

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, Dieciséis (16) de Marzo de Dos Mil Dieciocho (2018)

PROCESO: 76-001-33-40-019-2016-00087-00
DEMANDANTE: SERVIDORES S.A. E.S.P.
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS Y MAQUITE S.A.
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TRIBUTARIO

SENTENCIA

I. OBJETO DE LA DECISION:

Procede el **JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CALI**, de conformidad con el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a proferir la correspondiente sentencia en el asunto de la referencia.

II. SÍNTESIS DE LA DEMANDA:

La sociedad **SERVIGENERALES S.A. E.S.P.**, a través de su representante legal y actuando por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda mediante Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, en contra de la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** y la sociedad **MAQUITE S.A.** con el fin se hagan las siguientes,

III. DECLARACIONES Y CONDENAS:

PRIMERO: Que se declare la nulidad de la Resolución No. **SSDP 20158500068745** del 28 de diciembre de 2015, por medio del cual la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** resolvió recurso de apelación donde dispuso:

“MODIFICAR la decisión administrativa 22117 del 1º de junio de 2015, al suscriptor No. 11110967 proferida por SERVICIOS GENERALES EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARÁCTER PRIVADO S.A. E.S.P., en el sentido de ordenar que se reliquide el factor de contribución al suscriptor con el 30% correspondiente a usuario industrial, desde noviembre de 2014, y mientras se mantenga la condición de usuario industrial conforme al monto establecido como aporte de contribución en el servicio de aseo en un 30% procediendo a abonar los valores resultantes de la diferencia en favor del usuario...”

SEGUNDO: Como restablecimiento del derecho se pretende que la sociedad **MAQUITE S.A.** reembolse ante **SERVIGENERALES YUMBO S.A. E.S.P.**, el valor

del 20% dejado de percibir, por todos los periodos afectados, por concepto de contribución para el subsidio del servicio de aseo, ya que el Acuerdo Municipal No. 025 de 2012 dispuso que el porcentaje que se debe recaudar por tal contribución es del 50% para usuarios industriales, categoría o tipo de usuario al que pertenece, pues el desbalance fue causado por un error de lectura realizado por la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS SSPD, sobre el Acuerdo Municipal No. 025 de 2012.

IV. HECHOS:

La causa petendi, con la cual sustenta las pretensiones, se sintetiza en los siguientes hechos:

Manifestó que la empresa SERVIGENERALES S.A. E.S.P. suscribió con el Municipio de Yumbo el contrato de Concesión No. 441 de 2003 con área de exclusividad para la prestación del servicio público domiciliario de aseo en dicho municipio, cuya remuneración proviene de la facturación y el recaudo de las tarifas correspondientes al periodo de prestación efectiva del servicio de aseo, cobradas a los usuarios del mismo modo, fondos que ingresan directamente al concesionario, es decir, no existe un pago o egreso por parte del Municipio a favor del concesionario, ni un comprobante de egreso ni cuenta, sino que el servicio se paga vía Tarifa cobrado directamente a los usuarios.

Que el día 27 de abril de 2015, el señor CARLOS ALFONSO CARDONA SALAMANCA, en calidad de mandatario de la sociedad MAQUITE S.A. presentó reclamación ante SERVIGENERALES YUMBO S.A. E.S.P., por inconformidad con el cobro del 50% por concepto de contribución para el servicio de aseo, ya que el Acuerdo Municipal No. 025 de 2012 dispuso que el porcentaje que se debe recaudar por tal contribución es del 30% para usuarios industriales, categoría o tipo de usuario al que considera pertenecer.

Sostuvo que mediante Resolución No. 20941 del 12 de mayo de 2015, la empresa SERVIGENERALES YUMBO S.A. E.S.P. resolvió no acceder a lo solicitado por el usuario, motivo por el cual éste último interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación en contra de dicha providencia.

Que mediante Resolución No. 21085 del 29 de mayo de 2015, la empresa de aseo resolvió el recurso de reposición confirmando en todas sus partes el Acto Administrativo impugnado, y dispuso conceder la apelación impetrada.

Adujo que a través de Resolución SSPD No. 20158500068745 del 28 de diciembre de 2015, la Directora Territorial Suroccidente de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – SSPD, desató el recurso de apelación, resolviendo entre otras *“MODIFICAR la decisión administrativa 22117 del 1º de junio de 2015, al suscriptor No. 11110967 proferida por SERVICIOS GENERALES EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARÁCTER PRIVADO S.A. E.S.P.”*, Acto Administrativo notificado por aviso el día 7 de marzo de 2016.

V. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

Señaló como normas violadas las que se relacionan a continuación:

- Ley 142 de 1994
- Ley 1450 de 2011
- Decreto 2981 de 2013
- Decreto 1755 de 2015

Inició manifestando que la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS motivó falsamente su decisión, toda vez que desconoció la clasificación de los suscriptores y usuarios propia del servicio público de aseo establecida en el artículo 107 del Decreto 2981 de 2013 que reglamenta la Ley 142 de 1994, asignando para éste servicio un porcentaje por concepto de aportes solidarios a usuarios “industriales”, categoría que es exclusiva del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado.

Que el referido Decreto, en relación con la gestión integral de residuos sólidos del servicio público de aseo, define a los usuarios del servicio como: Usuario Residencial, Usuario No Residencial y Grandes Generadores o Productores, y por su parte, el artículo 107 Ibídem clasifica a los suscriptores o usuarios del servicio de aseo en Residenciales y No Residenciales; y estos últimos en pequeños y grandes generadores de acuerdo a su producción.

Que en ese orden de ideas, revisada la base de datos de los usuarios de la empresa SERVIGENERALES S.A.E.S.P. en el Municipio de Yumbo (V), se encontró que el suscriptor No. 11110967 MAQUITE S.A., está clasificado como usuario no residencial gran generador de residuos sólidos por disponer más de un metro cúbico de residuos de recolección, y en consecuencia le es cobrado el servicio de aseo atendiendo los parámetros legales y la metodología tarifaria contenida en las Resoluciones CRA 351 y CRA 352 de 2005.

Sostuvo que del análisis del artículo 2 del Acuerdo Municipal No. 025 de 2012 expedido por el Concejo Municipal de Yumbo y de las normas que aplican y regulan el servicio público de aseo, se colige que en materia de factores de contribución para este tipo de servicio, la clasificación de usuarios industrial y comercial no aplica, puesto que estas actividades se encuentran inmersas en la clasificación de usuarios no residenciales, sean pequeños o grandes generadores de residuos sólidos.

Que de esa forma, el cuadro porcentual que complementa la literalidad del artículo 2 del mencionado Acuerdo, que establece los porcentajes a cobrar por concepto de aportes solidarios, es claro en determinar el 50% para los pequeños y grandes productores del servicio de aseo, porcentaje que se encuentran dentro de los mínimos establecidos para estas categorías en virtud de lo dispuesto en la Ley 1450 de 2011.

Hizo referencia a que el porcentaje del 30% por aporte solidarios que establece el Acuerdo en el cuadro porcentual para la actividad o usuario industrial, aplica solo para el servicio de alcantarillado y acueducto, razón por la cual es un error de transcripción del Acuerdo y de interpretación de la Superintendencia demandada, pues ese espacio, para el servicio de aseo debería estar en banco.

VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

6.1 SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Por intermedio de apoderado legalmente constituido, dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 163 a 175, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones expuestas por la sociedad actora y refiriéndose a los hechos planteados en la demanda.

Hizo referencia al régimen jurídico aplicable a la contribución de solidaridad indicando que conforme a la misma, se concluye que el hecho de que en estricto sentido la regulación para el servicio de aseo haya considerado únicamente dos clasificaciones (la residencial y la no residencial), no significa que se imposibilite la identificación de un usuario con ocasión de la actividad comercial, industrial u oficial que desarrolle. En ese sentido, resulta apenas lógico que si un usuario desarrolla una actividad distinta de la residencial o le da un uso diferente al inmueble que ocupa, su clasificación sea "No residencial".

Que en ese contexto, si a través del respectivo Acuerdo, bien sea municipal o distrital, la entidad territorial establece los factores de aporte solidario en razón del uso o la actividad no residencial, se ha entendido por parte de la Oficina Jurídica que si el tanto por ciento obedece ya sea a una categoría comercial, industrial u oficial, la contribución se encuentra referida a un usuario no residencial.

Sostuvo que aunque de acuerdo con las definiciones de los usuarios del servicio de aseo, del "usuario residencial" se excluyen "los que produzcan más de un (1) metro cúbico mensual", dicha excepción se encuentra asociada al usuario ubicado en "... locales que ocupen menos de veinte (20) metros cuadrados de área", luego las figuras de pequeño y gran generador o productor, tienen cabida en la excepción si se trata de locales con el área establecida por la definición, en concordancia con la producción de sus residuos.

Que de esta forma, si la destinación del inmueble está referida a actividades comerciales, industriales y/u oficiales, la determinación como pequeño o gran generador o productor debe preceder la verificación de que la ocupación del local no supere los 20 metros cuadrados de área; aspecto que, en todo caso, le corresponde comprobar a la empresa prestadora.

Concluyó indicando que si de la confrontación entre el contenido del Acto Administrativo que determina el porcentaje del aporte solidario, en razón al uso o actividad del inmueble y el acervo probatorio arrimado a la correspondiente

actuación se estima que un usuario efectivamente desarrolla una actividad industrial, independientemente de que la regulación no comprenda tal denominación como una subclasificación del usuario no residencial, en atención a las exigencias de la Ley 1450 de 2011, deberá efectuarse el cobro correspondiente en el Acto Administrativo expedido por la entidad territorial.

6.1 MAQUITE S.A.

La sociedad vinculada no contestó la demanda dentro del término concedido para ello.

VII. TRÁMITE

Se surtió el trámite previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, llevándose a cabo la audiencia inicial (art. 180) y la de pruebas (art. 181), sin llevarse a cabo la de alegatos y juzgamiento por considerarse innecesaria.

VIII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

8.1. POR LA PARTE DEMANDANTE:

Mediante escrito que reposa a folios 202 a 219, la parte actora reiteró los argumentos expuestos en su demanda.

8.2. POR LA PARTE DEMANDADA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

La parte demandada alegó de conclusión mediante escrito visible a folios 248 a 254, ratificando lo manifiesto por su apoderado en la contestación de la demanda.

8.3. MAQUITE S.A.

No presentó escrito de alegatos.

8.4. MINISTERIO PÚBLICO,

No emitió concepto.

IX. CONSIDERACIONES

9.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 del C.P.A.C.A., el Juzgado 19 Administrativo del Circuito de Cali es competente para resolver dentro del presente medio de control.

Por su parte, se encuentran reunidos los presupuestos procesales y no se observa causal de nulidad alguna que invalide lo actuado dentro del proceso.

9.2. PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae a determinar si a la sociedad MAQUITE S.A. le corresponde pagar a SERVIGENERALES S.A. E.S.P. por concepto de contribución por aportes solidarios respecto del servicio público de aseo, como usuario tipo industrial; o debe realizar el pago conforme a la clasificación de pequeño o gran productor privado de residuos sólidos, en los términos del Acuerdo Municipal No. 025 del 10 diciembre de 2012 expedido por el Concejo Municipal de Yumbo (V).

En consecuencia, se resolverá si es nulo ó no la Resolución No. SSPD-201558500068745 del 28 de diciembre de 2015 proferida la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

9.3. DE LA CONTRIBUCIÓN DE SOLIDARIDAD

Mediante sentencia C-086 DE 1998¹, la Corte Constitucional precisó sobre la naturaleza y alcance de los subsidios en materia de servicios públicos, la relevancia que tienen los mismos en aplicación al principio de solidaridad a fin de que toda la población pueda satisfacer sus necesidades básicas insatisfechas, y los usuarios que teniendo una mejor posición socio-económica deben asumir el costo de tales subsidios. De dicha providencia se destaca lo siguiente:

“Tercera.-. Los subsidios en los servicios públicos.

La prestación y cobertura de los servicios públicos, en general, y, en especial, de los domiciliarios (acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible), está supeditada no sólo a la capacidad financiera, técnica y administrativa de las respectivas empresas, sino a la demanda y capacidad de pago de los usuarios.

Las fórmulas para fijar las tarifas de estos servicios están determinadas no sólo por el consumo correspondiente, sino por los costos y los gastos propios de la operación (expansión, reposición de equipos, mantenimiento), aumentos de productividad, etc. Naturalmente que, en la fijación de los costos deberá actuarse racionalmente, evitando todo exceso que perjudique al usuario.

(...)

Como desarrollo de este principio, la Constitución autoriza a la Nación, a los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas para conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, con el fin de que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios (artículo 368 de la Constitución), autorización que debe entenderse como una excepción a la prohibición de otorgar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas (artículo 355 de la Constitución). Se autoriza a la Nación y a las distintas entidades territoriales, para que, con recursos de sus presupuestos, asuman la diferencia entre lo que

¹ Expediente D-1771, M.P. Jorge Arango Mejía

se les cobra a determinados usuarios por la prestación de un servicio público y su costo real.

... De esta manera, se busca que toda la población tenga acceso a los servicios públicos y pueda cubrir sus necesidades básicas insatisfechas, en aplicación del principio de solidaridad que consagra el numeral 9° del artículo 95 de la Constitución, según el cual, es deber de las personas que habitan en el territorio colombiano "contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad", en concordancia con el artículo 2° de la Constitución, según el cual el Estado debe promover la prosperidad general. (...)

Al expedirse la ley 142 de 1994, los "subsidiarios tarifarios cruzados" fueron regulados, y esta ley se convirtió en la base legal para su cobro (artículos 86 y 87). En ella, se autorizó a las empresas de servicios públicos continuar con su recaudo, bajo los siguientes parámetros:

1. Su monto no puede ser mayor al 20% del valor del servicio (artículo 89.1). Las comisiones de regulación deben determinar el porcentaje a pagar dentro de este límite, salvo para el servicio de energía, pues la ley (artículo 95 de la ley 223 de 1995) directamente lo fijó en el 20%.

2. Sólo los usuarios industriales y comerciales, y los de los estratos 5 y 6 están obligados a efectuar el pago de este "subsidio" (artículo 89.1).

A través de la estratificación, se clasifica a la población según sus condiciones socio-económicas, a efectos de permitir que la redistribución del ingreso y el principio de solidaridad que deben imperar en el régimen de tarifas para los servicios públicos domiciliarios se cumplan efectivamente (artículo 367 de la Constitución). La ley de servicios públicos, en este caso, hace uso de este mecanismo para determinar qué sectores de la población deben, además de pagar los costos propios de los servicios públicos de que son usuarios, asumir un pago extra, a fin de colaborar con ese otro sector de la población que no tiene los recursos suficientes para cubrir los costos reales de estos servicios. Específicamente, en lo que hace a los servicios públicos domiciliarios, el artículo 367 de la Constitución delegó en el legislador la facultad de establecer competencias, responsabilidades, cobertura, calidad y **financiamiento** de estos servicios. **Al igual que la determinación de los criterios y factores que habrían de tenerse en cuenta para fijar las correspondientes tarifas.** En desarrollo de este mandato constitucional, se expidió la ley 142 de 1994.

En esta ley, el legislador, haciendo uso de la atribución constitucional a que se ha hecho referencia, estableció dos mecanismos para lograr que, con tarifas por debajo de los costos reales del servicio, la población de escasos recursos pudiese acceder a los diversos servicios públicos domiciliarios, y cumplir así con los principios de solidaridad y redistribución del ingreso que impone la Constitución en esta materia.

El primero de estos mecanismos lo constituyen los subsidios que puede otorgar la Nación y las distintas entidades territoriales dentro de sus respectivos presupuestos (artículo 368 de la Constitución). Subsidios que, por disposición de la propia ley, no pueden exceder el valor de los consumos básicos o de subsistencia. Por tanto, cuando éstos se reconocen, corresponde al usuario cubrir los costos de administración, operación y mantenimiento (artículo 99 de la ley 142 de 1994).

El segundo mecanismo es el recargo en la tarifa del servicio que están obligados a sufragar los usuarios pertenecientes a los estratos 5 y 6, como los de los sectores industrial y comercial. Este sobrecosto en el servicio es denominado de distintas formas. Por ejemplo, la ley 142 de 1994, lo denomina

“factor”, la ley 143 de 1994 “contribución”, y la ley 223 de 1995 “sobretasa o contribución especial”.

Dadas las características de este recargo, considera la Corte que éste es un impuesto con una destinación específica, independiente de la forma como ha sido denominado por las distintas leyes. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha determinado que “la denominación tributaria usada por el legislador es indiferente en sí misma al momento de resolver si el contenido material del gravamen, sus características, forma de cobro y demás elementos con incidencia jurídica se avienen a la Constitución.” (Sentencia C-430 de 1995. Magistrado ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo).

Se afirma que este sobrecosto en los servicios públicos domiciliarios, es un impuesto, por las siguientes razones:

- *Su imposición no es el resultado de un acuerdo entre los administrados y el Estado. El legislador, en uso de su facultad impositiva (artículo 150, numeral 12), y en aplicación del principio de solidaridad que exige la Constitución en materia de servicios públicos, como de los principios de justicia y equidad (artículo 95, numeral 9 y 338 de la Constitución), decidió gravar a un sector de la población que, por sus características socio económicas podría soportar esta carga.*

- *Su pago es obligatorio, y quien lo realiza no recibe retribución alguna. Razón por la que no se puede afirmar que este pago es una tasa o sobretasa, pues su pago no es retribución del servicio prestado, no existe beneficio alguno para quien lo sufraga, y el usuario no tiene la opción de no pago (...)*

Siguiendo la postura de la máxima Corporación constitucional, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia del 05 de mayo de 2000, Expediente 9783, sostuvo:

“La Sala comparte lo expuesto por la Corte Constitucional, pues no cabe duda que la naturaleza de la contribución de solidaridad, corresponde a un impuesto de destinación específica, cuya regulación en lo relativo a sus elementos esenciales es competencia del legislador, por expreso mandato del artículo 338 de la Constitución Política, que en lo pertinente establece:

“ARTÍCULO 338.- En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas de los impuestos.” (Resalta la Sala)

Así pues, se tiene que en observancia de la norma constitucional transcrita en la citada jurisprudencia, el Concejo Municipal de Yumbo (V) expidió el Acuerdo No. 025 del 10 de diciembre de 2012 “Por el cual se establecen los factores para fijar los recursos necesarios para la asignación de subsidios en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo en el Municipio de Yumbo”.

De dicho Acuerdo se destaca a su vez, que se profirió siguiendo los lineamientos de la Ley 142 de 1994², el cual prevé los criterios de solidaridad y redistribución de los ingresos y supone el cobro de facturas tarifarias a usuarios de inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6 y en las de usuarios industriales y comerciales:

² “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.”

“Artículo 89. Aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos. Las comisiones de regulación exigirán gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta Ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3. (...)

89.1. Se presume que el factor aludido nunca podrá ser superior al equivalente del 20% del valor del servicio y no podrán incluirse factores adicionales por concepto de ventas o consumo del usuario. Cuando comiencen a aplicarse las fórmulas tarifarias de que trata esta Ley, las comisiones sólo permitirán que el factor o factores que se han venido cobrando, se incluyan en las facturas de usuarios de inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6, y en las de los usuarios industriales y comerciales. Para todos estos, el factor o factores se determinará en la forma atrás dispuesta, se discriminará en las facturas, y los recaudos que con base en ellos se hagan, recibirán el destino señalado en el artículo 89.2 de esta Ley.”

Por su parte, la Ley 632 de 2000 que modifica parcialmente la Ley 142 de 1994, dispone respecto de los subsidios de acueducto, alcantarillado y aseo lo siguiente:

“Artículo 2o. Subsidios y contribuciones para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo. Las entidades prestadoras de estos servicios deberán alcanzar los límites establecidos en el artículo 99.6 de la Ley 142 de 1994, en materia de subsidios, en el plazo, condiciones y celeridad que establezca, antes del 28 de febrero de 2001, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. En ningún caso, el período de transición podrá exceder el 31 de diciembre del año 2005 ni el desmonte de los subsidios realizarse en una proporción anual inferior a la quinta parte del desmonte total necesario.

En todo caso, una vez superado el período de transición aquí establecido no se podrán superar los factores máximos de subsidios establecidos en la Ley 142 de 1994.

Para las entidades prestadoras de estos servicios, el factor a que se refiere el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994 se ajustará al porcentaje necesario para asegurar que el monto de las contribuciones sea suficiente para cubrir los subsidios que se apliquen, de acuerdo con los límites establecidos en dicha ley, y se mantenga el equilibrio. Las entidades prestadoras destinarán los recursos provenientes de la aplicación de este factor para subsidios a los usuarios atendidos por la entidad, dentro de su ámbito de operaciones. El Gobierno Nacional establecerá la metodología para la determinación de dicho equilibrio.”

9.4. DEL CASO CONCRETO

Acude la sociedad prestadora de servicios públicos SERVIGENERALES S.A. ES.P., a fin de que se nulite el Acto Administrativo de fecha 28 de diciembre de 2015 identificado previamente, proferido por la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, alegando como causal de nulidad el hecho de que el mismo se expidió con infracción de las normas en las que debió fundarse, pues no tuvo en cuenta la clasificación que mediante norma especial se hace para los suscriptores y/o usuarios del servicio público domiciliario de aseo, realizando a su vez, la Superintendencia demandada, una errónea y simple interpretación del Acuerdo No. 025 de 2012 del Concejo Municipal de Yumbo (V), norma de carácter general que sirvió de base para expedir el Acto acusado.

Así pues, se observa que en el artículo 2º del referido Acuerdo se dispuso:

“FACTORES DE CONTRIBUCIÓN POR APORTES SOLIDARIOS: Establécense como factores de contribución para aplicar los estratos socioeconómicos 5 y 6 y los usuarios tipo industrial y comercial, adicionalmente para el servicio de aseo para los pequeños y grandes productores de residuos sólidos. Las mencionadas contribuciones aplican para la vigencia fiscal 2012 y subsiguientes de acuerdo a lo establecido en el artículo 125 de la Ley 1450 de 2011, Plan de Desarrollo Nacional, las cuales se relacionan en el siguiente cuadro:

Usuarios	ACUEDUCTO		ALCANTARILLADO		ASEO
	Cargo fijo	Consumo Básico	Cargo fijo	Consumo Básico	
Estrato 5	50.00%	50.00%	50.00%	50.00%	50.00%
Estrato 6	60.00%	60.00%	60.00%	60.00%	60.00%
Comercial	50.00%	50.00%	50.00%	50.00%	50.00%
Industrial	30.00%	30.00%	30.00%	30.00%	30.00%
Pequeños productores privados					50.00%
Grandes productores privados					50.00%

Manifiesta su inconformidad la parte actora, al considerar que el porcentaje establecido en las casillas “Comercial” e “Industrial” no le es aplicable al Ítem de ASEO, pues para éste servicio público domiciliario en particular, se debe tomar en cuenta la clasificación que establece el artículo 107 del Decreto 2981 de 2013 que reglamenta la prestación de dicho servicio, y que dispone:

“Artículo 107. Clasificación de los suscriptores y/o usuarios del servicio de aseo. Los usuarios del servicio público de aseo se clasificarán en residenciales y no residenciales, y estos últimos en pequeños y grandes generadores de acuerdo con su producción.”

Por su parte, el artículo 1º *Ibídem* realiza las siguientes definiciones que se hacen pertinentes traer a colación:

Generador o productor: Persona que produce y presenta sus residuos sólidos a la persona prestadora del servicio público de aseo para su recolección y por tanto es usuario del servicio público de aseo.

Grandes generadores o productores: Son los suscriptores y/o usuarios no residenciales que generan y presentan para la recolección residuos sólidos en volumen igual o superior a un metro cúbico mensual.

Pequeños generadores o productores: Son los suscriptores y/o usuarios no residenciales que generan y presentan para la recolección residuos sólidos en volumen menor a un (1) metro cúbico mensual.

Usuario no residencial: Es la persona natural o jurídica que produce residuos sólidos derivados de la actividad comercial, industrial y los oficiales que se benefician con la prestación del servicio público de aseo.

Usuario residencial: Es la persona que produce residuos sólidos derivados de la actividad residencial y se beneficia con la prestación del servicio público de aseo. Se considera usuario residencial del servicio público de aseo a los

ubicados en locales que ocupen menos de veinte (20) metros cuadrados de área, exceptuando los que produzcan más de un (1) metro cúbico mensual.

Mediante Ley 1450 del 16 de junio de 2011 se expidió el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo 2010-2014, donde se dispuso en su artículo 125:

“ARTÍCULO 125. SUBSIDIOS Y CONTRIBUCIONES PARA LOS SERVICIOS DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO. Para efectos de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 99 de la Ley 142 de 1994, para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, los subsidios en ningún caso serán superiores al setenta por ciento (70%) del costo del suministro para el estrato 1, cuarenta por ciento (40%) para el estrato 2 y quince por ciento (15%) para el estrato 3.

Los factores de aporte solidario para los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo a que hace referencia el artículo 2o de la Ley 632 de 2000 serán como mínimo los siguientes: Suscriptores Residenciales de estrato 5: cincuenta por ciento (50%); Suscriptores Residenciales de estrato 6: sesenta por ciento (60%); Suscriptores Comerciales: cincuenta por ciento (50%); Suscriptores Industriales: treinta por ciento (30%)”.

Se puede concluir de ésta última norma que los suscriptores comerciales e industriales deben realizar unos aportes mínimos del 50% y 30% para los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. Ahora bien, encuentra el Despacho que le asiste razón a la sociedad demandante en lo que refiere a la clasificación que del servicio de aseo debe hacerse a sus suscriptores, en el entendido de que no es la prevista en dicha norma, esto es, dependiendo de la actividad que ejerza (comercial o industrial) sino en la clasificación prevista en el artículo 107 del Decreto 2981 de 2013, en armonía con las definiciones previstas en el artículo 1º Ibídem donde diáfamanamente se expresa que los usuarios serán residenciales y no residenciales, y a su vez éstos últimos en pequeños o grandes productores de residuos sólidos.

Es de precisar que si bien en el recuadro del artículo 2 del Acuerdo No. 025 de 2012 se transcribió en el ítem de ASEO en sus casillas “Comercial” e “Industrial” un 50% y 30% respectivamente, del enunciado gramatical del mismo artículo que antecede dicho recuadro, se puede constatar que para el servicio de aseo se establecen como factores de contribución los que correspondan a los usuarios catalogados como pequeños o grandes productores; entenderlo de otra manera, impone a los suscriptores del servicio de aseo una doble tributación, tanto por su actividad como por su calidad de pequeño o gran productor.

Precisamente ante tal situación se demandó mediante medio de control de nulidad simple el Acuerdo No. 025 de 2012 a fin de que se declarara su nulidad parcial, y dejar sin efecto los porcentajes previstos en las casillas “Comercial” e “Industrial” de la columna de “Aseo”, proceso que se adelantó en el Juzgado 5 Administrativo del Circuito de Cali, quien accedió a las pretensiones de la demanda aclarando que la norma vigente e infringida al momento de expedirse el Acto Administrativo de carácter general, era el Decreto 1713 de 2002, norma que en esencia tiene el mismo contenido del Decreto 2981 de 2013, y que regulaba la prestación del servicio público de aseo para la época; fallo del que se destacan las siguientes consideraciones:

*“(…) Fluye de lo antes dicho que la norma en cita impone a los Suscriptores Comerciales y a los Suscriptores Industriales, unos aportes mínimos solidarios del 50% y el 30% respectivamente, para los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo recibidos. Sin embargo debe resaltarse que para la aplicación de la contribución o aporte solidario a dichos suscriptores, en lo que atañe al servicio público de aseo, en el caso sub examine, necesariamente se debe tener en cuenta la clasificación establecida en el artículo 13 del Decreto 1713 de agosto 6 de 2002, en armonía con las definiciones de que trata el artículo 1 *Ibidem*, según la cual los suscriptores comerciales e industriales, y los que prestan servicios, son usuarios no residenciales, y dependiendo de la producción de residuos sólidos, se clasifican en grandes generadores o productores o pequeños generadores o productores.*”

Lo anterior significa que, en tratándose del servicio público de aseo, a la hora de aplicar los factores de aportes solidarios a los usuarios comerciales e industriales, estos deben ser clasificados como grandes o pequeños generadores o productores, tal como lo determina la norma reglamentaria en comento. En consecuencia, también quiere decir que la clasificación usuario comercial y usuario industrial sólo aplica para los servicios públicos de acueducto y alcantarillado.”

Finalmente se concluyó, frente al Acuerdo acusado que:

“Al confrontar dicho acto administrativo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 1713 de 2002, armonizado con el artículo 1 del mismo cuerpo normativo, se evidencia que el primero contraviene al segundo, en virtud a que frente al servicio de aseo estableció factores de aporte solidario a los usuarios comerciales e industriales, cuando lo correcto era eliminar esta clasificación y dejar únicamente la categoría de grandes o pequeños generadores o productores privados, toda vez que en tratándose del servicio público de aseo las personas naturales o jurídicas que producen residuos sólidos derivados de actividad comercial, industrial o de servicios, están subsumidas dentro la clase: grandes productores o pequeños productores, según la cantidad de residuos sólidos que generen mensualmente”. Subrayado fuera de texto.

En éste punto se hace necesario precisar que si bien la sociedad demandante alude como infringido el Decreto 2981 de 2013, lo cierto es que el mismo no había sido creado al momento de la expedición del Acuerdo No. 025 de 2012, pues éste último resulta ser anterior a dicho Decreto, y en consecuencia se tendrá como norma vulnerada con dicho Acuerdo, el Decreto 1713 de 2002, norma que se encontraba vigente al momento de expedirse el Acto Administrativo de carácter general, y que en esencia, hacía la misma clasificación para los usuarios del servicio público de aseo, en los siguientes términos:

“Artículo 13. Clasificación de los usuarios del servicio de aseo. Los usuarios del servicio público ordinario de aseo de conformidad con la metodología que determine la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, se clasificarán en usuarios residenciales y usuarios no residenciales y cada uno de estos en pequeños y grandes generadores.”

Se itera entonces, que el gravamen en discusión no se clasifica o no deviene de la actividad comercial o industrial del usuario contribuyente, sino del hecho de que éste sea pequeño o gran productor de residuos sólidos. Es claro que el Acto Administrativo acusado tuvo en cuenta lo literalmente expuesto en el recuadro previsto en el artículo 2 del Acuerdo No. 025 de 2012, norma que fue declarada parcialmente nula por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el sentido

de eliminar los porcentajes clasificados en la casilla de "Aseo" para usuarios industriales y comerciales, y de la cual se basó la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS para proferir el Acto de carácter particular, lo que permite colegir sin lugar a dudas que no es conforme a dicha clasificación que la sociedad vinculada MAQUITE S.A. debe pagar por concepto de contribución por aportes solidarios para el servicio de aseo, sino conforme a la clasificación prevista en el art. 13 del Decreto 1713 de 2002, hoy Decreto 2981 de 2013, es decir, como usuario no residencial ya sea como pequeño o gran productor, caso en el cual debe aportar el 50% como lo prevé el citado Acuerdo Municipal de Yumbo (V).

Por lo anterior, se declarará la nulidad de la Resolución No. SSDP 20158500068745 del 28 de diciembre de 2015 proferido por la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, mediante el cual se ordenó a SERVIGENERALES S.A. E.S.P. reliquidar con el 30% por factor de contribución en el servicio de aseo al suscriptor MAQUITE S.A. por considerar que el mismo era usuario industrial, y que dispuso además abonarle los valores resultantes de la diferencia en favor de dicho usuario.

Como restablecimiento del derecho se dispondrá el pago por parte de la sociedad MAQUITE S.A. a SERVIGENERALES S.A. E.S.P. del 20% que por concepto de contribución por aportes solidarios debió cancelar para el servicio domiciliario de aseo durante los periodos dejados de percibir, esto es, a partir del 20 de noviembre de 2014, fecha desde la cual se dispuso en el Acto Administrativo reliquidar en un 30% y no en 50% dicha contribución, y durante la vigencia del Acuerdo No. 025 de 2012, teniendo en cuenta los abonos resultantes de la diferencia que en favor del usuario la sociedad demandante debía realizar en cumplimiento de la Resolución acusada.

9.5. CONDENAS EN COSTAS

Prevé el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 que en la sentencia, el juez dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirá por las normas del Código General del Proceso.

Al respecto, dispone el art. 365 del C.G.P. lo siguiente:

"Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

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

(...)

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

(...)

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

La liquidación de las mismas se realizará de conformidad con el artículo 366 *Ibíd.*

Por su parte, en reciente jurisprudencia del Consejo de Estado se priorizó el criterio objetivo al momento de definir si hay lugar o no a condenar en costas, abandonando el criterio subjetivo que se venía aplicando. Así se dijo, entre otras, en sentencia del 12 de diciembre de 2017³:

“Por último, en lo que respecta a la condena en costas, precisa la Sala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem⁴, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

*En efecto, de la redacción del citado artículo se extraen los elementos que determinan la imposición de la condena en costas, a saber: i) **objetivo** en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) **valorativo** en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.”*

Acogiendo el criterio del Consejo de Estado, y como quiera que dentro del expediente se encuentran causadas y comprobadas las costas, se condenará al pago de las mismas a la parte vencida SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS y MAQUITE S.A., para lo cual deberán cancelar la suma que resulte de la liquidación que se realice por Secretaría, incluyendo el valor de las Agencias en Derecho, conforme a las reglas fijadas por el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

En virtud de lo expuesto, el Juzgado Diecinueve Administrativo del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARASE la nulidad del Acto Administrativo contenido en la **Resolución No. SSDP 20158500068745 del 28 de diciembre de 2015**, por medio del cual la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS resolvió recurso de apelación, y dispuso modificar la decisión administrativa de SERVIGENERALES S.A. E.S.P., ordenándole reliquidar el factor de contribución por servicio de aseo al suscriptor MAQUITE S.A. con el 30% correspondiente a usuario industrial.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, deberá la sociedad MAQUITE S.A. cancelar a SERVIGENERALES S.A. E.S.P. el 20% que por concepto de contribución por aportes solidarios debió cancelar para el servicio domiciliario de aseo durante los periodos dejados de percibir, esto es, a partir del 20 de noviembre de 2014, fecha desde la cual se dispuso en el Acto Administrativo declarado nulo, reliquidar en un 30% y no en 50% dicha contribución, y durante la vigencia del Acuerdo No. 025 de 2012; lo anterior, teniendo en cuenta los abonos resultantes de la diferencia que en

³ Consejo de Estado, Sección 2da, Rad:15001-23-33-000-2013-00562-01(3518-14) C.P. Cesar Palomino Cortés

⁴ “Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

favor del usuario la sociedad demandante debía realizar en cumplimiento de la Resolución acusada, en caso de que los mismos se hayan efectuado.

TERCERO: CONDENAR en costas a la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS y MAQUITE S.A., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de ésta providencia.

CUARTO: La entidad condenada dará cumplimiento a ésta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 187 Ibídem.

QUINTO: EJECUTORIADA la presente providencia **ARCHIVASE** el proceso previa cancelación de su radicación en el sistema judicial Justicia Siglo XXI.

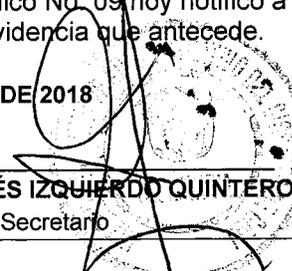
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DORYS STELLA ALDANA MÉNDEZ
JUEZ

**JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE CALI
SECRETARÍA**

En estado electrónico No. 09 hoy notifico a las partes la providencia que antecede.

Cali, 20 DE MARZO DE 2018


CARLOS ANDRÉS IZQUIERDO QUINTERO
Secretario