., devuelva a los suscriptores y usuarios del área de servicio exclusivo N°3, el mayor valor tarifario cobrado, según lo disponen la Ley 142 de 1994 y la regulación Vigente.

CUARTO: Que se reconozca el incentivo económico previsto en el artículo en la ley 472 de 1998.





QUINTO: *Que la entidad demandada sea condenada en costas y expensas judiciales."*

2. CONTESTACIÓN:

2.1. DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA.(FI. 139-171)

Mediante escrito radicado en fecha 26 de marzo de 2009, ante la Secretaría de esta Corporación, dio contestación de la presente acción popular, manifestando su oposición a cada una de las pretensiones, por cuanto, considera, carece de fundamento de hecho y de derecho.

Asimismo, la accionada propuso las siguientes excepciones de "INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN O VULNERACIÓN DE UN DERECHO COLECTIVO POR EL DISTRITO DE CARTAGENA, INNOMINADA O GENÉRICA" al considerar que ha dado cumplimiento a todas las competencias constitucionales, legales y contractuales para proteger los derechos colectivos invocados como vulnerados o amenazados.

2.2. URBASER S.A. E.S.P.

Mediante escrito radicado ante la Secretaría de esta Corporación, dio contestación de la presente acción popular, manifestando su oposición a cada una de las pretensiones, por cuanto, considera, carece de fundamento factico y jurídico.

Asimismo, la accionada propuso la excepción de "INEXISTENCIA DE LA VULNERACIÓN AL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS." Y argumenta que en virtud del contrato de concesión No. 02-2006 suscrito entre el Distrito de Cartagena y URBASER COLOMBIA S.A. ESP, se realizó un requerimiento a esta última para que aplicara la nueva metodología tarifaria contenida en las Resoluciones CRA 351 y 352 de 2005, por lo anterior la empresa presentó el estudio de costos y tarifas que aplicaría conforme a los lineamientos emitidos por la CRA, así como también le remitió a la CRA el estudio de los costos correspondientes y las tarifas aplicadas al servicio de aseo en la ciudad de Cartagena de acuerdo con las resoluciones CRA 351 y 352 de 2005, por lo que en aplicación a la cláusula 25 del contrato de concesión URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P aplico la nueva metodología tarifaria.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.(FI.288-320)



En sentencia proferida en audiencia de fecha treinta (30) de mayo de dos mil Once (2011), el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, ordena a URBASER S.A. E.S.P., a la devolución de las sumas cobradas en exceso a los usuarios por concepto de la aplicación de la metodología tarifaria, y se ordena al DISTRITO TURÍSTICO y CULTURAL DE CARTAGENA, que en su condición de autoridad de policía administrativa de policía administrativa para la inspección, vigilancia y control de la prestación de servicios públicos domiciliarios de Aseo y de sus obligaciones contractuales, la empresa URBASER S.A. E.S.P., de cumplimiento., bajo los siguientes argumentos:

URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P., facturó y cobró desde el mes de enero de 2007, tarifas distintas a las previstas en las condiciones contractuales originalmente pactadas y por ende, alteró la estructura tarifaria definida de manera contractual para el servicio público domiciliario de Aseo en la ciudad de Cartagena de Indias D. T. y C. (Bolívar), tal como lo concluyó la misma Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y que conllevó a que esta le impusiera una sanción por \$400.0000.000.00; y ordenara la devolución de lo indebidamente cobrado.

Tanto la empresa URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P., y el DISTRITO TURÍSTICO y CULTURAL DE CARTAGENA, actuaron favoreciendo sus intereses particulares en contra del bien común, la primera porque facturo y cobro desde el mes de 2007, tarifas distintas a las condiciones contractuales originalmente pactadas, con el agravante que el prestador tiene el deber de no afectar los derechos de sus usuarios y no se puede ver una forma en la que pueda hacerlo más claramente, o bien no suministrándole un servicio continuo y de buena calidad, o bien no estableciendo las tarifas que debe aplicar dentro del marco de la ley, más aun cuando las áreas de servicio exclusivo para la prestación de los servicios públicos como es en el presente caso, se hace en interés social y con el propósito de que la cobertura se extienda a personas de menores ingresos, por lo tanto no estamos frente a un simple negocio jurídico entre un ente territorial y una empresa prestadora de servicios públicos. Es un negocio jurídico con una finalidad muy clara de orden social que involucra de manera esencial el interés de las clases menos favorecidas, que evoca por lo tanto un interés claramente general, y no particular, para que pueda garantizársele el acceso a un servicio público, como es el aseo.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. De la parte accionada URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P. (Fl. 325-328)

Código: FCA - 008 Versión: 01 Fecha: 18-07-2017





La parte accionada, a través de su apoderada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 30 de mayo de 2011, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, aduciendo que no comparte los fundamentos y razonamientos con los cuales se concede la protección invocada, pues no es el reflejo de la de la realidad probatoria y que se desconocen los medios y conclusiones para corroborar la transgresión de la moralidad administrativa.

El derecho colectivo de moralidad administrativa, ha sido objeto de especial atención por la jurisprudencia, en razón a que no existe una formula general para determinar cuándo se está en presencia de tal vulneración, sino que se requiere estudiar el caso concreto para establecer la existencia de una transgresión al ordenamiento jurídico con la conducta ejercida por la autoridad.

Hubo exceso del a quo al señalar violación del derecho de moralidad administrativa al argumentar "con el agravante de que acorde con la metodología tarifaria de la CRA 351 de 2005, las tarifas para los estratos bajos son mayores que al aplicar la metodología tarifaria de la CRA 151 de 2001" toda vez que la Resolución CRA 351 no solo es posterior CRA 151, sino que la deroga a esta última.

Así mismo, manifiesta que no es cierto que todos los usuarios a partir del cambio de metodología tarifaria se hayan visto obligados a pagar más por el servicio de aseo prestados por URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P., toda vez que existen usuarios que resultaron beneficiados con un menor costo en el servicio. El cambio de régimen tarifario no fue afectado de manera caprichosa, sino que fue producto de ejecutar las instrucciones que en ese mismo sentido había impartido el Distrito y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, y que se encuentra desde el año 2009, URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P., retorno a dar aplicación a la Resolución CRA 151 de 2001, por tal motivo al momento de dictar sentencia se configuro el hecho superado.

4.2. DISTRITO TURÍSTICO y CULTURAL DE CARTAGENA (FI. 323-324)

La parte accionada, a través de su apoderada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 30 de mayo de 2011, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, con la finalidad de





que sea revocada totalmente en sus numerales Primero, Tercero, Quinto, de la parte resolutive y confirmar los demás y en consecuencia, sean denegadas las demás.

Aduciendo que sustenta el recurso en la oportunidad conferida en el párrafo 1º del artículo 352 del C.P.C., aplicable por remisión del inciso primero del artículo 37 de la ley 472 de 1998., En concordancia con la norma anteriormente, el artículo 360 del mismo estatuto procesal.

La accionada no manifestó los motivos de su inconformidad en el recurso de apelación.

5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante auto de fecha doce (12) de septiembre de dos mil catorce (2014), (Fl. 385) se admitió el recurso de apelación presentado por la parte accionada URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P., el DISTRITO TURÍSTICO y CULTURAL DE CARTAGENA.

5.1 Concepto del Ministerio Publico (Fl. 396-412)

La procuraduría 21 Judicial II emitió concepto manifestado que de los hechos de la demanda y las pruebas allegadas al proceso se desprende que la empresa URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P. violó las disposiciones contenidas en el contrato de concesión suscrito con el Distrito de Cartagena así mismo las disposiciones legales traídas a colación en este concepto y resoluciones de la CRA, en lo referente a la estabilidad tarifaria regulada en el Decreto 890 de 2002.

Señala que el hecho consistió en que URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P. para el año 2007, aprobó y dio aplicación a las normas tarifarias contenidas en las resoluciones 351 y 352 de 2005 expedidas por la CRA, que son sensiblemente más elevadas que las definidas por el Distrito de Cartagena y esto condujo a que se aplicaran dos regímenes tarifarios conduciendo a una sobre facturación en perjuicio de los usuarios.

Que al comparar las tarifas aplicadas por URBASER (Resoluciones 351 y 352 de 2005) y las tarifas debidamente aprobadas por el Distrito de Cartagena de Indias, encontramos que las mismas son superiores o más elevadas a las





aceptadas por la entidad concedente, aspecto que fractura la moralidad administrativa y el patrimonio de los habitantes, quienes han sido objeto del cobro de unas tarifas del servicio de aseo, superiores a las aprobadas e impuestas por la entidad concedente.

El tema tratado en la presente acción popular fue definido por la superintendencia de servicios públicos quien se pronunció en providencias del 28 de abril de 2010, y el 02 de abril de 2011, multando a URBASER COLOMBIA S.A. ESP por la suma de \$400.000.000 y a la devolución de aproximadamente \$12.000.000.000.00 a los usuarios del servicio, por cuanto el cobro tarifario fue desmedido y excesivo, siendo superior a las tarifas aprobadas y avaladas por el Distrito de Cartagena de Indias.

6. ALEGACIONES

6.1 Alegatos de conclusión de Aseo Urbano de la Costa S.A. E.S.P.

La empresa accionada en escrito allegado a esta Corporación de fecha 10 de septiembre de 2015, aporta el reporte del total de devoluciones realizadas por la entidad d conformidad con las instrucciones dadas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en la cual se observa que la suma total reportada por saldos a favor vía devoluciones es de 2.748.683.123.

6.2 Alegatos de conclusión del Distrito de Cartagena

La entidad accionada no se pronunció al respecto.

I. CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA





Es competente funcionalmente esta Corporación para conocer, en segunda instancia, del asunto bajo estudio, por tratarse de una Acción Popular dirigida en contra del URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P., el DISTRITO TURÍSTICO y CULTURAL DE CARTAGENA, de conformidad con el numeral 14 del artículo 132² del C.C.A., norma vigente para la fecha de presentación de la demanda.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente la Sala de Decisión identifica los siguientes problemas jurídicos:

(ii) Determinar si se ha configurado el fenómeno del hecho superado.

Si la respuesta es negativa, se debe resolver el siguiente problema jurídico.

(i) Determinar si las entidades demandadas con sus acciones u omisiones han incurrido en violación de los derechos colectivos invocados por los actores populares, por la sobrefacturación del servicio de aseo domiciliario entre el los años 2007 y 2008 en la ciudad de Cartagena.

Si la respuesta es negativa se revocará la sentencia recurrida, en caso contrario se confirmará.

3. TESIS

Para la Sala, se deberá revocar la sentencia impugnada, debido a que en el sub examine ha operado la figura del hecho superado, toda vez que mediante Resolución No. SSPD – 20094400040715 del 2009-09-17 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sancionó a URBASER S.A. E.S.P y ordenó a la devolución de las sumas cobradas en exceso, por lo que a juicio de la Sala la conducta vulneradora cesó.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

² "Artículo 132. Los tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

...

14. Adicionado. Ley 1395 de 2010. De las acciones populares y de cumplimiento que se interpongan contra entidades del nivel nacional"





4.1. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN POPULAR.

La acción popular tiene una naturaleza preventiva, tal como lo indica el inciso 2 del artículo 2 de la ley 472 de 1998 cuando dice: *"... se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible"*.

Por regla general, esta acción no persigue la reparación de perjuicios, pues para ello existen las acciones contenciosas e incluso la acción de grupo, sin embargo excepcionalmente es viable el reconocimiento de los mismos, en los casos previstos en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

Los hechos que pueden resultar vulneradores de derechos colectivos, también pueden dar lugar al inicio de acciones contenciosas o de otra naturaleza, de manera que en virtud de la autonomía y principalidad que caracteriza a la acción popular, esta también sería viable, pero no de manera concurrente o simultánea con la acción ordinaria, pues por un lado la popular es esencialmente preventiva y de ser afectaría la seguridad jurídica al producirse eventualmente fallos contradictorios respecto de los mismos hechos; siendo ello así, entonces cuando el interesado ha acudido a las acciones ordinarias, no le es dable instaurar acción popular.

En cuanto hace referencia a su configuración normativa, de las reglas contenidas en los artículos 1º, 2º, 4º y 9º de la citada Ley 472, se desprende que son características de la acción popular, las siguientes:

- a) Está dirigida a obtener la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva;
- b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses;
- c) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de protección mediante el ejercicio de este medio de control, son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, en las leyes y en los tratados celebrados por Colombia;



d) Su objetivo es evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos y restituir las cosas a su estado anterior, cuando ello fuere posible;

e) Es una acción pública, esto es -como mecanismo propio de la democracia participativa- puede ser ejercida por "toda persona" y además, para afianzar pedagógicamente un sistema de control social, se señalan expresamente como titulares de esta acción las organizaciones no gubernamentales, las entidades públicas de control, el Procurador General, el Defensor del Pueblo, los personeros y los servidores públicos.

f) No tiene carácter sancionatorio respecto de aquel contra quien se dirijan las pretensiones y, eventualmente, recaiga la sentencia estimatoria.

g) No ha sido instituida como mecanismo de control judicial de las leyes, en consecuencia, cuando con fundamento en la eventual violación o amenaza a un derecho o interés colectivo, se pretenda impugnar una ley o que se imparta una orden al legislador, habrá de acudir a las acciones pertinentes.

h) Por la finalidad que persigue la acción popular y en virtud a su configuración normativa, se tienen entonces, como presupuestos de una eventual sentencia estimatoria los siguientes:

- Una acción u omisión de la parte demandada;
- Que para la época en que se dicte la sentencia se presente daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos;
- Que se demuestre la relación de causalidad entre la acción o la omisión y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses.

4.2 De los derechos colectivos invocados

Conviene precisar los alcances conceptuales de los derechos colectivos invocados por el accionante, esto es, la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público consagrados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998.

4.2.1 La Moralidad Administrativa.



La moralidad administrativa hace parte de los derechos o intereses colectivos susceptibles de ser protegidos a través de la acción popular, al tenor de lo establecido en el artículo 88 de la Constitución Política y del artículo 4 de la ley 472 de 1998.

Con el fin de definir la moralidad administrativa y así establecer el objeto de protección de las acciones populares, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado una construcción conceptual a partir del análisis de sus relaciones con la legalidad, así como con fenómenos como el de la corrupción, la mala fe, la ética, el recto manejo de bienes y recursos del Estado y la lucha contra propósitos torcidos o espurios, entre otros.

Ahora bien, lo cierto es que el Consejo de Estado también ha resaltado la dificultad de definir en abstracto la noción de moralidad administrativa, ante lo cual se ha establecido que su alcance y contenido será determinado por el Juez en el caso concreto *"de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada"*.³

Por otra parte, resulta importante señalar que a la luz de la Constitución Política, la moralidad administrativa ostenta naturaleza dual. En efecto, funge como principio de la función administrativa (Constitución Política, artículo 209 y ley 489 de 1998, artículo 3) y como derecho colectivo.

En el primer caso, esto es como principio, orienta la producción normativa infra-constitucional e infra-legal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y como derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular, y así lo ha reconocido esta corporación en fallos anteriores.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa han señalado que el derecho colectivo a la moralidad administrativa puede resultar vulnerado o amenazado cuando se verifiquen varios supuestos.

En primer lugar, resulta necesario que se pruebe la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación, dichos bienes jurídicos comprenderían

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 16 de mayo de 2007, Exp. AP 2002-2943, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra y CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de septiembre de 2009.





la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, entre otros; y habrá lugar a que se configure de forma real su afectación, si se prueba el acaecimiento de una acción u omisión, de quienes ejercen funciones administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de dichos bienes jurídicos, que se genera a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación" .

En segundo término, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa han reiterado que la vulneración a la moralidad administrativa supone generalmente el quebrantamiento del principio de legalidad. En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que:

*"(...) En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad, que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa."*⁴

Por último, la jurisprudencia ha reiterado que la vulneración de la moralidad administrativa coincide con *"el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero"*⁵, noción que sin duda se acerca a la desviación de poder.

En este sentido, sostiene la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa que el derecho colectivo a la moralidad administrativa puede ser vulnerado cuando se presenten varios supuestos:

- a) Que se prueba la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación, esto es, la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, entre otros. Se entiende configurada su afectación si se prueba el acaecimiento de una acción u omisión, de aquellos que ejercen funciones administrativas,

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2007. Exp. 35501 y CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 31 de mayo de 2002.

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de enero de 2005. Expediente AP-03113.





con capacidad para producir una vulneración o amenaza de los bienes jurídicos señalados.

- b) Que se quebrante el principio de legalidad. Este último, en el entendido que el servidor público se encuentra sujeto al cumplimiento de la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato
- c) Que coincida con el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público de un tercero.⁶

4.2.2 Defensa del patrimonio publico

El Consejo de Estado ha indicado que el patrimonio público "*cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo*".⁷

Igualmente ha precisado que este concepto también se integra por "*bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población*".⁸

Respecto a su naturaleza se ha sostenido que el patrimonio público tiene una doble naturaleza en el ordenamiento jurídico. La primera es la dimensión subjetiva, la cual le otorga el calificativo de derecho, y la segunda, una dimensión objetiva o de principio, que se traduce en la obligación de las entidades públicas de gestionarlo de acuerdo con los postulados de eficiencia y transparencia contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política y cumpliendo la legalidad presupuestal vigente.

⁶

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación: 25000-23-26-000-2005-01330-01 (AP). Actor: Fernando García Herreros Castañeda

⁸ 198 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Exp. AP 2004-00413 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de mayo de 2008. Exp. 01423-01.





Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-479 de 1995 señaló que *"Por patrimonio público, en sentido amplio se entiende aquello que está destinado, de una u otra manera a la comunidad y que está integrado por los bienes y servicios que a ella se le deben como sujeto de derechos"*.

Ahora bien, es importante resaltar que la Constitución de 1991 al referirse al patrimonio cultural, histórico y arqueológico de la Nación, entiende, por su esencia, que este también forma parte del patrimonio público⁹. En efecto, el concepto tradicional de la composición del patrimonio público se ha enriquecido con nuevas expresiones o valores que son integrados a la vida jurídica dada la importancia sociopolítica o económica de dichos componentes.

4.3 Carencia actual de objeto por hecho superado.

La acción popular, se consagró en el ordenamiento jurídico colombiano, como una herramienta para la eficaz protección de los derechos colectivos violados o amenazados; por ello, la prosperidad de las pretensiones, conllevan a la adopción de órdenes por parte del juez, que conduzcan al cese de la conducta vulneradora o amenazante y por ende al restablecimiento del derecho conculcado. En este orden, si durante el trámite de la acción, desaparecen los supuestos de hecho en que se fundó, por cesación de la conducta respectiva, no tiene razón que el juez imparta orden alguna tendiente a la restauración del respectivo derecho, configurándose el hecho superado por carencia actual de objeto.

Sobre la configuración del hecho superado o carencia de objeto en el trámite de la acción popular, el Consejo de Estado ha señalado:

"La acción popular se instituyó como un mecanismo tendiente a garantizar la efectividad de los derechos e intereses colectivos, de conformidad con lo previsto en el artículo 88 de la Carta Política y en la Ley 472 de 1998. Su prosperidad se concreta en una orden impartida por el juez a través de la cual se debe lograr el efecto cierto de la protección demandada atendiendo a que se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio de los referidos derechos, mediante la realización de una conducta positiva, el cese de los actos causantes de la perturbación o la amenaza, o por la vía de una abstención.

Se sigue de lo dicho que la decisión judicial mediante la cual se concede una acción popular tiene por objeto la restauración de uno o varios derechos colectivos actualmente conculcados. Si ello es así la desaparición de los supuestos

⁹ Castellanos V. Gonzalo. «Régimen Jurídico del Patrimonio Arqueológico en Colombia». Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Imprenta Nacional de Colombia. 2003.





*de hecho en los cuales se fundó la acción, -(por haber cesado la conducta violatoria, por haber dejado de tener vigencia o aplicación el acto en que consistía el desconocimiento del derecho, o por haberse llevado a cabo la actividad cuya ausencia representaba la vulneración del mismo)-, conduce a la pérdida del motivo en que se basaba el amparo, frente a lo cual ningún objeto tiene en tales casos la determinación judicial de impartir una orden, la que de adoptarse caería en el vacío por sustracción de materia. En dichas hipótesis, entonces, la correspondiente decisión sería inoficiosa en cuanto no produciría efecto alguno."*¹⁰

5. CASO CONCRETO

5.1. Hechos probados

-Obra en el expediente Contrato de concesión No. 02-2006 suscrito entre el alcalde del Distrito de Cartagena NICOLAS FRANCISCO CURI VERGA. (Fl. 9-399)

-Obra en el expediente Facturación con las tarifas definidas por la Alcaldía de Cartagena de indias (Fl. 40-41)

-Obra en el expediente tarifas establecidas para la zona urbana del Distrito de Cartagena de acuerdo con las resoluciones CRA 351 y 352 de 2005, para el segundo semestre. (Fl. 42)

-Obra en el expediente Decreto 0420 del 1 de junio de 2006 "Por medio del cual se modifica y se corrige varios errores aritméticos y de transcripción de los decretos No. 0656. 0690 y 0870 de 2005 y del decreto 0133 de 2006 y se actualizan los valores para el cobro de la prestación del servicio público y domiciliario de aseo en Cartagena de indias." (Fl. 43-52)

-Obra en el expediente CONCEPTO 8501 de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico- CRA (Fl.53- 55)

-Obra en el expediente respuesta a consulta sobre afectación de los recursos públicos en la ejecución de contratos de concesión proferida por la Contraloría General de la Republica. (Fl. 56-62)

-Obra en el expediente CONCEPTO 412 de 2008 emitido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (Fl. 63-67)

¹⁰ Sección Primera. Sentencia del 17 de agosto de 2006. Radicación número: 68001-23-15-000-2002-01958-01 (AP). Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.





-Obra en el expediente Decreto No. 891 de 2002 proferido por el Ministerio de Desarrollo Económico. (Fl. 72-79)

-Obra en el expediente resolución CRA 151 de 23 de enero de 2001. (Fl. 80-87)

-Obra en el expediente resolución CRA No. 294 de 2004 proferida por la Comisión de Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico- CRA. (Fl. 88-91)

-Obra en el expediente Resolución CRA No. 351 de 2005 " Por la cual se establecen los regímenes de regulación tarifaria a los que deben someterse las personas prestadoras del servicio público de aseo y la metodología que deben utilizar para el cálculo de la tarifas del servicio de aseo de residuos ordinarios y se dictan otras disposiciones." (Fl. 92-119)

-Obra en el expediente Resolución CRA No. 352 d 205 "Por medio del cual se definen los parámetros para la estimación del consumo en el marco de la prestación del servicio público domiciliario de aseo y se dictan otras disposiciones" (Fl. 120-.125)

-Obra en el expediente Advertencia Régimen Tarifario Sistema de Aseo Público emitida por la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias y dirigida a la Alcaldesa Distrital de Cartagena (Fl. 173-204)

-Obra en el expediente OTROSI No. 1 AL CONTRATO DE CONCESION No. 02-2006 DE FECHA MARZO 16 DE 2006. CELEBRADO ENTRE EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS Y URBASER S.A. SUCURSAL CARTAGENA COLOMBIA. (Fl. 30-31cuaderno 2)

-Obra en el expediente OTROSI No. 2 AL CONTRATO DE CONCESION No. 02-2006 DE FECHA MARZO 16 DE 2006. CELEBRADO ENTRE EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS Y URBASER S.A. E.S.P. (Fl. 33-34 cuaderno 2))

-Obra en el expediente OTROSI MODIFICATORIO AL CONTRATO DE CONCESION No. 02-2006 DE FECHA MARZO 16 DE 2006. CELEBRADO ENTRE EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS Y URBASER S.A. E.S.P. (Fl. 36-37 cuaderno 2))

-Obra en el expediente OTROSI ACLARATORIO AL CONTRATO DE CONCESION No. 02-2006 DE FECHA MARZO 16 DE 2006. CELEBRADO ENTRE EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS Y URBASER S.A. E.S.P. (Fl. 38-39 cuaderno 2))





-Obra en el expediente comunicación de aplicación de las nuevas metodologías tarifarias del Servicio Público Domiciliario de Aseo dirigida a la Alcaldía de Cartagena de Indias. (F. 41 cuaderno 2))

-Obra en el expediente Circular CRA No. 007 de 2006. (Fl. 42-43 cuaderno 2)

-Obra en el expediente comunicación emitida por la CRA y dirigida a la Promotora Ambiental Caribe S.A. E.S.P. (Fl. 44-47 cuaderno 2)

-Obra en el expediente comunicación emitida por la CRA y dirigida a la Promotora Ambiental Caribe S.A. E.S.P. (Fl. 48-50 cuaderno 2)

-Obra en el expediente ESTUDIO DE COSTOS Y TARIFAS CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C. ASE No.3 de UBASER (Fl. 52-65 cuaderno 2)

-Obra en el expediente TARIFAS Y COSTOS DE REFERENCIA PARA EL AÑO 2007 (Fl. 66-107 cuaderno 3)

-Obra en el expediente comunicación emitida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-CRA y dirigida al Presidente de la Republica, al Secretario General de la Republica, al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, al Contralor General de la Republica y al Procurador General de la Nación. (Fl. 166- 171)

-Obra en el expediente Resolución No. 325 de 2005 "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuesto por el Alcalde Mayor del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el consorcio CIUDAD LIMPIA S.A. E.S.P. y el consorcio LIMPIEZA INTEGRAL Y MATENIMIENTO ESPECIALIZADO LIME S.A. E.S.P. contra la resolución 309 de 21 de Diciembre de 2004." (Fl. 172-174 cuaderno 3)

-Obra en el expediente comunicación emitida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-CRA y dirigida al Procurador General de la Nación (Fl. 175-187 cuaderno 3)

-Obra en el expediente Decreto No. 0420 del 1 de junio de 2006 proferida por la Alcaldía de Cartagena de Indias. (Fl. 249-257 cuaderno 3)

-Obra en el expediente Balances y Estados financieros de URBASER S.A. ESP (Fl. 264-285 cuaderno 3)

-Obra en el expediente certificación emitida por ELECTRICARIBE S.A E.S.P. en la cual consta que la empresa URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P viene efectuando





las devoluciones a usuarios por concepto de sanción impuesta por la Superintendencia. Que a la factura emitida en abril de 2011 que corresponde al servicio de marzo de 2011, se aplicaron devoluciones a los usuarios por un valor de \$60.079.651. (Fl. 334- 340 cuaderno 4)

-Obra en el expediente comunicación de radicado No. SSPD 20144310802311 del 26 de enero de 2015 que contiene cálculos realizados por ASEO URBANO DE LA COSTA S.A. ESP para aplicar las devoluciones, teniendo en cuenta campos de estrato/uso, capital a devolver, intereses, total devolución. (Fl.51-54- cuaderno 5)

-Obra en el expediente Certificación expedida por ELECTRICARIBE S.A. E.S.P en la que refleja el valor mes a mes devuelto bajo el mencionado concepto y el total del ejercicio ejecutado, expedida el 22 de mayo de 2015. (Fl. 57-58 cuaderno 5)

-Obra en el expediente comunicado no. SSPD 20154310281691 del 27 de mayo de 2015 por medio el cual la SSPD, informa que la metodología de cálculo utilizada para determinar la tasa de interés mensual aplicadas a cada periodo es correcta y el procedimiento de cálculo de las devoluciones por cobros no autorizados. (Fl. 63)

5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Los señores JORGE DUSSAN HITSCHERICH y ALBERTO DURAN ALVAREZ, actuando en nombre propio, presentaron Acción Popular, contra el URBASER S.A. E.S.P. y el Distrito de Cartagena de Indias, con el fin de que se garantizará la defensa de los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa, consagrados en el artículo 4 literal b, Ley 142/98 y el artículo 4 de la misma ley.

A su vez, URBASER S.A. E.S.P. manifiesta su oposición a cada una de las pretensiones, por cuanto considera que hay inexistencia de vulneración de los derechos colectivos, toda vez que en virtud del contrato de concesión No. 02-2006 suscrito entre el Distrito de Cartagena y URBASER COLOMBIA S.A. ESP, se realizó un requerimiento a esta última para que aplicara la nueva metodología tarifaria contenida en las Resoluciones CRA 351 y 352 de 2005, por lo anterior la empresa presentó el estudio de costos y tarifas que aplicaría conforme a los lineamientos emitidos por la CRA, así como también le remitió a la CRA el estudio de los costos correspondientes y las tarifas aplicadas al servicio de aseo en la ciudad de Cartagena de acuerdo con las resoluciones CRA 351 y 352 de



2005, por lo que en aplicación a la cláusula 25 del contrato de concesión URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P aplicó la nueva metodología tarifaria.

Asimismo, el Distrito de Cartagena de Indias, manifiesta que ha dado cumplimiento a todas las competencias constitucionales, legales y contractuales para proteger los derechos colectivos invocados como vulnerados o amenazados.

Por su parte el A quo en sentencia proferida en audiencia de fecha treinta (30) de mayo de dos mil Once (2011), ordenó a URBASER S.A. E.S.P., la devolución de las sumas cobradas en exceso a los usuarios por concepto de la aplicación de la metodología tarifaria, y ordenó al DISTRITO TURÍSTICO y CULTURAL DE CARTAGENA, que en su condición de autoridad de policía administrativa de policía administrativa para la inspección, vigilancia y control de la prestación de servicios públicos domiciliarios de Aseo y de sus obligaciones contractuales, la empresa URBASER S.A. E.S.P., de cumplimiento., bajo los siguientes argumentos:

URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P., facturó y cobró desde el mes de enero de 2007, tarifas distintas a las previstas en las condiciones contractuales originalmente pactadas y por ende, alteró la estructura tarifaria definida de manera contractual para el servicio público domiciliario de Aseo en la ciudad de Cartagena de Indias D. T. y C. (Bolívar), tal como lo concluyó la misma Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y que conllevó a que esta le impusiera una sanción por \$400.0000.000.00; y ordenara la devolución de lo indebidamente cobrado, que tanto la empresa URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P., y el DISTRITO TURÍSTICO y CULTURAL DE CARTAGENA, actuaron favoreciendo sus intereses particulares en contra del bien común

Las accionadas interpusieron recurso de apelación contra la anterior decisión, por un lado, URBASER S.A. ESP considera que hubo exceso del a quo al señalar violación del derecho de moralidad administrativa al argumentar "con el agravante de que acorde con la metodología tarifaria de la CRA 351 de 2005, las tarifas para los estratos bajos son mayores que al aplicar la metodología tarifaria de la CRA 151 de 2001" toda vez que la Resolución CRA 351 no solo es posterior CRA 151, sino que la deroga a esta última.

Así mismo, manifiesta que no es cierto que todos los usuarios a partir del cambio de metodología tarifaria se hayan visto obligados a pagar más por el servicio





de aseo prestados por URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P., toda vez que existen usuarios que resultaron beneficiados con un menor costo en el servicio. El cambio de régimen tarifario no fue afectado de manera caprichosa, sino que fue producto de ejecutar las instrucciones que en ese mismo sentido había impartido el Distrito y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

Por otro lado el Distrito de Cartagena interpuso recurso de apelación con la finalidad de que sea revocada totalmente en sus numerales Primero, Tercero, Quinto, de la parte resolutive y que se confirme en todo lo demás.

En este contexto, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

En primer lugar, procede la Sala a resolver el primer problema jurídico planteado, esto es, determinar si se configura o no el hecho superado.

En este orden considera la Corporación que en el sub examine se configura el hecho superado; por las razones que ese exponen a continuación.

En el sub judice los actores populares solicitan que se ordene a la sociedad demandada URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P, que cese la aplicación del régimen tarifario definido en las resoluciones CRA 351 y 352 y que devuelva a los suscriptores y usuarios del aérea del servicio exclusivo No. 3 el mayor valor tarifario cobrado.

Sobre los sistemas tarifarios del servicio público domiciliario de aseo, hace la Sala las siguientes precisiones.

- La Ley 142 de 1994 por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, dispuso en su artículo 86 parágrafo 1 lo siguiente:

"PARÁGRAFO 1o. Cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos. Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenerse en un todo a los criterios establecidos en los



artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta Ley. Tanto éstas como aquellas deberán ser parte integral del contrato y la Comisión podrá modificarlas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema. Intervendrá asimismo, cuando se presenten las prohibiciones estipuladas en el artículo 98 de esta Ley. Con todo las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la comisión reguladora respectiva cada cinco (5) años y cuando esta Ley así lo disponga."

- Mediante contrato de concesión No. 002-2006 suscrito entre el Distrito de Cartagena de Indias y URBASER S.A E.S.P se otorgó concesión a la misma para la prestación del servicio público domiciliario de aseo en el área de servicio exclusivo No. 3; el contrato fue suscrito el 16 de marzo de 2006, fecha en la cual se encontraba vigente la Resolución CRA 151 de 2001, la cual estableció entre otros asuntos el marco tarifario del servicio público de aseo. En dicha resolución se estableció la estabilidad regulatoria es decir, que los contratos celebrados se rigen por las normas regulatorias al momento de su suscripción.

"Artículo 1.3.4.11 Estabilidad regulatoria. Los actos y contratos que celebren las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios a que se refiere la presente resolución, se regirán por las normas regulatorias vigentes al momento de su celebración.

(...)

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

- A su turno la Ley 632 del 2000 dispuso en su artículo 9 los esquemas de prestación del servicio público domiciliario de aseo y determinó que para las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores, se podrían asignar áreas de servicio exclusivo, mediante la celebración de contratos de concesión, previa la realización de licitación pública, procedimiento con el cual se garantizará la competencia.
- En desarrollo del artículo 9 de la ley 632 de 200 se expidió el Decreto 891 de 2002 mediante la cual se determinó que el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo por parte de los municipios y distrito a través de licitación pública gozan de estabilidad regulatoria, lo cual significa que





se le aplican las normas vigentes al momento de la celebración del contrato.¹¹

- A su turno, la Comisión de Regulación de Agua potable y saneamiento básico expide las resoluciones 351 y 352 de 2005 mediante la cual se establecieron los regímenes de regulación tarifaria a los que deben someterse las personas prestadoras del servicio público de aseo y la metodología que deben utilizar para el cálculo de las tarifas del servicio de aseo de residuos ordinarios y se dictan otras disposiciones, sin embargo dichas resoluciones no se encontraban vigentes en la celebración del contrato de concesión suscrito entre el Distrito de Cartagena de Indias y URBASER S.A E.S.P (Concepto 8501 de 2007 de la CRA- Concepto SSPD-OJ-2008-413)
- En efecto, la CRA solicitó la adopción de las nuevas metodologías tarifarias del servicio público domiciliario de aseo al Distrito de Cartagena contenido en las resoluciones CRA 351 y 352 de 2005. (Fl. 40- cuaderno 2)
- Posteriormente el Distrito de Cartagena dio traslado de la comunicación 2006500005981 proferida por la CRA a URBASER S.A. E.S.P relacionada con la obligatoriedad de dar estricto cumplimiento a lo estipulado en la circular CRA No. 07 de 2006 (Fl. 39 cuaderno 2)
- En virtud de los requerimientos realizados por el Distrito de Cartagena, URBASER S.A. E.S.P aprobó y dió aplicación a las normas contenidas en las resoluciones 351 y 352 de 2005 de enero de 2007 a mayo de 2008, las

¹¹ **"Artículo 10.**Reglas que garantizan estabilidad regulatoria en el elemento tarifario. En los documentos que se elaboren para la contratación por parte de los municipios y distritos de la prestación de las actividades del servicio público de aseo, se deberá dejar expresa constancia de que serán aplicadas las normas legales, reglamentarias y regulatorias vigentes al momento de la celebración del contrato respectivo.

En materia tarifaria, los contratos que se celebren se sujetarán a las metodologías tarifarias y/o opciones tarifarias expedidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, vigentes al momento de su celebración.

Una vez suscrito el contrato, el estudio tarifario deberá ser puesto en conocimiento de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios."





cuales resultan ser sensiblemente más elevadas que las definidas por el Distrito de Cartagena mediante el Decreto 0420 de 2006 y en contra de lo regulado en la resolución CRA 351 de 2005 en la que se establece que el régimen tarifario allí previsto es aplicable a la prestación del servicio público domiciliario de aseo salvo las excepciones señaladas en el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, es decir, si para la celebración de un contrato la tarifa es un elemento que se incluye como base para otorgar dichos contratos, como ocurre en el caso concreto, dicho contrato tiene una estabilidad regulatoria, es decir se rige a partir de la normatividad vigente al momento de la suscripción del contrato.

- Finalmente, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la resolución No. SSPD-20094400040715 del 2009-08-17 impuso sanción a la empresa URBASER COLOMBIA S.A E.S.P por haber cobrado y facturado tarifas distintas a las señaladas en las condiciones contractuales y ordenó la devolución de las diferencias cobradas por parte de la empresa a los usuarios.

Por las anteriores consideraciones, reitera la Sala que mediante Resolución No. SSPD – 20094400040715 del 2009-09-17 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sancionó a URBASER S.A. E.S.P toda vez que dicha sociedad desde el mes de enero de 2007, empezó a aplicar una nueva metodología tarifaria basada en la Resolución CRA 351 de 2005 complementada con la Resolución CRA 352 del mismo año, por concepto de la prestación del servicio público de aseo en el área de servicio exclusivo que le fue asignada por el Distrito de Cartagena, en contraposición a la metodología tarifaria que venía aplicando durante los meses de agosto a diciembre de 2006, basada en el Decreto 420 de 1 de junio de 2006, por lo que consideró que alteró el marco contractual en perjuicios de los usuarios; lo cual se puede inferir comparando la gráfica entre las tarifas que debido cobrar el prestador y que efectivamente cobró, la SSPD dedujo que los usuarios de los estratos residenciales 1 al 4 y no residenciales hubo un cobro de valores no autorizados por \$1.761.673.512 para el año 2007 y los meses de enero, febrero y marzo de 2008.

Asimismo fundó su decisión en el marco regulatorio de la Resolución CRA 151 de 2001, atendiendo que la CRA 351 de 2005 entró en vigencia a partir de la finalización de la tercer mes de su publicación, comenzando el mes el 16 de





enero de 2006 y terminando el tercer mes el 16 de abril de ese año, es decir, que para la fecha de la firma del contrato de concesión (16 de marzo de 2006) ésta última CRA no era aplicable.

Por último señala la SSPD que en el acto sancionatorio ordenó a URBASER COLOMBIA S.A. ESP que procediera con la devolución de las sumas cobradas en exceso, para lo cual tenía que presentar un cronograma; la sanción se impuso por la no aplicación del régimen tarifario previsto en la Resolución CRA 151 de 2001 y la orden de devolución se hizo por haber violado el régimen de facturación al incluir en la factura la tarifa errada.

La orden de devolución impartida por la SSPD, fue consignada en la Resolución No. SSPD – 20094400040715 del 2009-09-17; decisión que a juicio de la Sala conlleva a la cesación de la vulneración de los derechos invocados; debido a que implicó el cambio del régimen tarifario que irregularmente venía aplicando URBASER S.A. E.S.P, al régimen que legalmente corresponde, al tiempo que ordenó la devolución de las diferencias tarifarias; aspectos que justamente constituyen el objeto de las pretensiones de la presente acción.

Así las cosas, de las pruebas solicitadas por esta Corporación y demás pruebas allegadas al proceso, se evidencia que si bien existió vulneración de los derechos invocados; igualmente está acreditado que durante el trámite de la acción, los hechos que motivaron la interposición de la misma, fueron superados, pues los motivos que llevaron a promover la acción popular han desaparecido con la devolución de saldos a favor del usuario ordenada por el SSPD, situación que se puede evidenciar del cronograma de devoluciones realizado por URBASER a los usuarios, en la cual se observa que al mes de abril de 2014 se ha devuelto una suma total de dos mil millones setecientos cuarenta y ocho mil millones seiscientos ochenta y tres mil ciento veinte tres pesos \$2.748.683.123 (Fl. 21-24- cuaderno 5), a su turno, obra en el expediente comunicación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios dirigida a URBASER, hoy denominada ASEO URBANO DE LA COSTA S.A. E.S.P en la que se observa que sigue el procedimiento de devolución de saldos a favor del usuario por parte de la sociedad accionada. (Fl. 59-63 cuaderno 5)

Como quiera que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derecho o intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, concluye la Sala de decisión que, siendo el propósito





principal de la acción de la referencia hacer cesar la amenaza de los intereses colectivos de la parte demandante, suscitada con ocasión a la SOBRE FACTURACION del servicio público de aseo domiciliario con la aplicación de las resoluciones CRA 351 y 352 de 2005, carecería de sentido y objeto amparar los derechos colectivos incoados, toda vez que lo pretendido con la solicitud de amparo se encuentra satisfecho, razón por lo que se revocará se sentencia recurrida y en consecuencia negarán las pretensiones de los actores populares.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

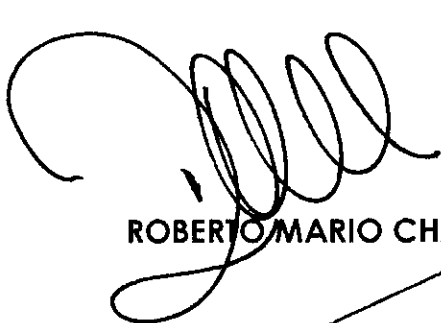
PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 30 de mayo de 2011 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

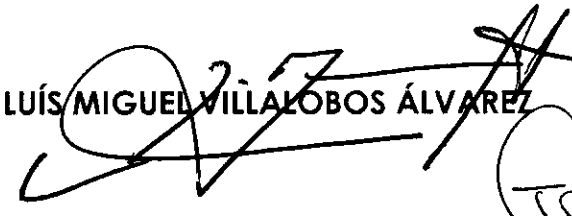
SEGUNDO: DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado en el presente asunto, y en consecuencia **NEGAR** la solicitud de amparo elevada por los señores JORGE DUSSAN HITSCHERICH Y ALBERTO DURAN ÁLVAREZ URBASER S.A. E.S.P. contra el DISTRITO TURÍSTICO y CULTURAL DE CARTAGENA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ENVIAR copia de la presente sentencia a la Defensoría del Pueblo, para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

 **ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**

 **LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

 **JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL**



13001-33-33-008-2008-00184-01

Cartagena de Indias D. T. y C., diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	ACCION POPULAR
Radicado	13001-23-33-008-2008-00184-01
Demandante	JORGE DUSSAN HITSCHERICH Y ALBERTO DURAN ÁLVAREZ
Demandado	URBASER S.A. E.S.P., y el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	Carencia actual de objeto por hecho superado

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que me acostumbra, debo manifestar que me aparto de la posición mayoritaria de la Sala, toda vez que considero lo siguiente:

La Sala Mayoritaria acude a la carencia actual de objeto por hecho superado a fin de revocar la sentencia de primera instancia de fecha 30 de mayo de 2011 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del circuito de Cartagena y en consecuencia negar la solicitud de amparo elevada por los actores.

Considero que el fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado, no se configura en el presente caso toda vez que no se ha satisfecho por completo la pretensión de los actores, en la medida en que no se ha devuelto la totalidad de los cobros no autorizados realizados por la entidad accionada URBASER S.A. E.S.P.

La Resolución CRA 659 de fecha 18 de diciembre del 2013¹ expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en su artículo 2 dispone:

"ARTÍCULO 2.- MODIFIQUESE EL ARTÍCULO 2 DE LA RESOLUCIÓN CRA 294 DE 2004, el cual quedará así:

"Artículo 2º.- De la devolución de los cobros no autorizados.

La devolución que deba hacerse por vía general solo es procedente cuando se ha efectuado un cobro no autorizado y ha existido pago total o parcial por parte del propietario, suscriptor o usuario.

*Se está en presencia de una devolución por vía general, cuando dos o más propietarios, suscriptores o usuarios hayan efectuado el pago del cobro no autorizado, **por lo que la persona prestadora deberá devolver la totalidad de los cobros no autorizados a las cuentas contrato o denominación análoga de donde se haya originado el***

¹ "Por la cual se modifica la Resolución CRA 294 de 2004 y se dictan otras disposiciones"



13001-33-33-008-2008-00184-01

pago, existentes al momento de la liquidación del monto a devolver, con que se identifique al propietario, suscriptor o usuario en la facturación.

(...)"

Bajo estas razones, me permito apartarme de la decisión mayoritaria en esta ocasión.

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL
Magistrado