DOCTORA
AMPARO NAVARRO LÓPEZ
HONORABLE MAGISTRADA TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA
E. S. D.

REFERENCIA	**PROCESO DE MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE	**ISAGEN S.A. E.S.P.**
DEMANDADO	**SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS**
EXPEDIENTE	**25000233700020200000400**
ASUNTO	**CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

MARCO ANDRÉS MENDOZA BARBOSA, mayor de edad, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.153.491 expedida en Bogotá D.C., portador de la T.P. No. 140.143 del C.S. de la J., obrando en calidad de apoderado judicial especial de la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**, entidad descentralizada de carácter técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial, respetuosamente manifiesto que, encontrándome dentro de la oportunidad procesal establecida para el efecto, por medio del presente presento al despacho escrito de contestación de la demanda, en los siguientes términos:

I. A LOS HECHOS

AL HECHO PRIMERO: ***NO ES UN HECHO.*** Se trata de la citación literal de la norma aplicable al caso.

AL HECHO SEGUNDO: ***ES PARCIALMENTE CIERTO.*** Debido a que, la SSPD no ha expedido un catálogo de cuentas para el registro contable de los hechos económicos, razón por la cual no es viable extrapolarizar la definición jurisprudencial a algún tipo de catálogo vigente, al igual que para la adopción de las NIC, incorporar una modificación de reglas a principios que, desde ningún punto de vista, se puede homologar de forma estándar sin incurrir en error

AL HECHO TERCERO: ***ES CIERTO,***

AL HECHO CUARTO: ***NO ES CIERTO COMO SE ENCUENTRA REDACTADO EN LA DEMANDA.*** Puesto que las extracciones del texto son descontextualizadas por parte del apoderado judicial; por lo que, se aclara que según las facultades legales otorgadas a mi representada, se tiene que el acto administrativo del 17 de julio de 2019, es decir, según en lo dispuesto en numeral 5 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 y el numeral 22 del artículo 5 del Decreto 990 de 2002, faculta a la SSPD para que defina por vía general la contribución especial a la cual se refiere en el artículo 85 de la ley 142 de 1994, y esta última a su vez, establece la competencia de la SSPD para el cobro anual de una contribución especial a cargo de las entidades sometidas a su inspección, vigilancia y control para recupera los costos en que incurre con una tarifa que no puede ser superior

al 1% del valor de los gastos de funcionamiento asociados al servicio que se ejercen dichas facultades; cuyo monto se efectúa teniendo como base los estados financieros del año inmediatamente anterior – es decir, año 2018 -, y que fueron puestos a disposición de la demandada, a través del SUI(sistema Único de Información)

Que debido a la expedición de la ley 1314 de 2009, siendo que el gobierno nacional a través del Decreto de 2420 del 14 de diciembre de 2015 y demás normas concordantes, compilado en el Decreto 2483 del 28 de diciembre de 2018, estableció los criterios para que los preparadores de información financiera se clasificara en diferentes grupos, siendo la clasificación de empresas en 3 grupos, teniendo en cuenta el nivel de exigibilidad de transparencia y rigor para presenta los informes financieros, a saber: Grupo 1. Emisores de valores y entidades de interés público, quienes aplican NIIF plenas. Grupo 2. Empresas de tamaño grande y mediano que no sean emisores de valores ni entidades de interés público, que aplicaran NIIF PYMES y, Grupo 3. Pequeñas empresas y microempresas, quienes se les autorizará la emisión de estados financieros y revelaciones abreviados aplicándose NIIF MICROEMPRESAS. Lo anterior es bajo el entendido que las grandes empresas con exposición al mercado de valores, requieren estándares más complejos para reflejar su información, contrario a las empresas pequeñas cuya influencia es solo de carácter local. Por lo tanto, para cada grupo se adoptaron marcos técnicos normativos aplicables en el caso concreto.

Igualmente, la SSPD, debió a cogerse al nuevo escenario contable consagrado en el artículo 10 de la Ley 1413 de 2009, que se encuentra a cargo de las autoridades de supervisión: a) efectuar la vigilancia que los entes económicos bajo inspección, vigilancia o control, así como sus administradores, funcionarios y profesionales de aseguramiento de información , cumplan con las normas en materia de contabilidad, de información financiera y de aseguramiento de la información; b) efectuar la aplicación de las sanciones a que haya lugar por infracciones a las mismas; y c) efectuar la expedición de normas técnicas especiales, interpretaciones y quías en materia de contabilidad y de información financiera y de aseguramiento de información, actuaciones que deben realizarse dentro de los límites fijados en la Constitución, en la ley, y en las normas reglamentarias.

Debido a que la Contaduría General de la Nación, expidió las resoluciones 414 de 2014 y 533 de 2015, que son aplicables a las empresas sujetas al ámbito de su competencia y a las entidades del gobierno; posteriormente emitió la resolución 037 de 2017, por lo cual reguló el marco normativo para las empresas que coticen en el Mercado de Valores o que capten o administren ahorro del público. Además, que el lenguaje informático XBRL (Extensible Business Reporting Language), permite el reporte de información financiera de forma estandarizada, lo cual facilita la comparabilidad, transparencia y fiabilidad e incorporando las reglas de negocio en su implementación.

Por ende, las apropiaciones presupuestales de la SSPD para la vigencia fiscal de 2019, fueron establecidas en la Ley 1940 de 2018 y en el Decreto de Liquidación de Presupuesto General de la nación 2467 de 2018 en $115.602.771.030,00 MCTE, el cual debe ser cubierto con el recaudo de las contribuciones que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

Consecuente a lo anterior, los conceptos que formaron parte de la base gravable de liquidación de contribución especial 2019, resulta de la sumatoria de los valores reportados y certificados al SUI, por los prestadores de SPD, en el Formato Complementario [900017] FC01-01 a FC01-07 “Gastos de Servicios Públicos”, en la columna de gastos administrativos de las taxonomías XBRL a 31 de diciembre de 2018, por cada servicio público objeto de inspección, vigilancia y control por parte de la demandada tomando como corte el 07 de julio de 2019.

Para la determinación de la base gravable correspondiente a la contribución especial del año 2019, respecto a los prestadores clasificados en el grupo 3, se tomarán los montos reportados por el servicio público domiciliario prestado, en el Formato Complementario [900017a] FC01- Gastos de servicios públicos XBRL a 31 de diciembre de 2018, con corte el 07 de julio de 2019 para el concepto total de Gastos; por lo que se excluyeron de la

base gravable año 2019 los conceptos: impuesto, tasas y contribuciones (no incluye impuesto de renta), deterioro, depreciación, amortización, provisiones, ajuste por diferencia en cambio, impuesto a las ganancias corrientes, impuesto a las ganancias diferido, licencias contribuciones y regalías , excepto licencias de operación del servicio. En el evento que los prestadores no hubiesen reportado los estados financieros correspondientes al año 2018, la SSPD tomó como base la última información financiera reportada y certificada al SUI, actualizada al 31 de diciembre del año 2018 con el incremento del IPC certificado por el DANE. Ahora bien, se tiene que para los prestadores que son sujetos pasivos de la contribución que nunca hayan cargado información financiera al SUI, pagará por contribución especial de 2019 por un monto de $341.464,00, según lo dispuesto al acto administrativo del 10 de julio de 2019 proferido por la SSPD.

Para el caso en concreto, la base gravable de la contribución especial al momento de aplicar la tarifa del 1% según el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, se recaudaría el valor de $94.278.976.000,00 cuyo monto inferior al aprobado por la ley de presupuesto por concepto de ingresos corrientes ($115.602.771.030,00), por lo que se consolidó un faltante presupuestal de $21.323.975.030,00, el cual se hizo necesario cubrir de manera proporcional con la previsiones establecidas, según los conceptos señalados en el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994

Resulta entonces, que el faltante presupuestal y la tarifa máxima del 1% permitida legalmente, se procedió a verificar los conceptos contables reportados y certificados como gastos operativos por los prestadores de servicios públicos, operación que arrojó como resultado de $27.894.743.918.000,00; donde sobre el total de los gastos operativos, se calculó la proporción necesaria que debe ser incluida en la base gravable para el año 2019, con la finalidad de cubrir el faltante presupuestal fue de 7.64%.

Por ende, la demandante no puede hacer injerencias desde una óptica subjetiva por lo cual tiene la convicción de realizarse la liquidación oficial de la contribución especial bajo ciertos parámetros considerados *per se,* olvidando que, mi representada tuvo en cuenta la normativa aplicable en concordancia con los conceptos de las autoridades expertas en la materia y, la jurisprudencia emitida por el Alto Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

AL HECHO QUINTO: *ES CIERTO,*

AL HECHO SEXTO: *ES CIERTO,*

AL HECHO SÉPTIMO: *ES CIERTO,*

AL HECHO OCTAVO: *ES CIERTO,*

AL HECHO NOVENO: *NO ES UN HECHO,* toda vez que, es una apreciación subjetiva del apoderado judicial de la parte demandante en cuanto a la contribución especial correspondiente al año 2019

AL HECHO DÉCIMO: *ES CIERTO*

A parte de lo anteriormente esbozado, es necesario instruir de manera más contundente respecto del litigio se contrajo a verificar la legalidad de los actos demandados, a partir de los siguientes aspectos:

Si hubo vulneración de los artículos 13, 95, 338 y 363 de la Constitución Política; y 3, 85, 87.4 de la Ley 142 de 1994, todo como consecuencia de haberse incluido en la base gravable de la contribución, correspondiente al año gravable 2017, las cuentas correspondientes a gastos operacionales, tales como uso de líneas, redes y ductos; costos de distribución y/o comercialización de GN o combustible por redes y gas combustible por redes y gas combustible. Y si, adicionalmente, si se desconoció el principio de suficiencia financiera.

De esta manera, a continuación, se expondrá como tuvo lugar un cambio normativo en materia contable que necesariamente incide en la determinación de la contribución, modificación en virtud de la cual desapareció la distinción entre “gastos” y “costos”, al tiempo que se abandonaron los catálogos de cuentas a partir de los cuales se procedía a realizar exclusiones taxativas por parte del Consejo de Estado. En tal sentido, la base actual del tributo serán los “gastos” de funcionamiento y las referencias a “gastos operacionales” como sinónimo de “costos” no es aplicable actualmente, razón por la cual la depuración de la base debe tener en cuenta los criterios materiales fijados por la jurisprudencia (relación con el servicio) y los rubros específicos que consagró el legislador (p.e. compras de electricidad).

1. **Consideración previa – Aplicación de los marcos técnicos normativos expedidos en desarrollo de lo previsto en la Ley 1314 de 2009 para efectos de la contribución especial de la Superservicios (Art. 85, Ley 142 de 1994).**

Esta consideración previa presenta la evolución que ha tenido la aplicación de las normas contables en la determinación de la base gravable de la contribución de que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 antes de su modificación por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019. Para el efecto, se presenta el alcance de lo previsto en el artículo 4 de la Ley 1314 de 2009. Posteriormente se estudia el régimen de transición previsto en el artículo 165 de la Ley 1607 de 2012 y su decreto reglamentario 2548 de 2014.

El artículo 4 de la Ley 1314 de 2009 estableció la independencia y autonomía de las normas tributarias frente a las de contabilidad y de información financiera en los siguientes términos:

“Las normas expedidas en desarrollo es esta ley, únicamente tendrán efecto impositivo cuando las leyes tributarias remitan expresamente a ellas o cuando estas no regulen la materia.

A su vez, las disposiciones tributarias únicamente producen efectos fiscales. Las declaraciones tributarias y sus soportes deberán ser preparados según lo determina la legislación fiscal.

Únicamente para fines fiscales, cuando se presente incompatibilidad entre las normas contables y de información financiera y las de carácter tributario, prevalecerán estas últimas.

En su contabilidad y en sus estados financieros, los entes económicos harán los reconocimientos, las revelaciones y conciliaciones previstas en las normas de contabilidad y de información financiera.”

En línea con lo previsto en el primer inciso del artículo recién citado, es posible ver que la voluntad del legislador es atribuir a las disposiciones contables efectos sobre los tributos (impuestos, tasas y contribuciones) en dos circunstancias particulares; a saber: cuando las disposiciones fiscales remitieran expresamente a ellas o cuando las disposiciones fiscales no regularan la materia. De esta manera, se salvaguarda el principio de autonomía e independencia de unas y otras disposiciones.

Posteriormente, el artículo 165 de la Ley 1607 de 2012 consagró un régimen de transición para la aplicación del artículo 4 citado, en los siguientes términos:

“Únicamente para efectos tributarios, las remisiones contenidas en las normas tributarias a las normas contables, continuarán vigentes durante los cuatro (4) años siguientes a la entrada en vigencia de las Normas Internacionales de Información Financiera -NIIF-, con el fin de que durante ese periodo se puedan medir los impactos tributarios y proponer la adopción de las disposiciones legislativas que correspondan. En consecuencia durante el tiempo citado, las bases fiscales de las partidas que se incluyan en las declaraciones tributarias continuarán inalteradas. Así mismo, las exigencias de tratamientos contables

para el reconocimiento de situaciones fiscales especiales perderán vigencia a partir de la fecha de aplicación del nuevo marco regulatorio contable."

Visto lo anterior, el propósito de este artículo era aplazar el efecto de lo previsto en el artículo 4 de la Ley 1314 de 2009, por lo que el artículo 2 del Decreto 2548 de 2014 -reglamentario de los artículos 4 de la Ley 1314 de 2009 y 165 de la Ley 1607 de 2012 recién citados-, dispuso que:

"… *para efectos de lo dispuesto en el artículo 165 de la Ley 1607 de 2012 y durante los plazos señalados en el artículo anterior, todas las remisiones contenidas en las normas tributarias a las normas contables, se entenderán hechas para efectos tributarios a los Decretos 2649 de 1993 y 2650 de 1993, los planes únicos de cuentas según corresponda a cada Superintendencia o a la Contaduría General de la Nación, las normas técnicas expedidas por las superintendencias vigentes y aplicables a 31 de diciembre de 2014 o aquellas normas técnicas expedidas por la Contaduría General de la Nación vigentes y aplicables a 31 de diciembre de 2014, según sea el caso."*

De lo expuesto se concluye que el objeto del artículo 4 de la Ley 1314 de 2009 era dar a las disposiciones contables un efecto fiscal; es decir, sobre impuestos, tasas y contribuciones. En efecto, no de otra manera, se entiende el artículo 165 de la Ley 1607 de 2012 que congeló tal efecto por un término de cuatro (4) años y el hecho de que el reglamento se hubiera referido a las normas tributarias. Recuérdese que la noción de tributo comprende los impuestos, las tasas y las contribuciones.

Ahora bien, el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016 derogó expresamente el artículo 165 de la Ley 1607 de 2012 por lo que los efectos fiscales del artículo 4 de la Ley 1314 de 2009 están surtiendo plenos efectos desde el año gravable 2017. Es importante notar que los efectos fiscales de la adopción de las NIIF se predican de los impuestos, de las tasas y las contribuciones. En consecuencia, ese cambio en las normas de información financiera necesariamente impacta la determinación de la base gravable de la contribución de que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1994.
En efecto, en sentencia del 23 de septiembre de 2010 (Exp. 16874) el Consejo de Estado se refirió al punto de referencia que se debía tener al determinar la base gravable de las contribuciones previstas en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 en el siguiente sentido:

"*De lo anterior, se tiene que si bien los costos de producción comprenden las erogaciones asociadas clara y directamente con la producción o la prestación de servicios de los cuales el ente prestador obtiene sus ingresos, lo que los haría, en principio integrantes de la base gravable, al realizar una interpretación gramatical y conforme al sentido técnico de las palabras a voces de los artículos 27 a 29 del Código Civil, la noción de costos no se puede equiparar a la de gastos de funcionamiento por no haberlo previsto así la Ley 142 de 1994, ya que de haber sido esa la intención del legislador así lo hubiera contemplado legalmente,* ***teniendo en cuenta el fundamento contable que tiene la base gravable comentada.****"* (Énfasis de la Superservicios).

Teniendo en cuenta el fundamento contable que tiene la base gravable de la contribución del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, es claro que el cambio a los marcos técnicos normativos y la pérdida de vigencia de los Decretos 2649 y 2650 de 1993 y de los planes únicos de las diferentes superintendencias está llamado a tener un efecto en la determinación de la base gravable.

Esta es una situación nueva que el Consejo de Estado no ha tenido oportunidad de analizar como arriba se expuso pues solo a partir del año gravable 2017, con la derogatoria del artículo 165 de la Ley 1607 de 2012, se aplica directamente la regla del artículo 4 de la Ley 1314 de 2009.

2. <u>Efectos del cambio a los nuevos marcos técnicos normativos para efectos de la contribución del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 – La desaparición de los catálogos de cuentas y el nuevo ámbito de la noción de gasto.</u>

El proceso de convergencia a los nuevos estándares internacionales en materia de información financiera produjo varios cambios. Esta sección se ocupa de presentar dos de ellos que tienen aplicación directa al caso. En primer lugar, se analiza la eliminación de los planes únicos de cuenta y su reemplazo por el reporte en el lenguaje XBRL de acuerdo con las taxonomías que para el efecto determine la Superservicios. En segundo lugar, se analizan los términos costos y gastos en los nuevos marcos técnicos normativos. De conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, la Superservicios debe establecer los sistemas uniformes de información y contabilidad que deben aplicar los prestadores de servicios públicos domiciliarios con base en la naturaleza del servicio y el monto de sus activos bajo la estricta sujeción a los principios de contabilidad generalmente aceptados vigentes; es decir, las normas expedidas en desarrollo de la Ley 1314 de 2009. Aunque existen varios marcos técnicos normativos; uno para cada uno de los grupos, por simplicidad nos referiremos de manera conjunta a ellos como las NIIF.

Ahora bien, el sistema uniforme de información que la Superservicios ha determinado para que sus vigilados le reporten la información financiera es lo que se conoce como taxonomía. Al unificar el lenguaje de reporte se facilita el intercambio de información, simplifica el tratamiento de datos y elimina las controversias que surgen sobre la interpretación de conceptos contables como por ejemplo los conceptos de "*gastos de funcionamiento*" y "*gastos operacionales*".

En efecto, antes de la adopción de las NIIF, la estructura del Plan Único de Cuentas se utilizaba para el registro contable de los hechos económicos y el reporte de información financiera al Sistema Único de Información -SUI. Con ocasión de la Resolución SSPD No. 20161300013475 (Cfr. Art. 13) y la Resolución 20181000081465 el PUC de la Superservicios se derogó para todos los prestadores. Así las cosas, ya no existe el plan único de cuentas y los reportes que se hacen con base en las taxonomías en lenguaje XBRL no resultan equivalentes.

Ciertamente, cada taxonomía por grupo y tipo de reporte refleja los requerimientos de reconocimiento medición - inicial y posterior-, presentación y revelación de cada uno de los marcos normativos (Grupo 1,2 y 3, y Resoluciones 037/17,414/14 y 533/16 expedidas por la Contaduría General de la Nación). Lo anterior significa que cada preparador de información vigilado por la Superservicios podrá utilizar los mecanismos que considere más fiables y pertinentes para el registro de los hechos económicos en cumplimiento de los objetivos de la información contable sin que, en el fondo de estos, modifiquen la naturaleza o la función.

Así, la **inexistencia** del PUC de la Superservicios hace que ciertas decisiones que la Sección Cuarta del Consejo de Estado se hayan vuelto inaplicables pues se basaban en un *criterio* eminentemente formal para determinar si determinada erogación era o no un "gasto operacional" o un "costo". Por ejemplo, en Auto del 24 de enero de 2019 (Exp. 22394), el Consejo de Estado sostuvo que, "[d]*e acuerdo con el criterio fijado por la Sala en la sentencia de 23 de septiembre de 2010,* ***las cuentas del grupo 75-costos de producción del Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios no integran las base gravable de la contribución especial,*** *fundamentalmente, porque "la noción de costos no se puede equiparar a la de gastos de funcionamiento por no haberlo previsto así la Ley 142 de 1994, ya que de haber sido esa la intención del legislador así lo hubiera contemplado legalmente,* ***teniendo en cuenta el fundamento contable que tiene la base gravable comentada****".* " (Negrilla de la Superservicios).

Nótese como el criterio que adoptó la Sala en estas dos oportunidades, 2010 y 2019, se fundamentó en la existencia del plan de contabilidad para entes prestadores de servicios públicos domiciliarios y en el hecho de que la base gravable de la contribución tiene un fundamento contable.

En esta misma línea, otro concepto que cambió radicalmente con la convergencia a las NIIF es el de “gasto” para efectos contables; que, se resalta, es el fundamento de la base gravable de la contribución del artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

De acuerdo con el marco conceptual de las NIIF (es decir, aquel aplicable al Grupo 1), el único concepto que se define es el de gasto. Veamos:

“*4.33.- La definición de gastos incluye tanto las pérdidas como los gastos que surgen en las actividades ordinarias de la entidad. Entre los gastos de la actividad ordinaria se encuentran, por ejemplo, el costo de las ventas, los salarios y la depreciación. Usualmente, los gastos toman la forma de una salida o depreciación de activos, tales como efectivos, y otras partidas equivalentes al efectivo, inventarios o propiedades, planta y equipo.*

4.34.- Son pérdidas otras partidas que, cumpliendo la definición de gastos, pueden o no surgir de las actividades ordinarias de la entidad. *Las pérdidas representan decrementos en los beneficios económicos y, como tales, no son diferentes en su naturaleza de cualquier otro gasto. Por tanto, en este Marco Conceptual no se considera que constituyan un elemento diferente.*”

Una definición similar se encuentra en el párrafo 2.26 del Anexo 2 del Decreto 2483 de 2018 (NIIF para PyMES) que define los gastos así:

“*La definición de gastos incluye tanto las pérdidas como los gastos que surgen en las actividades ordinarias de la entidad:*

(a) los gastos que surgen de la actividad ordinaria incluyen, por ejemplo, el costo de las ventas, los salarios y la ***depreciación.*** *Usualmente, toman la forma de una salida o disminución del valor de los activos, tales como efectivo y equivalentes al efectivo,* ***inventarios*** *o propiedades, planta y equipo.*

(b) las ***pérdidas*** *son otras partidas que cumplen la definición de gastos y que pueden surgir en el curso de las actividades ordinarias de la entidad. Si las pérdidas se reconocen en el estado del resultado integral, habitualmente se presentan por separado, puesto que el conocimiento de las mismas es útil para la toma de decisiones económicas.*”

Una definición similar se encuentra en el Anexo 3 del Decreto 2420 de 2015 aplicable a las microempresas que pertenecen al Grupo 3. En efecto, de acuerdo con el literal b. del párrafo 2.18 de ese anexo se definen los gastos como:

“*Gastos: son las disminuciones en los beneficios económicos, producidos a lo largo del periodo contable, en forma de salidas o disminuciones del valor de los activos, o bien de surgimiento o aumento de los pasivos, que dan como resultado disminuciones en el patrimonio, y no están relacionados con las distribuciones realizadas a los propietarios del patrimonio.*”

Así, es posible ver que en los nuevos marcos técnicos normativos la referencia al costo se eliminó quedando solo aquella del ***gasto***. La supresión en los marcos técnicos de contabilidad del concepto de “costo” refuerza la idea de que el cambio en los marcos técnicos normativos **impactó la determinación de la base gravable de la contribución** de acuerdo con el fundamento contable de la base. En efecto, contrario a lo afirmado por la demandante y lo resuelto por el Consejero Ponente en el Auto del 30 de junio de 2019 (Exp. 24498), no es posible afirmar *prima facie* que los conceptos que la Superservicios incluyó en la base para la liquidación de la contribución para la vigencia 2018 correspondan en su totalidad a lo que antes se conocía como “costos” o “gastos operativos”.

En tal sentido, las exclusiones de la base gravable que reclaman los accionantes, ya no podrían ser definidas a partir de un catálogo de cuentas (criterio formal) sino que debe ajustarse a la necesaria relación entre la erogación y el servicio sujeto a inspección y

vigilancia, en aplicación de un criterio material respecto del cual ha sido la propia jurisprudencia quien ha sentado sus bases al expresar que *no hacen parte de dicha base, gastos que no sean de funcionamiento, o que siéndolo, no estén asociados al servicio sometido a regulación o vigilancia".* En cuanto a las erogaciones antes catalogadas como "costos", éstas deberán seguir el mismo análisis para concluir si conforman o no parte de la base gravable.

3. <u>La integración de la base gravable y la posibilidad de incluir ciertos rubros en caso de un faltante presupuestal</u>

Las dos secciones anteriores se ocuparon de mostrar que esta es la primera vez que el Consejo de Estado tiene la oportunidad de pronunciarse sobre la contribución de la Superservicios considerando para el efecto:

a. Que el artículo 4 de la Ley 1314 de 2009 da efectos tributarios a las normas contables.
b. Que los nuevos marcos técnicos normativos adoptados con ocasión de la Ley 1314 de 2009 tan solo contemplan el concepto de "gasto" y no el de costo; salvo para referirse al costo de ventas.
c. Que la adopción de los nuevos marcos técnicos normativos adoptados con ocasión de la Ley 1314 de 2009 conllevó la desaparición de los planes únicos de cuenta; entre ellos el plan de contabilidad para los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

Esta sección, presentar la forma en la que se integra la base gravable del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 y mostrar cómo los cambios analizados arriba la han modificado.
De conformidad con lo previsto en el inciso 2 del numeral 85.2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994,

"[l]*a 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 su estudio fijarán la tarifa correspondiente.*"

Nótese que la ley no define el concepto de "gastos de funcionamiento". La jurisprudencia del Consejo de Estado se encargó de definir este concepto así:

"*De manera reiterada, la Sala ha dicho que en el caso de esta contribución, los gastos de funcionamiento son "aquellos [gastos] que tengan una relación directa o indirecta, pero eso sí, necesaria e inescindible con la prestación de los servicios sometidos a la vigilancia, control, inspección y regulación". (...)* "

Ahora bien, la integración de la base gravable se hace teniendo en cuenta la regla prevista en el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 que dispone lo siguiente:

"*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 los 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.*"

Es importante notar del parágrafo 2 el uso del concepto indeterminado "gastos operacionales" que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha asimilado al **desaparecido concepto <u>contable</u>** del costo. En efecto la Sección Cuarta ha sostenido lo siguiente:

"*En otras palabras, "no hacen parte de dicha base, gastos que no sean de funcionamiento, o que siéndolo, no estén asociados al servicio sometido a regulación o*

vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Tampoco hacen parte de dicha base, los costos de producción"."

A partir de las reglas jurisprudenciales y legales recién expuestas es fácil concluir que, el concepto "gastos de funcionamiento" es muy amplio en tanto que el de "gastos operacionales" es restringido. En efecto, los únicos "gastos operacionales" que la ley permite detraer, **en ausencia de un faltante presupuestal** -como es el caso que nos ocupa-, son: en las empresas del sector eléctrico *las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes*, y para las empresas de los demás sectores *los* ***gastos de naturaleza similar*** a las compras de energía, a las compras de combustibles y a los peajes. Es importante destacar que solo esos rubros pueden adicionarse para cubrir los faltantes presupuestales.

Esta ha sido el entendimiento reiterado del Consejo de Estado; veamos:

"*3.4.5 Pero, cuando la SSPD necesite cubrir faltantes presupuestales, la ley previó una excepción a la regla general, en el sentido de permitir que los rubros, en principio excluidos, se adicionen a la base gravable de la contribución especial.*

3.4.6. Para estos efectos, ***se debe tener en cuenta que cuando la ley autoriza la inclusión de la[s] compras de energía, de combustibles y peajes en la base gravable*** *para cubrir los faltantes presupuestales, lo hace de manera general, sin distinguir si se trata de un gasto o de un costo.* ***Por tanto, se debe entender que se refiere a todas las compras que por esos conceptos haya realizado las empresas, en el respectivo período gravable y, es sobre esas compras, que se debe determinar la proporción necesaria para cubrir el faltante presupuestal***" (Énfasis de la Superservicios).

Este correcto racionamiento del Consejo de Estado se ve plenamente reflejado cuando determina la regla general y la excepción en la integración de la base gravable:

"*3.4.8 En ese contexto, se concluye que en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, en la determinación de la base gravable de la contribución especial, contempla una regla general y una excepción:*

Regla general: *la base gravable está conformada por los gastos de funcionamiento asociados al servicio regulado, detrayendo los gastos operativos y, en el caso de las empresas de energía las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello. Igual ocurre en las empresas de otros sectores.*

Excepción: *solo en los casos de faltantes presupuestales de la SSPD, la base del tributo podrá conformarse 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. En las empresas de otros sectores los gastos de naturaleza similar a éstos,*** *en el respectivo año gravable.*"

Así las cosas, es claro que los únicos "gastos operativos" que deben detraerse de los "gastos de funcionamiento" son los que la ley expresamente mencionó; es decir, para las empresas de energía, las compras de energía, las compras de combustibles y los peajes, y para las empresas de los otros sectores los rubros que tengan la misma naturaleza de los primeros. Ahora bien, es importante tener presente que existen otros rubros que se detraen de los llamados "gastos de funcionamiento" que no implican *per se* una salida de recursos de la entidad; como es el caso del gasto por depreciación."

De acuerdo con lo manifestado en el acápite anterior, se proseguirá con un sumario de las pretensiones de la demanda, por lo cual se dejará entrever la posición jurídica por parte de mi representada en la no procedencia de su vinculación este proceso y, por ende, la oposición de las pretensiones en solicitud de su no prosperidad.

II. A LAS PRETENSIONES:

En el presente acápite, me encuentro en el deber de aclararle al despacho que las mismas se harán un sumario de ellas, por lo que luego se hará un análisis de cada una de las pretensiones y el alcance jurídico real que tienen ellas respecto a mi poderdante. Por lo que se tiene entonces, lo siguiente:

La demandante por medio de su apoderado pretende que, actualmente la demandada la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS,** se declare la NULIDAD de los siguientes actos:

PRIMERA PRETENSIÓN

- La Resolución SSPD No. 20195340022586 del 25 de julio de 2019, por el concepto de liquidación oficial de contribución especial a cargo de la demandante para año 2019.
- La Resolución No. SSPD. 20195300034615 de 10 de septiembre de 2019, por lo cual la Superintendencia resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Liquidación Oficial No. 20195340022586 del 25 de julio del año 2019.
- La Resolución No. SSPD. 20195000040655 del 07 de octubre de 2019, por lo cual la Superintendencia resuelve el recurso de apelación

A título de restablecimiento del derecho, se ordene a mi defendida lo siguiente:

SEGUNDA PRETENSIÓN

- Que se declare que le monto a pagar es de 1.501.983.352 correspondiente a la contribución especial del año 2019
- La devolución a la demandante, la suma de $ 390.814.648 correspondiente al cobro de la contribución especial del año 2019, por pago en exceso de 1.892.798.000, más los intereses corrientes y demora legalmente causados desde el momento del pago y hasta el momento de la devolución.

TERCERA PRETENSIÓN

Se restablezca el derecho al aparte demandante, decretando que no le adeuda a la SDPP, la suma establecida en la resolución demandada por el monto de $12.254.020.000 el cual corresponde al cobro de la contribución del año 2019

CUARTA PRETENSIÓN

Se condene en costa a la SSPD de conformidad con la normativa vigente y establecida en el Ley 1437 de 2011.

Frente a las pretensiones incoadas por el actor, me opongo a su prosperidad por carecer de sustento legal y fáctico, pues el demandante ha basado una presunta irregularidad o vicios del procedimiento, ya que alega la existencia de una presunta irregularidad por parte de mi defendida para el trámite del acto administrativo que corresponden a la liquidación oficial de las contribuciones especiales a cargo de la parte demandante.

Dentro del expediente administrativo que reposa en las dependencias de mí representada, obra las pruebas pertinentes que demuestran que se realizó el trámite procesal con la aplicación en rigor del debido proceso y de contradicción, de acuerdo con la norma que se rige para el particular para la expedición de los actos administrativos por parte de la Superintendencia, en cumplimiento de sus funciones y facultades constitucionales y legales.

Por lo anterior, entonces mal podría el Despacho acceder a lo pretendido en cuanto a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos el cual ordenó expedir la liquidación oficial del año gravable 2019 por parte de **LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS**

PÚBLICOS DOMICILIARIOS, cuando no presenta ninguna prueba sumaria y/o fehaciente que demuestre y compruebe los indicios plasmados en el escrito de la demanda.

Igualmente, de manera general, de conformidad con los hechos y las pruebas que aportaré y solicitaré más adelante, me manifiesto en los siguientes términos de manera general frente a las pretensiones incoadas por la parte demandante: **NIEGO EL DERECHO, CAUSA Y RAZÓN INVOCADOS POR LA PARTE ACTORA Y ME OPONGO A TODAS Y CADA UNA DE LAS PRETENSIONES INVOCADAS EN EL ESCRITO DE LA DEMANDA POR BASARSE EN HECHOS QUE NO SON CIERTOS, CARECER DE SUSTENTO LEGAL Y FÁCTICO, Y POR EL CONTRARIO, SER INJUSTAS Y NO ENCONTRAR RESPALDO DE LOS MISMOS.**

Ahora bien, de manera particular frente a cada una de las pretensiones me permito manifestarme a continuación:

III. FRENTE A LAS PRETENSIONES

En el presente acápite, se tendrá en la oposición tanto a las pretensiones declarativas presentadas en la demanda, manifestándose lo siguiente**:**

FRENTE A LA PRIMERA PRETENSIÓN: **ME OPONGO A SU PROSPERIDAD**, debido el acto administrativo FUE EXPEDIDO DE ACUERDO CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD por parte de la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS,** que dio cumplimiento al debido proceso con fundamento legal pertinente.

FRENTE A LA SEGUNDA PRETENSIÓN: **ME OPONGO A SU PROSPERIDAD**, debido a que el acto administrativo FUE EXPEDIDO DE ACUERDO CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD parte de la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS,** que dio cumplimiento al debido proceso con fundamento legal pertinente.

FRENTE A LA TERCERA PRETENSIÓN: **ME OPONGO A SU PROSPERIDAD**, debido a que el acto administrativo FUE EXPEDIDO DE ACUERDO CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD parte de la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS,** que dio cumplimiento al debido proceso con fundamento legal pertinente.

FRENTE A LA CUARTA PRETENSIÓN: **ME OPONGO A SU PROSPERIDAD**, ya que, debido a la no procedencia de las demás pretensiones, no hay lugar la condena en costas.

HECHOS, FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO

Lo expuesto al pronunciarme sobre los hechos y pretensiones de la demanda explican las razones de hecho y derecho y de orden legal por las cuales nos oponemos a la prosperidad de las suplicas de la demanda.

A. HECHOS DE LA CONTESTACIÓN O LA DEFENSA.

- La SSPD mediante la La Resolución SSPD No. 20195340022586 del 25 de julio de 2019, por el concepto de liquidación oficial de contribución especial a cargo de la demandante para año 2019
- La Resolución No. SSPD. 20195300034615 de 10 de septiembre de 2019, por lo cual la Superintendencia resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Liquidación Oficial No. 20195340022586 del 25 de julio del año 2019.
- La Resolución No. SSPD. 20195000040655 del 07 de octubre de 2019, por lo cual la Superintendencia resuelve el recurso de apelación

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACION

Para tener mayor soporte en lo anteriormente manifestado, se hará cita de la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado y el cual es aplicable al caso en concreto.

FUNDAMENTOS LEGALES

Constitución Política, y normas legales: 142, 143 de 1994; Ley 1955 de 2019, Ley 689 de 2001; el Decreto 990 de 2002; Por lo que, en ámbito constitucional, es lo siguiente:

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

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

> ***"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.

FUNDAMENTOS LEGALES

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

LEY 1955 DE 2019

Se debe recordar que la Ley 1955 de 2019*, "por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad",* fue publicada el 25 de mayo de 2019, en el Diario Oficial, por lo que en su artículo 16, modificó el numeral 8 y adiciónense los numerales 34, 35 y 36 al artículo 79 de la Ley 142 de 1994 y, el artículo 18 modificó el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, en lo siguiente:

"Artículo 15.Funciones de la Superintendencia. Modifíquese el numeral 8 y adiciónense los numerales 34, 35 y 36 al artículo 79 de la Ley 142 de 1994, así:

8. Solicitar documentos, inclusive contables y financieros, a los prestadores, entidades públicas, privadas o mixtas, auditores externos, interventores o supervisores y privados, entre otros, que tengan información relacionada con la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Adicionalmente, practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones, en la oportunidad fijada por la Superintendencia.

34. Sancionar a los prestadores de servicios públicos y vigilados, auditores externos y otras entidades con naturaleza pública, privada o mixta, que tengan información relacionada con los servicios públicos domiciliarios, cuando no atiendan de manera oportuna y adecuada las solicitudes y requerimientos que la Superintendencia realice en ejercicio de sus funciones.

35. En los casos en los que lo considere necesario para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, encargar a terceros especializados la toma de muestras de calidad del agua en cualquier lugar del área de prestación del servicio y del sistema que sea técnicamente posible, y contratar un laboratorio para el análisis de las mismas. Los resultados que arrojen las muestras tomadas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, podrán ser utilizados como prueba, dentro de los procesos administrativos sancionatorios que adelante contra prestadores objeto de su vigilancia, y para cualquier otro fin que sea pertinente dentro del ejercicio de las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

36. Corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en desarrollo de sus funciones de inspección y vigilancia, establecer, administrar, mantener y operar el Sistema Único de Información (SUI) de los Servicios Públicos Domiciliarios que se nutra con la información de los prestadores, auditores externos, entidades públicas, particulares, interventores y/o supervisores relacionados con la prestación de los servicios públicos domiciliarios. El SUI podrá interoperar con otras plataformas públicas y privadas y, adicionalmente, podrá compartir información, inclusive aquella que tenga el carácter de confidencial o reservado, garantizando la reserva y confidencialidad de la misma.

(…)
Artículo 18.*Contribuciones especiales a favor de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD). Modifíquese el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así:*

***Artículo 85**. Contribuciones especiales a favor de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD). Con el fin de financiar los gastos de funcionamiento e inversión de la CREG, la CRA y la SSPD, y en general recuperar los costos del servicio, las personas prestadoras y entidades sujetas a la regulación, inspección, vigilancia y control de las respectivas entidades, serán sujetos pasivos del pago de las contribuciones especiales anuales descritas en el presente artículo, cuyas tarifas serán determinadas por las entidades respectivas y las cuales no podrán ser superiores al uno por ciento (1%) de las respectivas bases gravables. Los elementos de las contribuciones a que hace referencia el presente artículo serán:*

1. *Base gravable: La base gravable de cada sujeto pasivo se determinará con base en los costos y gastos totales devengados de acuerdo con la técnica contable menos los impuestos, tasas, contribuciones y los intereses devengados a favor de terceros independientes, del año inmediatamente anterior al de la fecha de liquidación, este resultado se denomina costos y gastos totales depurados. Este valor se multiplicará por la división de los ingresos por actividades ordinarias reguladas y el total de ingresos por actividades ordinarias, conforme a los estados financieros de la vigencia fiscal anterior a la cual se haga su cobro. La base gravable descrita se calculará para cada sujeto pasivo así:*

   *Base gravable = (Costos y Gastos totales depurados) * (Total ingresos actividades ordinarias y sus actividades complementarias de servicios sujetas a inspección vigilancia, control y regulación devengados en el período) / (Total de ingresos de actividades ordinarias devengados en el período).*
   Se entenderá que es un tercero independiente siempre que no cumpla con alguno de los criterios de vinculación previstos en el artículo 260-1 del Estatuto Tributario.

2. *Tarifa: La tarifa de cada contribución especial se determinará por cada uno de los sujetos activos de la contribución de manera independiente, tomando el valor del presupuesto neto de la entidad correspondiente en el año a financiar, incluidos la totalidad de gastos de funcionamiento e inversión, el cual se dividirá por la suma de las bases gravables determinadas para los sujetos pasivos conforme a los estados financieros de la vigencia fiscal anterior.*

   Tarifa de contribución de sujeto activo = (Presupuesto a financiar de sujeto activo) / (Suma de bases gravables de sujetos pasivos).

3. *Hecho generador. El hecho generador de cada contribución especial por parte de los sujetos pasivos, será la prestación de los servicios sometidos a inspección, control, vigilancia y la venta de sus bienes vigilados o regulados.*

4. *Sujetos pasivos. Los sujetos pasivos de la contribución especial son las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, conforme a los artículos 15 y 16 de la Ley 142 de 1994, y todos aquellos que inciden directa o indirectamente en la prestación de los servicios públicos domiciliarios; las personas prestadoras de la cadena de combustibles líquidos y las personas prestadoras del servicio de alumbrado público. Tratándose de la CREG también lo serán las personas prestadoras a que hace referencia el artículo 61 de la Ley 812 de 2003 y el Decreto número 4299 de 2005, o las normas que lo modifiquen, sustituyan o deroguen, con excepción de los distribuidores minoristas en estación de servicio en un municipio ubicado en zona de frontera.*

***Parágrafo 1°.** El Gobierno nacional reglamentará las características y condiciones especiales que se requieran para la determinación de las contribuciones especiales a que hace referencia el presente artículo, así como*

los asuntos relacionados con la declaración, administración, fiscalización, el cálculo, cobro, recaudo y aplicación del anticipo y demás aspectos relacionados con obligaciones formales y de procedimiento. Las sanciones e intereses por el incumplimiento de las obligaciones formales y sustanciales relacionadas con la contribución especial serán las mismas establecidas en el Estatuto Tributario para el impuesto sobre la renta y complementarios.

Parágrafo 2°. *El manejo de los recursos del pago de las contribuciones especiales de la CRA y la CREG a que hace referencia el presente artículo se realizará de acuerdo con los mecanismos previstos en los artículos 72 de la Ley 142 de 1994 y 21 de la Ley 143 de 1994. En el evento de existir excedentes de la contribución especial de la CREG provenientes de las actividades reguladas de combustibles líquidos, debido a recursos no ejecutados en el período presupuestal, dichos excedentes serán compensados al pago de la contribución especial de cada empresa del sector de combustibles líquidos en la siguiente vigencia fiscal.*

Parágrafo 3°. *Los sujetos pasivos objeto de la presente contribución están obligados a reportar a más tardar el 30 de abril de cada vigencia la información requerida para el cálculo de la tarifa y la liquidación de la contribución especial en el formato que para el efecto defina la CRA, la CREG y la SSPD a través del SUI.*

El no reporte de información, en las condiciones de oportunidad, calidad e integralidad definidos por la SSPD, generará la imposición de las sanciones a que hubiere lugar.

Parágrafo transitorio. *Para la vigencia de 2019 el plazo para el cargue de la información será el 31 de julio."*

Por lo que se debe recordar que, la aplicación de las leyes nuevas en el tiempo[1], tiene una especial relevancia en este aspecto toda vez que mi defendida en uso de sus facultades, procedió a la aplicación de la normativa vigente respecto a la contribución especial del año 2019; por tanto, según el C. de R.P. y M., en su artículo 52, establece que expedida una ley, comienza a regir dos meses después, salvo a que la misma ley indique un plazo diferente (artículo 53); entendiéndose por "promulgación" el hecho de publicar la ley en el respectivo periódico oficial.

Ahora bien, se tiene efectos de la nueva norma en la aplicación el tiempo, y en cual se tiene efecto retroactivo – la que permite que vuelva sobre el pasado y rija hechos y consecuencias jurídicos que regulaba la antigua ley-, efecto inmediato sin ser rectroactivo – efecto normal de las leyes nuevas, regulando los hechos y consecuencias que se cumplan durante su vigencia, permitiendo que la ley antigua siga rigiendo los cumplidos cuando estaba vigente- y ultraactivo – en el cual se da la supervivencia de la ley antigua-.

Para el caso que nos compete, las leyes por regla general tienen efecto inmediato, por lo cual debe de aplicarse una vez entren en vigencia, por lo que este efecto se manifiesta en dos vertientes principales:

a. Ser aplica a todos los hechos jurídicos, derechos y relaciones jurídicas que se constituyan a partir de su vigencia
b. Regulan el ejercicio de todas las consecuencias jurídicas; incluyéndose a las que estaban en curso de constituirse, que en otras palabras, dichas consecuencias surgieron de la ley antigua sin haberse conformado, y las que se produzcan y se consoliden durante la vigencia de la nueva ley.

[1] Valencia Zea, Arturo; Ortiz Monsalve, Álvaro, Derecho Civil, Parte general y personas, Tomo I, Editorial Temis. Página 250

En este orden de ideas, se tiene que la Ley 1955 de 2019, en su artículo 336, estableció lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 336. VIGENCIAS Y DEROGATORIAS.*** *La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias*."

Por lo que se dijo en un inicio, la vigencia de esta Ley de acuerdo con el artículo 53 del C. de R.P. y M., es a partir de su publicación, es decir el 25 de mayo de 2019, debido a las modificaciones a la Ley 142 de 1994, específicamente en su artículo 85, el cual regula la contribución especial a cargo de la supervisadas, vigiladas y contraladas por la Superservicios, por parte de esta última, no se desconoce ningún principio legal como tampoco existe ningún tipo de extralimitación en las facultades otorgadas en la Constitución Política y la Ley, debido a que el efecto de la ley nueva en el tiempo, su efecto es regular el ejercicio de todas las consecuencias jurídicas; incluyéndose a las que estaban en curso de constituirse, que en otras palabras, dichas consecuencias surgieron de la ley antigua sin haberse conformado, y las que se produzcan y se consoliden durante la vigencia de la nueva ley.

En cuanto a la Ley 142 de 1994, 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 míos)

LEY 689 DE 2001

Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994, se establece en el artículo 13 modificando el artículo 79 de la precitada ley, las funciones de las 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:

1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.

2. Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, y apoyar las labores que en este mismo sentido desarrollan los "comités municipales de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios"; y sancionar sus violaciones.

3. Dar conceptos, no obligatorios, a petición de parte interesada, sobre el cumplimiento de los contratos relacionados con los servicios a los que se refiere esta ley; y hacer, a solicitud de todos los interesados, designaciones de personas que puedan colaborar en la mejor prestación de los servicios públicos o en la solución de controversias que puedan incidir en su prestación oportuna, cobertura o calidad.

4. Establecer los sistemas uniformes de información y contabilidad que deben aplicar quienes presten servicios públicos, según la naturaleza del servicio y el monto de sus activos, y con sujeción siempre a los principios de contabilidad generalmente aceptados.

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.***

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:*

1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.
(…)

6. Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de acuerdo con los indicadores definidos por las comisiones de regulación; publicar sus evaluaciones y proporcionar, en forma oportuna, toda la información disponible a quienes deseen hacer evaluaciones independientes.

7. Acordar programas de gestión con las empresas que amenacen de forma grave la prestación continua y eficiente de un servicio, cuando así lo estime

(…)

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.

Teniendo definido la normativa aplicable, se tiene que mediante la Resolución general del 16 de julio de 2019, siendo el acto administrativo por excelencia que desplegó las liquidaciones oficiales expedidas por la Superintendencia de Servicios Públicos a cargo de la parte actora, cuyos actos se encuentran enmarcados dentro de la legalidad y el debido proceso según la facultad dada por la ley a mi representada.

A reglón seguido, se hace referencia a la jurisprudencia que sirve de base argumentativa de defensa para la contestación del presente medio de control.

JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO

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*…"[2].

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:
0

> "*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, trascrito, 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,***

[2] 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.

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 parágrafo 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 20033).

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 1o*. Las Comisiones y* ***la Superintendencia se financiará****n* ***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[4], 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

[3] 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**.**

[4] Entre varios fallos citó el del 23 de septiembre de 2010, expediente 16874, con ponencia de La Dra. María Teresa Briceño de Valencia.

relación directa o indirecta, y necesaria e inescindible, con la prestación de los servicios sometidos a vigilancia, control e inspección de la SSPD.

Se tiente 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.

Dicha Corporación manifestó[5]:

> *"Sobre el alcance del parágrafo 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[6]. 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... "***

[5] 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

[6] 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

En dicha sentencia, teniendo en cuenta que la Corporación se refirió expresamente a la decisión del 15 de junio de 2017[7], 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[8]":*
>
> *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.*
>
> ***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*

[7] Artículo 79.4 de la Ley 142 de 1994
[8] Inciso 1°, numeral 2 parágrafo 2 del artículo 85 ibidem

*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[9], 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 parágrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de 19941 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 Ja 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.

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

[9] Nos referimos a las enunciadas anteriormente, procesos de única instancia Nos.11001032700020170001200, demandante Gestión Energética S.A., y 11001032700020160006500 (22873)

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 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 $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 dela 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 2º. 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 Energía Eléctrica:

NOMBRE
Gastos de administración (menos impuestos tasas v 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	***$ 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 Lev 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 eléctr.ico "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 2016, se trae a colación nuevamente las decisiones del Consejo de Estado[10], 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 2018,** pues para este último la Superintendencia tuvo que afrontar un faltante presupuestal, **cuya acreditación quedó plenamente motivada en la Resolución 20185300100025 del 30 de julio de 2018**, 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 Información -SUI -, correspondiente al año 2016 y el valor del presupuesto por concepto de ingresos corrientes 'teses, 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

[10] Se refiere a las ya enunciadas anteriormente, procesos de única instancia Nos. 100103270002017000120O, demandante Gestión Energética S.A.; 11001032700020160006500 (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,

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 (SU/) a 31 de diciembre de 2016.*

(...)

***ARTÍCULO 2º. 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: (...)

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

***"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%, pro- porción indispensable para cubrir el faltante presupuestal de la entidad, de acuerdo con lo establecido en la parte considerativa de la presente resolución."*

Ahora bien, en cuanto a la **Resolución 20191000022815 del 16 de julio de 2019**, se procede a trasladar los mismos precedentes jurisprudenciales y normativas concordantes respecto a la aplicación de las NIFF, ajustándose de la siguiente manera:

(...)

Que formaran parte de la base gravable de liquidación de la contribución especial 2019, la sumatoria de los valores reportados y CERTIFICDOS al Sistema Único de Información – SUI, por los prestadores de servicios públicos domiciliarios, el Formato Complementario [900017] FC01 a FC01-07 "Gastos de Servicios Públicos" y para el Grupo 3 en el Formato complementario [900017 a y b] FC01- Gastos de servicios públicos, en la columna gastos administrativos, de las taxonomías XBRL a 31 de diciembre de 2018, por cada servicio público objeto de inspección, vigilancia y control por parte de la Superservicios, tomando como corte el 07 de julio de 2019

Que para la determinación de la base gravable de liquidación de la Contribución Especial 2019, para los prestadores clasificados en el Grupo 3, se tomará los valores por el servicio público domiciliario prestado, en el Formato

Complementario [900017 a] FC01- Gastos de servicios públicos, de las taxonomías XBRL a 31 de diciembre de 2018, con corte al 07 de julio para el concepto Total Gastos.

(…)

Que una vez obtenida la base gravable de la contribución especial al momento de aplicar la tarifa del 1% según el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, se recaudaría el valor de $94.278.976.000,00 cuyo monto inferior al aprobado por la ley de presupuesto por concepto de ingresos corrientes ($115.602.771.030,00), por lo que se consolidó un faltante presupuestal de $21.323.975.030,00, el cual se hizo necesario cubrir de manera proporcional con la previsiones establecidas, según los conceptos señalados en el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994

(…)

Que teniendo en cuenta el faltante presupuestal y la tarifa máxima del 1% permitida legalmente, se procedió a verificar los conceptos contables reportados y certificados como gastos operativos por los prestadores de servicios públicos, operación que arrojó como resultado de $27.894.743.918.000,00; donde sobre el total de los gastos operativos, se calculó la proporción necesaria que debe ser incluida en la base gravable para el año 2019, con la finalidad de cubrir el faltante presupuestal fue de 7.64%.

(...)

RESUELVE:

***ARTÍCULO 1°. Tarifa para liquidar la contribución especial**.- Fijar el monto de la tarifa de la contribución especial que deben pagar en el año 2019, en el 1% tanto de los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometido a inspección, vigilancia y control de la Superservicios, como de los gastos operativos a que alude el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, con base con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia a través del Sistema Único de Información - SUI a 31 de diciembre de 2018, .REPORTADOS y CERTIFICADOS por la entidad contribuyente por servicio prestado, en el Formato Complementario [900017] FC01 a fco1-07 "Gastos de Servicios Públicos" y para el Grupo 3 en el Formato complementario [900017 a y b] FC01- Gastos de servicios públicos, de las taxonomías XBRL definidas para el año 2019*

(...)

***ARTÍCULO 2º. Base gravable para la liquidación de la contribución especial de la vigencia 2019**. Los conceptos que integrarán la base gravable de la Contribución Especial de la vigencia 2019, son los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido inspección, vigilancia y control por la Superservicios, y los gastos operativos a que alude el parágrafo 2 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 2018, REPORTADOS Y CERTIFICADOS por la entidad contribuyente por el servicio prestado, en el Formato Complementario [900017] FC01 a fco1-07 "Gastos de Servicios Públicos" y para el Grupo 3 en el Formato complementario [900017 a y b] FC01- Gastos de servicios públicos, de las taxonomías XBRL, para el año 2019 en los conceptos relacionados a continuación, con las exclusiones señaladas en la parte considerativa del presente acto administrativo:*

Para Energía Eléctrica, Gas Natural y Gas licuado de Petróleo:

ENERGÍA ELÉCTRICA	***GAS NATURAL***	***GAS LICUADO DEL 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 Bloque y/o a Largo Plazo*	*Compras En Bloque y/o a Largo Plazo*
Compras en Bolsa y/o a Corto Plazo	*Compras en Bolsa y/o a Corto 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	*Gastos Operativos de Distribución y/o Comercialización de Gas*
Gas combustible	*Gas combustible*	*Gas combustible*
Carbón mineral	*Carbón mineral*	*Carbón mineral*
ACPM, Fuel y Oil	*ACPM, Fuel y Oil*	*ACPM, Fuel y Oil*

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*
Compras en Bolsa y/o a Corto Plazo	*Compras en Bolsa y/o a Corto 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	*Gastos Operativos de Distribución y/o Comercialización de Gas*
Gas combustible	*Gas combustible*	*Gas combustible*
Carbón mineral	*Carbón mineral*	*Carbón mineral*
ACPM, Fuel y Oil	*ACPM, Fuel y Oil*	*ACPM, Fuel y 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*
		Órdenes y Contratos Por Otros Servicios
		Disposición Final
Licencias de Operación del Servicio o Peajes de Interconexión de Acueducto	*Licencias de Operación del Servicio o Peajes de Interconexión de Acueducto*	*Licencias de Operación del Servicio o Peajes de Interconexión de Acueducto*

"PARÁGRAFO 1. *Los gastos operativos REPORTADOS y CERTIFICADOS por los prestadores de servicios públicos, serán adicionados en un 7.64%, proporción indispensable para cubrir el faltante presupuestal de la Superservicios, 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:

Partida presupuestal 2017	$110.424.552.845,00
Contribución especial Base de liquidación	$ 29.898.467. 721, 71

$2.989.846. 772.171,41 Tarifa del 1%	
Diferencia o faltante presupuestal Vigencia 2016	$ 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: **1769 del 24 de noviembre de 2015 y 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 2017 y 2018 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 del 16 de julio de 2019, 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:*

Partida presupuestal 2016	***$104.530.664.817.00***
Contribución especial Base de $3.548.943.088.151. 50 ***Tarifa del 1%***	***$35.489.430.881.52***
Diferencia o faltante presupuestal Vigencia 2016	***$ 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 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, oo, se calculó la proporción necesaria que debe ser incluida en la base gravable de la liquidación para cubrir el faltante presupuesta/, 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 esta 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:*

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

Así, ante la existencia del faltantepresupuestal 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 2017, 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 ... n 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 inexequibilidad 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 para el año 2019, objeto de análisis de legalidad en esta instancia, se incluyeron las siguientes partidas en el acto administrativo de carácter general, esto es, la Resolución general del 16 de julio de 2019, para la demandante:

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
Gastos operativos de bienes y servicios Públicos para la venta	Gastos operativos de bienes y servicios Públicos para la venta	Gastos operativos de bienes y servicios Públicos para la venta
Productos químicos	Productos químicos	
Energía	Energía	
ACPM Fuel Oíl	ACPM Fuel Oíl	ACPM Fuel Oíl
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
		Órdenes y contratos por otros Servicios
		Disposición final
Licencias de operación del servicio o peajes de interconexión de acueducto	Licencias de operación del servicio o peajes de interconexión de acueducto	

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

Dichas cuentas corresponden a los siguientes códigos:

753005	uso de líneas, redes y ductos
753006	costo de distribución y/o comercialización de GN
75370	2 gas combustible.

Ahora bien, por virtud de la naturaleza de la empresa demandante, sector de acueducto, 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 de distribución y/o comercialización de gas licuados del petróleo GLP', por reflejarse en el Grupo 75, y asimilarse a la denominada "Costo De Distribución y/o Comercialización De GN o Combustible por redes", 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 v 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 presupuéstales 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[11]. 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 presupuéstales, 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).*

[11] 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

Entonces, cuando la SSPD necesita cubrir faltantes presupuéstales, 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).

PRESUNTA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

Respecto al particular, la Corte Constitucional en varias providencias ha establecido interpretación del derecho fundamental del debido proceso y de defensa, estipulado en artículo 29 de la Constitución Política, que en cuanto a los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico. La negación injustificada o la abstención del funcionario administrativo o judicial en su trámite constituyen una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, susceptible entonces, de ser amparado a través de la acción de tutela. En tal virtud, y como garantía de respeto a dichos principios, el proceso se institucionaliza y normativa, mediante estatutos escritos que contienen mandatos reguladores de la conducta de las autoridades administrativas o judiciales encaminados a asegurar el ejercicio regular de sus competencias.

Para la jurisprudencia[12] de la Honorable Corte Constitucional, el derecho al debido proceso, comprende:

> *"La Corte Constitucional ha manifestado que el debido proceso comprende: "a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo. b) El derecho al juez natural, identificado este con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley. c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso. d) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables. e) El derecho a la independencia del juez, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo. f) El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas."*

En la misma providencia hace alusión a lo concerniente al debido proceso administrativo, en el siguiente sentido:

[12] Corte Constitucional, Sentencia T-051 del 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

"Las garantías establecidas en virtud del debido proceso administrativo, de acuerdo a la jurisprudencia sentada por este alto Tribunal, son las siguientes: "(i)ser oído durante toda la actuación,(ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso."

Ahora bien, dentro de esas garantías mínimas, existen unas previas y otras posteriores a la actuación administrativas que, en la Sentencia C-034 de 2014[13], dijo:

"La jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa."

Por otra parte, el derecho fundamental del debido proceso y el de contradicción, se tiene que la misma Corte, ha establecido que dentro del marco jurídico que enmarca las relaciones entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y el usuario, existen garantías de las personas que no pueden ser omitidas cuando se inicia una actuación, por ejemplo, a raíz del ejercicio del derecho fundamental de petición. Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha resaltado:

"Así resulta violatorio de ese derecho constitucional que a pesar de que formalmente un procedimiento reconozca la posibilidad de contradecir una prueba, la autoridad encargada de llevar a cabo la actuación administrativa adopte la decisión final en contra del administrado ***sin haberle permitido materialmente controvertir el fundamento probatorio de esa resolución, puesto que ello implica la posibilidad de tener un derecho y de no poderlo ejercer. De nada sirve que exista una variedad de derechos si éstos no pueden hacerse efectivos, en este sentido los procedimientos que lleven a cabo las autoridades, y dentro de ellas las empresas de servicios públicos****, deben orientarse hacia el pleno desarrollo y realización de los derechos fundamentales.***

El debido proceso, así como las demás libertades públicas son límites materiales insalvables a la acción de la administración*, que no puede reclamar para sí ningún poder general para condicionarlas o coartarlas so pretexto de buscar un fin loable, ya que en el Estado social de derecho también importan los medios que no sólo deben ser razonables y proporcionales. (…)*

En este orden de ideas los suscriptores y usuarios de los servicios públicos domiciliarios son titulares de las garantías que se desprenden del derecho al debido proceso como: i) la necesidad que la actuación administrativa se surta sin dilaciones injustificadas, ii) conforme a la normatividad previamente establecida a su iniciación, es decir, que no sea la empresa de servicios públicos la que cree, en cada caso particular, el procedimiento a seguir, iii)

[13] Corte Constitucional, M.P. María Victoria Calle Correa

que quien surta la actuación esté debidamente facultado para ello, y, iv) que en su desarrollo se observe por parte de la empresa la plenitud de las formas propias de la actuación administrativa previstas en el ordenamiento jurídico. *(…)*

En este sentido, el respeto del principio de contradicción implica que tanto usuario como empresa deben estar en posición de igualdad, de forma tal que dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar los fundamentos de las decisiones que en desarrollo de la actuación administrativa se profieran.

El artículo 29 Superior incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en la actuación administrativa, de acuerdo con el principio Audi alteran parte, ya que de no ser así, se produciría un estado de indefensión para el administrado.[14]

*Desde esta perspectiva, la indefensión debe entenderse entonces no sólo desde una concepción formal como la imposibilidad de contar en el procedimiento administrativo con oportunidad para impugnar o controvertir las decisiones que afecten a una persona sino que a partir del principio constitucional de efectividad de los derechos debe comprenderse en su dimensión material, es decir****, la falta de protección del derecho a la defensa cuando el afectado con el acto administrativo definitivo incluso haciendo uso de los mecanismos que la autoridad administrativa le brinda, no logra eficazmente amparar su derecho defensa****. (…)***

El derecho al debido proceso y a la defensa, a partir de lo establecido en el artículo 29 de la Carta Política, deben observarse tanto en los procedimientos de tipo administrativo como en los de naturaleza judicial*. Será el juez de tutela en cada caso el que verificando las circunstancias fácticas del asunto de que se trate determinará si el administrado se encuentra en estado de indefensión.*

Para este fin, debe precisarse que ***los medios de defensa no pueden aducirse en abstracto*** *sino que es deber del juez de tutela constatar si ellos efectivamente pudieron ser utilizados por el afectado en eventos en que a pesar de su diligencia frente a la administración ésta con conocimiento de que su conducta vulnera el debido proceso del particular profiere un acto administrativo definitivo en su contra, cuya constitucionalidad pretende hacer valer bajo el argumento de la presunción de legalidad que en vigencia del Estado social derecho debe entenderse como de constitucionalidad.*

Lo anterior, ***por cuanto no basta con que el acto administrativo esté conforme a la ley en sentido estricto sino que se hace necesario que sea compatible con el ordenamiento constitucional****, (…)"*[15] (Negrilla y subraya fuera de texto)

Una vez dado un concepto general y jurisprudencial respecto al derecho fundamental del debido proceso y de defensa, se evidencia que no existe vulneración de dicho derecho según el proceder de la SSPD, ya que se encuentra con la normativa vigente en cuanto a la facultad de expedir liquidaciones oficiales de contribución a sus vigiladas.

RESPECTO A LA PRESUNTA FALSA MOTIVACIÓN

Previo abordar el análisis del cargo salegado 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:

[14] Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
[15] Sentencia T-270/04

"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.

Con el objeto de reforzar este principio se establece la reserva de la ley, que obliga a regular la materia concreta con normas que posea rango de ley. Por lo tanto, son materias vedadas al reglamento y a las normativas emanadas del poder ejecutivo.

Este principio sirve también para dar más facultades al poder legislativo en ciertas materias, de sensibilidad especial relativas a la afectación de derechos fundamentales. Es decir, es una forma de impulsar la separación de poderes.

La Corte Constitucional[16] ha dicho referente a este principio, con el siguiente criterio:

"Esta Corporación ha señalado que el principio de legalidad exige: "(i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que éste señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no solo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no

[16] Sentencia C-713 de 2012

determinable" y tiene como finalidad proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial, asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y en su materialización participan, los principios de reserva de ley y de tipicidad.

Igualmente, el principio de legalidad tiene una doble condición que la jurisprudencia[17] se ha permito en definirla así:

"El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas."

Lo respectivo a la inclusión de las cuentas del código 75, gastos operacionales, específicamente las 753001, compras en bloque y/o largo plazo; 753002, compras en bolsa y/o corto plazo; 753005, uso de líneas, redes y ductos; 753006, costo de distribución y/o comercialización de GN; 753702 gas combustible; 753703, carbón mineral, y 753705 ACP, fuel y oíl, razón por la cual, en su concepto, se vulneraron los artículos 3° y 85 de la Ley 142 de 1994, y el artículo 338 Constitucional, este último por un eventual desplazamiento de las funciones del legislador.

Aun cuando la accionante no tituló el cargo como **falsa motivación** es de suponerse que pregona tal causal de anulación por virtud de una supuesta actuación engañosa, fingida o simulada de parte de la SSPD, o por virtud de una, también supuesta, emisión del acto en circunstancias de hecho y de derecho que no tienen correspondencia con la decisión adoptada, elementos que, teóricamente, configurarían dicha causal de anulación.

Pero tal cargo no corresponde a la realidad de emisión del acto demandado, pues no es cierto que la entidad que represento no haya justificado debidamente la inclusión de las cuentas antes mencionadas, con fundamento en su soporte legal que, como arriba se indicó, corresponde al parágrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, cuyo tenor se reitera así:

> ***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).

A partir de la página 2 del acto administrativo objeto de demanda, acápite de consideraciones, la Superintendencia expuso las razones de tipo fiscal por las cuales era imprescindible apelar a su facultad de fijación de la contribución especial, haciendo uso de la prerrogativa del precitado parágrafo segundo, como se indica a continuación:

Adujo la entidad que la Ley 1737 del 2 de diciembre de 2014, así como el Decreto de Liquidación de Presupuesto General de la Nación No. 2710 de diciembre de 2014, por medio de los cuales se liquidó el presupuesto general de la Nación para la vigencia fiscal 2015, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios le correspondió la suma de $94.309.800.000. Aplicando el precedente del Consejo de Estado, Sección Cuarta, reiterado en sentencia del 17 de septiembre de 2014, proceso 2012-00362 (20253), con

[17] Sentencia C-710/01M.P. Jaime Córdoba Triviño

ponencia de la doctora Martha Teresa Briceño de Valencia, la base gravable para el año 2015 no podría estar conformada por las cuentas del Grupo 75, por no ser gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio objeto de vigilancia y control. Así las cosas, el aludido presupuesto, contrastado con el equivalente al 1% de la cuenta 51, gastos de administración menos impuestos, tasas y contribuciones (5120), determinaría un recaudo de apenas $28.971.432.823, equivalente al 31% del valor total del presupuesto aprobado por la ley de presupuesto general de la Nación.

La razón expuesta no fue fruto del capricho o de la actuación simulada de la Superintendencia demandada, pues esta invocó como parámetro objetivo la citada Ley 1737 de 2014, a través de la cual se fijaron los cómputos del presupuesto de rentas y recursos de capital del Tesoro de la Nación para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2015, correspondiéndole a la SSPD la suma de $94.309.800.000. No hay que obviar el hecho según el cual el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación presupone que el presupuesto anual debe reflejar los planes de largo, mediano y corto plazo de cada entidad del sector administrativo, por consiguiente, entre varias premisas, debe tener en cuenta los planes financiero y operativo para la respectiva vigencia.

Como se puede verificar, al esbozar las razones fácticas, todas relacionadas con la carencia presupuestal, la Superintendencia proveyó por la razón jurídica, para lo cual invocó el parágrafo 2° del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, arriba transcrito y subrayado. A partir de la facultad prevista en dicha disposición, procedió la entidad a relacionar las cuentas para cada uno de los sectores (energía eléctrica, gas natural, gas licuado del petróleo y acueducto y alcantarillado) que, pese al precedente jurisprudencial, relacionado con la exclusión de las cuentas del Grupo 75 de la base gravable, podrían ser adicionadas "…***en la misma proporción en que*** – fueran - ***indispensables para cubrir faltantes presupuestales de … la Superintendencia***…", que, como quedó antedicho, era del 69% para la vigencia 2015. Dentro de las cuentas relacionadas en el acto están las descritas por la demandante, a saber: 753001, compras en bloque y/o largo plazo; 753002, compras en bolsa y/o corto plazo; 753005, uso de líneas, redes y ductos; 753006, costo de distribución y/o comercialización de GN; 753702 gas combustible; 753703, carbón mineral, y 753705 ACP, fuel y oíl.

Siguiendo con el soporte del acto demandado, con el fin de descartar una eventual falsa motivación derivada de la simulación de las circunstancias fácticas, la entidad argumentó haber tomado la información financiera cargada por los mismos prestadores al SUI18, para la vigencia 2014, y el valor de los ingresos por conceptos de tasas, multas y contribuciones para la vigencia 2015, tal como lo prevé la regla general del artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

Nótese que la demandante en el cargo no explicó, por ende no acreditó, en qué funda la falta de justificación de la Superintendencia demandada para incluir, con fundamento en el parágrafo 2° del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, cuentas del Grupo 75, costos de operación; como tampoco estableció cuáles son las razones por las cuales considera que las cuentas seleccionadas vulneran, por vía directa o indirecta, los ordenamientos Constitucional, legal y jurisprudencial que citó en la demanda, y que arriba se relacionaron.

No obstante, la mencionada falencia argumentativa de la demandante, vale la pena precisar que la Superintendencia demandada esbozó otras razones de tipo constitucional y legal que permiten inferir que no incurrió en vulneración del artículo 338 Constitucional, por supuesta suplantación de las facultades del legislador, como se indica a continuación:

[18] **SUI: Sistema Único de Información**, previsto por el artículo 14 de la Ley 689 de 2001, la cual adicionó la 142 de 1994, y dispuso que corresponde a la SSPD, en desarrollo de sus funciones de inspección y vigilancia, establecer, administrar, mantener y operar un **sistema de información que se surtirá de la proveniente de los prestadores de servicios públicos** sujetos a su control, inspección y vigilancia; así como que el artículo 53 de la Ley 142, antes citada, reitera esa función en cabeza de la SSPD y a cargo de los prestadores. En ejercicio de la precedente facultad, la Superintendencia, de conformidad con el numeral 22 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, tiene la función de verificar la consistencia y calidad de la información, **la cual sirve de base para** efectuar la evaluación permanente de la gestión y resultados de las personas que prestan servicios públicos y **establecer las contribuciones a cargo de estas**.

La contribución especial, a cargo de los prestadores de los servicios públicos, prevista en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, tiene asidero constitucional en los artículos 150, numeral 12; 338, inciso 2; y 370 de la Carta, como a continuación se indica:

> "*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 parágrafo 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 200319).
>
> *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*

[19] 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**.**

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 1o*. Las Comisiones y* ***la Superintendencia se financiará****n* ***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 me dirijo, 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°, como lo sugiere la demandante. Atendiendo tal método de interpretación, se advierte el verdadero sentido de la disposición, a saber:

La contribución tiene como fin específico el de recuperar los costos del servicio de vigilancia y control; uno de sus márgenes objetivos para calcularla es el de la estimación de los gastos de funcionamiento y la depreciación, amortización u obsolescencia de los activos en el período anual respectivo de la Superintendencia, y **que sea necesaria únicamente para cubrir su presupuesto durante dicho periodo**; si la Superintendencia tuviere excedentes debe reembolsarlos al Fondo Empresarial de que trata el artículo 132 de la Ley 812 de 2003; su cálculo **se hará atendiendo los costos de vigilancia en que incurra la Superintendencia**; y es la **única fuente de financiación** de dicha entidad, además de la venta de sus publicaciones.

En consecuencia, no se debe restringir la interpretación gramatical a un aparte de la norma, parágrafo 2°, desechando dicho método a todo su contexto, lo cual permite desentrañar su sentido primordial, que no es otro que el de garantizar la financiación del ente de control, única y exclusivamente a lo que sus costos demanden, a tal punto que si para el respectivo periodo goza de excedentes debe rembolsarlos al Fondo Empresarial.

Consecuente con el método de interpretación gramatical, no se debe obviar la supremacía del bloque Constitucional, en atención a que Colombia no solamente es un Estado social de derecho sino un Estado "Constitucional", en el que la hermenéutica ha evolucionado desde el simple método textualista a los métodos finalistas, en los que prima el objetivo normativo.

La Corte Constitucional, en sentencia C-415/12, del 6 de junio de 2012, por medio de la cual declaró la asequibilidad del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, adujo que "*La supremacía de la Constitución Política sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho nacional, es un principio estructurante del orden jurídico: el conjunto de prescripciones que integran el derecho positivo, se ordena en un sistema normativo, en*

virtud de la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución. En otras palabras, el orden jurídico de la sociedad política se estructura a partir de la Carta Fundamental. Por eso, la posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquélla determina la estructura básica del Estado…".

En ese orden de ideas, con el pretexto de una interpretación gramatical de un solo aparte normativo, no se puede desestimar el bloque Constitucional fundante del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, que, como ya se adujo, lo integran los artículos 150, numeral 12; 338, inciso 2; y 370 de la Carta, antes transcritos. El ordenamiento jurídico, antes esbozado, protege la finalidad social del Estado de asegurar la prestación eficiente, a todos los habitantes del territorio nacional, de los servicios públicos domiciliarios, eficiencia que solo se garantiza con **el ejercicio de los deberes de regulación, control y vigilancia permanente sobre los mismos**.
Sin abandonar el método de interpretación gramatical de la norma, propuesto por la demandante, éste se debe complementar con el método de interpretación sistemático, conforme al cual, según el artículo 30 del Código Civil, "***El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía***" (Se subraya).

"***No en pocas ocasiones el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la necesidad de acudir a la interpretación de tipo sistemático de la ley, y de no quedarse en la interpretación estrictamente literal****; es decir,* ***observar el contexto de la ley para ilustrar el sentido de cada una de sus partes*** *y permitir, por lo tanto, que entre todas ellas exista la debida correspondencia y armonía y que "los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto" (artículo 30 del Código Civil)*"[20] (Se resalta)

En conclusión, respecto del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, se debe apreciar su verdadero espíritu y finalidad, que no es otro, se reitera hasta la saciedad, que 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.). Así se contempló en la exposición de motivos de la susodicha ley, numerales 6.5. y 6.6., a saber:

"(…) 6.5. El proyecto, en desarrollo del artículo 370 de la Constitución, propone la creación de una Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (art. 74), cuya función no consiste en dictar reglas, sino en verificar, en casos concretos, si las entidades que prestan los servicios públicos acatan o no las reglas aplicables.

6.6. El proyecto, ***para no gravar al fisco nacional, propone que sean las mismas empresas de servicios públicos las que atiendan los gastos de las comisiones de regulación y de la Superintendencia*** *(art. 80); las normas respectivas se han redactado teniendo a la vista las innovaciones que introdujo en materia fiscal el inciso segundo del artículo 338 de la Constitución*" (Se resalta).

Así las cosas, no se puede considerar que la Superintendencia demandada desatendió el mandato constitucional del artículo 338 y que propendió por usurpar las funciones del legislador, 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 parágrafo 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 objeto de demanda, sino que se acreditó fácticamente a través del estudio de la contribución especial año 2015, el cual hace parte de los antecedentes administrativos que acompañan el acto, y que se adjuntan en la misma fecha de esta contestación. Como también hacen parte de dichos antecedentes las

[20] Con. de E., Sec. Primera, Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, 3 de diciembre de 2004, radicado 05001-23-31-000-2004-0126-01 –PI

síntesis de los argumentos esbozados por varios prestadores, dentro de los cuales no se hizo presente la hoy accionante, antes de la expedición del acto, contenidos en el documento denominado “PARTICIPACIÓN CIUDADANA”.

RESPECTO A LA INEXISTENCIA DE IMPACTO ECONÓMICO PARA LAS EMPRESAS VIGILADAS:

Otro de los fundamentos fácticos del cargo segundo, antes desvirtuado, fue el del impacto para las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, sujetos pasivos de la contribución. Aun cuando no explicó la demandante el tipo de impacto, es de presumirse que se refirió a uno de tipo económico.

De conformidad con el DRAE, quinta acepción, se entiende por impacto como el “*Efecto producido en la opinión pública por un acontecimiento, una disposición de la autoridad, una noticia, una catástrofe...*”; es decir que, asimilándolo a uno de carácter económico, se tendría que suponer que se refiere al efecto producido en el sector empresarial por un acto de autoridad, como la que está legitimada para imponer contribuciones especiales, traducido, hipotéticamente, en la incidencia para el pago de sueldos y prestaciones, para la compra de bienes y servicios a proveedores, para el pago de impuestos, para el pago de dividendos para los accionistas y otros proveedores de capital, para las compras e inversiones, etc., que conduzca a un decrecimiento empresarial.

Tales factores hipotéticos de impacto económico, por sí solos, no tipifican alguna o algunas de las seis causales de anulación de los actos administrativos, previstas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011. No obstante, aceptando en gracia de discusión, que constituyen un mecanismo que acredita alguna de aquellas, lo cierto es que la demandante no allegó un solo medio de prueba que demuestre el supuesto impacto económico para las empresas del sector en general o de alguno de los sectores en particular.

Además, un impacto como el predicado no es propio del medio de control incoado por la demandante, por ir dirigido contra un acto general que produce efectos abstractos para un sector en especial, como es el de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios. Suponiendo que la empresa que hoy demanda el acto general quisiera acreditar un “impacto económico”, tendría que hacerlo a través de un medio de control que incluyera el restablecimiento del derecho con pretensión indemnizatoria, y este no es el caso.

Por lo anterior, es claro que el acto administrativo de carácter general goza de presunción de legalidad, la cual no ha sido desvirtuada por la demandante, quien, teniendo la carga probatoria en los términos de los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, no demuestra que es contrario a la Constitución o la ley, al interés público, o que fue expedido sin competencia, o en forma irregular, o mediante falsa motivación, ya que el mismo fue expedido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, teniendo como referente Constitucional los artículos 338 y 370 de la Carta Política.

De otro lado, en cuanto al supuesto agravio causado por un eventual “impacto”, la accionante no allegó ningún medio probatorio del orden técnico que así lo pudiera acreditar, en sentido general (para todo el sector) o particular (para la accionante).

Una vez decantada el concepto de violación expuesta por la parte demandante, se tiene como conclusión y con todo lo argumentado en la presente contestación del medio de control de nulidad y restablecimiento se tiene los siguientes puntos:

a) El acto administrativo general, se encuentra amparada por la presunción de legalidad y constitucional de acuerdo con el Presupuesto Anual de la Nación.

b) Los actos administrativos ente ellas, la que se tiene por la liquidación oficial de contribución especial, se encuentran ajustada a derecho de conformidad con la Ley 142 de 1994.
c) Las resoluciones administrativas que resolvieron el recurso de reposición y de apelación interpuesta por la demandante, igualmente se encuentran ajustadas en derecho, debido que se encuentran acordes con las liquidaciones oficiales, confirmándolas en su totalidad y de acuerdo a su acto administrativo de carácter general
d) Las actuaciones desplegadas por la Superintendencia, se encuentra dentro de la normativa aplicable y de acuerdo con la jurisprudencia del colegiado de cierre, es decir, Consejo de Estado.

I. EXCEPCIONES PREVIAS

Propongo la siguiente excepción previa, contra las pretensiones incoadas en la demanda a nombre de mi representada, sin que ello implique reconocimiento de derecho alguno.

1. INEPTA DEMANDA

Es claro que el escrito de la demanda principal no cumple con los requisitos formales que establece el numeral 5 del artículo 100 del C.G.P., en lo siguiente:

- No se indica con precisión y claridad lo qué se pretende reclamar por parte del demandante.
- Es confuso el tipo de responsabilidad qué se imputa frente a la demandada que se señalan en el escrito de la demanda

2. INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

De acuerdo con el escrito de la demanda las pretensiones propuestas por el demandante no cumplen con los requisitos formales de la acumulación de pretensiones, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 100 del C.G.P, en lo siguiente:

- Las pretensiones propuestas por concepto de la liquidación de la base gravable reclamadas por el demandante, no hay claridad del tipo de responsabilidad e incumplimiento de obligaciones que se imputan a la demandada
- De igual forma, en el escrito demandatorio el apoderado de la parte actora al momento de formular las pretensiones por concepto la contribución especial no se solicita de manera principal y subsidiaria, por lo que carece de coherencia.

Fundo esta excepción en la forma como el apoderado de la demandante formula las pretensiones de la demanda, por lo que se observa una clara indebida acumulación de pretensiones y por ello solicito al Despacho se declare probado este medio exceptivo.

I. EXCEPCIONES DE MERITO

Propongo las siguientes excepciones perentorias definitivas o de mérito, contra las pretensiones incoadas en la demanda a nombre de mi representada, sin que ello implique reconocimiento de derecho alguno.

1. AUSENCIA DE VICIOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS, POR CUANTO LOS MOTIVOS EN LOS QUE SE FUNDAN SON CONSISTENTES Y CONGRUENTES ACORDES CON LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA APLICABLE

Debido que la mi mandante, es decir, LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, actuó de conformidad dentro del marco legal establecido para la resolución de este tipo de asuntos, es decir, de acuerdo a las normas legales como la Ley 142 de 1994 y la jurisprudencia aplicable al caso en concreto, los cuales fueron citados en el presente escrito, demostrando que el acto acusado goza de plena legalidad y, por ende, se encuentra ausente de todo vicio.

Además, debido al trámite realizado en los actos administrativos aquí acusados, son derivados de un acto administrativo de carácter general en cuento a la fijación de contribuciones especiales a cargo de las empresas prestadoras de servicio público que se encuentra bajo la supervisión, vigilancia y control de la Superintendencia, fueron dentro del marco del debido proceso y de conformidad con el derecho de contradicción, regido por el principio de legalidad y constitucional que igualmente es aplicable a la normativa Plan de Desarrollo Nacional para la asignación de este tipo de rubros.

2. EXISTENCIA EN DEBIDA FORMA LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL ESTABLECIDA EN EL ACTO ADMINISTRATIVO DEL 16 DE JULIO DE 2019, EN RELACIÓN CON LAS RESOLUCIONES DE CARÁCTER PARTICULAR ATACADAS POR LA DEMANDANTE

En el presente caso, y como se dijo en el anterior medio exceptivo de mérito, la presunción legal y constitucional respecto a la norma de carácter nacional, se estima que la carga probatoria **la propia motivación de cada uno de los actos generales**, en otras palabras, la presunción constitucional más que la legal se encuentran respaldada en las LEYES DEL PRESUPUESTO NACIONAL, a saber: **1769 del 24 de noviembre de 2015 y 1815 del 7 de diciembre de 2016**. Además, como quedó ampliamente analizado, el Consejo de Estado ha esbozado correspondiente al año gravable 2016, 2017, razón por la cual las conclusiones **para el 2018 y 2019 no son diferentes.**

Lo anterior, refuerza con la expedición de la ley 1314 de 2009, siendo que el gobierno nacional a través del Decreto de 2420 del 14 de diciembre de 2015 y demás normas concordantes, compilado en el Decreto 2483 del 28 de diciembre de 2018, estableció los criterios para que los preparadores de información financiera se clasificara en diferentes grupos, siendo la clasificación de empresas en 3 grupos, teniendo en cuenta el nivel de exigibilidad de transparencia y rigor para presenta los informes financieros, a saber: Grupo 1. Emisores de valores y entidades de interés público, quienes aplican NIIF plenas. Grupo 2. Empresas de tamaño grande y mediano que no sean emisores de valores ni entidades de interés público, que aplicaran NIIF PYMES y, Grupo 3. Pequeñas empresas y microempresas, quienes se les autorizará la emisión de estados financieros y revelaciones abreviados aplicándose NIIF MICROEMPRESAS. Lo anterior es bajo el entendido que las grandes empresas con exposición al mercado de valores, requieren estándares más complejos para reflejar su información, contrario a las empresas pequeñas cuya influencia es solo de carácter local. Por lo tanto, para cada grupo se adoptaron marcos técnicos normativos aplicables en el caso concreto**.**

Por ende, la SSPD, debió a cogerse al nuevo escenario contable consagrado en el artículo 10 de la Ley 1413 de 2009, que se encuentra a cargo de las autoridades de supervisión: a) efectuar la vigilancia que los entes económicos bajo inspección, vigilancia o control, así como sus administradores, funcionarios y profesionales de aseguramiento de información , cumplan con las normas en materia de contabilidad, de información financiera y de aseguramiento de la información; b) efectuar la aplicación de las sanciones a que haya lugar por infracciones a las mismas; y c) efectuar la expedición de normas técnicas especiales, interpretaciones y quías en materia de contabilidad y de información financiera y de aseguramiento de información, actuaciones que deben realizarse dentro de los límites fijados en la Constitución, en la ley, y en las normas reglamentarias.

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 señor juez de conocimiento está en la obligación de aplicar la Resolución general del 16 de julio de

2019, cuya motivación no difiere en nada de la esbozada para al acto general correspondiente al año 2016, 2017 y 2018, 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.

3. INEXISTENCIA DEL COBRO DE LO NO DEBIDO

Por parte de esta Superintendencia, lo liquidado como contribución especial año 2019, se encuentra dentro del marco legal y por consiguiente, lo impuesto para el pago de dicho concepto, no se encuentra enmarcado como la configuración del cobro de lo no debido, según lo manifestado por la parte actora, ya que no existe ERROR, ni causa ilegitima para su pago por parte de la empresa vigilada, supervisada y controlado por esta Superintendencia

4. GENÉRICA O INNOMINADA

Solicito al señor Juez declarar probada de oficio cualquier excepción que se logre probar durante el desarrollo del presente proceso.

PRUEBAS

Para que sean tenidas como pruebas a favor de mi representado, acompaño los siguientes documentos:

- Antecedentes administrativos de los actos acusados

ANEXOS

- Poder conferido por la parte demandante
- Los documentos que anexo como pruebas documentales

NOTIFICACIONES:

A mi mandante en la carrera 18 No. 84 – 35 de la ciudad de Bogotá D.C., correo electrónico:

Al suscrito apoderado las recibirá en la Secretaria de su despacho, o en carrera 18 No. 84 – 35 de la ciudad de Bogotá D.C. Correo electrónico mmendozab@superservicios.gov.co

Del Señor Juez,

MARCO ANDRÉS MENDOZA BARBOSA
C.C. 80.153.491 expedida en Bogotá D.C.
T.P. No. 140.143 del C.S. de la Judicatura