

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Referencia: Medio de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación 11001-03-27-000-2015-00051-00 [21948]
Demandante: SERVIASEO POPAYÁN S.A. E.S.P.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Temas: Contribución Especial SSPD de 2013

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho formulado por la empresa SERVIASEO POPAYÁN S.A. E.S.P. contra la Resolución SSPD 20131300029415 de 1 de agosto de 2013, Liquidación Oficial Contribución Especial 20135340024196 de 6 de agosto de 2013, Resolución SSPD-20135300036355 de 27 de septiembre de 2013 y la Resolución SSPD-20135000048885 de 18 de noviembre de 2013, actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Las pretensiones de la demanda son las siguientes:

"3.1. Que es NULA la resolución SSPD No. 20131300029415 de fecha 1º de agosto de 2013, "POR LA CUAL SE FIJA LA TARIFA DE CONTRIBUCIÓN ESPECIAL A LA CUAL SE ENCUENTRAN SUJETOS LOS PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS PARA EL AÑO 2013, SE ESTABLECE LA BASE DE LIQUIDACIÓN, EL PROCEDIMIENTO PARA EL RECAUDO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES".

3.2 Que es NULA la Liquidación Oficial No. 20135340024196 del 2013-08-06, Contribución Especial año 2013, para la empresa SERVIASEO POPAYÁN S.A. ESP, prestadora del servicio de aseo en la ciudad de Popayán, por valor de SESENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$65.000.000,00). (sic)

3.3 Que es NULA la Resolución No. SSPD – 20135300036355 del 2013-09-27, por medio de la cual la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios SSPD, resolvió el recurso de reposición interpuesto,

confirmando en todas sus partes el acto administrativo impugnado Liquidación Oficial SSPD No. 20135340024196 del 2013-08-06.

3.4 Que es NULA la Resolución No. SSPD – 20135000048885 del 2013-11-18, mediante la cual la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios SSPD resolvió el recurso de apelación presentado por SERVIASEO POPAYÁN S.A. ESP, confirmando el acto administrativo Liquidación Oficial SSPD No. 20135340024196 del 2013-08-06.

3.5. Que como restablecimiento del derecho, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios SSPD efectuó como en derecho corresponde la Liquidación Oficial de la Contribución Especial para el año 2013, reembolsando al momento de la sentencia, si hay lugar a ello, a mi representada SERVIASEO POPAYÁN S.A. ESP, las sumas que hubiere lugar en virtud del anticipo que realizó, debidamente indexadas.”

ANTECEDENTES

El artículo 85 de la Ley 142 de 1994, establece una contribución especial a favor de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS –SSPD-, con el fin de financiar los gastos de funcionamiento de la empresa de vigilancia.

De acuerdo a la norma enunciada, la sociedad SERVIASEO POPAYÁN S.A. E.S.P., es sujeto pasivo de la dicha contribución, por lo que se debe liquidar y pagar anualmente, sin superar el 1% de los gastos de funcionamiento de la entidad contribuyente del año anterior¹.

El 1 de agosto de 2013 la SSPD emitió la Resolución SSPD-20131300029415, en la que estableció que la tarifa de la contribución especial para el periodo 2013 fue de 0.8075% de los gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio de la entidad contribuyente, de acuerdo a lo reflejado en los estados financieros registrados en el Sistema Único de Información –SUI– a 31 de diciembre de 2012².

En el artículo 2 de la misma resolución precisó que de la base de liquidación de la contribución especial, hacen parte como gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio sometido a inspección, vigilancia y control de la SSPD, las cuentas 51 (Gastos de

¹ **“Artículo 85. Contribuciones especiales.** Con el fin de recuperar los costos del servicio de regulación que preste cada comisión, y los de control y vigilancia que preste el Superintendente, las entidades sometidas a su regulación, control y vigilancia, estarán sujetas a dos contribuciones, que se liquidarán y pagarán cada año conforme a las siguientes reglas: [...]”

85.2. La superintendencia y las comisiones presupuestarán sus gastos cada año y cobrarán dentro de los límites que enseguida se señalan, solamente la tarifa que arroje el valor necesario para cubrir su presupuesto anual.

La tarifa máxima de cada contribución no podrá ser superior al uno por ciento (1%) del valor de los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometido a regulación, de la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en el que se haga el cobro, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia y de las Comisiones, cada una de las cuales e independientemente y con base en su estudio fijarán la tarifa correspondiente. [...]”

² Folios 44 a 50 del c.p.

administración), 7505 (Servicios personales), 7510 (Generales), 7517 (Arrendamientos), 753508 (Licencia de operación del servicio), 753513 (Comité de Estratificación), 7540 (Ordenes y Contratos de Mantenimiento y Reparaciones), 7542 (Honorarios), 7545 (Servicios Públicos), 7550 (Materiales y costos de operación), 7560 (Seguros) y 7570 (Ordenes y Contratos por otros Servicios).

El 6 de agosto de 2013 la SSPD emitió Liquidación Especial 20135340024196, por medio de la cual liquidó la contribución especial a cargo de la actora como prestadora de servicios públicos domiciliarios, en la suma de \$61.614.000, para lo cual tomó como valor base \$8.049.575.895.³

En contra del anterior acto administrativo, la actora interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, resueltos mediante las Resoluciones SSPD 20135300036355 de 27 de septiembre de 2013 y 20135000048885 de 18 de noviembre de 2013, que confirmaron el acto recurrido⁴.

DEMANDA

La demandante invocó como normas violadas, las siguientes⁵:

- Artículos 95 y 338 de la Constitución Política
- Artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

La actora alegó, que los actos administrativos demandado son nulos por indebida aplicación del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, que establece expresamente que al fijarse las contribuciones especiales, se deben eliminar de los gastos de funcionamiento los gastos operativos. Sin embargo, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no tomó en cuenta lo estipulado en la norma.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, aplicó la jurisprudencia del Consejo de Estado de forma errónea, con el fin de aumentar el valor de la contribución especial, sin advertir que para modificar la base gravable de un tributo se requiere de una ley y que la tarifa aplicable se limita a la máxima permitida en la ley⁶.

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado precisó que la Superintendencia no puede modificar la base gravable y que las cuentas del grupo 75 del Plan Único de Cuentas –PUC no son gastos de funcionamiento asociados al servicio⁷.

³ Folio 51 del c.p.

⁴ Folios 54 a 68 del c.p.

⁵ Folios 2 a 43 del c.p.

⁶ Sentencia de 23 de septiembre de 2010, Consejo de Estado, Sección Cuarta, exp 16874. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

⁷ Sentencia de 26 de enero de 2012, Consejo de Estado, Sección Cuarta, exp. 16841. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia

Los actos administrativos demandados son nulos por falsa motivación y desviación de las atribuciones propias de la SSPD, debido a que la demandada modificó la base gravable, ampliándola a otros gastos incluyendo los costos operacionales de forma ilegal y al modificar la base gravable y la tarifa actuó en contra del artículo 338 de la Constitución Política.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, violó el artículo 95 de la Constitución Política, porque al fijar la tarifa y el monto de la contribución especial, modificó los elementos del tributo sin estar autorizada, obteniendo como resultado la vulneración de la confianza legítima de los contribuyentes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se pronunció en los siguientes términos⁸:

Precisó que mediante auto del 13 de mayo de 2015 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aplicó el No. 1º del artículo 165 de la Ley 1437 de 2011 según el cual, cuando se acumule la pretensión de nulidad con cualquier otra (nulidad y restablecimiento del derecho). El juez competente será el de la nulidad, y decidió remitir el proceso al Consejo de Estado para el trámite correspondiente.

Sin embargo, estimó que tal decisión vulneró el principio de la doble instancia.

Por tal razón solicitó se declare la incompetencia del Consejo de Estado y se devuelva la actuación al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que proceda nuevamente a analizar la acumulación de pretensiones y de ser el caso, ordene a la demandante efectuar una debida acumulación de las mismas.

Señaló en cuanto a la inconformidad de la demandante en relación a la inclusión de los rubros del grupo 75 (gastos de operación) que el Consejo de Estado en sentencia del 17 de septiembre de 2014 (exp. 20253) reiteró que dentro de los gastos de funcionamiento asociados al servicio objeto de regulación se deben excluir aquellas erogaciones que no estén relacionadas con la prestación del servicio público domiciliario.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios propuso la excepción de inconstitucionalidad, alegó que el legislador por medio del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, facultó a la entidad de control y vigilancia para fijar los gastos de funcionamiento pero lo limitó en unos rubros, haciendo imposible que la recuperación de los costos en los cuales recae la autoridad sean recuperados, por lo que la norma vulnera el artículo 338 de la Constitución Política. Si se realiza una interpretación de

⁸ Folios 109 a 123 del c.p.

acuerdo a la norma constitucional antes enunciada, el fin debe ser el de recuperar los costos de vigilancia y control en los que recae la Superintendencia, por lo que procede la excepción de inconstitucionalidad en contra de la expresión "*de los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometido a regulación.*" contenida en el inciso 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994

En el presente caso, no se puede probar que la Superintendencia se haya extralimitado al fijar la contribución del año 2013, de acuerdo con los límites de la Ley 142 de 1994, de lo contrario si se hubieran recaudado recursos en exceso se habrían devuelto al fondo empresarial de acuerdo al artículo 85 de la norma demandada.

No es coherente con la norma constitucional que se excluya de la base gravable las cuentas del grupo 75, porque son parte de la base gravable y se encuentran asociadas con la producción o la prestación del servicio.

AUDIENCIA INICIAL

El 7 de marzo de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial en el presente proceso. Conforme con los hechos de la demanda, los cargos de nulidad planteados por la parte demandante, los argumentos de la contestación de la demanda, las excepciones propuestas por la SSPD, y el pronunciamiento del demandante frente a las excepciones, se precisó lo siguiente⁹:

Saneamiento del proceso

Se advirtió que no se observaron irregularidades que afecten la validez y eficacia del proceso, y se aclaró que en el presente caso existe acumulación de pretensiones del medio de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, porque dentro de los actos demandados existe uno de carácter general y tres de carácter particular.

Excepciones previas

Se declaró que en el presente caso no procede la excepción de falta de competencia, y se negó la solicitud de desistimiento de la pretensión de nulidad del acto administrativo de carácter general demandado.

Fijación del litigio

En la audiencia inicial, se llevó a cabo la fijación del litigio y en este sentido se determinó que la Sala debe resolver el siguiente problema jurídico:

¿Si procede la excepción de inconstitucionalidad que planteó la entidad demandada en relación con la expresión "*de los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometidos a regulación.*" del inciso 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994?

⁹ Folios 363 a 367 del c.p.

¿De la base gravable de la contribución especial, prevista en el artículo 85 [85.2] de la Ley 142 de 1994, forman parte o no, las cuentas del grupo 51- Gastos de administración (menos la 5120) y las cuentas del Grupo 75 para Entes Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios?

¿Si procede la devolución del mayor valor pagado por concepto de la contribución especial del año 2013 y en qué términos?

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante reiteró de manera sucinta lo indicado en la demanda y solicitó que se acoja el criterio adoptado por la Sala en las sentencias de 13 de junio de 2013, 26 de enero de 2012 y 20 de octubre de 2017¹⁰.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios reiteró lo expuesto en la contestación a la demanda¹¹.

El **Ministerio Público** representado por el procurador sexto delegado ante el Consejo de Estado, manifestó lo siguiente:¹²

El Consejo de Estado de forma reiterada ha precisado que las cuentas 75 no deben ser incluidas dentro de la base gravable de la contribución especial cuestionada, por lo que no deben de incluirse para el cálculo del presente caso.

Adicionalmente, la demandada al citar la sentencia de expediente 16874 de 2010, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, cometió un error de interpretación al incluir los costos de producción en el grupo 75, porque la línea del Consejo de Estado sigue siendo la misma que en otros fallos similares.

El Ministerio Público sugiere que para determinar el valor de la devolución del mayor valor a pagar, se debe tener en cuenta solamente el valor de \$3.386.000, ya que en el expediente no se encuentra la prueba de los demás pagos que aduce la actora haber realizado.

La excepción de inconstitucionalidad propuesta, relativa a la inaplicabilidad del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 no tiene sustento legal por cuanto el artículo 338 de la Constitución Política, faculta a las entidades administrativas establecer las tarifas correspondientes.

Adicionalmente, el hecho de que las entidades administrativas puedan fijar la tarifa de las tasas, no implica que la ley no pueda ordenar límites, porque establecer la tarifa de ciertos tributos es una facultad potestativa

¹⁰ Folios 387 a 405 del c.p.

¹¹ Folios 375 a 386 del c.p.

¹² Folios 369 a 374 del c.p.

otorgada por el constituyente, pero los demás elementos son potestad del legislador.

De acuerdo con lo expuesto, el Ministerio Público solicita que se inaplique el artículo 2 del acto administrativo general contenido en la Resolución SSPD 201331300029415 de 1 de agosto de 2013 y se anulen parcialmente los actos administrativos de carácter particular, además se reliquide el valor de la contribución especial y solicita que en aras de defender los dineros públicos se emita una sentencia de unificación que clarifique el asunto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión previa

El presente proceso, el 6 de agosto de 2015, fue admitido por la entonces Consejera de Estado Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez¹³; magistrada que laboró en el Consejo de Estado hasta el 25 de abril de 2016. En su reemplazo, el 18 de octubre de 2016 tomó posesión como nueva Consejera de Estado la Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto.

La Dra. Carvajal Basto el 12 de mayo de 2017 se declaró impedida para conocer del presente proceso de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 141 del C.G.P., por cuanto en primera instancia, en su entonces condición de Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, suscribió el auto del 13 de mayo de 2015 que declaró la falta de competencia de la citada Corporación¹⁴.

Debido a ausencia de quórum en esta Sección se ordenó sorteo de conjuez mediante auto de 31 de julio de 2017, y posteriormente por intermedio de la Secretaría General se designó como conjuez al Dr. Mauricio Plazas Vega, a fin de resolver el impedimento manifestado por la Dra. Carvajal Basto.

Mediante auto de 25 de octubre de 2017, el impedimento fue declarado fundado y se ordenó remitir el expediente al despacho que siguiera en turno.¹⁵ El expediente llegó el 15 de noviembre de 2017 al despacho del Consejero Ponente de esta providencia.

La Sala precisa que si bien se había sorteado conjuez para completar el quórum decisorio en el presente asunto, este ya no será necesario, toda vez que el Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez se posesionó como magistrado de esta Corporación el 25 de septiembre de 2017, y en aplicación del artículo 116 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la llegada de un nuevo Consejero desplaza al conjuez Dr. Mauricio Plazas Vega.

¹³ Folio 96 del c.p.

¹⁴ Folio 236 del c.p.

¹⁵ Folios 251 a 252 c.p.

En consideración a la fijación del litigio realizada por las partes en la audiencia inicial de este proceso, se analizarán los siguientes problemas jurídicos:

Excepción de inconstitucionalidad del artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994. Reiteración¹⁶

La Sala reitera el criterio expuesto por la Sección en sentencia de 31 de mayo de 2018, en la que se analizó la nulidad del artículo 2 de la Resolución SSPD-20131300029415 de 1 de agosto de 2013, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en la que la mencionada entidad propuso la denominada "excepción de inconstitucionalidad".

Sea lo primero precisar que, en estricto rigor, la autoridad administrativa no puede justificar la legalidad de un acto alegando que la ley que le sirve de sustento es contraria a la Constitución Política, pues, en realidad, es contradictorio. Lo pertinente sería que quien invoque la excepción de inconstitucionalidad de una norma sea el demandante, no el demandado, la autoridad administrativa, por cuanto es la primera que debe acatar el ordenamiento jurídico (artículo 6 de la Constitución Política).

La Sala entiende que lo que la Superintendencia denomina como **excepción de inconstitucionalidad** es, en realidad, la interpretación que, a su juicio, debe darse a la norma que supuestamente solicita inaplicar.

Pues bien, la expresión "*de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación*", hace parte del inciso segundo del artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994, que dispone lo siguiente:

"La tarifa máxima de cada contribución no podrá ser superior al uno por ciento (1%) del valor de los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometido a regulación, de la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en el que se haga el cobro, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia y de las Comisiones, cada una de las cuales e independientemente y con base en su estudio fijarán la tarifa correspondiente". (Subraya la Sala)

Por su parte, los artículos 338 y 370 de la Constitución establecen, en su orden, lo siguiente:

"ARTÍCULO 338. *En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos*

¹⁶ Sentencia de 31 de mayo de 2018, exp. 21286. C.P. Milton Chaves García, en la que en esencia se reiteró en los fallos de 11 de mayo de 2017, exp. 20179. C.P. Milton Chaves García, 29 de septiembre de 2015, exp. 20874. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia; 25 de abril de 2016, exp. 21246. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y 5 de mayo de 2016, exp. 21714, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Igualmente, se acogió en las sentencias de 29 de junio de 2017, exp. 21724, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto; 20 de octubre de 2017, exp. 22067. C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto; 8 de noviembre de 2017, exp. 21885 y 22820 y de 29 de noviembre de 2018, exp. 21938. C.P. Milton Chaves García, entre otras.

deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos”.

"ARTICULO 370. *Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”.*

En lo que interesa a este asunto, el artículo 338 de la Constitución Política prevé que si bien la creación de las tasas y contribuciones compete a las leyes, ordenanzas y acuerdos, estas normas pueden permitir que las tarifas de dichos tributos sean fijadas por las autoridades administrativas. Adicionalmente, dichas tarifas deben cobrarse a los contribuyentes para recuperar los costos de los servicios que tales autoridades presten, si es una tasa, o como participación en los beneficios que les proporcionan, si se trata de una contribución.

En virtud de la facultad impositiva otorgada por la Constitución Política, el Congreso de la República expidió la Ley 142 de 1994 *"Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones"*. El artículo 85 de la citada ley, creó el tributo denominado contribución especial con el fin de *"recuperar los costos del servicio de regulación que preste cada comisión, y los de control y vigilancia que preste el Superintendente"* (Se resalta). El sujeto activo de la contribución especial es la SSPD y son sujetos pasivos, las entidades sometidas a control y vigilancia, es decir, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

Dentro del poder tributario y la libertad de configuración normativa, el Congreso de la República dispuso en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 que la contribución especial a cargo de las entidades sometidas a inspección, vigilancia y control de la SSPD debe liquidarse y pagarse teniendo en cuenta lo siguiente:

1. Para definir los costos de los servicios que presta la SSPD deben tenerse en cuenta todos los gastos de funcionamiento de esta, al igual que la depreciación, amortización u obsolescencia de sus activos en el período anual respectivo (artículo 85.1 de la Ley 142 de 1994).
2. La SSPD debe presupuestar sus gastos anuales **y dentro del límite legal** debe cobrar la tarifa que arroje el valor necesario para cubrir el presupuesto anual (artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994).

La tarifa máxima de la contribución especial es el 1% **"del valor de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación de la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en el que se haga el cobro, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia"** (artículo 85.2 inciso segundo de la Ley 142 de 1994).

Así, la tarifa del tributo denominado contribución especial es máximo del 1% y la base gravable es el valor de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación de la entidad contribuyente.

El hecho de que la base gravable del tributo sea el valor de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación, es concordante con el fin mismo de la contribución especial, que es recuperar los costos de los servicios de control y vigilancia y guarda armonía también con el artículo 338 de la Constitución Política, que prevé que la tarifa es para la recuperación de costos de los servicios que presta la autoridad administrativa.

Fue voluntad del legislador, titular del poder tributario, que la base gravable de la contribución especial fuera el valor de los gastos de funcionamiento, más concretamente, los asociados al servicio sometido a vigilancia y control de la demandada. No fue su voluntad que la base gravable incluyera el valor de los costos de producción. Si así hubiera sido, lo habría plasmado en la norma, sin reparo alguno, pues, se insiste, tiene la potestad para hacerlo.

Además, como la tarifa de la contribución especial es para recuperar los costos en que incurra la SSPD por los servicios de control y vigilancia que presta a las vigiladas, fue voluntad del legislador que la base gravable solo incluyera los gastos de funcionamiento asociados al servicio que presta la entidad vigilada y que se encuentra sometido a inspección, vigilancia y control del Estado o, como dice el artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994, **"del servicio sometido a regulación"**.

Igualmente, en cuanto al argumento de que la ley limitó la base de liquidación de la contribución especial a rubros que son insuficientes para recuperar los costos en que incurre la Superintendencia por la prestación de los servicios de inspección, vigilancia y control, se advierte que el análisis de dicho argumento es propio del debate legislativo exclusivo del Congreso, como titular de la potestad tributaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 338 de la Constitución Política.

De acuerdo con lo anterior, no procede la interpretación que dio la demandada a la expresión **"de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación"**, del artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994. Por lo tanto, la Sala declara no probada lo que la demandada denominó como excepción de inconstitucionalidad. No prospera el cargo.

Nulidad parcial de la Resolución SSPD No. 20131300029415 por la que se fija la tarifa de contribución especial a la cual se encuentran sujetos los prestadores de servicios públicos domiciliarios para el año 2013.

La demandada, mediante la Resolución SSPD-20131300029415 de 1 de agosto de 2013, fijó la tarifa de la contribución especial, de que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, para el año 2013, *"en el 0.8075% de los gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio de la Entidad contribuyente, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la SSPD a través del Sistema Único de Información -SUI-, a 31 de diciembre de 2012"*.

En el artículo 2 de la mencionada resolución dispuso que las erogaciones que constituyen los **gastos de funcionamiento** asociados a la prestación del servicio sometido a la inspección, control y vigilancia de la SSPD, que integran la base de liquidación para la contribución especial de la vigencia 2013, incluyen las siguientes cuentas:

- 51 Gastos de administración (menos la 5120)
- 7505 Servicios personales
- 7510 Generales
- 7517 Arrendamientos
- 753508 Licencia de operación del servicio
- 753513 Comité de Estratificación
- 7540 Órdenes y contratos de mantenimiento y reparaciones
- 7542 Honorarios
- 7545 Servicios públicos
- 7550 Materiales y otros costos de operación
- 7560 Seguros
- 7570 Órdenes y contratos por otros servicios

Mediante la sentencia del 31 de mayo de 2018, la Sala **anuló parcialmente** el artículo 2º de la Resolución No. SSPD-20131300029415 de 1 de agosto de 2013, así¹⁷:

*[...] **SEGUNDO: ANULAR PARCIALMENTE** el artículo 2º de la Resolución SSPD-20131300029415 de 1º de agosto de 2013, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en cuanto incluyó dentro de la base de liquidación de la contribución especial de la vigencia 2013, las cuentas **7505** Servicios personales, **7517** Arrendamientos, **7540** Órdenes y contratos de mantenimiento y reparaciones, **7550** materiales y costos de operación y **7570** Órdenes y contratos por otros servicios, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

¹⁷ Sentencia del 31 de mayo de 2018, Consejo de Estado, Sección Cuarta, exp. 21286. C.P Milton Chaves García.

En consecuencia, el artículo 2º de la Resolución SSPD-20131300029415 de 1º de agosto de 2013 queda así:

"Artículo 2º. **BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL.** Las erogaciones que constituyen los gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio sometido a la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que integran la base de liquidación para la contribución especial de la vigencia 2013, una vez aplicado el test de validación, se encuentran contenidas en las siguientes cuentas:

51	Gastos de administración (menos la 5120)
7510	Generales
753508	Licencia de operación del servicio
753513	Comité de estratificación
7542	Honorarios
7545	Servicios públicos
7560	Seguros

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Con fundamento en el criterio expuesto, en la referida sentencia la Sala se pronunció sobre las cuentas 7505, 7517, 7540, 7550 y 7570 del artículo 2º de la Resolución SSPD-20131300029415 de 1 de agosto de 2013.

Así, por violar el principio de legalidad del tributo, anuló las cuentas del grupo 75 demandadas en ese proceso, a saber; "las cuentas 7505, 7517, 7540, 7550 y 7570, todas pertenecientes al 'grupo 75 - costos de producción. En consecuencia, la Sala se está a lo resuelto en la aludida sentencia respecto a las referidas cuentas.

Ahora bien, la Sala advierte que respecto a las cuentas 7510, 753508, 753513, 7542, 7545 y 7560 existe un pronunciamiento de esta Sala con similitud fáctica, jurídica y de las pretensiones a las del presente caso, pero respecto a la contribución especial del periodo 2012, en el que se concluyó lo siguiente¹⁸:

[...]Mucho menos, pueden formar parte de la base gravable de la contribución especial prevista en la Ley 142 de 1994, los costos de producción de los servicios públicos domiciliarios, registrados en el **Grupo 75 -Costos de producción**, ya que, se insiste, la "**noción de costos no se puede equiparar a la de gastos de funcionamiento** por no haberlo previsto así la Ley 142 de 1994, ya que de haber sido esa la intención del legislador así lo hubiera contemplado legalmente, teniendo en cuenta el fundamento contable que tiene la base gravable comentada [...].

De acuerdo al criterio expuesto, los costos de producción de los servicios públicos domiciliarios del grupo 75 no pueden equipararse a la noción de gastos de funcionamiento, debido a que el legislador no los incluyó en la

¹⁸ Sentencia de 23 de septiembre de 2010, exp.16874. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, en relación con la sentencia de 5 de mayo de 2016, de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, exp. 21714. C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto

Ley 142 de 1994 de forma expresa, por lo que las demás cuentas del grupo 75 que no se excluyeron en la sentencia de 31 de mayo de 2018 antes citada, deben excluirse de la contribución especial del año 2013.

En este orden de ideas, se advierte que respecto a las cuentas 7510, 753508, 753513, 7542, 7545 y 7560, contenidas en el artículo 2 de la Resolución N° SSPD-20131300029415 del primero de agosto de 2013, en cuanto incluyó como gastos de funcionamiento las cuentas del Grupo 75 - Costos de Producción, procede su nulidad y en consecuencia se declararán excluidas de la base para la liquidación de la contribución especial.

En consecuencia, procede la nulidad parcial del artículo 2 de la Resolución SSPD-20131300029415 del primero de agosto de 2013, que quedara así:

Artículo 2.- Base para la liquidación de la contribución especial.

Las erogaciones que constituyen los gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio sometido a la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que integran la base de liquidación para la contribución especial de la vigencia 2013, una vez aplicado el test de validación, se encuentran contenidas en las siguientes cuentas:

51	Gastos de Administración (menos la 5120)
----	--

Nulidad parcial de la Liquidación Oficial SSPD No. 20135340024196 de 6 de agosto de 2013, la Resolución SSPD 20135300036355 de 27 de septiembre de 2013 y la Resolución SSPD 20135000048885 de 18 de noviembre de 2013

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad parcial del artículo 2 de la Resolución SSPD-20131300029415 del primero de agosto de 2013, se declararán nulos parcialmente los actos demandados de carácter particular frente a la inclusión de las cuentas 7505-servicios personales, 7510-generales, 7517-arrendamientos, 753508-licencia de operación del servicio, 753513-comité de estratificación, 7540-órdenes y contratos de mantenimiento y reparaciones, 7542-honorarios, 7545-servicios públicos, 7550-materiales y otros costos de operación, 7560-seguros y 7570-órdenes y contratos por otros servicios, que hacen parte del grupo 75-costos de producción.

De esta manera, la Sala procederá a excluir de la base gravable de la contribución especial determinada a la actora por el año gravable 2013 las referidas cuentas, para el efecto, se efectuará una nueva liquidación que quedará así:

Cuenta	Concepto	Liquidación SSPD	Liquidación Consejo de Estado
51	Gastos de administración	\$ 1.011.917.764	\$ 1.011.917.764
5120	Impuestos, tasas y contribuciones	-\$ 158.433.802	-\$ 158.433.802
7505	Servicios Personales	\$ 3.547.696.353	\$ 0
7510	Generales	\$ 293.748.672	\$ 0
7517	Arrendamientos	\$328.597.933	\$0
7540	Órdenes y contratos de mantenimiento y reparaciones	\$125.688.317	\$ 0
7542	Honorarios	\$ 28.329.545	\$ 0
7545	Servicios públicos	\$ 18.875.937	\$ 0
7550	Materiales y otros costos de operación	\$ 252.237.923	\$ 0
7560	Seguros	\$ 128.831.007	\$ 0
7570	Órdenes y contratos por otros servicios	\$ 88.554.035.562	\$ 0
753508	Licencia de operación del servicio	\$ 0	\$ 0
753513	Comité de estratificación	\$ 0	\$ 0
	Total base	\$ 8.049.575.895	\$853.483.962
	Total contribución porcentaje 0.8075%	\$ 65.000.000	\$6.891.883
	Valor Pagado Anticipo	\$3.386.000	\$3.386.000
	TOTAL A PAGAR	\$ 61.614.000	\$3.505.883

La Sala advierte que para determinar el valor de la devolución del mayor valor a pagar, se tiene en cuenta solamente el valor de \$3.386.000, ya que en el expediente no se encuentra la prueba de los demás pagos que aduce la actora haber realizado.¹⁹

En este orden de ideas, se declarará la nulidad parcial de la Liquidación Oficial SSPD No. 20135340024196 de 6 de agosto de 2013, la Resolución

¹⁹ Folios 52 y 53 del c.p.

SSPD 20135300036355 de 27 de septiembre de 2013 y la Resolución SSPD 20135000048885 de 18 de noviembre de 2013.

De esta manera, la Sala declarará (I) la improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad alegada por la actora, (II) se declarará la nulidad parcial de la Resolución SSPD 20131300029415 de 1º de agosto de 2013 (III) se declarará la nulidad parcial de los actos administrativos particulares demandados, (IV) y a título de restablecimiento del derecho se establecerá como liquidación de la contribución especial del año 2013 de la sociedad actora el valor señalado en esta sentencia.

Se niega la condena en costas en esta instancia respecto a la demanda contra los actos particulares, pues conforme con el artículo 188 del CPACA²⁰, en los procesos ante esta jurisdicción, la condena en costas se rige por las reglas previstas el artículo 365 del Código General del Proceso, y una de estas reglas es la del numeral 8, según la cual *"solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*, requisito que no se cumple en este asunto.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR no probada la denominada excepción de inconstitucionalidad de la expresión "de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación" del artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994, propuesta por la demandada.

SEGUNDO: En cuanto a la solicitud de nulidad de las cuentas 7005, 7517, 7540, 7550 y 7570 contenidas en la Resolución SSPD-20131300029415 del primero de agosto de 2013, **ESTÉSE** a lo resuelto en la sentencia proferida por esta Sala el 31 de mayo de 2018, exp. 21286.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL del artículo 2 de la Resolución SSPD-20131300029415 del primero de agosto de 2013, respecto a las cuentas 7510, 753508, 753513, 7542, 7545 y 7560. En consecuencia, la citada disposición queda así:

Artículo 2.- Base para la liquidación de la contribución especial.

Las erogaciones que constituyen los gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio sometido a la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que integran la base de liquidación para la contribución especial de la

²⁰ CPACA. Art. 188. Condena en costas. "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

vigencia 2013, una vez aplicado el test de validación, se encuentran contenidas en las siguientes cuentas:

51	Gastos de Administración (menos la 5120)
----	--

CUARTO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Liquidación Oficial 20135340024196 del 6 de agosto de 2013 y de las Resoluciones SSPD 20135300036355 del 27 de septiembre de 2013 y SSPD 20135000048885 del 18 de noviembre del 2013, por las que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios fijó a la actora la contribución especial por el año 2013.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, y de conformidad con la liquidación inserta en la parte motiva de esta providencia, **FIJAR** en la suma de \$6.891.883 el valor de contribución especial por el año 2013 a cargo de la sociedad Serviaseo Popayán S.A.

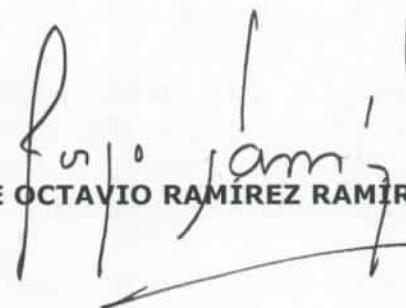
NO CONDENAR en costas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.


MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sección


JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ


JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ