

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Bogotá D.C., primero (1) de junio de dos mil veinte (2020)

CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Radicación: 25000232400020120022400

Demandante: TULUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P. – TULUASEO

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Tema: REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL / El cobro que realizó una empresa de servicios públicos de aseo a sus suscriptores en un periodo determinado utilizando una metodología ajena al alcance de las normas que regulan la materia, corresponden a una conducta de ejecución continuada / POTESTAD SANCIONATORIA / DEBIDO PROCESO JUDICIAL / GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra de la sentencia de 13 de febrero de 2014, proferida por la Sección Primera Subsección C en Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de la cual declaró: i) probada la objeción por error grave del dictamen pericial; ii) la nulidad de los actos demandados; iii) a título de restablecimiento del derecho, que la parte actora no debía pagar la multa impuesta a través de los actos objeto de la declaratoria de nulidad y; iv) negó las demás pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1.- La demanda

Mediante escrito radicado en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el apoderado de la sociedad Tuluëña de Aseo S.A. E.S.P. - TULUASEO, obrando por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo - CCA en contra de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante SSPD), con miras a obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“**PRIMERA:** Declare la nulidad de la Resolución No. SSPD 20114400010785 del 2 de mayo de 2011.

SEGUNDA: Declare la nulidad de la Resolución SSPD 201144000021295 del primero (1º) de agosto de 2011.

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 TULUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P. TULUASEO 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 de primera y segunda instancia a título de restablecimiento del derecho, en caso que **TULUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P. TULUASEO** 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 **TULUASEO**, 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 del 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.

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 **TULUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P. TULUASEO** 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 trata las pretensiones primera y segunda y a título de restablecimiento del derecho, ordene a la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** pagar en un término prudencial a **TULUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P. TULUASEO** una suma de dinero igual a la cuantía de la totalidad de los montos dinerarios que **TULUASEO**, en cumplimiento de los actos 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 **TULUASEO** hasta la fecha de su efectiva devolución si esta no supera el termino dispuesto por el Tribunal.

DÉCIMA: 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.

DÉCIMA 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 **TULUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P. TULUASEO** 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 9° de la Resolución CRA 351 de 2005 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.” (mayúscula fija y negrilla del original).

I.1.2.- Los hechos que sustentan la demanda

Los hechos relevantes que sustentan la demanda son los siguientes:

El apoderado del demandante indicó que la Superintendente Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo de la SSPD, dio inicio a la investigación administrativa No. 2010440350600058E, mediante comunicación de fecha de 2 de marzo de 2010, por medio de la cual se elevó pliego de cargos en contra de la sociedad Tulueña de Aseo S.A. E.S.P. - TULUASEO.

Expresó que le fueron formulados los siguientes cargos:

Cargo 1°. Presunto incumplimiento del artículo 9° de la Resolución CRA 351 de 2005, al establecer un costo indebido según lo previsto en la metodología tarifaria de aseo.

Cargo 2°. Presunto incumplimiento a lo establecido en el artículo 148 de la Ley 141 de 1994 (requisitos de las facturas) por el cobro indebido de un costo tarifario.

Cargo 3°. Presunto incumplimiento a lo establecido en el artículo 2° de la Resolución CRA 294 de 2004 en concordancia con el artículo 3° numeral 9° inciso 2° de la Ley 142 de 1994.

Manifestó que mediante escrito radicado el 8 de abril de 2010, la apoderada de la sociedad Tulueña de Aseo S.A. E.S.P. - TULUASEO presentó descargos y solicitó el decreto y práctica de pruebas.

Señaló que mediante la Resolución No 20114400010785 del 2 de mayo de 2011, la SSPD resolvió:

Imponerle “... sanción de **MULTA...**” equivalente a 30 millones de pesos.

Ordenarle “... hacer el recalcu [sic] del componente CCS y ajustar la norma a la normatividad vigente informando, a través del cargue al Sistema Único de Información – SUI, el nuevo estudio de costos actualizado...”.

Ordenarle “... la devolución de las sumas cobradas en exceso a los usuarios...”, acorde con la Resolución CRA 294 de 1994.

Informó que la apoderada de la empresa Tulueña de Aseo S.A. E.S.P. - TULUASEO en escrito de fecha 1° de julio de 2011, interpuso recurso de apelación en contra de la resolución sancionatoria.

Finalmente, precisó que la Superintendente Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo de la SSPD mediante la Resolución SSPD 20114400021295 de 1° de agosto de 2011, confirmó en todas sus partes la decisión impugnada y declaró agotada la vía gubernativa.

I.1.3. Fundamentos de derecho y concepto de la violación

I.1.3.1.- Normas violadas

El apoderado de la empresa demandante formuló como cargo de violación, el relacionado con el desconocimiento de las normas en que debían fundarse los actos acusados, para lo cual señaló como normas vulneradas las siguientes normas:

Artículo 9° de la Resolución CRA 351 de 2005.

Artículo 148 de la Ley 142 de 1994.

Artículo 2° de la Resolución CRA 294 de 2004 en concordancia con el artículo 3°, numeral 9°, inciso 2° de la Ley 142 de 1994.

I.1.3.2.- El concepto de la violación

El demandante consideró que el acto administrativo sancionatorio y el que lo confirma no se encuentran ajustados a derecho por ser manifiesta su oposición a la constitución y a la ley por: **i)** “Caducidad de la facultad sancionatoria administrativa de la SSPD”, **ii)** “Inexistencia del incumplimiento de las disposiciones legales, lo cual es el fundamento de la sanción”, y, **iii)** “Ilegalidad de la orden de devolución, por prohibir exigir los documentos que acreditan quien es el titular del derecho”; cargos que desarrolló de la siguiente manera:

Caducidad de la facultad sancionatoria administrativa de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

El apoderado de la empresa demandante afirmó que, con las resoluciones acusadas, se transgredió el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

Refirió que la enunciada disposición establece el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración en 3 años. Por su parte la jurisprudencia del Consejo de Estado ha decantado 3 tesis en relación con la forma de interrumpirla: (i) una laxa –expedición del acto principal–, (ii) una intermedia –expedición y notificación del acto principal– y (iii) una restrictiva –expedición, notificación y agotamiento de la vía gubernativa–.

Al respecto, sostuvo que, en el asunto en cuestión, se debe aplicar la tesis restrictiva, pues la sanción solo puede considerarse impuesta una vez que quede ejecutoriada. No obstante, aún bajo la tesis intermedia, aplicada por la entidad accionante, operó la caducidad, cuando menos de forma parcial.

Manifestó que, ello es así porque los hechos objeto de investigación no constituyen un hecho o acto de tracto sucesivo a la luz de las Circulares conjuntas SSPD-CRA 003 y 006 de 2006. De modo que a las facturas que emitió la empresa entre enero de 2007 y abril de 2008 habría operado tal fenómeno de la caducidad, siendo oportuna la sanción únicamente para la correspondiente a mayo de 2008, por tratarse cada una de ellas de actos “autónomos e instantáneos”.

Expresó que la SSPD al darle tratamiento a los actos administrativos sancionatorios como si se trataran de hechos o actos de carácter sucesivo o permanente, cuando no los son, lo hace con el objeto de contabilizar el término de caducidad con el último mes en que, supuestamente, se aplicó en indebida forma el régimen tarifario y se facturó.

Argumentó que la caducidad de la facultad sancionatoria ha operado y, por lo tanto, impera su

reconocimiento.

Inexistencia del incumplimiento de las disposiciones legales que fundamentaron la sanción.

Frente a este concepto, en primer lugar, el libelista adujo que la resolución sancionatoria y su confirmatoria adolecen de sustento, por cuanto no declaran la existencia de los incumplimientos normativos que motivan la imposición de la sanción, sino que se limita a consagrar la sanción.

En segundo lugar, en relación con la inexistencia del incumplimiento, expresó que Tuluéña de Aseo S.A. E.S.P. - TULUASEO acató lo dispuesto en el artículo de la Resolución CRA 351 de 2005. Empero, la CRA, con posterioridad a los hechos sancionados dio otra interpretación (no vinculante) a esta norma, vía concepto y circular; y fue con base en esa nueva postura que la SSPD sancionó a la empresa, lo cual no es admisible dada las jerarquías normativas y el sistema de fuentes que opera en un Estado de Derecho.

Mencionó que en la norma referida se establece una fórmula para el “costo de comercialización por factura ajustado” (CCS_{AJ}) –para determinar el respectivo componente del servicio de aseo cuando la facturación de una parte o del total de suscriptores no se realice conjuntamente con el servicio de acueducto–, en el que la variable “ N_{FC} ” podía ser dotada de contenido, según su criterio, a partir de cualquiera de las siguientes dos opciones para el “número de suscriptores del prestador de aseo en su área de prestación de servicio (...) con personas prestadoras del servicio de acueducto en el suelo urbano, para el año base”: (i) con posibilidad de facturación conjunta, o (ii) efectivamente facturados.

Alegó que, bajo ese contexto fue legal que la empresa se acogiera a la segunda alternativa –para los cobros mensuales realizados desde enero de 2007 hasta mayo de 2008–, en la que se reportaba un número de cero (0) usuarios bajo esa condición, lo que le permitía cobrar el mayor valor aceptado en la antedicha regulación.

Manifestó que, no obstante, la SSPD se fundamentó en una consulta absuelta por la CRA en diciembre de 2007 –siendo que el respectivo régimen tarifario entró a regir en enero del mismo año–, en la que expresa que el componente “ N_{FC} ” es equivalente al “catastro de usuarios del servicio de acueducto a quienes se les presta el servicio de aseo”, desconociendo el tenor literal de la norma y las dos hipótesis que admite, especialmente la que responde a la expresión “con posibilidad de facturación conjunta o efectivamente facturados”, en la que destaca la presencia de la conjunción copulativa “o”.

Reiteró que, en ese sentido, erró la entidad demandada al reducir la norma a un único supuesto, esto es, al de “facturación conjunta” –con el servicio de acueducto–, dejando por fuera el hecho que, en el caso concreto, ello era imposible de cumplir para la empresa accionante, dado que, incluso antes de entrar en vigencia la Resolución CRA 351 de 2005, había celebrado un contrato indisoluble con una empresa de energía para el cobro del servicio de aseo.

Adujo que la errada interpretación del artículo 9º de la Resolución CRA 351 de 2005, efectuada por la SSPD, va en contravía de lo dispuesto por los artículos 34.1 y 34.2 de la Ley 142 de 1994 que suponen la relación entre “cobro de tarifas” y “gastos de operación” de un servicio -adicional o no-.

Arguyó que con la postura acogida por la entidad demandada en los actos sancionatorios se prohija la regla tarifaria no en función de “(...) cuánto costó, sino cuánto le pudo costar (...) a la empresa.

En ese sentido, argumentó que la SSPD, en lugar de atenerse al tenor literal de la regulación presuntamente incumplida, toma la decisión con base en 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.

Indicó que se le sanciona por no acatar “premonitoriamente”, la posición institucional respecto de la interpretación de la norma, pues debía saber que un año después de la entrada en vigencia de la regulación presuntamente incumplida, la SSPD iba a desconocer el tenor de la misma para acoger un concepto de la CRA, el cual modifica la norma so pretexto de interpretarla.

Argumentó que Tuluëña de Aseo S.A. E.S.P. - TULUASEO, si aplicó el artículo 9º de la Resolución CRA 351 de 2005 de conformidad con el tenor de su texto, por lo que no es admisible sancionarla por haberlo cumplido.

Ilegalidad de la orden de prohibir exigir los documentos que acreditan la titularidad del derecho

El libelista indicó que existe desconocimiento de la normatividad desde dos aspectos. El primero de ellos, consiste en que la SSPD no podía impartir la orden de devolver los dineros a los usuarios o suscriptores como medida dentro de la actuación administrativa sancionatoria, por cuanto dicha decisión implica una repercusión económica para la empresa y, por ese motivo, se tiene un procedimiento administrativo que debe surtirse para ordenar la devolución.

En ese sentido, expresó que la entidad accionante no podía emitir órdenes so pretexto de la protección de los derechos de los usuarios o suscriptores (art. 79.31 L.142/94), a menos que estos lo hubieran pedido directamente, para lo cual debían acudir al recurso de apelación, subsidiario al de reposición (arts. 152-159 L.142/94), ante una eventual denegatoria de la E.S.P. de realizar la devolución pedida, lo cual no ocurrió en el caso de marras. Por lo anterior, comentó que la SSPD no tenía competencia para ordenar devoluciones a la empresa sin permitirle simultáneamente exigir requisitos a los usuarios para materializarlas.

De otra parte, refirió el apoderado de la parte actora que, teniendo en consideración que las normas que regulan la devolución de sumas de dinero por parte de las empresas de servicios públicos a los suscriptores o usuarios, se sustentan en el principio del “enriquecimiento sin causa”, para poder determinar a quienes debe hacerse la devolución ordenada por la SSPD, es necesario determinar la calidad de beneficiario de la devolución.

Adujo que, en consonancia con lo anterior, tampoco podía prohibirse a Tuluëña de Aseo S.A. E.S.P - TULUASEO que exigiera a quien pretende servirse de tal medida, acreditar la calidad de beneficiario, pues es lo que se desprende de las normas del Código Civil, que son las que gobiernan esta figura.

Arguyó que, sumado a ello, la Corte Suprema de Justicia ha resaltado el carácter de “remedio extraordinario y excepcional” del enriquecimiento sin causa, lo que significa que no se puede acudir a este sin que los afectados acudieran previamente a los recursos de reposición y apelación consagrados en la Ley 142 de 1994.

Igualmente, indicó que el artículo 831 del Código de Comercio establece unos requisitos para que se configure el referido enriquecimiento (enriquecimiento de uno, empobrecimiento de otro y ausencia de causa jurídica eficiente), por tanto, no puede suponerlos la SSPD, sino que se debe permitir a la empresa actora que pueda verificar la acreditación de estos, caso a caso.

En este sentido, comentó que solo así se puede evitar que se favorezca a una persona distinta a quien pagó la correspondiente factura, y que se haga con ello incurrir en doble costo de devolución a la empresa.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La SSPD, a través de apoderada, se opuso a las pretensiones de la demandada, y en cuanto a los cargos planteados, pidió que se tuvieran en cuenta los considerandos efectuados en los actos administrativos demandados.

i. Caducidad de la facultad sancionatoria administrativa de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Frente a este cargo planteado en la demanda, la SSPD aseveró que la Sala Plena del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en relación con la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, según el cual el acto sancionatorio debe expedirse y notificarse dentro del término de caducidad fijado en el artículo 38 del CCA.

Señaló que, según la referida jurisprudencia, el término ha de contarse desde la ocurrencia del hecho objeto de reproche en el caso de los actos de ejecución instantánea o desde el último acto u omisión que cesa la conducta reprochable.

Refirió que uno de los hechos, más no el único, que sustenta la investigación por la cual se impuso la sanción a Tuluëña de Aseo S.A. E.S.P. – TULUASEO, tuvo ocurrencia en el mes de mayo de 2008, demostrada en el reporte de la información al SUI, asunto de lo cual se hace referencia en la parte motiva de las resoluciones cuestionadas.

De ahí, que en este caso no operó el mencionado fenómeno, toda vez que el acto sancionatorio se notificó el 25 de mayo de 2011, y 3 años atrás la violación normativa persistía.

ii. Inexistencia del incumplimiento de las disposiciones legales que fundamentaron la sanción

Indicó que la empresa investigada se encontraba en una clara posición de dar aplicación a la fórmula contenida en el artículo 9º de la Resolución CRA 351 de 2005.

Señaló que, contrario a lo que señala la parte demandante, las dos hipótesis que allí se contemplan no son facultativas, sino más bien excluyentes. De ahí que si sus suscriptores no estaban siendo efectivamente facturados por una empresa de acueducto –pues lo estaban por una empresa de energía–, la única posibilidad que tenía era determinar cuántos tenían posibilidad de ser facturados.

Manifestó que, en ese sentido, debía tener presente que para determinar el “N_{FC}”, los usuarios sin posibilidad de facturación conjunta con el servicio de acueducto, solo corresponde a aquellos que no estén conectados a dicho servicio, ya sea porque son autoabastecedores, viviendas en zonas no nucleadas o productores marginales o simplemente no tienen acceso al servicio formal de acueducto.

Expresó que el artículo 9º de la Resolución 351 de 2005 no puede ser interpretado como lo propone el demandante, ya que se vulneraría el principio de neutralidad, en cuanto que los usuarios tienen el derecho a tener el mismo trato tarifario que cualquier otro, si las

características de los costos que ocasiona a la prestadora son iguales.

Adujo que el demandante está haciendo una interpretación de la norma conforme a sus intereses, desnaturalizando el verdadero fin del acto administrativo, el cual es el de asegurar la protección a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios.

- iii. Ilegalidad de la orden de prohibir exigir los documentos que acreditan la titularidad del derecho

Indicó que del artículo 1° de la Resolución CRA 294 de 2004 se desprende que no hace falta la interposición de recursos para que proceda la orden de devolución de cobros en exceso, pues basta que los organismos de control o el prestador de servicios lo identifique.

Expresó que la empresa sancionada es quien conoce a sus suscriptores, que no procede la interposición de recursos para que proceda la orden de devolución de cobros en exceso, y que esa devolución debe efectuarse conforme a la Resolución No 294 de la CRA.

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C” en Descongestión, a través de fallo de 13 de febrero de 201–, determinó lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARASE LA NULIDAD de las Resoluciones No. SSPD 20114400010785 del dos (2) de mayo de 2011 y la Resolución No. SSPD 20114400021295 del primero (1°) de agosto de 2011, emitidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

SEGUNDO: DECLARASE probada la objeción por error grave formulada por la demandada, contra el dictamen pericial presentado por el perito Danilo Pedroza Benítez.

TERCERO: DECLARASE a título de restablecimiento del derecho, que Tuluëña de Aseo S.A. E.S.P. no está obligada a pagar la multa que tratan las Resoluciones objeto de esta declaratoria de Nulidad, de conformidad con los argumentos de la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO: NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: ABSTIENESE de condenar en costas en esta instancia.

SEXTO: DEVUELVA al actor el remanente que hubiese a su favor por concepto del depósito de expensas para atender los gastos ordinarios del proceso”.

El a quo fundamentó su decisión en las siguientes razones:

Caducidad de la facultad sancionatoria administrativa de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Frente al término de la caducidad de la facultad sancionatoria contenida en el artículo 38 del CCA, manifestó que la Sala ha venido sosteniendo una tesis que se erige en garantía tanto para el administrado como para la administración, la cual corresponde a aquella en la que se determina que la facultad finiquita cuando se tenga pleno conocimiento de la culminación de los términos con los que se agota la vía gubernativa.

Adujo que con la Resolución No. SSPD 2011 del 2 de mayo de 2011 se le impuso una sanción a la investigada y que, posteriormente, con la Resolución SSPD 20114400021295 del 1° de agosto de 2011 se resolvió el recurso de reposición, confirmando la sanción y agotando la vía

gubernativa. Esta última resolución, fue notificada el día 14 de septiembre de 2011.

Indicó que al finalizar el trámite administrativo con la notificación del recurso de reposición el 14 de septiembre de 2011, haciendo un ejercicio aritmético, se evidencia que la facultad sancionatoria de la administración había fenecido y, en esta medida, no queda otra alternativa a la Corporación, que declarar la nulidad de los actos deprecados, toda vez que los actos enjuiciables, se expidieron desconociendo lo dispuesto en el artículo 38 del CC.

Con motivo de la declaratoria de la nulidad de los actos administrativos demandados por la ocurrencia de la caducidad de la facultad sancionatoria, el a quo decide no estudiar el resto de los cargos de la demanda y solo pronunciarse respecto de las pretensiones.

Declaró, a título de restablecimiento, que Tuluëña de Aseo S.A. E.S.P. - TULUASEO no está obligada al pago de la sanción que trata los actos anulados, en tanto se advierte que en el plenario no reposa evidencia alguna que permita inferir que el demandante canceló la cuantía del correctivo. Por esa misma razón, el a quo negó las pretensiones formuladas de manera subsidiaria, es decir, la cuarta, quinta y sexta, las que se promovieron para obtener la devolución de lo sufragado por concepto de multa, en razón a que la procedencia de las mismas estaba sujeta a la cancelación efectiva del gravamen, lo que, insistió, no estaba acreditado en el plenario.

Manifestó que el demandante no está obligado a devolver a los suscriptores o usuarios el valor de la tarifa que se le endilga haber cobrado indebidamente, en virtud de la caducidad de la facultad sancionatoria.

Frente a la pretensión octava, precisó que no se cuenta con la determinación de los montos dinerarios específicos de los que se pueda inferir que se hicieron devoluciones a personas en concreto, en cumplimiento de los actos atacados que se anulan en este proceso, tal como se advirtió al resolver la objeción de error grave del dictamen pericial, por lo que tal pretensión no posee vocación de prosperidad, como tampoco la novena y la décima.

Objeción al dictamen pericial

En segundo lugar, hizo referencia a la objeción al dictamen pericial rendido en el proceso el 28 de agosto de 2013, la cual fue realizada por la SSPD en el entendido que adolece de error grave.

Indicó que el primer error en la pericia consiste en que la facturación de la accionante lo realiza la empresa EPSA S.A. ESP con fundamento en soportes que no aparecen reseñados, los cuales tampoco fueron identificados en la prueba pericial, “lo que comienza por dejar una “lobreguez” en la obtención de la documentación que soporta la prueba”.

Señaló que, sumado a lo anterior, se aduce por el perito el aporte de un disco compacto (CD) que contiene en detalle la devolución que se hiciera a los usuarios, pero no se reseña su correspondencia con los soportes de facturas, las cuales constituyen la prueba documental de la realización de la devolución. En ese sentido, arguyó que, de aceptarlo no habría lugar a determinar la existencia de errores en los montos efectivamente liquidados, situación que deja sin soporte específico el dictamen rendido.

Expresó que la expectativa de los montos dejados de percibir por conceptos de pagos no liquidados conforme la diferencia en liquidación hechas por la accionante y por la SSPD, en relación con el Costo de Comercialización Ajustado - CCS_{AJ} como componente de la tarifa cobrada al usuario; reseñada por el perito en el cuadro 5, consiste en un consolidado del valor

dejado de cobrar por parte de la empresa en cada año y mes. Sin embargo, aduce el a quo que de los soportes documentales no se pueden determinar los montos exactos sobre los que se aplica la diferencia, conduciendo a dubitaciones que hacen que el dictamen objetado adolezca de errores graves.

IV.- RECURSOS DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad legal correspondiente, la SSPD y la sociedad Tuluëña de Aseo S.A. E.S.P. - TULUASEO presentaron recursos de apelación en contra de la decisión de primera instancia, exponiendo, en síntesis, los siguientes motivos de inconformidad:

IV.1.- Impugnación presentada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

La SSPD apeló la sentencia de primera instancia, exponiendo los siguientes motivos de inconformidad:

Para el efecto, el apoderado judicial del demandante expresó que no se configura la caducidad de la facultad sancionatoria, pues la Ley 142 de 1994 no señala el término de la facultad sancionatoria de la SSPD, en consecuencia, la jurisprudencia colombiana, ha remitido en diferentes pronunciamientos a lo señalado en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, que corresponde a la tesis de expedir y notificar la decisión dentro del término de los 3 años siguientes a la ocurrencia del hecho o producido el acto, sin que sea necesario exigir que dentro del mismo lapso cobre firmeza el acto.

Indicó que, de la lectura juiciosa y detallada de los actos administrativos debatidos, se puede concluir claramente que la sanción impuesta se produce dentro del término legal, por el incumplimiento de las normas que regulan la prestación del servicio y reglamentan los derechos de los usuarios.

IV.1.- Impugnación presentada por Tuluëña de Aseo S.A. E.S.P. - TULUASEO

La parte demandante presentó recurso de apelación con el fin de que se revoquen los numerales 2° y 4° de la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "C" en Descongestión. Para el efecto, el apoderado judicial del demandante expresó:

Decisión sobre objeción del dictamen pericial por error grave

El ordinal 2° de la sentencia declaró probada la objeción por error grave que fuera formulada por la entidad demandada, en contra del dictamen pericial presentado por el perito Danilo Pedroza Benítez.

Manifestó que la sentencia debió rechazar la objeción por error grave del dictamen, en primer término, por indebida sustentación de la objeción por parte de la SSPD, quien funda el supuesto error en que el perito debió haberse sobre puntos de derechos, esto es, sobre la debida interpretación de las normas con base en la cual se calcula el CCS_{AJ}. Situación que, a todas luces escapa de las competencias del perito y de lo que fue solicitado y decretado.

Puso de presente que el dictamen se había solicitado para determinar el valor de las devoluciones efectuadas por Tuluëña de Aseo S.A. E.S.P. - TULUASEO y lo que había dejado de percibir por hacer la aplicación de las normas según la interpretación de la SSPD y de la CRA.

Indicó que la objeción no controvertió los datos del dictamen como tal, sino que “despreció” el trabajo del perito, porque supuestamente debía verificar quien tenía la razón de haber aplicado una fórmula tarifaria, asunto que no era resorte del perito sino del juez de la causa, que es quien le solicitó determinar si el demandante o la demandada aplicaron bien o mal la norma regulatoria.

Adujo que es equivocada la apreciación de la sentencia al no darle veracidad al dictamen practicado, pues el auxiliar verificó la información en detalle, para poder rendir el dictamen en los términos que lo hizo, sin que sea de recibo el argumento que no allegó facturas al despacho, pues se desconoció lo que implicaba allegar más de 3378 folios.

Argumentó que en lo que respecta a los cálculos efectuados por el perito respecto del mayor valor dejado de percibir por la demandante, tampoco se puede hablar como lo hace la sentencia de un supuesto error grave, pues basta con decir que el perito lo único que hizo fue actuar como se solicitó en la demanda, esto es, hacer un cálculo matemático de la fórmula tarifaria en el evento que la demandante tuviera razón en sus pretensiones.

Manifestó que debe revocarse la sentencia en su ordinal 2º sobre error grave de dictamen y, en su lugar, declarar que es plena prueba, concediéndole el derecho al pago del valor de los dineros devueltos a los usuarios, así como el mayor valor dejado de percibir por la forma como la SSPD interpretó la fórmula tarifaria.

Total restablecimiento del derecho

Cuestionó que no obstante en el numeral 1º se declaró la nulidad de los actos administrativos demandados, el ordinal 4º de la parte resolutive de la sentencia no se tomó determinación alguna sobre el restablecimiento del derecho como consecuencia de los efectos producidos por los mismos.

Adujo que el a quo desconoce el derecho que le asiste a la parte demandante de tener restablecimiento, al concluir erradamente que la causa del daño no es atribuible a la demandada, con el argumento de que la empresa demandante corrigió la tarifa, supuestamente, “porque quiso”.

Resaltó que, por el contrario, es evidente que la corrección tarifaria fue realizada por la SSPD en las visitas efectuadas, pues al ser toda la actuación administrativa parte del proceso administrativo y al haberse surtido la orden de la SSPD durante esa etapa, son ellas la génesis de no haber podido cobrar el mayor valor que se reclama como condena en la demanda.

Indicó que si la demandada no hubiera actuado de la manera en que lo hizo tanto en la actuación administrativa como tal, como al expedir la orden de cesación del cobro en los actos demandados, el demandante hubiese podido percibir el valor total de la tarifa como si hubiera tenido que cumplir los citados mandatos de ajuste tarifario, lo que significa que tiene derecho a recibir la condena a favor por concepto de los mayores valores dejados de cobrar por el ajuste tarifario, que se vio obligado a realizar y, por el pago de los valores de las devoluciones efectuadas a los suscriptores y usuarios, con base en las decisiones de la SSPD, cuya nulidad se declaró en el fallo impugnado.

V.- TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Los recursos de apelación fueron concedidos por la magistrada sustanciadora de la primera

instancia mediante auto del 5 de marzo de 2014.

Remitido y repartido el proceso entre los diferentes Despachos que integran la Sección Primera del Consejo de Estado, a través de auto de 22 de septiembre de 201 se admitieron los recursos interpuestos.

Mediante providencia de 18 de noviembre de 201, el Despacho sustanciador corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presentaran alegatos de conclusión y, vencido este, al Ministerio Público para que rindiera concepto.

En esta oportunidad procesal se pronunciaron la parte demandante y la entidad demandada, las partes demandante y demandada reiteraron sus argumentos esbozados en la primera instancia. El Ministerio Público no se pronunció.

VI.- CONSIDERACIONES

VI.1.- Competencia

De conformidad con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para decidir los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos.

VI.2.- Problema jurídico

De acuerdo con las prescripciones del artículo 32 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo – CCA, corresponde a la Sala determinar si se confirma, modifica o revoca la sentencia del 13 de febrero de 2014, proferida por la Sección Primera Subsección C en Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En los términos planteados por en el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la SSPD deberá determinarse si las Resoluciones SSPD 20114400010785 de 2 de mayo de 2011 y SSPD 20114400021295 del 1º de agosto de 2011, vulneran las normas de superior jerarquía, en tanto que se desconoció el término de caducidad de la facultad sancionatoria administrativa contenida en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984 – CCA.

Adicionalmente y en el evento en el cual la Sala encuentre ajustada la decisión de a quo en relación con el anterior ítem, analizará si existió error grave en el dictamen pericial y, si la entidad demandada debe ser condenada por los mayores valores dejados de cobrar por el ajuste tarifario.

VI.3.- Los actos administrativos demandados objeto de análisis de legalidad

La empresa Tuluëña de Aseo S.A. E.S.P. - TULUASEO demandó los siguientes actos administrativos:

Resolución No. SSPD 20114400010785 del dos (2) de mayo de 2011 “Por la cual se impone una sanción, expedida por la Superintendente Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo de la SSPD y,

Resolución No. SSPD 20114400021295 del primero (1º) de agosto de 2011 “Por la cual se resuelve un recurso, expedida por la Superintendente Delegada para Acueducto,

Alcantarillado y Aseo de la SSPD.

VI.3.- El caso concreto

VI.3.1. Caducidad de la facultad sancionatoria

La Sala observa que la parte demandada disiente en lo relacionado con el alcance de la caducidad de la potestad sancionatoria, que para determinar la forma y el momento a partir del cual se debe contabilizar el término, deberá analizarse lo siguiente: i) por un lado, se discute si la conducta objeto de reproche es continuada o instantánea y, ii) por otro, cuándo se entiende impuesta la sanción a la luz de lo que ha expuesto la jurisprudencia sobre el particular.

VI.3.1.1. En relación con el primer punto, esto es, determinar el momento a partir del cual comienza a contabilizarse el ejercicio oportuno de la potestad sancionatoria de la Administración, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que debe tener en cuenta el tipo de conducta que es objeto de sanción.

Según la jurisprudencia de la Sección Primera de esta Corporación, este término empieza a contabilizarse, generalmente y como ya lo ha sostenido esta Corporación y según sea el caso, desde (i) la realización del acto de ejecución instantánea, (ii) la cesación de la conducta continuada, (iii) la fecha en la que se debió cumplir un deber o (iii) de manera individual frente a cada una de las conductas homogéneas reiteradas.

En ese sentido, cabe precisar que estas hipótesis tienen como común denominador la realización del hecho, conforme lo dispone el artículo 38 del CCA y lo ha precisado esta Corporación, entre otras, en sentencias de 13 de marzo de 2014 (Expediente Núm. 4400123310002008-00124-01, MMP. Marco Antonio Velilla y de 23 de febrero de 2012, M.P. María Elizabeth García González).

Por tanto, para contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionatoria, se debe, en cada caso, determinar el tipo de conducta objeto de infracción.

En ese orden de ideas, cuando se trata de una conducta de ejecución instantánea, el término para investigar y sancionar al administrado se debe contabilizar desde que se produce el hecho; mientras que cuando se trata del segundo tipo de conductas, el término de los tres (3) años de que trata el artículo 38 del C.C.A. comienza a contarse a partir del momento en que cesa la conducta reprochable.

VI.3.1.2. Ahora bien, respecto del término con que cuenta la administración para hacer uso de su potestad sancionatoria, la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación unificó su jurisprudencia mediante sentencia de 29 de septiembre de 200, en el sentido de determinar que el factor temporal para ejercer la facultad debe contarse hasta el momento que se expida y notifique el acto principal y no aquellas actuaciones posteriores que se surten en virtud del agotamiento de la vía gubernativa.

Así se estableció con claridad en la mencionada decisión:

“Bajo este hilo conductor, y **en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema**, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción

disciplinaria se impone cuando **concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria.** En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.

Por su parte, **los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado.** Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.

La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada.

Afirmar que la administración, **además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla** y permite, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se "impone" la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias.

En este orden de ideas, en el sub examine es evidente que el fallo suplicado interpretó de forma errónea el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 con las modificaciones que le introdujo el artículo 6 de la ley 13 de 1984, porque le otorgó un equivocado entendimiento al considerar el alcance del término de prescripción de la acción administrativa disciplinaria hasta comprendida la notificación del acto administrativo que resuelve el último recurso de la vía gubernativa. Por el contrario, imponer la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, significa que, como máximo, dentro de dicho plazo debe la autoridad pública expedir y notificar el acto administrativo principal, es decir, el acto primigenio que resuelve y que pone fin a la actuación administrativa disciplinaria.

La prosperidad del cargo propuesto impone infirmar la sentencia del 25 de julio de 2002 y, consecuentemente, emitir sentencia de reemplazo” (negrillas fuera de texto).

De conformidad con la tesis jurisprudencial expuesta, en el término para ejercer la facultad sancionatoria, la administración debe expedir y notificar el acto administrativo principal y luego de vencido este período puede proceder a resolver la correspondiente vía gubernativa, conforme los recursos procedentes contra el acto de naturaleza sancionatoria.

En concordancia con el precedente jurisprudencial, esta Sección ha considerado que en el término de tres (3) años con el que cuenta la administración para ejercer la facultad sancionatoria

debe proferirse y notificarse el acto administrativo sancionatorio principal, sin que en ese lapso deban ser resueltos los recursos interpuestos puesto que los mismos se consideran una etapa posterior, tal y como se observa a continuación:

“Para resolver la controversia, la Sala observa que de conformidad con el artículo 38 del C.C.A., “la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas”. Para contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración, la Jurisprudencia de esta Sección tiene establecido lo siguiente: «Ante las diferentes posiciones e interpretaciones que se le ha dado al tema de la prescripción de la acción sancionatoria, acerca de cuándo debe entenderse “impuesta la sanción”, la Sala Plena de esta Corporación con el fin de unificar jurisprudencia sostuvo mediante sentencia de 29 de septiembre de 2009, que “la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa”. La postura de la Sala, es pues, la de que la sanción se entiende impuesta oportunamente, si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, la Administración expide y notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, independientemente de la interposición de los recursos (negritas fuera de texto).

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 del CCA y el precedente jurisprudencial trazado por esta Corporación, la administración cuenta con un término de tres (3) años para expedir el acto administrativo sancionatorio y proceder a su notificación, agotando así la actuación administrativa, para luego, en caso de haberse ejercido los recursos establecidos en el ordenamiento contra el acto administrativo principal, proceder a desatar la vía gubernativa, siendo esta una etapa de defensa estipulada para controvertir una decisión adoptada en una fase administrativa previa, que cuenta con su propia regulación y términos.

VI.3.1.3. Descendiendo al caso que ocupa a la Sala, cabe precisar que la Resolución SSPD 20114400010785 del 2 de mayo de 2011, mediante la cual la SSPD impuso una multa a Tuluëña de Aseo S.A. E.S.P. – TULUASEO, se notificó por edicto, el cual se desfijó el 25 de mayo de 201, por conductas desplegadas entre enero de 2007 hasta el 1° de junio de 2008.

Para determinar el extremo a partir del cual se debe contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la SSPD, deberá la Sala establecer el tipo de conductas por las cuales se sancionó a Tuluëña de Aseo S.A. E.S.P. – TULUASEO.

En ese sentido, resulta pertinente precisar que la multa impuesta en la Resolución 20114400010785 del 2 de mayo de 2011, se fundamentó en lo siguiente:

\$ 20'.000.000 por violación del artículo 9° de la Resolución CRA 351 de 2005, en la medida en que el cálculo del factor N_{FC} , como componente de los costos de comercialización del servicio de aseo, se realizó con base en cifras incorrectas.

\$ 25'.000.000 por violación del artículo 148 de la Ley 142 de 1994, porque además de calcularse mal ese componente, se incluyó en la facturación realizada a los usuarios y/o suscriptores de la empresa.

\$ 25'000.000 por violación del artículo 2° de la Resolución CRA 294 de 2004, en concordancia con el artículo 3.9 de la Ley 142 de 1994 por no devolver a los usuarios y/o suscriptores dichas sumas cobradas en exceso.

La Sala considera pertinente resaltar que la SSPD realizó una deducción de \$40'000.000 en favor de TULUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P. teniendo en cuenta los estragos ambientales causados por el “fenómeno del niño” en 2011 que podrían afectar la situación financiera de la empresa; motivo por el cual, solo se refleja en la parte resolutive una única multa por el valor de \$30'000.000.

Al respecto y para resolver, la Sala estima procedente prohiar las consideraciones realizadas recientemente por la Sala de decisión en un caso de idénticos supuestos fácticos y jurídico–, en los cuales se analizó si “el cobro realizado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a la empresa Bugueña de Aseo S.A. ESP, era violatorio de lo dispuesto en los artículos **148 de la Ley 142 de 1994, 2 de la Resolución CRA 294 de 2004, y 9 de la Resolución CRA 351 de 2005**”, tal y como se observa a continuación:

“8.4. Planteamiento

De acuerdo al contenido y alcance de la sentencia recurrida y a los reparos esgrimidos por las partes en los correspondientes recursos, la Sala observa que las partes disienten en lo relacionado con el alcance de la caducidad de la potestad sancionatoria desde dos ángulos, a saber: por un lado, **se discute si la conducta objeto de reproche es permanente o instantánea**; y por otro, **el momento a partir del cual se entiende impuesta la sanción a la luz de lo que ha expuesto la jurisprudencia sobre el particular.**

(...)

Sobre el punto, queda entonces discernido uno de los aspectos discutidos en esta sede, cual es, que **la sanción administrativa se entiende impuesta cuando se notifica el acto administrativo definitivo, es decir, el que define la actuación administrativa, sin que sea relevante si se ha agotado el trámite gubernativo y menos aún si se han resuelto los recursos correspondientes o se ha producido su notificación.**

Determinados así los dos extremos temporales para el ejercicio oportuno de la potestad sancionadora de la Administración. **El inicial que depende de la conducta objeto de reproche y el final, que responde al momento en el cual la Administración emite el juicio de reproche mediante una decisión unilateral sancionatoria.**

Llama en este punto la atención de la Sala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca haya invocado una tesis ajena a la sentencia de unificación expuesta, máxime cuando para la expedición de la providencia apelada (28 de octubre de 2013) habían transcurrido más de tres (3) años de haberse definido en unificación el criterio a aplicar en casos como el como nos ocupa. Cuestión que resulta más preocupante y que denota un total desconocimiento de la materia, cuando el ad quo, **resuelve el asunto sin siquiera aludir a la existencia de la misma a pesar de que la SSPD hace referencia a ella en la contestación de la demanda, y sin argüir las razones por las cuales se aparta del criterio adoptado por la Sala Plena del Consejo de Estado.**

8.5.3. Finalmente, se encuentra el último elemento en este tipo de procedimientos administrativos, esto es, **la sanción. Al respecto, es pertinente diferenciar si la norma en la cual se halla prevista dispone que debe ser contabilizada periódicamente o si se trata de una tasación que aplica parámetros diferentes al transcurso del tiempo como por ejemplo la gravedad de la conducta, el impacto, etc.**

Lo dicho adquiere relevancia a la hora de determinar el ejercicio oportuno de la facultad sancionatoria de la administración, puesto que, al ser la sanción periódica, se entiende que el paso de cada día, mes o año es autónomo en relación con el posterior. En otras palabras, si se trata por ejemplo de la imposición de una multa que de acuerdo a la disposición que la regula debe ser computada por cada día de infracción, ello indica que cada uno de esos días es autónomo en relación con los siguientes porque la sanción en sí misma va ligada al paso del tiempo.

Vistas así las cosas, **la Sala descende al caso concreto en la forma que se explica seguidamente.**

8.6. Caso concreto

8.6.1. En efecto, **uno de los puntos objeto de discusión lo fue el de determinar si la conducta desplegada por Bugaseo y que fue objeto de reparos por la SSPD era instantánea (como lo aduce la ESP) o continuada (como lo asevera la demandada); es decir, corresponde definir primeramente si el cobro que realizó una empresa de servicios públicos de aseo a sus suscriptores en un periodo determinado y supuestamente utilizando una metodología ajena al alcance de las normas que regulan la materia, corresponde a una conducta de ejecución instantánea.**

Revisados los antecedentes administrativos, lo que encuentra la Sala es que la investigación sancionatoria **tuvo lugar al haberse constatado que desde enero de 2007 hasta el 1 de junio de 2008, la accionante venía facturando el servicio público de aseo que prestaba en varios municipios del Departamento del Valle del Cauca, al amparo de una metodología para el cálculo de la tarifa que desconocía, en el criterio de la Superintendencia, las normas que regulaban ese preciso tópico.**

A tal conclusión se llega luego de revisados los antecedentes administrativos, específicamente el pliego de cargos y el acto que resolvió el recurso de reposición en vía gubernativa;

(...)

Tales periodos de tiempo son además aceptados por las partes en sus intervenciones, pues la SSPD alude a ello en su escrito de contestación y el Tribunal así lo verificó, sin que la parte actora haya manifestado disenso al respecto.

En tal escenario, **se halla demostrado que esa infracción se prolongó en el tiempo, lo que la enmarca en la segunda de las conductas posibles en el régimen sancionatorio administrativo; es decir, se trata de una conducta ilegal continuada en tanto que la facturación se expide permanentemente, habida cuenta de que constituye todo un proceso que comienza con la lectura del consumo de cada usuario de acuerdo con cada sector de los mismos, entre otros factores, hasta la expedición de dicho documento.**

8.6.2. Siendo ello así, en lo que hace al análisis de si el ejercicio de la potestad sancionatoria se produjo en tiempo, **lo que se observa es que, al tratarse de una infracción continuada, el término para entender procedente la imposición de la sanción debe comenzar a contabilizarse cuando Bugaseo cesó en la facturación del servicio público de aseo reprochada por la SSPD, es decir, desde el 1º de junio de 2008.**

Definido así el primer extremo del término para el ejercicio de la potestad sancionatoria, debe ahora precisarse si la misma fue ejercida en tiempo, es decir, dentro de los tres (3) años previstos en el orden jurídico para el efecto, esto es, si lo efectuó antes del 1º de junio de 2011.

Consta en el acervo probatorio que la notificación de la Resolución No. 20114400010805 del 3 de mayo de 2011, acto este que impuso la sanción a Bugaseo se produjo el 26 de mayo de 2011, lo cual permite concluir que el ejercicio de la facultad sancionadora se llevó a cabo cinco (5) días antes de que operara la caducidad, o lo que es lo mismo, se efectuó en tiempo, contrario a lo entendido por el Juzgador de Primera Instancia.

(...)

Revisado lo anterior, y concluido que se trata de una conducta de ejecución continuada, **la Sala observa que la caducidad de la mencionada potestad no se configuró en el caso concreto, pues la SSPD expidió el acto que resolvió la investigación en el sentido de sancionar a la ESP, transcurridos dos (2) años y trescientos sesenta (360) días contados desde el 1 de junio de 2008, fecha en la cual cesó la actuación irregular consistente en haber utilizado una metodología ilegal para calcular la tarifa del servicio de aseo a sus suscriptores.**

Así pues, es menester revocar la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al encontrar acreditado el reparo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pues se advirtió, conforme lo explicado, que la atribución con que cuenta la Administración de recriminar comportamientos ilegales se ejerció en los términos del artículo 38 del CCA. (negritas fuera de texto).

VI.3.1.4. Con fundamento en lo expuesto en la anterior decisión pasa la Sala a realizar el análisis de la caducidad de la facultad sancionatoria en el sub examine, frente a lo cual se encuentra que la investigación sancionatoria tuvo lugar al haberse constatado que, desde enero de 2007 hasta el 1 de junio de 2008, la accionante venía facturando el servicio público de aseo, con base en una interpretación de la metodología para el cálculo de la tarifa, que en criterio de la Superintendencia, desconocía las normas que lo regulaban.

A dicha conclusión se arriba al verificar el pliego de cargos y el act que impuso la sanción, en el que se puede determinar que:

“[...] Tal como consta en acta de vivista realizada por la Superintendencia el día 5 de junio de 2008 a las instalaciones del prestador **TULUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P.** (negrilla de texto original), teniendo en cuenta que el señor Héctor Giraldo obra en calidad de gerente general de esta empresa, así como también de (sic) Tuluëña de Aseo S.A. ESP, Palmirana de Aseo S.A. ESP, Bugueña de Aseo S.A. ESP y Aseo Cerrito S.A. ESP., en el cual el objeto específico fue “revisar la aplicación de la metodología tarifaria en las empresas antes señaladas de acuerdo con las comunicaciones enviadas por la Superservicios, y se informó lo siguiente:

“Al respecto la empresa señala que durante el año 2007 aplicaron el factos de productividad y que los costos reales de facturación son superiores a los reconocidos por la metodología tarifaria así mismo señala que la cobertura del servicio de acueducto en la zona urbana es inferior al 100% lo cual dificulta la facturación conjunta a través de dicho servicio y reduciría el nivel de recaudo. Adicionalmente, hay varios de los municipios atendidos que tienen una importante participación de usuarios rurales.

La empresa señala que realizará **las correcciones a partir de la facturación del servicio prestado en el mes de junio de 2008.** [...]” (resaltado fuera de texto original).

Por lo anterior, para la Sala la infracción se prolongó en el tiempo, lo que la enmarca en la segunda de las conductas posibles en el régimen sancionatorio administrativo; es decir, se trata de una conducta ilegal continuada toda vez “que la facturación se expide permanentemente, habida cuenta de que constituye todo un proceso que comienza con la lectura del consumo de cada usuario de acuerdo con cada sector de los mismos, entre otros factores, hasta la expedición de dicho documento”, como lo sostuvo esta Corporación en la jurisprudencia que ahora se reitera.

En este sentido, al tratarse de una infracción continuada, el término para entender procedente la imposición de la sanción debe comenzar a contabilizarse cuando la sociedad Tulueña de Aseo S.A. E.S.P. cesó en la facturación del servicio público de aseo reprochada por la SSPD, es decir, desde el 1° de junio de 2008.

Se evidencia del acervo probatorio que la notificación de la Resolución No. SSPD 20114400010785 de fecha 2 de mayo de 2011, a través del cual se impuso la sanción a la sociedad actora, se produjo el día 25 de mayo de 2011, lo cual permite concluir que el ejercicio de la facultad sancionadora se llevó a cabo seis (6) días antes de que operara la caducidad, tenido en cuenta la fecha de la última facturación antes citada.

VI.3.1.5. Lo analizado en los puntos precedentes permite a la Sala determinar que los actos demandados no desbordaron el límite temporal establecido en el artículo 38 del CCA, motivo por el cual se revocará el numeral primero de la sentencia apelada.

VI.3.1.6. Ahora bien, encuentra la Sala que, al revocar dicho numeral de la sentencia apelada, resultaría innecesario pronunciarse sobre la decisión del a quo relativa a si existió error grave en el dictamen pericial y, si la entidad demandada debe ser condenada por los mayores valores dejados de cobrar por el ajuste tarifario, en tanto que el proceso deberá ser devuelto para que el Tribunal se pronuncie sobre los otros cargos del libelo, los cuales no fueron analizados en la decisión de instancia, argumentos que se relacionan precisamente con el restablecimiento del derecho.

En efecto, el Tribunal al declarar la nulidad de los actos administrativos demandados y ordenar el no pago de la multa por parte de la empresa demandante, decidió abstenerse de pronunciarse sobre los demás cargos relativos a i) la “Inexistencia del incumplimiento de las disposiciones legales, lo cual es el fundamento de la sanción” y sobre ii) la “ilegalidad de la orden de devolución, por prohibir exigir los documentos que acreditan quien es el titular del derecho”.

Así las cosas, en aplicación del precedente jurisprudencial de esta Sala debe devolverse el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de que el a quo efectúe el estudio de los cargos de la demanda que no realizó, con el fin de dar plena observancia al principio del debido proceso y de la doble instancia, pues el análisis de fondo en esta instancia del proceso equivaldría a convertir el proceso en uno de única instancia, privando a la parte que resulte vencida en el proceso judicial a ejercer sus derechos a la defensa y contradicción.

En relación con lo anterior, esta Sección en sentencia de 26 de abril de 2011

indicó:

“[...] Cabe advertir que esta Corporación, al estudiar en segunda instancia los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas en primera por los Tribunales Contencioso Administrativos, en las cuales no se ha resuelto el fondo del asunto -ello ha sido considerado injustificado-, en su lugar, ha procedido a proferir la providencia de mérito que corresponda, en aplicación del último inciso del artículo 357 del C. de P.C., el cual prevé:

“[...] Sin embargo, la Sala observa que esta norma resulta incompatible con el texto de los artículos 29 y 31 de la Carta Política, que consagran el principio de la doble instancia. [...]

Dicho principio no sólo se encuentra previsto en los artículos 29 y 31 de la Carta Fundamental, sino que también aparece consagrado en las normas de derecho internacional humanitario, concretamente, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales le otorgan el carácter de garantía judicial y de mecanismo de protección, destinado a hacer efectivos los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico y a velar por la recta actuación de la administración, máxime en aquellos casos en los cuales a partir del ejercicio de sus funciones puede imponer sanciones (v.gr. en los procesos penales).

[...]

Es claro que a partir de la interpretación armónica y sistemática de la Constitución Política y de los tratados internacionales de derechos humanos, el principio de la doble instancia se erige en una garantía esencial para preservar el debido proceso y, además, para mantener incólume la integridad de los derechos e intereses de los asociados.

[...]

Es, entonces, indudable que en el origen de la institución de la doble instancia subyacen los derechos de impugnación y de contradicción. En efecto, la garantía del derecho de impugnación y la posibilidad de controvertir una decisión, exigen la presencia de una estructura jerárquica que permita la participación de una autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa, sea porque los interesados interpusieron el recurso de apelación o resulte forzosa la consulta. [...]

Como quiera que el asunto a que se contrae la sentencia dictada en el proceso de la referencia, no está considerado dentro de los casos que deban ventilarse en única instancia, resolver de fondo la controversia en la segunda instancia, implica reemplazar al a quo en el estudio de los cargos de la demanda que no realizó y equivale a convertirla en única instancia, privando a la parte desfavorecida del derecho fundamental de ejercer legítimamente su defensa, íntimamente ligado al debido proceso y al acceso a la Administración de Justicia [...]”. (Destacado de la Sala).

El anterior criterio ha sido ratificado por esta Secció

—

, en aquellos casos en los cuales se demuestra que el juez de primera instancia omite pronunciarse sobre los cargos de nulidad que no fueron analizados en la sentencia de primera instancia.

Sobre el particular se ha señalado:

“[...] Garantía de la doble instancia respecto de los demás cargos de nulidad que no fueron objeto de análisis en la sentencia de primera instancia

51. La Sala considera que, de manera especial en el presente caso, **se deberá devolver el expediente al Tribunal de origen con el propósito de garantizar el derecho fundamental de las partes al debido proceso y a la segunda instancia, para que se pronuncie sobre los demás cargos de nulidad que no fueron objeto análisis de la sentencia de primera instancia**, en atención a que dicha sentencia se centró exclusivamente en uno de los cargos, sin analizar y resolver los demás fundamentos jurídicos de la demanda.

[...]

53. De conformidad con lo anterior, la Sala procederá a devolver el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que, teniendo en cuenta la fecha de radicación de la demanda y la plena observancia de los principios de economía, celeridad, eficiencia y eficacia procesal, adopte la decisión de fondo respecto de los otros cargos de nulidad de la demanda que no fueron objeto de análisis en la sentencia proferida en primera instancia. Esa decisión de fondo deberá proferirse, conjuntamente con la orden de obediencia, dentro de los treinta (30) días siguientes a la recepción del expediente”.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala revocará la sentencia de primera instancia

y, en su lugar, dispondrá que el a quo se pronuncie de fondo respecto de las demás pretensiones de la demanda.

Para tales efectos y con el fin de dar plena eficacia a los principios de economía, celeridad, eficiencia y eficacia procesal, la decisión deberá emitirse conjuntamente con la orden de obediencia, dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la recepción del expediente.

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

F A L L A :

PRIMERO: REVOCAR el numeral 1º de la sentencia del 13 de febrero de 2014 proferida por la Sección Primera Subsección C en Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, con el fin de que se pronuncie sobre los cargos que no analizó respecto de las pretensiones de la demanda. Para los fines pertinentes y teniendo en cuenta la fecha de radicación de la demanda y la plena observancia de los principios de economía, celeridad, eficiencia y eficacia procesal, la decisión deberá emitirse dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la recepción del expediente, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejera de Estado

Consejero de Estado

Presidenta

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado

Consejero de Estado



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

