



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: WILSON RAMOS GIRÓN

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000-23-37-000-2019-00129-01 (27251)
Demandante: Vatia S.A. ESP
Demandada: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Temas: Tasa de vigilancia. SSPD. 2018. Gastos operativos y cuentas especiales en el sector eléctrico (grupo 75). Faltante presupuestal.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 07 de septiembre de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A, que resolvió (índice 2)¹:

Primero: Declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 201853340030786 del 08 de agosto de 2018, mediante la cual le fue proferida a la demandante liquidación oficial por la contribución especial de servicios públicos (energía eléctrica) del año gravable 2018; de la Resolución nro. SSPD 20185300119485 del 24 de septiembre de 2018, que confirmó la anterior al desatar el recurso de reposición, y de la Resolución nro. 20185000129475 del 30 de octubre de 2018, a través de la cual se confirmó la referida liquidación oficial al desatar el recurso de apelación interpuesto, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia

Segundo: A título de restablecimiento del derecho a declarar que la contribución especial a cargo de Vatia S.A. ESP por el año 2018 por el servicio de energía corresponde a la suma de \$127.284.627, según liquidación consignada en la parte motiva.

Tercero: Se ordena a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) devolver a Vatia S.A. ESP la suma de \$78.427.373 ajustada al IPC, junto con los intereses moratorios que legalmente se causen según lo previsto en los artículos 187, 192 y 195 del CPACA.

Cuarto: Sin condena en costas.

ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Mediante Liquidación Oficial nro. SSPD 20185340030786, del 08 de agosto de 2018, la demandada determinó la tasa de vigilancia a cargo de su contraparte por el año 2018, en \$301.074.000 (ff. 28 a 29). La decisión fue confirmada por las Resoluciones nros. 20185300119485, del 24 de septiembre de 2018 (ff. 31 a 39), y 20185000129475, del 30 de octubre del mismo año (ff. 42 a 52), que resolvieron los recursos de reposición y de apelación, respectivamente.

¹ Del historial de actuaciones registradas en el repositorio informático Samai. Las demás menciones a «Índices» aluden a la misma fuente.

ANTECEDENTES PROCESALES

Demanda

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011), la demandante formuló las siguientes pretensiones (f. 2):

1. Que el monto máximo de la contribución a cargo de Vatia por el año 2018 es la suma de \$127.286.432, en tanto ese monto corresponde al 0.9025% de los gastos de administración de la Compañía para el año 2017, menos impuestos, tasas y contribuciones.
2. Que la SSPD debe devolver el exceso que pagó la Compañía sobre el valor mencionado, junto con la indexación e intereses que por ley se deben reconocer en estos casos.
3. Que la SSPD debe archivar el expediente que se haya abierto contra la compañía.
4. Que no son a cargo de Vatia las costas en que haya incurrido la SSPD con relación a la actuación administrativa, ni las de este proceso.

A los anteriores efectos, invocó como normas violadas los artículos 29, 95, 338 y 363 de la Constitución; 85 de la Ley 142 de 1994; y 132 de la Ley 812 de 2003, bajo el siguiente concepto de violación (ff. 6 a 14):

Solicitó la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, dado que, los actos administrativos son contrarios a los artículos 95 y 338 de la Constitución, al no identificar los costos que son susceptibles de la contribución especial. Alegó que la demandada contrarió el principio de legalidad, al incluir en la base gravable del tributo liquidado los gastos operativos en los que incurrió en 2017 (*i.e.* servicios personales, servicios generales, arrendamientos, órdenes y contratos de mantenimiento y reparaciones, honorarios, servicios públicos, materiales, seguros y otros), siendo que esos conceptos están excluidos por mandato del parágrafo 2.º del artículo 85 de la Ley 142 de 1994. Agregó que, de acuerdo con esta norma, solo deben integrarse en la base en cuestión los gastos de funcionamiento asociados al servicio objeto de vigilancia y control; y que la demandada interpretó indebidamente la Ley 142 de 1994, al estimar que los costos de producción son asimilables con los gastos de funcionamiento a partir de la adopción de las NIIF (Normas Internacionales de Información Financiera).

Contestación de la demanda

La demandada se opuso a las pretensiones de la actora (ff. 105 a 123), para lo cual afirmó que no vulneró los preceptos constitucionales, debido a que, expidió los actos conforme a las normas que regulan la contribución y que tienen como objetivo recuperar los costos del servicio de vigilancia y control, a través de la estimación de los gastos de funcionamiento y la depreciación de los activos en el respectivo año fiscal y, de haber excedentes, rembolsarlos al Fondo Empresarial de Conformidad con lo previsto en el artículo 132 de la Ley 812 de 2003. Adujo que los actos acusados se encuentran ajustados a derecho y explicó que incluyeron en la determinación del tributo los gastos operativos con fundamento en el faltante presupuestal que contempla el parágrafo 2.º del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, con fundamento en el acto general. Asimismo, mencionó que si bien, la ley señala que las cuentas del grupo 75 deben ser excluidas del cálculo de la base gravable de la contribución especial, esto, no es óbice para desconocer que la misma normativa dispone como excepción que la entidad tiene la facultad de incluir

gastos operativos cuando advierte un déficit presupuestal.

Sentencia apelada

El tribunal declaró la nulidad parcial de las pretensiones de la demanda, sin condena en costas (índice 2):

Juzgó que la demandada no se abrogó la facultad de determinar los gastos operativos de forma arbitraria, toda vez que, a la luz de las facultades expresas en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, de forma excepcional se pueden incluir los gastos operativos para determinar la base gravable de la tarifa. No obstante, señaló que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que no pueden ser parte de la base gravable de la contribución prevista en el artículo 85 *ejusdem*, las cuentas del grupo 75, debido a que, la determinación de la base solo debe comprender los gastos de funcionamiento, los cuales tienen relación directa o indirecta con la prestación de servicios de vigilancia y control. Frente a la excepción de inconstitucionalidad de la Resolución SSPD 2018-5300-100025 de 30 de julio de 2018, propuesta por la demandante, consideró que no es aplicable, dado que, ya fue declarada parcialmente nula por la sentencia de 12 de noviembre de 2020, proferida por esta Sección (exp. 24498, Milton Chaves García) la cual tiene efectos *erga omnes* y es de aplicación inmediata a aquellas situaciones jurídicas no consolidadas. Por ende, sostuvo que no es procedente que sean adicionados los gastos operativos en la determinación de la liquidación de la contribución a cargo de la actora y, en consecuencia, reliquidó el valor del tributo a cargo de la demandante por la suma de \$127.284.627 y, le ordenó a su contraparte devolver un monto de \$78.427.373.

Recurso de apelación

La demandada apeló la decisión del *a quo* (índice 2), para lo cual reiteró que, desconoció el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado² en el cual se estableció que el parágrafo 2.º del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, de manera excepcional permite adicionar a los gastos de funcionamiento, los gastos operativos en la misma proporción que sean indispensables para cubrir los faltantes presupuestales que tenga la entidad.

Pronunciamientos sobre el recurso³

La parte demandante guardó silencio. Por su parte, el ministerio público manifestó (índice 12), que está de acuerdo con la decisión del tribunal, por cuanto, consideró que los actos administrativos demandados violaron el principio de legalidad por incorporar en la base gravable de la contribución los rubros de la cuenta del grupo 75, que no corresponden a los gastos de funcionamiento y los cuales no están asociados a la prestación del servicio sometido a vigilancia, control e inspección de la demandada en los términos del artículo 85 de la Ley 142 de 1994. Igualmente, estimó que el *a quo* reliquidó el tributo de forma correcta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1- Juzga la Sala la legalidad de los actos acusados, atendiendo al cargo de apelación planteado por la demandada, en calidad de apelante única, contra la sentencia de primera

² Sentencias del 15 de julio de 2017 y del 10 de julio de 2019 (exps. 22873 y 22394, CP: Jorge Octavio Ramírez).

³ El recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia fue presentado con posterioridad a la reforma introducida al CPACA por la Ley 2080 de 2021, es decir, después del 25 de enero de 2021.

instancia que declaró la nulidad parcial de los actos administrativos demandados, sin condena en costas. Así, corresponde establecer si los gastos operacionales deben incluirse en la base gravable de la contribución especial del año 2018, como gastos de funcionamiento, por existir el faltante presupuestal a que se refiere el parágrafo 2.º del artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

2- La Sala se pronunciará sobre el problema jurídico planteado atendiendo a los precedentes jurisprudenciales emitidos por esta Corporación sobre la misma materia, en sentencias del 10 de octubre de 2019 (exp. 22394, CP: Jorge Octavio Ramírez) y del 12 de noviembre de 2020 (exp. 24498, CP: Milton Chaves García), siendo esta última la que realizó el control de legalidad de la Resolución nro. SSPD-20185300100025, del 30 de julio de 2018, que fijó la tarifa y la base imponible para la contribución especial del año 2018, declarándola parcialmente nula en el sentido de excluir de la base imponible los conceptos correspondientes a *«servicios personales, generales, arrendamientos, licencias, contribuciones y regalías, órdenes y contratos de mantenimiento y reparaciones, honorarios, servicios públicos, materiales, seguros y órdenes, y contratos por otros servicios»*, en tanto, concluyó que de conformidad con la Ley 142 de 1994, la contribución se determina solo a partir de los gastos de administración, detrayendo los impuestos a cargo.

En ese sentido, esta Sección precisó que la base gravable de la contribución especial que prevé el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, está conformada por los gastos de funcionamiento de las entidades vigiladas que estén relacionadas con el servicio sometido a regulación, restando de estos, los gastos operativos y en el caso de las empresas del sector eléctrico, las compras de electricidad, las compras de combustible y los peajes, cuando hubiere lugar a ello. Al respecto, la Sala de manera reiterada a establecido que los gastos de funcionamiento son *«aquellos gastos que tengan una relación directa o indirecta, pero sí necesaria e inescindible con la prestación de los servicios sometidos a la vigilancia, control, inspección y regulación»*⁴ (exp. 22394, CP: Jorge Octavio Ramírez). Por consiguiente, no hacen parte de la base gravable aquellos gastos que no sean de funcionamiento o, que siéndolo, no estén asociados al servicio de regulación y vigilancia; como tampoco hacen parte de dicha base, los costos de producción (exp. 21286, CP: Milton Chaves García).

A ese respecto, el parágrafo 2.º del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, dispone como excepción, que en caso de que existan faltantes presupuestales, la base gravable podrá comprender los gastos de funcionamiento y la proporción necesaria de gastos operativos para cubrir el déficit, que para el caso de las empresas de energía también podrán adicionar las compras de electricidad, combustibles y peajes. De ahí que, la jurisprudencia de esta Sección ha determinado que los gastos operativos contemplan *«las compras en bloque y/o a largo plazo, compras en bolsa y/o a corto plazo, uso de líneas, redes y ductos, costo de distribución y/o comercialización GN, gas combustible, carbón mineral, ACP, fuel y Oil y los peajes, cuando hubiere lugar a ello»* (exp. 24295, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto).

3- Sobre lo expuesto, la Sala advierte que los actos administrativos demandados determinaron la base gravable de la contribución del año 2018, incluyendo los gastos operacionales para su liquidación, sin que en su contenido explicara las razones que sustenten la existencia de los faltantes presupuestales en atención a la excepción del parágrafo 2.º del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, como tampoco, expuso el cálculo que

⁴ Sentencias de 23 de septiembre de 2010 (exp. 16874, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia), del 10 de septiembre de 2015, (exp. 21254, CP: Jorge Octavio Ramírez), del 30 de agosto de 2016 (exp. 21442, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia), del 23 de noviembre de 2017 (exp. 22816, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto) y del 31 de mayo de 2018 (exp. 21286, CP: Milton Chaves García).



demuestre la proporción necesaria que debe ser incluida en la base a efectos de completar dicho faltante. De modo que, no basta con que la demandada enuncie las apropiaciones presupuestales que deben ser cubiertas con el recaudo de las contribuciones de la vigencia fiscal gravada, para justificar la inclusión de los rubros del grupo 75, en la base gravable del tributo, debido a que, como ha sido reiterado por esta Sección, es necesario que el acto demuestre la existencia del faltante presupuestal.

3.1- Aunado a lo anterior, teniendo en cuenta que en el plenario no se encuentra demostrada la existencia de los faltantes presupuestales que alega la demandada para la aplicación de la excepción del parágrafo 2.º del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 y que, a su vez, la sentencia de 12 de noviembre de 2020, tiene efectos *erga omnes*, se confirmará la nulidad parcial de los actos demandados. No prospera el cargo de apelación.

4- Con fundamento en las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia apelada.

5- Por no estar probadas en el expediente, la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, conforme a lo establecido en el artículo 365.8 del CGP.

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

FALLA

1. **Confirmar** la sentencia apelada.
2. Sin condena en costas en esta instancia.

Notifíquese, comuníquese. Devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

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

(Firmado electrónicamente)

MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Presidente

(Firmado electrónicamente)

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

(Firmado electrónicamente)

MILTON CHAVES GARCÍA

(Firmado electrónicamente)

WILSON RAMOS GIRÓN