



20241322029361

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20241322029361

Fecha: 07/06/2024

Página 1 de 33

DJ-F-005 V.9

Bogotá, D.C.

Señores

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**

**SECCIÓN CUARTA - SUB-SECCIÓN "A"**

**M.P. Dra. GLORIA ISABEL CÁCERES MARTÍNEZ**

<https://ventanillavirtual.consejodeestado.gov.co/>

[rmemorialesposec04tadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:rmemorialesposec04tadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co)

E.

S.

D.

Copia

[ccermeno@dlapipermb.com](mailto:ccermeno@dlapipermb.com)

[kmiranda@dlapipermb.com](mailto:kmiranda@dlapipermb.com)

**MEDIO DE CONTROL**

**ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**DEMANDANTE**

**TERMOTASAJERO DOS S.A. E.S.P.**

**DEMANDADO**

**SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

**RADICADO**

**25000233700020240002400<sup>1</sup>**

## I. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

**DARÍO FERNANDO PEDRAZA LÓPEZ**, mayor de edad, abogado titulado y en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía No. 74.183.748 y portador de la T.P. No. 125.057 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado y por tanto en representación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, conforme con el poder remitido al despacho, respetuosamente me dirijo a Usted con el objeto de dar contestación a la demanda de conformidad con el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo.

## II. OPORTUNIDAD

Que el despacho judicial mediante el correo electrónico del día 18 de marzo de 2024 **hora 5:25 pm.**, por fuera del horario laboral u hora judicial establecida para el despacho, en el que remitió el auto de fecha 20 de marzo de 2024 por medio del cual admite demanda y corre traslado para contestar una vez surtida la notificación.

<sup>1</sup> Radicado Demanda No. 20245290371512  
Expediente Virtual No. 2024132020300795E  
Ekogui 2532715

La Superservicios comprometida con el Sistema de Gestión Antisoborno los invita a conocer los lineamientos, directrices y el canal de denuncias en el siguiente link: <https://www.superservicios.gov.co/Atencion-y-servicios-a-la-ciudadania/peticiones-quejas-reclamos-sugerencias-denuncias-y-felicitaciones>

Para el presente trámite de notificación, es pertinente remitirnos a los artículos 106 y ii) el inciso 1º del artículo 118 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta que la remisión del correo electrónico se hizo por fuera de la hora hábil, de tal suerte que se trae a colación los siguientes artículos:

*“ARTÍCULO 106. ACTUACIÓN JUDICIAL. Las actuaciones, audiencias y diligencias judiciales se adelantarán en días y horas hábiles, sin perjuicio de los casos en que la ley o el juez dispongan realizarlos en horas inhábiles.*

*Las audiencias y diligencias iniciadas en hora hábil podrán continuarse en horas inhábiles sin necesidad de habilitación expresa.*

(...)

*ARTÍCULO 118. CÓMPUTO DE TÉRMINOS. El término que se conceda en audiencia a quienes estaban obligados a concurrir a ella correrá a partir de su otorgamiento. En caso contrario, correrá a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concedió”.*

De acuerdo con lo anterior, el mensaje electrónico remitido al correo institucional de la superintendencia se entiende recibido el día **19 de abril de 2024 a las 8:00 am**, teniendo en cuenta la hora judicial hábil.

De los precitados preceptos legales se colige, con diamantina claridad, lo siguiente:

Las diligencias judiciales, entre las cuales se encuentran la notificación de las providencias judiciales que profieren los Despachos Judiciales, deben adelantarse en días y horas hábiles.

Los términos que se conceden por fuera de audiencia correrán a partir del día siguiente al de su notificación.

Que la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, establece en el literal tercero del artículo 8, lo siguiente:

*“...La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a contarse cuándo el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje...”.*

Así mismo, La Honorable Corte Constitucional mediante sentencia SU-387 de 2022 estableció que los términos de la notificación electrónica señalados en el artículo 8º de la Ley 2213 de 2022 se hace extensivo a las acciones constitucionales.

*“...En el Auto 588 de 2022, la Sala Plena revisó la solicitud de nulidad de la sentencia T-447 de 2021. Para efectos del examen del requisito de oportunidad, la Corte aplicó el régimen de notificaciones personales dispuesto por el Decreto Legislativo 806 de 2020. En ese sentido, la Sala Plena tuvo por surtida la notificación “dos días después del envío del correo electrónico” (127). Para fundamentar lo anterior, la Corte citó el Auto 002 de 2022. En particular, reiteró que “la notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezaran a correr a partir del día siguiente al de la notificación...”.*

De conformidad con el artículo 205 de la Ley 2080 de 2022, la notificación de la providencia se entenderá realizada una vez transcurrido dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezaran a correr a partir al día siguiente al de la notificación.

En consecuencia, los dos días del envío del mensaje de correo electrónico transcurrieron entre los días 22 y 23 de abril de 2024 y el término para presentar contestación de la demanda inició el

día 24 de abril de 2024 y finalizaría el día 7 de mayo de 2024 conforme al artículo 175 de la Ley 1437 de 2011.

### III. EN CUANTO A LOS HECHOS

**PRIMERO:** Es cierto, sin embargo, por ser una transcripción del objeto social de la empresa, me atengo a lo que se pruebe dentro del proceso judicial.

**SEGUNDO:** Es cierto de conformidad con los antecedentes administrativos.

**TERCERO:** Es cierto de conformidad con los antecedentes administrativos.

**CUARTO:** Es cierto de conformidad con los antecedentes administrativos.

**QUINTO:** Es cierto de conformidad con los antecedentes administrativos.

**SEXTO:** Es cierto de conformidad con los antecedentes administrativos.

**SÉPTIMO:** Es cierto de conformidad con los antecedentes administrativos.

**OCTAVO:** No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

### IV. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, tanto principales como subsidiarias, por carecer de fundamento fáctico y jurídico. Demostraré en el curso del proceso que los actos administrativos acusados fueron expedidos con apego a la Constitución y la ley por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

La expedición de los actos acusados se observó, tanto el derecho al debido proceso, como el principio de legalidad, razón por la cual no hay lugar a la anulación de los actos, ni a la realización de una reliquidación por parte del Tribunal o la devolución de suma alguna.

### V. RAZONES DE LA DEFENSA

De antemano solicito se tengan como argumentos para sustentar la posición de esta Entidad, las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas en los actos administrativos demandados, las que soporto y complemento con los siguientes argumentos, atendiendo los planteamientos de la demanda:

Son objeto de defensa los siguientes actos Administrativos:

#### Liquidación Oficial de Contribución Especial 2023 Servicios de Energía

No. Acto administrativo	Fecha	Clase de Acto	Dependencia que lo profiere
20230000064476 <sup>2</sup>	5/9/2023	Liquidación de contribución especial 2023	Dirección Financiera SSPD
20235300775345	27/11/2023	Recurso de reposición	Dirección Financiera
20235000830585	14/12/2023	Recurso de apelación	Secretaría General

<sup>2</sup> Incluida dentro del expediente virtual de la SSPD 2023534130103947E.

Los cuales se encuentran ajustados a la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes, tal como se expone a continuación frente a los argumentos de la demanda.

### **CARGOS DE LA DEMANDA**

**PRIMER CARGO:** *“Nulidad por infracción de las normas en que deberían fundarse – Excepción de inconstitucionalidad. La contribución especial impuesta a VATIA es desproporcionada, irracional y confiscatoria.”*

### **SUSTENTO DE LA EXCEPCIÓN DE LEGALIDAD RESPECTO DE ESTE CARGO**

No es de recibo indicar que la liquidación de contribución especial liquidada para el año 2023 no tiene fundamento constitucional, olvida el actor que, el punto de partida especial para la liquidación de la contribución corresponde al artículo 85 de la Ley 142 de 1994, respetando el marco jurídico constitucional, toda vez que la norma, surtió en su momento el análisis de la Corte Constitucional y no se encontró que estuviera en contra de el marco superior,, sin embargo, no sobra recordar al actor, el marco normativo de ésta y que a continuación se expone.

Alega el actor que la norma legal que fundamenta el tributo no debe ser aplicable por considerar que esta violando una norma superior, no es definitivamente de recibo, toda vez que, si pretende atacar el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, lo debía hacer a través de otros mecanismos jurídicos y no se simple apreciaciones subjetivas e interpretativas del actor, nótese que en cada una de la demandas que instaura el actor en cada vigencia fiscal, pretende la inaplicación de éste marco normativo por diferentes causales, pero que, a lo largo de cada uno de los pronunciamientos jurisprudenciales, dejan la firmeza y validez de la norma y sus liquidaciones realizadas por las entidades de control, inspección y vigilancia.

Es claro de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 338 de la Constitución Política, y la jurisprudencia constitucional y administrativa la entidad demandada no podía ampliar de manera discrecional la base gravable, la cual debe fijarse teniendo en cuenta lo establecido por la Ley para tal fin y acudiendo siempre al principio de proporcionalidad.

Ahora, y solo con fines ilustrativos, debe indicarse que se considera que los tributos del artículo 85 son verdaderas contribuciones especiales pues: **(i)** Existe un beneficio directo para los sujetos pasivos derivado de los servicios de IVC que desarrolla la Superservicios, pues de esta manera se corrigen los comportamientos que pueden llevar a determinado sujeto pasivo a distorsionar el mercado por su incumplimiento de la regulación; **(ii)** La contribución genera externalidades positivas para los sujetos pasivos y para el mercado en general en la medida en que el servicio que se asocia a ella promueve comportamientos que permiten la prestación de los servicios públicos domiciliarios en condiciones de calidad, continuidad y eficiencia para el logro de los fines sociales del Estado; y **(iii)** El tributo se cobra para evitar el eventual desarrollo de posiciones que deriven en situaciones que afecten la competencia en el mercado.

En este sentido, se tiene que la contribución especial liquidada al prestador, se ajusta a la Constitución Política de Colombia, por disposición del mismo legislador, y dada la autorización que para el efecto consagra la misma Carta Superior, la Superservicios liquida la contribución especial bajo los parámetros previstos en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, que consagró a cargo de los prestadores de servicios públicos domiciliarios la obligación de pagar a la Superservicios, la Contribución Especial, con el propósito de que esta entidad recupere los costos en los que incurre por las actividades de vigilancia y control que desarrolla.

Así mismo, la Superservicios ha dado pleno cumplimiento a los principios de progresividad y equidad del sistema tributario, los cuales constituyen el marco general que guía la imposición de las cargas fiscales, a través de las cuales el Estado obtiene los recursos necesarios para la consecución de sus fines y para su funcionamiento, por lo cual se puede afirmar, sin asomo de duda, que no existe ninguna incompatibilidad entre la Resolución SSPD 20231000433895 del 03

de agosto de 2023, la contribución especial y los principios, valores y reglas de rango constitucional que las orientan.

En este punto es preciso reiterar, que la contribución impugnada desarrolló las reglas establecidas en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, disposición que señala lo necesario para su liquidación, siendo una de estas reglas, la de realizar la liquidación con base en los estados financieros del año inmediatamente anterior puestos a disposición de la Superservicios, lo que significa que al aplicarlas, la entidad puede determinar el valor a pagar por cada contribuyente, lo cual no hace que el tributo sea confiscatorio.

En este sentido, la prohibición de imponer impuestos confiscatorios se encuentra estrechamente relacionada con los principios de equidad y justicia recién analizados, como bien lo señaló la Corte Constitucional<sup>3</sup>, de la siguiente forma:

*“La prohibición de impuestos confiscatorios no se deriva empero de la proscripción de penas de confiscación (CP art. 34) sino de la protección constitucional a la propiedad y a la iniciativa probadas (CP arts. 58 y 333) y de los principios de justicia y equidad tributarias (CP arts. 95-9 y 363). Esto significa que no puede haber tributos que impliquen una verdadera expropiación de facto de la propiedad privada o de los beneficios de la iniciativa económica de los particulares. En otra oportunidad, la Corte sostuvo que un impuesto es confiscatorio ‘cuando la actividad económica del particular se destina exclusivamente al pago del mismo, de forma que no existe ganancia’.”*

En este sentido, para que un tributo sea considerado como confiscatorio, se requiere que su cobro extinga por completo la propiedad privada o los beneficios de la iniciativa privada.

Ahora, respecto de la contribución impugnada, la norma señala las reglas a tener en cuenta para su liquidación, y una de ellas, es que se debe realizar con base en los estados financieros del año inmediatamente anterior de los vigilados, y que han sido puestos a disposición de la entidad, lo que significa que la Superintendencia, al aplicar la tarifa determina el valor de la misma, con base en la información financiera certificada por el sujeto pasivo.

Reiterando que el tributo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, tiene por finalidad que la Superservicios recupere los costos de los servicios de inspección, vigilancia y control que presta.

Por lo anterior, la Superservicios procedió a efectuar la liquidación de las contribuciones, tomando solo los *“gastos de funcionamiento”*: Gastos de administración, menos exclusiones establecidas en la **Resolución SSPD 20231000433895 del 03 de agosto de 2023** e identificó la imposibilidad para la Entidad de recuperar los costos de inspección, vigilancia y control para su funcionamiento con la base gravable señalada, pues a todas luces el recaudo de la contribución especial es insuficiente para su funcionamiento.

Ante la ocurrencia de esta situación particular, esto es, la de haberse presentado un faltante presupuestal, la Superservicios procedió a dar aplicación estricta a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, teniendo en cuenta que éste permite, de manera excepcional, que la base gravable se engrose con otros rubros, siempre que la entidad acredite la existencia de un faltante presupuestal, situación está que fue ampliamente justificado en el estudio de la contribución 2023 y replicado en la Resolución SSPD 20231000433895 del 03 de agosto de 2023.

En efecto el párrafo mencionado señala:

*“Al fijar las contribuciones especiales se eliminarán, de los gastos de funcionamiento, los gastos operativos; en las empresas del sector eléctrico, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello; y en las empresas de otros sectores los gastos de naturaleza similar a éstos. **Estos rubros podrán ser adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir faltantes presupuestales de las comisiones y la superintendencia**”.* (Negrilla fuera de texto).

<sup>3</sup> Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y Ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o. de enero al 31 de diciembre de 2023” Sentencia C-249 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-24913.htm>

Respecto de la aplicación de este párrafo, el Consejo de Estado manifestó que el “...legislador previó la posibilidad de que existieran faltantes presupuestales, caso en el cual, se debe observar lo previsto en el párrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994...”<sup>4</sup>

En este sentido, el estudio destaca, entre otros, que para la aplicación del párrafo 2º en mención, se exigen tres condiciones: i) que exista un faltante presupuestal; ii) que los gastos operativos de los sectores de acueducto, alcantarillado y aseo, así como de gas se asimilen a los rubros de compras de electricidad, compras de combustibles y peajes del sector de energía y iii) que dichos rubros sean adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir el faltante presupuestal.

el presupuesto general de la Nación se formaliza a través de una ley expedida por el Congreso de la República o por un decreto del Gobierno en los eventos establecidos en los artículos 59 y 64 del mismo cuerpo normativo. Corresponde al Gobierno, además, expedir el decreto de liquidación del presupuesto general de la Nación, a través del cual se clasifican los ingresos y gastos, definiendo estos últimos, para todos los entes que hacen parte de la misma.

Por ende, el presupuesto anual de gastos de la Superservicios a ser recuperado vía contribución especial, es el indicado en la ley y decreto de liquidación correspondientes, que para la vigencia 2023, corresponde a Ley 2276 del 29 de noviembre de 2022 y al Decreto 2590 del 23 de diciembre de 2022, antes mencionados.

En ese sentido, la determinación de la base gravable se conforma por los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a inspección, vigilancia y control de la Superservicios y los gastos operativos a que alude el párrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994. Lo anterior, de acuerdo con la información financiera certificada por la entidad contribuyente en el Formato Complementario [900017] FC01-01 a FC01-07 “Gastos de Servicios Públicos.

La base gravable y la tarifa señaladas para liquidar la contribución especial correspondiente a la vigencia 2023, se conformaron de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 95 y 338 de la Constitución, toda vez que las mismas fueron establecidas de acuerdo con el presupuesto a recaudar y con una tarifa que se encuentra dentro del porcentaje establecido en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, denotando entonces que no se constituyó ilegítimamente el tributo o de manera desproporcional el tributo como lo refiere equívocamente el prestador.

**SEGUNDO CARGO “Nulidad por falsa motivación por error de derecho por errónea interpretación Incorrecta determinación de la base gravable de la Contribución Especial de la SSPD consagrada en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994. Violación del artículo 338 de la Constitución Política. Naturaleza y finalidades de las contribuciones especiales.”**

#### **SUSTENTO DE LA EXCEPCIÓN DE LEGALIDAD RESPECTO DE ESTE CARGO**

La política pública de regulación de los diferentes Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia, se implementa a luz de unos principios constitucionales sustentados en la razón simple de que el acceso masivo a los servicios básicos es un factor fundamental en el proceso económico y social de una región. Por tanto, la calidad de vida y los niveles de salud de la población como indicadores de la eficiencia y cobertura de los servicios públicos son realidades que **obligaron a dar un rango constitucional** al marco general de los Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia. De manera que en el Título XII “Del Régimen Económico y de la Hacienda Pública”, Capítulo 1 “De las Disposiciones Generales”, Artículos 333 y 334; y el Capítulo 5 “De la Finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos”, especialmente en los artículos 365 y 370, se institucionalizaron los principios rectores, los mecanismos de control y vigilancia, el régimen económico, **la asistencia estatal para algunos sectores de la población y el carácter finalista del Estado, en relación con los**

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 10 de septiembre de 2015, Expediente 21254. M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

**SSPD.** Por lo que se hace cita de la norma de manera textual pertinente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios:

“Artículo 334: La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. *Éste intervendrá, por mandato de la Ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.*

ARTICULO 365. *Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*

*Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.*

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

Los artículos y principios expuestos anteriormente plantean que los servicios públicos se encuentran regulado, vigilado y controlado por el Estado, evitando así un monopolio estatal. Sin embargo, en desarrollo de los preceptos constitucionales, por lo que se tiene las normas legales que a continuación se hace alusión.

Respecto a los **fundamentos de derecho**, que se traducen a la normativa legal aplicable se hace cita los siguientes:

- **LEY 142 de 1994**

EL artículo 85 la cual hace referencia a las contribuciones especiales, mediante el cual se resalta y se subraya los apartes aplicables.

“ARTÍCULO 85. *Contribuciones especiales. Reglamentado por el Decreto Nacional 707 de 1995. Con el fin de recuperar los costos del servicio de regulación que preste cada comisión, y los de control y vigilancia que preste el Superintendente, las entidades sometidas a su regulación, control y vigilancia, estarán sujetas a dos contribuciones, que se liquidarán y pagarán cada año conforme a las siguientes reglas:*

*85.1. Para definir los costos de los servicios que presten las Comisiones y la Superintendencia, se tendrán en cuenta todos los gastos de funcionamiento, y la depreciación, amortización u obsolescencia de sus activos, en el período anual respectivo.*

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

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

**85.3. Modificado parcialmente por el Artículo 132 de la Ley 812 de 2003.** *Si en algún momento las Comisiones o la Superintendencia tuvieren excedentes, deberán reembolsarlos*

a los contribuyentes, o abonarlos a las contribuciones del siguiente período, o transferirlos a la Nación, si las otras medidas no fueran posibles.

85.4. El cálculo de la suma a cargo de cada contribuyente, en cuanto a los costos de regulación, se hará teniendo en cuenta los costos de la comisión que regula el sector en el cual se desempeña; y el de los costos de vigilancia, atendiendo a los de la Superintendencia.

85.5. La liquidación y recaudo de las contribuciones correspondientes al servicio de regulación se efectuará por las comisiones respectivas y las correspondientes al servicio de inspección, control y vigilancia estarán a cargo de la Superintendencia.

85.6. Una vez en firme las liquidaciones deberán ser canceladas dentro del mes siguiente. Se aplicará el mismo régimen de sanción por mora aplicable al impuesto sobre la renta y complementarios, sin perjuicio de las demás sanciones de que trata esta Ley.

**PARÁGRAFO 1.** Las Comisiones y la Superintendencia se financiarán exclusivamente con las contribuciones a las que se refiere este artículo y con la venta de sus publicaciones. Sin embargo, el gobierno incluirá en el presupuesto de la Nación apropiaciones suficientes para el funcionamiento de las Comisiones y de la Superintendencia durante los dos primeros años.

**PARÁGRAFO 2.** Al fijar las contribuciones especiales se eliminarán, de los gastos de funcionamiento, los gastos operativos; en las empresas del sector eléctrico, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello; y en las empresas de otros sectores los gastos de naturaleza similar a éstos. Estos rubros podrán ser adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir faltantes presupuestales de las comisiones y la superintendencia. (Subrayas y en negrilla fuera de texto)

- **LEY 689 DE 2001**

La Ley 689 de 2001 modifica parcialmente la Ley 142 de 1994, y se establece en el artículo 13 modificando el artículo 79 de la precitada ley, las funciones de la Superintendencia.

**“Artículo 13. Modificase el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así:**

*“Artículo 79. Funciones de la Superintendencia. Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes:*

*“[...]*

**5. Definir por vía general las tarifas de las contribuciones a las que se refiere el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, liquidar y cobrar a cada contribuyente lo que le corresponda.** (Subrayas y en negrilla fuera de texto)

- **DECRETO 990 DE 2002**

Mediante el Decreto 990 del año 2002, se modificó la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por el cual en el Capítulo II, se estipula las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

**“ARTÍCULO 5º-Funciones de la superintendencia.** Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las hagan sujetos de aplicación de las leyes 142 y 143 de 1994, 689 de 2001 y demás leyes que las adicionen, modifiquen o sustituyan, estarán sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de ésta, las siguientes:

*“[...]*

**22. Definir por vía general las tarifas de las contribuciones que deban pagar las entidades sujetas a su inspección, control y vigilancia a las que se refiere el artículo 85 de la Ley 142 de 1994.**

*(...)*

**32. Definir por vía general, las tarifas de las contribuciones que deban pagar las entidades sujetas a su inspección, control y vigilancia en los términos del artículo 85 de la Ley 142 de 1994.** (Subrayas y en negrilla fuera de texto)

Teniendo definido la normativa aplicable, se tiene que mediante la **Resolución General No. SSPD - 20231000433895 del 3/08/2023**, siendo el acto administrativo por excelencia que desplegó las liquidaciones oficiales expedidas por la Superintendencia de Servicios Públicos cuyos actos se encuentran enmarcados dentro de la legalidad y el debido proceso según la facultad dada por la ley a mi representada.

La Resolución en mención estableció la tarifa para el año 2023 de la contribución especial de que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1995, a la cual se encuentran sujetos los prestadores de servicios públicos domiciliarios y/o quienes desarrollen las actividades complementarias a dichos servicios, definidas en las Leyes 142 y 143 de 1994.

Indicó la resolución:

*“Que no formaran parte de la base gravable de la contribución especial 2023 los siguientes conceptos incluidos en el Formato Complementario [900017] FC01-01 a FC01-07 “Gastos de Servicios Públicos”:*

EXCLUSIONES BASE GRAVABLE DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL 2021
<b>Impuestos, tasas y contribuciones</b> Impuesto a las ganancias corrientes Impuesto a las ganancias diferido
<b>Deterioro</b> <b>Depreciación</b> <b>Amortización</b> <b>Provisiones:</b> Litigios y Demandas Garantías Diversas
<b>Otros gastos:</b> Comisiones Financieros Ajuste por diferencia en cambio Perdidas por aplicación del método de participación Gastos diversos Donaciones
<b>Licencias, Contribuciones y Regalías:</b> Secretaría Distrital del Medio Ambiente Ley 56 de 1981 Medio Ambiente - Ley 99 de 1993 Regalías Licencia de operación del servicio FAZNI FAER Cuota de fomento de gas Comité de Estratificación – Ley 505 de 1999 Art. 25 – Ley 142 de Concesiones y permisos ambientales y sanitarios Otras licencias Ley 142 de 1994

Y finalmente describió que: *“Que la Superservicios realizó los análisis necesarios para establecer el monto de la tarifa y la base gravable de la contribución especial, correspondiente a la vigencia 2023, tomando como base la información financiera certificada por los prestadores, de la siguiente forma”*

*“1. BASE GRAVABLE GASTOS DE FUNCIONAMIENTO: De la información financiera anual certificada con corte a 31 de diciembre 2022, se extraen los Gastos de Funcionamiento: Gastos Administrativos (menos las exclusiones antes señaladas), los cuales arrojaron la suma de \$5,465,555,167,359. A dicha base se le aplica la tarifa máxima establecida en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, correspondiente al uno por ciento (1%), lo cual dio como resultado la suma de \$54,655,551,674.*

*Que tomando como base lo expuesto, el faltante presupuestal fue establecido por la entidad de la siguiente forma:*

*2. FALTANTE PRESUPUESTAL 2023: Se procedió a calcular la diferencia entre el presupuesto aprobado para la vigencia 2023, por concepto de contribución especial, esto es, DOSCIENTOS VEINTIOCHO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CATORCE MIL CUATROCIENTOS QUINCE PESOS M/CTE (\$228,496,414,415,00) y el valor obtenido al aplicar la tarifa máxima a la base gravable Gastos de Funcionamiento: Gastos Administrativos. menos exclusiones, por valor de \$54,655,551,674, lo cual dio como resultado la suma de \$173,840,862,741. Esto significa que, al ser mayor el valor del presupuesto aprobado que el valor obtenido al aplicar la tarifa máxima a la base gravable (Gastos de Funcionamiento: Gastos Administrativos, menos exclusiones), se concluye que existe un faltante presupuestal que debe ser*

cubierto, con el propósito de que la Superservicios pueda cumplir con las funciones presidenciales delegadas.

Que conforme con lo anterior, y de acuerdo con lo indicado en el parágrafo 2° del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, la Superservicios se encuentra facultada para adicionar a los gastos de funcionamiento, algunos gastos operativos, necesarios para cubrir el faltante presupuestal, como la norma mencionada lo indica:

“(…) Al fijar las contribuciones especiales se eliminarán, de los gastos de funcionamiento, los gastos operativos: en las empresas del sector eléctrico las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello; y en las empresas de otros sectores los gastos de naturaleza similar a estos. Estos rubros podrán ser adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir faltantes presupuestales de las comisiones y la superintendencia”.

Que, en virtud de lo anterior, la entidad realizó los estudios necesarios para determinar los conceptos que corresponden a los gastos operativos que menciona el parágrafo 2 del referido artículo 85, obteniendo los siguientes:

#### A. Para Energía Eléctrica, Gas Natural y Gas licuado de Petróleo:

ENERGÍA ELÉCTRICA	GAS NATURAL	GAS LICUADO DE PETRÓLEO
Gastos de administración (menos las exclusiones señaladas)	Gastos de administración (menos las exclusiones señaladas)	Gastos de administración (menos las exclusiones señaladas)
Compras en bloque y/o a largo plazo		
Compras en bolsa y/o a corto plazo		
Uso de líneas, redes y ductos	Uso de líneas, redes y ductos	Uso de líneas, redes y ductos
	Gastos operativos de distribución y/o comercialización de gas combustible por redes	Gastos operativos de distribución y/o comercialización de gas licuado de petróleo – GLP
Gas combustible	Gas combustible	Gas combustible
Carbón mineral		
ACPM y Fuel Oil		ACPM y Fuel Oil

#### B. Para Acueducto, Alcantarillado y Aseo:

ACUEDUCTO	ALCANTARILLADO	ASEO
Gastos de administración (menos las exclusiones señaladas)	Gastos de administración (menos las exclusiones señaladas)	Gastos de administración (menos las exclusiones señaladas)
Beneficios a empleados	Beneficios a empleados	Beneficios a empleados
Generales	Generales	Generales
Total de bienes y servicios públicos para la venta	Total de bienes y servicios públicos para la venta	Total de bienes y servicios públicos para la venta
Productos químicos	Productos químicos	Disposición final
Energía	Energía	Órdenes y contratos por otros servicios
ACPM y Fuel oil	ACPM y Fuel oil	ACPM y Fuel oil
Órdenes y contratos de mantenimiento y reparaciones	Órdenes y contratos de mantenimiento y reparaciones	Órdenes y contratos de mantenimiento y reparaciones
Materiales y otros gastos	Materiales y otros gastos	Materiales y otros gastos
Peajes de interconexión de acueducto	Peajes de interconexión de alcantarillado	

3. VALOR BASE GRAVABLE DE GASTOS OPERATIVOS NECESARIOS PARA CUBRIR FALTANTE PRESUPUESTAL: Teniendo en cuenta que el valor del faltante presupuestal es de \$173,840,862,741, según lo expuesto el numeral anterior, este valor debe ser recaudado acudiendo a los gastos operativos, sin que la tarifa exceda del uno por ciento (1%).

4. **PORCENTAJE NECESARIO PARA CUBRIR FALTANTE:** El porcentaje de Gastos Operativos, se calcula dividiendo el valor del faltante presupuestal \$173,840,862,741 sobre el valor total de la base gravable de Gastos Operativos del parágrafo 2° artículo 85 de la Ley 142 de 1994, el cual tiene un valor de \$50,367,042,911,614, dividido por el uno por ciento (1%), cuyo resultado fue del 34,52%, una vez determinadas aquellas a que refieren los parágrafos 2° y 3° del artículo 2° de la presente resolución, en los siguientes términos:

CONCEPTO	VALOR
1. BASE DE LIQUIDACIÓN GASTOS DE FUNCIONAMIENTO (menos exclusiones)	\$5.465.555.167.359
2. VALOR TARIFA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL (1%)	\$54.655.551.674
3. FALTANTE PRESUPUESTAL 2023	\$173.840.862.741
4. VALOR TOTAL DE LOS GASTOS OPERATIVOS	\$50.367.042.911.614
5. PORCENTAJE NECESARIO PARA CUBRIR FALTANTE	34,52%
6. BASE GRAVABLE DE GASTOS OPERATIVOS PARAGRAFO 2 ART. 85	\$7.384.086.274.141

Cuadro Resumen – Elaborado Grupo de Contribuciones.

Que, en virtud de lo anterior, el porcentaje necesario para cubrir el faltante presupuestal, es del 34,52% del total de gastos operativos.

[...]"

Lo anterior, denota que mi representada fundamentó debidamente el faltante presupuestal y en consecuencia la liquidación oficial de contribución especial aquí debatida se encuentra debidamente argumentada para la aplicación del parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

Por consiguiente, para la Resolución demandada **SSPD No 20230000064476 del 5 de septiembre de 2023** por medio de la cual liquidó la contribución especial para el servicio de Energía, el cálculo de la liquidación se tomó de conformidad con los siguientes valores:

Que una vez efectuada la revisión de la información financiera puesta a disposición de la entidad por las ESPD, la Dirección Financiera RESUELVE, 1. El valor a pagar por la contribución especial de la vigencia 2023 es:

LIQUIDACIÓN SSPD

CÁLCULO LIQUIDACIÓN ESPECIAL

Valores estados financieros certificados en SUI 2022

Concepto contable	ENERGIA
Total de Administración	1,228,078,000
Compras en Bolsa y/o Corto Plazo	63,601,591,131
Carbón Mineral	9,733,812,210
ACPM Fuel Oil	663,303,526
TOTAL BASE GRAVABLE	75,226,784,867
TARIFA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL	1.00 %
TOTAL POR CONTRIBUCIÓN ESPECIAL	752,268,000
VALOR PRIMER PAGO CONTRIBUCIÓN ESPECIAL	301,049,400
TOTAL A PAGAR POR CONTRIBUCIÓN ESPECIAL	451,218,600

Por lo tanto, no se desconoció la base de la liquidación para el servicio liquidado, teniendo en cuenta que se dio plena aplicación al parágrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, en el entendido que realizó los estudios correspondientes para determinar los conceptos que corresponden a los gastos operativos previsto en la norma aquí mencionada.

Es decir que, el fundamento o marco jurídico que estableció la contribución especial para la liquidación de la vigencia 2023, como las que ya se han liquidado al mismo actor, corresponde desde la norma constitucional hasta la norma general y especial que la liquida, pasado por norma

legales que determinan la forma y método utilizado para la liquidación, es por ello que este cargo, junto con los demás expuestos en la demanda no tienen vocación de prosperar.

Previo abordar el análisis del cargo alegado por el demandante, es necesario hacer precisión del concepto de falsa motivación según lo señalado por el **CONSEJO DE ESTADO** en sentencia de 30 de agosto del 2016. NR. 2085348. M.P. **HUGO BASTIDAS BARCENAS**, al indicar que:

*“Sobre la falsa motivación, la Sala ha precisado que constituye una causal de nulidad autónoma que se relaciona con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa, es decir que alude a los hechos del caso y a la prueba. De esa forma, para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: **o bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.** De acuerdo con lo anterior, la causal de nulidad invocada por las demandantes, en realidad, está referida a la violación de la ley, concretamente por la aplicación indebida de una norma. La violación de la ley por indebida aplicación de una norma ocurre cuando el precepto o preceptos jurídicos se hacen valer, se usan o se aplican, a pesar de no ser los pertinentes para proferir el acto administrativo. (...)*”

Teniéndose en cuenta el argumento que antecede, es necesario recordar la diferencia de las causales de nulidad de un acto administrativo cuando se configura en falsa motivación y falta de motivación, por lo que el Honorable **CONSEJO DE ESTADO - SECCION CUARTA** con **M.P.: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS**, mediante sentencia del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015) **Radicación número: 11001-03-15-000-2014-04126-00**, estableció la clara diferencia entre una causal y otra, con el siguiente argumento:

**“ACTO ADMINISTRATIVO - Motivación / EXPEDICION IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Falta de motivación / CAUSALES DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS - Falsa motivación / FALTA DE MOTIVACION - Diferencias respecto de la falsa motivación / ACTO ADMINISTRATIVO - No puede incurrir al tiempo en la causal de nulidad por falta de motivación y en la causal de nulidad por falsa motivación**

*El motivo del acto administrativo tiene que ver con los hechos que la administración tiene en cuenta para dictarlo. La exposición de esos motivos se conoce como motivación... la exigencia de que el acto administrativo sea motivado es un problema de forma del acto. Cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, por lo menos, en forma sumaria en el texto del acto administrativo, se está condicionando el modo de expedirse, esto es, la forma del acto administrativo... La falta de motivación, entonces, es el presupuesto o una de las causas que dan lugar a la nulidad por expedición irregular del acto administrativo, que no a la nulidad por falsa motivación, como suele entenderse equivocadamente. **Por lo tanto, para que la pretensión de nulidad de un acto administrativo por falsa motivación prospere, se debe demostrar (I) que los hechos que la administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no se probaron en la actuación administrativa o (II) que la administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si se hubiesen considerado habrían modificado sustancialmente la decisión.** En conclusión, mientras la falta de motivación implica la ausencia de motivo, **la falsa motivación parte del supuesto de que el acto administrativo sí se motivó, pero de manera falsa, engañosa o, simplemente, con fundamento en hechos no probados.** Por obvias razones, las dos causales de nulidad no pueden concurrir en un mismo acto administrativo, como erradamente lo estimó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E.” (Subrayado en negrilla fuera del texto)*

En jurisprudencia del Consejo de Estado - Sección Cuarta, C.P. Milton Chaves García, de fecha 26 de julio de 2017 Radicación número: 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326), hace referencia a la falsa motivación en el siguiente sentido:

**FALSA MOTIVACIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO – Alcance / FALTA DE MOTIVACIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO – Alcance** Sobre la falsa motivación, la Sección Cuarta ha precisado que esta "causal autónoma e independiente se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada

*falsa motivación, la Sala ha señalado que "es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente". Por su parte, en cuanto a la falta o ausencia de motivación, la Sección Cuarta ha señalado lo siguiente: "La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos. Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole, que determinen no sólo n la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario las razones de hecho y de derecho que: inspiraron la producción de los mismos. En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forme del acto administrativo, el modo de expedirse. Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en vicio de expedición irregular y, por ende, so configura la nulidad del acto administrativo. En efecto, la expresión de los motivos por los cuales se profiere un acto administrativo de carácter particular y concreto es indispensable, pues es a partir de los mismos que el administrado puede controvertir aquellos aspectos de hecho y de derecho que considera no pueden ser el soporte de la decisión, pero cuando se prescinde de la motivación se impide que el particular afectado con la decisión pueda ejercitar cabalmente su derecho de defensa y contradicción".*

Ahora bien, teniendo claro el concepto de cuando se configura la falsa motivación de un acto administrativo, es indispensable hacer referencia al principio de legalidad el cual es aplicable a toda actuación administrativa y judicial sin importar su índole, teniendo mayor razón, como en el caso bajo estudio, la aplicación de este principio a los actos administrativos proferidos por la SSPD. Siendo así, este principio de propio del derecho público, que tiene por objetivo garantizar la seguridad jurídica.

No es cierto que la entidad que represento no haya justificado debidamente los actos administrativos atacaos, pues en la narración de toda la demanda, la misma es contradictoria, al describir apartes de los actos administrativos motivados y posteriormente insistir en la argumentación en sede de la actuación administrativa.

Ahora bien, frente a los demás temas esgrimidos sobre el fundamento del acto administrativo general y particular, me permito referenciar la argumentación presentada en el capítulo anterior y complementaria con los siguientes apartes:

Que, para la aplicación del parágrafo 2º en mención, se exigen tres condiciones: i) que exista un faltante presupuestal; ii) que los gastos operativos de los sectores de acueducto, alcantarillado y aseo, así como de gas se asimilen a los rubros de compras de electricidad, compras de combustibles y peajes del sector de energía y iii) que dichos rubros sean adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir el faltante presupuestal. Veamos cómo fueron establecidas estas condiciones por parte de la Superservicios:

#### **(i) Que exista faltante presupuestal**

Del análisis antes expuesto, se evidencia sin lugar a dudas que el recaudo bajo los parámetros jurisprudenciales: "gastos de funcionamiento": Gastos de administración-menos exclusiones,, imposibilitan a la Superservicios recuperar los costos del servicio de control y vigilancia que presta por mandato constitucional conforme al artículo 370 de la Constitución Política de 1991 por delegación presidencial, y cumplir así con su misión de Garantizar que los servicios públicos domiciliarios se presten con calidad, eficiencia y sostenibilidad, para mejorar la vida de la ciudadanía.

Así, después de dicho análisis se determinó que existe justificación para acudir al uso del parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 por existir faltantes presupuestales, lo que nos lleva a interpretar lo siguiente:

ii) Que los gastos operativos de los sectores de acueducto, alcantarillado y aseo, así como de gas, se asimilen a los rubros de compras de electricidad, compras de combustibles y peajes del sector de energía.

Como de forma expresa lo señala el parágrafo 2 del artículo 85 referido, los gastos operativos que en el sector eléctrico, pueden ser adicionados cuando existan faltantes presupuestales, son los correspondientes a las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes y que en las empresas de otros sectores, (acueducto, alcantarillado, aseo y gas) se podrán adicionar los gastos de naturaleza similar a éstos rubros, en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir los faltantes presupuestales, la Superservicios entró a determinar cuáles eran los rubros o gastos de naturaleza similar a los indicados, así:

Para “las empresas de otros sectores”, se incluyeron en la base gravable “los gastos de naturaleza similar”. Para incluir estos “gastos de naturaleza similar” del total de gastos operativos certificados por los prestadores en el formato complementario se establecieron mesas de trabajo entre las distintas áreas de la SSPD en las cuales se desarrollaron análisis multidisciplinarios de carácter legal, contable, financiero y económico sectorial.

Punto este muy importante porque los sectores de acueducto, alcantarillado, aseo y gas, son muy diferentes del sector eléctrico, y quien mejor para identificar la “similitud” en estos conceptos a que refiere el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 que las áreas que trabajan y se relacionan directamente con estos sectores, como lo son:

Superintendencia Delegada para Energía y Gas Combustible, Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo y las Direcciones Técnicas de las Delegadas como son: Dirección Técnica de Acueducto y Alcantarillado Grandes.

Prestadores (DTGAAGP), Dirección Técnica de Gestión de Acueducto y Alcantarillado Pequeños Prestadores (DTGAAPP), Dirección Técnica de Gestión de Aseo (DTGA), Dirección Técnica de Gestión de Energía (DTGE) Dirección Técnica de Gestión de Gas Combustible (DTGC).

**Para el sector de Gas Natural y Gas licuado de Petróleo:**

<b>GAS NATURAL</b>	<b>GAS LICUADO DE PETRÓLEO</b>
Gastos de administración (menos las exclusiones señaladas)	Gastos de administración (menos las exclusiones señaladas)
Uso De Líneas, Redes y Ductos	Uso De Líneas, Redes y Ductos
Gastos operativos de Distribución y/o Comercialización de Gas Combustible por redes	Gastos operativos de Distribución y/o Comercialización de Gas Licuado de Petróleo –GLP
Gas Combustible	Gas Combustible
	ACPM y Fuel Oil

**Para el sector de Acueducto, Alcantarillado y Aseo:**

<b>ACUEDUCTO</b>	<b>ALCANTARILLADO</b>	<b>ASEO</b>
Gastos de administración (menos las exclusiones señaladas)	Gastos de administración (menos las exclusiones señaladas)	Gastos de administración (menos las exclusiones señaladas)
Beneficios a Empleados	Beneficios a Empleados	Beneficios a Empleados
Generales	Generales	Generales
Total de Bienes y Servicios Públicos para la venta	Total de Bienes y Servicios Públicos para la venta	Total de Bienes y Servicios Públicos para la venta
Productos Químicos	Productos químicos	Disposición Final
Energía	Energía	Órdenes y Contratos por Otros servicios
ACPM y Fuel Oil	ACPM y Fuel Oil	ACPM y Fuel Oil
Órdenes y Contratos de Mantenimiento y Reparaciones	Órdenes y Contratos de Mantenimiento y Reparaciones	Órdenes y Contratos de Mantenimiento y Reparaciones
Materiales y Otros gastos	Materiales y Otros gastos	Materiales y Otros gastos
Peajes de Interconexión de Acueducto	Peajes de Interconexión de Alcantarillado	

Efectivamente, para incluir los gastos de naturaleza similar, es indispensable tener claro que los gastos que componen cada una de las cadenas de valor de los servicios públicos domiciliarios

son diferentes entre los distintos sectores. No se puede entender la similitud en un sentido literal.

Se entiende que, dentro del conjunto de actividades necesarias para realizar la prestación del servicio de acueducto, alcantarillado, aseo y las consecuentes erogaciones que se causan en el proceso de implementación de estas, no sean literalmente las mismas que se causan en el servicio de energía eléctrica.

Esta similitud se establece en las erogaciones que por su naturaleza son determinantes para la prestación del servicio y sin las cuales, no pudiera llegar a prestarse con calidad en cumplimiento de los compromisos adquiridos con los usuarios.

En este contexto, es que los contratos de agua potable de suministro de agua en bloque pueden asemejarse a las erogaciones provenientes de los contratos de compras de energía a largo y/o corto plazo, entendidos como compras de electricidad.

Pero no solamente, pueden considerarse de naturaleza similar las compras del bien o servicio que se presta, en este caso la energía y el agua, sino también las compras, contratos y gastos necesarios para obtener, procesar y/o distribuir, comercializar o entregar el bien o el servicio que se presta, tales como el personal, los gastos generales, los contratos de mantenimiento y reparaciones, los materiales o los gastos de comercialización.

Las compras de combustible que en el sector eléctrico son gastos en los que incurren las empresas para la generación de energía, no tienen la misma finalidad en el sector AAA como se describe a continuación:

CONCEPTO PARÁGRAFO	SERVICIOS DE ASEO	SERVICIO DE ACUEDUCTO	SERVICIO DE ALCANTARILLADO
Compra de Combustible: Se utiliza el combustible para facilitar la prestación del servicio.	Consumo de Insumos Directos Acpm, Fuel Oil	Consumo de Insumos Directos Acpm, Fuel Oil, insumos químicos para potabilización, consumos de energía eléctrica	Consumo de Insumos Directos Acpm, Fuel Oil, insumos químicos para tratamiento, consumos de energía eléctrica en la prestación del servicio
	Las compras de combustible en el sector de aseo se efectúan mayoritariamente para el funcionamiento de los vehículos y la maquinaria especializada que se utiliza en las actividades de recolección de residuos, transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final: Compras de combustible para vehículos recolectores de residuos sólidos, que van desde el lugar de recolección y clasificación hasta su disposición final. Compras de combustible para maquinaria utilizada en el proceso de disposición final de los residuos y en el proceso de manejo de recursos aprovechables. Compras de combustible destinado para plantas de tratamiento de residuos y de lixiviados.	Costo de la energía eléctrica consumida para el servicio público domiciliario de acueducto, destinada a procesos operativos, producción y distribución.  Costos de insumos químicos utilizados en el proceso de potabilización.	Costo de la energía eléctrica consumida para el servicio público domiciliario de alcantarillado.  Costo de energía eléctrica empleada en procesos operativos de bombeo.  Costo de energía eléctrica usada en procesos operativos distintos al bombeo.  Costo de insumos químicos destinados al tratamiento de aguas residuales.

Es claro que, en sectores como acueducto y alcantarillado, los combustibles se utilizan para procesos de tratamiento de agua potable o agua residual, es decir, son gastos operativos de diferente uso comparados con el sector eléctrico, pero tienen en común que son esenciales en el proceso de prestación de cada servicio.

**iii) Que dichos rubros sean adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir el faltante presupuestal.**

Esta condición fue establecida como se citó, calculando la participación del valor de la base gravable de Gastos Operativos del parágrafo 2° necesaria para cubrir el faltante presupuestal obtenido, dentro del valor total de gastos operativos del parágrafo 2 y arrojó una participación que ascendió al 34,52% del total de gastos operativos.

Por lo anterior, existe justificación para que la SSPD haga uso del parágrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, y adicione para el cálculo de la base gravable, aquellos gastos operativos, asimilables a los señalados de forma expresa en dicha disposición, para los sectores

de acueducto, alcantarillado, aseo y gas, en la proporción de los recursos que eran necesarios para cubrir dicho faltante presupuestal, con el propósito de llegar al total del presupuesto aprobado para la vigencia y cumplir así con las funciones presidenciales delegadas a la entidad.

De otro lado, volviendo a la falta de motivación del acto administrativo, es pertinente indicar que, En este sentido, se tiene que la Contribución Especial nace del precepto legal consagrado en dicha norma: artículo 85 de la Ley 142 de 1994, según el cual, las entidades sometidas a la vigilancia, inspección y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, tienen la obligación legal de pagar una contribución especial a favor de la entidad con el propósito de que ésta recupere los costos en los que incurre, por la ejecución de tales actividades.

De igual forma, la norma en mención señala que la tarifa máxima de contribución, no puede ser superior al uno por ciento (1%) del valor de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación de la entidad contribuyente, correspondientes al año anterior a aquel en que se haga el cobro, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superservicios, siendo función de esta última, la definición por vía general de las tarifas de las contribuciones que deben pagar las entidades vigiladas, ya que así lo señalan los artículos 79 de la Ley 142 y 8° numeral 5° del Decreto 1369 de 2020.

Al estar concebida la Contribución Especial en la Ley 142 de 1994, es claro que para efectuar las liquidaciones oficiales correspondientes, solamente es necesario establecer de manera general la tarifa de la Contribución Especial para la correspondiente vigencia, tomando en cuenta para ello los conceptos de gastos de funcionamiento asociados a la prestación de los servicios sometidos a su vigilancia y control y aplicando los fundamentos jurídicos indicados por el Consejo de Estado para el efecto y la justificación del faltante presupuestal.

Así las cosas, lo cierto es que, al haber determinado esta entidad, por un lado, las erogaciones que constituyen gastos de funcionamiento y los conceptos a que refiere el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 cuando exista un faltante presupuestal, que sirven para conformar la base de liquidación y por otro, la tarifa aplicable al año 2023, estas actuaciones dan cuenta de la manera cómo aplicó la Superservicios la metodología para el cálculo de la contribución, permitiendo que la prestadora ejerciera dentro de las oportunidades legales respectivas su derecho de defensa.

En este mismo sentido, la Liquidación Oficial se encuentra ampliamente motivada y describe los conceptos que se excluyen, así como los que conforman la base gravable, la información financiera certificada por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios tomada para el efecto, la tarifa aplicada, la normativa aplicable, entre otros.

Finalmente, y no menos importante es hacer acotación de las siguientes sentencias que han realizado **precedente jurisprudencia** sobre el tema, así:

**- Sentencia 25000-23-27-000-2008-00132-01 del 6 de agosto de 2014**

En consonancia con la postura jurisprudencial expuesta, el Consejo de Estado adujo que, por regla general, la base gravable de la contribución especial a favor de la SSPD está conformada por los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a supervisión, lo que impide incluir los gastos operativos. Sin embargo, por excepción, cuando existan faltantes presupuestales, de acuerdo con el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, se puede conformar la base gravable, además de los gastos de funcionamiento de los prestadores sometidos a supervisión, con los gastos operativos en la proporción necesaria para cubrir tales faltantes.

**- Sentencia 11001-03-27-000-2017-00012-00 del 10 de mayo de 2018**

El Consejo de Estado precisó lo siguiente: (i) ante faltantes presupuestales, la SSPD podrá incluir los gastos operativos en la proporción necesaria para cubrir tales faltantes y (ii) la necesidad de demostrar el faltante presupuestal para pasar a liquidar sobre la “base extendida”, de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

La Corporación agregó que **“cuando la SSPD necesita cubrir faltantes presupuestales, la ley permite que los gastos operativos puedan ser adicionados a los gastos de funcionamiento, en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir el faltante presupuestal de la superintendencia.”** Y que **“(…) en la parte motiva de la citada resolución, arriba transcrita, puede leerse la explicación de cómo se determinó el faltante presupuestal en el estudio técnico,** explicación que confrontada con el estudio técnico allegado al expediente es coincidente.”

**- Sentencia 11001-03-27-000-2016-00016-01 del 10 de octubre de 2019**

El Consejo de Estado planteó que la base gravable de la contribución especial a favor de la SSPD “por regla general, está conformada por los gastos de funcionamiento asociados al servicio regulado, **destruyendo los gastos operativos,** y en el caso de las empresas de energía, **las compras de electricidad y las compras de combustibles y los peajes,** cuando hubiere lugar a ello, pero, **por excepción,** cuando existan faltantes presupuestales de la SSPD, se puede conformar con los gastos de funcionamiento y con la proporción necesaria para cubrir tales faltantes de los rubros por gastos operativos. En el caso de las empresas de energía se podrá tener en cuenta la compra de electricidad, la compra de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello”. (Resaltado propio)

**- Sentencia 11001-03-27-000-2019-00017-00 (24498) del 12 de noviembre del 2020**

El Consejo de Estado indicó que “la base gravable de la contribución especial está integrada por los gastos de funcionamiento asociados al servicio regulado, a los cuales se detrae los gastos operativos y, en el sector energético, las compras de energía. Sin embargo, en caso de existir faltantes presupuestales en la Superintendencia, la base del tributo podrá incluir los gastos operativos en la proporción necesaria para cubrir tales faltantes (…) La ampliación de la base gravable de la contribución especial con fundamento en el faltante presupuestal fue analizada por la Sala, con ocasión de otros procesos de nulidad y nulidad restablecimiento del derecho, contra los actos que fijaron la tarifa de contribución especial por las vigencias fiscales 2015 y 2016 (…)” (Subrayas propias)

Así, para el Consejo de Estado, la base gravable de la Contribución Especial contemplada en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 se conforma de la siguiente manera: (i) según la regla general: de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación, se excluyen los gastos operativos, compras en bloque y/o a largo plazo, compras en bolsa y/o a corto plazo, uso de líneas, redes y ductos, costo de distribución y/o comercialización de gas natural, gas combustible, carbón mineral, ACP, fuel y Oil y los peajes, cuando hubiere lugar a ello. (ii) conforme con la regla exceptiva, que surge cuando existe faltante presupuestal, la ley permite adicionar -a los gastos de funcionamiento- los gastos operativos en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir el faltante presupuestal de la SSPD.

La excepción prevista en la norma no faculta a la SSPD para que incluya cualquier costo o gasto en la base de liquidación de la contribución especial. La regla general y la excepción previstas por el legislador son concordantes con el fin mismo de la contribución especial, que es recuperar los costos de los servicios de control y vigilancia, y guarda armonía con el artículo 338 de la Constitución Política, que prevé que la tarifa es para la recuperación de costos de los servicios que presta la autoridad administrativa.

Además, la Corporación señaló que “el cambio o la ampliación del concepto de gasto en las normas de información financiera **no se traduce en el desuso del concepto de gasto de funcionamiento que establece la norma** para efectos fiscales desaparezca (sic) para el año en discusión, y por el contrario, al no ser un concepto considerado contablemente incluso en la

normas de información financiera, **se debe acoger la definición de gastos de funcionamiento desarrollada vía jurisprudencia para determinar la contribución** (Negrillas propias).

**- Sentencia 25000-23-37-000-2017-01819-01 del 12 de agosto de 2021**

El Consejo de Estado adujo, como reiteración jurisprudencial, que por regla general la base gravable de la contribución especial a favor de la SSPD se conforma con los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a vigilancia y control, detrayendo los gastos operativos. Sin embargo, por excepción, cuando existan faltantes presupuestales, la base gravable, además de conformarse con los gastos de funcionamiento, puede incluir los rubros por gastos operativos en la proporción necesaria para cubrir tales faltantes.

En la providencia judicial objeto de análisis se determinó que “en la Resolución 20171300096075 del 20 de junio de 2017 la SSPD ordenó la inclusión de los siguientes conceptos: “(...) Servicio Gas Natural - Gastos de administración (menos impuestos tasas y contribuciones) - Uso de líneas, redes y ductos - Costo de distribución y/o comercialización de GN o combustibles por redes - Gas combustible (...)”, frente a lo cual el órgano de cierre estableció que la SSPD atendió el mandato constitucional del artículo 338, en el entendido que fue la misma Ley 142 de 1994 la que estableció los elementos esenciales del gravamen, entre ellos, la base de imposición bajo dos supuestos, el primero, en que el presupuesto es solventado con los gastos de funcionamiento de los sujetos pasivos, el segundo, en una situación de excepción que se configura cuando el recaudo resulta insuficiente para sufragar el presupuesto de la entidad. (753006) y gas combustible (753702)”.

**Otros pronunciamientos relacionados con la aprobación del faltante presupuestal que ha determinado el alto tribunal.**

Para el asunto que nos ocupa en cuanto al estudio la contribución especial por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en cargo de la parte demandante, se tiene que el Honorable el Consejo de Estado en reiteradas jurisprudencias ha indicado varios aspectos los cuales fueron alegados por la accionante mediante su concepto de violación, los cuales no son congruentes con los supuestos fácticos y que por el contrario, las providencias que aquí se citan, desvirtúa el argumento de la demandante, por lo cual se procede en reseñar con los siguientes argumentos:

El sustento normativo citado por la parte demandante, por lo que supone una violación de los artículos 13, 29, 150-12, 209 y 338 de la Constitución Política, como consecuencia de la eventual vulneración del parágrafo 2° del artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

Por virtud de lo anterior, se necesitaría que existiera una relación inescindible entre las normas constitucionales citadas por la accionante y la norma legal por virtud de la cual la Superintendencia demandada fundó el acto general atacado; es decir una relación inseparable entre el fundamento legal y el precepto superior del cual emana.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado cuya doctrina, en torno a la nulidad del acto administrativo por violación indirecta de la Constitución, ha previsto que “...*la violación de la Carta se presenta en forma indirecta por transgresión de una norma legal o reglamentaria en virtud de la cual se haya desarrollado el precepto superior...*”<sup>5</sup>

Para el caso propuesto por la accionante, no existe una relación inescindible entre las normas constitucionales citadas por la demandante, artículos 13, 29, 150-12, 209 y 338 de la Constitución Política, y el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 (específicamente el parágrafo 2°), mediante el cual se establece la contribución especial, a cargo de los prestadores de los servicios públicos, tiene asidero constitucional en los artículos 150, numeral 12; 338, inciso 2; y 370 de la Carta, como a continuación se indica:

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 2009-00614, febrero 28 de 2013, Magistrado Ponente Dr. Guillermo Vargas Ayala, citada por Legis Editores, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Pág. 347.

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: ...

12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, **contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley**”.

“ARTICULO 338...La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y **contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten** o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos” (Se resalta).

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

El factor de competencia previsto para el legislador, por parte del artículo 338 Constitucional, transcrito, fue ejercido por este a través del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, cuyo tenor literal se reitera a continuación:

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

**85.1. Para definir los costos de los servicios que presten las Comisiones y la Superintendencia, se tendrán en cuenta todos los gastos de funcionamiento, y la depreciación, amortización u obsolescencia de sus activos, en el período anual respectivo.**

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

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

85.3. (Numeral modificado por el párrafo del artículo 132 de la Ley 812 de 2003) Si en algún momento las Comisiones o la Superintendencia **tuvieren excedentes, deberán transferirlos al Fondo Empresarial de que trata el presente artículo.** (Se refiere al Art. 132 de la Ley 812 de 2003<sup>6</sup>).

**85.4. El cálculo de la suma a cargo de cada contribuyente, en cuanto a los costos de regulación, se hará teniendo en cuenta los costos de la comisión que regula el sector en el cual se desempeña; y el de los costos de vigilancia, atendiendo a los de la Superintendencia.**

85.5. La liquidación y recaudo de las contribuciones correspondientes al servicio de regulación se efectuará por las comisiones respectivas y las correspondientes al servicio de inspección, control y vigilancia estarán a cargo de la Superintendencia.

<sup>6</sup> El artículo 132 de la Ley 812 de 2003 le dio facultades a la SSPD para constituir un fondo empresarial, como patrimonio autónomo, con el objeto, entre varios, de apoyar a las empresas que contribuyen al Fondo, en los procesos de liquidación ordenados por la misma Superintendencia; financiar las actividades profesionales requeridas para prestar apoyo económico, técnico y logístico de la Superintendencia para analizar y desarrollar los procesos de toma de posesión con fines de liquidación.

85.6. Una vez en firme las liquidaciones deberán ser canceladas dentro del mes siguiente. Se aplicará el mismo régimen de sanción por mora aplicable al impuesto sobre la renta y complementarios, sin perjuicio de las demás sanciones de que trata esta Ley.

**Parágrafo 1o.** Las Comisiones y la Superintendencia se financiarán exclusivamente con las contribuciones a las que se refiere este artículo y con la venta de sus publicaciones. Sin embargo, el gobierno incluirá en el presupuesto de la Nación apropiaciones suficientes para el funcionamiento de las Comisiones y de la Superintendencia durante los dos primeros años.

**Parágrafo 2o.** Al fijar las contribuciones especiales se eliminarán, de los gastos de funcionamiento, los gastos operativos; en las empresas del sector eléctrico, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello; y en las empresas de otros sectores los gastos de naturaleza similar a éstos. Estos rubros podrán ser adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir faltantes presupuestales de las comisiones y la superintendencia” (Se vuelve a resaltar).

De conformidad con lo anterior, si se quiere optar por el método de interpretación gramatical, como ha sido la tendencia de la Sección Cuarta a la que se dirige el presente escrito, se debe atender a la literalidad de todo el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 y no solamente a la de su parágrafo 2°. Atendiendo tal método de interpretación, se advierte el verdadero sentido de la disposición.

El criterio del Consejo de Estado, esbozado en distintos fallos<sup>7</sup>, conforme a los cuales no se puede integrar la base gravable de la contribución prevista en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, con las cuentas del grupo 75, costos de producción, porque el legislador restringió dicha base a los gastos de funcionamiento, que son aquellos que tienen una relación directa o indirecta, y necesaria e inescindible, con la prestación de los servicios sometidos a vigilancia, control e inspección de la SSPD.

Se tiene que el parágrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 prevé que, ante la existencia de un déficit de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se puede ampliar la base gravable a " ... los gastos operativos; en las empresas del sector eléctrico, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello; y en las empresas de otros sectores los gastos de naturaleza similar a estos ... ", normativa bajo el buen entender del Consejo de Estado, esbozada, entre varios, en auto del quince (15) de junio de 2017, radicación interna 22873, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, de la cual se permitió destacar:

**“...Excepción: Solo en Los casos de faltantes presupuestales de la SSPD, la base del tribu.to podrá conformarse con los gastos de funcionamiento, y con la proporción necesaria para cubrir tales faltantes, de los rubros por gastos operativos y, las compras de energía que hubieren realizado las empresas del sector energético en el respectivo año gravable.”**

El artículo 85 de la Ley 142 de 1994 El parágrafo en cuestión es del siguiente tenor:

**PARÁGRAFO 2.** Al fijar las contribuciones especiales se eliminarán, de los gastos de funcionamiento, los gastos operativos; en las empresas del sector eléctrico, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello; y en las empresas de otros sectores los gastos de naturaleza similar a éstos. **Estos rubros podrán ser adicionados** en la misma, proporción en que sean indispensable para cubrir faltantes, presupuestales de las Comisiones y la Superintendencia. (Se resalta).

Al respecto del criterio del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Cuarta, en torno a la aplicación del aludido parágrafo, el cual se expuso con ocasión del análisis de la legalidad de la Resolución General No. 20161300032675 del 22 de agosto de 2016.

<sup>7</sup> Entre varios fallos citó el del 23 de septiembre de 2010, expediente 16874, con ponencia de La Dra. María Teresa Briceño de Valencia.

Dicha Corporación manifestó<sup>8</sup>:

*"Sobre el alcance del párrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, se reitera lo dicho por la Sala en auto del 15 de junio de 2017<sup>9</sup>. En esa oportunidad precisó:*

*"2. 4. Para la Sala, la finalidad de la norma es que la contribución especial grave los gastos de funcionamiento cuando estos resulten suficientes para cubrir el presupuesto de la SSPD y, **en los casos de faltantes presupuestales, además recaiga sobre las compras de energía de las empresas del sector eléctrico, para cubrir en la proporción necesaria el costo del servicio de dicha entidad**" (Las negrillas son de la Corporación).*

**Entonces, cuando la SSPD necesita cubrir faltantes presupuestales, la ley permite que los gastos operativos puedan ser adicionados a los gastos de funcionamiento, en la misma proporción en que sea indispensables para cubrir el faltante presupuestal de la superintendencia...** "

En dicha sentencia, teniendo en cuenta que la Corporación se refirió expresamente a la decisión del 15 de junio de 2017<sup>10</sup>, referenciada a pie de página No. 6, vale la pena traerla a colación como sigue:

*"Esta contribución tiene por objeto la recuperación de los costos del servicio prestado por la SSPD, siendo esa entidad la facultada para definir por vía general las tarifas del tributo, así como su liquidación y cobro, conforme con los siguientes elementos de la obligación tributaria fijados en la ley<sup>11</sup>":*

*Sujeto activo: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.*

*Sujeto pasivo: entidades sometidas a la regulación de la SSPD.*

*Hecho generador: el servicio de control y vigilancia que presta la superintendencia a las vigiladas.*

***Base gravable y tarifa: Máximo el 1% del valor de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación. De la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en el que se haga el cobro (Art. 85.2 de la ley) ...***

***De tal manera que, la base gravable de la contribución especial está conformada con los gastos de funcionamiento de las entidades vigiladas que estén relacionados con el servicio sometido a regulación, detrayéndose de estos: los gastos operativos, y en el caso particular de las empresas del sector eléctrico como las demandantes, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello.***

***Pero, la ley contempló una excepción cuando la SSPD necesite cubrir faltantes presupuestales, en el sentido de permitir que esos rubros -gastos operativos, compras de energía, de combustibles y peajes se adicionen a la base gravable de la contribución especial.***

***A estos efectos, debe tenerse en cuenta que cuando la ley autoriza la inclusión de las compras de energía en la base gravable para cubrir los faltantes presupuestales, lo hace de manera general sin distinguir si se trata de un gasto o un costo. Por tanto, debe entenderse que refiere a todas las compras de energía que hubiere realizado las empresas de energía en el respectivo período gravable y, es sobre esas mismas, que debe determinarse la proporción necesaria para cubrir el faltante presupuestal.***

<sup>8</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta, proceso única instancia ND.11001032700020170001200, demandante Gestión Energética S.A., ponencia del Dr. Milton Chaves García, SENTENCIA del 10 de mayo de 2018, notificada el 21 de mayo ídem

<sup>9</sup> En la sentencia del 10 de mayo, el Consejo de Estado ratificó Providencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, del 15 de junio de 2017, notificada por estado el 23 ídem, Dr. Jorge Octavio Ramírez, proceso 110010327000201500065 00 (22873), por la cual se denegó la suspensión provisional

<sup>10</sup> Artículo 79.4 de la Ley 142 de 1994

<sup>11</sup> Inciso 1°, numeral 2 párrafo 2 del artículo 85 íbidem

**Todo lo anterior, se encuentra en concordancia con el fin mismo de la contribución especial, que es recuperar los costos de los servicios de control y vigilancia, y guarda armonía también con el artículo 338 de la Constitución Política, que prevé que la tarifa es para la recuperación de costos de los servicios que presta la autoridad administrativa.**

2.4. Para la Sala, la finalidad de la norma es que la contribución especial grave los gastos de funcionamiento cuando estos resulten suficientes para cubrir el presupuesto de la SSPD y, en los casos de faltantes presupuesta/es, además recaiga sobre las compras de energía de las empresas del sector eléctrico, para cubrir en la proporción necesaria el costo de servicio de dicha entidad'.

Ratificó el Consejo de Estado, en la decisión inicialmente comentada, es decir mediante sentencia del 10 de mayo de 2018, "... **Tratándose de empresas del sector eléctrico. la base gravable se conforma de la siguiente manera: (i) Según la regla general: De los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometido a regulación se excluyen los gastos operativos, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello. (ii) conforme a la regla exceptiva configurado el supuesto de hecho - el faltante presupuestal - la ley permite adicionar a esos rubros los gastos operativos en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir el faltante presupuestal de la superintendencia**" (Se resalta).

En conclusión, respecto del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, se debe apreciar su verdadero espíritu y finalidad, consistente en garantizar que una entidad como la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios cumpla con su **función Constitucional, delegataria del Presidente de la República, de ejercer el control, la inspección y vigilancia de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios** (Art. 370 C. P.).

Trayendo a colación nuevamente las decisiones del Consejo de Estado<sup>12</sup>, se refirió a la motivación del acto general, año 2016, específicamente el No. SSPD 20161300032675 del 22 de agosto de 2016, en torno a la **ACREDITACIÓN DEL FALTANTE PRESUPUESTAL** para ese año, manifestando que en dicho acto la entidad demandada había efectuado las siguientes consideraciones:

*"Que teniendo en cuenta que el presupuesto aprobado para la entidad por concepto de "teses, multas y contribuciones" para la vigencia 2016 es de \$104.530.664.817,00 y que una vez calculada la tarifa del 1 % sobre el Grupo 51 "Gastos de administración" menos 5120 "Impuestos, tasas y contribuciones", erogaciones que al amparo de las consideraciones de la sentencia referida constituyen "gastos de funcionamiento", en el marco del artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994, o los conceptos asimilables de acuerdo al marco normativo vigente, se calculó un recaudo de \$35.489.430.881,52 que representa el 33. 95% del valor total del presupuesto aprobado, constituyéndose así un presupuestal de \$69.041.233.935,49.*

*Que en el párrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 se establece por parte del legislador que fijar las contribuciones especiales se eliminarán, de los gastos de funcionamiento, los gastos operativos; en las empresas del sector eléctrico, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello; y en las empresas de otros sectores los gastos de naturaleza similar a éstos. Estos rubros podrán ser adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir faltantes presupuesta/es de las comisiones y la superintendencia".*

( ... )

*Que de acuerdo con lo anterior y con el fin de proyectar la tarifa para la liquidación de la contribución especial del año 2016 a cargo de las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, se tomó la información financiera reportada y el valor del presupuesto de ingresos por concepto de "tasas, multas y contribuciones" para el año 2016 correspondiente a \$104.530.664.817,00, aprobado por la Ley del presupuesto para la Superservicios.*

<sup>12</sup> Nos referimos a las enunciadas anteriormente, procesos de única instancia Nos. 11001032700020170001200, demandante Gestión Energética S.A., y 110010327000201600065 00 (22873)

Que para establecer la base gravable se tuvo en cuenta los conceptos o cuentas que corresponden a la definición de gastos de funcionamiento señalada por el Consejo de Estado Grupo 51 "Gastos de administración" menos 5120 "Impuestos, tasas y contribuciones" o los conceptos asimilables de acuerdo al marco normativo vigente, dando como resultado una base gravable por valor de \$3.548.943.088.151,50, la cual al aplicarle la tarifa del 1% (máxima permitida por la Ley 142 de 1994), se obtuvo un valor de contribución especial estimada de \$35.489.430.881.151,50; que representa el 33,95% del presupuesto aprobado para la entidad.

Que al restar el resultado obtenido de \$35.489.430.881.151,50 al valor aprobado por la Ley del presupuesto para la Superservicios (\$104.530.664.817,00), se constituye un faltante presupuesta/ de \$69.041.233.935,49, el cual es necesario cubrir con las cuentas contables establecidas en el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

Ahora, teniendo en cuenta el faltante presupuestal y la tarifa a aplicar del 1 %, se utilizó una regla de tres para calcular la base gravable de gastos operativos necesaria para cubrir dicho faltante, operación que arrojó un resultado de \$6.904. 123.393. 548, 50. Posteriormente, sobre el total de los gastos operativos, los cuales ascienden a \$27.681. 775.331.954,00, se calculó la proporción necesaria que debe ser incluida en la base gravable de liquidación para cubrir el faltante presupuesta/, cuyo resultado fue del 24,94% para los prestadores de servicios públicos sujetos a contribución especial.

( ... )

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO 1°. TARIFA PARA LIQUIDAR LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL.**

Fijar la tarifa de la contribución especial que deben pagar en el año 2016 a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios las entidades sometidas a su inspección, control y vigilancia, en el uno por ciento (1%) de los gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio de la entidad contribuyente y de los gastos operativos a que alude el parágrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia a través del Sistema Único de Información (SUI) a 31 de diciembre de 2015.

PARAGRAFO 1°. Para todos los efectos, se entenderán por "estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia" los reportados y certificados a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en el formato complementario FC 001 Formato Complementario - Costos y Gastos de servicios públicos y los reportados en el Plan de Contabilidad y del Sistema de Costos y Gastos, a través del Sistema Único de Información (SUI) por parte de los prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios, en los plazos establecidos en la Resolución SSPD No. 20121300003545 del 14 de febrero de 2012 y en la Resolución No. SSPD - 20161300019625 del 11 de julio de 2016, que modificó la Resolución SSPD 20161300013475 del 19 de mayo de 2016.

**ARTÍCULO 2°. BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE LA VIGENCIA 2016.** Las cuentas o conceptos que integrarán la base gravable de la Contribución Especial de la vigencia 2016, de acuerdo con el servicio prestado son:

Servicio de energía eléctrica:

NOMBRE
Gastos de administración (menos impuestos tasas y contribuciones)
Compras En Bloque y/o a Largo Plazo
Compras En Bolsa y/o a Corto Plazo
Uso De Líneas, Redes y Ductos
Gas Combustible
Carbón Mineral
ACPM, FUEL y OÍL

( .... )

PARÁGRAFO 1°. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, adicionará las cuentas o conceptos que corresponden al parágrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de

1994 en el 24,94%, proporción indispensable para cubrir el faltante presupuestal de la entidad, de acuerdo con lo establecido en la parte considerativa de la presente resolución".

Después del precitado análisis del Consejo de Estado, manifestó la Sala de lo Contencioso Administrativo lo siguiente:

**"De lo anterior, la Sala advierte que en el acto se exponen las razones que sustenta la decisión.**

En efecto, informa que para determinar la tarifa y la base gravable de la contribución para el año 2006 (sic) - 2016- tuvo en cuenta la partida presupuestal aprobada para la SSPD, la información financiera suministrada por los prestadores al SUI y los parámetros jurisprudenciales que definen gastos de funcionamiento los que arrojan los siguientes resultados: Partida presupuestal 2016

Partida presupuestal 2016	\$ 104. 530. 664. 817. 00
Contribución especial Base de liquidación Tarifa del 1% \$3. 548. 943. 088. 151. 50	\$ 35.489.430.881.52
Diferencia o faltante presupuestal Vigencia 2016	\$ 69.041.233.935.49

**Así, ante la existencia del faltante presupuestal para la vigencia 2016, la SSPD aplicó el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, que faculta a la entidad para incluir en la base gravable de la contribución especial a cargo de las empresas prestadoras de servicios públicos del sector eléctrico "los gastos operativos de Electricidad, las compras de combustibles los peajes", en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir el faltante presupuestal de la Superintendencia. (Resaltado por fuera del texto).**

Además, explicó que para calcular la base gravable de gastos operativos necesaria para cubrir dicho faltante, sobre el total de los gastos operativos, que ascienden a \$27. 681. 775. 954, o, se calculó la proporción necesaria que debe ser incluida en la base gravable de la liquidación para cubrir el faltante presupuestal, cuyo resultado fue del 24.94% para los prestadores de servicios públicos sujetos a contribución especial"

Ahora bien, en torno a la **ACREDITACIÓN DEL FALTANTE PRESUPUESTAL** para el año 2023, se trae a colación nuevamente las decisiones del Consejo de Estado<sup>13</sup>, las, cuales fueron expuestas para el acto general No. SSPD 20161300032675 del 22 de agosto de 2016 y 2017, y **COMO QUIERA QUE LA MOTIVACIÓN DE DICHO ACTO NO DIFIERE A LA DEL AÑO 2023**, se procede a trasladar los mismos fundamentos de la decisión judicial, pero ajustados a esta última resolución, así:

*"Que las apropiaciones presupuestales de la Superservicios para la vigencia fiscal 2017, fueron establecidas en la Ley 1815 del 7 de diciembre de 2016 y en el Decreto de liquidación del Presupuesto General de la Nación No. 2170 del 27 de diciembre de 2016, por ingresos corrientes "tasas, multas y contribuciones" en CIENTO DIEZ MIL CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$110.424.552.845,00), el cual debe ser cubierto con el recaudo de las contribuciones de que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1994.*

( ... )

*Que de acuerdo con lo anterior y con el fin de proyectar la tarifa para la liquidación de la contribución especial del año 2017, se tomó la información financiera reportada y certificada por las entidades sometidas a su inspección, vigilancia y control en el Sistema Único de*

<sup>13</sup> Se refiere a las ya enunciadas anteriormente, procesos de única instancia Nos. 1001032700020170001200, demandante Gestión Energética S.A.; 110010327000201600065 00 (22873), demandante Gestión Energética decisión junio 15 de 2017, ponencia del Dr. Jorge Octavio Ramírez; y No. 11001032700020160003100 (22481), demandante Generarco S.A.S y otros, ponencia del Dr. Milton Chaves García, esta última del 26 de septiembre de 2018,

*Información -SUI -, correspondiente al año 2016 y el valor del presupuesto por concepto de ingresos corrientes 'tasas, multas y contribuciones' para el año 2017, antes indicado.*

*Que para establecer la base gravable se tuvieron en cuenta los conceptos que corresponden a la definición de gastos de funcionamiento señalada por el Consejo de Estado "Gastos de administración" menos "Impuestos, tasas y contribuciones" o los conceptos asimilables de acuerdo al marco normativo vigente, dando como resultado una base gravable por valor de \$2.989. 846. 772. 171, 41, la cual al aplicarle la tarifa del 1 % (máxima permitida por la Ley 142 de 1994), se obtuvo un valor de contribución especial estimada de \$29.898.467. 721, 71; que representa el 27.08% del presupuesto aprobado para la entidad por ingresos corrientes.*

**Que al restar el resultado obtenido de \$ 29.898.467.721,71 al valor aprobado por Ley del presupuesto por concepto de ingresos corrientes para la Superservicios (\$110.424.552.845,00), se constituye un faltante. Presupuestal de \$80.526.085.123.29, el cual es necesario cubrir con los conceptos establecidos en el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994. (Se resalta)**

(...)

*Que teniendo en cuenta el faltante presupuesta/ y la tarifa a aplicar del 1 %, se utilizó una regla de tres para calcular la base gravable de gastos operativos necesaria para cubrir dicho faltante, operación que arrojó un resultado de \$8.052.608.512.328.59. Posteriormente, sobre el total de los gastos operativos, los cuales ascienden a \$28.643.516.664. 794,50, se calculó la proporción necesaria que debe ser incluida en la base gravable de liquidación para cubrir el faltante presupuesta/, cuyo resultado fue del 28, 11% para los prestadores de servicios públicos y actividades complementarias sujetas a contribución especial.*

(...)

#### **RESUELVE:**

**ARTÍCULO 1°. TARIFA PARA LIQUIDAR LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL.-** Fijar la tarifa de la contribución especial que deben pagar, en el año 2017, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios las entidades sometidas a su inspección, control y vigilancia, en el uno por ciento (1%) de los gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio de la entidad contribuyente y de los gastos operativos a que alude el parágrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia a través del Sistema Único de Información (SUI) a 31 de diciembre de 2016.

(...)

**ARTÍCULO 2°. BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE LA VIGENCIA 2017.** Los conceptos que integrarán la base gravable de la Contribución Especial de la vigencia 2017, de acuerdo con el servicio prestado son:

**Para Energía Eléctrica, Gas Natural y Gas licuado de Petróleo: (...)**

<b>GAS NATURAL</b>
<i>Uso De Líneas, Redes Ductos</i>
<b>Gastos operativos de Distribución y/o Comercialización de Gas</b>
<i>Gas Combustible</i>

**"PARÁGRAFO 1.** La Superintendencia adicionará las cuentas o conceptos que corresponden al parágrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 en el 28.11%, proporción indispensable para cubrir el faltante presupuestal de la entidad, de acuerdo con lo establecido en la parte considerativa de la presente resolución."

Aplicando el mismo análisis que efectuó el Consejo de Estado para el año 2016, pero trasladado para el 2017, resulta forzoso concluir que para este último año también la SSPD expuso las razones que sustentaron su decisión, así:

<b>Partida presupuestal 2017</b>	\$110.424.552.845,0 0
Contribución especial Base de liquidación \$2.989.846.772.171,41 Tarifa del 1%	\$ 29.898.467. 721, 71
<b>Diferencia faltante presupuestal Vigencia 2016</b>	\$ 80.526.085.123.29

En consecuencia, se llega a la misma conclusión del Consejo de Estado, pero trasladando la terminología al año 2017, así:

***“Así, ante la existencia del faltante presupuestal para la vigencia 2017, la SSPD aplicó el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, que facultad a la entidad para incluir en la base gravable de la contribución especial a cargo de las empresas prestadoras., de servicios públicos del sector eléctrico "los gastos operativos de electricidad, las compras de combustibles y los peajes", en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir el faltante presupuestal de la Superintendencia . (Resaltado por fuera del texto).***

*Además, explicó que para calcular la base gravable de gastos operativos necesaria para cubrir dicho faltante, sobre el total de los gastos operativos, que ascienden a \$29.898.467. 721, 71, se calculó la proporción necesaria que debe ser incluida en la base gravable de la liquidación para cubrir el faltante presupuestal, cuyo resultado fue del 28, 11% para los prestadores de servicios públicos sujetos a contribución especial.”*

**Lo anterior indica que, para circunstancias presupuestales idénticas, traducidas en un faltante presupuestal, para dos años distintos, 2016 y 2017, se les debe dar el mismo tratamiento, teniendo como suficiencia probatoria la propia motivación de cada uno de los actos generales, pues estos devienen de la presunción de constitucionalidad de las respectivas LEYES DEL PRESUPUESTO NACIONAL, a saber: Ley 1769 del 24 de noviembre de 2015 y Ley 1815 del 7 de diciembre de 2016. Además, como quedó ampliamente analizado, el Consejo de Estado esbozó con suficiencia las razones de legalidad con ocasión de la resolución general correspondiente al año gravables 2016, razón por la cual las conclusiones para el año 2017, 2018 y 2022 inclusive, no pueden ser diferentes.**

Por virtud de los **PRINCIPIOS DE IGUALDAD, SEGURIDAD JURÍDICA, CONFIANZA "LEGÍTIMA Y BUENA FE DEPOSITADA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**, los jueces están obligados a respetar el precedente judicial, amén de las similitudes fácticas y jurídicas que caracterizan el caso objeto de decisión. Por tanto, el juez de conocimiento se encuentra en la obligación de aplicar la Resolución general – 20231000433895 del 3/08/2023, cuya motivación no difiere en nada de la esbozada para al acto general correspondiente al año 2016 y 2017, referidas a la legalidad del acto y a la prueba del presupuesto fáctico para que opere la aplicación excepcional del parágrafo 2º del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, a saber, **EL FALTANTE PRESUPUESTAL.**

Es necesario recalcar que el Consejo de Estado, en las referidas decisiones relacionadas con la contribución del año 2016 y 2017, analizó el presupuesto fáctico en mención, estimando a la Superintendencia tenía la carga probatoria de acreditar el faltante presupuestal a través de la aportación del **" ... programa anual de caja y demás documentos que lo acreditaran ... "**

Para el Consejo de Estado la prueba echada de menos, tratándose del año 2016, está inmersa en la motivación del acto general correspondiente a dicho año. Así lo explicó, y se reitera:

***"De lo anterior, la Sala advierte que en el acto se exponen las razones que sustenta la decisión.***

*En efecto, informa que para determinar la tarifa y la base gravable de la contribución para el año 2006 (sic) - 2016 - tuvo en cuenta la partida presupuestal aprobada para la SSPD, la información financiera suministrada por los prestadores al SUI y los parámetros*

jurisprudenciales que definen gastos de funcionamiento los que arrojan los siguientes resultados:

<b>Partida presupuestal 2016</b>	<b>\$104.530.664.81 7.00</b>
Contribución especial Base de liquidación \$3. 548. 943. 088. 151. 50 <b>Tarifa del 1%</b>	<b>\$35.489.430.881.52</b>
<b>Diferencia o faltante presupuestal Vigencia 2016</b>	<b>\$ 69.041.233.935.49</b>

Así, ante la existencia del faltante presupuestal para la vigencia. 2016, la SSPD aplicó el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, que faculta a la entidad para incluir en la base gravable de la contribución especial a cargo de las empresas prestadoras de servicios públicos del sector eléctrico "los gastos operativos de electricidad, las compras de combustibles y los peajes", en la misma proporción en que, sean indispensables para cubrir el faltante presupuestal de la Superintendencia (Resaltado por fuera del texto).

Además, explicó que para calcular la base gravable de gastos operativos necesaria para cubrir dicho faltante, sobre el total de los gastos operativos, que ascienden a \$27.681.775.954,00, se calculó la proporción necesaria que debe ser incluida en la base gravable de la liquidación para cubrir el faltante presupuestal/, cuyo resultado fue del 24.94% para los prestadores de servicios públicos sujetos a contribución especial."

Se resalta que, el Consejo de Estado, mediante fallo de única instancia, proferido dentro del proceso No. 11001032700020160003100 (22481), demandante Generarco S.A.S y otros, ponencia del Dr. Milton Chaves García, del 26 de septiembre de 2018, avaló la legalidad del acto general 20151300019495, del 15 de julio de 2015, por el cual se fijó la tarifa de contribución especial para los prestadores de servicios públicos domiciliarios, año gravable 2015, por lo que adujo la Corporación que ésta ya se había pronunciado en torno a un caso similar, dentro del proceso de única instancia No. 11001032700020170001200, demandante Gestión Energética S.A., con ponencia del Dr. Milton Chaves García, Sentencia del 10 de mayo de 2018, que como se recordará correspondió al análisis del acto general del año 2016, y lo expuso en los siguientes términos:

"Que para establecer la base gravable se tuvieron en cuenta las erogaciones que corresponden a la definición de gastos de funcionamiento señalada por el Consejo de Estado - Grupo 51 "Gastos de administración" menos 5120 "Impuestos, tasas y contribuciones" o los conceptos asimilables de acuerdo al marco normativo vigente, dando como resultado una base gravable por valor de \$2.897.143.282.345,85 a la cual al aplicarle la tarifa del 1% (máxima permitida por/a Ley 142 de 1994), se obtuvo un valor de contribución especial estimada de \$28.971.432.823.,46; que representa el 31% del presupuesto aprobado para la entidad.

Que al restar el resultado obtenido de \$28.971.432.823.,46 al valor aprobado por la Ley del presupuesto para la Superservicios (\$94.309.800.000), se constituye un faltante presupuestal de \$65.338.367.176,54, el cual es necesario cubrir con las cuentas contables establecidas en el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

Que teniendo en cuenta el faltante presupuestal y la tarifa a aplicar del 1 %, se utilizó una regla de tres para calcular la base gravable de gastos operativos necesaria para cubrir dicho faltante, operación que arrojó un resultado de \$6.533. 836. 718.000. Posteriormente, sobre el total de los gastos operativos, los cuales ascienden a \$22.404.948.544. 721, se calculó la proporción necesaria que debe ser incluida en la base gravable de liquidación para cubrir el faltante presupuestal, cuyo resultado fue del 29, 16% para los prestadores de servicios públicos sujetos a contribución especial, una vez determinadas aquellas que no alcanzan el costo - beneficio.  
(...)

#### **RESUELVE:**

**ARTÍCULO 1°. TARIFA PARA LIQUIDAR LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL-** Fijar la tarifa de la contribución especial que deben pagar en el año 2015 a la Superintendencia de Servicios

*Públicos Domiciliarios las entidades sometidas a su inspección, control y vigilancia, en el uno por ciento (1%) de los gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio de la entidad contribuyente y de los gastos operativos a que alude el parágrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia a través del Sistema Único de Información (SUI) a 31 de diciembre de 2014.*

(...)

**ARTÍCULO 2º. BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE LA VIGENCIA 2015.** Las cuentas que integraran (sic) la base gravable de la Contribución Especial de la vigencia 2015, de acuerdo con el servicio prestado son:

CODIGO	NOMBRE
51	Gastos De Administración (menos 5120)
(...)	(...)
753001	Compras En Bloque y/o a Largo o Plazo
753002	Compras En Bolsa 1/0 a Corto Plazo
753005	Uso De Líneas, Redes 1 Duetos

*Agregó la Corporación que la SSPD " ... En efecto, informa que para determinar la tarifa y la base gravable de la contribución para el año 2015, tuvo en cuenta la partida presupuestal aprobada para la SSPD, la información financiera suministrada por los prestadores al SUI y funcionamiento los que los parámetros jurisprudenciales que arrojan los siguientes resultados: definen **gastos de funcionamiento** los que arrojan los siguientes resultados:*

<b>Partida presupuestal 2015</b>	<b>\$94.309.800.000</b>
Contribución especial Base de liquidación \$2.897.143.282. 345, 85 Tarifa del 1%	<b>\$28.971.432.823,46</b>
<b>Diferencia o faltante presupuestal Vigencia 2015</b>	<b>\$65.338.367.176,54</b>

*Así, ante la existencia del faltante presupuestal para la vigencia 2015, la SSPD aplicó el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, que faculta a la entidad para incluir en la base gravable de la contribución especial a cargo de las empresas prestadoras de servicio públicos del sector eléctrico "los gastos, operativos de Electricidad, las cámaras de combustibles y los peajes", en la misma proporción en que sean indispensables ,para cubrir e el faltante presupuestal de la Superintendencia." (Resaltado por fuera del texto).*

*Adujo también la Sala que la SSPD además "... explicó que para calcular la base gravable de gastos operativos necesaria para cubrir dicho faltante, sobre el total de los gastos operativos, que ascienden a \$22.404.948.544. 721 se calculó la proporción necesaria que debe ser incluida en la base gravable de liquidación para cubrir el faltante presupuestal, cuyo resultado fue el 29.16% para los prestadores de servicios públicos sujetos a contribución especial"*

En consecuencia, es necesario resaltar que se aplica el acto general correspondiente al año 2023, debido a que la metodología, y argumentación para la acreditación del **FALTANTE PRESUPUESTAL** son idénticos a los de los años 2015 y 2016.

La conclusión a la que arribó el Consejo de Estado no es casual, amén de que se debe tener en cuenta que, al igual que ocurrió para los años 2015 y 2016, el acto general que fijó la contribución especial a cargo de los prestadores estuvo precedido de Ley de Presupuesto General de la Nación, es decir la No. 1815 del 7 de diciembre de 2016, así como del Decreto 2170 del 27 de diciembre de 2016, los cuales previeron el presupuesto para la SSPD así:

0324 SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS		
A-INGRESOS CORRIENTES		\$ 110.424.552.845
B-RECURSOS	DE CAPITAL	\$ 15.473.800.000

El ordenamiento jurídico en cuestión, en cuanto a la regulación anual del gasto de cada una de las entidades que participan de su ejecución, para el caso la SSPD, está revestido del PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL GASTO, conforme al cual **"no hay gastos sin representación"**, exigiendo que *"... todo gasto cuente con un sustento democrático", lo que implica que "... no puede darse éste sin contar, entre otros requisitos, con la aprobación ... del Congreso. "Así como el principio de la legalidad del gasto puede ser visto como "la concreción en el campo fiscal del principio de legalidad de la actuación pública en general", también puede ser visto como la contrapartida del principio de legalidad de los tributos. De forma análoga a como todas las personas ejercen su ciudadanía y participan a través del sistema de representación democrática en la decisión sobre qué impuestos y en qué montos se han de pagar, participan en la decisión sobre qué gastos y en qué montos se han de hacer. En otras palabras, al grito de los revolucionarios estadounidenses 'no hay impuestos sin representación', se puede sumar su contrapartida: 'no ha gastos sin representación.'* (Se resalta).

**EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL GASTO** supone que se **"Deben respetar plenamente la cuantía destinación del gasto aprobadas por el Congreso y precisadas en decreto de liquidación..."** (Se resalta).

También supone que, mientras no exista un cuestionamiento sobre la distribución del gasto para cada una de las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación (PGN), como lo es la SSPD, y una decisión de la Corte Constitucional que declare su inexecutable total o parcial, permanece incólume la **PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD** que se le reconoce a toda ley, y la del Presupuesto Anual de la Nación no es la excepción.

Ahora bien, en cuanto a la **PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD**, se encuentra definido que el acto general del cual se derivó la liquidación oficial a cargo de la empresa demandante goza de presunción de legalidad, y que por tanto **NO CABE SU INAPLICACIÓN**, se analiza la legalidad de los actos particulares objeto de demanda. **Respecto la liquidación oficial No. SSPD No. 20230000064476 del 5 de septiembre de 2023**, objeto de análisis de legalidad en esta instancia.

La Resolución particular demanda **20230000064476 del 5 de septiembre de 2023**, que los gastos operativos que reportó la prestadora y que formó parte de la liquidación objeto de recurso fueron los conceptos de "Compras en Bloque y/o a Largo Plazo, Compras en Bolsa y/o a Corto Plazo", todo en virtud del parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, por acreditación de faltante presupuestal:

Que una vez efectuada la revisión de la información financiera puesta a disposición de la entidad por las ESPD, la Dirección Financiera RESUELVE, 1. El valor a pagar por la contribución especial de la vigencia 2023 es:

LIQUIDACIÓN SSPD

CÁLCULO LIQUIDACIÓN ESPECIAL

Valores estados financieros certificados en SUI 2022

Concepto contable	ENERGIA
Total de Administración	1,228,078,000
Compras en Bolsa y/o Corto Plazo	63,601,591,131
Carbón Mineral	9,733,812,210
ACPM Fuel Oil	663,303,526
TOTAL BASE GRAVABLE	75,226,784,867
TARIFA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL	1.00 %
TOTAL POR CONTRIBUCIÓN ESPECIAL	752,268,000
VALOR PRIMER PAGO CONTRIBUCIÓN ESPECIAL	301,049,400
TOTAL A PAGAR POR CONTRIBUCIÓN ESPECIAL	451,218,600

A juicio del Consejo de Estado, según las decisiones comentadas en este escrito, las que correspondan a gastos operativos, y se reflejan en el Grupo 75, que son rubros que hacen parte de la regla exceptiva, y que, por tanto, pueden ser incluidos en la base gravable.

Ahora bien, por virtud de la naturaleza de la empresa demandante, se aplica en su literalidad la misma disposición que se viene comentando, es decir el parágrafo 2º del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, en cuanto que previó la misma circunstancia exceptiva para “... **empresas de otros sectores...**”, **con ampliación a “...los gastos de naturaleza similar...**” a los allí descritos, como se indica a continuación en los apartes que se subrayan:

**PARÁGRAFO 2. Al fijar las contribuciones especiales se eliminarán, de los gastos de funcionamiento, los gastos operativos; en las empresas del sector eléctrico, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello; y en las empresas de otros sectores los gastos de naturaleza similar a éstos. Estos rubros podrán ser adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir faltantes presupuestales de las Comisiones y la Superintendencia.** (Se resalta).

En consecuencia, la cuenta específica a la que hace alusión la empresa demandante, denominada "gastos operativos", por reflejarse en el Grupo 75, hace parte de la regla exceptiva antes analizada y, por consiguiente, desvirtúa la desviación de poder endilgada por la misma.

Igualmente, El Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Milton Chávez García. Expediente número 22972. Bogotá, D.C. 10 de mayo de 2018, Por su parte, el Consejo de Estado, en relación también con el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, pero ante un supuesto fáctico diferente al expuesto en jurisprudencia que antecede, para efectos de determinar la Base gravable de la Contribución Especial, precisó que ante la situación excepcional de faltante presupuestal para establecer dicho elemento del tributo, se podían adicionar gastos operativos. En tal sentido, la Alta Corporación, expresó:

*"El artículo 85 de la Ley 142 de 1994 determina los elementos esenciales del tributo. El sujeto activo, la SSPD. El sujeto pasivo, las entidades sometidas a control y vigilancia, es decir, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios. El hecho generador, el servicio de control y vigilancia que presta la superintendencia a las vigiladas. La tarifa, que es máximo del 1%. Y la base gravable, que es el valor de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación de la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en el que se haga el cobro (art. 85.2 inciso segundo).*

*El parágrafo 2 del artículo 85 de esta ley dispone la manera de conformar la base gravable, pues señala que "al fijar las contribuciones especiales se eliminarán, de los gastos de funcionamiento, los gastos operativos; en las empresas del sector eléctrico, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello; y en las empresas de otros sectores los gastos de naturaleza similar a éstos". No obstante, el parágrafo 2 del artículo 85, en la parte final, consagra una excepción a esta regla, al disponer que "Estos rubros [gastos operativos] podrán ser adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir faltantes presupuestales de las comisiones y la superintendencia". Sobre el alcance del parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, se reitera lo dicho por la Sala en el auto del 15 de junio de 2017<sup>14</sup>. En esa oportunidad precisó:*

*"2.4. Para la Sala, la finalidad de la norma es que la contribución especial grave los gastos de funcionamiento cuando estos resulten suficientes para cubrir el presupuesto de la SSPD y, en los casos de faltantes presupuestales, además recaiga sobre las compras de energía de las empresas del sector eléctrico, para cubrir en la proporción necesaria el costo de servicio de dicha entidad". (Negrillas fuera de texto).*

Entonces, cuando la SSPD necesita cubrir faltantes presupuestales, la ley permite que los gastos operativos puedan ser adicionados a los gastos de funcionamiento, en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir el faltante presupuestal de la superintendencia. (...) *La regla general y la excepción previstas por el legislador son concordantes con el fin mismo de la contribución especial, que es recuperar los costos de los servicios de control y vigilancia, y guarda armonía con el artículo 338 de la Constitución Política, que prevé que la tarifa es para la recuperación de costos de los servicios que presta la autoridad administrativa. Lo anterior desvirtúa la alegada violación del principio de la legalidad, pues fue el legislador el que consagró expresamente la excepción a la norma general"* (Negrilla fuera del texto original).

<sup>14</sup> Auto que negó la medida cautelar de suspensión provisional solicitada, decisión confirmada el 8 de agosto de 2017, dentro del proceso 2016-00065-00 (22873), CP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez

Así las cosas, no se puede considerar que la Superintendencia demandada desatendió el mandato constitucional del artículo 338, amén de que no estableció las reglas para la estimación de la contribución; simplemente aplicó y ejerció las preexistentes. Y una de dichas reglas, prevista con sabiduría por el legislador, fue la del párrafo segundo del ampliamente explicado artículo 85 de la Ley 142 de 1994, aplicable, como también quedó explicado con creces, para los eventuales faltantes presupuestales. Dicha falta presupuestal no solo quedó plasmada en el acto general sino en los actos particulares objeto de demanda, sino que se acreditó fácticamente a través del estudio de la contribución especial año 2023, el cual hace parte de los antecedentes administrativos que acompañan el acto, y que se adjuntan en la misma fecha de esta contestación.

Por lo anteriormente expuesto este cargo que desarrolla el planteamiento repetitivo en los cargos de la demanda no debe prosperar.

**TERCER CARGO: “Nulidad por afectación grave en materia económica - Vulneración del derecho a la propiedad privada y libertad de empresa por desconocimiento de la prohibición de implementar tributos confiscatorios.”**

### **SUSTENTO DE LA EXCEPCIÓN DE LEGALIDAD RESPECTO DE ESTE CARGO**

En relación con la excepción de inconstitucionalidad, el artículo 4 de la Constitución Política señala que “... en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Esta disposición dio origen a la excepción de inconstitucionalidad y cuando es invocada, los argumentos deben evidenciar que la disposición legal o jurídica utilizada, es contraria a la Constitución Política, solo así se podrá lograr que no se aplique. Si procediere, no se afectará la vigencia general de la disposición y sus efectos serán inter-partes.

Este control por vía de excepción, puede ser realizado por jueces, autoridades administrativas o particulares que tengan que aplicar una disposición jurídica en un caso concreto, pues es la facultad o posibilidad con que cuentan los operadores jurídicos para evitar la ocurrencia de contradicciones entre la disposición aplicable y las normas constitucionales, por lo que se torna como un deber de las autoridades, quienes no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que esta se detecte.

Dado lo anterior, y sin perjuicio de las explicaciones que aquí se darán en relación con la imposibilidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de dichos artículos, debe indicarse que tal norma está vigente en la actualidad y, como tal, la misma produce plenos efectos y resulta obligatoria tanto para la Superintendencia, como para los sujetos pasivos de la contribución.

Ahora, y solo con fines ilustrativos, debe indicarse que se considera que los tributos del artículo 85 son verdaderas contribuciones especiales pues: (i) Existe un beneficio directo para los sujetos pasivos derivado de los servicios de IVC que desarrolla la Superservicios, pues de esta manera se corrigen los comportamientos que pueden llevar a determinado sujeto pasivo a distorsionar el mercado por su incumplimiento de la regulación; (ii) La contribución genera externalidades positivas para los sujetos pasivos y para el mercado en general en la medida en que el servicio que se asocia a ella promueve comportamientos que permiten la prestación de los servicios públicos domiciliarios en condiciones de calidad, continuidad y eficiencia para el logro de los fines sociales del Estado; y (iii) El tributo se cobra para evitar el eventual desarrollo de posiciones que deriven en situaciones que afecten la competencia en el mercado.

En este sentido, se tiene que la contribución especial liquidada al prestador, se ajusta a la Constitución Política de Colombia, por disposición del mismo legislador, y dada la autorización

que para el efecto consagra la misma Carta Superior, la Superservicios liquida la contribución especial bajo los parámetros previstos en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, que consagró a cargo de los prestadores de servicios públicos domiciliarios la obligación de pagar a la Superservicios, la Contribución Especial, con el propósito de que esta entidad recupere los costos en los que incurre por las actividades de vigilancia y control que desarrolla.

Así mismo, la Superservicios ha dado pleno cumplimiento a los principios de progresividad y equidad del sistema tributario, los cuales constituyen el marco general que guía la imposición de las cargas fiscales, a través de las cuales el Estado obtiene los recursos necesarios para la consecución de sus fines y para su funcionamiento, por lo cual se puede afirmar, sin asomo de duda, que no existe ninguna incompatibilidad entre la Resolución No. SSPD – 20230000042776 del 9 de agosto de 2023, la contribución especial y los principios, valores y reglas de rango constitucional que las orientan.

En este punto es preciso reiterar, que la contribución impugnada desarrolló las reglas establecidas en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, disposición que señala lo necesario para su liquidación, siendo una de estas reglas, la de realizar la liquidación con base en los estados financieros del año inmediatamente anterior puestos a disposición de la Superservicios, lo que significa que al aplicarlas, la entidad puede determinar el valor a pagar por cada contribuyente, lo cual no hace que el tributo sea confiscatorio.

En este sentido, la prohibición de imponer impuestos confiscatorios se encuentra estrechamente relacionada con los principios de equidad y justicia recién analizados, como bien lo señaló la Corte Constitucional<sup>15</sup>, de la siguiente forma:

*“La prohibición de impuestos confiscatorios no se deriva empero de la proscripción de penas de confiscación (CP art. 34) sino de la protección constitucional a la propiedad y a la iniciativa probadas (CP arts. 58 y 333) y de los principios de justicia y equidad tributarias (CP arts. 95-9 y 363). Esto significa que no puede haber tributos que impliquen una verdadera expropiación de facto de la propiedad privada o de los beneficios de la iniciativa económica de los particulares.*

En otra oportunidad, la Corte sostuvo que un impuesto es confiscatorio “cuando la actividad económica del particular se destina exclusivamente al pago de este, de forma que no existe ganancia.”

En este sentido, para que un tributo sea considerado como confiscatorio, se requiere que su cobro extinga por completo la propiedad privada o los beneficios de la iniciativa privada.

Ahora, respecto de la contribución debatida, la norma señala las reglas a tener en cuenta para su liquidación, y una de ellas, es que se debe realizar con base en los estados financieros del año inmediatamente anterior de los vigilados, y que han sido puestos a disposición de la entidad, lo que significa que la Superintendencia, al aplicar la tarifa determina el valor de la misma, con base en la información financiera certificada por el sujeto pasivo.

Reiterando que el tributo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, tiene por finalidad que la Superservicios recupere los costos de los servicios de inspección, vigilancia y control que presta.

Por lo anterior, la Superservicios procedió a efectuar la liquidación de las contribuciones, tomando solo los “gastos de funcionamiento”: Gastos de administración, menos exclusiones establecidas en la Resolución No. SSPD – 20231000433895 del 3 de agosto de 2022 e identificó la imposibilidad para la Entidad de recuperar los costos de inspección, vigilancia y control para su funcionamiento con la base gravable señalada, pues a todas luces el recaudo de la contribución especial es insuficiente para su funcionamiento.

Ante la ocurrencia de esta situación particular, esto es, la de haberse presentado un faltante presupuestal, la Superservicios procedió a dar aplicación estricta a lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, teniendo en cuenta que éste permite, de manera

<sup>15</sup> Sentencia C-249 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-249-13.htm>

excepcional, que la base gravable se engrose con otros rubros, siempre que la entidad acredite la existencia de un faltante presupuestal, situación está que fue ampliamente justificado en el estudio de la contribución 2023 y replicado en la Resolución No. SSPD – 20231000433895 del 3 de agosto de 2023.

Por lo expuesto los argumentos no están llamados a prosperar, pues la SSPD, ha dado cumplimiento al art. 85 de la Ley 142 de 1994.

#### VI.- PETICIÓN

Como corolario de todo lo anterior y de lo expuesto por esta Superintendencia en la contestación de la demanda y en el escrito, le solicito muy respetuosamente a ese Despacho al momento de proferir su fallo, se deniegue las suplicas de la demanda y además se condene en costas, agencias en derecho y demás gastos procesales al demandante.

#### VII.- PRUEBAS

Solicito se tengan como pruebas los documentos anexos y aportados en la contestación de la demanda relacionados con los antecedentes administrativos de los actos demandados identificados los archivos así:

#### Liquidación Oficial de Contribución Especial 2023 Servicios de Energía

No. Acto administrativo	Fecha	Clase de Acto	Dependencia que lo profiere
20230000064476 <sup>16</sup>	5/9/2023	Liquidación de contribución especial 2023	Dirección Financiera SSPD
20235300775345	27/11/2023	Recurso de reposición	Dirección Financiera
20235000830585	14/12/2023	Recurso de apelación	Secretaría General

#### VIII. NOTIFICACIÓN

Le ruego disponga notificar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en las siguientes direcciones de correo electrónico:

- [dfpedraza@superservicios.gov.co](mailto:dfpedraza@superservicios.gov.co)
- [pedrazadario@hotmail.com](mailto:pedrazadario@hotmail.com)
- [notificacionesjudiciales@superservicios.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@superservicios.gov.co)

Atentamente,



**DARÍO FERNANDO PEDRAZA LÓPEZ**

Apoderado Judicial SSPD

C.C. 74.183.748 de Sogamoso

T.P. 125.057 del C. S. de la J.

Proyectó: Darío Fernando Pedraza L – Apoderado SSPD

Revisó: Claudia del Pilar Castellanos – Profesional Especializado

Aprobó: Cristian Burbano – Coordinador Grupo de DJ (e)

<sup>16</sup> Incluida dentro del expediente virtual de la SSPD 2023534130103947E.