



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

CONSEJERA PONENTE: MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

Bogotá, D. C., once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Referencia	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	11001-03-27-000-2021-00014-00 (25495)
Demandante	CNE OIL & GAS S.A.S.
Demandado	SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS SSPD.
Temas	Suspensión provisional. Contribución especial para prestadores de servicios públicos domiciliarios. Año gravable 2020.

AUTO INTERLOCUTORIO

El despacho decide la medida cautelar de suspensión provisional de las Resoluciones Nro. 20205340052756 del 25 de agosto de 2020 (liquidación oficial por el año 2020 de la contribución especial del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019), Nro. 20205340052766 del 25 de agosto de 2020 (liquidación oficial por el año 2020 de la contribución adicional del artículo 314 de la Ley 1955 de 2019), Nro. 20205300048505 del 30 de octubre de 2020 (acto que decide un recurso de reposición) y Nro. 20205000053845 del 23 de noviembre de 2020 (acto que decide un recurso de apelación), todas expedidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante SSPD), según la solicitud presentada por CNE Oil & Gas S.A.S¹. y las aclaraciones realizadas en la subsanación de la demanda².

Antes de decidir se precisa que no se solicitó la suspensión provisional de la Resolución Nro. SSPD 20201000033335 del 20 de agosto de 2020, a pesar de que la demanda pretende su nulidad en ejercicio del medio de control de simple nulidad³.

ANTECEDENTES

Hechos

El artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 modificó la contribución especial regulada por el artículo 85 de la Ley 142 de 1994. De esta forma, estableció que la contribución especial sería recaudada en favor de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y la SSPD. De otro lado, el artículo 314 de la Ley 1955 de 2019 autorizó el cobro de una contribución adicional a la prevista por el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, cuyo recaudo está destinado al Fondo Empresarial de la SSPD.

¹ Documento PDF de la solicitud de medida cautelar. Índice 3 de SAMAI.

² Índice 11 de SAMAI.

³ Página 3 del PDF de la demanda. Índice 3 de SAMAI.



En cumplimiento del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, la SSPD profirió la Resolución Nro. SSPD 20201000033335 del 20 de agosto de 2020, que determinó la tarifa y la base gravable para liquidar la contribución especial en el año gravable 2020 con base en el número de prestadores determinado previamente, mediante la Resolución Nro. SSPD 20201000028355 del 10 de julio de 2020.

La SSPD profirió la Resolución Nro. 20205340052756 del 25 de agosto de 2020, que liquidó oficialmente la contribución especial de que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 (modificada por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019) a cargo de CNE Oil & Gas S.A.S. por valor de \$364'081.000. Este acto administrativo señaló que procedían los recursos de reposición y apelación en su contra.

Además, la SSPD expidió la Resolución Nro. 20205340052766 del 25 de agosto de 2020, que liquidó oficialmente la contribución especial adicional de que trata el artículo 314 de la Ley 1955 de 2019 a cargo de CNE Oil & Gas S.A.S. por valor de \$1.681.910.000. Este acto también indicó que procedían los recursos de reposición y de apelación en su contra.

CNE Oil & Gas S.A.S. presentó el recurso de reposición y, en subsidio, de apelación solo contra la Resolución Nro. 20205340052756 del 25 de agosto de 2020, que liquidó oficialmente la contribución especial de que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, mediante memorial presentado el 10 de septiembre de 2020.

La SSPD confirmó la Resolución Nro. 20205340052756 del 25 de agosto de 2020 mediante las Resoluciones Nro. 20205300048505 del 30 de octubre de 2020, que decidió el recurso de reposición, y Nro. 20205000053845 del 23 de noviembre de 2020, que decidió el recurso subsidiario de apelación.

Fundamento de la solicitud de suspensión provisional

CNE Oil & Gas S.A.S. sustentó su solicitud de suspensión provisional en los siguientes argumentos:

1. Violación directa de la Constitución.

Los artículos 150, 313 y 338 de la Constitución establecen que solo el Congreso de la República es la autoridad competente para crear y delimitar los elementos de los tributos. En este caso, la SSPD es una entidad que pertenece a la Rama Ejecutiva del poder público, por lo que su competencia en la creación de contribuciones debe limitarse a lo previsto por el legislador en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

Ahora, el artículo 338 de la Carta dispone que las contribuciones deben limitarse a recuperar el costo en que el Estado incurre para prestar el servicio. Con base en lo anterior, la Corte Constitucional concluyó que el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, violó el artículo 338 de la Constitución en las sentencias C-464 y C-484 de 2020⁴. Desde este momento es

⁴ El despacho precisa que el escrito de la solicitud de medida cautelar solo hace referencia expresa a la Sentencia C-464 de 2020. No obstante, citó a pie de página el enlace del Boletín Nro. 169 del 20 de noviembre de 2020 de la Corte Constitucional, que dio a conocer la decisión de la Sentencia C-484 de 2020. Dicho enlace es el siguiente: <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Corte-declara-inconstitucional,-con-efectosinmediatos,-las-contribuciones-especiales-a-cargo-de-las-personas-prestadoras-de-los-servicios-públicosdomiciliarios-9011>.



claro que existe un insubsanable vacío de los actos acusados que desconoce los principios de legalidad y de certeza del tributo.

De otro lado, la inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 supone, por extensión, la pérdida de competencia de la SSPD sobre los aspectos que no están sometidos a la reserva de ley, como son: *i)* la regulación de los procedimientos para la eficacia del tributo, *ii)* la creación de sistemas logísticos de operatividad y *iii)* los aspectos indispensables para construir la obligación tributaria.

2. Violación del derecho al debido proceso.

Los artículos 79 y 85 de la Ley 142 de 1994 otorgan facultades a la SSPD que, a la luz del artículo 29 de la Constitución, son eficientes para identificar los límites y el procedimiento para determinar el valor de la contribución especial. No obstante, en el presente caso, estas normas fueron evidentemente violadas, según se puede comprobar con un test leve de proporcionalidad.

Este tipo de test supone los siguientes pasos: *i)* verificar la existencia de un fin legítimo en la Constitución, *ii)* analizar la legitimidad del medio empleado para cumplir ese fin, *iii)* identificar si el medio empleado es adecuado para alcanzar el fin legítimo y *iv)* cumplir con la carga de la prueba de quien alega la constitucionalidad de la decisión.

En este caso, los actos administrativos acusados no limitaron la contribución al valor del servicio prestado, como lo ordena el artículo 338 de la Constitución, por lo que no pueden considerarse que atienden un fin legítimo. Esto se puede comprobar con el incremento de la tarifa de un año a otro, por lo que se cumplió la carga de demostrar la inconstitucionalidad de la medida adoptada por la SSPD.

Ahora, debe tenerse en cuenta que la Sentencia C-464 de 2020 declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 18 de la Ley 1955 de 2020 en relación con los sujetos pasivos del tributo con efectos inmediatos y hacia el futuro. Esta providencia es vinculante y, por lo tanto, surte efectos directos frente a la competencia de la SSPD. Así las cosas, los actos proferidos por la SSPD son ilegales.

Traslado

La SSPD se opuso a la solicitud de medida cautelar con base en los siguientes argumentos:

1. Incumplimiento de los requisitos legales.

El Consejo de Estado señaló que la suspensión provisional solo procede cuando la infracción de las normas superiores es evidente⁵. Sin embargo, este requisito no se cumple porque la actora propone realizar un estudio de fondo de legalidad de los actos acusados, pues se fundamenta en la inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019.

⁵ La SSPD citó las siguientes providencias: *i)* Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Proceso: 11001-03-25-000-2010-00245-00 (2073-2010). Auto del 21 de julio de 2011. CP: Alfonso Vargas Rincón; y *ii)* Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso: 25000-23-26-000-2010-00195-01. Auto del 21 de febrero de 2011. CP: Hernán Andrade Rincón.



2. Efectos en el tiempo de las sentencias C-464 de 2020, C-484 de 2020 y C-147 de 2021.

La Sentencia C-464 de 2020 declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 con efectos inmediatos, pero el resto de dicho artículo y el artículo 314 fueron declarados inconstitucionales con efectos diferidos al 1° de enero de 2023. Luego, la Sentencia C-484 del mismo año dispuso estarse a lo resuelto en la anterior providencia y declaró la inconstitucionalidad con efectos inmediatos del resto del artículo 18, empero consideró que el tributo causado por el año 2020 es una situación jurídica consolidada. Entonces, la Corte Constitucional mantuvo los efectos del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 durante el periodo objeto de discusión.

Esta interpretación se refuerza con la lectura de la Sentencia C-147 de 2021. En ella, la Corte ordenó estarse a lo resuelto en las sentencias C-464 y C-484 de 2020 y señaló que las contribuciones causadas durante el año 2020 con base en el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 son situaciones jurídicas consolidadas y, por lo tanto, pueden ser objeto de cobro.

CONSIDERACIONES

Corresponde al despacho verificar si se cumplen los requisitos para decretar la suspensión provisional de los efectos de las resoluciones Nro. 20205340052756 del 25 de agosto, Nro. 20205340052766 del 25 de agosto, Nro. 20205300048505 del 30 de octubre y Nro. 20205000053845 del 23 de noviembre de 2020, proferidas por la SSPD, según los argumentos expuestos en la solicitud de medida cautelar presentada por la demandante.

1. No procede el estudio de la solicitud de suspensión provisional de la Resolución Nro. 20205340052766 del 25 de agosto de 2020.

La Corte Constitucional⁶ señaló que las medidas cautelares son un mecanismo que asegura la efectividad de las decisiones judiciales. Sin embargo, por su propia naturaleza, se tratan de decisiones adoptadas sin que el demandado sea vencido en juicio. En consecuencia, la decisión sobre las medidas cautelares no puede convertirse en una sentencia anticipada.

El artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que el juez solo decretará las medidas cautelares «*que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia*». El aparte transcrito, junto con las precisiones de la Corte, permite afirmar que el legislador estableció una finalidad general para todas las medidas cautelares, incluyendo la suspensión provisional, que consiste en que sea óptima para garantizar la efectividad de la sentencia.

Ahora, esta finalidad presupone que el proceso cumple los requisitos procesales para que sea proferida una sentencia de fondo o de mérito. De lo contrario, se podría decretar una protección cautelar que no está llamada a garantizar una sentencia.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-490 del 4 de mayo del 2000.



En los procesos del contencioso administrativo, el legislador estableció diferentes presupuestos procesales. Entre ellos está el numeral segundo del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, que señala que cuando se pretende la nulidad de un acto administrativo particular deben agotarse los recursos administrativos obligatorios, salvo que la autoridad impida su ejercicio. En concordancia, el artículo 76 *ibidem* dispone que el recurso de apelación es obligatorio.

Estas precisiones son importantes porque la Resolución Nro. 20205340052766 del 25 de agosto de 2020 (que liquidó oficialmente la contribución adicional del artículo 314 de la Ley 1955 de 2019) señaló expresamente que procedía en su contra el recurso de apelación⁷. Sin embargo, no hay prueba de que CNE Oil & Gas S.A.S. lo haya presentado.

Además, la Resolución Nro. 20205000053845 del 23 de noviembre de 2020 solo resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la liquidación oficial de la contribución del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 (Resoluciones Nro. 20205340052756 de 2020)⁸. Pero este acto administrativo tiene sustantividad jurídica propia, por lo que la presentación del recurso en su contra no permite concluir que se cumplió el presupuesto procesal de agotar la vía gubernativa respecto de la Resolución Nro. 20205340052766 del 25 de agosto de 2020.

Así, CNE Oil & Gas S.A.S. no agotó el recurso administrativo obligatorio según la ley contra la Resolución Nro. 20205340052766 de 2020 y, por lo tanto, no procede la suspensión provisional de este acto administrativo al no garantizar la efectividad de la sentencia, como lo exige el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011.

2. Análisis de los requisitos especiales de procedibilidad de la suspensión provisional.

El artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula los requisitos especiales de procedibilidad de las medidas cautelares. Para estos efectos, establece que el estudio preliminar de legalidad para decidir la medida cautelar tiene un método especial, que consiste en el «análisis» del contenido del acto y su «confrontación» con dichas normas superiores invocadas por el demandante. Además, también es posible realizar el estudio de legalidad *prima facie* con base en las pruebas aportadas por el interesado.

De otro lado, la norma bajo análisis dispone que cuando, además de la nulidad de un acto administrativo, se pretenda la reparación o el restablecimiento de un derecho, debe demostrarse el perjuicio mediante prueba si quiera sumaria.

Según la actora, la SSPD desconoció el artículo 338 de la Constitución porque los actos acusados no se limitaron a recuperar el valor del servicio prestado, según lo constató la Corte Constitucional en las sentencias C-464 y C-484 de 2020. Además, indicó que estas providencias afectaron de forma inmediata la competencia de la SSPD, por lo que los actos administrativos de carácter particular acusados no atienden una finalidad constitucionalmente legítima, según se puede comprobar con un test leve de proporcionalidad y con la prueba del incremento del tributo respecto del año anterior.

⁷ Página 2 del PDF que contiene la resolución. Índice 11 de SAMAI.

⁸ Página 18 del PDF que contiene la resolución. Índice 11 de SAMAI.



Al respecto, la Sentencia C-464 de 2020 solo declaró con efectos inmediatos la inconstitucionalidad de la expresión «y todos aquellos que inciden directa o indirectamente en la prestación de los servicios públicos domiciliarios» del artículo 18 de la Ley 1955 de 2020 porque no determinó con precisión los sujetos pasivos de la contribución especial, lo que dejaría al arbitrio de la SSPD la determinación de este elemento del tributo y, a su vez, desconoce el principio de reserva de ley en materia tributaria. Esto significa que, contrario a lo dicho por la demandante, esta sentencia no afirmó que la contribución especial prevista en esa norma desconoció el límite previsto por el artículo 338 de la Constitución.

En cuanto a la Sentencia C-484 de 2020, esta providencia declaró la inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 por la violación del artículo 338 de la Constitución, pues concluyó que la contribución especial allí regulada no está limitada a la recuperación del costo del servicio prestado. Pero esta sentencia también señaló que las contribuciones causadas en el año 2020 (que es el año objeto de discusión en este caso) se consideran una situación jurídica consolidada, «(...) incluso aquellos tributos que se sirvan de los elementos establecidos por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 para el año 2020». Con base en esto, en el auto del 14 de mayo de 2021⁹, este Despacho señaló que «para desvirtuar de forma preliminar la presunción de legalidad de las resoluciones que regulan la contribución especial para el año 2020 no basta con afirmar que la ley reglamentada fue declarada inconstitucional. Por el contrario, la actora debió demostrar que dichos actos desconocen la ley aplicable para ese momento o que violan de forma directa la Constitución».

En el caso bajo examen, aunque la demanda alega la violación directa de la Constitución, en un primer momento se limita a señalar que este cargo está probado por lo dicho en la Sentencia C-484 de 2020. Sin embargo, como se expuso con la transcripción del auto del 14 de mayo de 2021, esto no es suficiente para que se acceda a la solicitud de medida cautelar.

De otro lado, CNE Oil & Gas S.A.S. sostuvo que los actos de liquidación oficial del tributo violaron el artículo 338 de la Constitución porque, al aplicar un test leve de proporcionalidad, se concluye que contienen medidas ilegítimas porque el monto de la obligación tributaria supera el costo del servicio prestado por la SSPD. No obstante, este argumento no desvirtúa que la causación del tributo a su cargo por el año 2020 constituye una situación jurídica consolidada, como lo señaló la Sentencia C-484 de 2020. En consecuencia, el test propuesto por la demandante tampoco es suficiente para desvirtuar *prima facie* la legalidad de los actos acusados y acceder a la medida cautelar de suspensión provisional.

Finalmente, para demostrar el incremento del valor del tributo de un año a otro, la demanda aportó la liquidación oficial de la contribución especial por el año 2019 por valor de \$0¹⁰. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que dicho tributo fue determinado con base en la redacción original del artículo 85 de la Ley 142 de 1994. Es decir, antes de la modificación del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, norma que fue aplicada a la liquidación oficial por el año 2020. De esta forma, el solo hecho de que el tributo liquidado para el año 2019 fuera de \$0 no es prueba de la violación del artículo 338 de la Constitución.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Proceso: 11001-03-27-000-00005-00 (25441). Auto del 14 de mayo de 2021. CP: Myriam Stella Gutiérrez Argüello.

¹⁰ Página 70 del PDF de pruebas. Índice 3 del SAMAI.



3. Conclusión.

El estudio preliminar de legalidad de los actos administrativos acusados no demostró la violación de las normas superiores invocadas por el actor, por lo que será negada la solicitud de suspensión provisional.

En mérito de lo expuesto, el despacho:

RESUELVE

1. **Negar** la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones Nro. 20205340052756 del 25 de agosto, Nro. 20205340052766 del 25 de agosto, Nro. 20205300048505 del 30 de octubre y Nro. 20205000053845 del 23 de noviembre de 2020.
2. **Reconocer** a José Miguel Arango Isaza como apoderado de la SSPD, en los términos y para los fines dispuestos en el poder que obra a índice 28 de SAMAI.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO