



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020)

CONSEJERA PONENTE: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Referencia. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP

TESIS: SE CONFIRMA LA SENTENCIA APELADA POR CUANTO LA ACTORA NO INCURRIÓ EN EL INCUMPLIMIENTO ENDILGADO, DEBIDO A QUE LA OBLIGACIÓN DE CONSIGNAR LOS SUPERÁVITS DE LOS SUBSIDIOS, EN LOS FONDOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCIÓN DE INGRESOS, NO LE ES EXIGIBLE EN LA MEDIDA EN QUE LA CUENTA SE APERTURÓ MUCHO TIEMPO DESPUES DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y EN ESTE DICHA OBLIGACIÓN CORRERESPONDÍA AL DISTRITO TURÍSTICO DE CARTAGENA DE INDIAS.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**, en adelante **SSPD**, contra la sentencia de 12 de junio de 2014, proferida por Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, por la cual se accedió a las súplicas de la demanda.



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898--01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

I.- ANTECEDENTES

I.1. La Empresa **PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP**, por medio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del CCA, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Bolívar tendiente a obtener las siguientes declaraciones y condenas:

1ª. Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a) La **Resolución núm. SSPD 20094400040735 de 17 de septiembre de 2009**, por la cual se impone la sanción de multa a la actora por la suma de \$400'000.000, expedida por el Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, de la **SSPD**.

b) La **Resolución núm. SSPD 20104400018085 de 31 mayo de 2010**, por la cual se resuelve, desfavorablemente, el recurso de reposición interpuesto contra la citada Resolución **SSPD-**, **20094400040735 de 17 de septiembre de 2009**.



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

2ª. Que, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada cesar las medidas adelantadas para hacer efectivas las impuestas en los actos acusados.

3ª. Que se condene a la demandada en costas.

I.2. La actora fundamentó su demanda, en síntesis, en los siguientes hechos:

1º. Adujo que es la encargada de la prestación del servicio público domiciliario de aseo en las áreas de Servicio Exclusivo 1 y 2 de la Ciudad de Cartagena, en virtud del Contrato de Concesión núm. 991 de 9 de marzo de 2006, suscrito con la Alcaldía Mayor del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

2º. Que la Directora Técnica de Gestión de Aseo de la **SSPD**, mediante Memorando núm. 20084310040943 de 24 de junio de 2008, le solicitó a la Directora de Investigaciones de esa entidad, que evaluara si existía mérito, o no, para iniciar investigación administrativa contra la aquí demandante; y que aquella, por Resolución núm. 200844000623591 de 26 de agosto de 2008 decidió iniciar la correspondiente investigación.



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

3º. Agregó que agotado el trámite anterior, mediante Resolución núm. SSPD 20094400040735 de 17 de septiembre de 2009, se le impuso sanción pecuniaria por la suma de \$400.000.000; se ordenó el cálculo y traslado al Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso, de los superávits solidarios generados en la prestación del servicio público domiciliario de las áreas de Servicio Exclusivo 1 y 2 de Cartagena; e, igualmente, se dispuso que se solicite a dicha Superintendencia Delegada la autorización para reversar la información presuntamente reportada con mala calidad, al Sistema Único de Información- SUI-.

4º. Que contra la decisión anterior interpuso recurso de reposición, el cual se desató, desfavorablemente, a través de la Resolución núm. 20104400018085 de 31 de mayo de 2010, acusada.

1.3. En apoyo de sus pretensiones, la actora adujo la violación de los artículos 2º, 6º, 29 y 209 de la Constitución Política; 34 y 84 del Código Contencioso Administrativo, en adelante CCA; y 81 de la Ley 142 de 1994.



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898--01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

Como concepto de violación adujo la violación normativa, el debido proceso y la expedición irregular de los actos administrativos que se demandan. Para tal efecto, manifestó:

Que la **SSPD** la sancionó por presuntos incumplimientos en el reporte de información al SUI, de algunos usuarios no residenciales, omisiones que, según se indica en los actos acusados, tuvieron ocurrencia entre los meses de febrero y mayo de 2007; e igualmente, por no haber reportado al SUI los subsidios y las contribuciones en el período entre los meses de julio de 2006 y enero de 2007.

Que cuando la **SSPD** decidió la actuación administrativa, que finalizó con los actos administrativos acusados, a través de los cuales le impuso una sanción pecuniaria, en su opinión, ya había caducado la facultad para imponerla si se tienen en cuenta las fechas de las presuntas conductas que originaron la actuación administrativa. Lo anterior, por cuanto la Resolución 20104400018085 de 31 de mayo de 2010 quedó en firme una vez se surtió la notificación, esto es, el 8 de julio de 2010, fecha para cual habían transcurrido más de los 3 años que establece la ley para imponer la respectiva sanción.



Número Único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

Sostuvo que, además de lo anterior, al expedir las resoluciones acusadas, la **SSPD** se extralimitó en sus funciones y desbordó el marco de sus competencias administrativas, incurriendo en una vía de hecho, al impartir las órdenes e imponerle cargas adicionales sin que exista disposición alguna en el ordenamiento legal que le sirva de fundamento a las mismas.

Que, en efecto, no hay ningún soporte jurídico que le asigne a la **SSPD** la facultad de ordenarle efectuar el cálculo y el traslado periódico al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos de Cartagena de Indias DT Y C, de los superávits solidarios generados en la facturación periódica de su prestación del servicio público de aseo, en las Áreas de Servicio Exclusivo -ASE- 1 y 2 de esa ciudad, facultad esta que sólo puede estar radicada en cabeza del Distrito de Cartagena, como concedente del servicio prestado por **PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP**, en virtud del contrato de concesión núm. 001 de 2006.

Adujo que con los actos acusados se le vulneró el debido proceso, puesto que se le está sancionado, de tres formas distintas, por un mismo hecho, a saber: (i) el incumplimiento de la obligación del reporte de información al SUI, (ii) reporte extemporáneo de



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

información al SUI; e (iii) incumplimiento en la calidad de la información reportada al SUI.

En cuanto al cargo primero de la Resolución núm. 20094400040735 de 17 de septiembre de 2009, consistente en la violación a la normatividad sobre subsidios y contribuciones, al no trasladar los superávits al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del Distrito de Cartagena, aclaró que la entidad demandada ordenó el traslado de los superávits al Fondo de Solidaridad y Redistribución del ingreso, desde la fecha de inicio de la concesión, sin tener en cuenta que la apertura de la cuenta de ahorros del encargo fiduciario denominado **"FIDEICOMISO FIDUCIARIA GNB SUDAMERIS- ALCALDIA DE CARTAGENA FONDO DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCIÓN DEL INGRESO DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO"**, sólo se produjo, por parte del Distrito, en marzo de 2009.

Que, por tal razón, existió una actuación arbitraria de la administración en los actos demandados, pues la sanción se impuso desconociendo que los traslados al mencionado Fondo no eran posibles, debido a que dicha cuenta no había sido creada por el Distrito de Cartagena y no tuvo en cuenta que la actora estaba



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

haciendo traslado de los mencionados superávits al Fondo Fiduciario, constituido en virtud del contrato de concesión 001 de 2006, como patrimonio autónomo encargado de administrar los recursos generados por la facturación del servicio de aseo en Cartagena.

Reiteró que, según lo expuesto, la SSPD en los actos acusados le impuso una obligación no solo imposible, sino que contractualmente no le correspondía, pues, conforme al artículo 1.11 de los pliegos de condiciones de la Licitación Pública DAM 002 de 2005, los recursos con propósito solidario, deben ser transferidos al Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso Distrital por parte del mismo Distrito.

I.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**, mediante apoderado, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

Que, con relación al cargo de falta de competencia, la **SSPD** sí tenía facultad para expedir los actos acusados, esto es, las otorgadas en la Ley 142 de 1994; que iniciada la correspondiente investigación contra la demandante, por violación del régimen de servicios públicos domiciliarios y encontrada su trasgresión, se procedió a sancionarla y a tomar las medidas necesarias para asegurar la correcta prestación del servicio y garantía de los usuarios.

Señaló que en el presente caso no operó la caducidad de la facultad sancionatoria endilgada a los actos acusados, ya que la investigación administrativa, por violación al régimen de servicios públicos, se "inició el 28 de agosto de 2008, a los dos años siguientes del inicio de los hechos objeto de sanción, la misma fue expedida el 17 de septiembre de 2009", lo que quiere decir que no habían transcurrido tres años entre el cese de los hechos que dieron origen a la investigación y la expedición de la Resolución SSPD 20094400040735.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Mediante sentencia de 12 de junio de 2014, la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar accedió a las súplicas de la



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898--01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

demanda, declarando la nulidad de los actos administrativos acusados y ordenando a la SSPD, cesar las medidas adelantadas para hacer efectivas las sanciones impuestas en los mismos. Lo anterior, con base en los razonamientos que pueden resumirse, así:

En cuanto al primer cargo, esto es, la caducidad de la facultad sancionatoria de la entidad demandada, consideró que no estaba llamado a prosperar, por lo siguiente:

Que como lo ha analizado la jurisprudencia del Consejo de Estado, la sanción se considera oportunamente interpuesta si dentro del término de tres años que establece el artículo 38 del CCA, se ejerce esta potestad, es decir, se expide el acto que concluye con la actuación administrativa y su correspondiente notificación, sin tener en cuenta, para tales efectos, las fechas de los recursos interpuestos ni la exigencia del agotamiento de la vía gubernativa, como en forma equivocada lo hace la actora.

Que en el caso *sub lite*, el acto sancionatorio, esto es, la Resolución núm. SSPD 20094400040735 de 17 de septiembre de 2009, fue notificado el 13 de octubre de 2009 y quedó en firme el 8 de julio de



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

2010, de lo cual se colige que no operó la facultad sancionatoria de la entidad demandada.

En cuanto a los cargos relativos a las facultades de la SSPD y sobre la legalidad de la sanción impuesta, adujo, en síntesis, lo siguiente:

Que, en la demanda, la actora argumentó que la SSPD incurrió en una vía de hecho ya que no tenía la facultad para sancionarla por los hechos investigados; y que, de igual manera, la conducta de la actora se ajustó a lo pactado en el pliego de condiciones de la licitación pública, mediante la cual se estableció que le correspondía al Distrito Turístico de Cartagena, el traslado de los dineros al fondo.

Explicó que el artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994, dispone que es función de la SSPD vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos domiciliarios, en cuanto el cumplimiento afecte, en forma directa e inmediata, a usuarios determinados, y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea de competencia de otra autoridad.



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

Y que, el artículo 81 *ibidem*, señala las sanciones que, en cumplimiento de la ley, puede imponer la SSPD.

Que mediante Resolución núm. 021 de 2015 se otorgó a los Superintendentes Delegados, dentro de su ámbito sectorial, la facultad de imponer sanciones a los prestadores de servicios públicos, por la violación de las normas a las cuales deben estar sujetos.

De lo expuesto coligió que no cabe duda de la competencia de la SSPD para que, en desarrollo de sus funciones de vigilancia y control, pueda investigar e imponer sanciones a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios frente a conductas que transgredan el ordenamiento jurídico.

Que en el caso bajo examen, la SSPD ejerció dicha potestad sancionando a la actora por el no traslado de los superávits al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del Distrito de Cartagena.

Señaló que hechas las anteriores precisiones y más allá de si estaba investida la demandada de la facultad de sancionar a la empresa



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898--01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP, esta logró acreditar, en relación con la transferencia de recursos con propósito solidario al Fondo de Solidaridad, que no ameritaba sanción alguna, puesto que, según lo pactado entre ella y el ente territorial, Distrito de Cartagena, era a este último a quien le correspondía la obligación de efectuar las transferencias.

Que, en efecto, revisado el pliego de condiciones de la Licitación Pública DAM 002 de 2005 en los artículos 1.1.1 y 3.4 del capítulo I, observó que la obligación de trasladar los recursos al fondo de solidaridad y redistribución del ingreso distrital estaba a cargo del Distrito.

Que, asimismo, de conformidad con el contrato, era obligación del concesionario implementar el traslado del superávit resultante de realizar internamente el cruce de subsidios y sobreprecios, lo cual no podía ser en este caso posible hasta el mes de septiembre de 2009, como se deduce del Oficio AMC-OFI-0032215-2003, obrante en el expediente, en el cual el Distrito de Cartagena dejó la siguiente constancia:

"[...] a pesar de que el fondo fue creado por el Acuerdo mencionado, el Distrito de Cartagena por medio del Decreto No. 0800 del 6 de julio de 2009 creó e incluyó en el presupuesto de



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898--01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

rentas y recursos de capital de la vigencia fiscal de 2009, la cuenta especial del fondo de solidaridad y redistribución del ingreso del servicio público de aseo, la cual se materializó mediante la apertura por parte de la Tesorería Distrital de la cuenta de ahorros (...) del Banco GNB SUDAMERIS-FIDUCIARIA SUDAMERIS-ALCALDIA DE CARTAGENA FONDO DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCIÓN DEL INGRESO DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO [...]".

Que, aunado a lo anterior, consta en el Oficio AMC-OFI-0000954-2003 de la Tesorera Municipal de la Alcaldía Mayor de Cartagena, que revisada la información del concesionario sobre los aportes, publicado en la página del SUI, desde agosto de 2006 hasta septiembre de 2012 se identificó que "[...] la totalidad de dichos recursos se encuentran consignados en el respectivo fondo, sin embargo, la Fiduciaria Bogotá, desde mayo de 2009, cuando se apertura la cuenta que captaría los recursos del Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso, efectuó un único traslado por valor de \$2000m [...]".

Concluyó que, dado lo expuesto, no existe mérito que permita aseverar el incumplimiento de las obligaciones legales del concesionario **PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP**, respecto del manejo de los subsidios y contribuciones, pues se pudo demostrar que, en cumplimiento del contrato de concesión, había reintegrado, -y viene haciéndolo-, los superávits que genera la facturación de aseo efectuado del balance entre subsidios y contribuciones. De



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

modo que, si a juicio de la Superintendencia, la decisión de retener los superávits causados, violentó gravemente el derecho que tienen los usuarios de otros prestadores de la zona urbana y rural de Cartagena a recibir subsidios conforme a las normas vigentes en esa materia, esta debió demostrar que a la población en Cartagena de estratos 1, 2 y 3 efectivamente se le estaba impidiendo recibir los subsidios acordados por las autoridades estatales.

Consideró que, si bien conforme al artículo 79 de la Ley 142 de 1994, dentro de las facultades de la Superintendencia está la de sancionar, también lo es que no se encuentra la de ordenar, por lo que al expedir los actos acusados desbordó su competencia y desconoció el principio de legalidad que debe orientar las actuaciones administrativas.

Agregó que como sólo en el mes de julio de 2009 se creó la cuenta especial del Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso del servicio público de aseo, resultaba desproporcionado sancionar a la actora por la no transferencia de recursos, habida cuenta que no existía la misma al momento de los hechos aducidos.

Anotó que el parágrafo 1º del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, dispone que "Salvo cuando la Ley disponga expresamente lo contrario, el Superintendente no podrá exigir que ningún acto o



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898--01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya”.

Que, conforme a lo anterior, observó que si se parte de la base de que los contratos realizados por las empresas de servicios, no solo no son objeto de control previo y en este caso se está ante un contrato de concesión en el cual deben respetarse la autonomía de voluntades contratantes, se considera que de la normatividad referente al tema y lo expresado por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, la facultad sancionatoria de la SSPD busca el equilibrio en virtud del contrato de condiciones uniformes, que surge entre las empresas de servicios públicos domiciliarios, -que, por lo demás, poseen facultades y prerrogativas de autoridad pública-, y los usuarios de los servicios públicos, luego entonces queda por fuera del ámbito de la competencia adicionar obligaciones que no se impusieron en el contrato celebrado.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

La demandada manifestó, en síntesis, que no comparte la sentencia recurrida pues los actos acusados se ajustaron a la Ley 142 de 1994 que establece las funciones de vigilancia y control asignadas a la SSPD, en virtud de las cuales puede imponer sanciones a las



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando, como en el presente caso, transgredan el ordenamiento jurídico.

En apoyo de lo anterior, trajo a colación la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, de 7 de septiembre de 2000, (Expediente núm. 6214, Magistrada ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero), en la cual se indicó, con relación a las facultades de la SSPD, que por mandato constitucional a ella se le encomendó el ejercicio de las funciones presidenciales de control, inspección y vigilancia de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios; y que tal actividad supervisora, como corresponde al ámbito de policía administrativa, implica los componentes de potestad de mando que comporta la adopción de las medidas tendientes a garantizar la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y potestad coercitiva que es un instrumento propio de la intervención estatal, que le impone actuar por las violaciones contra la Ley y los actos administrativos que sujetan la actividad del referido servicio.

Que, asimismo, en la citada sentencia se precisó la sujeción al régimen especial de la SSPD, la cual ha sido entendida como la contrapartida necesaria frente a los derechos y prerrogativas de



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

autoridad pública que se reconocen a las empresas de servicios públicos domiciliarios, como herramienta de la intervención estatal orientada a controlar que la relación jurídica entre el usuario y la empresa cumpla el cometido que se concreta en el derecho a la prestación legal del servicio, en los términos precisos de su reglamentación.

IV.- ALEGATOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público, en la oportunidad concedida para presentar sus alegatos, guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad de las **resoluciones núms. SSPD 20094400040735 de 17 de septiembre de 2009 y SSPD 20104400018085 de 31 de mayo de 2010**, expedidas por el Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, a través de las cuales se impuso a la actora, empresa **PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP**, una multa equivalente a \$400'000.000; se le ordenó efectuar el cálculo de los superávits solidarios generados como consecuencia de su



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898--01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

prestación del servicio de Aseo en las Áreas de Servicio Exclusivo - ASE- 1 y 2 de la ciudad de Cartagena; y solicitar a la SPPD la reversión de la información que reportó con mala calidad al SUI.

Los mencionados actos, son del siguiente tenor:

**"[...]RESOLUCION No. SSPD-20094400040735 734 del
3009-09-17
EXPEDIENTE 2008440350600064E
POR LA CUAL SE IMPONE UNA SANCION**

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA ACUEDUCTO,
ALCANTARILLADO Y ASEO**

*En ejercicio de las facultades delegadas popr la
superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios mediante
la Resolución SSPD 000021 del 5 de enero de 2005, y*

CONSIDERANDO

(...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. Imponer sanción de **MULTA a PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A A. E.S.P.**, a favor de la Nación, por la suma de **CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS CON CERO CENTAVOS (\$400.000.000.00)**, la cual se hará efectiva en el término de (10 DIAS) diez días hábiles contados a partir de la ejecutoria de esta Resolución.

(...)

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar a **PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A. E.S.P.** que (...) dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de la presente Resolución, efectúe el cálculo de los superávits solidarios generados como consecuencia de su prestación del servicio público domiciliarios de Aseo en las Áreas de Servicio Exclusivo-ASE- 1 y 2 de la ciudad de Cartagena de Indias D.T. y C. (Bolívar) que haya dejado de



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

trasladar al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, de dicha ciudad, desde el inicio de su operación misma, hasta la fecha en que comience a dar aplicación efectiva a la orden administrativa de la que trata igualmente el artículo inmediatamente anterior; para que en el mismo término proceda a trasladar dichos dineros al citado Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos.(...)

ARTÍCULO QUINTO: Ordenar al **REPRESENTANTE LEGAL de PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A. E.S.P.** , que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de la presente Resolución, solicite ante el Despacho de la Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, con el lleno de los requisitos del caso, la reversión de la información que reportó con mala calidad al Sistema Único de Información de Servicios Públicos- SUI-, correspondiente a su Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios (...) respecto de sus cuentas 140810 y 243014, para los años 2006 y 2007; procediendo posteriormente a corregir la información antes referida.

"[...]".

**"[...]RESOLUCION No. SSPD-20104400018085
20073400007725 del 31-05-2010**

2008440350600064E

**POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE
REPOSICION**

**LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA ACUEDUCTO,
ALCANTARILLADO Y ASEO**

En ejercicio de las funciones conferidas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, el decreto 990 de 2002, delegadas mediante la Resolución No. 000021 del 05 de Enero de 2005 expedida por el Superintendente de Servicios Públicos, y el Decreto 01 de 1984 y,

CONSIDERANDO:



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898--01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

(...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la Resolución 20094400040735 del 2009-09-17. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

"[...]".

Sea lo primero reiterar por la Sala que, según lo establecido en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por expresa remisión del artículo 267 del CCA, el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable a la apelante, por lo cual el superior, en principio, no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo.

Como ya se precisó, en el libelo demandatorio la parte actora solicitó la nulidad de los actos acusados con fundamento en: (i) la caducidad de la facultad sancionatoria de la SSPD; (ii) la extralimitación de funciones de la SSPD al impartir órdenes consistentes en disponer el cálculo de los superávits; trasladar los superávits solidarios desde la fecha de inicio hasta que se haga efectiva la orden administrativa; y reversar la información reportada en el SUI, sin que exista norma legal que sirva de soporte a esas imposiciones y sanciones; y, (iii) la violación del debido proceso al haberle impuesto la sanción de multa cuando se



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898--01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

demonstró, en la actuación administrativa, que la responsabilidad del traslado de los dineros al fondo no estaba en cabeza suya sino en la del Distrito de Cartagena, en virtud del contrato de concesión celebrado entre este último y **PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP** (Licitación DAM 002-5), amén de que era imposible para la demandante consignar los superávits en una cuenta que no existía para la fecha de los hechos investigados por la SSPD.

Por su parte, como ya se vio, la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, en la sentencia que es objeto del recurso de apelación, consideró que, salvo el cargo de caducidad de la facultad sancionatoria de la SSPD, el cual declaró impróspero, los demás estaban llamados a prosperar, básicamente por las siguientes razones:

Señaló que si bien no hay duda en cuanto a la facultad sancionatoria de la que está investida la SSPD, en ejercicio de sus funciones de vigilancia y control frente a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en cuanto trasgredan el ordenamiento jurídico, también lo es que en el caso *sub lite* la parte actora demostró, con las pruebas obrantes en el expediente, que la transferencia de recursos con propósito solidario al Fondo de



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

Solidaridad, no era su responsabilidad sino del DT de Cartagena, en virtud de lo pactado en el pliego de condiciones de la Licitación Pública DAM de 2005.

Que, de conformidad con el contrato referenciado, era obligación del concesionario implementar el traslado del superávit, lo cual solo era posible hasta septiembre de 2009, cuando se abrió, por parte de la Tesorería Distrital, la cuenta de ahorros en el Banco GNB Sudameris.

Que, además, la parte actora demostró, respecto del manejo de los subsidios y las contribuciones, que en virtud del contrato de concesión había reintegrado, y lo viene haciendo, los superávits que genera la facturación de aseo.

Agregó que aun cuando, conforme al artículo 79 de la Ley 142 de 1994, dentro de las facultades de la Superintendencia está la de imponer sanciones, no se encuentra la de ordenar, reversar y efectuar el cálculo, por lo cual desbordó su competencia y desconoció el principio de legalidad que debe orientar las actuaciones administrativas.



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898--01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

Por último, sostuvo que el parágrafo del mencionado artículo 79 prevé que salvo que la Ley disponga expresamente lo contrario, no podrá el Superintendente exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa; de donde se colige que en tratándose, como en el presente caso, de un contrato de concesión, queda por fuera del ámbito de competencia adicionar obligaciones que no se impusieron en el contrato celebrado.

Inconforme con dicha decisión, la Superintendencia de Servicios Públicos interpuso recurso de apelación argumentando, en síntesis, que los actos acusados se ajustaron al ordenamiento jurídico.

Sobre el particular, la Sala advierte lo siguiente:

El artículo 334 de la Constitución Política establece que el Estado intervendrá, por mandato de la ley, entre otros, en los servicios públicos y privados, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo.



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898--01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

El artículo 365 *ibidem*, dispone que el Estado deberá mantener la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, en procura de garantizar el mejoramiento continuo en la prestación de dichos servicios y la satisfacción del interés social, teniendo en cuenta que los mismos son inherentes a la función social del Estado.

Asimismo, el artículo 370 Constitucional le atribuyó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el ejercicio de dichas funciones respecto de los sujetos que prestan los servicios públicos domiciliarios.

Ahora, conforme a las prescripciones de la Ley 142 de 1994, la Superintendencia se creó como un organismo de carácter técnico, que ejerce funciones de policía administrativa por delegación del Presidente de la República, las cuales, como lo ha sostenido esta Sección¹, implican el ejercicio de una potestad de mando y corrección. La primera, referida a propender por la garantía en la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios, en términos de continuidad, oportunidad, calidad, entre otros; y la segunda, como expresión propia de la intervención estatal,

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 7 de septiembre de 2000. Magistrada Ponente: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero. Rad.: 6214.



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

entendida como la obligación de actuar ante la violación de la ley y los actos administrativos que regulan la actividad antes referida.

En lo concerniente a la potestad de corrección, el legislador en el artículo 79, numeral 1, de la Ley 142 de 1994, estableció la función de vigilar y controlar el cumplimiento de las disposiciones a través de las cuales se regula la prestación de los servicios públicos, en cuanto a que se afecte, en forma directa e inmediata a los usuarios; y en el artículo 81 *ibidem*, facultó a la entidad para la imposición de las sanciones por las violaciones del citado régimen. Dichas disposiciones, son del siguiente tenor:

"Artículo 13. *Modificase el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará 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**



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898--01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad”.

“Artículo 81. Sanciones. *La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta:*

(...)

*81.2. **Multas** hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y al infractor de reincidencia. Si la infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por el número de años. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén. Las multas ingresarán al patrimonio de la Nación, para la atención de programas de inversión social en materia de servicios públicos, salvo en el caso al que se refiere el numeral 79.11. Las empresas a las que se multe podrán repetir contra quienes hubieran realizado los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción. La repetición será obligatoria cuando se trate de servidores públicos, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución”.*

Reiteradamente esta Sección, en tratándose de la protección de los derechos de los usuarios y en aquellos eventos en los cuales los mismos han resultado afectados, ha precisado que el legislador no solo le asignó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios facultades especiales de vigilancia y control, sino que, además, la dotó de plenos poderes sancionatorios ante la violación del ordenamiento jurídico en materia de servicios públicos; todo lo





Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898--01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

El artículo 368 de la Constitución Política, autoriza la fijación de subsidios para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas; y el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, prevé que las Comisiones de Regulación exigirán, gradualmente, a quienes presten servicios públicos, que en el cobro de las tarifas distingan en las facturas el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3; y que, los Concejos municipales deben crear los Fondos de Solidaridad para Distribución de Ingresos, a fin de que los recursos de estos fondos sean destinados a los subsidios de los usuarios de dichos estratos.

Los fondos a su vez, son cuentas especiales dentro de la contabilidad de los Municipios, Distritos y Departamentos, en las cuales se contabilizan, exclusivamente, los recursos destinados a los subsidios de los servicios públicos. Así se precisó en la sentencia de 5 de mayo de 2016 (Consejero ponente doctor Guillermo Vargas Ayala), en la cual se sostuvo:

"[...] La adopción del sistema de subsidios tarifarios cruzados en nuestro ordenamiento adoptado a través de la Ley 142 de 1994, implica que se efectúe una estratificación, es decir, una clasificación de la población según sus condiciones socioeconómicas, a efectos de permitir que el principio de



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

solidaridad y de redistribución del ingreso se cumplan efectivamente.

Para el caso concreto éste mecanismo es útil para determinar cuáles sectores de la población deben, además de pagar los costos propios de los servicios públicos de que son usuarios, asumir un pago adicional con el fin de colaborar con otro sector de la población que no ostenta los recursos suficientes para cubrir los costos reales de dichos servicios².

Una vez se efectúa el recaudo en las facturas de cobro de los consumidores de los estratos 4, 5 y 6, las empresas de servicios públicos deben destinar estos recursos a cubrir los costos del servicio no cobrado a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3. Tales movimientos deben quedar reflejados en la contabilidad de la empresa.

Los excedentes que se presenten por este concepto deben trasladarse a fondos de solidaridad y reingreso de carácter nacional³[...]”.

Concordante con lo expuesto, el artículo 99.8 de la Ley 142 y el artículo 11 del Decreto 565 de 1996, disponen que las transferencias de dinero de las entidades territoriales, por concepto de subsidios deberán girarse a las entidades prestadoras del servicio, las cuales deben ceñirse en su manejo a lo que se estipule en el contrato que para el efecto se suscriba. Es decir, que una vez se creen los FSRI por parte de los concejos municipales, **se requiere la celebración de contratos entre las empresas prestadoras y la entidad territorial para que pueda hacerse la correspondiente transferencia.**

² Sentencia C – 257 de 1997.

³ Sentencia C-086 de 1998.



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898--01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

Ahora, de acuerdo con el Instructivo 019 de 21 de febrero de 2006, de la Contaduría General de la Nación, superávit es la diferencia positiva entre el valor de las contribuciones de los usuarios de los estratos 5 y 6 y los subsidios otorgados.

Por su parte, el referido Decreto 565 de 1996, en los artículos 8º y 10º, dispone, respectivamente, que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, según el período de facturación, deben efectuar el cálculo de los subsidios y aportes solidarios; y que la diferencia entre aportes solidarios y los subsidios generarán déficit o superávit; que las transferencias de dinero de las entidades prestadoras de servicios públicos a los FSRI, por concepto de aportes solidarios solo tendrán ocurrencia cuando se presenten superávits, después de aplicar internamente los recursos necesarios para otorgar subsidios.

Igualmente, el inciso 2º del artículo 2.3.4.1.2.11 del Decreto Nacional 1077 de 2015, que si bien es posterior a los actos acusados, permite precisar el alcance de la controversia, al señalar que la transferencia de los recursos destinados a los subsidios debe ceñirse, en su manejo, a lo estipulado en el contrato.



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

De lo anterior se colige la obligación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de transferir los recursos superavitarios a los FSRI, creados previamente por los Municipios, Distritos y Departamentos.

En el presente caso, obra en los antecedentes administrativos, que dieron origen a los actos acusados, el Pliego de Condiciones - Licitación Pública DAM 002-05 **"CONCESIÓN PARA LA RECOLECCIÓN, BARRIDO Y LIMPIEZA DE VÍAS PÚBLICAS Y CORTE DE CESPED EN ÁREAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE DE LOS RESIDUOS AL SITIO DE DISPOSICIÓN EN EL DISTRITO DE CARTAGENA"**, según el cual la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias Distrito Turístico y Cultural, en cumplimiento de lo ordenado en la Ley 142 de 1994, asumió la obligación constitucional de asegurar la prestación del servicio de aseo urbano, mediante contratos de concesión con personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

En el referido documento, en los numerales 1.11. del capítulo I. visible a folios 1616 y 1617 del cuaderno de copias núm. VI del expediente, se estableció lo siguiente:



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898--01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

"[...] La remuneración de los CONCESIONARIOS del contrato objeto de esta licitación, se efectuará con cargo al recaudo que estos obtengan por concepto del cobro de tarifas del servicio público de aseo de las respectivas ASE´S de la ciudad, que deberán pagar los usuarios y cobrar los CONCESIONARIOS. En consecuencia la remuneración de estos contratos no implica afectación presupuestal ni erogación por parte del DISTRITO. En todo caso, los recursos con propósito solidario serán transferidos al fondo de solidaridad y redistribución del ingreso Distrital (FSRID) por parte del Distrito, como lo establece la reglamentación vigente [...]"

En virtud de lo anterior, el 9 de marzo de 2007, la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias y la empresa **PROMOAMBIENTAL SA ESP**, suscribieron contrato de concesión (del cual hacen parte integrante los pliegos de la licitación referenciados), cuyo objeto reza:

"[...] CLAUSULA 1. OBJETO. El objeto del presente es el otorgamiento de una concesión por el término de ocho (8) años, para que el contratista realice por su cuenta y riesgo, la prestación del servicio público de aseo en las Áreas de Servicio Exclusivo 1 y 2 [...]"

Asimismo, se encuentra el oficio de 22 de septiembre de 2009, suscrito por el Asesor de Servicios Públicos de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indas DT, dirigido, entre otros, al Gerente General de **PROMOAMBIENTAL SA ESP**, en el cual le informa:

"[...] para ajustar el procedimiento de consignación de los superávits del balance de subsidios y contribuciones del servicio



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

de aseo de las ASE'S ... procedemos a hacer las siguientes precisiones:

1. Conforme al artículo 89 de la Ley 142, los concejos municipales están en la obligación de crear Fondos de Solidaridad y Redistribución del Ingreso, para que en el presupuesto del municipio se incorporen las transferencias que a dichos fondos deberán hacer las empresas de servicios públicos.

2. Así mismo, el Decreto 565 de 1996, en su artículo 4º señala que los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos [...], son cuentas especiales dentro de la contabilidad de los municipios, distritos [...], a través de los cuales se contabilizarán exclusivamente los recursos destinados a otorgar subsidios a los servicios públicos domiciliarios [...].

3. Que mediante Decreto 0800 del 6 de julio de 2009, fue creada en el presupuesto de Rentas y Recursos de Capital de la vigencia fiscal de 2009 la cuenta especial del FSRI del servicio público domiciliario de aseo.

4. En consecuencia con lo anterior, previa a la inclusión presupuestal, la Tesorería Distrital de Cartagena creó en el mismo año fiscal la cuenta de ahorros No. 90550893260 del Banco GNB Sudameris FIDUCIA GNB SUDAMERIS- ALCALDIA DE CARTAGENA FONDO DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCIÓN DEL INGRESO DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO."

[...]

Hechas las anteriores precisiones, se le informa que a partir de la fecha y dada la existencia de esa cuenta especial, deberá hacer el pago del superávit que llegare a generarse de los recuados de las ASE'S del servicio de aseo de la ciudad de Cartagena en la cuenta antes indicada [...]."

Y, finalmente, en el expediente también obra el oficio de 12 de mayo de 2009, expedido por el Subgerente de Negocios -Fiduciaria GNB Sudameris FGNBSC-2009-2889 que contiene la "CERTIFICACIÓN APERTURA CUENTA DE AHORROS" núm. 90550893260, "NOMBRE: FIDEICOMISO FIDUCIARIA GNB



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898--01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

SUDAMERIS-ALCALDÍA DE CARTAGENA FONDO DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCIÓN DEL INGRESO DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO”.

De lo que ha quedado reseñado, concluye la Sala que le asistió razón al Tribunal de instancia, en cuanto declaró la nulidad de los actos administrativos acusados, ya que la actora no incurrió en conducta alguna que la hiciera merecedora de la sanción impuesta, ni destinataria de las órdenes impartidas en los actos acusados, en la medida en que, como quedó visto, es obligación de los entes territoriales abrir las respectivas cuentas para efecto de las transferencia de los superávits, lo cual sólo se llevó a cabo cuando se abrió la cuenta el 12 de mayo de 2009.

No obstante lo anterior, según se evidencia en el oficio AMC-OFI-0000954-2013, suscrito por la Tesorera Municipal de la Alcaldía Mayor de Cartagena, al contrastar los aportes de la sociedad actora, correspondientes al balance de subsidios y contribuciones, publicado en el SUI, desde agosto de 2006 hasta septiembre de 2012, frente a los traslados efectuados por la Fiducia Bogotá, al FSRI, se verificó que la totalidad de dichos recursos se encontraban consignados en el fondo (como contractualmente se acordó con el



Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898--01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

Distrito Turístico de Cartagena). De igual manera, en dicho oficio se pone de presente que desde mayo de 2009 (fecha de la apertura de la cuenta para captar los dineros del citado fondo), se efectuó un único traslado de los dineros que allí reposaban.

De tal manera que no puede endilgársele a la demandante incumplimiento alguno que justifique la sanción impuesta y las órdenes impartidas.

En consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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: CONFIRMAR la sentencia del 12 de junio de 2014 proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

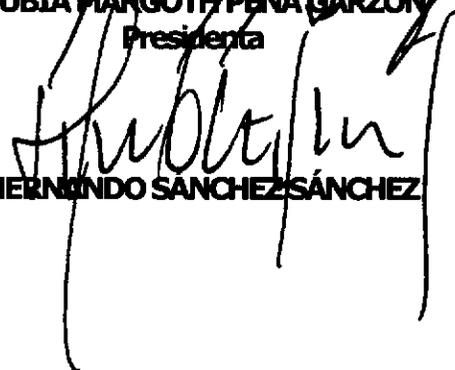


Número único de radicación: 13001-23-31-000-2010-00898-01
Actora: PROMOAMBIENTAL CARIBE SA ESP.

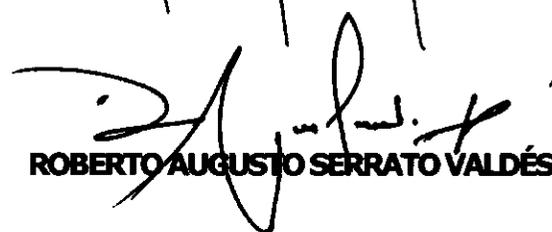
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala, en la sesión del día 20 de febrero de 2020.


NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Presidenta


HERNANDO SANCHEZ SANCHEZ


OSWALDO GIRALDO LÓPEZ


ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS