



Cartagena de Indias D.T y C., diecinueve (19) de Agosto de Dos Mil Dieciséis
(2016)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-31-002-2010-00858-00
Demandante	Sociedad ASEO URBANO DE LA COSTA S.A. ESP antes URBASER COLOMBIA S.A.ESP
Demandado	SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS
Tema	Sanción por no aplicación de la metodología tarifaria vigente para la época en que se suscribió el contrato
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

I. ASUNTO A DECIDIR

Incumbe a la Sala, dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por la sociedad ASEO URBANO DE LA COSTA S.A. ESP antes URBASER COLOMBIA S.A. ESP quien a través de apoderado judicial interpuso acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS; en donde el objeto del proceso consiste en determinar si es procedente o no declarar la nulidad de la Resolución No. SSPD 20094400040715 de 2009-09-17 por medio de la cual se sanciona con multa a URBASER COLOMBIA S.A. ESP a favor de la Nación por la suma de \$400.000.000.00 y la Resolución No. SSPD 20104400009445 que decidió confirmar la resolución anterior.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por la sociedad ASEO URBANO DE LA COSTA S.A. ESP antes URBASER COLOMBIA S.A. ESP, por conducto de apoderado judicial.

2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

U

U



2.3. La demanda¹.

La presente acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue instaurada por la sociedad ASEO URBANO DE LA COSTA S.A. ESP antes URBASER COLOMBIA S.A. ESP, por conducto de apoderado judicial, con el objeto que se declare la nulidad de la Resolución No. SSPD 20094400040715 de 2009-09-17 por medio de la cual se sanciona con multa a URBASER COLOMBIA S.A. ESP a favor de la Nación por la suma de \$400.000.000.00 y la Resolución No. SSPD 20104400009445 que decidió confirmar la resolución anterior.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento, pide que se condene a la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS a las siguientes,

2.4. Pretensiones

"PRIMERA PRINCIPAL. Que, por las razones expuestas en esta demanda, SE DECLARE la nulidad de la totalidad de la Resolución No. SSPD - 20094400040715 del 2009-09-17, así como de la Resolución No. SSPD - 20104400009445 del 2010-03-26 que la confirmó, ambas proferidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

PRIMERA SUBSIDIARIA. Que, por las razones expuestas en esta demanda, SE DECLARE la nulidad de los artículos primero, segundo, y los literales A) y B) del artículo tercero de la parte resolutive de la Resolución No. SSPD - 20094400040715 del 2009-09-17, así como de la Resolución No. SSPD - 20104400009445 del 2010-03-26 que la confirmó, ambas proferidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

SEGUNDA PRINCIPAL. Que, como consecuencia de la declaración precedente, SE CONDENE a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a restablecer los derechos de URBASER, indemnizándola de todos los perjuicios pasados y futuros que, para la fecha en que se profiera la sentencia, haya acarreado el cumplimiento de las referidas Resoluciones, los cuales al momento de la presentación de esta demanda ascienden a una suma estimada de OCHO MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE MILLONES DE PESOS (\$8.417.000.000.00), o lo que, en mayor o menor valor, se logre demostrar en el curso del presente proceso. Los perjuicios estimados actuales se discriminan así:

- a. El valor que efectivamente desembolse URBASER por concepto de la multa Impuesta por la Superintendencia, en el evento en que se haga efectivo el pago de la misma en contra de la Empresa y que*

¹ Folios 1-63 del C.Ppal No. 01

0

1

3

3



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 055/2016

SIGCMA

se estima en 400 MILLONES DE PESOS o lo que se logre demostrar en el curso del presente proceso. Sí el pago no se ha hecho, el H. Tribunal se servirá disponer que, a título de restablecimiento del derecho, URBASER no tiene obligación alguna de hacer pagos por concepto de la multa aludida.

- b. El valor de las devoluciones que, a la fecha en que se profiera el fallo, URBASER se haya visto obligada a hacer a los usuarios, cuya cuantía dependerá de lo que se logre demostrar en el curso del presente proceso, a tono con la ejecución del plan de devoluciones. Las proyecciones de las devoluciones ascienden a la fecha de presentación de la demanda a \$2.285.543.854.00. Si hubiesen devoluciones pendientes a la fecha del fallo, el H. Tribunal se servirá disponer que no existe obligación de URBASER de continuar haciéndolas.
- c. El valor de los costos de recuperación de imagen comercial en que ha tenido que incurrir URBASER y que se estiman en 430 MILLONES DE PESOS o lo que se logre demostrar en el curso del presente proceso.
- d. Los ingresos dejados de percibir por URBASER por cuenta de la tendencia negativa en los índices y valores de recaudo frente a la facturación correspondiente y que se estiman en 3.562 MILLONES DE PESOS o lo que se logre demostrar en el curso del presente proceso.
- e. La afectación del buen nombre o goodwill de URBASER, traducido en un perjuicio por la pérdida de oportunidad, la cual se estima en 4.425 MILLONES DE PESOS.
- f. El daño a la vida de relación que se estima en 1.000 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

TERCERA PRINCIPAL. Las sumas que se reconozcan en favor de URBASER en razón de las peticiones precedentes, **SE DEBEN ACTUALIZAR** debidamente al momento de ejecutoria del fallo.

CUARTA PRINCIPAL. Que **SE RECONOZCAN** los intereses comerciales y moratorios a que haya lugar desde la ejecutoria del fallo, en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo."

2.5. Hechos

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante para una mayor claridad dividió el relato de los hechos en dos apartados (i) El contrato



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 055/2016

SIGCMA

de concesión y su ejecución y (ii) la Investigación Administrativa iniciada por la demandada

(i) El contrato de concesión y su ejecución.

Explica la sociedad demandante que el 23 de junio de 2005 el Distrito de Cartagena de Indias dio apertura a la Licitación DAM 002-05. cuyo objeto fue la "CONCESIÓN PARA LA RECOLECCIÓN, BARRIDO Y LIMPIEZA DE VÍAS Y ÁREAS PÚBLICAS Y CORTE DE CÉSPED EN ÁREAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE DE LOS RESIDUOS AL SITIO DE DISPOSICIÓN EN EL DISTRITO DE CARTAGENA" para tres (3) Áreas de Servicio Exclusivo. En virtud de dicho proceso de selección fueron escogidos dos proponentes: URBASER COLOMBIA S.A. ESP y PACARIBE S.A. ESP. Que el 16 de marzo de 2006 se suscribió entre URBASER y la Alcaldía Mayor del Distrito de Cartagena de Indias el contrato de concesión No. 002-2006.

Indica que al momento de suscribirse el contrato de concesión No. 002-2006, no se encontraba vigente la Resolución CRA 151 de 2 de marzo de 2001, puesto que estaba vigente la Resolución CRA 351 de 2005. Además manifiesta que la selección de los proponentes no se fundó en tarifas presentadas por los mismos, ya que se asumía que la autoridad tarifaria era el Distrito de Cartagena de Indias, y, por tanto, ni el pliego de condiciones ni el contrato las previeron.

Señala que el 17 de febrero de 2007, el Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena de Indias, mediante oficio dirigido al Director de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, le informa que "...me permito manifestarle que daremos cumplimiento oportuno a la resolución CRA No. 351 y ordenaremos elaborar el correspondiente estudio de costos y tarifas del servicio de aseo, de conformidad con la nueva regulación tarifaria y aplicando la nueva metodología para el cálculo respectivo."

Que el 9 de diciembre de 2006, se suscribió entre las partes un tercer otrosí modificatorio al contrato de concesión No. 002-2006, mediante el cual se estableció que la entidad tarifaria local era el concesionario URBASER y no el Distrito de Cartagena de Indias como se había previsto inicialmente en dicho contrato.

Que el 4 de enero de 2007, el Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena de Indias - en virtud de una comunicación que le había remitido la CRA el 27 de diciembre de 2006 -, mediante oficio dirigido a URBASER, le indicó: "Para los fines pertinentes y traslado de la comunicación 2006500005918 emanada de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA relacionada con la obligatoriedad de dar estricto cumplimiento a lo estipulado en la circular CRA No. 07 de 2006".

Fecha de aprobación del formato: 8-03-2015

4

Versión: 01

008



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 055/2016

SIGCMA

Agrega que el 5 de junio de 2007, la Directora Ejecutiva de la CRA (CLARA LUCÍA URIBE PAYARES)- en virtud de una consulta posterior elevada por la compañía Promotora Ambiental Caribe S.A. ESP - rindió el Concepto Radicado CRA No. 20076000022291, indicando que "...aunque su representada [la empresa consultante] goza de estabilidad regulatoria, tanto el contrato de concesión suscrito como el régimen tarifario, evidencian la posibilidad de aplicación de la nueva metodología tarifaria para la prestación del servicio público domiciliario de aseo".

El 13 de febrero de 2007, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, mediante oficio dirigido al Consorcio Aseo Cartagena 2006, le indicó "Adjuntamos para su conocimiento el Estudio de Costos y Tarifas la(sic) cual debe ser aplicada por los prestadores a nivel nacional conforme a los lineamientos descritos en las Resoluciones CRA 351 y 352 de 2005, a más tardar a partir del 17 de enero de donde (sic) se establece la nueva metodología de costos y tarifas para el servicio público domiciliario de aseo, el cual fue enviado por la firma URBASER S.A. ESP, en atención a requerimiento que hiciera el Distrito...".

Teniendo en cuenta lo anterior, en enero de 2007 y de acuerdo con el período de vigencia y transición regulatoria, URBASER comenzó a aplicar la metodología tarifaria establecida en las Resoluciones CRA 351 y 352 de 2005, enviando, el 25 de enero de 2007 los respectivos estudios tarifarios a la CRA y a la SSPD.

Que el 11 de agosto de 2008 la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, mediante comunicación dirigida a PACARIBE, señaló la posición oficial de dicha entidad, advirtiendo que a su juicio no existía estabilidad regulatoria en los contratos de concesión del servicio público domiciliario de aseo en el Distrito de Cartagena de Indias. Aunque la citada comunicación no tiene como destinatario URBASER, hizo expresas consideraciones extensivas al contrato suscrito por éste, en particular las relativas a la inexistencia de una estabilidad regulatoria.

Concluye la sociedad demandante, que de los hechos relatados es claro que, de acuerdo con la posición jurídica oficial de dos (2) entidades públicas, (i) una la regulatoria [la CRA] y (ii) otra la parte contratante [el Distrito], los contratos Nos. 001-2006 y 002-2006 suscritos por la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, respectivamente, con PACARIBE y URBASER, para otorgar la concesión de la prestación del servicio público domiciliario de aseo en distintas Áreas de Servicio Exclusivo [determinadas en cada contrato], no tenían estabilidad regulatoria alguna en lo que concierne al régimen tarifario y, aún sin perjuicio de las razones esgrimidas por dichas entidades no podían esos contratos tener estabilidad regulatoria en materia de tarifas, puesto que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 055/2016

SIGCMA

la y 963 de 2005 expresamente excluyó esa temática de la mencionada figura.

(ii) La Investigación Administrativa iniciada por la SSPD.

La sociedad demandante explica que la Dirección de Investigaciones de la Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo de la SSPD, mediante Radicado No. 20084400623601 de 26 de agosto de 2008, formuló Pliego de Cargos en contra de URBASER, dando inicio a la Investigación Administrativa No. 2008440350600066E. En dicho pliego, se formularon tres (3) cargos en concreto:

Primer cargo: Presunto incumplimiento de lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 y del Decreto 891 de 2002.

En contra de la posición jurídica sostenida oficialmente por la CRA y por el Distrito de Cartagena de Indias, la Superintendencia edificó el presente cargo sobre la base de que la normatividad vigente al momento de suscribirse el contrato de concesión No. 002-2006, entre la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias y URBASER, establecía, respecto del mismo, una estabilidad regulatoria que implicaba para el concesionario la imposibilidad de apartarse de las tarifas pactadas.

Segundo cargo: Presunto incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 126 y 148 de la Ley 142 de 1994 y en la Resolución CRA 294 de 2004.

Conforme lo señala la Superintendencia, este segundo cargo constituye una consecuencia directa del primero (literal a anterior), puesto que según lo informa dicha entidad las tarifas que cobró el concesionario son distintas de las pactadas en el contrato.

Tercer cargo: Presunto reporte de información de mala calidad al Sistema Único de Información de servicios públicos - SUI - conforme a la normatividad vigente (artículos 53 y 79 de la Ley 142 de 1994 y 13 y 14 de la Ley 689 de 2001, Resoluciones SSPD Nos. 006671 del 24 de diciembre de 2003, 2535 del 30 de agosto de 2004, 003176 del 1 de diciembre de 2004, 2395 del 14 de febrero de 2005, 20061300002305 del 2 de febrero de 2006, 20061300025985 del 25 de julio de 2006, 20061300043495 del 15 de noviembre de 2006, 2885 del 6 de febrero de 2007, Resolución CRA 315 del 11 de febrero de 2005 y Circulares SSPD Nos. 000009 del 14 de agosto de 2003, 0002 del 14 de mayo de 2004, 0004 del 16 de Junio de 2004 y 001 del 25 de enero de 2006.



El tercer cargo fue sustentado por la Superintendencia, arguyendo una inconsistencia en la información que el concesionario anotó en el Sistema Único de Información de Servicios Públicos.

Indica la parte demandante que la Resolución No. SSPD 20094400040715 de 2009-9-17, "POR LA CUAL SE IMPONE UNA SANCIÓN", fue notificada mediante edicto desfijado el 29 de octubre de 2009 y no le otorgó a URBASER la posibilidad de interponer recurso de apelación contra el acto administrativo, siendo dicha concesión obligatoria, tal como se deriva del contenido del artículo 113 de la Ley 142 de 1994, que ese imperativo mandato derivado de ley especial que no puede entenderse derogada por una disposición general como la Ley 489 de 1998.

Que la empresa URBASER, presentó oportunamente recurso de reposición el 6 de noviembre de 2009, en contra de la "RESOLUCIÓN No. SSPD - 20094400040715 DEL 2009-09-17" y El Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo de la SSPD. Mediante "RESOLUCIÓN No. SSPD - 20104400009445 DEL 2010-03-26 ", "POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN", dentro de la misma investigación administrativa [No. 2008440350600066E], resolvió confirmar en su totalidad la resolución recurrida.

Expresa la sociedad demandante que, dado que la transgresión de las distintas normas enunciadas generó para URBASER graves violaciones de sus derechos fundamentales por parte de la Superintendencia, acudió al juez de tutela en procura de la garantía de los derechos fundamentales afectados, en especial, el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta. La acción de tutela fue presentada el 17 de junio de 2010 ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena, el Juzgado Octavo (8º) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 1º de julio de 2010, consideró improcedente la demanda, pues en su criterio existe otra vía idónea de protección del derecho.

Posteriormente, el Tribunal Administrativo de Bolívar resolvió la impugnación y en la segunda instancia mediante sentencia de 18 de agosto de 2010, confirma la decisión de primera instancia, donde se declara la improcedencia porque existe un mecanismo ordinario y judicial de defensa que desplaza la acción de tutela, y que además, se encuentra la medida provisional del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

2.6 Normas Violadas y Concepto De Violación

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Política. Artículos 29, 6, 83 y 151.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 055/2016

SIGCMA

- Ley 142 de 1994. Artículo 113.
- Código Contencioso Administrativo. Artículos 44,46 y 47
- Ley 963 de 2005. Artículo 11
- Ley 142 de 1994. Artículo 87 parágrafo 1, 154, 181
- Ley 689 de 2001. Artículo 13 modificadorio del artículo 79 Ley 142 de 1994
- Resolución CRA 351 de 2005. Artículo 42

Del concepto de la violación expuesto por la parte demandante se puede destacar lo siguiente:

Estima violado los artículos 6,29 y 151 de la Constitución Política, porque la demandada aplicó un proceso sancionatorio no previsto en la ley, dándole aplicación parcial a normas legales y en lo no regulado lo suple con normas administrativas internas.

Indica que se ha violado el artículo 11 de la Ley 963 de 2005, porque la demandada impone una sanción con el argumento que el contrato de concesión No. 002 de 2006 le era aplicable el régimen estabilidad normativa en materia tarifario regulado en la Resolución CRA 151 de 2001 y el contenido del parágrafo del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, artículo 10 del Decreto 891 de 2002, pero para la fecha en que se celebró el contrato estaba vigente la Ley 963 de 2005 que establece que no puede conceder la estabilidad normativa para el régimen tarifario de los servicios públicos.

Considera violado el artículo 42 de la Resolución CRA 351 de 2005 porque en las resoluciones demandadas la SSPD indica que ésta comienza a regir el 16 de abril de 2006 a pesar que el artículo en cita señala que entrará en vigencia a partir del tercer mes de su publicación, siendo así, la publicación se hizo en el diario oficial el 16 de Enero de 2006, es decir, que el tercer mes era el 16 de marzo de 2006 y no el 16 de abril de 2006 como lo ha entendido la demandada.

La parte demandante indica que las resoluciones acusadas infringen la ley por violación del artículo 81 y el numeral 31 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, toda vez que se ordena a URBASER la devolución a los usuarios de unos cobros no autorizados por la regulación, puesto que la orden de devolución resulta ilegal e inconstitucional, ateniendo que no existe norma que consagre esa clase de devoluciones, ni tampoco que autorice al SSPD a imponer ese tipo de sanción o compensación.

Por último considera que se ha violado la garantía constitucional del *Non Bis In Idem*, la infracción de la Ley por vulneración del principio de confianza legítima y de buena fe porque URBASER ha ateniendo de buena fe el concepto de la CRA y los requerimientos de Distrito de Cartagena de Indias,



en consecuencia, no podría desconocerse la confianza legítima de la sociedad demandante al haber sujetado su actuación a las instrucciones de la CRA y el Distrito. Además que con la presunta consumación de un mismo hecho sancionó, primero por no aplicar el régimen tarifario de la Resolución No. 151 de 2001 y segundo por haber violado el régimen de facturación al incluir en la factura una tarifa errada.

2.7. Contestación de la Demanda²

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por intermedio de apoderado constituido para el efecto, contestó la demanda solicitando que se desestimaran las pretensiones de la misma, con fundamento en los siguientes argumentos:

Con relación a los hechos la demandada manifiesta no le constan que se atiene a lo que resulte probado y acepta parcialmente los hechos que se refieren a la actuación administrativa que culminó con la imposición de la sanción a cargo de URBASER y tiene como cierto lo atinente a los fallos de tutela de primera y segunda instancia donde se declaró improcedencia de la misma.

Con relación a las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas, porque los actos demandados se encuentran ajustados a la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes.

2.7.1. Razones de la Defensa

Explica la parte demandada que analizando el marco normativo aplicable a las tarifas para los usuarios del servicio de aseo, en virtud del compromiso adquirido por URBASER S.A. E.S.P derivado del contrato de concesión No. 02-2006, suscrito por la Alcaldía Mayor de Cartagena el 16 de marzo de 2006 se concluyó que el contrato aludido goza de Estabilidad Regulatoria, las normas aplicadas para llegar a la conclusión son el artículo 1.3.4.11 de la Resolución CRA 151, artículo 10º del Decreto 891 de 2002 y parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

Indica que los contratos de concesión, celebrados mediante invitación pública, que cumplan con los requisitos del parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, además de los lineamientos y directrices consagrados en la Resolución CRA 151, se encuentran sometidos al régimen de estabilidad Regulatoria del Decreto 891 de 2002.

² Folios 1264-1285 del C.Ppal No 5.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 055/2016

SIGCMA

Señala que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14.10, 14.11 y 88 de la Ley 142 de 1994, en materia de servicios públicos domiciliarios existen tres modalidades de tarifas aplicables frente a la prestación de dicho servicios: a) Libertad Total, b) Libertad Vigilada, c) Libertad Regulada y en todas ellas juega un papel preponderante el concepto de la Comisión de Regulación, quien definirá cuál es la modalidad tarifaria aplicable en el marco de un único régimen de regulación.

De los citados tres regímenes de tarifas descritos en la ley 142 de 1994 y de la lectura del párrafo 1º del artículo 87 Ibidem, se encuentra la posibilidad de otro régimen tarifario, toda vez que los contratos de concesión celebrados mediante invitación pública la tarifa puede ser un elemento de negociación entre las partes con las restricciones establecidas en el texto de la norma citada, luego entonces, la tarifa puede ser incluida dentro de los pliegos de la invitación como un elemento base para el otorgamiento de los contratos.

Expresa la SSPD que con fundamento en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico expidió en materia de áreas de servicio exclusivo del servicio público domiciliario de aseo, la Resolución CRA 11 de 1996, cuyo artículo 13 fue derogado por la Resolución CRA 115 de 1999 y compilada en la sección 1.3. 7 de la Resolución CRA 151 de 2001.

La Resolución CRA 151 de 2001 consagra normas especiales para el servicio de aseo y se ocupa de desarrollar los aspectos tarifarios, la metodología para el cálculo de las tarifas máximas, fórmulas para el cálculo de los aportes solidario al servicios (contribuciones y subsidio) señala que en los contratos que se otorguen áreas de servicio exclusivo, los proponentes que participen en la licitación deben presentar dentro de su oferta las tarifas y las formulas tarifarias a aplicar, en cumplimiento a lo establecido en el inciso final del artículo 39 de la Ley 142 de 1994.

Resalta la demandada que el Ministerio de Desarrollo para efectos de reglamentar lo atinentes 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 sus habitantes, expidió el Decreto 891 de 2002, el cual señaló 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.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 055/2016

SIGCMA

Concluyendo el SSPD que los contratos de concesión celebrados mediante invitación pública que cumplan con los requisitos estipulados en el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 y 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, en consecuencia, el contrato de concesión No. 002 de 2006 suscrito por URBASER S.A. E.S.P. y la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias D.T. y C. , es aplicable el doble régimen en cuestión el legal y el reglamentario, que garantiza la estabilidad regulatoria de tarifas, por cuanto dicho contrato participa de las directrices mencionados por el parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, toda vez que se suscribió después de efectuada una invitación pública y la tarifa fue incluida en el pliego de condiciones como elementos base o para la posterior adjudicación.

Continúa la demandada explicando las razones de su defensa manifestando que URBASER COLOMBIA S.A. ESP 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, en consecuencia, alteró el marco contractual con perjuicios a los usuarios, verificándose que 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.

Por último explica la demandada que URBASER S.A. E.S.P reportó información de mala calidad al Sistema Único de Información de Servicios Publico – SUI , toda vez que la información reportada en el formato 1 comercial no es acorde con lo previsto en la Circular Conjunta SSPDCRA 00003 del 10 de julio de 2006, complementada con la SSPDCRA 00006 del 27 de diciembre de mismo año, esta conducta resulta contraria a la obligación que tiene el prestador de suministrar información veraz, oportuna y confiable, prevista en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, además de impedir que las autoridades y los usuarios del SUI se sirvan de la información para facilitar, apoyar y ejercer sus funciones, actividades y derecho.



2.7.2 Excepción

Propone la excepción de Legalidad de los actos administrativos demandados indicando que los actos acusados fueron proferidos en virtud de las facultades previstas en el artículo 77 de la Ley 142 de 1994; explicando que en la Resolución 20081300036805 de 22 de agosto de 2008, la entidad creó un modelo de gestión administrativa eficiente, el cual contiene "tramite Internos" para investigar y sancionar a prestadores de servicios públicos domiciliarios, siendo dichos tramite propios para el cabal funcionamiento de la entidad y por tanto la Resolución citada debe interpretarse sistemáticamente con el numeral 34 del artículo 7º de Decreto 990 de 2002.

Que la SSPD no ha contrariado el artículo 11 de la Ley 963 de 2005, acudiendo a un marco regulatorio integrado por el artículo 1.3.4.11 de la Resolución CRA 151, artículo 10 del Decreto 891 de 2002 y el párrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, además que la ley de servicios públicos tiene fundamento constitucional en los artículos 334, 336, 365 a 370 de la Constitución Política.

Resalta la demandada que la sanción se fundó 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 se ordenó a URBASER COLOMBIA S.A. ESP procediera con la devolución de las sumas cobradas en exceso, para lo cual tenía que presentar un cronograma, siendo esta decisión coherente con la competencia asignada y con el criterio esbozado por la Corte Constitucional en sentencia C 263 de 13 de junio de 1996, además, 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.

III. TRÁMITE PROCESAL.

La demanda se presentó el día 26 de noviembre de 2010³; posteriormente, por auto del 3 de marzo de 2011⁴, el Magistrado que le correspondió por reparto la admite y niega la medida provisional solicitada, practicándose las

³ Ver acta individual de reparto a folio 1194 C. medida provisional.

⁴ Folios 1231-1235 C. medida provisional



notificaciones de rigor al Ministerio Público el 15 de marzo de 2011⁵ y la parte demandada se notifica el 8 de agosto de 2011, mediante auto de 29 de agosto de 2011 se abre el periodo probatorio⁶, por auto de 20 de mayo de 2014 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.⁷

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Alegatos de la parte demandante⁸: Sostiene que en el caso bajo estudio, con la prueba documental aportada y las pruebas decretadas se encuentra demostrado los cargos de nulidad propuestos, atendiendo que el contrato de concesión No. 002 de 2006 no se encontraba vigente la Resolución CRA 151 de 2 de marzo de 2001, sino la Resolución CRA 351 de 2005, además que el proceso de selección del contratista no se fundó en tarifas presentadas por los mismos, ya que asumía que la autoridad tarifaria era el Distrito de Cartagena de Indias.

Que el Director Ejecutivo de la CRA el 25 de enero de 2007 mediante una consulta elevada por la Promotora Ambiental Caribe SA ESP rindió concepto indicando que "*...que no es posible afirmar que existe estabilidad regulatoria tarifaria, de acuerdo con lo señalado en el oficio, toda vez que como ya se indicó dentro de las disposiciones contractuales claramente se determinó el riesgo que debe asumir el prestador por el cambio de regulación.*" En igual sentido se pronunció el 5 de junio de 2007 la Directora Ejecutiva de la CRA en virtud de una consulta posterior elevada por promotora Ambiental Caribe.

Que la oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias mediante oficio de fecha 13 de febrero de 2007 dirigido al Consorcio Aseo Cartagena, le indicó: "*Adjuntamos para su conocimiento el estudios de Costos y Tarifas la (sic) cual debe ser aplicable por los prestadores a nivel nacional conforme a los lineamientos descritos en las Resoluciones CRA 351 y 352 de 2005, a más tardar a partir del 17 de enero de donde (sic) se establece la nueva metodología de costos y tarifas para el servicio público domiciliario de aseo, el cual fue enviado por la firma URBASER S.A. ESP, en atención a requerimiento que hiciera el Distrito...*". De lo anterior, a juicio de la sociedad demandante se impartió por la entidad concedente una orden al contratista.

Que publicada la Resolución CRA 351 de 2005 la misma cobró vigencia a partir del tercer mes contado desde su publicación, es decir, que entró en vigencia

⁵ Folios 1235 reverso

⁶Folios 1290-1293 Cuaderno Principal No. 3

⁷Folios 1869 C. Ppal No. 4

⁸Folios 1886-1915 C ppal No. 5



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 055/2016

SIGCMA

el 16 de marzo de 2006, fecha en la que coincidentalmente también se suscribió el contrato No. 002 de 2006.

Que la Ley 963 de 2005, fue la primera que vino a referirse a la estabilidad jurídica de los contratos, excluyendo de la misma el régimen tarifario de los servicios públicos, puesto que estando vigente para el momento en que se suscribió el contrato, era claro que dicha norma prevalecía sobre cualquier otra en punto de la temática atinente a la estabilidad regulatoria en materia de tarifas.

Que mediante dictamen pericial rendido el 29 de junio de 2012 y aclarado el 31 de julio de 2013 por el auxiliar de justicia IVAN E. CARABALLO CORTES, las Resoluciones demandadas ocasionaron un daño a la sociedad demandante que asciende a \$4.906.745.988.00, dicha cifra se refiere a los perjuicios por concepto de las devoluciones en que ha debido incurrir URBASER sino también a otros perjuicios derivado de las alternativas de financiación para cubrir los gastos que generaron dichas devoluciones.

Concluye la sociedad demandante resaltando que la SSPD al ordenar devoluciones en forma general, no solo impuso una sanción o impartió una orden sin fundamento en la ley, sino que desconoció que en salvo norma de rango legal especial, en cualquier actuación administrativa debe darse estricto cumplimiento a las normas legales que regulan ese tipo de procedimientos y que para la época en que se suscitaron los hechos objeto del proceso estaban regidos en el Decreto Ley 01 de 1984.

4.2. Alegatos de la parte demandada⁹: Se reitera en los argumentos esbozados en la contestación de la demanda y solicita se declare probada la excepción de legalidad de los actos demandados.

4.3 Concepto del Ministerio público: La Agente del Ministerio Público Delegada ante esta Corporación, no emitió concepto.

V. CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

⁹Folios 1870-1885 C Ppal No. 4



VI. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 132 numeral 3 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos proferidos por una entidad del orden Nacional y por el factor cuantía.

6.2. Actos administrativos demandados.

Con la demanda se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución No. SSPD 20094400040715 de 2009-09-17 por medio de la cual se sanciona con multa a URBASER COLOMBIA S.A. ESP a favor de la Nación por la suma de \$400.000.000.00 y (ii) Resolución No. SSPD 20104400009445 que decidió confirmar la resolución anterior.

6.3. Problema jurídico.

El problema jurídico dentro del sub lite se centra en determinar si, ¿La Resolución CRA 351 de 2005 es aplicable para el Contrato de Concesión No. 002 suscrito entre URBASER S.A. E.S.P. y el Distrito de Cartagena de Indias, cuyo objeto es la prestación del servicio público domiciliario de aseo en un área de servicio exclusivo-ASE?

Para resolver el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) pliego de condiciones licitación pública DAM 002-005 y el contrato de concesión No. 002 de 2006 en lo relativo a la tarifa aplicable (ii) marco jurisprudencial y normativo sobre la metodología tarifaria aplicable para el cobro de la facturación (iii) caso concreto; (iv) conclusión.

6.4. Tesis de la Sala

La Sala señala que se negarán las pretensiones de la demanda porque la metodología tarifaria aplicable es la establecida en la Resolución CRA 151 de 2001 al contrato de concesión No. 002 suscrito entre URBASER S.A. E.S.P. y el Distrito de Cartagena de Indias, cuyo objeto es la prestación del servicio público domiciliario de aseo en un área de servicio exclusivo-ASE, porque la CRA 351 de 2005, no era aplicable en virtud de su artículo 1, por ser el contrato de concesión una de las excepciones que establece el párrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.



6.5. Tarifa aplicable en el pliego de condiciones licitación pública DAM 002-006 y en el Contrato de Concesión No. 002-2006.

Pliegos de Condiciones Licitación Pública DAM 002-05 ¹⁰ ,	Contrato de Concesión No. 002/2006 entre URBASER y Distrito de Cartagena de Indias ¹¹
<ul style="list-style-type: none">• En el numeral 1.11 se estableció: <i>"Determinación de la Tarifa y Remuneración al Concesionario. ...Para estos propósitos cada proponente deberá tener en cuenta que, la tarifa se establece con estricta sujeción a la metodología de tarifas y formulas tarifarias expedidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico...."</i>¹²	<ul style="list-style-type: none">• En la Cláusula 25 se pactó: <i>"Para los efectos establecidos en el presente contrato se entiende que la Entidad Tarifaria Local es EL DISTRITO. Quien hará los ajustes tarifarios 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."</i>¹³• Otro si modificatorio al Contrato de Concesión 002-2006 Celebrado entre el Distrito de Cartagena y Urbaser SA ESP <p><i>"6) Que en este orden, esta administración luego de examinar los anteriores conceptos, y la modalidad de la prestación de servicio de aseo encuentra pertinente modificar la cláusula séptima en el sentido de suprimir dicha obligación a cargo del Distrito y por el contrario asignarle contractualmente a cargo del operador. 7) Que en consecuencia, dicha obligación a cargo del operador debe sujetarse a la vigilancia de la Superintendencia de servicios públicos y a la metodología que establezca la CRA, como entes nacionales que cumplen funciones a cargo del Estado en lo que tiene que ver con la función de controlador y regulador de los servicios</i></p>

¹⁰Folios 311 y ss C Ppal No. 2

¹¹Folios 524 y ss C papal No. 2

¹²Folio 336 C. Ppal No. 2

¹³Folio 539 C Ppal No. 2



	públicos domiciliarios en Colombia a partir de la Constitución Política y la Ley 142 de 1994." ¹⁴
--	--

De lo anterior, se destaca que en el contrato de concesión No. 002-2006 suscrito entre URBASER S.A. ESP y el Distrito de Cartagena de Indias, estaba sujeto a las directrices metodológicas tarifarias consagrada en la CRA y no se puede desconocer que en el pliego de condiciones la tarifa fue un elemento de la negociación, pero en ambos, estadios contractuales, quedó consignado que la tarifa debía estar conforme lo establece la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA.

6.6. Marco normativo y jurisprudencial sobre la metodología tarifaria aplicable para el cobro de la facturación.

6.6.1. Marco normativo

El marco normativo aplicable a las tarifas para los usuarios del servicio público de aseo, derivado del contrato de concesión No. 02 de 2006 suscrito entre URBASER y el Distrito de Cartagena de Indias es el siguiente:

"Resolución CRA 151 de 2001 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.

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

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.

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

¹⁴Folio 562 C Ppal No. 2



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 055/2016

SIGCMA

En estos casos, la tarifa que se cobre al usuario final no debe ser superior a la que hubiera cobrado un prestador de servicios públicos sometidos a la aplicación de la regulación genérica de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico."

"Decreto 891 de 2002. 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."

"Ley 142 de 1994 Artículo 87. Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

(...)

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."



6.6.2. Marco jurisprudencial

Descendiendo en el estudio del caso sub examine, ésta Corporación trae a colación una sentencia del Consejo de Estado¹⁵ donde nuestro máximo Tribunal en lo Contencioso Administrativo, establece que no pueden las empresas prestadoras de los servicios públicos, ni la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, establecer parámetros distintos a los establecidos por la CRA, entendido esto en nuestro caso, como una prohibición también para aplicar una metodología tarifaria distinta a la consagrada en la CRA.

"(...)Al ser el consumo el principal elemento para el cobro de los servicios de acueducto y alcantarillado, conforme lo prevén las disposiciones contenidas en el numeral 1° del artículo 9°6 y los artículos 1447, y 146 de la Ley 142 de 1994, y no existir una regulación específica expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento "Básico, para efectos de realizar por razones técnicas y económicas, la facturación del servicio de alcantarillado a INDEGA S.A., no es viable que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá pueda emplear una medida distinta a la establecida por la CRA, que para el presente caso es la Resolución 151 de 2001, en donde el único parámetro para efectuar la facturación del alcantarillado es la medición efectuada por concepto del servicio de acueducto.

En estos términos, asiste razón a la entidad apelante puesto que precisamente la demanda pretende la nulidad de la resolución acusada, en cuanto la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios desconoció el parámetro de medición de la factura de 146 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 1.2.1.1. de la Resolución CRA 151 de 2001, ya referidos.

La Sala reitera que de no aplicar el parámetro previsto en la Resolución CRA 151 de 2001, se generaría un detrimento patrimonial a la empresa, pues el hecho de que se use el recurso para una determinada industria y se exporte el agua en desarrollo de dicho proceso, no significa que el producto final no dé lugar a un vertimiento que por lo tanto genera un costo para la empresa que debe ser asumido por la aferente.

Como en el presente caso la sociedad INDEGA S.A., no ha solicitado como gran consumidor el aforo de los vertimientos a la red de alcantarillado, es decir que no existe medición individual, el cobro del servicio de alcantarillado deberá tener como parámetro el consumo de acueducto que registre el usuario.

¹⁵SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil quince (2015) Radicación número: 25000-23-41-000-2013-00416-01 Actor: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.- EAAB Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 055/2016

SIGCMA

Al corresponder la definición del sistema tarifario exclusivamente a la Comisión Reguladora de Agua Potable -CRA, tanto las empresas prestadoras de servicios públicos, como los usuarios del servicio, e incluso la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, deben someterse a dichas normas."

Del recuento normativo y el antecedente jurisprudencial, la Sala considera que el contrato de concesión No. 002 de 2006, se encuentra sometido al régimen de estabilidad regulatorio del Decreto 891 de 2002, es decir, que la metodología tarifaria está sometida a las Resoluciones de la CRA.

Ahora bien, precisado lo anterior se analizara el caso en concreto a efectos de determinar si la Resolución CRA 351 de 2005 era aplicable al contrato de concesión No. 002 de 2006 entre URBASER S.A. E.S.P y el Distrito de Cartagena de Indias, cuyo objeto es la prestación del servicio público domiciliario de aseo en un área de servicio exclusivo-ASE.

6.7. Caso concreto.

En el sub iudice, para establecer si los cargos de nulidad propuestos están probados se analizaran cada uno por separado y conjuntamente con la prueba debidamente aportada.

6.7.1. Cargos de Nulidad

6.7.1.1. Estima violado los artículos 6,29 y 151 de la Constitución Política, porque la demandada aplicó un proceso sancionatorio no previsto en la ley, dándole aplicación parcial a normas legales y en lo no regulado lo suple con normas administrativas internas.

Sobre el particular la Sala considera que no le asiste razón al demandante atendiendo que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, tiene facultades de control y vigilancia previstas en la Ley 142 de 1994 artículo 77¹⁶, igualmente el artículo 81 Ibidem faculta a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a imponer sanciones a quienes violen las normas a las que debe estar sujeta, según la naturaleza y la gravedad de la falta, además, en el cargo de nulidad señala la sociedad demandante que se aplicó un proceso sancionatorio no previsto en la ley, pero no menciona cual es el trámite que la ley establece, es decir, el demandante no demuestra cual fue el procedimiento que no está contemplado en la Ley 142 de 1994 o el Código

¹⁶Artículo 77. Modificado por el art. 12 de la Ley 689 de 2001. Dirección de la Superintendencia. La representación legal de la Superintendencia de Servicios públicos domiciliarios corresponde al Superintendente. Este desempeñará sus funciones específicas de control y vigilancia con independencia de las comisiones y con la inmediata colaboración de los Superintendentes delegados. El Superintendente y sus delegados serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 055/2016

SIGCMA

Contencioso Administrativo como norma supletoria, si él ejerció el derecho de defensa dentro de la actuación, tal como se observa en el párrafo siguiente.

En el acto acusado se evidencia, que (i) el 26 de agosto de 2008 se formula pliego de cargos a URBASER S.A. ESP, dándole un término de 8 días para presentar descargos y solicitar y aportar pruebas que pretenda hacer valer para su defensa (ii) la parte actora en la investigación administrativa presentó a través de la doctora Noris Salgado Vergara en su calidad de representante legal de URBASER COLOMBIA S.A.E.S.P sus descargos y solicitó la práctica de pruebas, (iii) mediante auto de 26 de Enero de 2009 se abre a pruebas por el término de 20 días y incorpora al expediente administrativo la prueba documental allegada por URBASER (iv) la representante legal de URBASER presentó recurso de apelación contra el auto que abrió a pruebas y mediante Resolución del 10 de julio de 2008 el doctor Carlos José Sea de Canal, actuando como Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo Ad Hoc, confirmó la decisión adoptada en el auto de pruebas (v) mediante Resolución No. SSPD 20094400040715 de 2009-09-17 se impuso sanción a URBASER y (vi) contra mencionada resolución se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto de manera desfavorable, toda vez que se confirmó la sanción.

Realizado el recuento anterior, ésta Corporación al confrontar la norma que se estima como violada con el contenido del acto demandado, se destaca que no se configura el cargo de nulidad propuesto, toda vez que el debido proceso no se afectó, por el contrario la sociedad demandante ejerció su derecho de contradicción e interpuso recurso de apelación contra el auto que abrió a pruebas y reposición contra la Resolución que impuso la sanción; en consecuencia, no puede tenerse por desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara, por este cargo. Para la Sala es importante, reiterar que el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) como norma supletoria a todas las actuaciones administrativas, tal como establece el artículo 1º del mismo, regula en el artículo 28 del mismo estatuto las actuaciones administrativas iniciadas de oficio, la cual se debe aplicar el artículo 14, 34 y 35; estas dos últimas normas establecen que se podrán pedir y decretar pruebas, allegar informaciones, sin requisitos y términos especiales, de oficio o a petición del interesado, lo que realizó la Superintendencia, fue tomar esta norma general y verter un procedimiento que tuviera término para poner fin a esa actuación y no dejarlas sin un trámite determinado para evitar vulnerar el derecho de defensa de los intervinientes en la misma.

6.7.1.2. Indica que se ha violado el artículo 11 de la Ley 963 de 2005, porque la demandada impone una sanción con el argumento que el contrato de concesión No. 002 de 2006 le era aplicable el régimen estabilidad normativa en materia tarifario regulado en la Resolución CRA 151 de 2001 y el contenido del párrafo del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, artículo 10 del Decreto 891



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 055/2016

SIGCMA

de 2002, pero para la fecha en que se celebró el contrato estaba vigente la Ley 963 de 2005 que establece que no puede conceder la estabilidad normativa para el régimen tarifario de los servicios públicos.

Teniendo en cuenta que la sociedad demandante en este cargo manifiesta que para la fecha de celebración de contrato de concesión estaba vigente la Ley 963 de 2005; para una mejor ilustración se transcribe el artículo 11 de la mencionada ley, que la letra reza:

"Ley 963 de 2005 Por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia.

(...)

Artículo 11. Limitaciones a los contratos de estabilidad. Los contratos de estabilidad deben estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución Política y respetar los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano.

No se podrá conceder la estabilidad prevista en la presente ley sobre normas relativas a: el régimen de seguridad social; la obligación de declarar y pagar los tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción; los impuestos indirectos; la regulación prudencial del sector financiero y el régimen tarifario de los servicios públicos.

La estabilidad tampoco podrá recaer sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por los tribunales judiciales colombianos durante el término de duración de los contratos de estabilidad jurídica."

Ésta Corporación, se permite analizar este cargo de nulidad y se destaca que la ley transcrita debe ser estudiada en su conjunto no un artículo de manera aislada, toda vez que la ley garantiza que al inversionista se le respeten las normas que se encontraban vigentes para la época en que se celebró el contrato y si se modifica alguna disposición que sea adversa o cambie de manera determinante las condiciones de la inversión, el inversionista tendrá derecho a que se le mantenga la aplicación de la norma por el término de la duración del contrato.

En el caso en concreto, el contrato de concesión No. 002 de 2006 gozaba de Estabilidad Regulatoria, en virtud de lo previsto en el artículo 1.3.4.11 de la Resolución CRA 151, el artículo 10 del Decreto 891 de 2002 y el párrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, transcrito en párrafos anteriores y atendiendo que la Ley 963 de 2005 su finalidad es proteger al inversionista en el entendido que si durante la vigencia del contrato se modifican disposición que son determinantes para la inversión, el Estado garantizara la aplicación



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 055/2016

SIGCMA

de dichas normas por el término de duración del contrato, así las cosas, si lo pactado fue la Estabilidad Regulatoria, no se estaría contrariando el artículo 11 de la Ley 963 de 2005, como lo quiere hacer ver la sociedad demandante.

De todo lo anterior y apoyadas en la sentencia arriba transcrita y en el marco normativo del contrato No. 002 de 2006, ésta Corporación concluye que la demandante incumplió la carga de la prueba, es decir, que no demuestra el supuesto de hecho con que fundamenta éste cargo de nulidad, toda vez que no logra probar que el contrato de concesión no está sujeto a Estabilidad Regulatoria o que se haya infringido la Ley 963 de 2005.

Si bien es cierto, y así, se reconoció en el acto administrativo impugnado, que el contrato No. 002 no es inmodificable en sus tarifas y que ellas deben cobrarse de acuerdo a lo regulado por la CRA, por lo que, en principio no existe violación del artículo 11 de la Ley 963 de 2005; tanto es así, que el argumento de la Resolución No. SSPD 20094400040715 de 2009-09-17 y la que resuelve el recurso de reposición, es que debe aplicarse la metodología de las tarifas de acuerdo con las disposiciones que emita el ente regulador; pero esta no es la discusión, la misma se suscita, porque se empieza a cobrar según la Resolución CRA 351 de 2005 el 27 de enero de 2007, cuando el contrato de Concesión se suscribió el 16 de marzo de ese año, y debía respetarse la resolución CRA que estaba vigente al momento de la celebración de convenio, teniendo en cuenta que el mismo es ley para las partes (Art. 1602 C.C.C); dicho de otra manera, como se podía aplicar una resolución expedida para el régimen general a un contrato que tenía normas especiales vigentes y que su etapa precontractual siempre se reguló por la norma vigente.

En el contexto anterior, es que debe entenderse la no modificabilidad del contrato que ha sido llamado por el demandante, estabilidad regulatoria, lo cual no le asiste razón, porque no es un problema de estabilidad de la norma, si no de vigencia del contrato y de la ley, como a continuación se procede a explicar mejor.

La Superintendencia en el acto demandado (f 140) establece que la conducta de URBASER violó el párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 10 del Decreto 891 de 2002.

El fundamento es que el párrafo del artículo 81 de la Ley 142 de 1994 establece que los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos se regirán por el estatuto general de contratación, es decir, ley 80 de 1993, agrega que en el caso de las áreas de servicio exclusivo, estas están reguladas por el artículo 40 del mismo estatuto, las cuales fueron reglamentadas por la CRA 151 de 2001 sección 1.3.7, así como, por el Decreto 891 de 2002 que dispone que las áreas de servicio



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 055/2016

SIGCMA

exclusivo, siempre serán adjudicadas mediante contratos de concesión, otorgados mediante licitación pública. El artículo 8 de este último decreto señala que los prestadores que celebren los contratos deberán someterse a unas reglas previamente establecidas en los pliegos de condiciones, entre ellos, la metodología y fórmula tarifaria en todos sus aspectos, dejando constancia que en el inciso primero del artículo 10 dice que los contratos se sujetarán a lo expedido por la CRA vigente al momento de su celebración y finaliza diciendo que el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, dispone que cuando las empresas privadas, financien, operen y realicen el mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios, la tarifa, puede ser un criterio o elemento para otorgar dichos contratos, pero que en todo caso, la fórmula, composición, modificación e indexación se debe regir por los artículos señalados en esa ley, y serán parte integral del contrato, las cuales podrán ser modificadas cuando existan abusos de posición dominante, abusos los usuarios del sistema, violación al principio de neutralidad y cuando se presente las prohibiciones del artículo 98 de la Ley 142 ibidem, pero en todo caso podrá ser revisada cada 5 años o en los casos que la misma ley autoriza.

A estos fundamentos, se opone el actor expresando que si bien cuando se celebró el contrato estaba vigente la CRA 151 de 2001, se podía aplicar en la ejecución de dicho contrato la CRA 351 de 2005, puesto que no había una estabilidad en materia de tarifas, porque la misma está prohibida por la Ley 963 de 2005 y por las normas por el mencionada en párrafos anteriores.

La discusión se presenta si la CRA 351 de 2005 se podía aplicar a contratos de áreas de servicio exclusivo, como lo es el contrato de concesión No. 002 de 2006, no hay duda que se trata de un contrato bajo la modalidad de área de servicio exclusivo como se observa en el pliego de condiciones 1.4.¹⁷, en dicho contrato, se pactó que serán aplicables el artículo 10 del decreto 891 de 2002 como las metodologías tarifarias expedidas por la CRA vigente al momento de su celebración y todas aquellas que modifiquen, adicionen y complementen y en ella se sometieron en el numeral 1.11 de dicho pliego a la CRA 151 de 2001¹⁸

De todo lo anterior, ésta Corporación, puede sintetizar las razones por las cuales este cargo de nulidad no está probado, de la siguiente manera:

- En el contrato de concesión No. 002 se otorgó a URBASER S.A. E.S.P. la operación del servicio público de aseo en el Área de Servicio Exclusivo el 18 de marzo de 2006, estando vigente la metodología tarifaria establecida en la Resolución CRA 151 de 2001, lo anterior, conforme el

¹⁷Folio 316 cuaderno #2 de pruebas

¹⁸Folios 336-337 Ibidem



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 055/2016

SIGCMA

artículo 1.3.4.11 de la mencionada Resolución, artículo 10 del Decreto 891 de 2002 y parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

- URBASER S.A. E.S.P. aplicó el régimen tarifario de la CRA 351 de 2005, a pesar que el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, el artículo 10 del Decreto 891 de 2002 y el artículo 1.3.4.11 de la Resolución CRA 151 de 2011, estaba sujeto a una estabilidad regulatoria que le exigía aplica la metodología tarifaria de la CRA 151 de 2001.
- Que la CRA 351 de 2005, en su artículo 1º señala que su régimen tarifario es aplicable en todo el territorio nacional, *“salvo las excepciones señaladas en el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994”*, es decir, cuando se celebran contratos mediante invitación pública y podrá la Comisión modificar las tarifas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema, cuando se presenten las prohibiciones estipuladas en el artículo 98 *ibidem* y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la comisión reguladora respectiva cada cinco (5) años y cuando la Ley así lo disponga.
- Que URBASER S.A. E.S.P. en el proceso licitatorio conocía que el marco tarifario general sería modificado por la CRA, atendiendo la obligación legal que consagra el artículo 126¹⁹ de la Ley 142 de 1994, pero ello no significa, que la demandante podía eludir la obligación contractual creada por el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, el artículo 10 del Decreto 891 de 2002 y el artículo 1.3.4.11 de la Resolución CRA 151 de 2011.
- Que la CRA 351 de 2005 estableció una metodología tarifaria de forma general que no tiene que ver con la metodología tarifaria que puede expedir la Comisión en cumplimiento del parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, la cual es excepcional y obedece a que la Comisión de Regulación encuentre que se abusó de la posición dominante, o se violó el principio de neutralidad, o se abusó con los usuarios del sistema o pasados los cinco años que se amerite un cambio de tarifa.

En conclusión, la metodología tarifaria establecida en la CRA 351 de 2005 no era aplicable al contrato de concesión No. 002, cuyo objeto es la prestación del servicio público domiciliario de aseo en un área de servicio exclusivo-ASE

¹⁹Artículo 126. Reglamentado por el Decreto Nacional 3860 de 2005. Vigencia de las fórmulas de tarifas. Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años, salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. Excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas. Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, continuarán rigiendo mientras la comisión no fije las nuevas.-



6.7.1.3. Considera violado el artículo 42 de la Resolución CRA 351 de 2005 por que en las resoluciones demandadas la SSPD indica ésta comienza a regir el 16 de abril de 2006 a pesar que el artículo en cita señala que entrará en vigencia a partir del tercer mes de su publicación, siendo así, la publicación se hizo en el diario oficial el 16 de Enero de 2006, es decir, que el tercer mes era el 16 de marzo de 2006 y no el 16 de abril de 2006 como lo ha entendido la demandada.

Sobre este tópico, el Código Civil señala:

"ARTICULO 11. OBLIGATORIEDAD DE LA LEY - MOMENTO DESDE EL CUAL SURTE EFECTOS. La ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día en que ella misma se designa, y en todo caso después de su promulgación."

"ARTÍCULO 70. COMPUTO DE LOS PLAZOS. En los plazos que se señalaren en las leyes o en los decretos del Poder Ejecutivo, o de los tribunales o juzgados, se comprenderán los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues en tal caso, y cuando el Código Judicial no disponga lo contrario, no se contarán los días feriados."

Teniendo en cuenta las disposiciones en cita, ésta Judicatura destaca que es cierto que la Resolución CRA 351 de 2005, en su artículo 42 dispone que ésta entrará a regir a partir del tercer mes de su publicación en el Diario Oficial lo cual se hizo el 16 de enero de 2006; vemos, que la norma habla que la mencionada resolución entrara a regir "a partir del tercer mes", es decir, que:

- Primer mes va desde el 16 de enero al 15 de febrero de 2006.
- Segundo mes desde el 16 de febrero al 15 marzo de 2006.
- Tercer mes desde el 16 de marzo a 15 de abril de 2006.

Es decir que a partir del 16 de abril de 2006 entró en vigencia la Resolución CRA 351 de 2005, luego entonces, cuando se celebró el contrato de concesión No. 002 de 2005 el 16 de marzo de 2006, la CRA vigente era la 151 de 2001 como lo anota la demandada en los actos acusados.

Por lo tanto, se concluye en el presente caso que al confrontarse el artículo 42 de la CRA 351 de 2005 con el contenido de los actos demandados, no se configura el cargo de nulidad propuesto y en consecuencia no puede tenerse por desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara, debe recordarse que la CRA 351 de 2005 en su artículo primero exceptúa la aplicación de esta a los contratos de concesión de áreas de servicios exclusivo. Significando lo anterior, que independiente de cuál era la vigencia del contrato de concesión, cuando se cobró por parte de URBASER las tarifas del servicio de aseo en enero de 2007, ya se sabía con anterioridad que no podía ser



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 055/2016

SIGCMA

aplicada dicha CRA, por mandato de ella misma y por la fecha de celebración del contrato, en el cual en la etapa precontractual se establecía que normas se debían aplicar (Pliego de condiciones 1.11).

6.7.1.4 La parte demandante indica que las resoluciones acusadas infringen la ley por violación del artículo 81 y el numeral 31 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, toda vez que se ordena a URBASER la devolución a los usuarios de unos cobros no autorizados por la regulación, puesto que la orden de devolución resulta ilegal e inconstitucional, ateniendo que no existe norma que consagre esa clase de devoluciones, ni tampoco que autorice al SSPD a imponer ese tipo de sanción o compensación.

En la Resolución que No. SSPD -20094400040715 de 2009-09-17 la demandada con fundamento en la Resolución CRA 294 ordena la devolución de las sumas cobradas en exceso a los usuarios, además le impone la obligación a URBASER de realizar un cronograma de las devoluciones, las cuales debían iniciarse a más tardar al mes siguiente de la fecha de presentación del cronograma.

Para la Sala, es claro que la relación existente entre la empresa de servicios públicos domiciliarios y sus usuarios no se reduce a la sola celebración del acuerdo jurídico, sino que se extiende a la ejecución del contrato, donde se verifica el cumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato mismo y entre éstas se encuentra el cobro correcto de las tarifas, por lo tanto, es el Estado quien debe velar por el cumplimiento de las normas, siendo las Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios quien en uso de sus facultades de control y vigilancia y amparada bajo la potestad sancionadora la competente para iniciar las investigaciones administrativas con fines sancionatorios.

Si bien es cierto, en los actos acusados la SSPD sanciona a URBASER y se ordena pagar multa, además de la devolución de las sumas cobradas en exceso a los usuarios, dicha devolución no es ilegal como lo afirma la sociedad demandante, atendiendo que la orden garantiza la protección de los derechos de los usuarios que resultaron afectados con la facturación, en consecuencia, si la demandada apoya su decisión en la CRA 294 no fue equivocado como lo afirma el demandante, puesto que dicha resolución le dio competencia a los organismos de control para tomar las medidas necesarias en aras de salvaguardar los derechos de los usuarios.

Ésta Corporación, considera que está demostrado que la conducta de la sociedad URBASER al no tener en cuenta la metodología tarifaria establecida en la CRA 151 de 2005, constituye un abuso de su posición de dominio, afectando la facturación de los usuarios del servicio, siendo entonces, su actuación violatoria del régimen legal de los servicios públicos domiciliarios



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 055/2016

SIGCMA

contenido en la Ley 142 de 1994, luego entonces, de acuerdo con el artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994 es función de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios: *"Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad"*, por lo tanto, al violarse el contrato de condiciones uniformes y la ley, la superintendencia tiene las facultades para restablecer las condiciones uniformes del contrato, que en este caso generó un detrimento patrimonial de los usuarios, que llevaría a un enriquecimiento sin causa de la empresa, por ende los artículos los artículos 365 y ss de la Constitución Política y las artículos de la Ley 142 de 1994 la faculta para ordenar tales devoluciones.

De lo anterior, se colige que este cargo de nulidad no está llamado a prosperar.

6.7.1.5. Por último considera la sociedad actora que se ha violado la garantía constitucional del *Non Bis In Idem*, la infracción de la Ley por vulneración del principio de confianza legítima y de buena fe porque URBASER ha atendiendo de buena fe el concepto de la CRA y los requerimientos de Distrito de Cartagena de Indias, en consecuencia, no podría desconocerse la confianza legítima de la sociedad demandante al haber sujetado su actuación a las instrucciones de la CRA y el Distrito. Además que con la presunta consumación de un mismo hecho sancionó, primero por no aplicar el régimen tarifario de la Resolución No. 151 de 2001 y segundo por haber violado el régimen de facturación al incluir en la factura una tarifa errada.

Sobre el principio del *non bis in ídem* la Corte Constitucional en Sentencia C-191/16²⁰ ha señalado:

"75. Ahora bien, la garantía del non bis in ídem, en su componente material, no debe ser interpretada en su literalidad, es decir, como la absoluta prohibición de la imposición de más de una sanción, por un solo hecho ya que, como lo ha admitido esta Corte, es válido, desde el punto de vista constitucional, la imposición de varias sanciones, cuando éstas persiguen finalidades diferentes o tienen un objeto y causa distintas, como lo resaltó la sentencia C-632 de 2011 la que precisó, "6.4. Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales recogidos en las sentencias C-870 de 2002 y C-478 de 2007, la Corte ha dejado establecido

²⁰Expediente: D-10965 Demanda de inconstitucionalidad contra algunas expresiones de los artículos 4 (parcial), 6 (parcial), 8 (parcial), 11 (parcial), 14 (parcial), 15 (parcial) y 51 de la Ley 1762 de 2015, "Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal". Actores: Gloria María Arias Arboleda y Juan Cristóbal Blanco Rodríguez. Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de dos mil dieciséis (2016).



que es posible juzgar y sancionar varias veces un mismo comportamiento, sin que ello implique una violación del non bis in idem, (i) cuando la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicos que son objeto de protección en diferentes áreas del derecho; (ii) cuando las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) cuando los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de objeto y causa.".(Subrayas de la Sala)

En el caso *sub examine* se destaca que la sanción se impuso como resultado de la investigación administrativa iniciada en contra de URBASER porque no podía aplicar la metodología tarifaria definida en la Resolución CRA 351 del 20 de diciembre de 2005, sino que estaba obligado a aplicar la metodología tarifaria definida en la Resolución CRA 151 de 2001, y la orden de devolver las sumas cobradas en exceso a los usuarios, se encuentra soportada en la Resolución CRA 294 que le da competencia a los organismos de control para tomar las medidas necesarias para la protección de los derechos de los usuarios.

Del párrafo anterior, se desprende que si bien el hecho que origina la sanción es la aplicación por parte de la demandante de la metodología tarifaria definida en la Resolución CRA 351 de 2005, dicha sanción esta soportada en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 y la devolución de las sumas de dineros cobradas en exceso, encuentra su asidero jurídico en la Resolución CRA 294, por violar el régimen de facturación al incluir en la factura la tarifa errada, es decir, que no se viola el principio de *Non Bis In Idem*, en palabras de la Corte Constitucional "ii) cuando las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos".

Ahora bien, con relación a la vulneración del principio de confianza legítima y de buena fe, ésta Judicatura, encuentra infundados los argumentos de la sociedad demandante los cuales consisten en que aplicó las tarifa bajo el pleno convencimiento de que hacia lo correcto y que su conducta se ajustada a derecho; sobre el particular, la Sala, considera que la demandante es una empresa cuyo objeto social es la prestación del servicio público de aseo urbano que incluye la recolección domiciliaria de basuras, el barrido y limpieza de vías, es decir, que debe ajustar sus actuaciones a la normatividad existente, lo cual incluía la debida aplicación de las metodologías tarifarias; indicar que actuaba bajo la íntima convicción de estar haciendo lo correcto, no es admisible, atendiendo que se trata de una sociedad dedicada a la recolección de basuras que debe estar instruida y capacitada, no solo para prestar el servicio a los usuarios, sino para cumplir con las normas, requerimientos y demás disposiciones que estable la ley o las entidades de control; teniendo en cuenta que es régimen controlado y vigilado.



Se resalta que no se configuran los supuestos para que se configure el principio de confianza legítima, toda vez que debe verificarse (i) que exista la expectativa legítima del administrado y (ii) que la administración realice un cambio intempestivo de la administración; circunstancias, que no se observan en el caso en estudio, porque las normas sobre la CRA 351 de 2005, es muy clara al excluir al contrato de concesión, consagrado en el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

Corolario de lo anterior, se tiene que en el presente caso al confrontarse las normas que se estiman como vulneradas con el contenido de los actos demandados, no se configura los cargos de nulidad propuestos y en consecuencia, no puede tenerse por desvirtuada la presunción de legalidad que los ampara.

6.8 Conclusión

En este orden de ideas, la respuesta al interrogante que se planteó *ab initio* será negativo, atendiendo que la Resolución vigente para la época del contrato de concesión era la CRA 151 de 2001, por las siguientes razones:

- El contrato de concesión No. 002 de 2006 gozaba de Estabilidad Regulatoria, en virtud de lo previsto en el artículo 1.3.4.11 de la Resolución CRA 151, el artículo 10 del Decreto 891 de 2002 y el parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 891 de 2002, las tarifas a aplicar por la demandante, deben ser las vigentes para la fecha de suscripción del contrato, esto era la señalada en la resolución CRA 151 de 2001.
- URBASER dio aplicación a la metodología tarifaria de la resolución CRA 351 de 20 de diciembre de 2005, a pesar que el contrato de Concesión No. 002 de 2006 únicamente debía emplear la metodología definida en la Resolución CRA 151 de 2001.
- Que la CRA 351 de 2005, en su artículo 1º señala que su régimen tarifario es aplicable en todo el territorio nacional, "*salvo las excepciones señaladas en el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994*", es decir, cuando se celebran contratos mediante invitación pública y podrá la Comisión modificar las tarifas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema, cuando se presenten las prohibiciones estipuladas en el artículo 98 *Ibidem* y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la comisión reguladora respectiva cada cinco (5) años y cuando la Ley así lo disponga.



- Que URBASER S.A. E.S.P. en el proceso licitatorio conocía que el marco tarifario general sería modificado por la CRA, atendiendo la obligación legal que consagra el artículo 126²¹ de la Ley 142 de 1994, pero ello no significa, que la demandante podía eludir la obligación contractual creada por el párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, el artículo 10 del Decreto 891 de 2002 y el artículo 1.3.4.11 de la Resolución CRA 151 de 2011.
- Que la CRA 351 de 2005 estableció una metodología tarifaria de forma general que no tiene que ver con la metodología tarifaria que puede expedir la Comisión en cumplimiento del párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, la cual es excepcional y obedece a que la Comisión de Regulación encuentre que se abusó de la posición dominante, o se violó el principio de neutralidad, o se abusó con los usuarios del sistema.
- La Superintendencia de Servicios Públicos está facultada para ordena la devolución de dineros por la indebida aplicación de la metodología tarifaria, ya que constitución en sus artículos 365, 367 y 369 la autoriza, junto con la Ley 142 de 1994, sin necesidad de cada usuario lo pida, dada la condición de este contrato que es vigilado, contratado y regulado por el Estado.

VII. COSTAS

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

VIII. DECISIÓN

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

²¹Artículo 126. Reglamentado por el Decreto Nacional 3860 de 2005. Vigencia de las fórmulas de tarifas. Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años, salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. Excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas. Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, continuarán rigiendo mientras la comisión no fije las nuevas.-



FALLA

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por la sociedad ASEO URBANO DE LA COSTA S.A. ESP antes URBASER COLOMBIA S.A. ESP, contra la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIO PÚBLICOS DOMICILIARIOS, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Si esta providencia no fuere apelada, una vez en firme, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, según consta en el Acta No. 013


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado Ponente


ARTURO MATSON CARBALLO
Magistrado


JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado