



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

**Consejero Ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**

**Bogotá, D. C.**, diecinueve (19) de agosto de dos mil veintidós (2022)

**Radicación núm.:** 25000 23 24 000 **2012 00295 02**

**Actor:** Bugueña de Aseo S.A. E.S.P.

**Demandado:** Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD

**Tesis:** No es nula la decisión que impone una sanción a una empresa prestadora del servicio público de aseo, si para calcular el costo de comercialización por suscriptor, el factor  $N_{FC}$  fue determinado en cero (0), toda vez que esa empresa no factura con otra prestadora del servicio de aseo sino con una prestadora del servicio de energía. No son nulos por falta de competencia los actos administrativos expedidos por la SSPD por medio de los cuales se ordenó la devolución de los recursos cobrados de más como consecuencia del cálculo incorrecto del costo de comercialización por factura cobrada al suscriptor del servicio de aseo, si tales actos se expidieron en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio.

No son nulos por violar una norma superior, los actos administrativos emitidos en un procedimiento administrativo sancionatorio, si al ordenar la devolución de las sumas pagadas de más por parte de los usuarios a una empresa prestadora del servicio de aseo, no se determinó previamente el enriquecimiento injustificado de ésta y el correlativo empobrecimiento de aquellos.

**SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

---

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 12 de marzo de 2020<sup>1</sup>, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que denegó las pretensiones de la demanda.

**I. LA DEMANDA**

---

<sup>1</sup> Visible a folios 325 a 348 del cuaderno del Tribunal.



En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA), la sociedad Bugueña de Aseo S.A. E.S.P. (en adelante Bugaseo S.A. E.S.P.), interpuso demanda en contra de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante SSPD)<sup>2</sup>.

### 1.1. Pretensiones

La demandante formuló las siguientes pretensiones:

*“Solicito que la sentencia que dirima la controversia sobre la legalidad de los actos administrativos atacados y el restablecimiento del derecho de mi poderdante, acoja las siguientes pretensiones:*

*PRIMERA: Declare la nulidad de la Resolución NO. SSPD 20114400010805 del tres (3) de mayo de 2.011.*

*SEGUNDA: Declare la nulidad de la Resolución SSPD 20114400021285 del primero (1º) de agosto de 2.011.*

*TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de que trata las pretensiones primera y segunda y a título de restablecimiento del derecho disponga que BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P. BUGASEO S.A. E.S.P. no está obligada a pagar la sanción impuesta en las Resoluciones precedentes.*

*CUARTA: De forma subsidiaria a la pretensión precedente, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de que trata las pretensiones primera y segunda y a título de restablecimiento del derecho, en caso que BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P. BUGASEO S.A. E.S.P. hubiese pagado la sanción, se le ordene a la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS la devolución de lo cancelado en un término prudencial.*

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

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

<sup>2</sup> Visible a folios 1 a 32 ibídem.



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

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

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

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

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

*DECIMA SEGUNDA: Se condene en costas a la demandada<sup>3</sup>.*

## **1.2. Los actos cuestionados**

La Resolución SSPD - 2011440010805 del 3 de mayo de 2011 en su parte resolutive dispuso:

*“ARTÍCULO PRIMERO. Imponer sanción de MULTA a la empresa BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P., a favor de la Nación, por la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30, 000,000.00), la cual se hará efectiva en el término de 10 DÍAS días hábiles contados a partir de la ejecutoria de esta Resolución.*

<sup>3</sup> Visible a folios 4 a 6 del cuaderno del Tribunal.



*ARTÍCULO SEGUNDO. Con el objeto que el pago de la sanción se haga de acuerdo con los nuevos procedimientos de la entidad informados por la Directora Financiera, una vez en firme la presente Resolución, la sanción impuesta deberá ser consignada en efectivo o cheque de gerencia. Para proceder al pago el prestador deberá obtener el formato de pago de sanciones disponible en el sitio WEB de la Superservicios <https://www.superservicios.gov.co/> bajo el canal Servicios a Empresas/ Formatos de Pago. El prestador deberá acreditar el pago de la /sanción dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria del presente acto administrativo. La multa se debe pagar en efectivo o cheque de gerencia en cualquiera de las siguientes instituciones financieras: Banco Agrario de Colombia, BBVA, BANCAFE.*

*ARTÍCULO TERCERO. Ordenar al representante legal de la empresa BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P., lo siguiente, so pena que se de aplicación a lo previsto en el Artículo 65 del Código Contencioso Administrativo:*

*A. Dentro del Mes siguiente a la ejecutoria del presente acto administrativo deberá hacer el recalculeo del componente CCS y ajustar la fórmula a la normatividad vigente informando, a través del cargue en el Sistema Único de Información SUI, el nuevo estudio de costos actualizado.*

*B. Que de conformidad con lo previsto en la Resolución CRA 294 proceda a la devolución de las sumas cobradas en exceso a los usuarios por concepto del cobro de un valor producto de la alteración de la estructura tarifaria definida para el servicio domiciliario de aseo. Así las cosas, la empresa en el término de Veinte 20 días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la presente resolución, debe presentar a la Dirección Técnica de Gestión de Aseo de la Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo un plan en el que establezca claramente un cronograma de las devoluciones a efectuar y precise el valor a devolver a cada uno de los usuarios afectados conforme la parte motiva del presente acto administrativo. Tales devoluciones deben iniciarse a más tardar dentro de un (1) mes siguiente a la fecha de presentación de dicho cronograma.*

*ARTÍCULO CUARTO. Notificar personalmente la presente Resolución al Doctor HÉCTOR GIRALDO ÁVILA, en su calidad de REPRESENTANTE LEGAL de la empresa BUGUEÑA DE ASEO E.S.P. o a quien haga sus veces, quien para el efecto puede ser citado en la CARRERA 9 No 3 12 del municipio de Guadalajara de Buga Valle del Cauca, haciéndole entrega de una copia de la misma, y advirtiéndole que contra ésta Resolución procede el recurso de Reposición ante la Superintendente Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de notificación.*

*De no ser posible la notificación personal, se dará aplicación a lo previsto por el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo.*

*ARTÍCULO QUINTO. Comunicar, una vez en firme, el contenido de la presente decisión a la Directora Técnica de Gestión de Aseo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para lo de su competencia.*

*ARTÍCULO SEXTO. La presente resolución rige a partir de la fecha de su notificación<sup>4</sup>.*

<sup>4</sup> Visible a folios 7 a 151 del cuaderno de Anexos No. 1



Por su parte, en la Resolución SSPD - 2011440021285 del 1º de agosto de 2011 la entidad demandada decidió lo siguiente:

*“ARTÍCULO PRIMERO. - CONFIRMAR en su totalidad la Resolución 20114400010805 del 2011-05-03, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.*

*ARTÍCULO SEGUNDO. - Notificar personalmente la presente Resolución al Dr. HÉCTOR GIRALDO ÁVILA, en calidad de REPRESENTANTE LEGAL de la empresa BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P., o a quien haga sus veces, quien puede ser citado en la CARRERA 9 No 3, 12 del municipio de Guadalajara de Buga Valle del cauca, y advirtiéndole que contra ésta no procede recurso alguno en la vía gubernativa por encontrarse agotada.*

*De no ser posible la notificación personal, se debe dar aplicación al artículo 45 del Código Contencioso Administrativo*

*ARTÍCULO TERCERO. Comunicar la presente resolución a la Dirección Técnica de Gestión de Aseo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.*

*ARTICULO CUARTO. La presente resolución rige a partir de la fecha de su notificación<sup>5</sup>.*

### **1.3. Normas violadas y concepto de violación**

Como normas infringidas, se señalaron los artículos 38 de CCA; 148 y 152 a 159 de la Ley 142 de 1994; numeral 31º del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001; 1524, 2313 y 2315 del Código Civil; 813 del Código de Comercio; 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 y 2 de la Resolución CRA 294 de 2004.

Es necesario precisar que la demandante formuló los cargos de *“Inexistencia del incumplimiento de las disposiciones legales, lo cual es fundamento de la sanción”, “caducidad de la facultad sancionatoria administrativa de la SSPD” e “ilegalidad de la orden de devolución, por prohibir exigir los documentos que acreditan quién es el titular del derecho”.*

Sin embargo, el cargo de caducidad de la facultad sancionatoria ya fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante sentencia del 28 de octubre de 2013, y por esta Sala, a través de providencia del 5 de

<sup>5</sup> Visible a folio 159 a 381 ibídem.



diciembre de 2019. Por lo tanto, en esta ocasión solo nos referiremos a los dos restantes cargos de nulidad.

### **1.3.1. Inexistencia del supuesto incumplimiento de las disposiciones legales que sirvieron a la entidad demandada como sustento de la sanción**

Alegó que los actos administrativos demandados carecen de motivación, pues en la parte resolutive impusieron una sanción sin hacer referencia al incumplimiento de alguna norma en específico.

No obstante, dijo que pasaría a analizar cada uno de los cargos esgrimidos en la actuación administrativa, a efectos de demostrar que no había lugar a la expedición de los actos sancionatorios.

1.3.1.1. Expuso que el punto de la controversia surgía respecto de la interpretación del artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005, en lo que tiene que ver con la contabilización del factor  $N_{FC}$  para poder calcular el Costo de Comercialización Ajustado ( $CCS_{AJ}$ ). El mencionado artículo prescribe:

**“Artículo 9°. Costo de Comercialización por Factura Cobrada al Suscriptor, CCS.** El costo de comercialización por suscriptor será, como máximo, de \$668 (pesos de junio de 2004) mes.

*El costo de comercialización por suscriptor podrá ajustarse a través de la siguiente fórmula cuando la facturación de una parte o la totalidad de los suscriptores de aseo no se realice conjuntamente con el servicio de acueducto:*

$$CCS_{AJ} = CCS * (2 - N_{fc} / N)$$

*Donde:  $CCS_{AJ}$ : Costo de comercialización ajustado.*

*$N_{FC}$ : Número de suscriptores del prestador de aseo en su área de prestación de servicio con posibilidad de facturación conjunta, o efectivamente facturados, con personas prestadoras del servicio de acueducto en el suelo urbano; para el año base.*

*N: Número de suscriptores del prestador del servicio de aseo en su área de servicio, para el año base.*

**Parágrafo.** *La relación entre  $N_{FC}$  y N se encontrará siempre acotada en el intervalo [0, 1].” (Subrayas de la Sala)*



De acuerdo con la lectura de la norma, existen dos opciones para calcular el número de suscriptores de la empresa prestadora del servicio público de aseo, siendo estos: “(i) **Con posibilidad de facturación conjunta** con personas prestadoras del servicio de acueducto en el suelo urbano o (ii) **Efectivamente facturados** con personas prestadoras del servicio de acueducto en el suelo urbano”<sup>6</sup>. (Negritas y subrayas del original).

Sostuvo que la empresa optó por la segunda de las mencionadas alternativas, razón por la cual su factor  $N_{FC}$  era cero (0), dado que no facturaba con empresas prestadoras del servicio de acueducto en el suelo urbano; por ende, le asistía el derecho de obtener el máximo valor del reajuste; además, indicó que ese rango era factible de acuerdo con el párrafo del citado artículo. Al respecto, sostuvo:

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

*Lo anterior resulta apenas lógico, pues corresponde al reconocimiento del valor tope de la fórmula, en la medida que si no se factura con personas prestadoras del servicio de acueducto en el suelo urbano, lo cual ha considerado el regulador tienen un menor costo, le asiste el derecho para obtener el valor máximo asignado y en tanto aumente el número de usuarios a los que les factura por intermedio de las empresas de acueducto, disminuye la retribución de manera proporcional, por cuanto justamente en sentido de la CRA, son menos las personas en las que se ha incurrido en sobrecostos, lo cual es consistente con el hecho de que las tarifas remuneran los costos en los que se incurre, en este caso por la facturación”<sup>7</sup>.*

Agregó que tal interpretación no ha sido compartida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ni por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (en adelante CRA), quienes, en concepto proferido en el mes de diciembre de 2007, sostuvieron:

*“El hecho de facturar con otro servicio público domiciliario diferente al de acueducto no excluye la posibilidad de facturación conjunta con éste último, es decir, el ajuste reconocido en la metodología cubre el mayor costo en que se incurre solamente por aquellos suscriptores a quienes se les deba facturar directamente o con otro*

<sup>6</sup> Visible a folio 9 del cuaderno del Tribunal.

<sup>7</sup> Folio 10 del cuaderno del Tribunal.



*servicio público domiciliario, ya no disponen del servicio de acueducto. El parámetro Nfc hace referencia a los suscriptores del prestador de aseo que tienen la posibilidad de facturación conjunta con el servicio de acueducto, o que efectivamente la tienen, es decir, se refiere al catastro de usuarios del servicio de acueducto, a quienes se les presta el servicio de aseo y por lo tanto tienen la posibilidad de facturación conjunta”<sup>8</sup>.*

Alegó que si la CRA buscaba que la norma dijese que N<sub>FC</sub> significa “Catastro de usuarios del servicio de acueducto a quienes se les presta el servicio de aseo”, así debió decirlo y no expresarlo de la forma tan ambigua en que lo hizo, pues es la disposición la que genera confusión.

Expuso que, si se entiende que la posibilidad de facturación conjunta se da por el hecho de que el prestador del servicio de acueducto le preste ese servicio al suscriptor de la empresa de aseo, el agregado “o efectivamente facturado”, traído en el artículo en cita, sobraría, “puesto que es obvio que el usuario al que ya se le factura está contabilizando como uno de los que cuenta con posibilidad de que se le facture”<sup>9</sup>.

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

A renglón seguido manifestó que, si la posibilidad para la CRA era que una empresa de acueducto le preste el servicio al usuario de la empresa de aseo, no debió permitir que el regulado tenga que interpretar el sentido de la norma, sino debió decirlo claramente y sin rodeos. Agregó: “si quiere excluir el servicio de catastro de usuarios del servicio de acueducto a quienes se les presta el servicio de aseo sin importancia de si se utiliza a esta empresa o no para facturar, debió haberlo regulado de esa

---

<sup>8</sup> Visible a folio 12 ibídem.

<sup>9</sup> Visible a folio 13 ibídem.



*manera y en tal caso, hubiese sido evidente que esta disposición no debía aplicarse por abierta contradicción con la Ley y la Constitución*<sup>10</sup>.

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

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

1.3.1.2. Finalmente, adujo que el cálculo de la  $CCS_{aj}$ , que se encuentra determinado en el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005, es realizado mensualmente por esa entidad, aplicando la Circulares Conjuntas SSPD- CRA 003 y 006 de 2006 que determinan el reporte de actualización de variables para el cálculo tarifario. Siendo ello así, Bugaseo S.A. E.S.P. efectuó ese cálculo en la forma en que comprendió las normas a partir de enero de 2007 (fecha de entrada en vigor del nuevo régimen) y hasta el mes de mayo de 2008, como lo reconoce el mismo pliego de cargos, cuando se dedica a transcribir la información reportada en el Sistema Único de Información (en adelante SUI).

---

<sup>10</sup> Folio 14 *ibídem*.



Bajo tal escenario, le fue impuesta una sanción con fundamento en la trasgresión de una interpretación adoptada con posterioridad a la ocurrencia de la mayor parte de las conductas censuradas, circunstancia que es a todas luces reprochable judicialmente. Así lo entendió literalmente:

*“La SSPD toma un concepto de la CRA del mes de diciembre de 2007, esto es, casi un año después de entrada en vigencia del nuevo régimen tarifario, el cual pretende cambiar por completo el artículo 9º de la Resolución CRA 351 de 2005, para censurarle al investigado no haber aplicado el sentido de dicho concepto desde el mes de enero de 2007, por cuanto ese concepto en compañía con la sanción, se torna en “posición institucional” a partir de la sanción, lo que parece entender la SSPD, se encuentra por encima de la misma Resolución 351, a punto que efectivamente dicen cosas diametralmente distintas, pero que para ella prevalecen.*

*De manera que a mí representada en estricto sentido se le sanciona por no acatar premonitoriamente, la posición institucional en cuanto a la interpretación de la norma, pues debía conocerla desde antes de que existiese, y no propiamente por la trasgresión al texto de la regulación misma, que como se ha visto, de este quien se aparta es la CRA, para exponer en sus conceptos lo que quiso y no supo decir, pero en todo caso resulta contrario a la ley.*

*En conclusión, BUGUEÑA DE ASEO S.A. ESP. BUGASEO S.A. ESP., sí aplicó el artículo 9º de la Resolución CRA 351 de 2005 de conformidad con el tenor de su texto y no puede ser sancionada por no haberlo hecho. Es la CRA, quien vía conceptos y circulares pretende modificar la regulación, lo cual no resulta acertado en un estado social de derecho que posee una jerarquía de sus normas, en el cual los conceptos no son vinculantes y las circulares son meramente informativas y no derogatorias de las Resoluciones”<sup>11</sup>.*

### **1.3.2. Al respecto de la orden de devolución de las sumas supuestamente cobradas en exceso a los usuarios**

Explicó tal cargo diferenciando las siguientes dos situaciones:

1.3.3.1. Indicó que la orden de devolución de los dineros recaudados a los usuarios o suscriptores al amparo del contrato de servicios públicos, bajo el argumento de que es suficiente la información interna con que cuenta la Empresa para hacer la devolución sin que tenga que exigir ningún requisito, viola lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 (artículos 154 y 159), por cuanto las órdenes que la SSPD puede dar en la órbita del marco del contrato de servicios públicos que rige las relaciones de la Empresa

<sup>11</sup> Folios 15 y 16 ibídem.



usuario/suscriptor, está delimitada única y exclusivamente bajo aquellas facultades atinentes al control funcional que ejerce a través de la solución del recurso de apelación que presenten los usuarios y suscriptores, contra los actos de negativa del contrato, facturación, suspensión y corte del servicio.

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

Precisó que el mencionado control funcional puede traducirse en la orden de correcciones en temas de facturación, pero que, de cualquier forma, para que ello proceda, obligatoriamente debe avocar conocimiento a través de la resolución del recurso de apelación que interpongan los suscriptores o usuarios. Así pues, como en el presente caso no se surtió ese trámite, la orden de devolución de sumas de dinero basada en aspectos que conciernen al contrato de servicios públicos es abiertamente violatoria de la Ley de Servicios Públicos y de lo previsto en la Resolución No. 294 de 2004.

Así las cosas, la ilegalidad no radica en que las empresas de servicios públicos de aseo no puedan hacer uso de los mecanismos de devolución de que trata la Resolución 294 de 2004 cuando, por vía de la solución de un recurso de apelación, se le ordena por la SSPD hacer ajustes a la facturación de un usuario específico. En lo que se advierte el vicio es en que el trámite que se surtió para imponer la orden de devolución no fue ese, y por ello, la SSPD no obtuvo competencia alguna para exigir tal aspecto de la demandante.

1.3.3.2. Agregó a lo dicho que, permitir la orden de devolución sin acreditar el escenario planteado, supone que nos ubiquemos en la otra causa que la origina, es decir, la ocurrencia de un enriquecimiento sin justa causa, circunstancia que obliga a la SSPD probar que determinado usuario o suscriptor es el titular del derecho a obtener la respectiva devolución.



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

Pues bien, como no obra prueba alguna de que hayan acontecido tales supuestos o, en otras palabras, la entidad demandada no acreditó que esa empresa se hubiere enriquecido sin causa en virtud de las sumas cobradas indebidamente, ni tampoco que los usuarios específicos se hayan empobrecido, no procedía entonces la orden de devolución y, por ende, no se comprobaron los elementos necesarios para acreditar la figura de enriquecimiento sin justa causa.

Finalizó su aserto estimando que:

*“Por ello, la **“orden”** de la SSPD de devolver sumas dinerarias indistintamente a los suscriptores o usuarios actuales sin determinar si éstos fueron quienes se empobrecieron o no, se torna ilegal, pues ello en sí mismo conlleva un (Sic) eventual afectación económica a mi poderdante, quien al verse obligada a pagar indistintamente al que hoy es suscriptor o usuario, sin tener la prueba de que fue quien efectivamente pagó la factura, supuestamente mal cobrada años atrás, se puede ver avocada a incurrir en un doble pago, si con posterioridad otra persona acredita que fue ella quien efectivamente canceló los valores mal tarifados.*

*La **“orden”** dada por la SSPD en el sentido de prohibir que mi prohijada exija prueba de que la persona a quien le hará la devolución del supuesto cobro injusto, es la que efectivamente hizo el pago del mismo no sólo viola la ley sobre esa materia, sino que contradice las consideraciones de la Resolución 294 de 2004 que establece textualmente que el Código Civil, en el artículo 2313, determina que quien por error ha hecho un pago “y prueba que no lo debía”, es el único que tiene derecho para repetir lo pagado y de ahí que mi representada deba exigir tal prueba”<sup>12</sup>(Negrita y subrayas del original).*

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

<sup>12</sup> Folios 27 y 28 ibídem.



La **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios** contestó la demanda en los siguientes términos<sup>13</sup>:

2.1. Al respecto del primer cargo del libelo introductorio, sostuvo que el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 hace referencia a dos conceptos diferentes a efectos de que sea ajustado el costo comercial de facturación por suscriptor, siendo estos: (i) que el mismo sea determinado con una constante que, como máximo, será de seiscientos sesenta y ocho pesos (\$668) para el 2 de junio de 2004, y (ii) a través de la fórmula prevista en la citada disposición normativa, cuando la facturación de una parte o la totalidad de suscriptores de aseo no se realice conjuntamente con el servicio público de acueducto. En ese orden de ideas, precisó que la inconformidad de la actora recae respecto de la interpretación del criterio  $N_{FC}$  previsto en la fórmula de los costos comerciales ajustables que es traída en la segunda opción de la norma en comento.

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

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

En lo concerniente al segundo escenario, es decir, lo efectivamente facturado, señaló errónea la interpretación que le otorga la actora, según la cual su resultado sería igualmente cero (0), por cuanto la empresa no tiene suscriptores facturados con

<sup>13</sup> Visible a folios 55 a 77 del cuaderno del Tribunal.



acueducto sino con la empresa de energía; indicó que se trata de hipótesis excluyentes y no facultativas para la Empresa Prestadora de Servicios Públicos, puesto que, ante la imposibilidad de tener suscriptores efectivamente facturados con personas prestadoras del servicio de acueducto, la única alternativa con la que contaba era la de calcular cuántos de sus suscriptores conforme a su catastro estaban efectivamente en la posibilidad de ser facturados de forma conjunta con el servicio de acueducto.

Concluyó que:

*“se puede afirmar que la norma en cita claramente definió la situación en la que puede encontrarse una empresa y sobre ella efectivamente hacer el cálculo correspondiente. En otras palabras, se reitera, si la empresa no tenía efectivamente facturados a sus suscriptores con una empresa de acueducto, pues como ya vimos estaba facturando con la empresa de energía: EMPRESA DE ENERGIA DEL PACÍFICO S.A. ESP., su única alternativa para este caso era calcular cuántos de sus suscriptores conforme a su catastro estaban efectivamente ante la **posibilidad** de ser facturados de forma conjunta con el servicio de acueducto, tal y como lo dispone la norma al explicar el componente de la fórmula  $N_{fc}$ .”<sup>14</sup>*

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

En tal virtud, expresó que, para la correcta interpretación del artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 en el asunto *sub examine*, la empresa demandante debió calcular cuántos de sus suscriptores estaban efectivamente ante la posibilidad de ser facturados de forma conjunta con el servicio de acueducto, tal y como dispone el factor  $N_{FC}$ .

Arguyó que la CRA, a través de oficio radicado No. SSPD No. 20007290463052 del 5 de diciembre de 2007, precisó que la finalidad de la citada fórmula de costos

<sup>14</sup> Folio 67 ibídem.



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

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

2.2. En lo que tiene que ver con el segundo cargo, explicó que la Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia del 29 de septiembre de 2009, unificó los criterios de interrupción del término para que la administración pueda ejercer oportunamente su potestad sancionatoria, en el sentido que tal evento se produce cuando se expide y notifica el acto administrativo principal que impone la sanción.

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

En tal virtud, indicó que se encuentra acreditado que transcurrieron dos (2) años, once (11) meses y veintiséis (26) días desde que la empresa demandante realizó su último incumplimiento en el mes de mayo de 2008, hasta que fue notificada la resolución



sancionatoria a través de edicto que se desfijó el 26 mayo de 2011, circunstancia que deja incólume la potestad sancionadora de la SSPD.

2.3. Finalmente, sobre el último cargo, explicó que la Resolución CRA 294 de 2004 determinó que las devoluciones por cobros no autorizados proceden cuando se identifique que se han realizado dichos cobros y el usuario ha pagado por ellos; por lo tanto, no es necesario que se surta el trámite vía apelación.

Agregó que la norma trae dos formas claras para hacer la devolución que pueden ser adoptadas por la empresa sancionada, siendo la primera la de los abonos al suscriptor o usuario en la siguiente factura de aseo del valor que sea resultado del recálculo previsto en el artículo 1 de la enunciada Resolución de la CRA. La segunda forma es la devolución pura y simple, siendo necesario que informe de inmediato a su suscriptor la voluntad de hacer el pago de esa forma.

Explicó que, de acuerdo con el citado acto, las decisiones y correctivos sobre devoluciones de dinero por cobros indebidos deben ser tomadas en el menor tiempo posible; por ende, no es de recibo la exigencia de documentos que no sean estrictamente necesarios.

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

Por todo lo dicho, y teniendo en cuenta que la sancionada es quien conoce a sus usuarios y el valor cobrado indebidamente a cada uno de ellos, le era posible establecer el valor a devolver a cada uno según el caso en particular, sirviéndose para ello de su catastro de usuarios.



Aseveró que, *“analizados los obstáculos de la Empresa sancionada para la devolución de lo cobrado en exceso, valdría la pena plantearse dos preguntas ¿Por qué la Empresa a la hora de recibir el pago por el consumo del servicio nunca pregunta si el que cancela es el propietario o no, o si tiene contrato de arrendamiento etc?, y ¿por qué ahora que son dineros a favor de los usuarios por cobro en exceso si los exige?, a mi modo de entender no hay ninguna justificación de tanta tramitomanía para la entrega de lo que no le pertenece”*<sup>15</sup>.

Aseguró que los artículos 154 a 159 de la Ley 142 de 1994 regulan situaciones fácticas distintas a las traídas por la Resolución CRA 294 de 2004, pues aquella se refiere al evento en el cual los suscriptores reclaman ante la empresa prestadora del servicio público con quien tiene contratada la prestación de un servicio de esa naturaleza, a efectos de que devuelvan los dineros que la misma ha retenido sin justa causa.

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

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

De otra parte, y como un argumento adicional, indicó que la Resolución CRA 294 de 2004 debe ser aplicable preferentemente al asunto, al regular, de modo especial, lo concerniente al trámite devoluciones por cobros indebidos.

### III.

### LA SENTENCIA APELADA

---

<sup>15</sup> Visible folio 20



Mediante sentencia del 12 de marzo de 2020, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, denegó las pretensiones de la demanda.

3.1. Definió el problema jurídico de la siguiente manera:

*“Los problemas jurídicos a resolver son los siguientes:*

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

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

*c) Si la entidad demandada ordenó reintegrar unos montos a los suscriptores afectados con el supuesto indebido cobro del servicio público domiciliario de aseo, sin estar facultada para ello toda vez que, según la parte actora esa potestad le está dada únicamente al resolver el recurso de apelación promovido contra decisiones empresariales, además, prohibió la exigencia de cualquier soporte con el fin de verificar si a quien se le devuelve el dinero es el llamado a recibirlo, situación que permitiría el enriquecimiento sin justa causa de esas personas”<sup>16</sup>.*

3.2. Analizó el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 y explicó que el costo de comercialización por factura cobrada al suscriptor tenía el valor constante de \$668 pesos del año 2004, pero que podía ser ajustado, de acuerdo con una fórmula allí contenida, por las empresas que se encuentren en la circunstancia de que *“la facturación de una parte o la totalidad de los suscriptores de aseo no se realice conjuntamente con el servicio de acueducto”*.

3.2.1. En cuanto al cargo de *“Inexistencia del incumplimiento de las disposiciones legales, lo cual es fundamento de la sanción”*, adujo que, en las comunicaciones SSPD - 20084300152981 del 25 de marzo de 2008 y SSPD - 20094310081153 del 25 de septiembre de 2009, la directora técnica de gestión de aseo de la Superintendencia de

<sup>16</sup> Visible a folios 337 del cuaderno del Tribunal



Servicios Públicos Domiciliarios manifestó que Bugaseo S.A. E.S.P., por una decisión empresarial, emitía la facturación de manera conjunta con la Empresa de Energía del Pacífico - EPSA S.A. E.S.P., y no con una empresa prestadora del servicio de acueducto, por lo que podía ajustar el costo de comercialización aplicando la fórmula  $CCS_{AJ} = CCS * (2 - N_{FC}/N)$ .

Expuso que, si la empresa demandante no tenía suscriptores a los que les facturara conjuntamente con el servicio de acueducto, debía calcular cuántos de ellos, conforme al catastro, estaban en la posibilidad de ser facturados de manera conjunta con una empresa que preste dicho servicio en el mismo lugar.

Invocó el concepto 20075290463052 del 5 de diciembre de 2007, emitido por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico<sup>17</sup>, que señaló que el hecho de facturar con un servicio diferente al acueducto no excluye la posibilidad de facturar con este, y que *“el ajuste reconocido por la metodología cubre el mayor costo en que incurre solamente por aquellos suscriptores a quienes se les deba facturar directamente o con otro servicio público domiciliario, ya que no disponen del servicio de acueducto. El parámetro  $N_{FC}$  hace referencia a los suscriptores del prestador de aseo que tienen la posibilidad de facturación conjunta con el servicio de acueducto, o que efectivamente la tienen, es decir, se refiere al catastro de usuarios del servicio de acueducto, a quienes se les presta el servicio de aseo y por lo tanto tienen la posibilidad de facturación conjunta”*. (Subrayas de la Sala).

Dijo que, en el caso concreto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tenía conocimiento de que Bugaseo S.A. E.S.P. podía facturar mancomunadamente con la empresa de acueducto Aguas de Buga S.A. E.S.P., con la sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P. y con Acuaviva S.A. E.S.P., las cuales prestan el servicio en su área de influencia. Por lo tanto, en su caso el factor  $N_{FC}$  no podía ser igual a cero (0).

Sostuvo que el artículo 9 de la de la Resolución CRA 351 de 2005 no contiene un criterio de prevalencia entre las dos hipótesis que contempla la definición del factor

<sup>17</sup> Para el efecto, se remitió al folio 81 de los antecedentes administrativos, que corresponden a la página 74 de la Resolución SSPD 20114400010805 del 3 de mayo de 2011, en la que se citó el concepto aludido.



NFC, pero que eso, en todo caso, no es necesario, porque la aplicación de una u otra dependía de la situación en la que se encontrara la empresa prestadora del servicio de aseo. Agregó que, en este caso, las dos hipótesis son excluyentes y no facultativas, pues, reiteró, al no tener usuarios efectivamente facturados con una empresa de acueducto, la única opción de la demandante era calcular cuántos suscriptores, conforme al catastro, tenían esa posibilidad. Y, como no lo hizo así, la sanción impuesta por los actos demandados se encontraba justificada.

Señaló que la interpretación que la demandante pretende que se dé al artículo 9 de la de la Resolución CRA 351 de 2005 resulta inequitativa y contraria al objetivo perseguido por la regulación. En efecto, pese a que había usuarios a los que les podía facturar conjuntamente con un prestador del servicio de acueducto, no lo hacía así por falta de gestión, por lo que el mayor costo de comercialización resultaría injustificado. En consecuencia, al facturar un mayor valor a esos usuarios, la demandante vulneró el artículo 148 de la Ley 142 de 1994.

3.2.2. En relación con el cargo de *“ilegalidad de la orden de devolución, por prohibir exigir los documentos que acreditan quién es el titular del derecho”*, advirtió que el artículo 1 de la Resolución CRA 294 de 2004 señala que, cuando el organismo de control o el propio prestador encuentren que se han realizado cobros no autorizados, el prestador recalculará el valor de la factura y, en caso de tratarse de errores en la aplicación de las tarifas, el monto a devolver al suscriptor o usuario sería la diferencia que resulte de aplicar la estructura tarifaria ajustada a la normativa aplicable, junto con los intereses y ajustes de subsidios a que haya lugar.

Adujo que el artículo 2 de la misma resolución establece que, en caso de haberse efectuado pagos por cobros no autorizados, el prestador tendrá que abonar a la siguiente factura del respectivo servicio el monto a devolver al suscriptor o pagarle el monto correspondiente en forma pura y simple. Y que, en caso de permanecer un saldo, este debe ser abonado a la siguiente factura.

De acuerdo con lo anterior, dijo que, para la empresa demandante, el valor pagado en exceso por cada usuario era determinable con base en el catastro de éstos. Por lo anterior, no era aceptable que la demandante hubiera publicado aviso en prensa en el



que indicaba que para la devolución era necesaria una solicitud del suscriptor o usuario, copia de la factura del impuesto predial o copia del contrato de arrendamiento, según se tratara de propietario o arrendatario.

Por otra parte, advirtió que a la demandante no le asistió la razón al alegar que la orden de devolución solo tenía lugar por vía del recurso de apelación. Estos asuntos, aclaró el *a quo*, no corresponden a los regulados por los artículos 152 y siguientes de la Ley 142 de 1994, en los que la Superintendencia, por vía de ese recurso subsidiario, puede ordenar que la empresa de servicios públicos devuelva una suma de dinero el usuario o suscriptor, sino a una acción de vigilancia y control que la entidad lleva a cabo de manera oficiosa, de acuerdo con la regulación contenida en la Resolución CRA 294 de 2004, que la faculta para determinar si se realizaron pagos no autorizados y ordenar que se ajuste la tarifa a la regulación vigente y que se hagan las restituciones del caso.

#### IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

**Bugaseo S.A. E.S.P.** interpuso oportunamente recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia<sup>18</sup>. Los fundamentos se sintetizan así:

4.1. Insistió en los argumentos expuestos en la demanda para sustentar el cargo de *“Inexistencia del incumplimiento de las disposiciones legales, lo cual es fundamento de la sanción”*, que ya fueron resumidos en esta providencia.

4.2. También reiteró los argumentos que sustentaron el cargo de *“ilegalidad de la orden de devolución, por prohibir exigir los documentos que acreditan quién es el titular del derecho”*, e insistió en que la competencia de la SSPD para ordenar devolución de sumas pagadas en exceso solo está dada por las normas que consagran el recurso de apelación, en el que la entidad ejerce el control funcional, que puede traducirse en órdenes de corrección en temas de facturación.

4.2.1. Sobre el particular, precisó que en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, que consagra las funciones de la SSPD, solo se encontraba la de ordenar la devolución de

<sup>18</sup> Visible a folios 351 a 360 del cuaderno del Tribunal.



sumas de dinero por vía del recurso de apelación de que tratan los artículos 154 y 159 de la misma ley. Y que, si bien la norma le permite imponer sanciones, no consagra que de manera concomitante con éstas puedan ordenar la devolución de sumas de dinero.

Como fundamento de lo anterior, invocó el concepto del 16 de junio de 1997, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que señaló que la SSPD no tenía competencia para ordenar devoluciones como parte de las atribuciones sancionatorias.

4.2.2. Además, señaló que el parágrafo del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 establecía que la superintendencia no estaba habilitada para emitir actos de carácter general que se orientaran a crear obligaciones a los sujetos de su vigilancia, y que, por tanto, tampoco podía ordenar devoluciones de manera general, sin identificar los destinatarios de éstas.

4.2.3. Finalmente, reiteró que los considerandos de la Resolución 294 de 2004, al referirse al enriquecimiento sin justa causa, remiten a los postulados del Código Civil y del Código de Comercio, lo que quiere decir que las devoluciones solo tienen lugar previa acreditación del enriquecimiento injustificado de Bugaseo S.A. E.S.P. y del correlativo empobrecimiento de los usuarios afectados, lo que involucra la identificación de cada uno de ellos, verificaciones que no agotaron las resoluciones atacadas.

Con base en lo anterior, insistió en que los actos demandados le prohibieron injustificadamente exigir pruebas de la titularidad del derecho de cada uno de los usuarios o suscriptores a los que debían hacerse las devoluciones.

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**



5.1. La **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios** presentó escrito de alegatos de conclusión en el que reiteró los argumentos de la contestación de la demanda<sup>19</sup>.

5.2. **Bugaseo S.A. E.S.P.** presentó escrito de alegatos de conclusión en el que reiteró los argumentos del recurso de apelación<sup>20</sup>.

## VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El **Agente del Ministerio Público** no rindió concepto en el presente proceso.

## VII. DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes.

## VIII. CONSIDERACIONES

### 8.1. Competencia.

De conformidad con lo expuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y de lo previsto en los artículos 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo expuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y del artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019, expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

### 8.2. Cuestiones previas

8.2.1. En el presente proceso, mediante sentencia del 28 de octubre de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, declaró la

<sup>19</sup> Visible en el índice 16 del sistema de gestión SAMAI.

<sup>20</sup> Visible en el índice 17 del sistema de gestión SAMAI.



nulidad de las Resoluciones SSPD - 2011440010805 del 3 de mayo de 2011 y SSPD - 2011440021285 del 1º de agosto del mismo año, al encontrar probado el cargo de caducidad de la facultad sancionatoria, y se relevó de estudiar los demás alegatos de la demanda.

No obstante, mediante fallo del 5 de diciembre de 2019, esta Sala revocó la anterior decisión y ordenó devolver el expediente al Tribunal, para que se pronunciara sobre los otros cargos de la demanda y se garantizara frente a estos el principio de doble instancia.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante fallo del 12 de marzo de 2020, objeto de apelación, resolvió los argumentos de nulidad restantes y denegó las pretensiones de la demanda. Esa decisión fue apelada por Bugaseo S.A. E.S.P., cuestión que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad.

8.2.2. Por otra parte, se advierte que, en el recurso de apelación, Bugaseo S.A. E.S.P. señaló que el párrafo del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 prohíbe a la SSPD emitir actos de carácter general para crear obligaciones a los sujetos de su vigilancia, lo que, a su juicio, quiere decir que el acto acusado no podía emitir una orden de devolución genérica, sin determinar los usuarios específicos a los que debía efectuárseles, so pena de vulnerar el principio de legalidad.

Sin embargo, el anterior argumento no fue expuesto en la demanda, por lo que es claro que se trata de un nuevo cargo, que no podrá ser tenido en cuenta al resolver la alzada, so pena de desconocer el principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, que reza:

***“Artículo 281. Congruencias.** La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

*No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta”.*

### 8.3. Hechos



8.3.1. Desde el mes de enero de 2007 hasta el 1º de junio de 2008, la sociedad Bugaseo S.A. E.S.P. facturó a sus usuarios la tarifa de servicio de aseo con el costo de comercialización ajustado, acudiendo para ello al artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005.

8.3.2. Como consecuencia de la citada actuación, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios abrió investigación sancionatoria en contra de la empresa demandante, a efectos de determinar si tal cobro era violatorio de lo dispuesto en los artículos 148 de la Ley 142 de 1994, 2 de la Resolución CRA 294 de 2004, en concordancia con el inciso segundo del numeral 9º del artículo 3 de la Ley 142 de 1994, y el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005.

8.3.3. Luego de surtido el procedimiento administrativo, a través de la Resolución SSPD - 2011440010805 del 3 de mayo de 2011, la entidad demandada sancionó a la empresa Bugaseo S.A. E.S.P. con una multa de treinta millones de pesos (\$30.000.000), tras acreditar que esa sociedad había realizado cobros injustificados en la tarifa del servicio de aseo a los usuarios, situación que vulneraba las normas antes mencionadas.

Asimismo, le ordenó devolver a los suscriptores las sumas de dinero que había recaudado y la conminó a recalcular el costo de comercialización por factura. Tal acto fue notificado por edicto el 26 de mayo de 2011.

8.3.4. Inconforme con la anterior decisión, la sociedad Bugaseo S.A. E.S.P. impetró recurso de reposición.

8.3.5. Mediante Resolución No. 20114400021285 del 1 de agosto de 2011, la entidad resolvió el recurso en sentido adverso a las pretensiones de la demandante.

#### **8.4. Planteamiento**

Para resolver el debate planteado en esta instancia, la Sala observa que la demandante y el Tribunal presentan acuerdo en parte del alcance de lo dispuesto en



el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 expedida por la CRA, como quiera que, tanto Bugaseo, como la SSPD, afirman que allí se define el costo de comercialización por factura cobrada al suscriptor de dos (2) maneras: (i) en la suma de seiscientos sesenta y ocho pesos (\$668), o (ii) que el mismo puede ajustarse dependiendo de si la facturación del servicio de aseo se lleva a cabo conjuntamente con el servicio de acueducto o no, para lo cual deben tenerse en cuenta, entre otros factores, el  $N_{FC}$  o número de suscriptores con posibilidad de facturación conjunta con personas prestadoras del servicio de acueducto. También coinciden en que el asunto bajo examen se enmarca en la segunda forma de calcular dicho costo.

La discrepancia entonces surge, de un lado, en la interpretación del factor  $N_{FC}$ , pues, para Bugaseo S.A. E.S.P., la frase “*con posibilidad de facturación conjunta, o efectivamente facturados*”, contenía dos criterios a los que ella podía acudir optativamente; esto es: (i) el número de suscriptores con posibilidad de facturación conjunta con personas prestadoras del servicio de acueducto, o (ii) el número de suscriptores a los que efectivamente les factura en conjunto con dicho servicio. Así, como no facturaba efectivamente a ninguno de sus suscriptores con una empresa de acueducto, sino con una de energía, se encontraba en el segundo supuesto y por ello el factor  $N_{FC}$  en su caso era igual a cero (0), valor que aplicó en la fórmula para reajustar el costo de comercialización. De esa manera, a su juicio, la norma le permitía obtener el máximo valor de reajuste, y una interpretación distinta vulneraba los artículos 34.1 y 34.2 de la Ley 142 de 1994. Entre tanto, para el Tribunal, el caso de Bugaseo se ajustaba a la primera hipótesis enunciada, pues, aun cuando no facturaba efectivamente con una de acueducto sino con una empresa que prestaba el servicio de energía, sí se encontraba en la posibilidad de hacerlo conjuntamente con la primera de ellas, dado que en su área de cobertura se prestaba este servicio.

Adujo la actora que la SSPD estaba dando prevalencia a la interpretación que de la mencionada norma efectuaba la CRA por encima de lo que la misma Resolución CRA 351 de 2005 establecía, y además que esa interpretación correspondía a un concepto emitido en diciembre de 2007, que la entidad había aplicado a hechos ocurridos en enero de ese año, esto es, de manera retroactiva.



El segundo aspecto en el cual no concuerdan las partes es el relacionado con la competencia de la demandada para ordenar la devolución de los recursos cobrados de más como consecuencia del cálculo incorrecto del costo de comercialización por factura cobrada al suscriptor en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio, dado que, para la demandante, la Superintendencia no ostenta esa atribución, debido a que los artículos 154 a 159 de la Ley 142 de 1994 y la Resolución 294 de 2004 sólo autorizan ese proceder a la luz de los recursos de apelación que promueven los suscriptores para la revisión de las facturas emitidas por las empresas de Servicios Públicos; en tanto que, para el extremo pasivo del litigio, es precisamente la Resolución 294 de 2004 la que permite la orden de devolución por cobros no autorizados, por lo que las disposiciones de la Ley 142 de 1994 que se invocan como violadas no son pertinentes al caso.

Asegura la actora que, para que proceda una devolución en la forma que lo ordenó la SSPD en los actos acusados, debe acreditarse previamente el enriquecimiento injustificado de Bugaseo y el correlativo empobrecimiento de los usuarios; y entonces, como ello no fue verificado, por esa razón también debía declararse la nulidad de las resoluciones impugnadas.

Vistas así las cosas, la Sala abordará en el orden formulado los problemas a resolver.

#### **8.5. De la determinación del factor $N_{FC}$ para calcular el ajuste del costo de comercialización por factura cobrada al suscriptor del servicio de aseo**

Corresponde entonces determinar si es nula la decisión que impone una sanción a una empresa prestadora del servicio público de aseo, si, para calcular el costo de comercialización por suscriptor, el factor  $N_{FC}$  fue determinado en cero (0), toda vez que esa empresa no factura con otra prestadora del servicio de aseo sino con una prestadora del servicio de energía.

8.5.1. Resolver tal cuestión impone traer a colación lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución Política, según el cual *“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”*. (Subrayas de la Sala).



Tal mandato fue objeto de desarrollo a través de la Ley 142 de 1994<sup>21</sup>, que, en su artículo 87, precisó:

**“Artículo 87. Criterios para definir el régimen tarifario.** El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

87.1. Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo; y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste.

(...)

87.4. Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios.” (Subrayas de la Sala).

De acuerdo con lo anterior, el régimen tarifario en materia de servicios públicos está orientado, entre otros, por los criterios de eficiencia económica y suficiencia financiera.

Sobre la interpretación de este artículo, es necesario tener en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003<sup>22</sup>, que, al analizar su constitucionalidad, sostuvo:

“4.5.2.2.3. La razón que lleva a un productor en un mercado competitivo a disminuir sus costos radica en que por esta vía puede acrecentar sus utilidades. No obstante, la teoría observa que, en condiciones de mercado competitivo, todos los productores suelen guiarse por el mismo propósito, es decir, que todos los productores intentarán disminuir sus costos, lo cual permite en el largo plazo que reduzcan sus precios de venta al tiempo que incrementa sus utilidades. Así pues, en condiciones de competencia, en teoría la mayor eficiencia del productor conlleva a un beneficio tanto para él –pues obtiene mayores utilidades por la

<sup>21</sup> “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.

<sup>22</sup> Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

reducción se sus costos– como para el comprador o usuario –quien puede adquirir el mismo servicio a menor precio.

4.5.2.2.4. En un mercado competitivo el incremento del precio como resultado de la ineficiencia, conlleva un riesgo, a saber, que el productor pierda participación en el mercado debido a que sus precios serán superiores a los de sus competidores. En este orden de ideas, la disposición según la cual ‘las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente’ pretende que los usuarios no paguen el costo de las ineficiencias de las empresas, tal como no lo harían en un mercado competitivo.

(...)

4.5.2.2.6. En conclusión, el numeral 87.1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 contiene algunos de los elementos que, de acuerdo con la teoría económica de un mercado competitivo, caracterizan un mercado eficiente y las implicaciones que de éste se derivan. En este orden de ideas, la Corte encuentra que el criterio de eficiencia descrito en la norma en cuestión, desarrolla la prescripción del artículo 365 Superior, según el cual ‘es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional’. Si bien el legislador habría podido definir eficiencia en otros términos, se encuentra dentro de su margen de configuración hacerlo siguiendo teorías económicas sobre la eficiencia en un mercado económico competitivo. La Constitución no impone, como ya se anotó, un modelo económico y por lo tanto permite que el legislador tenga en cuenta diferentes teorías sobre qué es la eficiencia y cómo se logra que la autoridad de regulación propenda por ella, siempre que no adopte decisiones manifiestamente irrazonables o contrarias a mandatos o prohibiciones contenidos en la Carta. (...).

4.5.2.3. El numeral 87.4 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, por su parte, indica que (...).

De acuerdo con esta definición, la suficiencia financiera consiste en que las fórmulas tarifarias: (i) garanticen la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; (ii) permitan remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y (iii) permitan utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios. (...).

4.5.2.3.1. Dice la norma que las fórmulas tarifarias han de garantizar a las empresas la recuperación de los costos y gastos de la operación, de la expansión, de la reposición y del mantenimiento, es decir, de los recursos económicos que deben utilizar las empresas para proporcionar el servicio al mayor número posible de usuarios para alcanzar el principio de universalidad consagrado en el artículo 365 de la Carta. La medición de los costos y gastos que se requieren para la prestación del servicio, ha de tener como referencia los costos y gastos que tendría una empresa encargada de prestar el mismo servicio en un mercado competitivo, es decir, bajo condiciones de eficiencia con el mismo nivel de riesgo.

Ello implica que las fórmulas tarifarias deben contener criterios sobre la adecuada administración de los recursos, que no podrán incluir gastos innecesarios o suntuosos y que cada costo o gasto sólo podrá ser contabilizado una vez, independientemente del concepto al que corresponda según los parámetros técnicos aplicables. La recuperación de costos y gastos impide que un mismo costo o gasto sea contabilizado dos o más veces, puesto que en dicho evento, no habría sólo recuperación sino beneficios obtenidos en condiciones ineficientes, lo cual



sería contrario al principio de eficiencia que, de acuerdo con el artículo 365 de la Constitución, ha de orientar la prestación de los servicios públicos. (...). (Subrayas de la Sala).

Entonces, el numeral 87.1 establece que, en virtud del criterio de eficiencia económica, el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo, y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia.

El numeral 87.4, que consagra el criterio de suficiencia financiera, señala que las fórmulas para calcular las tarifas deben garantizar la recuperación de los costos y los gastos propios de operación.

Para la Corte, las disposiciones de la Ley 142 de 1994, que consagran la eficiencia económica y la suficiencia financiera como criterios del régimen tarifario, buscan, en desarrollo del artículo 365 de la Carta, la reducción de los costos asociados a la prestación de los servicios públicos, como una medida equivalente a las que se aplican en los mercados competitivos y que permite que en el largo plazo se reduzcan los precios de venta y se incrementen las utilidades.

En tal sentido, la Corte Constitucional estimó que es válido que el Legislador se fundamente en la teoría económica, que indica que la mayor eficiencia del productor conlleva a su propio beneficio pues le confiere mayores utilidades, y también beneficia al usuario, para quien se presentan menores precios.

La regulación, para la Corte, no puede convalidar el incremento de los precios que se produzca como consecuencia de la ineficiencia de los productores. Es esa la razón por la cual las fórmulas que se establezcan para calcular las tarifas no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión económicamente negligente.

Asimismo, para la Corte, la suficiencia financiera, como criterio orientador del régimen tarifario, indica que las fórmulas para el cálculo de las tarifas deben garantizar la recuperación de los costos de operación, al tiempo que generen remuneración para los prestadores, de la misma manera en que se remunerarían si se tratase de un



mercado competitivo. Al respecto, la Corte señaló que las fórmulas tarifarias deben contener criterios que propicien la adecuada administración de los recursos, evitando la obtención de beneficios en condiciones de ineficiencia.

En este orden, el artículo 88 de la Ley 142 de 1994 establece:

**“Artículo 88. Regulación y libertad de tarifas.** Al fijar sus tarifas, las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada y libertad vigilada, o un régimen de libertad, de acuerdo a las siguientes reglas:

**88.1.** Las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas, salvo en los casos excepcionales que se enumeran adelante. De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer tope máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada”.

El artículo que acaba de citarse indica que la fijación de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios se somete al régimen de regulación, el cual puede incluir las modalidades de libertad regulada y libertad vigilada, o un régimen de libertad. El numeral 88.1 señala que los prestadores deben ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva Comisión para el cálculo de las tarifas.

Sobre la interpretación de esta norma, es pertinente tener en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia C-389 del 22 de mayo de 2002<sup>23</sup>:

“[S]i en la prestación de un servicio público domiciliario predomina la posición dominante, las empresas no podrán fijar libremente las tarifas por los servicios que prestan sino que estarán sometidas a un régimen de regulación de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero, numeral primero, del mencionado artículo 88, caso en el cual, las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión, salvo las excepciones dispuestas en la ley, y acoger los tope máximos y mínimos tarifarios establecidos por ella de acuerdo con los estudios de costos que realice, quedando sometidas de tal manera a un control directo. Además, en estos casos, según también lo dispone la norma bajo revisión, la comisión igualmente podrá definir las metodologías para la determinación de tarifas si conviene en aplicarles un régimen de libertad regulada o vigilada.

La Constitución no prohíbe que las empresas ocupen una posición dominante en un mercado determinado. Lo que impone al Estado es la obligación de evitar o

<sup>23</sup> Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.



*controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de ella en el mercado nacional (CP art. 333 inc. 4°).*

(...)

*Esta doble connotación del concepto de posición dominante se refleja en el régimen tarifario que se les aplica a tales empresas al impedirseles que en ejercicio de su posición privilegiada señalen libremente las tarifas de los servicios públicos, quedando sometidas a un régimen de regulación o de libertad regulada o vigilada, en los cuales, la comisión respectiva al señalar los parámetros, métodos o fórmulas a que deben sujetarse estas empresas para evitar que abusen de su posición dominante debe hacerlo de tal manera que los usuarios queden protegidos.*

*Por lo anterior, el numeral primero del artículo 88 en examen resulta constitucional, por cuanto en este caso la actuación de las comisiones de regulación está orientada a desarrollar la finalidad social de la intervención del Estado en los servicios públicos evitando que las empresas prestadoras abusen de su posición dominante. Además, en desarrollo de su facultad de configuración en esta materia, el legislador consideró que se requería la presencia de organismos o dependencias altamente especializadas como son las comisiones de regulación, para que en desarrollo de un trabajo interdisciplinario adopten medidas administrativas de intervención policiva que el mercado requiera, función que ejercen por delegación de acuerdo a la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales.*

*En síntesis, bajo un régimen de regulación puede existir control directo a las tarifas, modalidad en la cual las empresas no tienen libertad para determinarlas ni para modificarlas pues esta labor está a cargo de la comisión de regulación respectiva, sistema aplicable a los mercados donde existe una posición dominante. Las empresas están sometidas a un régimen de libertad regulada cuando para fijar y modificar las tarifas deben someterse a los criterios y metodologías señaladas por las comisiones de regulación respectivas, régimen que también puede ser aplicable a las empresas que tengan una posición dominante si así lo conviene la correspondiente comisión de regulación; y, en el régimen de libertad vigilada las empresas pueden determinar libremente las tarifas por los servicios que prestan con la obligación de informar por escrito a la comisión de regulación respectiva sobre las decisiones tomadas en esta materia, régimen que se aplica a las empresas que no tienen una posición dominante en su mercado o cuando existe competencia entre proveedores". (Subrayas de la Sala).*

De acuerdo con lo manifestado por la Corte, si bien la Carta Política no prohíbe que las empresas de servicios públicos ocupen una posición dominante, sí impone al Estado la obligación de prevenir abusos. Por ello, el Legislador consagró que, en los casos en los que, en la prestación de un servicio público domiciliario, una empresa cuente con posición dominante, ésta no puede fijar libremente las tarifas, sino que debe someterse al régimen de regulación, en el que se calculan de acuerdo con los parámetros, métodos o fórmulas definidas periódicamente por la Comisión de Regulación respectiva, como organismo o dependencia altamente especializada en la materia.



Por otro lado, el artículo 92 ibídem señala:

**“Artículo 92. Restricciones al criterio de recuperación de costos y gastos de operación.** *En las fórmulas de tarifas las comisiones de regulación garantizarán a los usuarios a lo largo del tiempo los beneficios de la reducción promedio de costos en las empresas que prestan el servicio; y, al mismo tiempo, darán incentivos a las empresas para ser más eficientes que el promedio, y para apropiarse los beneficios de la mayor eficiencia.*

*Con ese propósito, al definir en las fórmulas los costos y gastos típicos de operación de las empresas de servicios públicos, las comisiones utilizarán no solo la información propia de la empresa, sino la de otras empresas que operen en condiciones similares, pero que sean mas <sic> eficientes.*

*También podrán las comisiones, con el mismo propósito, corregir en las fórmulas los índices de precios aplicables a los costos y gastos de la empresa con un factor que mida los aumentos de productividad que se esperan en ella, y permitir que la fórmula distribuya entre la empresa y el usuario los beneficios de tales aumentos”.*

De acuerdo con esta disposición, en las fórmulas para el cálculo de tarifas, las Comisiones de Regulación garantizarán a los usuarios los beneficios de la reducción de los costos. Al mismo tiempo, darán incentivos a las empresas prestadoras para que actúen con mayor eficiencia y puedan apropiarse de los beneficios de ésta.

Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo en la sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003:

*4.5.2.6. El demandante sostiene que el artículo 92 de la Ley 142 de 1994, que versa sobre la determinación de la mayor eficiencia que deberán observar las empresas en el largo plazo y las reglas que habrán de regir el reparto de los beneficios obtenidos por tal concepto, favorece los intereses de éstas y no los derechos de los consumidores. La Corte estima, por el contrario, que la reducción de la tarifa como resultado de la aplicación de un factor de eficiencia en el largo plazo favorece al usuario en la misma medida en que exige a las empresas que obtengan niveles crecientes de eficiencia de acuerdo con el transcurso del tiempo. De igual manera, no es inconstitucional que la norma incentive a las empresas para que obtengan niveles de eficiencia superiores al promedio; en efecto, ello es lo que se busca al permitirseles que se apropien de los beneficios de la mayor eficiencia obtenida. Este estímulo se revela idóneo para alcanzar un fin legítimo compatible con al Carta pues conlleva a la mayor eficiencia obtenida por algunas empresas sirva para establecer los parámetros a los cuales deben sujetarse las demás en los períodos siguientes. En este orden de ideas, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 92 de la Ley 142 de 1994 por el cargo analizado”. (Subrayas de la Sala).*



Para la Corte es válido entonces que la ley busque que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios sean cada vez más eficientes, mediante el otorgamiento de incentivos como la obtención de mayores beneficios que se generen y que se justifique por el mayor grado de eficiencia.

Siendo así, las comisiones reguladoras, al desarrollar la metodología para el cálculo de las tarifas, deben tener en cuenta los costos eficientes asociados a la prestación de los servicios. Es decir, deben generar incentivos para las empresas que hagan un mejor uso de los recursos, de manera que ellas se beneficien con la obtención de un mayor monto de ganancias y que también se beneficien los usuarios, en virtud de la disminución de las tarifas debido al menor costo de operación.

Bajo la perspectiva normativa descrita, lo que halla la Sala es que el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005<sup>24</sup>, en la manera en que fue aplicada por la SSPD, guarda estrecha consonancia con el designio que la Carta Superior determinó y que luego desarrolló el Congreso de la República, pues allí se prevé un sistema de equilibrio que opera mediante un ajuste al costo de comercialización por suscriptor para las empresas prestadoras del servicio de aseo que no puedan facturar de manera conjunta con un prestador del servicio de acueducto. El ajuste reconocido por la disposición en cita cubre el mayor costo en que incurre el prestador en dicho escenario.

Para ilustrar de mejor manera lo dicho, conviene reiterar la literalidad del artículo 9 ibídem:

**“Artículo 9°. Costo de Comercialización por Factura Cobrada al Suscriptor, CCS.** El costo de comercialización por suscriptor será, como máximo, de \$668 (pesos de junio de 2004) mes.

*El costo de comercialización por suscriptor podrá ajustarse a través de la siguiente fórmula cuando la facturación de una parte o la totalidad de los suscriptores de aseo no se realice conjuntamente con el servicio de acueducto:*

$$CCS_{AJ} = CCS^* (2 - N_{fc} / N)$$

*Donde: CCS<sub>AJ</sub>: Costo de comercialización ajustado.*

<sup>24</sup> “Por la cual se establecen los regímenes de regulación tarifaria a los que deben someterse las personas prestadoras del servicio público de aseo y la metodología que deben utilizar para el cálculo de las tarifas del servicio de aseo de residuos ordinarios y se dictan otras disposiciones”. Derogada por la Resolución CRA 853 de 2018.



*N<sub>FC</sub>: Número de suscriptores del prestador de aseo en su área de prestación de servicio con posibilidad de facturación conjunta, o efectivamente facturados, con personas prestadoras del servicio de acueducto en el suelo urbano; para el año base.*

*N: Número de suscriptores del prestador del servicio de aseo en su área de servicio, para el año base.*

**Parágrafo.** *La relación entre N<sub>FC</sub> y N se encontrará siempre acotada en el intervalo [0, 1].” (Subrayas de la Sala)*

De acuerdo con el artículo citado, la aplicación que de la norma reglamentaria hace la Superintendencia, permite generar proporcionalmente la mayor compensación para las empresas de aseo que tengan un mayor número de usuarios a los que no les puedan facturar con una empresa de acueducto. Para esto, es necesario que el factor N<sub>FC</sub> de la fórmula corresponda al número total de suscriptores respecto de los cuales la empresa esté en la posibilidad de facturar de manera conjunta con el servicio de acueducto o de aquellos a los que en efecto les facture de esa manera.

Lo anterior se refleja en los siguientes ejemplos:

a) Para una empresa de aseo que cuente con un total de 1.000 usuarios y todos tengan la posibilidad de facturación con el servicio de acueducto o efectivamente facturen con el servicio de acueducto, la fórmula sería la siguiente:

$$CCS_{AJ} = CCS * (2 - N_{FC}/N)$$

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

$$CCS_{AJ} = 668 * (2 - 1)$$

$$CCS_{AJ} = 668 * 1$$

$$CCS_{AJ} = 668$$

b) Para una empresa que tenga 1.000 usuarios, de los cuales solo 700 cuenten con la posibilidad de facturación con el servicio de acueducto o facturen efectivamente con el servicio de acueducto, la aplicación de la fórmula sería así:

$$CCS_{AJ} = CCS * (2 - N_{FC}/N)$$

$$CCS_{AJ} = 668 * (2 - 700/1000)$$

$$CCS_{AJ} = 668 * (2 - 0.7)$$



$$CCS_{AJ} = 668 * 1.3$$

$$CCS_{AJ} = 868,4$$

Obsérvese cómo la fórmula arroja un mayor costo de comercialización para la empresa que tiene un porcentaje menor de usuarios con posibilidad de facturación conjunta o que facturen efectivamente con dicho servicio. Esto ocurre justamente porque la metodología genera una mayor compensación para la empresa que tiene menores posibilidades de acudir a ese tipo de facturación, la cual, se insiste, acarrea menores costos.

Vale reiterar que lo que busca la regulación es propiciar que el prestador acuda a los métodos que generen un uso eficiente de los recursos, lo cual, en este caso, en criterio de la Comisión Reguladora, se concretó en la facturación con las empresas de acueducto.

La entidad demandada actuó en consecuencia con la anterior interpretación, al evidenciar que Bugaseo S.A. E.S.P. había incorporado un mayor costo en la facturación del servicio prestado por no incluir en la fórmula de ajuste el  $N_{FC}$  los usuarios que podría facturar conjuntamente con la empresa de acueducto, de acuerdo los respectivos catastros de suscriptores.

Así, el valor obtenido fue superior al que pudo resultar de tener en cuenta el número de suscriptores de servicio de aseo con fundamento en la posibilidad de facturación conjunta con la empresa de acueducto, valor que tuvo que asumir el suscriptor y que implicó no sólo la desatención a la disposición reglamentaria sino una actuación al margen de los principios de eficiencia económica y suficiencia financiera, que inspiran la figura allí contenida.

Por lo tanto, la forma en que fue entendido el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005 en los actos cuestionados resulta coherente con la normativa que establece el régimen tarifario en materia de servicios públicos, si se tiene en cuenta que es ésta la que genera un incentivo para la mayor eficiencia económica del sector, al motivar a las empresas prestadoras del servicio de aseo para que adelanten las gestiones pertinentes con el fin de facturar de manera conjunta con empresas de acueducto,



pues, en criterio del regulador, es esa la forma más eficiente desde el punto de vista económico en que pueden disminuir costos y al mismo tiempo prestar con esa misma calificación el respectivo servicio.

8.5.2. Por otro lado, Bugaseo S.A. E.S.P. alegó que la Superintendencia había aplicado el artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005, de acuerdo con la interpretación que de éste había efectuado la CRA en el concepto 20075290463052 del 5 de diciembre de 2007, el cual, a su juicio, tenía un alcance totalmente distinto al contenido de la propia norma y que, además, era posterior a los hechos.

Contra lo alegado por la demandante, la Sala considera que la interpretación que efectuó la CRA en el mencionado concepto, que es la misma que se concretó en los actos demandados, es coherente con el contenido de esa disposición y, en especial, con el artículo 365 de la Constitución Política y con la Ley 142 de 1994, disposiciones que ya estaban vigentes en el momento de los hechos, por lo que mal podría afirmarse que la empresa de aseo fue sorprendida con un entendimiento nuevo o ajeno al contenido de la regulación.

#### **8.6. De la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para ordenar la devolución de los pagos no autorizados**

El siguiente problema a resolver consiste en establecer si son nulos por falta de competencia los actos administrativos expedidos por la SSPD por medio de los cuales se ordenó la devolución de los recursos cobrados de más como consecuencia del cálculo incorrecto del costo de comercialización por factura cobrada al suscriptor del servicio de aseo, si tales actos se expidieron en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio.

8.6.1. Pues bien, el artículo 367 de la Constitución Política establece que, en materia de servicios públicos domiciliarios, la ley debe fijar, entre otros, *“el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”*.



Por su parte, el artículo 148 de la Ley 142 de 1994 establece que las empresas de servicios públicos no pueden cobrar *“servicios no prestados, tarifas, ni conceptos diferentes a los previstos en las condiciones uniformes de los contratos, ni se podrá alterar la estructura tarifaria definida para cada servicio público domiciliario”* (Subrayas de la Sala).

El artículo 79 de la misma ley consagra las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 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.*

(...)

*31. Podrá ordenar en el acto administrativo que resuelva el recurso de apelación de que tratan los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994, la devolución de los dineros que una empresa de servicios públicos retenga sin justa causa a un usuario, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación de la decisión respectiva.”* (Subrayas de la Sala).

Con respecto al alcance de las normas precitadas, esta Sección se pronunció en sentencia del 21 de agosto de 2014<sup>25</sup> así:

*“Ciertamente, mediante concepto SSPO-OJ-2003-0236 de la Oficina Jurídica expresó lo siguiente:*

(...)

*‘De conformidad con la Ley 142 de 1994, corresponde a la Superintendencia de manera general vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a que estén sujetos quienes presten servicios, y en particular las relativas al régimen tarifario, dentro del sistema de protección de los usuarios de los servicios públicos. A este respecto conviene recordar que según el profesor Hugo Palacios Mejía, la Ley 142 de 1994 se orienta a la protección del usuario. Pues bien, una de las principales preocupaciones de la ley 142 en materia de protección al usuario tiene que ver con que los cobros que las empresas de servicios públicos hagan a los usuarios*

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala. Rad.: 2008 – 00350.



correspondan a los servicios, tarifas y conceptos que la ley y el contrato de servicios públicos autoricen. (Artículo 146]':

'Si la Superintendencia de Servicios Públicos en su condición de autoridad competente en materia de protección de los derechos de los usuarios de servicios públicos y ente encargado del control de la correcta aplicación del régimen tarifario por parte de las empresas prestadoras, encuentra que una empresa de servicios públicos incurrió en error al fijar sus tarifas y ese error lesiona injustamente los intereses de los usuarios, la Superintendencia podrá, previo el procedimiento previsto en el artículo 106 y s. s. de la Ley 142 de 1994, ordenar a la persona prestadora del servicio público la devolución de los dineros cobrados demás sin que medie necesariamente la imposición de sanción alguna (se subraya y resalta).

(...)

De no poder la Superintendencia emitir orden para la devolución, no tendría sentido el control tarifario; como tampoco sería útil dicho control, si sólo sirviera como apoyo para que el usuario sustentara y presentara la reclamación ante la empresa. Así mismo, carecería de racionalidad jurídica y práctica tener que resolver las empresas tantos reclamos como usuarios afectados resulten, y otro tanto tuviera que hacer la Superintendencia en la instancia de apelación, cuando revisadas las tarifas por el órgano de control se establezca en qué consistió el error y cómo debe ser corregido de manera general a todos los usuarios.

En conclusión, la efectiva protección de los derechos de los usuarios derivada del ejercicio de la función del control tarifario a las empresas de servicios públicos, carece de contenido jurídico si no se emite orden de devolver lo cobrado en exceso.

En otras palabras, lo que persigue la vigilancia y control de la correcta aplicación del régimen tarifario es precisamente que ante una situación irregular, la empresa corrija su conducta conforme a lo que señale el órgano de control, con la condición que la empresa puede dar las explicaciones que estime pertinente y se respete el debido proceso administrativo, en desarrollo del artículo 106 y s.s. de la Ley 142 de 1994. Es que de otra manera, la función de vigilancia y control, sobre todo en materia tarifaria, desprovista de la aplicación de correctivos, no sería nada'.

Sobre lo expresado en el concepto vale la pena destacar el aparte que habla sobre la posibilidad de dar una orden de devolución de dineros sin que necesariamente se imponga una sanción.

El punto se reduce a que, según lo expresó en su oportunidad la Oficina Jurídica, y según se reitera en este recurso, la orden de devolución no es una sanción. En efecto, la orden de devolución es una consecuencia obvia, resultante de la captura de una renta que tuvo origen en la violación de una disposición legal, regulatoria o de ambos tipos, que no está encaminada a obtener la reparación de perjuicios causados a usuarios o suscriptores ni se trata de proveer indemnizaciones.

Adicionalmente, resulta oportuno para el caso puntual hacer especial mención al artículo 2318 del Código Civil, el cual expresa:

'El que ha recibido dinero o cosa fungible que no se le debía es obligado a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad.



*Si ha recibido de mala fe, también los intereses corrientes’.*

*Quien paga lo que no debe tiene derecho a repetir lo pagado. Esta previsión legal se encuentra estrechamente ligada con el enriquecimiento sin justa causa, principio universalmente aceptado que señala, conforme lo expresa el tratadista Luis Ernesto Guevara López, que el mismo tiene un fundamento moral y que ‘...nadie puede enriquecerse injustamente, sin que medie una causa, en detrimento de otro. En virtud de tal principio aquel que experimente un incremento en su patrimonio, ya porque efectivamente ingresa un activo o bien o porque disminuye su pasivo a expensas de otro patrimonio está obligado a restablecer ese desequilibrio que no cuenta con una justa causa que lo respalde...’*

*Adicionalmente, el artículo 6 del C.C., dispone:*

*‘La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones.*

*En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos’.*

*El artículo 79.1. menciona que la afectación se produce directamente a usuarios determinados. Cabe preguntarse ¿por qué la norma se refiere a ‘usuarios determinados’? La respuesta es sencilla: justamente, porque si a raíz de un incumplimiento de un acto administrativo o legal los suscriptores o usuarios de un servicio sufren un detrimento, por ejemplo patrimonial, se espera que como resultado de la acciones de control y vigilancia se corrija dicha anomalía y no que simplemente se limite a señalarla y a imponer una multa.*

*En consecuencia, limitar las funciones de vigilancia y control de la Superintendencia como facultades exclusivamente sancionatorias, equivale a asumir que las funciones otorgadas a esta entidad sólo estarían encaminadas a detectar conductas, sin que exista la posibilidad de que estas sean corregidas.*

*Así las cosas, los prestadores sujetos al control y vigilancia de esta entidad tendrían incentivos para transgredir las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos, siempre que la ganancia esperada por estos con el despliegue de dicha conducta, sea mayor a la sanción impuesta. La misma Ley ha previsto este hecho, por cuanto el numeral 1 del artículo 79 establece que es función de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos y sancionar sus violaciones, luego no se puede entender la función sancionatoria como la única, siendo que la ley expresa claramente que la sanción complementa las funciones de control, de las cuales la devolución de dineros es una forma de ellas.*

*De esta forma, es evidente para la Sala que la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para vigilar y controlar el cumplimiento de la normativa a que se somete la Empresa actora como prestadora del servicio público domiciliario de telefonía y para sancionar las violaciones a ella, se limitó al cargo imputado.*

*Por ello, frente a la acusación objeto de la apelación procede entender que la Superintendencia de Servicios Públicos sí actuó con competencia, en los términos*



del artículo 79.1 de la Ley 142 de 1998, en cuanto se refiere al incumplimiento de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP de efectuar la liquidación de las tarifas de los estratos 1 y 2 acorde con lo previsto en el artículo 116 de la Ley 812 de 2003 y la resolución 996 de 2004 que precisó la fórmula para el efecto". (Negrillas de la Sala).

Entonces, de conformidad con el numeral 1º del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios le corresponde vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos que rigen el sector, para evitar la afectación directa e inmediata de los derechos de los usuarios. De acuerdo con el razonamiento de la Sección, la potestad de policía administrativa prevista en la disposición bajo estudio comprende una facultad sancionatoria y también una correctiva. La primera tiene una función preventiva, que busca que los vigilados no incurran nuevamente en las mismas infracciones. La segunda, por su parte, busca restablecer el orden jurídico, con medidas de protección a los usuarios.

Tal posición ha sido reiterada y desarrollada en su alcance por esta Corporación cuando ha sostenido que, en ejercicio de la función de vigilancia y control, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios *"cuenta con amplias facultades para ordenar los correctivos necesarios con el fin de subsanar las situaciones de los vigilados que transgredan, por acción u omisión, el orden jurídico vigente"*<sup>26</sup>, y que esto no solo es una facultad sino *"un deber legal en función de los derechos de los usuarios del servicio de cara a la regulación aplicable y las infracciones cometidas"*<sup>27</sup>.

Es decir que, para el efectivo cumplimiento de sus competencias, la Superintendencia puede ordenar los correctivos necesarios, de manera que los vigilados subsanen las situaciones que transgredan la normativa vigente.

Ahora, como se vio, el artículo 148 de la misma Ley impone el respeto por el régimen tarifario en materia de servicios públicos domiciliarios, deber que asimismo compete ser vigilado por la SSPD, si se tiene en cuenta que una de sus principales finalidades es lograr que los cobros que realizan las empresas a los usuarios correspondan a las tarifas que la ley autoriza.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 26 de noviembre de 2015, Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación número: 25000-23-24-000-2005-01325-01.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta – Descongestión, sentencia del 15 de febrero de 2018, Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación número: 25000-23-24-000-2008-00509-01.



En tal sentido, en caso de evidenciar que una empresa de servicios públicos incurre en errores al fijar las tarifas y con ello lesiona los derechos de los usuarios, le debe ordenar la devolución de los dineros cobrados demás, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar.

De acuerdo con lo anterior, la potestad correctiva que faculta a la SSPD para ordenar la devolución de los recursos cobrados en exceso puede ejercerse de manera independiente del trámite del recurso de apelación de que tratan los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994, pues corresponde a una función restablecedora del orden jurídico que, por tanto, no está supeditada al ejercicio de una solicitud en interés particular, sino que puede emitirse en escenarios en los cuales ese ente ejerce la función de policía administrativa a propósito de procedimientos sancionatorios.

Para la Sala, la interpretación que propone la sociedad demandante, que indica que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios solo puede actuar a petición de parte, vía recurso de apelación, desconoce la naturaleza y el papel que cumple esa entidad, esto es, el de asegurar la prestación adecuada de los servicios y la protección de los derechos de los usuarios. Sobre el particular, la Sala sostuvo en la sentencia del 26 de noviembre de 2015<sup>28</sup>:

*“En este sentido y atendiendo el efecto útil de las normas, para la Sala no resulta posible interpretar que el numeral 31 del artículo 79 contiene una regla general en la cual sólo en el acto administrativo que resuelva el recurso de apelación es posible ordenar la devolución de los dineros que una empresa de servicios públicos ha retenido sin justa causa a un usuario cuanto, sino que en el marco de su actuación oficiosa y ejerciendo su función de control consagrada en el artículo 79 numeral 1º, la Superintendencia de Servicios Públicos puede adoptar dichos correctivos”. (Subrayas del original).*

8.6.2. Por otro lado, la actora cuestionó la facultad de la entidad demandada para prohibirle exigir acreditaciones o trámites para las devoluciones, concretamente, los necesarios para identificar a los beneficiarios de estas.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que esta Sección, en la sentencia del 21 de agosto

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 26 de noviembre de 2015, Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación número: 25000-23-24-000-2005-01325-01.



de 2014, arriba citada, señaló que una eventual orden de la SSPD consistente en la devolución de recursos cobrados de más por las prestadoras de servicios públicos domiciliarios no puede estar subordinada al inicio de las reclamaciones en interés particular por cada uno de ellos. En el mismo sentido, en la sentencia del 10 de octubre de 2012<sup>29</sup>, esta Sección sostuvo que tal facultad tampoco debía estar supeditada a la individualización previa de cada uno de los usuarios o suscriptores afectados:

“[L]a competencia de la Superintendencia para vigilar y controlar el cumplimiento de la normativa sobre la materia por parte de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no puede quedar supeditada, como lo entiende el juez colegiado de primera instancia, a que en la actuación administrativa se acrediten todos y cada uno de los casos en que los usuarios hayan sido perjudicados o, en otros términos, a que se haga una identificación concreta y personalizada de cada uno de los usuarios supuestamente afectados por la conducta del prestador, pues la ley lo que exige para habilitar dicha potestad estatal es la existencia de una afectación directa e inmediata de usuarios determinados.”

En efecto, la lectura que hace el a quo del artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994 deja a ésta norma vaciada de contenido, pues según dicha interpretación se requeriría siempre que se haya acudido de manera previa a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través de una queja o reclamación individual [en la que se hubiera puesto de presente a la Administración por parte de un usuario determinado que requirió del servicio respectivo y que no pudo acceder a él]. Esta condición, que no prevé la ley, supondría que la Superintendencia solo podría actuar a petición de parte, lo cual desconoce claramente el papel que el Estado cumple a través de esta entidad, que no es otro que el de intervenir en la economía para asegurar que los servicios públicos, entre éstos los domiciliarios -como medios a través de los cuales se concreta el Estado Social de Derecho-, sean prestados eficientemente. Se trata, pues, de una intervención que se materializa a través del control y la vigilancia sobre los prestadores de los servicios públicos, como un poder que retiene el Estado para ejercer en forma permanente, que no puede estar condicionado a la existencia de una petición previa por parte del usuario del servicio.”

Además, valga recordar que la interpretación de las normas jurídicas debe responder al principio del efecto útil de la misma, conforme al cual si entre dos posibles sentidos de un precepto, uno produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero. En este caso, el correcto entendimiento de la norma legal que consagra la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para vigilar y controlar el cumplimiento de la normativa a que se encuentran sometidos los prestadores de servicios públicos domiciliarios, esto es, el que produce efectos jurídicos, es aquel que apunta a que dicha potestad se activa, aun oficiosamente, a partir de la acreditación de la afectación directa e inmediata de usuarios determinados por razón de la conducta del prestador y no a partir de la detallada, concreta y personalizada identificación de cada uno de los usuarios afectados dentro del respectivo procedimiento, que solo se produciría si ante la Administración se allegara una comunicación particular”

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Magistrado Ponente: Dr. Doctor Marco Antonio Velilla Moreno. Rad.: 2004 – 00523.



*y concreta que diera cuenta de la supuesta afectación, lo cual no necesariamente siempre ocurre.*

*La afectación directa e inmediata a usuarios determinados no supone que exista una identificación personalizada o una individualización de los afectados sino que, por el incumplimiento de la norma a que están sometidos los prestadores del servicio, potencialmente resulten afectados unos usuarios determinados".* (Subrayas de la Sala).

Por lo expuesto, una orden de la SSPD orientada a la devolución de recursos cobrados de más por las prestadoras de servicios públicos domiciliarios no puede estar subordinada a la individualización de cada uno de los usuarios o suscriptores afectados ni a que cada uno de ellos inicie las reclamaciones en interés particular. En consecuencia, el acto demandado se ajustó a derecho al señalar que la empresa de aseo no estaba facultada para exigir requisitos adicionales a los usuarios que debían recibir las devoluciones.

8.6.4. Por otra parte, debe la Sala resolver si los actos enjuiciados son nulos por violar una norma superior, si al ordenar la devolución de las sumas pagadas de más por parte de los usuarios a una empresa prestadora del servicio de aseo, no se determinó previamente el enriquecimiento injustificado de ésta y el correlativo empobrecimiento de aquéllos, siendo que no fueron debidamente identificados.

Al respecto, la Sala estima necesario aclarar que el articulado de la Resolución CRA 294 de 2004<sup>30</sup>, que resulta pertinente invocar por ser esta norma la que, se reitera, fijó el procedimiento para la devolución de los cobros no autorizados para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, como criterio de protección de los derechos de los usuarios, no se remitió a los requisitos consagrados en el artículo 2313 del Código Civil para determinar la viabilidad correspondiente, sino que definió un procedimiento especial, dentro del marco establecido por la Ley 142 de 1994.

En efecto, los artículos 1, 2 y 4 de la mencionada resolución prescriben:

**"Artículo 1°. Identificación de los cobros no autorizados. Cuando los organismos de control o el prestador del servicio, de oficio o a petición del suscriptor o usuario encuentren que se han realizado cobros no autorizados, el prestador del servicio recalculará el valor cobrado, con el propósito de corregir el**

<sup>30</sup> "Por la cual se establece la devolución de cobros no autorizados para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, como criterio general de protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a la factura".



valor de la factura del servicio o ajustar la tarifa a la normatividad y regulación vigentes según sea el caso.

Los cobros no autorizados pueden tener su origen en servicios no prestados, tarifas que no corresponden a la regulación y cobros de conceptos no previstos en la ley y en los contratos de condiciones uniformes.

*En el caso de cobros no autorizados motivados en la factura, el monto a devolver al suscriptor o usuario será la diferencia entre la factura cobrada y la factura correctamente liquidada, para el estrato o sector al que pertenece el suscriptor o usuario, junto con los intereses y los ajustes de subsidios y contribuciones a que haya lugar.*

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

*La identificación de errores en la determinación de las tarifas no causará la suspensión de la facturación”. (Subrayas de la Sala).*

**“Artículo 2°. Forma y plazo para la realización de la devolución de los cobros no autorizados.** *En el evento de encontrarse que se ha efectuado un cobro no autorizado, de existir pago por parte del suscriptor o usuario cuya causa sea tal cobro, el prestador deberá abonar a la siguiente factura del servicio público que se trate, el monto a devolver al usuario o suscriptor, obtenido en los términos del artículo 1° de la presente resolución.*

*En el evento en que el monto a devolver sea superior al que debiera cobrarse en la siguiente factura, el prestador abonará el remanente en la próxima factura y así sucesivamente hasta cubrir la totalidad de dicho monto.*

*Igualmente, el prestador podrá pagar al suscriptor o usuario el monto adeudado en forma pura y simple, caso en el cual deberá informar de inmediato al usuario su voluntad de realizar el pago de esta forma.*

**Parágrafo.** *Cuando se haya producido la terminación del contrato de servicios públicos y exista un monto a devolver a un suscriptor o usuario, el prestador deberá pagar la totalidad de dicho monto a quien fuera suscriptor o usuario”. (Subrayas de la Sala).*

**“Artículo 4°.** *Las devoluciones de los cobros no autorizados proceden sin perjuicio de las sanciones y de las demás actuaciones que adelanten los organismos de control y vigilancia”. (Subrayas de la Sala).*

Entonces, la regulación específica sobre devoluciones en materia de servicios públicos no exige la declaratoria de un enriquecimiento sin causa, pues no es el escenario idóneo para eso. Solo exige la configuración del cobro de servicios no prestados o de tarifas y de conceptos diferentes a los previstos en las condiciones uniformes de los contratos. Por tal razón, no era exigible a la Superintendencia de Servicios Públicos



Domiciliarios la verificación de los presupuestos consagrados en el Código Civil ni en el Código de Comercio en relación con el enriquecimiento sin justa causa.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala concluye que la sentencia del 12 de marzo de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, se ajustó a derecho al denegar las pretensiones de la demanda instaurada por Bugaseo S.A. E.S.P. contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, razón por la cual la confirmará.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### FALLA

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 12 de marzo de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que denegó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DEVOLVER:** el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente providencia.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala el 19 de agosto de 2022.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**  
Presidente  
Consejero de Estado

**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**  
Consejero de Estado

**NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**  
Consejero de Estado

**HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**  
Consejero de Estado



---

Radicado: 25000 23 24 000 **2012 00295** 02  
Demandante: Bugueña de Aseo S.A. E.S.P.

La presente sentencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad y conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.