325

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente:	**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**
Expediente:	**No. 25000-23-24-000-2012-00295-00**
Actor:	**BUGUEÑA DE ASEO SAS ESP (BUGASEO SA ESP)**
Demandado:	**SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**
Referencia:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Procede la Sala de decisión a proferir un nuevo fallo dentro del proceso de la referencia en cumplimiento de lo dispuesto en sentencia de 5 de diciembre de 2019 de la Sección Primera del Consejo de Estado con ponencia del consejero Oswaldo Giraldo López.

En efecto, la Sección Primera del Consejo de Estado revocó la sentencia de 28 octubre de 2013 proferida en primera instancia por la el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Primera- Subsección C de Descongestión dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia mediante la cual se declaró la nulidad de los actos administrativos acusados por haber operado la caducidad de la potestad sancionatoria regulada en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo y, en su lugar, ordenó proferir una decisión de fondo respecto de los restantes cargos de nulidad planteados por la parte actora, en cuya dirección dispuso:

> *"**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de 28 de octubre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen con el fin de que se pronuncie de fondo respecto de las pretensiones de la demanda en lo concerniente a los demás cargos que no analizó en primera instancia. La decisión de fondo deberá proferirse, conjuntamente con el auto de obedecimiento, dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la fecha que el expediente ingrese al despacho para tal fin."* (fls. 151 vlto. y 152 cdno. ppal.).

La ratio decidendi de dicha decisión fue la siguiente:

"(...).

8.6.1. En efecto, uno de los puntos objeto de discusión lo fue el de determinar si la conducta desplegada por Bugaseo y que fue objeto de reparos por la SSPD era instantánea (como lo aduce la ESP) o continuada (como lo asevera la demandada); es decir, corresponde definir primeramente si el cobro que realizó una empresa de servicios públicos de aseo a sus suscriptores en un periodo determinado y supuestamente utilizando una metodología ajena al alcance de las normas que regulan la materia, corresponde a una conducta de ejecución instantánea.

Revisados los antecedentes administrativos, lo que encuentra la Sala es que la investigación sancionatoria tuvo lugar al haberse constatado que desde enero de 2007 hasta el 1 de junio de 2008, la accionante venía facturando el servicio público de aseo que prestaba en varios municipios del Departamento del Valle del Cauca, al amparo de una metodología para el cálculo de la tarifa que desconocía, en el criterio de la Superintendencia, las normas que regulaban ese preciso tópico.

A tal conclusión se llega luego de revisados los antecedentes administrativos, específicamente el pliego de cargos y el acto que resolvió el recurso de reposición en vía gubernativa; (...).

Tales periodos de tiempo son además aceptados por las partes en sus intervenciones, pues la SSPD alude a ello en su escrito de contestación y el Tribunal así lo verificó, sin que la parte actora haya manifestado disentimiento al respecto.

En tal escenario, se halla demostrado que esa infracción se prolongó en el tiempo, lo que la enmarca en la segunda de las conductas posibles en el régimen sancionatorio administrativo; es decir, se trata de una conducta ilegal continuada en tanto que la facturación se expide permanentemente, habida cuenta de que constituye todo un proceso que comienza con la lectura del consumo de cada usuario de acuerdo con cada sector de los mismos, entre otros factores, hasta la expedición de dicho documento.

8.6.2. Siendo ello así, en lo que hace al análisis de si el ejercicio de la potestad sancionatoria se produjo en tiempo, lo que se observa es que, al tratarse de una infracción continuada, el término para entender procedente la imposición de la sanción debe comenzar a contabilizarse cuando Bugaseo cesó en la facturación del servicio público de aseo reprochada por la SSPD, es decir, desde el 1° de junio de 2008.

Definido así el primer extremo del término para el ejercicio de la potestad sancionatoria, debe ahora precisarse si la misma fue ejercida en tiempo, es decir, dentro de los tres (3) años previstos en el orden jurídico para el efecto, esto es, si lo efectuó antes del 1° de junio de 2011.

Consta en el acervo probatorio que la notificación de la Resolución No. 20114400010805 del 3 de mayo de 2011, acto este que impuso la sanción a Bugaseo se produjo el 26 de mayo de 2011[1], lo cual permite concluir que el ejercicio de la facultad sancionadora se llevó a cabo cinco (5) días antes de que operara la caducidad, o lo que es lo mismo, se efectuó en tiempo, contrario a lo entendido por el Juzgador de Primera Instancia.

8.6.3. Así las cosas, restaría por definir cuál fue el criterio utilizado por la SSPD para dosificar la sanción.

Para ello, es altamente útil aludir a lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, en el cual se discrimina el régimen sancionatorio vigente para el momento de expedición de las decisiones enjuiciadas, así:

(...).

Pues bien, del texto de los antecedentes administrativos se desprende que la Superintendencia consideró que los criterios a ponderar para fijar el valor de la multa serían la grave afectación de los derechos de los consumidores y usuarios ante el cobro indebido de una tarifa equivocada por la prestación del servicio público de aseo, la afectación de la calidad y continuidad en la prestación del servicio, el impacto que generó en la sociedad un actuar como el de la actora y la gravedad de la conducta, acogiendo así los criterios resaltados e, incluso, teniendo en cuenta las condiciones financieras de las Empresas de Servicios Públicos que prestaban el respectivo servicio en zonas azotadas por la ola invernal de la época, resultado de lo cual resolvió disminuir el valor de la multa a imponer. El siguiente aparte contenido en la Resolución No. 20114400010805 del 3 de mayo de 2011 ilustra lo dicho:

(...).

Bajo tales premisas, es claro que el criterio para tasar el valor de la sanción no lo fue el monto mensual de las tarifas que se estaban exigiendo a los suscriptores de Bugaseo, sino la gravedad de la conducta y su impacto en el conglomerado social, circunstancia que conduce a la Sala a desechar la posición que sobre el punto asumió la actora en primera instancia al pretender que el término para el ejercicio de la potestad sancionadora fuese medido de acuerdo a los meses en que incurrió en la conducta recriminada en los actos que se impugnan.

Revisado lo anterior, y concluido que se trata de una conducta de ejecución continuada, la Sala observa que la caducidad de la mencionada potestad no se configuró en el caso concreto, pues la SSPD expidió el acto que resolvió la investigación en el sentido de

---

[1] Folio 156 del Anexo número 1 (El edicto fue fijado el 13 de mayo de 2011 y desfijado el 26 de ese mismo mes y año).

sancionar a la ESP, transcurridos dos (2) años y trescientos sesenta (360) días contados desde el 1 de junio de 2008, fecha en la cual cesó la actuación irregular consistente en haber utilizado una metodología ilegal para calcular la tarifa del servicio de aseo a sus suscriptores.

Así pues, es menester revocar la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al encontrar acreditado el reparo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pues se advirtió, conforme lo explicado, que la atribución con que cuenta la Administración de recriminar comportamientos ilegales se ejerció en los términos del artículo 38 del CCA.

8.7. Devolución del proceso

Como ha quedado evidente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sólo se refirió a uno de los reproches de validez de las Resoluciones números 2011440010805 del 3 de mayo de 2011 y 2011440021285 del 1 de agosto de 2011, emitidas por la SSPD, y dejó de lado el estudio de los demás cargos invocados en el libelo introductorio (INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS DISPOSICIONES LEGALES, LO CUAL ES FUNDAMENTO DE LA SANCIÓN e ILEGALIDAD DE LA ORDEN DE DEVOLUCIÓN, POR PROHIBIR EXIGIR LOS DOCUMENTOS QUE ACREDITAN QUIEN ES EL TITULAR DEL DERECHO), eliminando la posibilidad de que se lleve a cabo el control judicial de doble instancia sobre esos precisos reparos.

Así pues, y en orden a garantizar la doble instancia, el debido proceso, el derecho de defensa y el acceso a la administración de justicia, se dispone, tal y como se ha ordenado por esta Sala en otras oportunidades, que el a quo se pronuncie de fondo respecto de las pretensiones de la demanda en lo concerniente a los demás cargos que no analizó, en primera instancia, al centrar su examen exclusivamente en el cargo caducidad de la potestad sancionatoria. La decisión de fondo deberá proferirse, conjuntamente con el auto de obedecimiento, dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la fecha que el expediente ingrese al despacho para tal fin." (fls. 146 vlto. a 151 vlto. cdno. de apelación).

De conformidad con el citado fallo esta Sala de Decisión debe cumplir la orden perentoria consistente en proferir una nueva sentencia para pronunciarse de fondo respecto de los otros dos cargos de nulidad propuestos por la parte actora, lo anterior con el propósito de garantizar el principio de la doble instancia que le asiste a las partes.

Por las anteriores consideraciones la Sala procede a decidir la demanda interpuesta por la sociedad Bugueña de Aseo SA ESP (Bugaseo SA ESP) en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en

el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo en contra de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

I. PRETENSIONES

En el escrito de la demanda, la parte actora elevó las siguientes:

> ***"II. PRETENSIONES***
>
> *Solicito que la sentencia que dirima la controversia sobre la legalidad de los actos administrativos atacados y el restablecimiento del derecho de mi poderdante, acoja las siguientes pretensiones:*
>
> ***PRIMERA:*** *Declare la nulidad de la Resolución No. SSPD 20114400010805 del tres (3) de mayo de 2.011.*
>
> ***SEGUNDA:*** *Declare la nulidad de la Resolución SSPD 20114400021285 del primero (1°) de agosto de 2.011.*
>
> ***TERCERA:*** *Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de que trata las pretensiones primera y segunda y a título de restablecimiento del derecho disponga que* ***BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P. BUGASEO S.A. E.S.P.*** *no está obligada a pagar la sanción impuesta en las Resoluciones precedentes.*
>
> ***CUARTA:*** *De forma subsidiaria a la pretensión precedente, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de que trata las pretensiones primera y segunda y a título de restablecimiento del derecho, en caso que* ***BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P. BUGASEO S.A. E.S.P.*** *hubiese pagado la sanción, se le ordene a la* ***SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS*** *la devolución de lo cancelado en un término prudencial.*
>
> ***QUINTA:*** *Que se le ordene a la* ***SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS*** *actualizar y pagar el monto dinerario de que trata la pretensión cuarta, con la variación del índice de precios al consumidor, desde el día del pago efectuado por parte de* ***BUGASEO,*** *hasta la fecha de su efectiva devolución si esta fecha no supera el término dispuesto por el Tribunal.*
>
> ***SEXTA:*** *Que se le ordene a la* ***SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS*** *a reconocer y pagar intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida, calculados respecto del monto de capital de que trata la pretensión cuarta, a partir del día siguiente al vencimiento del plazo establecido para su devolución y hasta la fecha en que efectivamente se cancele.*

SÉPTIMA: *Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de que trata las pretensiones primera y segunda y a título de restablecimiento del derecho, disponga que* ***BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P. BUGASEO S.A. E.S.P.*** *no está en la obligación de devolver a sus suscriptores o usuarios el valor de la tarifa supuestamente cobrado indebidamente.*

OCTAVA: *Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de que tratan las pretensiones primera y segunda a título de restablecimiento del derecho, ordene a la* ***SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS*** *pagar en un término prudencial a* ***BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P. BUGASEO S.A. E.S.P.*** *una suma de dinero igual a la cuantía de la totalidad de los montos dinerarios que* ***BUGASEO****, en Cumplimiento de los actos administrativos preferidos por la SSPD, se vio obligado a devolver por haber sido supuestamente cobros en exceso.*

NOVENA: *Que se le ordene a la* ***SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS*** *actualizar y pagar los montos dinerarios de que trata la pretensión octava, con la variación del índice de precios al consumidor desde el día del pago efectuado por parte de* ***BUGASEO*** *hasta la fecha de su efectiva devolución si esta no supera el término dispuesto por el Tribunal.*

DÉCIMA: *Que se le ordene a la* ***SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS*** *a reconocer y pagar intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida, calculados respecto del monto de capital de que trata la pretensión octava, a partir del día siguiente al vencimiento del plazo establecido para su devolución y hasta la fecha en que efectivamente se cancele.*

DÉCIMA PRIMERA: *Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de que trata las pretensiones primera y segunda y a título de restablecimiento del derecho, ordene a la* ***SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS*** *pagarle a* ***BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P. BUGASEO S.A. E.S.P.*** *la sumatoria de la totalidad de las sumas de dinero dejadas de cobrar por la mencionada E.S.P. por concepto de Costo de Comercialización Ajustado de que trata el artículo 9° de 1a Resolución CRA 351 de 2.005 hasta la fecha en la cual* ***CRA*** *autorizó la modificación del citado costo de comercialización por suscripción.*

DÉCIMA SEGUNDA: *Se condene en costas a la demandada."* (fls. 4 a 6 cdno. ppal. 1 - mayúsculas y negrillas del texto original).

II. HECHOS

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda, en síntesis, lo siguiente:

1) Mediante comunicación de 10 de mayo de 2010 la parte demandada elevó pliego de cargos e inició una investigación administrativa en contra de Bugueña de Aseo SA ESP endilgando las siguientes infracciones: *a) "Cargo 1 - Presunto incumplimiento artículo 9º de la Resolución CRA 351 de 2005 al establecer un costo indebido según lo previsto en la metodología tarifaria de aseo", b) "Cargo 2 - Presunto incumplimiento a lo establecido en el art. 148 (Requisitos de las facturas) de la Ley 142 de 1994 por el cobro indebido de un costo tarifario", c) "Cargo 3 - Presunto incumplimiento a lo establecido en el art. 2º de la Resolución CRA 294 de 2004 en concordancia con el artículo 3 numeral 9 inciso 2º de la Ley 142 de 1994"* (fl. 2 cdno. no. 1).

2) El 3 de mayo de 2010 se rindieron descargos y se solicitó el decreto y práctica de unas pruebas.

3) A través de la Resolución no. 20114400010805 de 3 de mayo de 2011 se impuso una multa a la empresa demandante por el monto de $30.000.000 y se impartieron unas órdenes administrativas.

4) Frente a esa decisión el 2 y 3 de junio de 2011 se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, el primero fue desatado por medio de la Resolución no. 20114400021285 de 1 de agosto de 2011 confirmando la decisión impugnada y en donde, además, se negó el recurso de apelación por improcedente.

5) La actuación administrativa desconoció que el actuar de la parte actora estuvo ajustada a derecho, además se adelantó el trámite cuando la caducidad de la facultad sancionatoria ya había operado.

III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Para sustentar las pretensiones la parte demandante adujo violación de los artículos 38 de la CCA; 148, 152 a 159 de la Ley 142 de 1994; numeral 31 de la Ley 79 de 1994, subrogado mediante el artículo 13 de la Ley 689 de 2001; 1524,

2313 y 2315 del Código Civil; 813 del Código de Comercio; 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 y 2 de la Resolución CRA 294 de 2004.

En explicación de ese quebranto normativo expuso tres motivos de censura, en los siguientes términos:

1. Primer cargo: inexistencia del incumplimiento de las disposiciones legales lo cual es fundamento de la sanción

Este motivo de censura lo explicó así:

1) La parte demandada interpretó erróneamente los artículos 9 de la Resolución CRA 351 de 2005, 2 de la Resolución CRA 294 de 2004, 3 y 148 de la Ley 142 de 1994 en relación con la tarifa aplicada a los usuarios ya que emitió unos conceptos no vinculantes y con base en ello dedujo de manera objetiva la responsabilidad impuso la sanción.

2) Las decisiones que se impugnan carecen de motivación si se tiene cuenta que en la parte resolutiva de ellas se impone la sanción pero no se hace referencia a que se haya incumplido alguna norma.

3) El punto de la controversia surge respecto de la interpretación del artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 en lo que tiene que ver con la contabilización del factor Nfc para poder calcular el CCSAJ (costo de comercialización ajustado).

Al respecto la citada disposición preceptúa lo siguiente:

> *"Artículo 9. Costo de Comercialización por Factura Cobrada al Suscriptor, CCS. El costo de comercialización por suscriptor será, como máximo, de $668 (pesos de junio de 2004) mes.*
>
> *El costo de comercialización por suscriptor podrá ajustarse a través de la siguiente fórmula cuando la facturación de una parte o la totalidad de los suscriptores de aseo no se realice conjuntamente con el servicio de acueducto:*
>
> $CCS_{Aj} = CCS * (2 - N_{FC}/N)$
>
> *Donde:* CCS_{AJ}*: Costo de comercialización ajustado.*
>
> N_{FC}*: Número de suscriptores del prestador de aseo en su área de prestación de servicio con posibilidad de facturación conjunta, o*

efectivamente facturados, con personas prestadoras del servicio de acueducto en el suelo urbano; para el año base.
N: Número de suscriptores del prestador del servicio de aseo en su área de servicio, para el año base.

Parágrafo. *La relación entre N_{Fc} y N se encontrará siempre acotada en el intervalo [0,1]."*

4) De acuerdo con la lectura de la norma existen dos opciones para calcular el número de suscriptores de la empresa prestadora del servicio público de aseo: *"(i) con posibilidad de facturación conjunta con personas prestadoras del servicio de acueducto en el suelo urbano o, (ii) efectivamente facturados con personas prestadoras del servicio de acueducto en el suelo urbano".*

5) La empresa demandante optó por la segunda de las mencionadas alternativas razón por la cual su factor Nfc era cero (0) dado que no facturaba con empresas prestadoras del servicio de acueducto en el suelo urbano, por ende le asistía el derecho de obtener el máximo valor del reajuste, además indicó que ese rango era factible de acuerdo con el parágrafo de la citada disposición.

Al respecto indicó lo siguiente:

'De manera que optando BUGUEÑA DE ASEO S.A. ESP. BUGASEO S.A. ESP. por la segunda posibilidad, el número de usuarios efectivamente facturados con personas prestadoras del servicio de acueducto en el suelo urbano que es ninguna, es decir 0, rango factible de acuerdo con el parágrafo de la norma que dice que este valor puede arrojar entre 0 y 1, se obtiene el valor máximo de cobro permitido por la regulación, que equivale a multiplicar por dos (2) el costo de facturación permitido cuando se factura a través de personas prestadora del servicio de acueducto en el suelo urbano.

Lo anterior resulta apenas lógico, pues corresponde al reconocimiento del valor tope de la fórmula, en la medida que si no se factura con personas prestadoras del servicio de acueducto en el suelo urbano, lo cual ha considerado el regulador tienen un menor costo, le asiste el derecho para obtener el valor máximo asignado y en tanto aumente el número de usuarios a los que les factura por intermedio de las empresas de acueducto, disminuye la retribución de manera proporcional, por cuanto justamente en sentido de la CRA, son menos las personas en las que se ha incurrido en sobrecostos, lo cual es consistente con el hecho de que las tarifas remuneran los costos en los que se incurre, en este caso por la facturación." (fls. 9 y 10 cdno. no. 1).

La mencionada interpretación no ha sido compartida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) ni por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) quien en concepto expedido en el mes de diciembre de 2007 sostuvo:

> *"El hecho de facturar con otro servicio público domiciliario diferente al de acueducto no excluye la posibilidad de facturación conjunta con éste último, es decir, el ajuste reconocido en la metodología cubre el mayor costo en que se incurre solamente por aquellos suscriptores a quienes se les deba facturar directamente o con otro servicio público domiciliario, ya no disponen del servicio de acueducto. El parámetro Nfc hace referencia a los suscriptores del prestador de aseo que tienen la posibilidad de facturación conjunta con el servicio de acueducto, o que efectivamente la tienen, es decir, se refiere al catastro de usuarios del servicio de acueducto, a quienes se les presta el servicio de aseo y por lo tanto tienen la posibilidad de facturación conjunta"* (fl. 12).

6) Si la CRA buscaba que la norma dijese que Nfc significa *"Catastro de usuarios del servicio de acueducto a quienes se les presta el servicio de aseo"* así debió decirlo y no expresarlo de la forma tan ambigua en que lo hizo, pues, es la disposición la que genera confusión.

7) Si se entiende que la posibilidad de facturación conjunta se da por el hecho que el prestador del servicio de acueducto brinde ese servicio al suscriptor de la empresa de aseo, el agregado "o *efectivamente facturado"* traído en el artículo en cita sobraría *"puesto que es obvio que el usuario al que ya se le factura está contabilizado como uno de los que cuenta con posibilidad de que se le facture"* (fl. 13 cdno. no. 1).

8) Como la letra "o" tiene naturaleza disyuntiva impone la necesidad de distinguir entre dos posibilidades, esto es, la posibilidad de facturación conjunta o la efectivamente facturada y, si lo pretendido fue excluir a todos aquellos con *"posibilidad de facturación conjunta"* entendiendo esto último como el *"catastro de usuarios del servicio de acueducto a quienes se les presta al servicio de aseo"* no debió plasmarse *"o efectivamente facturados"*, pues, como ha sido demostrado, la única manera de darle sentido a la coma y a la *"o"*, es comprendiendo que tiene una distinción.

330

9) Si la posibilidad para la CRA era que una empresa de acueducto le suministrara el servicio al usuario de la empresa de aseo no debió regular abriendo la puerta a que el regulado tenga que interpretar el sentido de la norma sino que, debió decirlo claramente y sin rodeos *"si quiere excluir el servicio de catastro de usuarios del servicio de acueducto a quienes se les presta el servicio de aseo sin importancia de si se utiliza a esta empresa o no para facturar, debió haberlo regulado de esa manera y en tal caso, hubiese sido evidente que esta disposición no debía aplicarse por abierta contradicción con la Ley y la Constitución."* (fl. 14 cdno. no. 1).

10) La única forma de darle aplicabilidad a la distinción entre aquellos con posibilidad de facturación y facturables es no comprender la expresión *"con posibilidad de facturación"* como lo expresa la CRA sino, atendiendo aquellas verdaderas circunstancias de cada operador que permitan concluir si ciertamente cuenta con la factibilidad de esa opción o no, para lo cual es pertinente un análisis de naturaleza no exclusivamente económica sino también jurídica, pues, no se puede afirmar que una empresa cuenta con la posibilidad de contratar el servicio de facturación con empresas de acueducto cuando, como se demostró en el expediente, con anterioridad a la expedición de la disposición regulatoria la actora había celebrado un acuerdo de facturación conjunta con una empresa de energía lo cual es ley para las partes e impide que la opción de contratar con una empresa de acueducto sea posible.

11) Cuando el regulador interpreta el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 en la forma expuesta en los actos acusados, es decir, indicando que la tarifa se fija sin importar el costo en el cual se incurrió en la facturación, no es relevante cuánto costó sino cuánto le pudo costar lo cual vulnera lo dispuesto en los artículos 34.1 y 34.2 de la Ley 142 de 1994 pues, en tales preceptos se consagra como una restricción indebida a la competencia el cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio o la prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo de servicios adicionales a los que contempla la tarifa.

12) El cálculo del factor CCSaj (costo de comercialización ajustado) que se encuentra determinado en el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 es realizado mensualmente por esa entidad aplicando la Circulares Conjuntas

SSPD- CRA 003 y 006 de 2006 que determinan el reporte de actualización de variables para el cálculo tarifario.

La empresa Bugaseo efectuó ese cálculo en la forma en que comprendió las normas a partir de enero de 2007 (fecha de entrada en vigencia del nuevo régimen) y hasta el mes de mayo de 2008, como lo reconoce el mismo pliego de cargos cuando se transcribe la información reportada en el Sistema Único de Información (SUI).

13) Le fue impuesta una sanción con fundamento en la trasgresión de una interpretación adoptada con posterioridad a la ocurrencia de la mayor parte de las conductas censuradas toda vez que *"La SSPD toma un concepto de la CRA del mes de diciembre de 2007, esto es, casi un año después de entrada en vigencia del nuevo régimen tarifario, el cual pretende cambiar por completo el artículo 9º de la Resolución CRA 351 de 2005, para censurarle al investigado no haber aplicado el sentido de dicho concepto desde el mes de enero de 2007, por cuanto ese concepto en compañía con la sanción, se torna en "posición institucional" a partir de la sanción, lo que parece entenderla SSPD, se encuentra por encima de la misma Resolución 351, a punto que efectivamente dicen cosas diametralmente distintas, pero que para ella prevalecen. De manera que a mí representada en estricto sentido se le sanciona por no acatar premonitoriamente, la posición institucional en cuanto a la interpretación de la norma, pues debía conocerla desde antes de que existiese, y no propiamente por la trasgresión al texto de la regulación misma, que como se ha visto, de este quien se aparta es la CRA, para exponer en sus conceptos lo que quiso y no supo decir, pero en todo caso resulta contrario a la ley. En conclusión, BUGUEÑA DE ASEO S.A. ESP. BUGASEO S.A. ESP., sí aplicó el artículo 9º de la Resolución CRA 351 de 2005 de conformidad con el tenor de su texto y no puede ser sancionada por no haberlo hecho. Es la CRA, quien vía conceptos y circulares pretende modificar la regulación, lo cual no resulta acertado en un estado social de derecho que posee una jerarquía de sus normas, en el cual los conceptos no son vinculantes y las circulares son meramente informativas y no derogatorias de las Resoluciones."* (fl. 15 y 16 cdno. no. 1).

2. Segundo cargo: caducidad de la facultad sancionatoria administrativa de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Los fundamentos de esta acusación fueron los siguientes:

1) El artículo 38 del CCA estableció un término de 3 años para que la administración pueda ejercer oportunamente su facultad sancionadora, no obstante el legislador guardó silencio respecto de la interrupción de ese plazo razón por la cual la doctrina sobre el particular ha adoptado tres (3) posiciones sobre tal materia, siendo estas la tesis laxa, intermedia y restrictiva.

2) Respecto de la tesis laxa se precisó que para la interrupción del citado plazo resulta suficiente la expedición del acto administrativo sin que se precise su notificación ni agotar la vía gubernativa; por su parte, la intermedia, hace referencia a la expedición y notificación del acto principal, esto es, el acto sancionatorio antes de que se finalice el término de tres (3) años traído en el artículo 38 del CCA, finalmente, la tesis restrictiva, según la cual la suspensión del plazo de 3 años se da con la expedición del acto, su notificación y el respectivo agotamiento de la vía gubernativa.

3) En el presente asunto la postura que debe imperar es la restrictiva en la medida que el verbo rector del procedimiento administrativo sancionatorio es *"imponer"*, por ende el mismo no puede entenderse perfeccionado sino hasta que sean agotados los recursos de la sede administrativa en la medida que si la decisión no se encuentra en firme aquella resulta incierta.

4) Las conductas reprochadas son actos instantáneos dado que su ocurrencia fue mensual en virtud de lo previsto en las Circulares Conjuntas SSPD -CRA 003 y 006 de 2006 que establecieron que el reporte de actualización de las variables para el cálculo tarifario debía llevarse a cabo de manera mensual como se efectuaron.

5) En relación con el cálculo de la tarifa del mes de enero de 2007 *"el término de caducidad de la potestad sancionatoria de la administración venció en el mes de enero de 2010 y así sucesivamente, sobreviviendo única y exclusivamente el mes de mayo de 2011, por lo que la sanción debería disminuir proporcionalmente*

y las órdenes impartidas limitarse al periodo del mes de mayo de 2008". (fl. 18 cdno. no. 1).

6) La SSPD se equivocó al darle tratamiento a los hechos investigados en los actos administrativos sancionatorios como hechos de carácter sucesivo o permanente y con fundamento en ello erró consecuencialmente al calcular el término de caducidad con el último mes en que supuestamente se aplicó en indebida forma el régimen tarifario y se facturó, pasando por alto que con cada reporte de la tarifa al SUI y su correspondiente factura es que se configura la inaplicación de las disposiciones de que se le acusa a la actora.

3. Tercer cargo: ilegalidad de la orden de devolución por prohibir, exigir documentos que acreditan quien es el titular de derecho

De este cargo la parte demandante expuso el siguiente argumento:

1) La orden de devolución de los dineros recaudados a los usuarios o suscriptores al amparo del contrato de servicios públicos con el argumento de que es suficiente la información interna con que cuenta la empresa para hacer la devolución sin que tenga que exigir ningún requisito viola lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 (artículos 154 y 159), por cuanto las órdenes que la SSPD puede dar en la órbita del marco del contrato de servicios públicos que rige las relaciones de la empresa usuario/suscriptor está delimitada únicamente por aquellas facultades atinentes al control funcional que ejerce a través de la solución del recurso de apelación que presenten los usuarios y suscriptores contra los actos de negativa del contrato, facturación, suspensión y corte del servicio.

En otras palabras, en el marco de un procedimiento sancionatorio como el adelantado contra la empresa Bugaseo no era procedente declarar el incumplimiento de un contrato suscrito entre la ESP y el usuario/suscriptor pues no existe facultad en ese sentido otorgada a la SSPD por parte del Legislador.

2) El mencionado control funcional puede traducirse en la orden de correcciones en temas de facturación pero, de cualquier forma para que ello proceda obligatoriamente debe avocar conocimiento a través de la resolución del recurso

332

de apelación que interpongan los suscriptores o usuarios, así pues como en el presente caso no se surtió ese trámite la orden de devolución de sumas de dinero basada en aspectos que conciernen al contrato de servicios públicos es abiertamente violatoria de la ley de servicios públicos y de lo previsto en la Resolución no. 294 de 2004.

3) La ilegalidad no radica en que las empresas de servicios públicos de aseo no puedan hacer uso de los mecanismos de devolución de que trata la Resolución CRA 294 de 2004 cuando por vía de la solución de un recurso de apelación se les ordena por la SSPD hacer ajustes a la facturación de un usuario específico, en lo que se advierte el vicio consistió en que el trámite surtido para imponer la orden de devolución no fue ese y por ello la parte demandada no obtuvo competencia alguna para exigir tal aspecto de la demandante.

4) Permitir la orden de devolución sin acreditar el escenario planteado supone que nos ubiquemos en la otra causa que la origina, es decir, la ocurrencia de un enriquecimiento sin justa causa, circunstancia que impone a la SSPD que se pruebe que determinado usuario o suscriptor es el titular del derecho a obtener la respectiva devolución.

No era factible que la entidad demandada ordenara a la empresa Bugaseo que se abstuviera de verificar a quién en concreto debe resarcir el daño o devolver el dinero toda vez que la Resolución no. 294 de 2004 somete la devolución al cumplimiento de los postulados que para ese efecto prevé el ordenamiento civil (artículo 2313 del Código Civil) y comercial, estos es: el enriquecimiento del patrimonio de una persona, el empobrecimiento del patrimonio de otra el cual es correlativo al enriquecimiento de la primero y, que las anteriores situaciones se hayan presentado sin una causa jurídica eficiente.

5) Como no obra prueba alguna de que hayan acontecido tales supuestos, en otros términos, la entidad demandada no acreditó que la parte actora se hubiere enriquecido sin causa en virtud de las sumas cobradas indebidamente ni tampoco que los usuarios específicos se hayan empobrecido, no procedía entonces la orden de devolución y por ende no se comprobaron los elementos necesarios para acreditar la figura de enriquecimiento sin justa causa.

Finalizó estimando que: *"Por ello, la "orden" de la SSPD de devolver sumas dinerarias indistintamente a los suscriptores o usuarios actuales sin determinar si éstos fueron quienes se empobrecieron o no, se torna ilegal, pues ello en sí mismo conlleva un (Sic) eventual afectación económica a mi poderdante, quien al verse obligada a pagar indistintamente al que hoy es suscriptor o usuario, sin tener la prueba de que fue quien efectivamente pagó la factura, supuestamente mal cobrada años atrás, se puede ver avocada a incurrir en un doble pago, si con posterioridad otra persona acredita que fue ella quien efectivamente canceló los valores mal tarificados. La "orden" dada por la SSPD en el sentido de prohibir que mi prohijada exija prueba de que la persona a quien le hará la devolución del supuesto cobro injusto, es la que efectivamente hizo el pago del mismo no sólo viola la ley sobre esa materia, sino que contradice las consideraciones de la Resolución 294 de 2004 que establece textualmente que el Código Civil, en el artículo 2313, determina que quien por error ha hecho un pago "y prueba que no lo debía", es el único que tiene derecho para repetir lo pagado y de ahí que mi representada deba exigir tal prueba."* (fls. 27 y 28 cdno. no. 1).

IV. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1. El trámite

a) La demanda fue presentada ante la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación el 2 de marzo de 2012 (fl. 35 cdno. ppal. 1), admitida por auto de 15 de marzo de 2012 (fls. 37 a 41 ibídem), providencia esta que fue notificada en forma personal al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios el 15 de marzo de 2012 (fl. 47 cdno. ppal. 3) quien contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la misma.

b) A través de auto de 19 de julio de 2012 se aperturó el proceso a pruebas (fls. 79 a 80).

c) Mediante auto de 30 de agosto de 2012 se puso en conocimiento de la parte actora la solicitud de gastos de pericia manifestada por el auxiliar de la justicia

333

(fl. 88) y por auto de 27 de septiembre de 2012 se fijaron los gastos generales de la pericia (fl. 93).

d) Por auto de 7 de febrero de 2012 (fl. 138) se corrió traslado a las partes del dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia.

e) A través de auto de 28 de febrero de 2013 (fls. 143 a 144) se corrió traslado a las partes para que presenten alegatos de conclusión.

f) Mediante auto de 5 de marzo de 2013 (fl. 146) se remitió el expediente con destino a la Subsección de Descongestión de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

g) Por auto de 26 de abril de 2013 (fls 169 a 170) la Sección Primera - Subsección C de Descongestión avocó el conocimiento del asunto.

h) A través de auto de 11 de septiembre de 2013 la Sección Primera - Subsección C de Descongestión dejó sin efecto la fijación en estado de 5 de marzo de 2013 y fijó en un nuevo estado el auto de 28 de febrero de 2013 en el que se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fls. 186 a 187).

2. Contestación de la demanda por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios contestó la demanda (fls. 55 a 77) en los siguientes términos:

1) El artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 hace referencia a dos conceptos diferentes para efectos de que sea ajustado el costo comercial de facturación por suscriptor: *(i)* que este sea determinado con una variable constante que, como máximo era de seiscientos sesenta y ocho pesos ($668) para el 2 de junio de 2004, y *(ii)* a través de la formula prevista en la citada disposición normativa cuando la facturación de una parte o la totalidad de suscriptores de aseo no se realice conjuntamente con el servicio público de acueducto, en ese orden de ideas la inconformidad de la parte actora recayó

respecto de la interpretación del criterio Nfc previsto en la fórmula de los costos comerciales ajustables que es traída en la segunda opción de la norma en comento.

2) En cuanto hace referencia a la primera de las hipótesis allí prevista, es decir, a la de la facturación conjunta, no es cierto que la norma supeditara su aplicación a factores subjetivos como los de índole técnico, financiero, económico y contractual dado que lo único que se exige en la mencionada Resolución CRA 351 de 2005 es que la empresa prestadora del servicio de aseo indique el número de suscriptores de su área de prestación de servicio con posibilidad de facturación conjunta con persona prestadoras del servicio de acueducto.

Tampoco es cierto que la aplicación de ese primer supuesto registraría cero (0) como quiera que para el área de prestación del servicio de aseo en el que se desenvuelve Bugaseo, es decir, los municipios de Zarzal, El Cerrito, Guacarí, Anadalucía, La Unión Vijes, San Pedro, Buga, Calima, Palmira, Pradera, Trujillo, Bugalagrande, Río Frío, Ginebra, Sevilla Tuluá, existe un prestador de servicio de acueducto lo que de suyo genera la existencia de suscriptores con la posibilidad de facturación conjunta.

2) En lo concerniente al segundo escenario, es decir, lo efectivamente facturado, es errónea la interpretación que le otorga la parte actora según la cual su resultado sería igualmente cero (0) por cuanto la empresa no tiene suscriptores facturados con acueducto sino con la empresa de energía, se trata de hipótesis excluyentes y no facultativas para Empresa Prestadora de Servicios Públicos porque ante la imposibilidad de tener suscriptores efectivamente facturados con personas prestadoras del servicio de acueducto la única alternativa con la que contaba era la de calcular cuántos de sus suscriptores conforme a su catastro estaban efectivamente en la posibilidad de ser facturados de forma conjunta con el servicio de acueducto.

En ese sentido entonces: *"se puede afirmar que la norma en cita claramente definió la situación en la que puede encontrarse una empresa y sobre ella efectivamente hacer el cálculo correspondiente. En otras palabras, se reitera, si la empresa no tenía efectivamente facturados a sus suscriptores con una*

empresa de acueducto, pues como ya vimos estaba facturando con la empresa de energía: EMPRESA DE ENERGIA DEL PACÍFICO S.A. ESP., su única alternativa para este caso era calcular cuántos de sus suscriptores conforme a su catastro estaban efectivamente ante la posibilidad de ser facturados de forma conjunta con el servicio de acueducto, tal y como lo dispone la norma al explicar el componente de la fórmula Nfc." (fl. 67 cdno. no. 1).

3) Pese a que la sociedad demandante se encontraba facturando conjuntamente con una sociedad de servicio de energía lo cierto era que en virtud de lo expuesto en aludida disposición legal esa sociedad debía reportar la posibilidad de recaudo con empresas que presten el servicio de acueducto, sin importar que las rentas no fueran cobradas de forma mancomunada con tales entidades, en ese orden de ideas como en el área de influencia de Bugaseo SA ESP existía la posibilidad de facturación asociada con empresas que prestan este último servicio público, la sanción es ajustada a derecho.

4) Para la correcta interpretación del artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 en el asunto *sub examine* la empresa demandante debió calcular cuántos de sus suscriptores estaban efectivamente ante la posibilidad de ser facturados de forma conjunta con el servicio de acueducto como dispone el factor Nfc.

5) La CRA a través de oficio radicado no. SSPD No. 20007290463052 de 5 de diciembre de 2007 precisó que la finalidad de la citada fórmula de costos comerciales es que se les reconozca un mayor costo a las empresas que no puedan facturar el servicio de aseo conjuntamente con el de acueducto con el fin de que no se vean forzadas a realizarlo con otros prestadores o deban hacerlo directamente al no tener facilidades propias, *contrario sensu* y atendiendo a la afirmación que en este sentido hace la demandante para indicar que lo dispuesto en el artículo 9 de la resolución 351 de 2005 contiene dos alternativas, significaría reconocer a la prestadora un mayor costo injustificado en su costo de comercialización a usuarios que pueden ser facturados a través del prestador de acueducto lo cual resultaría inequitativo y contraría el objetivo perseguido por la regulación.

6) La norma en cuestión no puede ser interpretada como propone la demandante ya que vulneraría el principio de neutralidad en cuanto los usuarios tienen derecho al mismo tratamiento tarifario si las características de costos de las empresas prestadoras son iguales, por lo tanto no sería válido que el ajuste del costo de comercialización permitido en el mencionado artículo 9 beneficiara a unos usuarios y perjudicara a otros cuando están en la misma situación, esto es, que son usuarios incluidos en el catastro del prestador de acueducto, pero que según el prestador de aseo podrían ser objeto de un costo diferencial sin que medie ninguna lógica frente a la finalidad del costo.

7) La Sala Plena del Consejo de Estado en providencia del 29 de septiembre de 2009 unificó los criterios de interrupción del término para que la administración pueda ejercer oportunamente su potestad sancionatoria en el sentido que tal evento se produce cuando se expide y notifica el acto administrativo principal que impone la sanción.

En este caso en concreto el término de 3 años al que se refiere el artículo 38 del CCA debe ser contado a partir de la ocurrencia de los hechos objeto de reproche o del último acto u omisión que cesa dicha conducta.

Se encuentra acreditado que transcurrieron dos (2) años, once (11) meses y veintiséis (26) días desde que la empresa demandante realizó su último incumplimiento en el mes de mayo de 2008 hasta que fue notificada la resolución sancionatoria a través de edicto que se desfijó el 26 mayo de 2011, circunstancia que deja incólume la potestad sancionadora de la SSPD.

8) La Resolución CRA 294 de 2004 determinó que las devoluciones por cobros no autorizados proceden cuando se identifique que se han realizado dichos cobros y el usuario ha pagado por ellos, por lo tanto no es necesario que se surta el trámite vía apelación.

9) La norma prevé dos formas claras para hacer la devolución que pueden ser adoptadas por la empresa sancionada, siendo la primera la de los abonos al suscriptor o usuario en la siguiente factura de aseo del valor que sea resultado del recálculo previsto en el artículo 1 de enunciada Resolución de la CRA y, la

segunda forma, es la devolución pura y simple siendo necesario que informe de inmediato a su suscriptor la voluntad de hacer el pago de esa forma.

10) De acuerdo con la citada resolución las decisiones y correctivos sobre devoluciones de dinero por cobros indebidos deben ser tomados en el menor tiempo posible por lo tanto no es de recibo la exigencia de documentos que no sean estrictamente necesarios.

11) Los desembolsos deben hacerse a quien corresponda sin que para ello puedan elevarse solicitudes adicionales en la medida en que el cobro de las tarifas obedece a una consecuencia del contrato de condiciones uniformes, cuya naturaleza es bilateral en tanto que las empresas se obligan a suministrar el servicio ofrecido y por su parte los usuarios o suscriptores se obligan a pagar el precio correspondiente sin que en el mismo puedan incorporarse elementos que estén mal calculados como ocurrió en el presente asunto.

12) Teniendo en cuenta que la sancionada es quien conoce a sus usuarios y el valor cobrado indebidamente a cada uno de ellos le era posible determinar el valor a devolver a cada uno según el caso en particular sirviéndose para ello de su catastro de usuarios.

De igual manera debe advertirse que *"analizados los obstáculos de la Empresa sancionada para la devolución de lo cobrado en exceso, valdría la pena plantearse dos preguntas ¿Por qué la Empresa a la hora de recibir el pago por el consumo del servicio nunca pregunta si el que cancela es el propietario o no, o si tiene contrato de arrendamiento etc?, y ¿por qué ahora que son dinero a favor de los usuarios por cobro en exceso si los exige?, a mi modo de entender no hay ninguna justificación de tanta tramitomanía para la entrega de lo que no le pertenece."* (fls. 72 y 73 cdno. no. 1).

13) Los artículos 154 a 159 de la Ley 142 de 1994 regulan situaciones fácticas distintas a las traídas por la Resolución CRA 294 de 2004, pues, aquella se refiere al evento en el cual los suscriptores reclaman ante la empresa prestadora del servicio público con quien tiene contratada la prestación de un servicio de

esa naturaleza a efectos de que devuelvan los dineros que la misma ha retenido sin justa causa.

Dicha actuación tiene como propósito que la empresa, a solicitud del suscriptor, revise ciertas decisiones que afectan tanto la prestación del servicio como la ejecución del contrato pero referidos, como lo indican las normas, a la negativa del contrato, suspensión, corte y facturación y previo el agotamiento del recurso de reposición.

Por consiguiente cuando la superintendencia en ejercicio de sus atribuciones legales resuelve un recurso subsidiario de apelación que interpuso un usuario contra una decisión empresarial en el acto correspondiente puede ordenar la devolución de los dineros que la empresa retenga sin justa causa.

De otra parte en lo que respecta a la Resolución CRA 294 de 2004, esta última norma debe ser aplicaba preferentemente al asunto, al regular, de modo especial, lo concerniente al trámite devoluciones por cobros indebidos.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El 26 de abril de 2013 avocó el conocimiento la Sección Primera - Subsección C de Descongestión y prosiguió el trámite procesal (fls. 169 y 170 cdno. no. 1); el 11 de septiembre de 2013 se corrió traslado a las partes por el término común de diez (10) días para alegar de conclusión (fls. 186 y 187 ibidem), en esa oportunidad la parte actora además de argumentar las alegaciones finales solicitó que se adelantara la audiencia de que trata el artículo 147 del CCA, petición que fue atendida desfavorablemente con auto de 9 de octubre de 2013 en el entendido de que si bien la petición se radicó en forma oportuna, en el presente caso no se presentaban puntos de derecho o de hecho a dilucidar, pues del escrito se observó que lo pretendido por la actora era la reiteración oral de lo expresado en la demanda, finalidad para la cual no estaba concebida la diligencia (fls. 258 y 259).

336

a) La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en sus alegaciones finales, por un lado, reprodujo las razones contenidas en la contestación de la demanda y, por otro, aclaró que lo aquí discutido ya fue solventado en los actos censurados.

b) La parte actora en los alegatos de conclusión expuso lo siguiente:

i) El material probatorio allegado al proceso demuestra los perjuicios irrogados con los actos acusados, daños que no fueron debatidos por la contraparte.

ii) El sentido que pretende darle la parte demandada a la norma es inadecuado puesto que esa interpretación aplicada en la fórmula impide que sea recuperado el costo por no facturar conjuntamente con la empresa de acueducto, igualmente los razonamientos esgrimidos por el ente de control no desvirtuaron las consideraciones expuestas en el libelo introductor.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación guardó silencio.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, con el siguiente derrotero: *1*) objeto de la controversia, *2*) análisis de los cargos de nulidad, *3*) conclusión general y *4*) condena en costas.

1. Objeto de la controversia

La sociedad Bugueña de Aseo SA ESP (Bugaseo SA ESP) pretende la declaración de nulidad de la Resolución no. 20114400010805 de 3 de mayo de mayo de 2011 emitida por la Superintendente Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través de la cual se la sancionó con una multa por el monto de $30.000.000

por la supuesta infracción contemplada a las siguientes disposiciones: *a*) artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 al establecer un costo indebido a los usuarios del servicio público domiciliario de aseo según lo previsto en la metodología tarifaria de aseo, *b*) artículo 148 de la Ley 142 de 1994 por el cobro indebido de un costo tarifario del servicio público de aseo y, *c*) artículo 2 de la Resolución CRA 294 de 2004 en concordancia con el artículo 3 numeral 9 inciso segundo de la Ley 142 de 1994 puesto que al no efectuar las devoluciones en los términos contemplados en la norma o exigiendo más condiciones de las que tenía conforme a esas normas atentó contra el derecho de los usuarios a que se les facture correctamente y ante la existencia de errores procediera la empresa a devolver dichos cobros no autorizados sin necesidad de acudir a instancias que dilaten en trámite de la devolución, asimismo en el acto sancionatorio se ordenó a la parte actora, por una parte, que dentro del mes siguiente a la ejecutoria del acto administrativo debía hacer el recalculo del componente CCS y ajustar la fórmula a la normatividad vigente, informando a través del cargue en el Sistema Único de Información (SUI) el nuevo estudio de costos actualizado y, por otro, que de conformidad con lo previsto en la Resolución CRA 294 de 2004 procediera a la devolución de las sumas cobradas en exceso a los usuarios por concepto del cobro de un valor producto de alteración de la estructura tarifaria definida para el servicio domiciliario de aseo en la forma.

Igualmente se solicita la nulidad de la Resolución no. 20114400021285 de 1 de agosto de 2011 expedida por la Superintendente Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del acto administrativo inicial, con confirmación de dicha decisión.

Como consecuencia de lo anterior solicitó el restablecimiento del derecho consistente en: *a*) la exoneración del desembolso del importe de la multa, y subsidiariamente, la devolución de dicho monto (pretensiones tercera a sexta), *b*) la no devolución a los usuarios de Bugaseo SA ESP de los valores de la tarifa y el reintegro a dicha sociedad por parte de la SSPD de esos dineros (séptima a décima) y, *c*) el pago de las sumas dejadas de recaudar por la demandante por concepto de Costo de Comercialización Ajustado de que trata el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 (décima primera).

Los problemas jurídicos a resolver son los siguientes:

a) Si se realizó una interpretación errónea de los artículos 9 de la Resolución CRA 351 de 2005, 2 de la Resolución CRA 294 de 2004, 3 y 148 de la Ley 142 de 1994 en cuanto a la tarifa aplicada a los usuarios del servicio público de aseo, en especial lo que tiene que ver con la contabilización del factor *NFC* para poder calcular *CCSAJ*, esto es, el costo de comercialización ajustado puesto que según la parte actora la interpretación de la SSPD sobre el asunto conlleva la imposibilidad de recuperar los costos de facturación.

b) Si operó la caducidad de la facultad sancionatoría de la administración regulada en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo puesto que, según la parte actora, desde la ocurrencia de las conductas censuradas y del momento en que tuvo conocimiento la parte demandada de los hechos, los que deben ser considerados como únicos e instantáneos, hasta el momento en que se notificó la decisión que desató la vía gubernativa transcurrieron más de tres años.

c) Si la entidad demandada ordenó reintegrar unos montos a los suscriptores afectados con el supuesto indebido cobro del servicio público domiciliario de aseo, sin estar facultada para ello toda vez que, según la parte actora esa potestad le está dada únicamente al resolver el recurso de apelación promovido contra decisiones empresariales, además, prohibió la exigencia de cualquier soporte con el fin de verificar si a quien se le devuelve el dinero es el llamado a recibirlo, situación que permitiría el enriquecimiento sin justa causa de esas personas.

2. Análisis de los cargos de nulidad

3.1 Primer cargo: inexistencia del incumplimiento de las disposiciones legales lo cual es fundamento de la sanción

Al respecto la parte actora sostiene que se realizó una interpretación errónea de los artículos 9 de la Resolución CRA 351 de 2005, 2 de la Resolución CRA 294 de 2004, 3 y 148 de la Ley 142 de 1994 en cuanto a la tarifa aplicada a los usuarios del servicio público de aseo, en especial lo que tiene que ver con la

contabilización del factor *NFC* para poder calcular *CCSAJ*, esto es, el costo de comercialización ajustado puesto que según la parte actora la interpretación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre el asunto conlleva la imposibilidad de recuperar los costos de facturación.

Sobre este motivo de cesura debe precisarse lo siguiente:

1) El artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 vigente para la época hechos que dieron lugar a la actuación administrativa, fija el costo de comercialización por factura cobrada al suscriptor (CCS) del servicio de público domiciliario de aseo en los siguientes términos:

> *"**Artículo 9o. Costo de Comercialización por Factura Cobrada al Suscriptor, CCS. El costo de comercialización por suscriptor será, como máximo, de $668 (pesos de junio de 2004) mes.***
>
> ***El costo de comercialización por suscriptor podrá ajustarse a través de la siguiente fórmula cuando la facturación de una parte o la totalidad de los suscriptores de aseo no se realice conjuntamente con el servicio de acueducto:***
>
> ***CCSAJ = CCS* (2 - Nfc/N)***
>
> ***Donde: CCSAJ: Costo de comercialización ajustado.***
>
> ***Nfc: Número de suscriptores del prestador de aseo en su área de prestación de servicio con posibilidad de facturación conjunta, o efectivamente facturados, con personas prestadoras del servicio de acueducto en el suelo urbano: para el año base.***
>
> *N: Número de suscriptores del prestador del servicio de aseo en su área de servicio, para el año base.*
>
> ***Parágrafo.** La relación entre Nfc y N se encontrará siempre acotada en el intervalo [0,1]."* (destaca la Sala).

2) Como se expuso en los actos acusados la citada norma técnica emitida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) establece dos conceptos diferentes y fácilmente identificables, así:

a) En primer lugar, el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 indica que existe el CCS entendiéndose por este el costo comercial por suscriptor con una variable que es constante, esto significa que se trata de una variable que se refleja en la suma de $668 pesos de junio de 2004 valor reconocido por la

Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), la cual no puede ser modificada a no ser que sea nuevamente regulada.

b) En segundo término, la CRA por medio del mencionado artículo 9 indicó que puede *ajustarse* el valor del costo de comercialización por factura cobrada al suscriptor (CCS), sin embargo ese ajuste es calificado en tanto que debe cumplirse con una condición para el prestador del servicio público consistente en la aplicación de la fórmula determinada por el ente regulador mencionada a continuación cuando la empresa se encuentre en la siguiente circunstancia: *"la facturación de una parte o la totalidad de los suscriptores de aseo no se realice conjuntamente con el servicio de acueducto":*

La fórmula es la siguiente: **CCS_{AJ} = CCS* (2 - Nfc/N).**

3) La citada fórmula al aplicarse puede, dependiendo de los usuarios que se ubiquen en cada una de las variables tanto N como N_{FC}, superar el valor de CCS consistente en $668 pesos de junio de 2004, es decir que se puede ajustar ese valor o este puede ser superior cuando la facturación de una parte o la totalidad de los suscriptores del servicio aseo no se realice conjuntamente con el servicio de acueducto aplicando la fórmula CCS_{AJ} = CCS* (2 - Nfc/N).

4) En este caso concreto conforme a las pruebas aportadas por la Directora Técnica de Gestión de Aseo con el memorando SSPD no. 20094310081153 del 25 de septiembre de 2009 y en la comunicación SSPD no. 20084300152981 del 25 de marzo de 2008 se indicó lo siguiente: *"verificada la información de la empresa en la actualidad se encuentra facturando conjuntamente con el servicio de energía (EPSA S.A.)"* (fl. 71), es decir que la parte actora no estaba realizando la facturación del servicio de aseo conjuntamente con el servicio de acueducto por tanto podía ajustar el valor del costo de comercialización, es decir, la tarifa de aseo aplicando la fórmula CCS_{AJ} = CCS* (2 - Nfc/N) puesto que se encontraba en la condición que contiene el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005, huelga decir, no facturaba de manera conjunta con el servicio de acueducto puesto que por decisión empresarial lo estaba haciendo con la Empresa de Energía del Pacífico SA ESP, hecho este que fue demostrado con

el contrato de prestación de servicios de 2 de agostó de 2007 que tiene con esa empresa (fl. 72 cdno. antecedentes).

5) Es preciso resaltar que el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 debe verse como una unidad en donde en el primer párrafo se define la variable constante del costo de comercialización por factura cobrada al suscriptor (CCS) que es de $668 pesos de junio de 2004, valor que resulta inmodificable y que reconoce la Comisión de Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico – CRA y, en el segundo párrafo se define el modo de determinar el costo de comercialización por factura pero ajustado (CCSAJ) poniendo para ello además de la fórmula una condición en la cual se encontraba la entidad demandante como se explicó.

6) Ahora bien, como se explicitó en los actos demandados, la fórmula CCSAJ = CCS* (2 - Nfc/N) la cual como se analizó podía aplicar la parte actora por cumplir con la condición contenida en el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 debe verse de la siguiente manera:

CCSAJ = CCS* (2 - Nfc/N), esto es:

Costo de comercialización Ajustado = Costo de Comercialización*

(2 - Suscriptores del prestador de aseo en su área de prestación del servicio **con posibilidad de facturación conjunta o efectivamente facturados** con personas prestadoras del servicio de acueducto.

Número de suscriptores del prestador del servicio de aseo en su área de servicio, para el año base)

El costo de comercialización ajustado (CCSAJ) es aquel que resulta de la aplicación de la fórmula antes transcrita cuando la facturación de una parte o la totalidad de los suscriptores de aseo no se realice conjuntamente con el servicio de acueducto, situación que fue evidente para la empresa demandante, a su turno, el costo de comercialización (CCS) es una variable constante que siempre tendrá por valor de $668 pesos de junio de 2004, por ello se denomina además valor techo, la cual se reconoce por norma y únicamente puede modificarse cuando otra norma así lo determine.

6) En relación con el factor (N_{FC}) entendido como los suscriptores de aseo en su área de prestación de servicio con posibilidad de facturación conjunta o efectivamente facturados con personas prestadoras del servicio de acueducto, debe decirse lo siguiente:

a) En los actos demandados a modo de ejemplo se expuso que si un prestador tiene un área de prestación determinada de la cual surgen mil (1000) usuarios como se muestra en el siguiente diagrama:

ÁREA DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ASEO CON 1000 USUARIOS

Dentro de esa misma área puede existir que solo 800 de los anteriores 1000 usuarios tengan la posibilidad de facturación conjunta con el servicio de acueducto o que efectivamente estén facturados, la diferencia de 200 usuarios es el resultante de aquellos que no tienen esa posibilidad que puede darse en casos tales como hay predios desocupados o predios en donde no llega el servicio de acueducto, y por lo tanto no es correcto contabilizarlos dentro del cálculo que debe hacer la empresa del ejemplo.

b) Conforme a lo anterior el diagrama quedaría así:

ÁREA DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ASEO CON 200 USUARIOS (No tienen el servicio o son predios desocupados)	ÁREA DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ASEO CON 800 USUARIOS (tienen la posibilidad de facturación conjunta o se factura efectivamente con el servicio de acueducto, en otras palabras existe una empresa prestadora de éste último servicio en la misma área con quien pueden facturar). Con este valor es que efectivamente puede completarse la fórmula prevista en el artículo 9º de la Resolución CRA 351 de 2005

c) Para el ejemplo propuesto el cálculo debe debería hacerse así:

$CCS_{AJ} = CCS^* (2 - Nfc/N)$.

$CCS_{AJ} = 668^* (2 - 800/1000)$.

$CCS_{AJ} = 668^* (2 - 0{,}8)$.

$CCS_{AJ} = 668^* 1{,}2$.

CCS_{AJ} =825,6.

Se puede concluir entonces que el valor CCS_{AJ} puede ser superior a $668 de junio de 2004 pues, lo que busca es compensar a la empresa respecto de los costos en los que puede incurrir en el proceso de facturación cuando lo hace de manera conjunta con el servicio de acueducto pero en ningún caso puede interpretarse la norma respecto del componente N_{FC} como lo hizo la empresa demandante en donde el valor que se puso correspondía a cero "0".

d) La parte actora entendiendo equivocadamente que el valor en el factor N_{FC} es cero "0" hizo el cálculo así teniendo en cuenta el ejemplo anterior:

CCS_{AJ} = CCS* (2 - Nfc/N).
CCS_{AJ} = 668* (2 - 0/1000).
CCS_{AJ} = 668* (2 – 0).
CCS_{AJ} = 668*2
CCS_{AJ} =1336.

7) Es claro entonces que la norma definió la situación en la que puede encontrarse una empresa y sobre ella hacer el cálculo correspondiente, en otros términos, si la empresa demandante no tenía facturados a sus suscriptores con una empresa de acueducto pues estaba con la Empresa de Energía del Pacífico SA ESP, su única alternativa para este caso concreto era calcular cuántos de sus suscriptores conforme a su catastro estaban ante la *posibilidad* de ser facturados de forma conjunta con el servicio de acueducto como lo dispone el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 al explicar el componente de la fórmula N_{FC}.

8) Si un prestador del servicio público de aseo se encuentra con todo su catastro de usuarios o parte de él facturado con una empresa de acueducto hay un número diferente de cero (0) que puede reemplazar en la fórmula a aplicar el componente NFC; ahora, si no están efectivamente facturados debe indicarse que se encuentra el prestador ante la circunstancia determinada en la norma y que corresponde a la *posibilidad* de facturar de forma conjunta, para lo cual debe evaluar su catastro y determinar a qué usuarios de su área de prestación de

340

servicio pueden facturar con una empresa de acueducto que opere en el mismo espacio.

9) Desde el año 2007 la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) atendió una consulta en la que estableció el alcance del artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 sobre la correcta aplicación del costo de comercialización ajustado (CCS_{AJ}) en los siguientes términos:

> *"En el Numeral 3.3.1.1. del estudio presentado,* "Costo de Comercialización por Factura Cobrada al Suscriptor - *CCS", se establece que el costo (668 $/mes-suscriptor) es ajustado con el argumento de que se tiene en cuenta el número de usuarios con facturación conjunta con otro servicio (diferente al servicio de acueducto?), por tanto en el cálculo del CCS_{AJ} se asume una valor de 0 para el parámetro N_{FC}. con lo cual el Costo de Comercialización Ajustado (CCS_{Aj}) resultante es de $1.336,00 (pesos de junio de 2.004).*
>
> ***Al respecto nos permitimos recordar que el parámetro N_{FC} se define en el Artículo 9 de la Resolución CRA N° 351 de 2.005, como el "Número de suscriptores del prestador de aseo en su área de prestación de servicio con posibilidad de facturación conjunta, o efectivamente facturados, con personas prestadoras del servicio de acueducto en el suelo urbano, para el año base".***
>
> ***El hecho de facturar con otro servicio público domiciliario diferente al de acueducto no excluye la posibilidad de facturación conjunta con éste último,*** *es decir, el ajuste reconocido en la metodología cubre el mayor costo en que se incurre solamente por aquellos suscriptores a quienes se les deba facturar directamente o con otro servicio público domiciliario, ya que no disponen del servicio de acueducto.* ***El parámetro N_{FC} hace referencia a los suscriptores del prestador de aseo que tienen la posibilidad de facturación conjunta con el servicio de acueducto, o que efectivamente la tienen, es decir, se refiere al catastro de usuarios del servicio de acueducto, a quienes se les presta el servicio de aseo y por lo tanto tienen la posibilidad de facturación conjunta.***
>
> ***Por lo anterior, debe rectificarse el criterio adoptado por la empresa, determinando exactamente el valor del parámetro N_{FC}. de acuerdo con el catastro de suscriptores del servicio de acueducto en el área de prestación del servicio de aseo, y en consecuencia, recalcular el valor del Costo de Comercialización Ajustado (CCS_{AJ})"*** (fl. 81 cdno. antecedentes – resalta la Sala).

La CRA señaló que el hecho de facturar el servicio de aseo con otro servicio público domiciliario diferente al de acueducto no excluye la posibilidad de

facturación conjunta con éste último, por consiguiente para establecer la tarifa de aseo en ese caso, esto es, el valor del costo de comercialización ajustado (CCS_{AJ}), se debe aplicar fórmula $CCS_{AJ} = CCS^* (2 - Nfc/N)$ en donde el parámetro N_{FC} hace referencia a los suscriptores del prestador de aseo que tienen la posibilidad de facturación conjunta con el servicio de acueducto, o que efectivamente la tienen, es decir, se refiere al catastro de usuarios del servicio de acueducto, a quienes se les presta el servicio de aseo y por lo tanto tienen la posibilidad de facturación conjunta.

10) En ese orden es claro que la variable ***"NFC**: número de suscriptores del prestador de aseo en su área de prestación de servicio con posibilidad de facturación conjunta, o efectivamente facturados, con personas prestadoras del servicio de acueducto en el suelo urbano; para el año base"* contenida en el artículo el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 no hace referencia tan solo a los usuarios efectivamente facturados sino, además, a aquellos con *posibilidad* de facturación conjunta con el servicio de acueducto, independientemente de que en la actualidad se facture o no con este servicio.

11) En este caso concreto la superintendencia tenía conocimiento que para varios de los usuarios del servicio de aseo de la parte actora existía la *posibilidad* de facturar de manera conjunta con las empresas de acueducto Aguas de Buga SA ESP, Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca SA ESP y Acuaviva SA ESP (fls. 95, 209 y 210 cdno. antecedentes) que prestaban ese servicio en el área de prestación del servicio de aseo, por tanto el factor N_{FC} no se podía reportar en cero "0" ya que necesariamente daba un valor diferente.

12) En este caso objeto de estudio la empresa demandante no tenía facturados a sus suscriptores con una empresa de acueducto ya que estaba facturando con la Empresa de Energía del Pacífico SA ESP por lo que su única alternativa era calcular cuántos de sus suscriptores conforme a su catastro estaban efectivamente ante la *posibilidad* de ser facturados de forma conjunta con el servicio de acueducto, como lo dispone el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 al explicar el componte de la fórmula N_{FC}.

341

Inclusive en la hipótesis de que el prestador se hubiese encontrado con todo su catastro de usuarios o parte de él facturado efectivamente con una empresa de acueducto -que no se presentó en este caso- hay un número diferente a cero "0" que puede remplazar en la fórmula a aplicar el componente NFC.

En ese marco en las dos hipótesis mencionadas por la norma antes explicadas en el factor NFC para establecer la tarifa de aseo en este caso concreto debía ser diferente a cero "0".

13) El artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 no define un criterio de prevalencia respecto de las dos hipótesis mencionadas en el numeral anterior para la aplicación del factor N_{FC} puesto que ello no es necesario ya que, su aplicabilidad dependerá de la situación en que se encuentre la empresa prestadora del servicio de aseo a quien se encuentran dirigidos sus efectos, reiterando que en este caso para la parte actora las hipótesis se perfilan como excluyentes, no alternas o facultativas puesto que al no tener efectivamente facturados a sus suscriptores con una empresa de acueducto, pues, como ya se analizó, estaba facturando con la Empresa de Energía del Pacífico SA ESP, su única opción para este caso era calcular cuántos de sus suscriptores conforme a su catastro estaban efectivamente ante la *posibilidad* de ser facturados de forma conjunta con el servicio de acueducto, aspecto este último que no fue observado, por lo que la imposición de la sanción se ajusta a derecho.

14) Así las cosas, pese que la parte actora conocía que si bien podía facturar con una empresa de servicio público diferente al de acueducto ello no excluía la posibilidad de facturación conjunta con este último por lo que aplicó de manera errónea un componente que alteró su cálculo en la metodología de costos y tarifas para el servicio de aseo, lo que demuestra la ocurrencia de la falta indilgada en los actos acusados que culminó con la imposición de la sanción.

15) La CRA para establecer el parámetro de cálculo acude al sentido u objetivo previsto en la norma regulatoria consistente en que los prestadores del servicio público domiciliario de aseo que no puedan facturar con el servicio de acueducto sino con prestadores de otros servicios o lo hagan directamente pueda serle reconocido un mayor costo de lo que esto representa por no tener las facilidades

propias del marco regulatorio de agua potable y saneamiento básico en cuanto a las reglas de facturación conjunta con el servicio de aseo, por ello es claro que este mayor valor que pueda resultar en el cálculo solo puede estar referido a estos usuarios que no es posible incluir en la facturación conjunta de acueducto al no estar en su catastro de usuarios, de suerte que el parámetro de cálculo del NFC únicamente puede corresponder a los usuarios del catastro del prestador de acueducto ya que, llegar a la conclusión pretendida por la parte actora en el sentido de que lo dispuesto en el artículo 9 de la Resolución 351 de 2005 consagra dos alternativas sería reconocer al prestador un mayor costo injustificado en su costo de comercialización a usuarios que pueden ser facturados a través del prestador de acueducto y que por ende no existiría causa alguna para cobrarles un costo mayor por una falta de gestión del prestador de aseo en incluirlo en la facturación conjunta de acueducto, lo cual resultaría inequitativo y ciertamente contraria al objetivo perseguido por la regulación.

16) En ese orden no es de recibo el argumento de que la parte actora cumplió adecuadamente con la aplicación del artículo 9 de la Resolución 351 de la CRA pues incurrió en un error en la interpretación en el significado de una variable de la fórmula matemática, situación que había sido aclarada por el ente regulador de forma oportuna y que por ende se trata de una indebida aplicación de la metodología tarifaria.

17) La parte actora tenía conocimiento de la Resolución 351 de 2005 proferida por la CRA desde el momento en el que esta entró en vigencia, esto es, el 16 de abril de 2006, como quiera que el artículo 42 de esa resolución dispuso que esta entraría en vigencia a partir del tercer mes de su publicación el en Diario Oficial, hecho este último que se produjo el 16 de enero de 2006 en el Diario Oficial No. 46.153 (fls. 91 y 92) y se hizo obligatoria a partir del mes de enero de 2007 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 *ibidem*, puesto que se dio un periodo de transición por un término máximo de 9 meses a partir de su entrada en vigencia para que los prestadores pudieran aplicar la metodología establecida en la Resolución CRA 151 de 2001 y en la Resolución CRA 233 de 2002, por lo que debía darle cabal cumplimiento y atendiendo su sentido sin lugar a interpretaciones que no eran necesarias por tanto se encuentra probada la falta

342

cometida, y en consecuencia debe recordarse el principio de derecho consistente que no puede alegar a su favor su propia culpa.

Como consta en la actuación administrativa (fls. 44 a 56 cdno. anexo no. 2 y cdno. anexo no. 1) el periodo en que se aplicó de manera incorrecta la fórmula de la tarifa de aseo por la parte actora en este caso concreto fue a partir de enero de 2007 y hasta el mes de mayo de 2008, fechas estas en las que ya se encontraba en vigencia y era obligatorio el cumplimiento Resolución CRA 351 de 2005 como se explicó precedentemente, por tanto no es de recibo el argumento de la parte actora que la sanción se hubiese impuesto con disposiciones jurídicas que no estaban vigentes.

18) La parte actora incumplió con su deber de efectuar el cálculo del costo de comercialización por factura cobrada al suscriptor ajustada conforme al artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 al establecer su componente N_{FC} en cero "0" cuando necesariamente daba un valor diferente, como ya se expuso.

19) Es claro entonces que la parte demandada no dio un alcance diferente a la norma que se señaló como vulnerada debido a que quien la quebrantó fue la parte actora al poner cero "0" en reemplazo del valor N_{FC} y que de ninguna manera podía ser ese valor para este caso, en tanto que la SSPD ya tenía conocimiento que para varios de sus usuarios existía la *posibilidad* de facturar de manera conjunta con las empresas de acueducto Aguas de Buga SA ESP, Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca SA ESP y Acuaviva SA ESP, así las cosas la superintendencia no incurrió en error de interpretación de las normas sino que fue la entidad demandante quien incurrió en error en la aplicación del componente dentro de la fórmula establecida en el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005.

20) Como bien se expuso en los actos demandados el cálculo erróneo de la fórmula de tarifa de aseo por la parte actora conllevó a un cobro indebido por vía de facturación que generó sobreprecios a cada uno de los usuarios de la empresa vulnerándose el artículo 148 de la Ley 142 de 1994 que preceptúa lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 148. REQUISITOS DE LAS FACTURAS.*** *Los requisitos formales de las facturas serán los que determinen las condiciones uniformes del contrato, pero contendrán, como mínimo, información suficiente para que el suscriptor o usuario pueda establecer con facilidad si la empresa se ciñó a la ley y al contrato al elaborarlas, cómo se determinaron y valoraron sus consumos, cómo se comparan éstos y su precio con los de períodos anteriores, y el plazo y modo en el que debe hacerse el pago.*
>
> *En los contratos se pactará la forma, tiempo, sitio y modo en los que la empresa hará conocer la factura a los suscriptores o usuarios, y el conocimiento se presumirá de derecho cuando la empresa cumpla lo estipulado. Corresponde a la empresa demostrar su cumplimiento. El suscriptor o usuario no estará obligado a cumplir las obligaciones que le cree la factura, sino después de conocerla.* ***No se cobrarán*** *servicios no prestados,* ***tarifas, ni conceptos diferentes a los previstos en las condiciones uniformes de los contratos, ni se podrá alterar la estructura tarifaria definida para cada servicio público domiciliario.****"* (resalta la Sala).

Como lo expuso la superintendencia el mal cálculo en la fórmula tarifaria de aseo arrojó que el cobro del servicio fuera más alto de lo que debió ser, incumpliéndose con la citada norma.

21) Por lo anotado este cargo no tiene vocación de prosperidad.

3.2 Segundo cargo: caducidad de la facultad sancionatoria administrativa de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Sobre este específico punto advierte la Sala que la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 5 de diciembre de 2019 al resolver el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dictado en este asunto y concretamente al referirse a este cargo determinó y decidió con fuerza jurídica vinculante que en este caso concreto no operó la caducidad de la potestad sancionatoria regulada en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

Concretamente el Consejo de Estado al pronunciarse respecto de este preciso punto manifestó lo siguiente:

> *"(...).*
>
> *8.6.1. En efecto, uno de los puntos objeto de discusión lo fue el de determinar si la conducta desplegada por Bugaseo y que fue objeto de reparos por la SSPD era instantánea (como lo aduce la ESP) o continuada (como lo asevera la demandada); es decir, corresponde*

definir primeramente si el cobro que realizó una empresa de servicios públicos de aseo a sus suscriptores en un periodo determinado y supuestamente utilizando una metodología ajena al alcance de las normas que regulan la materia, corresponde a una conducta de ejecución instantánea.

Revisados los antecedentes administrativos, lo que encuentra la Sala es que la investigación sancionatoria tuvo lugar al haberse constatado que desde enero de 2007 hasta el 1 de junio de 2008, la accionante venía facturando el servicio público de aseo que prestaba en varios municipios del Departamento del Valle del Cauca, al amparo de una metodología para el cálculo de la tarifa que desconocía, en el criterio de la Superintendencia, las normas que regulaban ese preciso tópico.

A tal conclusión se llega luego de revisados los antecedentes administrativos, específicamente el pliego de cargos y el acto que resolvió el recurso de reposición en vía gubernativa; (...).

Tales periodos de tiempo son además aceptados por las partes en sus intervenciones, pues la SSPD alude a ello en su escrito de contestación y el Tribunal así lo verificó, sin que la parte actora haya manifestado disentimiento al respecto.

En tal escenario, se halla demostrado que esa infracción se prolongó en el tiempo, lo que la enmarca en la segunda de las conductas posibles en el régimen sancionatorio administrativo; es decir, se trata de una conducta ilegal continuada en tanto que la facturación se expide permanentemente, habida cuenta de que constituye todo un proceso que comienza con la lectura del consumo de cada usuario de acuerdo con cada sector de los mismos, entre otros factores, hasta la expedición de dicho documento.

8.6.2. Siendo ello así, en lo que hace al análisis de si el ejercicio de la potestad sancionatoria se produjo en tiempo, lo que se observa es que, al tratarse de una infracción continuada, el término para entender procedente la imposición de la sanción debe comenzar a contabilizarse cuando Bugaseo cesó en la facturación del servicio público de aseo reprochada por la SSPD, es decir, desde el 1° de junio de 2008.

Definido así el primer extremo del término para el ejercicio de la potestad sancionatoria, debe ahora precisarse si la misma fue ejercida en tiempo, es decir, dentro de los tres (3) años previstos en el orden jurídico para el efecto, esto es, si lo efectuó antes del 1° de junio de 2011.

Consta en el acervo probatorio que la notificación de la Resolución No. 20114400010805 del 3 de mayo de 2011, acto este que impuso la sanción a Bugaseo se produjo el 26 de mayo de 2011[2]*, lo cual permite concluir que el ejercicio de la facultad sancionadora se llevó a cabo cinco (5) días antes de que operara la caducidad, o lo que es lo mismo, se efectuó en tiempo, contrario a lo entendido por el Juzgador de Primera Instancia.*

---

[2] Folio 156 del Anexo número 1 (El edicto fue fijado el 13 de mayo de 2011 y desfijado el 26 de ese mismo mes y año).

8.6.3. Así las cosas, restaría por definir cuál fue el criterio utilizado por la SSPD para dosificar la sanción.

Para ello, es altamente útil aludir a lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, en el cual se discrimina el régimen sancionatorio vigente para el momento de expedición de las decisiones enjuiciadas, así:

(...).

Pues bien, del texto de los antecedentes administrativos se desprende que la Superintendencia consideró que los criterios a ponderar para fijar el valor de la multa serían la grave afectación de los derechos de los consumidores y usuarios ante el cobro indebido de una tarifa equivocada por la prestación del servicio público de aseo, la afectación de la calidad y continuidad en la prestación del servicio, el impacto que generó en la sociedad un actuar como el de la actora y la gravedad de la conducta, acogiendo así los criterios resaltados e, incluso, teniendo en cuenta las condiciones financieras de las Empresas de Servicios Públicos que prestaban el respectivo servicio en zonas azotadas por la ola invernal de la época, resultado de lo cual resolvió disminuir el valor de la multa a imponer. El siguiente aparte contenido en la Resolución No. 20114400010805 del 3 de mayo de 2011 ilustra lo dicho:

(...).

Bajo tales premisas, es claro que el criterio para tasar el valor de la sanción no lo fue el monto mensual de las tarifas que se estaban exigiendo a los suscriptores de Bugaseo, sino la gravedad de la conducta y su impacto en el conglomerado social, circunstancia que conduce a la Sala a desechar la posición que sobre el punto asumió la actora en primera instancia al pretender que el término para el ejercicio de la potestad sancionadora fuese medido de acuerdo a los meses en que incurrió en la conducta recriminada en los actos que se impugnan.

Revisado lo anterior, y concluido que se trata de una conducta de ejecución continuada, la Sala observa que la caducidad de la mencionada potestad no se configuró en el caso concreto, pues la SSPD expidió el acto que resolvió la investigación en el sentido de sancionar a la ESP, transcurridos dos (2) años y trescientos sesenta (360) días contados desde el 1 de junio de 2008, fecha en la cual cesó la actuación irregular consistente en haber utilizado una metodología ilegal para calcular la tarifa del servicio de aseo a sus suscriptores.

Así pues, es menester revocar la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al encontrar acreditado el reparo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pues se advirtió, conforme lo explicado, que la atribución con que cuenta la Administración de recriminar comportamientos ilegales se ejerció en los términos del artículo 38 del CCA." (fls. 146 vlto. a 151 vlto. cdno. de apelación – resalta la Sala).

394

De conformidad con lo expuesto esta Sala se releva del estudio del presente cargo dado que ya fue resuelto por el Consejo de Estado con ocasión de resolver el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia inicialmente proferido, decisión que hizo tránsito a cosa juzgada.

3.3 Tercer cargo: ilegalidad de la orden de devolución por prohibir, exigir documentos que acreditan quién es el titular de derecho

Sobre este punto la parte actora sostiene que la entidad demandada ordenó reintegrar unos montos a los suscriptores afectados con el supuesto indebido cobro del servicio público domiciliario de aseo sin estar facultada para ello toda vez que esa potestad le está dada únicamente al resolver el recurso de apelación promovido contra decisiones empresariales, además, prohibió la exigencia de cualquier soporte con el fin de verificar si a quien se le devuelve el dinero es el llamado a recibirlo, situación que permitiría el enriquecimiento sin justa causa de esas personas.

Este cargo no tiene vocación de prosperidad por lo siguiente:

1) El artículo 1 de la Resolución CRA 294 de 2004 vigente para la época hechos que dieron lugar a la actuación administrativa, respecto de la identificación de los cobros no autorizados preceptúa lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO 1. IDENTIFICACIÓN DE LOS COBROS NO AUTORIZADOS. Cuando los organismos de control o el prestador del servicio, de oficio o a petición del suscriptor o usuario encuentren que se han realizado cobros no autorizados, el prestador del servicio recalculará el valor cobrado, con el propósito de corregir el valor de la factura del servicio o ajustar la tarifa a la normatividad y regulación vigentes según sea el caso.***
>
> ***Los cobros no autorizados pueden tener su origen en** servicios no prestados, **tarifas que no corresponden a la regulación y cobros de conceptos no previstos en la ley** y en los contratos de condiciones uniformes.*
>
> *En el caso de cobros no autorizados motivados en la factura, el monto a devolver al suscriptor o usuario será la diferencia entre la factura cobrada y la factura correctamente liquidada, para el estrato o sector al que pertenece el suscriptor o usuario, junto con los intereses y los ajustes de subsidios y contribuciones a que haya lugar.*

> ***En el caso de cobros no autorizados motivados por errores en la aplicación de las tarifas, el monto a devolver al suscriptor o usuario será la diferencia que resulte de aplicar la estructura tarifaria ajustada a la normatividad y regulación, frente a la tarifa aplicada por el prestador, junto con los intereses y los ajustes de subsidios y contribuciones a que haya lugar durante el tiempo en que ocurrió el cobro no autorizado.***
>
> *La identificación de errores en la determinación de las tarifas no causará la suspensión de la facturación.*

De la citada norma se tiene, entre otros aspectos, lo siguiente: *a*) cuando los *organismos de control* o el prestador del servicio, *de oficio* o a petición del suscriptor o usuario encuentren que se han realizado cobros no autorizados, el prestador del servicio recalculará el valor cobrado, con el propósito de corregir el valor de la factura del servicio o ajustar la tarifa a la normatividad y regulación vigentes según sea el caso; *b*) los cobros no autorizados pueden tener su origen en servicios no prestados, *tarifas que no corresponden a la regulación* y cobros de conceptos no previstos en la ley y, *c*) en el caso de cobros no autorizados motivados por errores en la aplicación de las tarifas, el monto a devolver al suscriptor o usuario será la diferencia que resulte de aplicar la estructura tarifaria ajustada a la normatividad y regulación, frente a la tarifa aplicada por el prestador, junto con los intereses y los ajustes de subsidios y contribuciones a que haya lugar durante el tiempo en que ocurrió el cobro no autorizado.

2) A su turno el artículo 2 de la Resolución CRA 294 de 2004 regula la *forma y plazo* para la realización de la devolución de los cobros no autorizados en los siguientes términos:

> ***"ARTÍCULO 2. FORMA Y PLAZO PARA LA REALIZACIÓN DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS COBROS NO AUTORIZADOS. En el evento de encontrarse que se ha efectuado un cobro no autorizado, de existir pago por parte del suscriptor o usuario cuya causa sea tal cobro, el prestador deberá abonar a la siguiente factura del servicio público que se trate, el monto a devolver al usuario o suscriptor, obtenido en los términos del artículo 1o de la presente resolución.***
>
> ***En el evento en que el monto a devolver sea superior al que debiera cobrarse en la siguiente factura, el prestador abonará el remanente en la próxima factura y así sucesivamente hasta cubrir la totalidad de dicho monto.***

395

> ***Igualmente, el prestador podrá pagar al suscriptor o usuario el monto adeudado en forma pura y simple, caso en el cual deberá informar de inmediato al usuario su voluntad de realizar el pago de esta forma.***
>
> *PARÁGRAFO. Cuando se haya producido la terminación del contrato de servicios públicos y exista un monto a devolver a un suscriptor o usuario, el prestador deberá pagar la totalidad de dicho monto a quien fuera suscriptor o usuario.*

De lo expuesto se tiene claramente que la norma contiene tres formas o procedimientos claros para hacer la devolución de los cobros no autorizados que pueden ser adoptadas por una empresa de servicios públicos domiciliarios: *a*) la primera, consistente en hacer abonos al suscriptor o usuario en la siguiente factura del servicio de aseo del valor que sea el resultado de hacer el recálculo en los términos el artículo 1 de la Resolución CRA 294 de 2004, *b*) si el monto a devolver es superior al monto a facturar al suscriptor o usuario para el periodo a cobrar, el prestador abonará el remanente en la siguiente factura y así hasta cubrir la totalidad de dicho monto y, *c*) hacer una devolución pura y simple y para ello deberá informar de inmediato a su suscriptor la voluntad de hacer el pago de esa forma.

3) En conclusión la empresa de servicios públicos es quien está obligada a hacer la devolución de las sumas de dinero cobradas sin autorización a los usuarios, por tanto deberá hacerlo en cualquiera de las formas expuestas.

4) En ese marco jurídico es inequívoco que las devoluciones deben hacerse a los usuarios que corresponda conforme al procedimiento antes señalado sin que se puedan hacer solicitudes adicionales pues el cobro de las tarifas obedece a una consecuencia apenas lógica del contrato de condiciones uniformes, esto es, que por tratarse de un contrato bilateral hay dos obligaciones, una por parte de la empresa, consistente en el suministro del servicio ofrecido y, la otra, a cargo del usuario o suscriptor que es pagar la tarifa correspondiente pero, en ella no pueden incorporarse elementos mal calculados como ocurrió para el caso que nos ocupa.

5) En este caso concreto es la parte actora quien conoce sus usuarios y el valor cobrado indebidamente a cada uno de ellos, por tanto es viable determinar el valor a devolver en cada caso y proceder en consecuencia para cuyo efecto, como lo expuso la superintendencia, debe valerse también de su catastro de usuarios para definir a quienes les corresponda la devolución.

6) La Resolución CRA 294 de 2004 determina a quién deben hacerse las devoluciones y el procedimiento a seguir, y en este caso concreto es la propia parte actora quien tiene claridad a quien facturó de manera errónea y será a esa factura y cuenta contrato a la cual corresponde, sobre la cual hará la devolución que para el caso corresponda de conformidad con la citada norma.

7) Por consiguiente no es de recibo el hecho de que la parte actora haya pedido mediante aviso de prensa como requisitos para la devolución que mediara una solicitud del suscriptor o usuario, y que además se exigieran requisitos tales como *"solicitud de devolución (si tramita un tercero debe adjuntarse autorización por escrito, Copias de las cuentas del servicio de aseo pagadas del inmueble al que se le facturó y exigir estar al día con el pago del servicio, "Copia del impuesto predial si es del caso o Copia del contrato de arrendamiento ciudadanía si es arrendatario si es el caso"* (fls. 126 y 17 cdno. anexo.) ya que, estas devoluciones no tienen origen a una reclamación de las previstas en los artículos 152 y siguientes de la Ley 142 de 1994 sino en una acción de vigilancia y control de la superintendencia adelantada de oficio, por lo que de conformidad con lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Resolución CRA 294 de 2004 las devoluciones deben hacerse a quien corresponda conforme al procedimiento dispuesto en esas normas sin que se puedan establecerse requisitos adicionales como lo pretende la parte actora.

8) La parte demandante reprocha que la entidad demandada ordenó reintegrar unos montos a los suscriptores afectados con el supuesto indebido cobro del servicio público domiciliario de aseo sin estar facultada para ello, toda vez que esa potestad le está dada únicamente al resolver el recurso de apelación promovido contra decisiones empresariales.

Este motivo de censura no es de recibo para la Sala por las siguientes razones:

396

a) El artículo 79 de la Ley 142 de 1994 define como funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios las siguientes:

> ***"29. Resolver los recursos de apelación que interpongan los usuarios conforme a lo establecido en el artículo 159 de la Ley 142 de 1994.***
>
> *(...).*
>
> ***31. Podrá ordenar en el acto administrativo que resuelva el recurso de apelación de que tratan los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994, la devolución de los dineros que una empresa de servicios públicos retenga sin justa causa a un usuario, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación de la decisión respectiva."*** (se resalta).

A su turno los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994 consagran lo siguiente:

> **"*ARTÍCULO 154. DE LOS RECURSOS. El recurso es un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato. Contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa proceden el recurso de reposición, y el de apelación en los casos en que expresamente lo consagre la ley.***
>
> *No son procedentes los recursos contra los actos de suspensión, terminación y corte, si con ellos se pretende discutir un acto de facturación que no fue objeto de recurso oportuno.*
>
> *El recurso de reposición contra los actos que resuelvan las reclamaciones por facturación debe interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de conocimiento de la decisión. En ningún caso, proceden reclamaciones contra facturas que tuviesen más de cinco (5) meses de haber sido expedidas por las empresas de servicios públicos.*
>
> *De los recursos de reposición y apelación contra los demás actos de la empresa que enumera el inciso primero de este artículo debe hacerse uso dentro de los cinco días siguientes a aquel en que la empresa ponga el acto en conocimiento del suscriptor o usuario, en la forma prevista en las condiciones uniformes del contrato.*
>
> *Estos recursos no requieren presentación personal ni intervención de abogado aunque se emplee un mandatario. Las empresas deberán disponer de formularios para facilitar la presentación de los recursos a los suscriptores o usuarios que deseen emplearlos. La apelación se presentará ante la superintendencia."*
>
> *(...).*

> ***ARTÍCULO 159. DE LA NOTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN SOBRE PETICIONES Y RECURSOS.*** *<Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La notificación de la decisión sobre un recurso o una petición se efectuará en la forma prevista por el Código Contencioso Administrativo.* ***El recurso de apelación sólo se puede interponer como subsidiario del de reposición ante el Gerente o el representante legal de la Empresa, quien deberá en tal caso remitir el expediente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Una vez presentado este recurso al mismo se le dará el trámite establecido en el Código Contencioso Administrativo.***
>
> *Si dentro del trámite de la apelación, la Superintendencia de Servicios Públicos estima necesario practicar pruebas o el recurrente las solicita, deberá informar por correo certificado a las partes, con la indicación de la fecha exacta en que vence el término probatorio, que no puede ser superior a treinta (30) días hábiles, prorrogables hasta por otro tanto.*
>
> ***PARÁGRAFO.*** *Una vez presentado en forma subsidiaria el recurso de apelación, las partes podrán sustentar y aportar pruebas a la Superintendencia para que sean tenidas en cuenta al momento de resolver en segunda instancia."* (se destaca).

De las citadas normas se tiene que el recurso de que trata el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 corresponde al de apelación al cual hacen referencia los artículos 154 y 159 *ibidem* y tiene ocurrencia cuando los suscriptores reclaman ante la empresa prestadora del servicio público con quien tienen contratada la prestación de un servicio público para que se devuelvan los dineros que la misma ha retenido sin justa causa; el recurso de apelación tiene también como propósito que la empresa de servicios públicos revise ciertas decisiones que afectan tanto la prestación del servicio como la ejecución del contrato pero referidos, como lo indican las normas, a la negativa del contrato, suspensión, corte y facturación y previo el agotamiento del recurso de reposición.

Por lo anterior cuando la superintendencia del ramo en ejercicio de sus atribuciones legales resuelve un recurso subsidiario de apelación que interpone un usuario contra una decisión empresarial en el acto administrativo que lo resuelve se puede ordenar la devolución de los dineros que la empresa retenga sin justa causa.

347

c) Sin embargo las normas antes transcritas se refieren a una devolución distinta a la que establece la Resolución CRA 294 de 2004 ya que el artículo primero de este último cuerpo normativo otorga la facultad a la Superintendencia de Servicios de Públicos Domiciliario como organismo de control inspección y vigilancia para que de oficio adelante una actuación administrativa con el fin de determinar si se realizaron cobros no autorizados y, de ser el caso, ordenar ajustar la tarifa a la regulación vigente teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 2 *ibidem* que consagra las formas en que puede hacerse la devolución de los cobros no autorizados, al respecto la norma preceptúa lo siguiente: *"cuando los* ***organismos de control*** *o el prestador del servicio,* ***de oficio*** *o a petición del suscriptor o usuario* ***encuentren que se han realizado cobros no autorizados, el prestador del servicio recalculará el valor cobrado, con el propósito de corregir el valor de la factura del servicio o ajustar la tarifa a la normatividad y regulación vigentes según sea el caso.*** *(...)."* (se resalta).

d) No hay duda entonces que la entidad demandada sí estaba facultada por la ley para adelantar el procedimiento administrativo que culminó con los actos acusados, en donde se demostró que la parte actora realizó un mal cálculo en la fórmula tarifaria de aseo lo que produjo que el cobro del servicio fuera más alto de lo que debía ser para cada uno de sus usuarios, por lo que sí era jurídicamente procedente ordenar recalcular el valor cobrado para corregir el valor de la factura con el fin de realizar las devoluciones respectivas.

e) Es la Resolución CRA 294 de 2004 la que dispone que la superintendencia puede ordenar que se recalcule el valor cobrado derivado de una tarifa cuando haya un error en su cálculo y, a renglón seguido explica cómo debe proceder la empresa para dicha devolución y las modalidades para el efecto, norma que goza de presunción de legalidad en tanto que no ha sido anulada ni suspendida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo que de suyo supone su fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico y por lo tanto su carácter de obligatorio cumplimiento.

f) Igualmente debe ponerse de presente que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se encuentra en la obligación de hacer cumplir la ley y los

actos administrativos por parte de los prestadores sometidos a esta regulación e imponer las sanciones respectivas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 el cual dispone lo siguiente:

> ***"Artículo 79 Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos.*** *Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujeto de aplicación de la presente Ley, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia. Son funciones especiales de ésta las siguientes:*
>
> ***79.1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos Quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones,*** *siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad. (...)"* (resalta la Sala).

Por consiguiente no hay duda que la Resolución CRA 294 de 2004 contiene una obligación en cabeza de la parte actora, acto administrativo vigente para la época hechos que dieron lugar a la actuación administrativa y que le es exigible su cumplimiento por parte de la superintendencia en desarrollo de lo previsto en el numeral 79.1 de la Ley 142 de 1994, por lo que no existe discusión sobre el origen legal de la obligación de la entidad demandante así como de la competencia de la Superintendencia para exigir dicho cumplimiento e imponer las sanciones respectivas.

9) Es evidente que la legitimidad de la orden de devolución se encuentra debidamente sustentada como facultad de la parte demandada y que a su vez esta facultad tiene como finalidad la de impedir el enriquecimiento sin causa legal de la empresa prestadora quien de manera simultánea con el incumplimiento normativo debidamente comprobado enriqueció sus arcas sin poseer ningún título jurídico que así lo permitiera y/o legitimara al cobrar un mayor valor en la tarifa de aseo al legalmente permitido, aspecto este que quedó acreditado en la respectiva actuación administrativa.

Cabe resaltar sobre este punto que el artículo 831 del Código de Comercio preceptúa que nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

10) Por lo anotado este cargo no tiene vocación de prosperidad.

11) De otra parte, debe señalarse que por sustracción de materia la Sala se releva del estudio del dictamen pericial rendido por la auxiliar de la justicia Marco Fidel Rojas Cabrera y decretado a solicitud de la parte actora cuyo objeto consistió en determinar *"cuánto dinero se vio en la obligación de pagar Bugueña de Aseo SA ESP Bugaseo SA ESP en cumplimiento de los actos administrativos de los cuales se solicita su declaración de nulidad, concepto, fechas en las cuales se efectuaron dichos pagos, indicar la cuantía y la fecha en que se realizaron los pagos que son objeto de devoluciones, es decir el valor y la fecha en la que pagó el usuario o suscriptor los dineros que Bugaseo debió devolverle. El perito responderá cuánto dinero dejó de cobrar Bugueña de Aseo SA ESP Bugaseo SA ESP por cuanto de costo de comercialización ajustado de que trata el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 al haber aplicado la fórmula de que trata esta disposición de la manera exigida por la SSPD."* (fls. 29 y 30 cdno. ppal.), debido a que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y por tanto no hay lugar a estimar cálculo alguno de perjuicios solicitados por la demandante ni mucho menos a proferir condena alguna de restablecimiento sobre ese preciso punto.

3. Conclusión general

En tales condiciones, por no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos demandados se impone denegar las pretensiones de la demanda.

4. Condena en costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984) la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte actora por cuanto la conducta procesal de esta no está teñida de mala fe, dado que no es constitutiva de abuso del derecho ni puede calificarse como torticera, malintencionada ni maliciosa, presupuesto este indispensable para adoptar este tipo de decisión.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUB SECCIÓN B,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

F A L L A :

1º) Deniéganse las pretensiones de la demanda.

2º) Abstiénese de condenar en costas a la parte actora.

3º) Notifíquese esta providencia en los términos establecidos en el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984).

4º) Ejecutoriada esta providencia **archívese** el expediente previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE
Discutido y aprobado en sesión de Sala de la fecha. Acta No.

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado

MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado

ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
-SECCIÓN PRIMERA-

EDICTO

LA SECRETARIA DE LA SECCIÓN PRIMERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, POR MEDIO DEL PRESENTE EDICTO NOTIFICA A LAS PARTES, LA SENTENCIA DICTADA EN EL PROCESO QUE A CONTINUACIÓN SE DETERMINA:

NUMERO RADICACIÓN	**:**	**25000-23-24-000-2012-00295-01**
DEMANDANTE	**:**	**BUGUEÑA DE ASEO S.A.**
DEMANDADO	**:**	**SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS**
NATURALEZA	**:**	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
MAGISTRADO	**:**	**DR. FREDY IBARRA MARTÍNEZ**
FECHA DE LA SENTENCIA:		**DOCE (12) DE MARZO DE DOS MIL VEINTE (2020)**

CONSTANCIA DE FIJACIÓN:

Se fija en un lugar público de la Secretaria, por el término legal de **TRES (3)** días, hoy **DIECISIETE (17) DE MARZO DE DOS MIL VEINTE (2020)**, a las ocho de la mañana (8:00 A.M.)

SONIA MILENA TORRES DÍAZ
Secretaría Sección Primera

CONSTANCIA DE DESFIJACION:

Luego de haber permanecido fijado por el término legal, se desfija el presente edicto hoy **DIECINUEVE (19) DE MARZO DE DOS MIL VEINTE (2020),** a las cinco de la tarde (5:00 p.m.)

SONIA MILENA TORRES DÍAZ
Secretaría Sección Primera