

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN CUARTA**

**Consejero Ponente: MILTON CHAVES GARCÍA**

Bogotá, D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

**Referencia:** Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho  
**Radicado:** 25000-23-37-000-2015-00086-01 (22820)  
**Demandante:** TERMOVALLE SAS. ESP  
**Demandado:** SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS  
**Temas:** Contribución especial 2014. Base gravable

**SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada contra la sentencia del 11 de agosto de 2016 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. En la parte resolutive dispuso lo siguiente:

*"1. Se declara la NULIDAD PARCIAL de la Liquidación Oficial de la Contribución Especial por energía eléctrica, con radicado 20145340021376 de 13 de junio de 2014, mediante la cual la Superintendencia de Servicios Públicos liquidó la contribución especial a cargo de TERMOVALLE SAS ESP por el año 2014.*

*"2. Se declara la NULIDAD PARCIAL de la Resolución nro SSPD - 20145300033195 de 24 de julio de 2014, por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la Empresa TERMOVALLE SAS ESP contra la anterior liquidación oficial, así como de la Resolución nro SSPD-20145000040525 de 17 de septiembre de 2014, por la cual se resuelve el recurso de apelación presentado por la empresa TERMOVALLE SAS ESP contra la mencionada liquidación.*

*"3. A título de restablecimiento del derecho se declara que la contribución a cargo de TERMOVALLE SAS ESP por concepto de energía eléctrica es de \$48.175.056.*

*"4. Se ORDENA a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios reintegrarle a TERMOVALLE SAS ESP la suma de \$107.712.943, más los intereses corrientes y moratorios que*

## ANTECEDENTES

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en adelante SSPD, expidió la Resolución SSPD-20141300018055 de 29 de mayo de 2014 *"Por la cual se fija la tarifa de la contribución especial a la cual se encuentran sujetos los prestadores de servicios públicos domiciliarios para el año 2014"*, en la que tuvo en cuenta algunos aspectos considerados en la sentencia de 23 de septiembre de 2010, del Consejo de Estado Sección Cuarta, Exp. 16874, y fijó la tarifa para liquidar la contribución especial para el año 2014, en el 0.9299%, y las erogaciones que harían parte de la base gravable de la contribución especial de la Ley 142 de 1994, de la siguiente manera:

**"ART. 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 2014, una vez aplicado el test de validación, se encuentran contenidas en las siguientes cuentas:

- 51 Gastos de administración (menos impuestos tasas y contribuciones)
- 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"

La SSPD expidió la **Liquidación Oficial N° 20145340021376 del 13 de junio de 2014**, por la que determinó la contribución especial de que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 y la Resolución N°20141300018055 de 29 de mayo de 2014, a cargo de TERMOVALLE SAS ESP, por el año 2014, que liquidó de la siguiente manera<sup>1</sup>:

|     | ENERGÍA ELÉCTRICA                                   | LIQUIDACIÓN SSPD |
|-----|-----------------------------------------------------|------------------|
| (+) | Gastos de Administración                            | 5.180.670.673    |
| (-) | Impuestos, tasas y contribuciones                   | 636.262.137      |
| (+) | Servicios personales                                | 3.477.058.911    |
| (+) | Generales                                           | 426.728.884      |
| (+) | Arrendamientos                                      | 62.026.208       |
| (+) | Órdenes y contratos de mantenimiento y reparaciones | 787.298.067      |
| (+) | Honorarios                                          | 411.769.368      |
| (+) | Servicios públicos                                  | 61.427.766       |
| (+) | Materiales y otros costos de operación              | 1.152.585.703    |
| (+) | Seguros                                             | 5.431.374.102    |

<sup>1</sup> Cfr. fl. 26 c.p.



|     |                                         |                    |
|-----|-----------------------------------------|--------------------|
| (+) | Órdenes y contratos por otros servicios | 409.255.239        |
| (+) | Licencia de operación del servicio      | 0                  |
| (+) | Comité de estratificación               | 0                  |
|     | Total base                              | 16.763.932.784     |
|     | Total contribución Porcentaje 0.9299%   | 155.888.000        |
|     | Valor pagado anticipo                   | 0                  |
|     | <b>TOTAL A PAGAR</b>                    | <b>155.888.000</b> |

La actora pagó el valor liquidado<sup>2</sup> y, contra el acto anterior, interpuso el recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación<sup>3</sup>.

La Liquidación oficial recurrida fue confirmada por las **Resoluciones números SSPD-20145300033195 de 24 de julio de 2014** del Director Financiero<sup>4</sup> y **SSPD-20145000040525 del 17 de septiembre de 2014** del Secretario General de la SSPD<sup>5</sup>.

### DEMANDA

TERMOVALLE S.A. E.S.P., en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), formuló las siguientes pretensiones:

*"1.1. Que se declare la nulidad total de la Liquidación Oficial N° 20145340021376 del 13 de junio de 2014, proferida por la Dirección Financiera de la SSPDS, por medio de la cual se liquidó en cabeza de mi representada la contribución especial prevista en el artículo 85-2 de la Ley 142 de 1997, para la vigencia 2014.*

*"1.2. Que se declare la nulidad total de la Resolución N° 20145300033195 del 24 de julio de 2014, proferida por la Dirección Financiera de la SSPD, por medio del (sic) cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo indicado en el numeral anterior, confirmándolo.*

*"1.3. Que se declare la nulidad total de la Resolución N° 20145000040525 del 17 de septiembre de 2014, proferida por la Secretaría General de la SSPD, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto en subsidio del recurso de reposición resuelto mediante el acto administrativo indicado en el numeral anterior, confirmándolo.*

*"1.4. Que como consecuencia de lo anterior, se restablezca el derecho de mi representada en los siguientes términos:*

*"1.4.1. Señalando que la liquidación y pago de la contribución especial a cargo de la Compañía por la vigencia 2014, debe hacerse exclusivamente sobre los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación, conforme lo prevé la Ley 142 de 1994, y como consecuencia de ello, para el año 2014 el valor de la*

<sup>2</sup> Fl. 78 c.p.

<sup>3</sup> Fl. 69 c.p.

<sup>4</sup> Fl. 29 c.p.

<sup>5</sup> Fl. 47 c.p.

*contribución a cargo de mi representada no debe exceder de la suma de \$48.175.056.*

*"1.4.2. Ordenando la devolución de la suma de \$107.712.943 junto con los intereses causados conforme al procedimiento previsto en los artículos 192 y 195 de la ley 1437 de 2011, que fuera pagada en exceso por concepto de la contribución especial, en atención a que la liquidación efectuada por la SSPD incluyó dentro de la base gravable rubros que no corresponden a gastos de funcionamiento.*

*"1.4.3. Ordenando el archivo del expediente que por este particular se haya abierto en contra de mi representada.*

*"1.4.4. Declarando que no son de cargo de Termovalle las costas en que haya incurrido la SSPD con relación a la actuación administrativa, ni las de este proceso.*

Invocó como disposiciones violadas las siguientes:

- Artículo 338 de la Constitución Política
- Artículos 9 y 237 del CPACA
- Artículo 85.2, 79.4 de la Ley 142 de 1994

El concepto de la violación se sintetiza así:

Las cuentas del Grupo 75-Costos de producción no hacen parte de la base para liquidar la contribución especial de que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1994. Su inclusión implica desconocer la teoría contable y el **principio de legalidad**.

**Los actos demandados reproducen normas anuladas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo**, al incluir en la base gravable de la contribución cuentas del Grupo 75, costos de producción. Así, asimiló el concepto de costos al de gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación.

Las cuentas 7505-Servicios personales, 7510-Generales, 7517-Arrendamientos, 7540-Órdenes de 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 contribución especial, por lo que, indicó que sustraídas de la base oficial determinada dichas cuentas la base es de \$5.180.670.673 y aplicada la tarifa del 0.9299%, el resultado que arroja es \$48.175.056, suma que corresponde a la contribución especial que debió pagar la demandante por el año 2014, por lo que el pago en exceso efectuado debe ser devuelto<sup>6</sup>.

Los actos demandados **violan las normas superiores en que debían fundarse** al desconocer el artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994 que

<sup>6</sup> La cuenta 753508 que corresponde a "Licencia de operación del servicio" se calculó en cero en los actos demandados.



establece que las entidades sometidas al control y vigilancia de SSPD deben pagar, por dicho concepto, la contribución especial sobre los gastos de funcionamiento.

Al expedir la Resolución 0141300018055 de 2014, la SSPD desconoce el artículo 79.4 de la Ley 142 de 1994, pues modificó el sistema y método para definir la base de liquidación de la contribución especial. Así, extralimitó las funciones otorgadas por el legislador, lo que hace inaplicable dicha Resolución [Excepción de inconstitucionalidad].

La SSPD incurre en **falsa motivación**, porque incluye en la base gravable de la contribución especial las cuentas del Grupo 75 que la jurisprudencia ha sostenido que no hacen parte de la base gravable de la contribución especial. Fundamenta la liquidación oficial en la Resolución 0141300018055, acto que viola la ley y la Constitución, por no tener en cuenta lo previsto en la Ley 142 de 1994. Aduce que con la contribución especial exigida se pretende recuperar los costos del servicio y está *"demostrado que la SSPD lleva 3 años seguidos recaudando mucho más del valor del gasto asociado al ingreso por la contribución"* y equipara los conceptos de costo y gasto.

La actora pidió que se aplique el precedente judicial contenido en las siguientes sentencias de esta Corporación: (i) de 23 de septiembre de 2010, Exp. 2007-00049, (ii) de 13 de diciembre de 2011, Exp. 2008-00023, (iii) de 26 de enero de 2012, Exp. 2007-00045 y (iv) de 17 de septiembre de 2014, Ep. 2012-362 (20253), según las cuales la base gravable de la contribución especial la conforman los *"gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación"*, sin incluir cuentas del Grupo 75-costos de producción del Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios.

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La SSPD solicitó que se denieguen las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de *ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones* porque aunque solicitó la nulidad total de los actos administrativos que determinaron la contribución especial por el año 2014, concilió la base gravable y con ello el monto a pagar y pidió la devolución, pretensiones que son excluyentes.

Además, propuso la excepción de *legalidad de los actos demandados* porque la actuación está conforme con la ley, toda vez que se ajustan a la normativa constitucional [95-9, 150-12, 338 y 370 C.P.] y legal [Ley 142 de 1994, art. 85.1 a 85.6].

Igualmente, propuso la "excepción de inconstitucionalidad" del artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994, por desconocer los artículos 338, 365 y 370 de la Constitución Política, los que, en su orden, permite a las autoridades fijar la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes como recuperación de los costos de los servicios que les presten, señala que el Estado debe asegurar la prestación eficiente de los servicios

públicos y, consagra que el Presidente de la República ejerce, por medio de la SSPD, el control, inspección y vigilancia de las entidades que los prestan.

Al respecto sostuvo que, el legislador, al disponer que la base gravable de la contribución a la SSPD son *"los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometido a regulación"*, con la interpretación literal que de la misma hizo el Consejo de Estado, vulnera la normativa constitucional, porque la *"limitó a unos rubros que son insuficientes para recuperar los costos en que incurre dicha autoridad"*, por la prestación de los servicios de inspección, vigilancia y control.

Que tal violación se hace evidente por la falta de financiación de la entidad de vigilancia y control, pues los recursos que la SSPD podría recuperar con la sola inclusión de los rubros de la cuenta 51 resultarían insuficientes para financiar el presupuesto de la entidad para el cumplimiento de sus funciones constitucionales.

La interpretación jurisprudencial es la que excluye de la base gravable las cuentas del Grupo 75-costos de producción, por lo que al obviar dicha interpretación y aplicar la interpretación constitucional, que proviene del artículo 338 superior, *"se tiene que concluir, forzosamente, que las cuentas del Grupo 75 sí hacen parte de la base gravable, amén de que fue el propio Consejo de Estado el que dejó decantado que [las cuentas del Grupo 75] comprenden erogaciones asociadas clara y directamente con la producción o la prestación de servicios de los cuales el ente prestador obtiene ingresos, lo que los haría, en principio, integrantes de la base gravable."*

En el mismo sentido, pidió que *"se analice, por virtud de la interpretación sistemática propuesta, la inconsistencia entre la ley y la constitución y la preponderancia de esta última, en torno a si las cuentas del Grupo 75, costos de producción integran o no la base gravable de la contribución"*.

### **SENTENCIA APELADA**

En la audiencia inicial, el Magistrado de conocimiento advirtió que no existen irregularidades o nulidades que puedan invalidar la actuación procesal. Desestimó la excepción propuesta de indebida acumulación de pretensiones al encontrar que las pretensiones de la demanda son compatibles. Fijó el litigio. Indicó que la normativa [L.640 de 2001, art. 2, num 3 y D. 1716 de 2009, art. 2º, par 1º] no permite la conciliación en asuntos de carácter tributario. Decretó las pruebas y concedió a las partes y al Ministerio Público término para presentar los alegatos de conclusión por escrito<sup>7</sup>.

Precluida esta etapa, el Tribunal dictó sentencia mediante la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Las razones de la decisión se resumen a continuación:

<sup>7</sup> Fls 128 y s.s.

La Constitución Política de 1991 sometió a los servicios públicos domiciliarios a un régimen jurídico especial, el cual fue desarrollado por las Leyes 142 y 143 de 1994 y las que las modifican, adicionan y complementan.

Esta normativa prima en temas como la tipología societaria de las empresas de servicios públicos domiciliarios, régimen accionario, régimen de contratación, características del contrato de prestación del servicio (de condiciones uniformes), participación del usuario en la gestión y control de las empresas y régimen laboral.

El artículo 1 de la Ley 142 de 1994 señaló taxativamente los servicios públicos domiciliarios: acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de combustible, telefonía pública básica computada y la telefonía local móvil en el sector rural. Estos dos últimos servicios ya no tienen el carácter de servicios públicos domiciliarios en virtud de lo establecido por la Ley 1341 de 2009.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pertenece al sector descentralizado por servicios y está sometida a las normas orgánicas del presupuesto de la Nación (Decreto 111 de 1996).

Con el fin de que las superintendencias recuperen los costos del servicio de control y vigilancia que prestan, el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 estableció una contribución que no puede ser superior al 1% del valor de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación a cargo de las entidades sujetas al control y vigilancia, a la vez que habilitó a las superintendencias para que fijaran anualmente dicha tarifa.

Conforme con el artículo 79 de la ley citada, son sujetos pasivos de la contribución las empresas de servicios públicos de carácter oficial, mixtas y privadas; los productores marginales, los municipios cuando prestan directamente el servicio, las organizaciones autorizadas para prestar esos servicios, tales como las cooperativas, las juntas de acción comunal, etc.

Independientemente de la naturaleza jurídica del prestador del servicio público domiciliario, la noción de gastos de funcionamiento de que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 debe ajustarse a lo establecido por el Consejo de Estado en sentencia de 14 de octubre de 2010<sup>8</sup>.

Con fundamento en el artículo 79.4 de la Ley 142 de 1994, la demandada expidió la Resolución 20051300033635 del 28 de diciembre de 2005, que, en el artículo 2, hizo referencia a los gastos de funcionamiento e indicó que estos corresponden a los descritos en el anexo 1 página 495 del Plan de Contabilidad para entes prestadores de servicios públicos domiciliarios.

<sup>8</sup> Exp. 16650, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas



La legalidad de la resolución citada fue estudiada en sentencia del Consejo de Estado de 23 de septiembre de 2010<sup>9</sup>. En esta providencia se precisó que el aparte demandado, en cuanto incluyó dentro de la base gravable de la contribución todas las cuentas de la clase 5 – Gastos, así como las cuentas del grupo 75 – Costos de Producción, vulneró el artículo 85.1 inciso 2 de la Ley 142 de 1994, porque no todas las cuentas de gastos allí previstas encuadran dentro del concepto “*gastos de funcionamiento*” que expresamente señaló el legislador. Por consiguiente, declaró la nulidad del inciso 6 de la descripción de la Clase 5 – Gastos del Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios adoptado por la Resolución 20051300033635 de 2005.

En el caso concreto, los actos demandados incluyen en la base de contribución especial algunas cuentas del Grupo 75- costos de producción, con fundamento en la Resolución 20141300018055 de 29 de mayo de 2014, acto que debe inaplicarse en cuanto relaciona cuentas del citado grupo, que de suyo no conforman la base para liquidar la contribución especial de servicios públicos.

En cuanto a la excepción de inconstitucionalidad propuesta por la SSPD, el Tribunal la consideró improcedente, toda vez que “*dicha excepción solo se predica de las normas, no de las providencias judiciales*”; además, que la interpretación jurisprudencial sobre el artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994 está amparada en el artículo 128 del CCA.

Declaró la nulidad parcial de los actos demandados y, título de restablecimiento del derecho, fijó el valor a cargo de la demandante por concepto de contribución especial por el año 2014 en \$48.175.056 y ordenó a la SSPD reintegrar a Termovalle SAS ESP, la suma de \$107.712.943, junto con los intereses corrientes y moratorios que legamente se causen.

No condenó en costas porque no están probadas.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **demandada** apeló, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negar las pretensiones de la demandante, con fundamento en lo siguiente:

1. El Tribunal erró al considerar que no existe definición contable aplicable a los denominados “gastos de funcionamiento”.

Al respecto, hizo referencia al análisis efectuado por la doctora Beatriz María Martínez Quintero, exmagistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en salvamentos de voto sobre el tema<sup>10</sup>, en los que sostuvo que “*el concepto de gastos de funcionamiento no es ajeno para el*

<sup>9</sup> Exp. 16874, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia

<sup>10</sup> A manera de ejemplo señaló el proceso 2015-00451-00, sentencia del 10 de junio de 2016.

*sistema tributario colombiano*". Para el efecto estimó relevante la clasificación que el Estatuto General de Presupuesto de la Nación efectuó entre "presupuesto de rentas" y "gastos o ley de apropiaciones", porque la última distinguió entre "**gastos de funcionamiento**, servicio de la deuda pública y gastos de inversión".

Que, el Dr. Juan Camilo Restrepo definió tales "**gastos de funcionamiento**" como *"aquellas erogaciones que realiza el Estado para hacer posible su operación y el cumplimiento de sus funciones"*. Que las partidas generales son: gastos de personal, gastos generales y transferencias corrientes y de capital, según el artículo "Aspectos Generales del Proceso Presupuestal Colombiano" de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional, de lo que concluyó que "**serán gastos de funcionamiento todas aquellas erogaciones que se relacionen directamente con servicios personales y/o generales, y transferencias corrientes y de capital**". Que en estos mismos términos a ellos se refieren los doctores Mauricio Plazas Vega, en su obra "Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario" y Alfonso Miranda Talero, en el libro "El Derecho de las Finanzas Públicas".

2. El Tribunal erró al aplicar la interpretación exegética del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, que es contraria a la finalidad del legislador.

3. El Tribunal erró al desestimar todas las cuentas del Grupo 75-costos de operación como gastos de funcionamiento, pues no es cierto que se carezca de definición contable de gastos de funcionamiento. A continuación transcribió apartes del mencionado salvamento de voto de la Dra. Martínez Quintero, según los cuales *"los ítems consignados en la Cuenta 75 del Plan de Contabilidad para entes prestadores de servicios, que refiere a costos de producción, también hacen parte de los gastos de funcionamiento, en tanto se asocian clara y directamente con la producción y prestación del servicio"*, pues *"si se parte de la definición dada por la Hacienda Pública, resulta claro que los servicios personales y generales, los arrendamientos, las órdenes y contratos de mantenimiento y reparaciones, los honorarios, los servicios públicos y los materiales y costos de operación, son necesarios para la prestación del servicio público"*, toda vez que *"los gastos de funcionamiento constituyen la salida de recursos que de manera directa o indirecta se utilizan para ejecutar o cumplir las funciones propias de la actividad, entre ellos, los gastos de personal, los gastos generales y las transferencias corrientes y de capital"*, erogaciones causadas o pagadas en el periodo contable y que representan los gastos asociados al servicio sometido a regulación.

4. El Tribunal erró al desestimar la excepción de inconstitucionalidad propuesta al entender que se proponía frente a la providencia judicial que fijó la interpretación jurisprudencial del concepto "gastos de funcionamiento" e insistió en que se declare probada dicha excepción con los argumentos que al respecto expuso al contestar la demanda, los que se concretan a que el legislador, en la literalidad del artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994 "actuó por fuera de la naturaleza constitucional de la base gravable, prevista en el artículo 338 de la Carta Política".

**La parte demandante** se adhirió al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, pero solo en cuanto declaró la nulidad parcial de los actos acusados.

Al respecto adujo que, el Tribunal reconoce y acepta que la SSPD liquidó de manera equivocada la contribución especial al incluir en la base gravable rubros de las cuentas del grupo 75-costos de producción, los que en virtud de la ley y la jurisprudencia no hace parte de ella. Así, aunque le dio razón a la demandante decidió declarar la nulidad parcial de los actos acusados, decisión que tilda de incongruente, por lo que pidió que se revoque y, en su lugar, se acceda a la nulidad total de los mismos.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La **demandada** reprodujo *in extenso* el recurso de apelación.

La **demandante** reiteró lo expuesto en el memorial de apelación.

El **Ministerio Público** estimó que debe confirmarse el fallo apelado, por lo siguiente:

Para efectos de determinar la base gravable de la contribución especial a la SSPD las cuentas del Grupo 75 – costos de producción no pueden tomarse como gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación, porque no representan erogaciones efectivas para lograr el funcionamiento de la entidad.

En cuanto a la excepción de inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994, estimó que no es procedente por cuanto *“la norma legal establece la tarifa máxima de la contribución especial y la base gravable correspondiente a los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometido a regulación, de la entidad contribuyente, lo cual no puede confrontarse con el inciso 2º del artículo 338 de la Constitución Política que se refiere a la facultad de las autoridades para fijar la tarifa de tasas y contribuciones, como recuperación de los costos de los servicios que presten y que preceptúa que la ley debe definir el sistema y el método para la definición de tales costos y la forma de hacer su reparto”*.

Estimó extraño que la demandada insista en la excepción de inconstitucionalidad cuando la misma SSPD, al expedir la Resolución que fijó la tarifa de la contribución para el 2014, obró con fundamento en el inciso segundo del artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Con fundamento en el numeral 4º del artículo 247 del CPACA [mod. por el art. 623 del CGP.], por auto del 24 de mayo de 2017 se prescindió de la audiencia de alegaciones y se ordenó a las partes presentar los alegatos de conclusión por escrito. Precluida esta etapa procesal, la Sala procede a dictar sentencia.



En el caso en estudio, se controvierte si son nulos los siguientes actos: la Liquidación Oficial N° 20145340021376 del 13 de junio de 2014 y las Resoluciones números SSPD-20145300033195 de 24 de julio de 2014 del Director Financiero<sup>11</sup> y SSPD-20145000040525 del 17 de septiembre de 2014 del Secretario General de la SSPD que confirmaron el acto liquidatorio al resolver los recursos de reposición y apelación, respectivamente.

El Tribunal anuló parcialmente los actos demandados y, a título de restablecimiento del derecho, fijó el monto de la contribución especial a la SSPD, a cargo de TERMOVALLE SAS ESP, por concepto de energía eléctrica, en \$48.175.056 y ordenó a la demandada reintegrar a la actora \$107.712.943, suma pagada en exceso por dicho concepto, *"más los intereses corrientes y moratorios que legalmente se causen"*.

La SSPD interpuso en tiempo el recurso de apelación. El Tribunal lo concedió<sup>12</sup> y fue admitido, por el despacho de conocimiento, mediante auto del 6 de diciembre de 2016<sup>13</sup>. Posteriormente, la demandante presentó memorial adhiriéndose al recurso y fue admitida la apelación adhesiva, por auto de 16 de marzo de 2017, por lo que, conforme con el artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable por disposición del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Sala resolverá sin limitaciones.

Conforme se fijó el litigio, corresponde a la Sala dilucidar lo siguiente; (i) si al incluir en la base gravable de la contribución especial cuentas de costos de producción se reproducen disposiciones anuladas por el Consejo de Estado y se asimilan los conceptos gastos y costos, (ii) se viola el artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994, norma superior en que debían fundarse y (iii) si es inaplicable la Resolución 0141300018055 de 2014, por desconocer normas de rango constitucional.

### **De la denominada excepción de inconstitucionalidad**

La **demandada** insistió en que es procedente la "excepción de inconstitucionalidad" del aparte contenido en el inciso 2º del artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994, por desconocer los artículos 338, 365 y 370 de la Constitución Política, norma que dispone:

**"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:

"85.1. [...]"

<sup>11</sup> Fl. 29 c.p.

<sup>12</sup> Fl. 209 c.p.

<sup>13</sup> Cfr. fl. 214 c.p.



*"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".*

El aparte subrayado es el que la SSPD pide que se inaplique por desconocer las disposiciones indicadas de la Constitución Política.

En caso similar<sup>14</sup>, la Sala precisó que la *excepción de inconstitucionalidad* que la SSPD propone, no es propiamente una excepción sino la interpretación que, en su criterio, debe dársele al aparte contenido en el inciso 2º del artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994. En esa oportunidad, se pronunció en los siguientes términos:

***"Excepción de inconstitucionalidad del artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994***

*"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.*

*"Así, la Superintendencia considera que la expresión 'de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación' del artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994 incluye los **costos de producción**, pues los referidos gastos resultan insuficientes para recuperar los costos en que incurre la demandada por la prestación de los servicios de vigilancia y control, que es la finalidad de la contribución especial. Por ello, los costos de producción deben hacer parte de la base para liquidar la contribución especial, conforme con el artículo 338 de la Constitución Política.*

<sup>14</sup> Sentencia del 11 de mayo de 2017, Exp. 2013-00021-00 [20179], C.P. Milton Chaves García.

*"También alega que si se limita la base gravable solo a los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación se pone en evidencia la falta de financiación de la entidad de control, como delegataria de la función presidencial de control, inspección y vigilancia de los entes prestadores de servicios públicos domiciliarios, en los términos del artículo 370 de la Constitución Política.*

*"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:*

*"[Se transcriben las normas].*

*"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. Y que 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'. El sujeto activo de la contribución especial es la Superintendencia 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 Superintendencia debe liquidarse y pagarse teniendo en cuenta lo siguiente:*

*"1. Para definir los costos de los servicios que presta la Superintendencia 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 Superintendencia 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 Superintendencia 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 el demandado 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".*

Aunque en el caso, la SSPD señala que el aparte citado desconoce el artículo 365 de la Constitución Política, que consagra que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional y que los recursos que la SSPD podría recuperar, solo con la inclusión de los rubros de la cuenta 51 resultarían insuficientes para financiar el presupuesto requerido por la entidad para el cumplimiento de sus funciones constitucionales, la Sala advierte que no encuentra fundamentos que lleven a modificar la posición jurisprudencial, por lo que reitera las razones expuestas en la sentencia del 11 de mayo de 2017, transcrita, para declarar no probada la denominada "excepción de inconstitucionalidad" propuesta por la parte demandada.

### **De la inclusión de las cuentas del grupo 75 en la base gravable de la contribución especial a favor de la SSPD**

La demandante solicitó la inaplicación del artículo 2 de la Resolución SSPD-20141300018055 de 29 de mayo de 2014, en cuanto incluyó dentro de la base gravable de la contribución especial, para el año 2014, las cuentas del grupo 75, por desconocer normas de rango constitucional y legal.

La demandada mediante la Resolución SSPD-20141300018055 de 2014 fijó la tarifa de la contribución especial, de que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, para el año 2014, "en el 0.9299% 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 Superintendencia a través del sistema único de información, SUI, a 31 de diciembre de 2013".

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 2014, incluyen las siguientes cuentas:

- |        |                                                                   |
|--------|-------------------------------------------------------------------|
| 51     | Gastos de administración (menos impuestos tasas y contribuciones) |
| 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

En sentencia de 20 de octubre de 2017, la Sala **anuló parcialmente** el artículo 2º de la Resolución No. SSPD – 20141300018055 de 29 de mayo de 2014, *"en cuanto adicionó a la base de liquidación de la contribución especial por el año 2014, 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"*<sup>15</sup>.

Para el efecto, reiteró el criterio expuesto por la Sala respecto a la inclusión de la cuenta 75 en la base gravable de la contribución especial a favor de la SSPD, Al respecto, reiteró, entre otras sentencias, la de 11 de mayo de 2017, en la que consideró lo siguiente<sup>16</sup>:

**"Las cuentas del grupo 75- costos de producción no hacen parte de la base gravable de la contribución especial**

"(...)

*"De acuerdo con el criterio de la Sección, fijado en el fallo del 23 de septiembre de 2010 y que en esta oportunidad se reitera, las cuentas del **grupo 75-costos de producción** del Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios no integran la base gravable de la contribución especial, fundamentalmente porque **"la noción de costos no se puede equiparar a la de gastos de funcionamiento por no haberlo previsto así la Ley 142 de 1994"**.*

*"En idéntico sentido, la Sala ha inaplicado actos generales de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en cuanto han incluido las cuentas del grupo 75- costos de producción dentro de la base gravable de la contribución especial"*<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Expediente 22067

<sup>16</sup> Exp. 2013-00021-00 [20179], C.P. Milton Chaves García. También reiteró las sentencias de los expedientes Nos. 20874 C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia; 21714 Jorge Octavio Ramírez Ramírez; 21246 C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y 21724 C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

<sup>17</sup> Sentencia de 25 de abril de 2016, exp. 21246, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, en la que, al resolver un caso particular, la Sala inaplicó el artículo 2 de la Resolución SSPD-20121300016515 del 30 de mayo de 2012, por ilegal, teniendo en cuenta que el acto, en la base para la liquidación de la contribución especial, para el año 2012, incluía cuentas del Grupo 75-Costos de producción [del Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios], dentro de los gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio regulado [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], inclusión que consideró *"es contraria al artículo 85 [85.2] de la Ley 142 de 1994, dado que amplía la base gravable del tributo con erogaciones que no hacen parte de los gastos de funcionamiento de las entidades vigiladas"*.

"(...)

*"Es de anotar que sobre los costos de producción, la Sala precisó lo siguiente<sup>18</sup>:*

*" 'Según el numeral 4.2.8.4.3 del Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios, los Costos 'representan erogaciones y cargos asociados, clara y directamente con la prestación de los servicios públicos domiciliarios, de los cuales un ente económico obtuvo sus ingresos' y en cuanto a los costos de producción dice que 'comprenden las erogaciones y cargos asociados clara y directamente con la producción, la prestación de servicios de los cuales el ente prestador de servicios públicos domiciliarios obtiene sus ingresos, en desarrollo de su función u objeto social'.*

*"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 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'.*

*"Por tanto, los costos de producción equivalen a aquellas erogaciones **asociadas directamente** con la producción de los bienes o prestación de los servicios, mediante las cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios **obtienen sus ingresos** en desarrollo de su actividad. Por su parte, los gastos de funcionamiento corresponden a las erogaciones que, a diferencia de los costos, se **utilizan de manera directa o indirecta**, y que son **necesarias para cumplir las funciones propias** de la actividad de dichas empresas.*

*"(...)".*

Con base en el criterio anteriormente expuesto, en la sentencia de 20 de octubre de 2017 exp 22067, la Sala concluyó que la inclusión de los costos de producción, esto es, de las cuentas del Grupo 75 del Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios, dentro de los gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio regulado que hizo la Resolución SSPD SSPD-20141300018055 de 2014 es contraria al artículo 85 [85.2] de la Ley 142 de 1994, dado que amplía la base gravable del tributo con erogaciones que no hacen parte de los gastos de funcionamiento de las entidades vigiladas.

<sup>18</sup> Ibidem

Así, por violar el principio de legalidad del tributo, anuló las cuentas del grupo 75 demandadas en ese proceso, a saber; 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"

Como consecuencia de la nulidad parcial en mención, serán excluidas de la base gravable de la contribución determinada a la actora por el demandado las citadas cuentas del grupo 75 costos de producción.

Además, con los mismos argumentos de la nulidad parcial que ya se expusieron, la Sala inaplica por ilegal el artículo 2º de la Resolución SSPD-20141300018055 de 2014, en cuanto incluyó como gastos de funcionamiento las siguientes cuentas del Grupo 75- Costos de Producción:

|        |                                    |
|--------|------------------------------------|
| 7510   | Generales                          |
| 753508 | Licencia de operación del servicio |
| 753513 | Comité de estratificación          |
| 7542   | Honorarios                         |
| 7545   | Servicios públicos                 |
| 7560   | Seguros                            |

Al inaplicar por ilegales las citadas cuentas, la Sala las excluye de la base gravable de la contribución especial determinada a la actora por el año gravable 2014.

Como consecuencia de la nulidad parcial del artículo 2º de la Resolución SSPD-20141300018055 de 2014 y de la inaplicación parcial de la mencionada resolución, son nulos los actos demandados en cuanto incluyen en la base para la determinación de la contribución especial, por el año 2014, a cargo de la demandante, las cuentas 7505-Servicios personales, 7510-Generales, 7517-Arrendamientos, 7540-Órdenes de 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<sup>19</sup>. Y se mantienen los actos respecto a la cuenta del grupo 51 "*gastos de administración*" [*menos Impuestos, tasas y contribuciones*], pues respecto de esta cuenta nada dijo la actora, y así se declara en la parte resolutive de esta sentencia.

Por lo dicho, se mantiene la nulidad parcial de los actos acusados, no procede la nulidad total, como lo alega la actora. Y se modifica la parte resolutive de la sentencia apelada para declarar no probada la denominada excepción de inconstitucionalidad propuesta por la demandada e inaplicar el artículo 2 de la Resolución SSPD-20141300018055 de 29 de mayo de 2014, en cuanto incluyó como base de liquidación de la contribución

<sup>19</sup> La cuenta 753508 que corresponde a "*Licencia de operación del servicio*" se calculó en cero en los actos demandados.



especial a favor de la SSPD, por el año 2014, las siguientes cuentas del grupo 75: 7510, 753508, 753513, 7542, 7545 y 7560.

Se reitera que comoquiera que la demandante solo cuestionó la liquidación oficial en cuanto incluía cuentas del Grupo 75-gastos de producción, de la base gravable determinada oficialmente se mantiene la nulidad parcial de los actos demandados, en relación con los gastos de administración [cuenta 51] y se restarán los valores correspondientes a las cuentas del grupo 75, tal como la misma actora lo planteó en la demanda y lo consideró el Tribunal al fijar el monto del tributo en la suma de \$48.175.056 y ordenar a la demandada la devolución de la suma de \$107.712.943, valor pagado en exceso por dicho concepto.

En efecto, el 17 de julio de 2014, según documento que está en el folio 78 del cuaderno principal, la demandante pagó la suma de \$155.888.000, fijada en los actos demandados, hecho no discutido por la Administración, y el valor de la contribución especial a cargo de la actora por el año 2014, determinada por la jurisdicción y que la demandante aceptó deber, es de \$48.175.000. Entonces, la operación aritmética queda así:

|                                                                                |                      |
|--------------------------------------------------------------------------------|----------------------|
| Valor pagado por la actora por concepto de la contribución especial año 2014   | \$155.888.000        |
| (-) Valor de la contribución especial año 2014 determinada por la jurisdicción | \$48.175.056         |
| <b>Valor pagado en exceso</b>                                                  | <b>\$107.712.943</b> |

Además, con base en el criterio reiterado de la Sala, teniendo en cuenta que la actora adhirió al recurso<sup>20</sup> y que el Tribunal no precisó cuáles son los intereses que corresponden a la suma pagada en exceso por la actora (**\$107.712.943**), la Sala precisa que la citada suma debe ser devuelta por la demandada debidamente actualizada, de acuerdo con el inciso final del artículo 187 del CPACA<sup>21</sup> a la fecha de ejecutoria de la presente providencia<sup>22</sup>.

Asimismo, con base en los artículos 192 y 195 del CPACA, sobre los **\$107.712.943, debidamente actualizados**, se causan intereses de mora en los términos y condiciones previstos en dichas normas.

<sup>20</sup> **Código General del Proceso, artículo 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR.** El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

<sup>21</sup> El artículo 187 inciso final del C.P.A.C.A. prevé que "Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor."

<sup>22</sup> Entre otras, ver sentencia de 25 de abril de 2016, expediente 21246 C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.



Por lo anterior, se modifica el restablecimiento del derecho para ordenar a la demandada devolver a la actora la suma de **\$107.712.943**, ajustada conforme con lo anteriormente dispuesto. Dicha suma devengará intereses de mora en los términos fijados en esta providencia.

### **Condena en costas**

En relación con las costas de segunda instancia, la Sala precisa lo siguiente:

De acuerdo con los artículos 188 del CPACA y 361 del Código General del Proceso, las sentencias que deciden los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo deben resolver sobre la condena en costas, que están integradas por las expensas y gastos en que incurrió la parte durante el proceso y por las agencias en derecho. Esta regla no se aplica a los procesos en los que se ventile un interés público.

Por su parte, el artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

**"1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.**

**"Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.**

**"2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.**

**"3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.**

**"4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.**

**"5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.**

**"6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.**

**"7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.**

**"8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.**

**"9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de**

*decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.” (Se destaca)*

En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), pues prosperaron parcialmente las pretensiones de la demanda.

No obstante, la Sala ha precisado que esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que *“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*<sup>23</sup>.

Una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen la condena en costas en esta instancia. En consecuencia, no se condena en costas en esta instancia.

También, por falta de prueba se confirma la decisión de no condenar en costas en primera instancia. Por tanto, se niega la condena en costas en las dos instancias.

En suma, se modifica la parte resolutive de la sentencia apelada así: (i) se declara 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; (ii) se inaplica por ilegal el artículo 2 de la Resolución SSPD-20141300018055 de 29 de mayo de 2014, en cuanto incluyó las cuentas 7510, 753508, 753513, 7542, 7545 y 7560 del grupo 75 en la base gravable para la liquidación de la contribución especial; (iii) se anulan parcialmente los actos demandados; (iv) a título del restablecimiento del derecho se ordena a la demandada devolver a la actora la suma de **\$107.712.943**, debidamente ajustada de acuerdo con el artículo 187 del CPACA hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia. Dicha suma devengará intereses de mora en los términos fijados en los artículos 192 y 195 del CPACA y (v) se niega la condena en costas en ambas instancias.

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

### **FALLA**

**MODIFICAR** la parte resolutive de la sentencia del 11 de agosto de 2016, que queda así:

**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.

<sup>23</sup> Sentencia de 13 de julio de 2017, Exp. 21188. C.P. Milton Chaves García

**SEGUNDO: INAPLICAR** el artículo 2 de la Resolución SSPD-20141300018055 de 29 de mayo de 2014, en cuanto incluyó en la base gravable de la contribución especial a favor de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por el año 2014, las cuentas 7510, 753508, 753513, 7542, 7545 y 7560 del grupo 75.

**TERCERO: DECLARAR** la nulidad parcial de la Liquidación Oficial N° 20145340021376 del 13 de junio de 2014 y de las Resoluciones números SSPD-20145300033195 de 24 de julio de 2014 y SSPD-20145000040525 del 17 de septiembre de 2014, por las cuales la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios fijó a la actora la contribución especial por el año gravable 2014.

**CUARTO:** A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la demandada devolver a la actora la suma de **\$107.712.943**, ajustada conforme con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia. Dicha suma devengará intereses de mora en los términos fijados en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO: NO CONDENAR** en costas en ambas instancias.

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

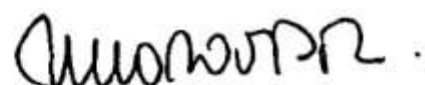
La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.



STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO  
Presidente de la Sección



MILTON CHAVES GARCÍA



JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ



JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

