



**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

**CONSEJERO PONENTE: JULIO ROBERTO PIZA
RODRÍGUEZ**

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Referencia: Nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 11001-03-27-000-2016-00014-00 (22381)
Demandante: EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S. A. ESP
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Tema: Contribución especial de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de 2013.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide, en única instancia, el medio de control de nulidad simple, con acumulación de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por la Empresa de Energía de Bogotá S. A. ESP (EEB) contra la Resolución 20131300029415, del 01 de agosto de 2013, emitido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que fijó la tarifa de la contribución especial para el año 2013; la Liquidación Oficial nro. 20135340021456, del 06 de agosto de 2013, a través de la cual dicha entidad liquidó a cargo de EEB la tasa de vigilancia correspondiente al año 2013, por valor de \$187.163.000; la Resolución 20135300033285, del 09 de septiembre de 2013, mediante la cual se desató el correspondiente recurso de reposición, y la Resolución 20135000037155, del 01 de octubre de 2013, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación.

ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Mediante la Resolución 20131300029415, del 1 de agosto de 2013, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante SSPD) fijó la tarifa de la tasa de vigilancia a cargo de las empresas de servicios

públicos sometidas a su inspección, control y vigilancia (ff. 48 a 51).

A continuación, el 6 de agosto de 2013, a través de Liquidación Oficial nro. 20135340021456, la SSPD determinó la tasa de vigilancia del año 2013, a cargo de la demandante, en cuantía de \$187.163.000 (f. 52).

Posteriormente, el 26 de agosto de 2013, la actora radicó recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del anterior acto (ff. 53 a 66).

Estos recursos fueron despachados de forma desfavorable, por medio de las resoluciones 20135300033285, del 9 de septiembre de 2013, y 20135000037155, del 1 de octubre de 2013, en el sentido de que confirmaron el acto impugnado (ff. 89 a 95 y 98 a 107).

ANTECEDENTES PROCESALES

Demanda

En ejercicio de los medios de control de nulidad, y nulidad y restablecimiento del derecho, previstos en los artículos 137 y 138 del CPACA, la actora formuló las siguientes pretensiones (ff. 21 y 22):

PRIMERA.- Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. SSPD-20131300029415 del 1º de agosto de 2013, proferida por la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante el cual se fijó la tarifa de la Contribución Especial para el año 2013 y se dio inicio al trámite correspondiente para el cálculo y liquidación de la referida contribución.

SEGUNDA.- Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Liquidación Oficial de la Contribución Especial Año 2013, con Radicado No. 20135340021456 del 6 de agosto de 2013, proferida por el Director Financiero de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante el cual se liquidó, fijó e impuso la obligación de pago de la Contribución Especial para el año 2013 a cargo de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP.

TERCERA.- Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. SSPD 20135300033285 del 9 de septiembre de 2013, proferida por el Director Financiero de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto y se confirmó la Liquidación Oficial de la Contribución Especial Año 2013, con

Radicado No. 20135340021456, a cargo de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTA S.A. ESP.

CUARTA.- Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. SSPD 20135000037155 del 1º de octubre de 2013, proferida por el Secretario General de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante el cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto y se confirmó la Liquidación Oficial de la Contribución Especial Año 2013, con Radicado No. 20135340021456 del 6 de agosto de 2013, a cargo de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTA S.A. ESP.

QUINTA.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se solicita que se ordene a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que reliquide la Contribución Especial del año 2013 a cargo de la sociedad demandante, de conformidad con lo señalado en los hechos y consideraciones sustento de la presente demanda y que, en caso de que se llegare a pagar la suma de dinero impuesta a título de Contribución Especial del año 2013, se ordene la correspondiente devolución o restitución de la suma pagada en exceso por la sociedad demandante.

SEXTA.- En caso de que la demandante se vea conminada a pagar la Contribución Especial del año 2013, se solicite que se ordene, igualmente a título de restablecimiento del derecho, el pago de los intereses moratorios comerciales sobre las sumas de dinero a que se hace referencia en la pretensión quinta anterior, a la tasa máxima legal permitida a favor de la sociedad demandante, desde la fecha en que dichos dineros sean pagados a la administración y hasta la fecha en que se verifique la devolución o restitución.

Subsidiaria Primera. En subsidio de la pretensión sexta anterior, el pago de intereses corrientes comerciales sobre las sumas de dinero a que se hace referencia en la pretensión quinta anterior, a la tasa máxima legal permitida, a favor de la sociedad demandante, desde la fecha en que dichos dineros sean pagados a la administración y hasta la fecha en que se verifique la devolución o restitución.

Subsidiaria Segunda. En subsidio de la pretensión subsidiaria primera anterior, el pago indexado según el Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Nacional de Estadística (DANE) sobre las sumas de dinero a que se hace referencia en la pretensión quinta anterior, a favor de la sociedad demandante, desde la fecha en que dichos dineros sean pagados a la administración y hasta la fecha en que se verifique la devolución o restitución.

SÉPTIMA.- Todas las condenas de restitución de dineros pagados, deberán imponerse atendiendo el principio de reparación integral, la equidad y los criterios técnicos actuariales, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

La demandante invocó como disposiciones violadas los artículos 58, 83,

209 y 338 de la Constitución; 85 de la Ley 142 de 1994; 330 de la Resolución 354 de 2006 de la Contaduría General de la Nación, y el numeral 4.8.2.6.2.2 del Plan de Contabilidad para entes Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios.

El concepto de violación planteado se sintetiza así:

- 1- Desviación de las atribuciones propias y abuso de facultades por parte de la entidad demanda

Alegó que los actos enjuiciados desconocieron el concepto de gastos de funcionamiento que fijó esta corporación en sentencia del 23 de septiembre de 2010 (exp. 16874, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia), toda vez que incluyó dentro de este concepto la cuenta 75 correspondiente a costos de producción, los cuales, en principio, no están llamados a integrar la base gravable de la contribución objeto de estudio.

- 2- Violación del principio de certeza tributaria por aplicación indebida e interpretación equivocada del artículo 85 de la ley 142 de 1994

Relató que el cálculo de la base gravable de la contribución especial para la vigencia 2013, realizado por parte de la Superintendencia, vulneró el principio de certeza tributaria, dado que varió la metodología utilizada para este efecto, que había empleado en años anteriores. Por lo tanto, señaló que el principio de seguridad jurídica proscribía la posibilidad de variar de manera constante los elementos de los tributos. En apoyo de lo anterior, invocó la sentencia C-594 de 2010, de la Corte Constitucional.

- 3- Violación al principio constitucional de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica (artículos 58 y 83 de la Constitución)

Insistió en que la variación de la metodología para la determinación de la base gravable del tributo quebrantó el principio de confianza legítima.

- 4- Violación del principio de legalidad por la ampliación de la base gravable (violación del artículo 85 de la ley 142 de 1994)

Sostuvo que la base gravable de la denominada contribución especial está integrada por los gastos de funcionamiento que estén asociados al servicio sometido a regulación (art. 85 de la Ley 142 de 1994). El Consejo de Estado, en sentencia del 23 de septiembre de 2010 (exp. 16874, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia), aclaró que la cuenta 75 de costos de producción, no puede incluirse dentro de los factores para determinar la base del tributo, toda vez que los rubros contenidos en aquella no son gastos.

- 5- Violación del principio de legalidad por la indebida inclusión de los gastos operativos en la base gravable (violación del artículo 85 de la Ley 142 de 1994)

Manifestó que con la inclusión de costos operativos dentro de la base gravable del tributo, la demandada vulneró el parágrafo 2.º del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, el cual dispone que este tipo de egresos no deben tenerse en cuenta, a menos que sean indispensables para cubrir faltantes del presupuesto, lo cual, no aconteció en el presente caso.

Contestación de la Demanda

La SSPD se opuso a las pretensiones de la demanda, en los términos que se exponen a continuación (ff. 365 a 381):

En primer lugar, señaló que para estudiar la legalidad de los actos acusados debe realizarse una interpretación sistemática de los artículos 85 de la Ley 142 de 1994; 150, 338 y 370 de la Constitución, con base en los cuales se pueden determinar las características de la llamada contribución especial, a la cual se encuentran sometidas las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Este tributo, propende por recuperar los costos del servicio de vigilancia y control que ejerce la demandada y su determinación cuenta con márgenes objetivos, como lo es la estimación de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación.

De igual forma, alegó que la interpretación que realizó esta corporación en sentencia del 17 de septiembre de 2014 (exp. 20253, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia), parte de la literalidad del texto de la Ley 142 de 1994, al excluir de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación, los descritos en las cuentas del grupo 75

–costos de producción.

En consecuencia, propuso la excepción de inconstitucionalidad del artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994, toda vez que contradice los artículos 338, 365 y 370 de la Constitución. Ello, debido a que la base gravable del tributo que puede fijar la autoridad de control y vigilancia, debe recuperar los costos en que incurre la entidad por la prestación del servicio de inspección, vigilancia y control, tal como lo establece las normas constitucionales, así que el concepto de gastos de funcionamiento, como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado, es insuficiente para cubrir los costos de la SSPD.

Asimismo, señaló que, a partir de la interpretación constitucional de la ley, las cuentas del grupo 75 sí hacen parte de la base gravable del tributo, ya que estas comprenden las erogaciones asociadas con la producción o la prestación de servicios públicos domiciliarios, a partir de los cuales la empresa (contribuyente) obtiene sus ingresos, así que hacen parte de la base gravable.

Por último, precisó que dentro del ordenamiento jurídico colombiano sí existe un concepto de gastos de funcionamiento, para lo cual resulta relevante la clasificación establecida por el Estatuto General del Presupuesto de la nación. Particularmente, en la «*ley de apropiaciones*», se distingue entre los gastos, los de servicio de la deuda y los de inversión, determinando que los primeros son aquellos que hacen posible la operación y el cumplimiento de las funciones del Estado.

Por lo mismo, consideró que las erogaciones de la cuenta 75 del plan de contabilidad (costos de producción), sí hacen parte de los gastos de la empresa, en tanto se asocian clara y directamente con la producción y prestación del servicio.

Audiencia inicial

El 29 de agosto de 2018, el magistrado sustanciador celebró la audiencia inicial prevista en el artículo 180 de CPACA. Agotadas todas las etapas de la diligencia, es relevante mencionar que se declaró probada, parcialmente, la excepción de cosa juzgada frente a la Resolución SSPD-20131300029415, del 01 de agosto de 2013, habida

consideración de la sentencia del 31 de mayo de 2018 (exp. 21286), emitida por esta corporación, en la cual se anuló parcialmente dicho acto, respecto de las cuentas 7505, servicios personales, 7517, arrendamientos; 7540, órdenes; 7550, materiales y costos de operación, y 7570, órdenes y contratos por otros servicios.

Como resultado de lo anterior, la pretensión de nulidad simple de la Resolución 20131300029415, del 01 de agosto de 2013, su estudio fue limitado a las 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, y 7560 Seguros.

Alegatos de conclusión

La parte demandada (ff. 584 a 592) sostuvo que, en torno a la legalidad de la Resolución 20131300029415, del 1 de agosto de 2013, la Sección Cuarta se pronunció excluyendo de la base gravable de la contribución especial, algunas de las cuentas que hacen parte del grupo 75¹ (sentencia del 31 de mayo de 2018, exp. 21286, CP: Milton Chaves García). Por ende, consideró que las demás cuentas, que no fueron anuladas, se encuentran ajustadas al concepto de gastos de funcionamiento y, en consecuencia, deben ser tenidas en cuenta para la determinación del prenotado tributo.

A su turno, la demandante (ff. 593 a 602) manifestó que, a pesar de haberse configurado el fenómeno de cosa juzgada parcial como consecuencia de la citada sentencia, la Sala aún debe pronunciarse respecto de las demás cuentas del grupo 75, que se demandaron en el presente proceso y que no fueron acusadas en dicha providencia, las cuales, en todo caso, señaló la actora, deben anularse, tal como lo ha manifestado en anteriores oportunidades la jurisprudencia de esta corporación (sentencias del 23 de septiembre de 2010, exp. 16874, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia; 23 de julio de 2015, exp. 20920; CP: Martha Teresa Briceño de Valencia; del 5 de mayo de 2016, exp. 21714, CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez).

Igualmente, afirmó que la Sección Cuarta debe estudiar, además de la

¹ Cuenta 7505 (servicios personales), 7517 (arrendamientos), 7540 (órdenes de contratos de mantenimiento), 7550 (materiales y costos de operación) y 7570 (contratos de otros servicios)

legalidad de la resolución que fijó la contribución especial para el año 2013, la liquidación oficial que determinó el valor a pagar a cargo de la actora y los actos administrativos que resolvieron los recursos de reposición y apelación interpuestos por la demandante.

Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público solicitó que se concedieran las pretensiones de la demanda (ff. 581 a 583), pues estimó que no constituyen gastos de funcionamiento los montos incluidos en la cuenta 75, referentes a los costos de producción, tal como lo precisó la sentencia del 31 de mayo de 2018 (expediente: 21286, CP: Milton Chaves García), por lo cual, todos los rubros incluidos en este grupo no están sujetos a la denominada contribución especial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1- La Sala resuelve, en única instancia, la demanda de nulidad simple, con acumulación de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, promovida por la Empresa de Energía de Bogotá S. A. ESP en contra de: (i) la Resolución 20131300029415, del 01 de agosto de 2013, que fijó la tarifa de la contribución especial para el año gravable 2013 a cargo de las empresas prestadoras de servicios públicos; (ii) la Liquidación Oficial nro. 20135340021456, del 06 de agosto de 2013, a través de la cual la SSPD liquidó el tributo a cargo de la actora, por valor de \$187.163.000; (iii) la Resolución 20135300033285, del 09 de septiembre de 2013, mediante la cual se desató el recurso de reposición, y (iv) la Resolución 20135000037155, del 01 de octubre de 2013, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación.

Como se anunció, mediante sentencia del 31 de mayo de 2018, la Sala anuló parcialmente el artículo 2.º de la Resolución 20131300029415, del 01 de agosto de 2013 (exp. 21286, CP. Milton Chaves García). Como resultado del fallo anulatorio, el artículo 2.º de la referida resolución quedó 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

Ahora bien, sería del caso que la Sala analizara la legalidad de las disposiciones que no fueron anuladas en el artículo 2.º *ibidem*. No obstante, se advierte que, mediante sentencia del 29 de agosto de 2018 (exp. 21948, CP: Milton Chaves García)², esta Judicatura anuló la inclusión en la base gravable de la tasa de vigilancia, las siguientes cuentas indicadas en el artículo 2.º de la Resolución SSPD 20131300029415 de 2013: 7510, generales; 753508, licencias de operación de servicios; 753513, comité de estratificación; 7542, honorarios; 7545, servicios públicos, y 7560, seguros.

De esta forma, actualmente, el artículo 2.º *ibid* establece que la base gravable de la llamada contribución especial (art. 85.2 Ley 142 de 1994), incluye los gastos de funcionamiento de la cuenta 51 (gastos de administración), menos la cuenta 5120.

En relación con los cargos de nulidad asociados a la cuenta 51 (gastos de administración), disposición que no fue anulada en la sentencia del 29 de agosto de 2018, la Sala encuentra que en el *sub lite*, la demandante, en el escrito de demanda, únicamente cuestionó la inclusión de la cuenta 75 en la base gravable de la tasa de vigilancia, mas no censuró la cuenta 51 (gastos de administración), de tal manera que la eliminación de la cuenta 75 de la base impositiva del tributo, satisface la pretensión de nulidad que reclama la sociedad actora.

Hechas estas precisiones, la Sala declarará, de oficio, la cosa juzgada parcial frente a las disposiciones anuladas en la sentencia del 29 de agosto de 2018, en tanto que la decisión que anula las mencionadas

² En esta misma fecha se efectuó la audiencia inicial en el presente proceso, razón por la cual no se pudo tener en cuenta las consideraciones de la sentencia que anuló las demás disposiciones de la Resolución SSPD 20131300029415, del 01 de agosto de 2013.

disposiciones del artículo 2.º de la Resolución 20131300029415, del 01 de agosto de 2013, tiene efecto *erga omnes* y es vinculante a este proceso.

Así, la decisión de fondo acogerá lo resuelto en esta sentencia y la *litis* se concentrará en el análisis de los argumentos, únicamente en relación con la redacción vigente del artículo en comento, de acuerdo con lo decidido en las sentencias del 31 de mayo y 29 de agosto, de 2018 (exps. 21286 y 21948).

Teniendo en cuenta los hechos descritos y la excepción probada, el problema jurídico a resolver en el caso *sub examine* consiste en: si, de acuerdo con el artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994 y las sentencias del 31 de mayo y 29 de agosto, de 2018, la cuenta 75 (costos) puede incluirse en la liquidación de la contribución especial del 2013 a cargo de la demandante.

2- En torno al problema jurídico planteado, se advierte que la SSPD planteó la excepción de inconstitucionalidad del artículo 85.2 *ibidem* en el escrito de contestación.

2.1- Sobre este particular, la Sección Cuarta en la sentencia del 11 de mayo de 2017 (exp. 20179, CP: Milton Chaves García), indicó que la Administración no puede justificar la legalidad de un acto en la presunta inconstitucionalidad de la ley que lo sustenta, puesto que es precisamente aquella autoridad la llamada a acatar el ordenamiento jurídico. Así, las excepciones de inconstitucionalidad propuestas por una entidad que tenga el carácter de demandada, se deben analizar como argumentos de defensa.

2.2- Ahora bien, el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, «*por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*», dispone un mecanismo de recuperación de los costos del servicio de inspección, control y vigilancia prestado por las superintendencias, con el fin de financiar su funcionamiento.

La recuperación de dichos costos, de acuerdo con el mencionado artículo, se realiza por medio del recaudo de una contribución especial por parte de las superintendencias y a cargo de las entidades reguladas.

En virtud de dicha disposición, la contribución especial se liquida anualmente sobre la base de los gastos de funcionamiento de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, que estén asociados al servicio vigilado y correspondan al año inmediatamente anterior, a una tarifa que no podrá ser superior al 1 %. Dicha tarifa es determinada anualmente por la SSPD, de acuerdo con su presupuesto anual.

A la luz del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades sujetas a las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sometidas al control y vigilancia de la SSPD. De esta forma, son sujetos pasivos de la mencionada contribución las empresas y entidades señaladas en el artículo 15 de la Ley de Servicios Públicos.

La empresa o entidad que preste el servicio público domiciliario, se registrará en su presupuesto y contabilidad, de acuerdo con la naturaleza que entrañe, pero, en cualquier caso, el concepto de gastos de funcionamiento será el que ha establecido la jurisprudencia de esta corporación (sentencia 2 de marzo de 2001, exp. 11790, CP: María Inés Ortiz Barbosa):

La expresión 'funcionamiento' significa: Acción y efecto de funcionar. Funcionar. Ejecutar una persona, máquina etc. las funciones que le son propias. De donde se deduce que los Gastos de Funcionamiento son aquellos flujos de salida de recursos que generan disminuciones del patrimonio realizados para ejecutar o cumplir las funciones propias de su actividad, lo que en términos técnico contables simbolizan los Gastos Operacionales u Ordinarios, es decir los normalmente ejecutados dentro del objeto social principal del ente económico.

Al hilo de lo anterior, también ha precisado la Sección Cuarta³ que, en principio, no es posible incluir costos en la base gravable de la contribución especial, puesto que el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, se restringe a los gastos de funcionamiento, así que los costos no se compasan a dicha naturaleza contable. Al respecto se explicó en sentencia del 23 de septiembre de 2010 (exp. 16874, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia):

De lo anterior se tiene que si bien los costos de producción comprenden las erogaciones asociadas clara y directamente con la producción o la prestación de

³ Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias del 13 de junio de 2013, exp. 18828, CP: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E); del 20 de junio de 2013, exp. 18930, CP: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E); y del 3 de julio de 2013, exp. 19017, CP: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E).

servicios de los cuales el ente prestador obtiene sus ingresos, lo que los haría, en principio, integrantes de la base gravable, al realizar una interpretación gramatical y conforme al sentido técnico de las palabras a voces de los artículos 27 a 29 del Código Civil, 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”.

Con arraigo en el criterio jurisprudencial plasmado, las cuentas 7505, servicios personales; 7510, generales; 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, no hacen parte de la base gravable de la denominada contribución especial, toda vez que pertenecen al grupo 75, costos de producción y la noción de costos no se puede equiparar a la de gastos de funcionamiento por no haberlo previsto así la Ley 142 de 1994.

Ese mismo criterio, fue reiterado en pronunciamientos del 19 de marzo de 2015 (exp. 20644, CP: Jorge Octavio Ramírez), del 20 de octubre de 2017 (exp. 22077, CP: Stella Jeannette Carvajal Bastos), del 8 de noviembre de 2017 (exp. 22820, CP: Milton Chaves García) y del 6 de diciembre de 2017 (exp. 21258, CP: Julio Roberto Piza).

Agréguese que lo ya dicho en las sentencias indicadas, fue el fundamento de las sentencias del 31 de mayo y del 29 de agosto de 2018, a través de las cuales, la Sala anuló parcialmente el artículo 2.º de la Resolución 20131300029415, del 01 de agosto de 2013 (exp. 21286, CP: Milton Chaves García):

Como se precisó al analizar la interpretación que hizo la Superintendencia de la expresión “de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación” prevista en el artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994, fue voluntad del legislador que solo dichos gastos, y no los costos de producción, hicieran parte de la base gravable de la contribución especial. En idéntico sentido, la Sección ha precisado que no hacen parte de la base gravable de la contribución especial los costos de producción ni los gastos de funcionamiento que no estén asociados al servicio sometido a vigilancia de la Superintendencia.

3- En el caso *sub examine* se encuentra probado que el 01 de agosto de 2013, mediante resolución 20131300029415, la SSPD fijó la tarifa

de la contribución especial a cargo de las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos sometidas a su inspección, control y vigilancia para el año gravable 2013 en el porcentaje de 0.8075 %, e incluyó dentro de la base gravable las cuentas 7505, servicios personales; 7510, generales; 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 (ff. 48 a 51).

Que, a continuación, el 6 de agosto de 2013, a través de Liquidación Oficial nro. 20135340021456, la SSPD liquidó la tasa de vigilancia del año 2013, a cargo de la demandante. En este acto incluyó en la base gravable las anteriores cuentas de costos (f. 52). Acto que fue confirmado por las resoluciones 20135300033285, del 09 de septiembre de 2013 (ff. 53 a 66), y 20135000037155, del 01 de octubre de 2013, que resolvieron los recursos de reposición y apelación, respectivamente (ff. 89 a 95).

4- Habida consideración de las sentencias del 31 de mayo y 29 de agosto, de 2018 (exp. 21286 y 21948, respectivamente, CP: Milton Chaves García), la anulación parcial del artículo 2.º de la Resolución 20131300029415 de 2013 conlleva la nulidad parcial de los actos administrativos particulares demandados, en cuanto se incluyeron las cuentas del grupo 75. Por lo demás, la base gravable de la contribución del año 2013, se restringe a los montos de la cuenta 51 (gastos de administración), menos la cuenta 5120.

Por lo anterior, 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).

En estos términos, la tasa de vigilancia del año gravable 2013, quedará así:

Cuenta	Concepto	Liquidación SSPD	Liquidación Consejo de Estado
51	Gastos de administración	6.015.621.516	6.015.621.516
5120	Impuestos, tasas y contribuciones	-1.526.796.249	-1.526.796.249
7505	Servicios personales	6.253.983.420	0
7510	Generales	1.388.099.017	0
7517	Arrendamientos	53.915.237	0
7540	Órdenes y contratos de mantenimiento y reparaciones	6.676.542.783	0
7542	Honorarios	1.956.338.388	0
7545	Servicios públicos	24.826.052	0
7550	Materiales y otros costos de operación	19.211.807	0
7560	Seguros	2.011.563.986	0
7570	Órdenes y contratos por otros servicios	304.777.661	0
753508	Licencia de operación del servicio	0	0
753513	Comité de estratificación	0	0
	Total base a aplicar tarifa 0.8075%	\$ 23.178.083.618	\$ 4.488.825.267
	TOTAL A PAGAR	\$187.163.000	\$36.247.300

La Sala advierte que el valor de la contribución especial para el año 2013 a cargo de la sociedad Empresa de Energía de Bogotá S. A. ESP, asciende a la suma de \$36.247.300.

Así, se declarará la nulidad parcial de la Liquidación Oficial nro. 20135340021456, del 06 de agosto de 2013; la Resolución 20135300033285, del 09 de septiembre de 2013, y la Resolución 20135000037155, del 01 de octubre de 2013, conforme a lo analizado.

Frente a las pretensiones del restablecimiento del derecho, la Sala constata que no existe prueba del pago de la tasa de vigilancia del año 2013. No obstante, en el evento de que la SSPD verifique que la actora sufragó este tributo por concepto de la vigencia del año 2013, deberá devolver la suma pagada en exceso, teniendo en cuenta el monto liquidado en esta sentencia, con la respectiva indexación a la fecha de ejecutoria de la presente providencia (inciso final del artículo 187 del CPACA). Asimismo, se reconocerán los intereses moratorios sobre la suma actualizada que se ordena devolver, en los términos de los artículos 192 y 195 *ibidem*.

5- Por último, en relación con la condena en costas, el artículo 188 del CPACA determina que la liquidación y ejecución de la eventual condena en costas se regirá por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil (actualmente CGP).

Por su parte, la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dispone en el numeral octavo que «*Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*».

En el caso concreto, no aparece ningún elemento de prueba que justifique la imposición de las costas.

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

FALLA

- 1- **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.
- 2- **Declarar probada**, de oficio, la excepción de cosa juzgada parcial, en cuanto a la solicitud de nulidad de las cuentas: 7510, generales; 753508, licencias de operación de servicios; 753513, comité de estratificación; 7542, honorarios; 7545, servicios públicos, y 7560, seguros, conforme a lo resuelto en la sentencia del 29 de agosto de 2018 (expediente 21948, CP: Milton Chaves García).
- 3- Declarar la nulidad parcial de la Liquidación Oficial nro. 20135340021456, del 6 de agosto de 2013, y de las Resoluciones 20135300033285, del 9 de septiembre de 2013 y 20135000037155, del 1 de octubre de 2013, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
- 4- A título de restablecimiento del derecho y, de conformidad con la

liquidación inserta en la parte motiva de esta providencia, la tasa de vigilancia del año 2013, a cargo de la sociedad demandante, corresponderá a la suma de \$36.247.300. En el evento de que la actora haya pagado el tributo determinado por la SSPD, se deberá devolver a EEB S. A. ESP el monto sufragado en exceso, ajustado con base en el IPC, junto con los intereses moratorios, conforme a lo previsto en los artículos 187, 192 y 195 del CPACA.

5- Sin lugar a condena en costas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sala

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Ausente con excusa