

ACCION DE GRUPO - Finalidad / ACCION DE GRUPO - Requisitos. Prueba del daño

La acción de grupo, consagrada en el artículo 88 de la Constitución, puede ser interpuesta por un número plural de personas con el objeto de obtener la reparación de los daños que se les han causado, y está reglamentada en los artículos 3, 46 a 67 y demás normas concordantes de la Ley 472 de 1998. Se trata de una acción eminentemente reparatoria, en tanto está encaminada a obtener la reparación de los daños individuales que ha sufrido cada uno de los miembros del grupo, que busca materializar el principio de la economía procesal y la agilidad en la administración de justicia. Por tratarse de una acción indemnizatoria, lo primero que debe verificarse es si realmente se causó el daño que alegan los demandantes y cuya indemnización reclaman y, en caso afirmativo, establecer posteriormente si tal daño, además de ser antijurídico, es imputable a la entidad demandada por haber sido generado por su acción u omisión. Cabe anotar que este tipo de acción exige los mismos requisitos predicables de las acciones resarcitorias en las cuales son elementos indispensables para la determinación de la responsabilidad a cargo de la demandada, que se pruebe la existencia del daño. La sola afirmación de haber recibido un daño no es suficiente para acreditar la existencia del mismo, ya que los perjuicios deben estar debidamente acreditados en este tipo de acciones mediante las cuales se busca exclusivamente obtener el reconocimiento y pago de una indemnización.

PRINCIPIO DE LA SOLIDARIDAD - Subsidio en tarifas de servicios públicos domiciliarios / SUBSIDIO - Principio de solidaridad / REGIMEN TARIFARIO - Servicios públicos domiciliarios / ACCION DE GRUPO - Prueba del daño

El principio constitucional de la solidaridad, constitutivo del Estado Social de Derecho, encuentra su proyección normativa en la Constitución, particularmente en el capítulo V del Título XII. La solidaridad es uno de los principios básicos de la concepción cristiana de la organización social y política, y constituye el fin y el motivo primario del valor de la organización social. Su importancia es radical para el buen desarrollo de una doctrina social sana, y es de singular interés para el estudio del hombre en sociedad y de la sociedad misma. En efecto, el artículo 367 de la Carta, al deferir al legislador la financiación de los servicios públicos domiciliarios y la fijación del régimen tarifario, señala que éste debe tener en cuenta el criterio de solidaridad; a su vez, el artículo 368 ibidem autoriza a la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y a las entidades descentralizadas para conceder subsidios “en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”; al tiempo que de conformidad con el artículo 366 ibidem el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación a efectos de solucionar las necesidades básicas insatisfechas de la población en saneamiento ambiental y agua potable, entre otros; amén del artículo 365 constitucional que pone de relieve que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y eleva a rango constitucional el denominado “servicio universal” cuando dispone que “es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”, esto en perfecta congruencia con lo señalado en el artículo 2 superior que establece los fines esenciales del Estado. Estas disposiciones conjuntamente tomadas, brindan suficiente claridad sobre el rol decisivo de la solidaridad como pilar de nuestro esquema constitucional. En cuanto refiere al régimen tarifario, el criterio de solidaridad previsto en el artículo 368 de la Carta Política, fue ampliamente desarrollado -desde el punto de vista legal- por la Ley 142 de 1994, “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se

dictan otras disposiciones”, bien a través del factor aplicado a los usuarios de los estratos altos e industriales y comerciales, o bien mediante los subsidios directos que han de incorporarse a los respectivos presupuestos. Uno y otro mecanismo son manifestación de los deberes de solidaridad y tienen, por ende, el propósito de contribuir a la financiación de las tarifas de los usuarios más pobres. En consecuencia, la Sala considera que en el proceso no hay ningún medio probatorio que permita establecer sin lugar a dudas que efectivamente se está realizando un cobro a lo estratos 5 y 6 en sumas superiores al 20% señalado en el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994. Por otra parte, si bien es cierto las empresas prestadoras del servicio público de aseo no están cumpliendo el precepto del artículo 89 de la Ley 142 de 1994, en el sentido de discriminar en las facturas el valor que corresponde al servicio y el factor que se utiliza para aplicar los subsidios a los usuarios de los estratos bajos, la acción de grupo no está encaminada a hacer efectiva dicha norma, no es su finalidad ni su naturaleza y por ende, al Juez no le es dable realizar ningún tipo de pronunciamiento al respecto. En conclusión, si el objeto de la acción era obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados al grupo declarando la responsabilidad del Estado, el daño debía aparecer plenamente demostrado en el proceso, cosa que no ocurrió, impidiéndole al sentenciador ordenar su presunta reparación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá D.C., tres (03) de marzo de dos mil cinco (2005)

Radicación número: 25000-23-25-000-2003-01166-01(AG)

Actor: CECILIA GONZALEZ LUQUE Y OTROS

Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA Y OTROS

Referencia: ACCION DE GRUPO

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por la apoderada de la parte actora, contra la Sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el 26 de marzo de 2004, por medio de la cual se declararon no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada y se negaron las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La demanda.

El día 16 de junio de 2003, los señores CECILIA GONZALEZ LUQUE, EDGAR CASTELLANOS RODRIGUEZ, CLAUDIA PATRICIA VASQUEZ PEDRAZA, LUIS ALBERTO REYES CUERVO, ANA BOLENA MEDINA AGREDO, ROSA HERNANDEZ CARDONA, MARIA YASMINA RODRIGUEZ, ROQUE CABRA MURCIA, INIRIDA DEL TRANSITO CURIEUX, RAMIRO O. MORALES MONROY, MERCEDES DE MARTINEZ, JAIME MARTINEZ JIMENEZ, JOSE UBALDO CLAVIJO REYES, CLARA INES RICO, LIGIA HERNANDEZ, BEATRIZ RENGIFO DE GONZALEZ, FLOR ANGELA NHORA ROMERO, EMELINA TRILLOS SARMIENTO, TERESITA BEATRIZ LATORRE BORRERO, JESUS ALONSO MUÑOZ FANDIÑO, SANDRA CRISTINA CUELLAR HERNANDEZ, CESAR AUGUSTO ANGULO, ALVARO CORAL OTERO, JUAN CARLOS HERNANDEZ MARTINEZ, ALVARO PACHECO CUBILLOS, NOHORITA DEL NIÑO JESUS BORDA DE GRACIA, ANA CRISTINA GARCIA RINCON, JOSE EULOGIO HUERTAS DAZA, MIGUEL ANGEL ORTIZ LOPEZ, MYRIAM CASTAÑEDA MEDINA, PEDRO ROYEL VILLAREAL RODRIGUEZ, MYRIAM STELLA MUTIS DE OLIVARES, CARLOS OLIVARES, XIMENA CAMPOS CASTRO, OSCAR DARIO LONGAS QUINTERO, ANA ADELINA PACHON DE FLOREZ, DORA VARON DE MEJIA, JORGE ENRIQUE MEJIA FARFAN, JULIO ROJAS RONCANCIO, BLANCA CECILIA MENDEZ DE ROJAS, FLOR PEREZ VDA DE CABEZAS, MARCO AURELIO GARCIA BAQUERO, JENNY RIVERA MEZA, DORA BETTY AVILAN TORRES, LUZ MARINA POLANCO, CESAR JAIME ZAMBRANO RAMIREZ, CLAUDIA LORENA CAMPOS CASTRO, LEONOR ARIAS, ENRIQUE ROMERO CONTRERAS, HUMBERTO PRIETO SANCHEZ, MARIA EMMA SANCHEZ DE FLOREZ, JULIAN ALBERTO BECERRA GARCIA, MIGUEL ANGEL POVEDA MESA, JOSE JOAQUIN CASTRO ROJAS, CARMENZA DUQUE SALAZAR, ADRIANA VEGA NOVOA, MYRIAM PATRICIA OLIVARES, ANDRES GUILLERMO AMADO, ISABEL MOYANO ORTEGA, NIDIA MARTINEZ JIMENEZ, CLARA INES SACHICA BERNAL, VICTOR MANUEL SANCHEZ, CLAUDIA CONSTANZA CUELLAR, FLOR DE MARIA CASTRO DE ALVAREZ, LUIS FERNANDO CEBALLOS HURTADO, LUZ ADRIANA TORRES ABRIL, ADRIANA MARCELA ARANGUREN MEDINA, MARIA AMPARO POSADA MORRIS, WILLIAM MEDINA, LIBIA PATIÑO SILVA, JESUS ORLANDO OSPITIA GARZON, PIEDAD FRANCISCA CALDERON VARGAS, ALFONSO ESTRADA SANCHEZ, MARIA CATALINA PERAZA, ALBA CLEMENCIA RODRIGUEZ PUENTES, LAILA RUBY MARTINEZ, MARIA DEL CARMEN MARTINEZ DE RUBI, LUZ MARINA GARCIA RIVEROS, JOSE ISAURO BAEZ BAEZ, MILDRED

ESTRELLA PINEDO, DAISSY RUEDA CALDERON, CARMEN JULIETA DIAZ CIFUENTES, NELSON MONROY MONROY, ANA LILY RAMIREZ, FELIZ HERNANDO TORRE MORA, MARIA CECILIA PRADA DUARTE, CARLOS HERNANDO BONILLA GOMEZ y DIANA MARCELA CAMARGO SANCHEZ, actuando por medio de apoderado - ROSA MYRTHA PEREZ CERQUERA-, ejercieron acción de grupo contra el DISTRITO CAPITAL - ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA y la UNIDAD EJECUTIVA DE SERVICIOS PUBLICOS, a fin de que se declarara administrativa y extracontractualmente responsable a dichas entidades, por los perjuicios económicos causados al haber autorizado cobrar sobrepuestos por concepto de subsidios en las tarifas de aseo, en claro desconocimiento de las normas establecidas en la Ley 142 de 1994.

Los siguientes son los fundamentos fácticos de su acción:

"...Existen, desde la expedición de la Ley 142 de 1994, Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, varias normas que han autorizado el cobro a los usuarios residenciales de los estratos 5 y 6 y no residenciales de los sectores industrial y comercial de tarifas con sobrepuestos por encima del límite del 20%. La primera de ellas se encuentra en la misma Ley que en el Artículo 179, dispuso que" en algunos casos especiales, a juicio de las comisiones de regulación ", el límite en el sobrepuesto a que se refiere el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994, (20%), no sería aplicado sino hasta después de seis años de entrar en vigencia esta Ley, es decir hasta julio de 2000, período en el cual la comisión de regulación obligaría a las empresas a ajustarse progresivamente a este límite.

"Sobre el particular es claro que las tarifas para el cobro del servicio de Aseo en Bogotá tenían sobrepuestos muy por encima del límite del 20% sin la existencia de ninguna norma específica en la que la comisión de regulación hubiese declarado que la prestación del servicio en Bogotá era uno de esos casos especiales y que, en consecuencia le hubiesen sido autorizados estos sobrepuestos para la prestación del servicio en la ciudad.

"De conformidad con la Ley 286 del 3 de julio de 1996 y la Resolución CRA 22 del 18 de julio del mismo año, se autorizó a las empresas que en ese momento, tuviesen sobrepuestos por encima del 20%, a mantenerlos cuando fuera necesario por razones de suficiencia financiera para cubrir los subsidios de los usuarios de menores ingresos, con la condición de que éstos se ajustaran de manera que alcanzaran, máximo el 20% en diciembre de 2001.

"Previamente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 565 de marzo de 1996 que dispone que las Empresas de Servicios Públicos debían llevar cuentas de las sumas recaudadas y de las recibidas de otras entidades a los fondos de solidaridad y redistribución, así como de su aplicación, y ordena, también, que las empresas deben distinguir en las facturas el valor que corresponde al costo de referencia de la prestación del servicio y el valor que corresponde a los subsidios o aportes solidarios.

“Las excepciones contempladas en la Ley 286 julio 3 de 1996 y en la resolución CRA 22 de julio del mismo año, respecto al límite del 20% en el cobro de sobrepagos, no fueron aplicables en el Distrito Capital de Bogotá...”

“Por lo anterior, se puede afirmar de manera tajante que en el DISTRITO CAPITAL- ALCALDÍA MAYOR- UNIDAD EJECUTIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS, nunca se ha hecho la distinción en las facturas para el cobro del servicio de aseo que reciben los usuarios, entre el valor del servicio y el valor que se cobra o se descuenta por concepto de sobrepagos o subsidios y que tampoco se ha creado el Fondo que administre los recursos apropiados del presupuesto distrital para efecto de la financiación conjunta de los subsidios que se le hacen a los estratos 1 y 2 y eventualmente, al estrato 3.

“Posteriormente se expidió la Ley 632 de diciembre de 2000, por medio de la cual se dispuso que las empresas prestadoras del servicio de aseo podrían ajustar el factor de sobrepago al porcentaje necesario para atender los subsidios que se apliquen “de acuerdo con los límites establecidos en el Artículo 99.6 de la Ley 142 de 1994” y mantener el equilibrio, pero, con la salvedad de que el Gobierno Nacional establecería la metodología para la determinación de dicho equilibrio.

“...De otra parte, en oficio No. 02383 del 28 de junio de 2002 enviado a la Dirección de Servicios Públicos de la Contraloría de Bogotá, la Doctora LUZ STELLA CARDOSO, Gerente General de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos “UESP”, documento que anexo, para mejor comprensión del asunto; afirma lo siguiente:

“”En lo que respecta a los subsidios y sobrepagos que forman parte del esquema tarifario del servicio de aseo, no existe de manera expresa los cálculos de los montos específicos de los subsidios...” El destacado en fuera del texto de la comunicación.

“...Como corolario de lo anterior tenemos que los hechos se refieren, entonces, a los siguientes puntos concretos:

“1.- EL DISTRITO CAPITAL - ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ UNIDAD EJECUTIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS autorizó a los consorcios que prestaban el servicio de aseo en Bogotá, D. C., el cobro de sobrepagos superiores al límite del 20% autorizado por la Ley 142 de 1994 en las tarifas para el cobro del servicio de aseo a los usuarios residenciales de estratos 5 y 6 y pequeños y grandes productores de estratos 4, 5 y 6, y zonas 1, 2 y 3, sin el cumplimiento de los requisitos legales para hacerlo...”.

Con base en los anteriores hechos, el apoderado de los demandantes, formuló las siguientes pretensiones:

“... Que se declare al DISTRITO CAPITAL - ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ - UNIDAD EJECUTIVA DE SERVICIOS PUBLICOS, responsable de los perjuicios ocasionados a los usuarios RESIDENCIALES de los ESTRATOS 5 y 6 por el cobro de sobrepagos en las tarifas del servicio

público de aseo en porcentajes superiores al límite de 20% autorizado por las normas vigentes DESDE JULIO DE 1996 A OCTUBRE DE 2001, de acuerdo los montos finales que se obtengan como resultados de ésta demanda...y DESDE NOVIEMBRE de 2001, hasta la fecha en que cese el cobro del sobreprecio, y que se determine como corolario de ésta actuación.

“...Que se declare...responsable de los perjuicios causados a los usuarios NO RESIDENCIALES (pequeños productores) DE ESTRATOS 4, 5 y 6 por el cobro de sobreprecios en las tarifas del servicio de aseo en porcentajes superiores al límite de 20% DESDE JULIO DE 1996 A OCTUBRE DE 2001, monto que se establecerá al final de este proceso.

“...Que se declare...responsable de los perjuicios ocasionados a los usuarios RESIDENCIALES DE ESTRATO 4 por el cobro de sobreprecios en las tarifas del servicio de aseo en porcentajes superiores al límite de 20% DESDE NOVIEMBRE de 2001, hasta la fecha en que cese el cobro del sobreprecio y que se establecerá al concluir ésta actuación.

“...Que se declare...responsable de los perjuicios causados a los usuarios NO RESIDENCIALES (pequeños productores) DE ESTRATOS 4, 5 y 6 por el cobro de sobreprecios en porcentajes superiores al límite del 20% DESDE NOVIEMBRE DE 2001 hasta la fecha en que cese el cobro de los sobreprecios...

“...Que se declare... responsable de los perjuicios ocasionados a los usuarios NO RESIDENCIALES clasificados como GRANDES PRODUCTORES) de las Zonas 1, 2 Y 3, por el cobro de sobreprecios por valores superiores al límite del 20% DE NOVIEMBRE DE 2001, hasta la fecha en que cese el cobro de los sobreprecios...

“...Que se ordene el cálculo y pago de los valores (en porcentaje y en dinero) facturados a los usuarios... por concepto del cobro de sobreprecios por encima del límite del 20% DE JULIO A DICIEMBRE de 1996...y DE NOVIEMBRE DE 2001 hasta la fecha de la sentencia.

“... Que, en consecuencia con los puntos 1 a 8 de las pretensiones de esta demanda, se ordene...efectuar el reconocimiento y pago de las indemnizaciones correspondientes...DE JULIO DE 1996 A LA FECHA DE LA INSPECCION JUDICIAL, o la ejecutoria de la sentencia...

“... Que se ordene a la parte demandada...la suspensión definitiva del cobro de estos sobreprecios...

“... Que se reconozca y ordene pagar a cargo de la parte demandada...a título de lucro cesante, los valores resultantes de la liquidación de los intereses corrientes sobre los recaudos efectuados por la Empresa por concepto de estos sobreprecios cobrados a los usuarios residenciales de estratos 4, 5 y 6, pequeños productores de estratos 4, 5 y 6 y grandes productores de las zonas 1, 2 y 3...

“... Que se ordene a la parte demandada...al pago de la indemnización colectiva que contenga las sumas ponderadas de las indemnizaciones individuales en favor de los integrantes del grupo... los cuales deberán entregarse al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses

Colectivos, administrado por la Defensoría del Pueblo...

"... Que se señalen los requisitos que deben cumplir los beneficiarios que estuvieron ausentes durante el curso del proceso...para que puedan reclamar y hacer efectivo el derecho al pago del valor de las indemnizaciones que proporcionalmente les correspondan...

"... Que se ordene la publicación del extracto de la sentencia definitiva... la liquidación de costas...la liquidación de mis honorarios profesionales...el envío de una copia del fallo definitivo a la Defensoría del Pueblo...".

Litisconsorcio necesario.

Mediante auto proferido el 8 de julio de 2003 se admitió la demanda y se aceptó como litis consorte necesario a la Empresa Comercial del Servicio de Aseo S.A. E.S.P. - ECSA.

Contestación de la demanda

Dentro de los términos de ley fue contestada la demanda por:

- El señor José Fernando Suárez, en su calidad de Director de la Oficina de Asuntos Judiciales de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, manifestó: *"...la parte actora ha construido su demanda a partir de valoraciones erradas de la realidad, representadas estas en la pretendida aplicación de normas ya derogadas expresamente, y de valoraciones erradas de la realidad, en donde claramente se pretende descalificar y decretar la nulidad indirecta de los actos administrativos que se encuentran en firme y que dieron origen a la determinación de las tarifas del servicio de aseo..."*. Concluyó que dentro del proceso no se configuró ninguno de los supuestos de la responsabilidad administrativa, toda vez que no se demostró el daño, la relación de causalidad ni la conducta activa u omisiva de la administración que atentara contra el patrimonio de los actores.

- El señor José Hugo Aldana Gallego, en su calidad de apoderado del Distrito Capital - Alcaldía Mayor Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, expresó que varias de las afirmaciones que se presentaron como hechos resultan no ser ciertas y los cuadros y anexos que se pretenden hacer valer como pruebas, de los cuales se soportan la afirmaciones contenidas en los hechos, carecen de toda validez probatoria. Por todo lo tanto, se opuso a todas y cada una de las pretensiones objeto de la demanda.

-. El señor Herbert Ramírez Sánchez en su calidad de Gerente General y Representante legal de la Empresa Comercial del Servicio de Aseo S.A. E.S.P./ ECSA S.A. E.S.P., dio contestación en tiempo a la demanda, en donde solicitó se rechazaran las pretensiones por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que: “corresponde única y exclusivamente a la Administración Distrital fijar las tarifas del servicio de aseo en la ciudad. Así las tarifas para cada vigencia de facturación incluyen todos los parámetros que el Distrito considere necesario entre ellos los factores de contribución y subsidios que corresponda a cada estrato y tipo de usuario”. En virtud de ello alegó falta de legitimación en la causa por pasiva.

Audiencia de conciliación.

El 3 de septiembre de 2003, se llevó a cabo la audiencia de conciliación. Agotado su trámite, sin que se llegara a ningún acuerdo conciliatorio, se dio por terminada y se ordenó continuar el proceso.

Sentencia de Primera Instancia.

El día 26 de marzo de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió declarar no fundadas las excepciones propuestas por la parte demandada y denegar las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En relación con la caducidad de la acción, se dijo que el término para presentar la acción de grupo no puede contabilizarse a partir de la fecha de expedición de la Ley 142 de 1994, ni tampoco a partir de la Resolución de la CRA 160 de 2001, toda vez que, en primer lugar, no tiene incidencia en los hechos que supuestamente ocasionaron el perjuicio y, en segundo lugar, se trata de un fenómeno de tracto sucesivo y no de ejecución instantánea.

En relación con la falta de legitimación en la causa, se dijo que, si bien es cierto dicho consorcio - la Empresa Comercial de Aseo S.A. E.S.P.- no fija las tarifas del servicio, no lo es menos que realiza el recaudo de tales valores, por lo que en caso de una sentencia de condena podría resultar afectado, bien en forma directa o indirecta, razón por la cual es necesaria su comparecencia en el proceso.

Por otro lado, en cuanto a la cuestión de merito, el Tribunal de Instancia resolvió negar las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

“...La fijación de tarifas para el servicio de aseo, la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, dando cumplimiento a la Ley 142 de 1994 y a la Resolución CRA 164 del 3 de septiembre de 2001, expidió la Resolución 84 del 11 de octubre de 2001, en la cual se fijan las tarifas del servicio público domiciliario de aseo urbano para el Distrito Capital de Bogotá y se ajusta el plan de transición tarifaria....Por consiguiente si las facturas de cobro del servicio de aseo se ajustan en un todo a las resoluciones que fijan las tarifas correspondientes, se presume que tales cobros se realizan dentro de los parámetros legales. Y si la demandante considera que tales resoluciones se realizan con violación al ordenamiento jurídico como lo señala paladinamente en su demanda - sin el lleno de requisitos y por fuera de la limitación legal del 20%-, entonces deberá promover las acciones pertinentes para obtener su anulación y con base en la cual solicitar la reparación si a ello hubiese lugar...”.

Por otra parte, en relación con el daño que se alegó en la demanda, señaló:

“...en el proceso no se encuentran medios probatorios que permitan al Tribunal establecer el cobro de los referidos sobrepagos en los estratos 5 y 6 en sumas superiores al 20% del valor del servicio; así como el cobro de estos conceptos al estrato 4; se trata de aseveraciones y afirmaciones sin respaldo probatorio.... Por el contrario, las pruebas demuestran que la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, como entidad encargada de emitir las tarifas para la prestación del servicio de aseo en el Distrito Capital, ha dado cumplimiento a lo dispuesto por la CRA, aplicando estrictamente la metodología para el cálculo de tarifas establecidas en la Resolución 151 de 2001....Ahora bien si se observa con detenimiento las facturas allegadas (folios 51 y siguientes) así como lo expuesto por el testigo LUIS EDUARDO AMADOR CABRA (folio 621) en las facturas no se detallan los factores que corresponden al valor del servicio, aporte de solidaridad, sobrepagos y subsidios; por lo que no es posible afirmar con certeza el valor de unos y otros....Con estas muestras se acredita, que los valores por aportes adiciones y subsidios no están determinados en las facturas; por lo que no es factible afirmar el cobro de sobrepagos al estrato 4 o el cobro de los mismos al estrato 5 y al 6, por fuera de los límites legales....”

Por último, el *a quo* sostuvo:

“...observa la Sala que los cuadros y anexos que se presentan como parte del acervo probatorio que sustentan las afirmaciones contenidas en el texto de la demanda carecen de soporte legal por apoyarse en normas que no están vigentes y han sido derogadas...”

El recurso apelación.

El día 15 de abril de 2004, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia. Dicha impugnación la sustentó el día 25 de mayo del mismo año, en donde reiteró lo alegado en la demanda, en el sentido de que la entidad demandada autorizó el cobro de sobrepagos por encima del límite legal del 20% sin el cumplimiento de los requisitos legales establecidos en las normas que regulan dicho cobro excepcional. En síntesis dijo:

“...el daño antijurídico de donde emana la responsabilidad del Distrito Capital - Alcaldía Mayor de Bogotá - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos no se deriva de ningún acto administrativo - resoluciones expedidas para fijar las tarifas del servicio de aseo en Bogotá-, y que por lo tanto los perjuicios que mediante esta demanda se persiguen, no tienen origen en tales actos administrativos; sino en los hechos que se relacionan con el cobro de unos aportes de solidaridad o sobrepagos sin estar dentro de las excepciones que consagró la ley 142 para poder hacerlo, más aún cuando la UESP al fijar las tarifas para el cobro del servicio público domiciliario de aseo no determina el valor que corresponde al aporte, sobrepago o contribución de solidaridad, como tampoco lo indica en las facturas que son el título idóneo para su cobro; causando daños a los usuarios residenciales de los estratos 5 y 6 y no residenciales de los sectores industrial y comercial, el cual es imputable a una acción u omisión de la autoridad pública representada en el Distrito Capital de Bogotá....La ausencia en las resoluciones de la UESP de una determinación del monto a cobrar por concepto de contribución o aporte de solidaridad y la inobservancia de la orden legal contenida en el artículo 89.1 de la ley 142 de 1994 de indicar en las facturas el valor que se cobra por concepto del aporte o contribución, pasan a configurar situaciones de hecho o actuaciones de la administración por vías de hecho, que son las fuentes de los perjuicios cuya indemnización persigo a través de esta acción de grupo...”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de grupo, consagrada en el artículo 88 de la Constitución, puede ser interpuesta por un número plural de personas con el objeto de obtener la reparación de los daños que se les han causado, y está reglamentada en los artículos 3, 46 a 67 y demás normas concordantes de la Ley 472 de 1998. Se trata de una acción eminentemente reparatoria, en tanto está encaminada a obtener la reparación de los daños individuales que ha sufrido cada uno de los miembros del grupo, que busca materializar el principio de la economía procesal y la agilidad en la administración de justicia. Por tratarse de una acción indemnizatoria, lo primero que debe verificarse es si realmente se causó el daño que alegan los demandantes y cuya indemnización reclaman y, en caso afirmativo, establecer

posteriormente si tal daño, además de ser antijurídico, es imputable a la entidad demandada por haber sido generado por su acción u omisión.

Cabe anotar que este tipo de acción exige los mismos requisitos predicables de las acciones resarcitorias en las cuales son elementos indispensables para la determinación de la responsabilidad a cargo de la demandada, que se pruebe la existencia del daño. La sola afirmación de haber recibido un daño no es suficiente para acreditar la existencia del mismo, ya que los perjuicios deben estar debidamente acreditados en este tipo de acciones mediante las cuales se busca exclusivamente obtener el reconocimiento y pago de una indemnización.

Descendiendo al caso concreto, el daño aducido por los demandantes se concreta en la presunta acción de haber autorizado el cobro de sobrepagos en las facturas del servicio público de aseo por concepto de subsidios fuera de la limitación legal y contraviniendo las leyes que regulan la materia; en otras palabras, establecer la infracción que por acción se le atribuye a la demandada al autorizar a los consorcios, en este caso, a la Empresa de Aseo S.A. E.S.P. a cobrar sobrepagos superiores al límite del 20% de autorizado por la Ley 142 de 1994 para los estratos 5 y 6, con el fin de subsidiar a los estratos 1, 2 y 3.

Al respecto, la Ley 142 de 1994 dispone:

“...ARTÍCULO 86. EL RÉGIMEN TARIFARIO. El régimen tarifario en los servicios públicos a los que esta ley se refiere, está compuesto por reglas relativas a:

“...86.2. El sistema de subsidios, que se otorgarán para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas;

“...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.

“....”

“87.3. Por solidaridad y redistribución se entiende que al poner en práctica el régimen tarifario se adoptarán medidas para asignar recursos a "fondos de solidaridad y redistribución", para que los usuarios de los estratos altos y los usuarios comerciales e industriales, ayuden a los usuarios de estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas.

“ARTÍCULO 89. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCIÓN DE INGRESOS. Las comisiones de regulación exigirán

gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3.

“Los concejos municipales están en la obligación de crear "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos", para que al presupuesto del municipio se incorporen las transferencias que a dichos fondos deberán hacer las empresas de servicios públicos, según el servicio de que se trate, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.2 de la presente ley. Los recursos de dichos fondos serán destinados a dar subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, como inversión social, en los términos de esta ley. A igual procedimiento y sistema se sujetarán los fondos distritales y departamentales que deberán ser creados por las autoridades correspondientes en cada caso.

“...89.1. Se presume que el factor aludido nunca podrá ser superior al equivalente del 20% del valor del servicio y no podrán incluirse factores adicionales por concepto de ventas o consumo del usuario. Cuando comiencen a aplicarse las fórmulas tarifarias de que trata esta ley, las comisiones sólo permitirán que el factor o factores que se han venido cobrando, se incluyan en las facturas de usuarios de inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6, y en las de los usuarios industriales y comerciales. Para todos estos, el factor o factores se determinará en la forma atrás dispuesta, se discriminará en las facturas, y los recaudos que con base en ellos se hagan, recibirán el destino señalado en el artículo 89.2 de esta ley. ...”

“99.6. La parte de la tarifa que refleje los costos de administración, operación y mantenimiento a que dé lugar el suministro será cubierta siempre por el usuario; la que tenga el propósito de recuperar el valor de las inversiones hechas para prestar el servicio podrá ser cubierta por los subsidios, y siempre que no lo sean, la empresa de servicios públicos podrá tomar todas las medidas necesarias para que los usuarios las cubran. En ningún caso el subsidio será superior al 15% del costo medio del suministro para el estrato 3, al 40% del costo medio del suministro para el estrato 2, ni superior al 50% de éste para el estrato 1.

“99.7. Los subsidios sólo se otorgarán a los usuarios de inmuebles residenciales y a las zonas rurales de los estratos 1 y 2; las comisiones de regulación definirán las condiciones para otorgarlos al estrato 3....”

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 632 de 2000 estableció lo siguiente en relación con el factor límite del 20% en el cobro de los subsidios para los estratos 5 y 6:

“...Para las entidades prestadoras de estos servicios, el factor a que se refiere el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994 se ajustará al porcentaje necesario para asegurar que el monto de las contribuciones sea suficiente para cubrir los subsidios que se apliquen, de acuerdo con los límites establecidos en dicha ley, y se mantenga el equilibrio. Las entidades prestadoras destinarán los recursos provenientes de la aplicación de este factor para subsidios a los usuarios atendidos por la entidad, dentro de su

ámbito de operaciones. El Gobierno Nacional establecerá la metodología para la determinación de dicho equilibrio...".

Teniendo en cuenta el contenido y espíritu de estas normas, es preciso anotar lo siguiente en relación con los subsidios:

El principio constitucional de la solidaridad, constitutivo del Estado Social de Derecho, encuentra su proyección normativa en la Constitución, particularmente en el capítulo V del Título XII. La solidaridad es uno de los principios básicos de la concepción cristiana de la organización social y política, y constituye el fin y el motivo primario del valor de la organización social. Su importancia es radical para el buen desarrollo de una doctrina social sana, y es de singular interés para el estudio del hombre en sociedad y de la sociedad misma.

En efecto, el artículo 367 de la Carta, al deferir al legislador la financiación de los servicios públicos domiciliarios y la fijación del régimen tarifario, señala que éste debe tener en cuenta el criterio de solidaridad; a su vez, el artículo 368 *ibidem* autoriza a la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y a las entidades descentralizadas para conceder subsidios "en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas"; al tiempo que de conformidad con el artículo 366 *ibidem* el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación a efectos de solucionar las necesidades básicas insatisfechas de la población en saneamiento ambiental y agua potable, entre otros; amén del artículo 365 constitucional que pone de relieve que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y eleva a rango constitucional el denominado "servicio universal" cuando dispone que "es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional", esto en perfecta congruencia con lo señalado en el artículo 2 superior que establece los fines esenciales del Estado. Estas disposiciones conjuntamente tomadas, brindan suficiente claridad sobre el rol decisivo de la solidaridad como pilar de nuestro esquema constitucional¹.

En cuanto refiere al régimen tarifario, el criterio de solidaridad previsto en el artículo 368 de la Carta Política, fue ampliamente desarrollado -desde el punto de vista legal- por la Ley 142 de 1994, "Por la cual se establece el régimen de los

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-533 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, bien a través del factor aplicado a los usuarios de los estratos altos e industriales y comerciales, o bien mediante los subsidios directos que han de incorporarse a los respectivos presupuestos. Uno y otro mecanismo son manifestación de los deberes de solidaridad y tienen, por ende, el propósito de contribuir a la financiación de las tarifas de los usuarios más pobres².

De conformidad con lo anterior, debe precisarse qué elementos probatorios se encuentran en el proceso para saber si el daño se encuentra acreditado o no, es decir, si realmente el cobro de los subsidios a los estratos 5 y 6 está por encima del límite legal dispuesto en el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994.

-. A folios 28-39 C-1 se encuentran unos cálculos realizados por la parte actora en relación con las tarifas aplicadas para el cobro del servicio de aseo en varios periodos, sobrepagos en dichas tarifas y el valor estimado de los perjuicios causados a los usuarios de los estratos altos.

-. A folios 42-320 C-1, reposan los poderes de los actores, las facturas de los servicios de acueducto y alcantarillado, en donde también se cobra el servicio de aseo y los certificados de tradición de los inmuebles de propiedad de cada uno de los demandantes en los cuales se basan las referidas facturas.

-. A folios 321-328 C-1 obra el Anexo No. 5 de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos en el cual se determinan las tarifas del servicio de aseo. Dicho escrito no se sabe a que documento principal pertenece, pues fue aportado de manera separada.

-. A folios 329-332 C-1, se encuentra la copia de la Resolución No. 69 de 2001 proferida por la Gerencia de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos -UESP-, “Por la cual se inicia la transición tarifaria en el servicio de aseo del Distrito Capital de Bogotá para iniciar el desmonte de subsidios de acuerdo con los topes fijados por la Ley 142 de 1994”, en donde se determinan no solo las tarifas del servicio público de aseo, sino también los factores de subsidio en dichas tarifas, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 99.6 de la referida norma, es decir, allí se establecieron los porcentajes de los subsidios para los estratos 1, 2 y 3 (que se les va a dar), pero no los porcentajes que tienen que subsidiar los estratos 5 y 6 (lo que tienen que dar).

² CONTEXTO, *Revista de Derecho y Economía*, Septiembre de 2004, Edición Especial No. 19, p. 41-42.

- A folios 333-365 C-1 reposa la copia de la Resolución No. 164 de 2001 proferida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, “Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la UESP, contra la Resolución No. CRA. 160 de 2001, en donde se fijó un costo de recolección y transporte por tonelada, con base en la cual la entidad tarifaria deberá calcular las tarifas máximas de prestación del servicio de aseo.

- A folios 366-369 C-1 obra copia del Acuerdo No. 41 de 1993 del Concejo de Santa fe de Bogotá “Por el cual se reglamenta la prestación de los servicios de recolección, barrido y disposición final de residuos sólidos, se suprime la Empresa Distrital de Servicios Públicos “EDIS” y se dictan otras disposiciones”, en donde no se habla de tarifas ni de subsidios.

- A folios 370-376 C-1, se encuentra la copia de la Resolución No. 84 de 2001 “Por el cual se fijan las tarifas del servicio público domiciliario de aseo urbano para el Distrito Capital de Bogotá, de acuerdo con la Resolución CRA No. 164 de 2001 y se ajusta el plan de transición tarifaria”, en donde la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos adoptó costos de recolección y transporte para la prestación del servicio de aseo y se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 99.6 de la Ley 142 de 1994, en el sentido de establecer los porcentajes de los subsidios que se le van a otorgar a los estratos bajos.

- A folios 378-384 C-1 reposa la copia de la Resolución No. 240 de 1991 “Por la cual se establecen las tarifas del servicio de aseo prestado por la Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS en la ciudad de Bogotá” para esa época, proferida por la Junta Regional de Tarifas de Servicios Públicos.

- A folios 388-414 C-1, se encuentra la copia del Oficio No. 02383 de 28 de junio de 2002 del Director Técnico de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos de la Alcaldía Mayor de Bogotá, dirigido a la Contraloría Distrital, en donde se establecen los costos de recolección, transporte, disposición y tratamiento de residuos sólidos. De igual forma, se dijo lo siguiente en relación con los subsidios en las tarifas de aseo:

“...En lo que respecta a los subsidios y sobrepuestos que forman parte del esquema tarifario del servicio de aseo, no existe de manera expresa los cálculos de los montos específicos de los subsidios, teniendo en cuenta que

el modelo económico que funciona desde 1994, año en que se dió inicio al sistema de concesión, se basa en una distribución de ingresos de recaudo de tarifas en bolsas zonales y de compensación, que permite subsidiar aquellas zonas cuyos ingresos no cobren los costos de operación, por tratarse de estratos socioeconómicos bajos, gracias a los excedentes de otras bolsas zonales, caracterizadas por corresponder a estratos residenciales altos, a pequeños y grandes productores...”.

-. A folios 420-421 C-1, reposa copia del Oficio No. 02919 de 1 de agosto de 2002 del Director Técnico y el Gerente de la UESP, en donde se reiteró lo anterior.

-. A folios 501-514 C-1, obra la copia del Decreto No. 261 de 1998 de la Alcaldía Mayor de Bogotá, por medio del cual se adoptó el reglamento de la operación comercial y financiera del servicio de aseo en el Distrito Capital, sin que se hiciera mención a porcentajes o valores de tarifas o subsidios.

-. A folios 535-553 C-1, el apoderado de la parte actora aporta nuevamente unos cálculos de los perjuicios que -según su versión- sufrieron los demandantes.

-. A folios 561-562 C-1, se encuentra la copia de la Resolución No. 156 de 2001, proferida por la CRA, por medio de la cual se modificó el mecanismo de ajustes a las tarifas de aseo para alcanzar la meta y los niveles de subsidios de que trata la Ley 142 de 1994 (artículo 99.6). En este mismo sentido se expidió la Resolución No. 153 de 2001 y 151 de la misma anualidad.

-. A folios 563-564 C-1, reposa la copia de la Resolución No. 22 de 1996 de la CRA, por medio de la cual se realizaron unos ajustes de precios a las tarifas.

-. A folios 603-620 C-1, obra la copia de la Resolución No. 235 de 2002 de la CRA, por medio de la cual se permitió la inclusión de unas cláusulas en los contratos de concesión para la prestación del servicio de aseo.

-. A folios 621-626 C-1, se encuentra el testimonio del señor LUIS EDUARDO AMADOR CABRA, quien en su condición de Asesor Externo de la Dirección Técnica de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos de la Alcaldía Mayor de Bogotá, manifestó que, si bien es cierto en las facturas no se distingue el valor de la tarifa y el valor del subsidio, ello no significa que no existan pues tienen unos valores implícitos que se establecieron por un sistema tarifario por estratos.

Además, en relación con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 632 de 2000, dijo que es la misma ley la que permite establecer unos sobrepuestos por encima de lo establecido en la Ley 142 con el fin de equilibrar el modelo económico y financiero.

-. Finalmente, a folios 699-712 C-1, el apoderado de la parte actora aporta unos nuevos cálculos.

Este es todo el material probatorio que obra en el proceso y como se observa, lo que se hace es fijar las tarifas del servicio de aseo, de forma total, más no los montos o porcentajes de los subsidios que tienen que aportar los estratos altos a favor de los estratos bajos, de los cuales ni la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos de la Alcaldía Mayor de Bogotá puede dar una explicación detallada y precisa.

De todo lo anterior, se concluye lo siguiente:

En primer lugar, de toda la prueba documental que reposa en el expediente, no es posible determinar el valor de dichas tarifas, ni su cobro efectivo por fuera de los límites legales, ni recaudos por fuera de la estratificación permitida. En este sentido, es preciso destacar que en las resoluciones expedidas por la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos UESP (No. 22 del 18 de julio de 1996, CRA. 151 de 2001, CRA. 164 de 2001, CRA. 153 de 2001, CRA. 156 DE 2001, Resolución No. 235 de 2002, etc.), en las cuales se fundamenta la demanda, simplemente se determinan los criterios a utilizar para fijar el valor total de las tarifas a cobrar por el servicio de aseo, sin especificarse el monto a cobrar por concepto de sobrepuestos, contribuciones o aportes solidarios.

En segundo lugar, tal y como acertadamente lo manifestó el *a quo* en su oportunidad, al observarse las facturas de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, y que fueron allegadas por la parte actora, aparecen los factores que corresponden al valor total del servicio por acueducto y alcantarillado, más los aportes de solidaridad, sobrepuestos y subsidios por estos mismos conceptos, lo cual no sucede respecto del servicio de aseo, en el cual sólo aparece el valor total del servicio prestado. Por lo tanto, no es posible tener certeza sobre el valor de los aportes y los subsidios de los estratos 5 y 6 para los estratos bajos. Con estas muestras se acredita que al no estar los valores por “aportes adicionales” y “subsidios” determinados en las facturas, no es factible

afirmar que efectivamente el cobro del subsidio se encuentra por fuera de los límites legales.

Y, en tercer lugar, en cuanto a lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 632 de 2000 y lo manifestado por el único testigo del proceso, la afirmación de los sobreprecios la hizo con fundamento en lo señalado en dicha norma, pero de su declaración no se logra demostrar que efectivamente se esté cobrando por subsidios a los estratos 5 y 6 un porcentaje superior al 20%, ni cuánto es ese valor.

En consecuencia, la Sala considera que en el proceso no hay ningún medio probatorio que permita establecer sin lugar a dudas que efectivamente se está realizando un cobro a los estratos 5 y 6 en sumas superiores al 20% señalado en el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994.

Finalmente, no sobra advertir que la labor desplegada por la parte demandante en el sentido de demostrar lo alegado, mediante unos cálculos que en su sentir son los que demuestran la ocurrencia del daño, evidencia un trabajo de mucho esfuerzo, pero ello no es suficiente para acreditar que efectivamente se hayan efectuado dichos cobros, más aún cuando en el proceso no se practicó ninguna prueba técnica o pericial tendiente a corroborar las operaciones aritméticas realizadas por la parte demandante, a través de una experticia que así lo verificara.

Por otra parte, si bien es cierto las empresas prestadoras del servicio público de aseo no están cumpliendo el precepto del artículo 89 de la Ley 142 de 1994, en el sentido de discriminar en las facturas el valor que corresponde al servicio y el factor que se utiliza para aplicar los subsidios a los usuarios de los estratos bajos, la acción de grupo no está encaminada a hacer efectiva dicha norma, no es su finalidad ni su naturaleza y por ende, al Juez no le es dable realizar ningún tipo de pronunciamiento al respecto.

En conclusión, si el objeto de la acción era obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados al grupo declarando la responsabilidad del Estado, el daño debía aparecer plenamente demostrado en el proceso, cosa que no ocurrió, impidiéndole al sentenciador ordenar su presunta reparación.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de fecha veintiséis (26) de marzo de dos mil cuatro (2004), proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda Subsección "B".

Devolver el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de Sala

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ

GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR