

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN “A”

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO

Ref: EXP. No. 110013334004201800034-01

Demandante: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S. A. E.S.P.

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO SENTENCIA DE APELACIÓN

SISTEMA ORAL

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 13 de agosto de 2019, proferida en Audiencia Inicial por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Bogotá. D.C., por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

La demanda

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P (en adelante, la EAAB), mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.), pidió la nulidad del siguiente acto. (Fls. 1 a 13 c.1.).

Resolución No. SSPD-20178140058755 de 24 de mayo de 2017 “**Por la cual Se decide un Recurso de Apelación**”, expedida por el Director Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante la SSPD). (Fls. 137 a c.1).

Como consecuencia de lo anterior, pidió que a título de restablecimiento del derecho se declare que la EAAB no debe modificar la Decisión No. S-2016-234670 del 25 de octubre de 2016, proferida por la EAAB, y se permita a la empresa demandante efectuar el cobro de la totalidad de valores por concepto del servicio de alcantarillado; además, que la SSPD pague el valor de los perjuicios causados que se demuestren en el curso del proceso, con los intereses más altos a la tasa vigente al momento de liquidarlos.

También pidió que en el evento de que el cobro que efectúe la EAAB a título de restablecimiento sea extemporáneo, se condene a la demandada a pagarle los valores de la Decisión No. S-2016-234670 de 25 de octubre de 2016.

Así mismo, solicitó que la condena sea actualizada y se ordene el pago de los intereses correspondientes, en los términos del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011, desde la ejecutoria de la sentencia, hasta que se haga efectivo el pago correspondiente; que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 189 y siguientes del C.P.A.C.A.

Finalmente, pidió que se condene a la demandada en costas y agencias en derecho.

Como pretensión subsidiaria solicitó que se declare que la EAAB está facultada para cobrar en la cuenta contrato No. 10084470, el valor que fue dejado en estudio con ocasión de la expedición del acto demandado, que asciende a la suma de \$72.980.260. y se autorice el cobro de esta suma de manera indexada, más los intereses más altos a la tasa vigente al momento de liquidarlos.

Hechos

La EAAB presta el servicio público de acueducto y alcantarillado a la sociedad Gaseosas Colombianas S.A.S., que se dedica a producir agua embotellada, jugos y refrescos, en el predio ubicado en la Calle 16 No. 35-79 de la ciudad de Bogotá, el cual se identifica con la cuenta contrato No. 10084470; además, dispone de dos pozos profundos, conforme a las autorizaciones legales pertinentes. La mencionada planta también está conectada a la red de alcantarillado de la EAAB.

Debido al proceso industrial que tiene lugar en la planta, gran parte del agua que ingresa a las instalaciones no es vertida al alcantarillado de la EAAB, toda vez que se embotella en los productos que la empresa elabora y comercializa.

El representante legal de la sociedad Gaseosas Colombianas S.A.S., mediante escrito radicado bajo el consecutivo No. E-2016-105511 de 19 de octubre de 2016, presentó reclamación ante la EAAB manifestando su desacuerdo con el valor cobrado en la factura No. 2946412117, correspondiente al periodo comprendido entre el 17 de agosto y el 13 de septiembre de 2016.

La EAAB, mediante la decisión No. S-2016-244670 de 25 de octubre de 2016, resolvió la reclamación de Gaseosas Colombianas S.A.S., confirmando el consumo facturado para el servicio de alcantarillado; decisión contra la cual el representante legal de dicha sociedad interpuso recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación, mediante escrito radicado con el No. E-2016-112265 de 4 de noviembre de 2016.

“La EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP., mediante Decisión de la Empresa S-2016-234670 de 25 de octubre de 2016 resolvió el recurso de reposición, confirmando el cobro facturado para el servicio de alcantarillado para el referido período y se concedió el recurso de apelación (sic)”.

Mediante Resolución No. SSPD 20178140058755 de 24 de mayo de 2017, la SSPD resolvió el recurso de apelación ordenando en su artículo primero lo siguiente: “**ARTÍCULO PRIMERO- MODIFICAR** la Decisión No. S-2016-234670 del 25 de octubre de 2016, proferida por la **EMPRESA DE ACUEDUCTO, Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.**, y en su lugar dispondrá la reliquidación de la factura No. 2046410117 correspondiente al periodo del 17 de agosto al 13 de septiembre de 2016, con base en la diferencia de lecturas que registra el medidor de alcantarillado (descarga Industriales), atendiendo las razones expuestas en la presente Resolución...”.

La demandante señaló como normas vulneradas las siguientes.

Constitución Política, artículos 13, 29 y 84.

Ley 142 de 1994, artículo 146.

Decreto 1905 de 2000.

Resoluciones Nos. 151 de 2001, 271 de 2003 y 287 de 2004 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA).

En apoyo de sus pretensiones la actora adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación.

1. Falta de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

La SSPD carece de competencia para establecer y exigir procedimientos o actuaciones administrativas, toda vez que dicha competencia no le ha sido atribuida ni constitucional ni legalmente; por ende, no puede exigir que se de aplicación a un mecanismo de facturación, que ni siquiera la misma ley ha podido definir para el caso del servicio de alcantarillado de grandes consumidores, en tanto que la CRA no ha contemplado la medición de descarga de alcantarillado como variable para determinar el cobro del servicio de alcantarillado.

Corresponde al ente regulador –CRA- y no a la SSPD fijar procedimientos frente al cobro del servicio de alcantarillado, pues de lo contrario se incurre en una violación manifiesta al principio de legalidad y al debido proceso. La SSPD al exigir procedimientos y actuaciones especiales como condición para que la EAAB pueda facturar el servicio de alcantarillado con base en la diferencia de lecturas que registra el medidor de alcantarillado –descargas industriales-, método que no se encuentra consignado en la normativa tarifaria sobre la materia, vulnera el artículo 84 de la Constitución Política.

Los artículos 79, 154 y 159 de la Ley 142 de 1994, modificados por la Ley 689 de 2001 y el artículo 20, numerales 1 y 2 del Decreto 990 de 2002, modificado por el artículo 2 del Decreto 2590 de 2007, no han otorgado competencia a la SSPD para regular el tema de la unidad de medición en materia de alcantarillado.

2. Infracción de las normas en que debieron fundarse los actos acusados

La SSPD desatendió lo consagrado en el inciso 6 del artículo 146 de la Ley 142 de 1004, en el artículo 1.2.1.1. de la Resolución CRA 151 de 2001 y en la Resolución CRA 287 de 2004, pues técnicamente no existe consumo de alcantarillado, lo que existe es el consumo de agua con destinación industrial y siendo ello así, la norma lo que atañe es a la formación de una tarifa que provenga de una medición con los instrumentos técnicos posibles, pero de consumo de acueducto, y no de consumo de alcantarillado, como lo pretende la SSPD.

3. Desviación de poder

Resulta clara la desviación de poder en la que ha incurrido la SSPD porque el acto administrativo demandado es violatorio de la normatividad que rige la materia de servicios públicos domiciliarios, en el sentido que pretende imponer una formula tarifaria que, ni siquiera el legislador ha establecido.

La sentencia de primera instancia

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 13 de agosto de 2019, proferida en Audiencia Inicial, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de la siguiente manera (Fls. 228 a 239 c.1.):

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución Nro. SSPD -20178140058755 del 24 de mayo de 2017, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá S.A. E.S.P., no está obligada a realizar la reliquidación de los valores fijados para los periodos comprendidos entre el 17 de agosto y el 13 de septiembre de 2016, en la cuenta contrato Nro. 10084470 de Gaseosas Colombianas S.A.S.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.”.

Las consideraciones del *a quo* fueron las siguientes:

De lo señalado en los artículos 15 y 17 del Decreto 302 de 25 de febrero de 2000, modificado por el artículo 6 del Decreto 229 de 2002, se deduce que los denominados grandes consumidores no residenciales del servicio de alcantarillado, como Gaseosas Colombianas S.A.S., deben instalar instrumentos de medición que cumplan las características técnicas acordes con la regulación que expida la CRA.

Es decir que en el caso de grandes consumidores no residenciales de alcantarillado, se debe fijar el precio por la prestación del servicio con fundamento en la medición real de los vertimientos y no a partir del parámetro de consumo del servicio de acueducto, esto es, mediante un aparato de medición o por aforo, que puede ser instalado previa autorización de la empresa y el cual deberá cumplir con las exigencias técnicas que para el efecto establezca la CRA.

De conformidad con la factura 2946412117 correspondiente al consumo de alcantarillado entre el 17 de agosto y el 13 de septiembre de 2016, el consumo se basó en las mismas cantidades, tanto para el servicio de acueducto como para el de alcantarillado, es decir, que la EAAB realizó la liquidación del servicio de

alcantarillado con base en el artículo 1.2.1.1. de la Resolución No. 151 de 2001 y la fórmula tarifaria consagrada en el artículo 3.2.3.6. ibídem.

Tanto a la EAAB como a Gaseosas Colombianas S.A.S., les asiste el derecho a que con base en el consumo real se fije el precio a pagar y/o cobrar por el servicio de alcantarillado.

Ahora bien, en el presente caso se debe tener en cuenta que para el momento de los hechos, no se había expedido la Resolución No. 800 de 28 de julio de 2017, por lo tanto, debe resolverse la controversia según la normativa vigente para la época.

A pesar de que en el presente asunto Gaseosas Colombianas S.A.S. contaba con un sistema de medición individual para el servicio de alcantarillado, el cobro de dicho servicio debía corresponder con el registro de consumo por acueducto, en aplicación de la Resolución No. 151 de 2001, luego la EAAB no podía utilizar para efectos de medición del servicio una metodología distinta a la establecida por el ente regulador para el momento de la facturación del servicio de alcantarillado.

De la sentencia del Consejo de Estado de 11 de agosto de 2016, expediente No. 2013-0855, Consejero Ponente Dr. Guillermo Vargas Ayala, se desprende que el único parámetro para efectuar la facturación del servicio público de alcantarillado era la estimación a partir del consumo por concepto del servicio de acueducto, regulado en la Resolución No. 151 de 2001, y no es viable aplicar la medición real del volumen de vertimientos dado que no existía para aquel entonces regulación específica expedida por la CRA.

Finalmente, en lo que respecta a un eventual desconocimiento del derecho del usuario para que sus consumos fueran medidos con instrumentos tecnológicos apropiados, es del caso señalar que a la empresa también le asiste el derecho a recibir el pago con fundamento en el consumo real del servicio, luego se trataría de derechos de la misma categoría, con todo, como al momento de la facturación no existía regulación específica para la medición individual a través de medios tecnológicos para el servicio de alcantarillado, entonces el cobro y/o pago con fundamento en esa hipótesis no se constituía en una garantía para ninguno de los dos sujetos de la relación jurídico sustancial, prestador –usuario/suscriptor.

Así mismo, dentro de los antecedentes administrativos no existe ninguna prueba que demuestre que la EAAB aceptó y/o validó la utilización de un sistema de aforo para la empresa Gaseosas Colombianas S.A.S.

El recurso de apelación

La SSPD interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 13 de agosto de 2019 (Fls. 252 a 273 c.1.).

Los argumentos respectivos serán expuestos, más adelante, al momento de analizar las razones esgrimidas contra la sentencia de primera instancia.

Actuación procesal surtida en esta instancia

A través de auto de 14 de noviembre de 2019 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la SSPD (Fl. 4 c. apelación.).

Mediante proveído de 3 de diciembre de 2019 se corrió traslado a las partes por el término de diez días para que alegaran de conclusión; y, vencido este, al Ministerio Público para que emitiera su concepto. (Fl. 8 c. apelación.).

Alegatos de conclusión

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios presentó sus alegatos de conclusión en escrito radicado el 16 de diciembre de 2019, en los que reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso (Fls. 10 a 28 c. apelación.).

La EAAB E.S.P. presentó sus alegatos de conclusión el 15 de enero de 2020 en los que reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso y agregó la citación de una línea jurisprudencial del Consejo de Estado (Fls. 29 a 38 c. apelación.).

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público, mediante escrito radicado el 24 de enero de 2020, presentó concepto en el sentido de confirmar la sentencia de primera instancia, con base en las siguientes consideraciones (Fls. 39 a 49 c. apelación.).

Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho a que las empresas prestadoras midan sus consumos reales mediante instrumentos apropiados, y que en los contratos uniformes se pueda exigir que los usuarios adquieran, instalen, mantengan y reparen los instrumentos para medir sus consumos.

El artículo 146 de la Ley 142 de 1994, establece la regla general según la cual la empresa y el suscriptor tienen derecho a que los consumos se midan, a que se empleen instrumentos que la técnica haya hecho disponibles y que el consumo sea el elemento principal del precio que vaya a ser cobrado.

En dicha disposición *“se contemplan **otras pautas para resolver situaciones relacionadas con la medición del consumo, como cuando no es posible medirlo durante el período; cuando se acredite la existencia de fugas imperceptibles de agua en el interior del inmueble; por acción u omisión de la empresa o del suscriptor o usuario; así como los factores que se deben tener en cuenta en el servicio de aseo y en el inciso sexto se indica que **la medición del consumo en los servicios de saneamiento básico** (actividades propias del conjunto de los servicios domiciliarios de alcantarillado y aseo, según se define en el numeral 14.19 del artículo 14 de la Ley 142/94) y aquellos en los que por razones de tipo técnico, de seguridad o de interés social, no existe medición individual, la comisión de regulación respectiva definirá los parámetros adecuados para estimar el consumo.”*** (Negrilla y subraya dentro del texto).

La CRA, en su Resolución No. 151 de 2011 por la cual establece la *“Regulación integral de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo”*, determinó que la demanda del servicio de alcantarillado es equivalente a la demanda del servicio de acueducto.

Por su parte, la Resolución 287 de 2004 de la misma entidad *“Por la cual se establece la metodología tarifaria para regular el cálculo de los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado”*, señala que en el caso del alcantarillado se establecen distintos factores asociados al consumo de acueducto.

El Consejo de Estado, en sentencia de 22 de septiembre de 2016, concluyó que para el cobro del servicio de alcantarillado, el parámetro lo constituye la medición del consumo del servicio de acueducto y no uno distinto, como el que se realice con base en la medición directa del volumen de vertimientos, teniendo en cuenta

que en el momento de los hechos no había regulación específica expedida por la CRA.

Señaló que, con base en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, no queda duda acerca de que en aplicación de las reglas allí establecidas para decidir las controversias judiciales tramitadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo relacionadas con este asunto, el Ministerio Público da por entendido que la medición del servicio de alcantarillado debe sujetarse al consumo del servicio de acueducto, conforme a lo establecido por la Ley 142 de 1994, y según la regulación expedida para tales efectos por la CRA.

Por lo anterior, considera que la SSPD, al expedir la Resolución No. SSPD-20178140058755 de 24 de mayo de 2017, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por la empresa Gaseosas Colombianas S.A.S contra la decisión No. S-2016-234670 de 25 de octubre de 2016 de la EAAB, contrarió las disposiciones contenidas tanto en la Ley 142 de 1994, como en las resoluciones Nos. 151 de 2001 y 287 de 2004, expedidas por la CRA, por lo que comparte la decisión del juez de primera instancia en el acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Consideraciones de la Sala

Problema jurídico planteado

Consiste en determinar si hay lugar a revocar la decisión adoptada el 13 de agosto de 2019 en Audiencia Inicial por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., en los términos planteados por la apelante.

Fijación del litigio

La Sala procederá a estudiar si el cobro del servicio de alcantarillado, tratándose de grandes consumidores, se efectúa a partir del consumo de acueducto.

Análisis de los argumentos formulados contra la sentencia de primera instancia

Argumentos de la SSPD

En el presente caso no existen pronunciamientos nuevos del Consejo de Estado

que permitan justificar el cambio de posición del Despacho en el tema de medición del consumo de servicio de alcantarillado de grandes usuarios no residenciales; por ende, con tal cambio de posición se vulneran los derechos a la igualdad, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima.

De conformidad con el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, el cobro del servicio del servicio público debe ser realizado conforme a la medición del consumo, para cuyo efecto se deben implementar los instrumentos técnicos adecuados, por lo que constituye un derecho del usuario que el consumo sea el factor principal a tener en cuenta al momento de expedir la factura.

La demandante no aportó nada frente a la regla general para facturar el consumo de acueducto y alcantarillado al consumidor residencial; además, en el presente caso nada impedía la inclusión posterior de condiciones especiales en el contrato de condiciones uniformes, que se pactaran con el usuario Gaseosas Colombianas S.A.S.

En el proceso está probado que desde el año 2004 Gaseosas Colombianas S.A.S. solicitó a la EAAB la medición de sus vertimientos ante el hecho irrefutable de ser ésta gran consumidor no residencial y solicitó la instalación de medidores tecnológicos de los que existieran en el mercado y su calibración sería ante la SIC, lo que fue negado.

También está probado que la empresa tiene un instrumento de medida, instalado y calibrado por una empresa legalmente certificada para ello, y a pesar de que este no es de alcantarillado, el efecto es el mismo.

El ONAC tiene como función la acreditación de laboratorios de ensayo y calibración, pero no le compete la certificación ni la homologación y revisión; por lo tanto, la certificación del ONAC no desvirtúa el hecho de que en la actualidad, el estado de la técnica permite la medición del consumo del servicio de alcantarillado, y pese a que no existan laboratorios acreditados para la calibración de medidores de alcantarillado, esto no implica que no se puedan tener como válidos los consumos.

No aparece probado por parte de la demandante de que ésta le hubiera notificado al usuario que requería como exigencias los respectivos informes de laboratorio que se encontraran acreditados por el ONAC. Facturar por el consumo de

alcantarillado no afecta la formula tarifaria.

La decisión de la EAAB es violatoria del derecho de confianza legítima al cambiar las condiciones en que se venía facturando el servicio de alcantarillado atendiendo el consumo real del usuario, para luego argumentar la imposibilidad legal de medir el consumo.

Análisis de la Sala

La Sala procederá a resolver sobre los argumentos expuestos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD), no sin antes anticipar que confirmará la sentencia de primera instancia, por las razones que se exponen a continuación.

La Ley 142 de 1994 dispuso en su artículo 146 la forma como debería medirse el consumo en los servicios públicos domiciliarios.

Estableció como principios generales que la empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; para ello, deben emplearse los instrumentos que la técnica haya hecho disponibles; y el consumo debe ser el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario.

“Artículo 146. La medición del consumo y el precio en el contrato. La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario.”.

También se contemplaron reglas para resolver distintas situaciones relacionadas con la medición del consumo, a saber, cuando no es posible medirlo durante un periodo; cuando la falta de medición del mismo ocurre por acción u omisión de la empresa; la medición del consumo en el servicio de aseo; y la medición del consumo en los servicios de saneamiento básico (alcantarillado); y aquellos en los que, por razones de tipo técnico, de seguridad o de interés social, no exista medición individual.

Para el último de los eventos mencionados, el inciso 6 del artículo 146, mencionado, dispuso.

“En cuanto a los servicios de saneamiento básico y aquellos en que por razones de tipo técnico, de seguridad o de interés social, no exista medición individual, **la comisión de regulación respectiva definir á lo s parámetro s adecuado s par a estima r el consumo.**” (Destacado por la Sala).

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) reguló el parámetro para estimar el consumo del servicio de alcantarillado a partir del consumo del servicio de acueducto.

El artículo 1.2.1.1 (Definiciones) de la Resolución No. 151 de 2001 de la CRA que se refiere a la “*Regulación integral de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo.*” dice que la demanda del servicio de alcantarillado es equivalente a la demanda del servicio de acueducto.

“Demanda del servicio de alcantarillado (VPDL). Es equivalente a la demanda del servicio de acueducto, más el estimativo de la disposición de aguas residuales de aquellos usuarios que posean fuentes alternas o adicionales de abastecimiento de agua que viertan al alcantarillado. La demanda del servicio de acueducto (VPD), deberá ser calculada siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 2.4.2.3 de la presente resolución.” (Destacado por la Sala).

De acuerdo con lo anterior, el cobro del consumo de alcantarillado no se efectúa a partir de la medición directa del volumen del vertimiento a la red, sino que se adoptó, como criterio general, el de emplear el consumo de acueducto como parámetro para el cobro del servicio de alcantarillado.

Las definiciones, que más adelante suministra la misma resolución, en el artículo 1.2.1.1 con respecto a los conceptos de Vertimiento Básico (VB), Vertimiento Complementario (VC) y Vertimiento Suntuario (VS) corroboran lo expresado anteriormente en el sentido de que el cobro del servicio de alcantarillado tiene como parámetro el consumo de acueducto.

“Vertimiento Básico (VB). Corresponde a la **porción del consumo básico de acueducto** que se vierte a la red de alcantarillado.

Vertimiento Complementario (VC). Corresponde a la **porción del consumo complementario de acueducto** que se vierte a la red de alcantarillado.

(...)

Vertimiento Suntuario (VS). Corresponde a la **porción del consumo suntuario de acueducto** que se vierte a la red de alcantarillado.” (Destacado por al Sala).

Ratifica lo dicho en precedencia, la Resolución No. 287 de 2004 “*Por la cual se establece la metodología tarifaria para regular el cálculo de los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado*”, artículo 13, de la CRA (norma vigente al momento de la expedición del acto demandado para el establecimiento de los costos y tarifas para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado), por cuanto fijó la expresión “AV a” (agua vertida al alcantarillado) para el cálculo del costo medio de operación particular como la sumatoria de los vertimientos facturados por el prestador, asociados al consumo de acueducto y fuentes alternas.

“ARTÍCULO 13. COSTO MEDIO DE OPERACIÓN PARTICULAR. El costo particular se determina para cada servicio en función de los insumos directos de químicos para tratamiento, costos de energía utilizada para fines estrictamente operativos, costos operativos del tratamiento de aguas residuales e impuestos y tasas clasificados como costos operativos diferentes de las tasas ambientales. El costo medio de operación particular se define así:

(...)

Alcantarillado:

$$CMO_{al}^p = \frac{(CE_{al} + CTR_{al} + ITO_{al})}{AV_{al} + \left(\frac{AV_{al}}{1 - LANC} \cdot 0.57 \cdot (LANC - p^*) \right)}$$

Donde:

APac: Agua producida en el sistema de acueducto (medida a la salida de la planta) correspondiente al año base.

AVal: Sumatoria de vertimientos facturados por el prestador, asociados al consumo de acueducto y fuentes alternas, correspondiente al año base.

AFac: Agua facturada en el sistema de acueducto del año base.

p*: Nivel máximo aceptable de pérdidas, definido por la CRA.

CEac: Costo total de la energía para el servicio de acueducto del año base.

CEal: Costo de la energía utilizada en las redes de recolección y evacuación para el servicio de alcantarillado, del año base.

CIQac: Costo de insumos químicos (subcuenta 753701) asignado al servicio de acueducto, correspondiente al año base.

CTRal: Costos de tratamiento de aguas residuales, correspondiente al año base.

ITOac: Impuestos y tasas operativas para el servicio de acueducto

ITOal: Impuestos y tasas operativas para el servicio de alcantarillado

IANC: Índice de Agua no Contabilizada del operador

0.57: Factor de ajuste por excedente de pérdidas comerciales del operador.” (Destacado por la Sala).

De las normas anteriores se concluye que en las distintas disposiciones que regulan la materia, a saber, la Resolución No. 151 de 2001 sobre la “*Regulación integral de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo.*”; y CRA 287 de 2004 “*Por la cual se establece la metodología tarifaria para regular el cálculo de los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado*”, ambas expedidas por la CRA, hay claridad suficiente en el sentido de que el cobro del servicio de alcantarillado se efectúa a partir del consumo de acueducto y no a partir de la medición directa del volumen vertido a la red de alcantarillado.

En consecuencia, la Sala no encuentra fundamento normativo para que se haya liquidado el consumo del servicio de alcantarillado por parte de la SSPD teniendo en cuenta el volumen de agua vertida al alcantarillado y no el volumen del consumo de acueducto, por cuanto no hay norma que regule la situación particular de los usuarios especiales, como se denomina por la SSPD a la empresa Gaseosas Colombianas S.A.S., esto es, de aquellos que dada la particularidad de sus actividades consumen un elevado volumen del agua recibida en procesos industriales o análogos.

La tesis que aquí se esgrime fue confirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 11 de agosto de 2016, en la que se hizo referencia a varios pronunciamientos emitidos por dicha Corporación¹.

“(…)

8.4.2. La imposibilidad de validar los aforos no autorizados de INDEGA:

Toda vez que los problemas jurídicos relacionados con la validez de la medición o el aforo realizado por INDEGA a través de los medidores instalados desde 2004 sin la autorización ni la revisión de la EAAB han sido abordados por esta Sala de Decisión en oportunidades anteriores, se procederá a reiterar integralmente la postura fijada por la Sección Primera en tales ocasiones. Al resolver los mismos cargos que ahora se examinan, la sentencia de 29 de abril de 2015² recoge de forma

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Expediente No. 25000-23-41-000-2013-00855-01, Consejero Ponente, Dr. Guillermo Vargas Ayala.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 29 de abril de 2015, Rad. No. 25000 2341 000 2013 00457 01 C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

completa estos pronunciamientos. Por ende, se acogen los planteamientos expresados en ella en los siguientes términos:

“6.2.4. El criterio reiterado de la Sala sobre la medición del servicio de alcantarillado

(...)

Sobre el particular, es del caso precisar que esta Sección, en recientes pronunciamientos que en esta oportunidad se reiteran – en los que modificó su posición anterior sobre el tema³-, ha señalado que para el cobro del servicio de alcantarillado se debe tener como parámetro de medición, el establecido, en cumplimiento del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, por la Comisión Reguladora de Agua Potable- CRA, a través de la Resolución núm. 151 de 2001, vale decir, el consumo del servicio de acueducto, y que no es viable aplicar un parámetro distinto a éste, en el cual el cobro del consumo de alcantarillado se realice a partir de la medición directa del volumen de vertimientos.

En Sentencia de 15 de mayo de 2014 (Expediente núm. 2005-01399-01, Actora: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), precisó la Sala lo siguiente:

*“(...) Es precisamente frente a este planteamiento que se pronunció el Tribunal de instancia acorde con las pretensiones planteadas en el libelo introductorio y que fue objeto de análisis en la primera instancia, debiendo reiterarse que en esta materia rige como principio general el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, según el cual **el suscriptor del servicio y la empresa tienen el derecho y el deber a que se midan los consumos y que se empleen para ello instrumentos de medida técnicamente diseñados para el efecto, a fin que el consumo medido sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario.** Sin embargo, la citada ley estipula la posibilidad del cobro del servicio a partir de parámetros que estimen la producción de residuos (líquidos para el servicio de alcantarillado y sólidos para el servicio de aseo), señalando para el efecto: **“En cuanto a los servicios de saneamiento básico y aquellos en que por razones de tipo técnico, de seguridad o de interés social, no exista medición individual, la comisión de regulación respectiva definirá los parámetros adecuados para estimar el consumo”**.”*

*De conformidad con esta disposición y ante las dificultades técnicas para realizar el aforo individual que hiciera posible medir el volumen vertido a la red de alcantarillado, **se expidió la Resolución CRA N° 151 de 2001, que en el artículo 1.2.1.1 definió la “Demanda del Servicio de Alcantarillado” como la “... equivalente a la demanda del servicio de acueducto, más el estimativo de la disposición de aguas residuales de aquellos usuarios que posean fuentes alternas o adicionales de abastecimiento de agua que viertan al alcantarillado...”**.”*

³ Criterio que se encontraba expuesto, entre otros, en la Sentencia de 22 de noviembre de 2002 (Expediente núm. 25000-23-24-000-1997-2360-01 (6572), C.P.: Camilo Arciniegas Andrade.

De otra parte, la Resolución CRA N° 287 de 2004, en los artículos 13 y 18 se refiere al costo medio de operación para el servicio público domiciliario de alcantarillado, e incluyen dentro del denominador de la ecuación de cálculo, el término “AV_{ai}” como la sumatoria de vertimientos facturados por el prestador, asociados al consumo de acueducto y fuentes alternas, correspondiente al año base; de igual forma, incluye este parámetro (AV_{ai}) en el cálculo del costo medio de inversión (CMI) y el costo medio generado por las tasas ambientales (CMT), referida en el servicio de alcantarillado a la tasa retributiva por la utilización directa del agua como receptor de vertimientos puntuales. Componentes que en su conjunto conforman el Cargo por Consumo (CC) o costo medio por metro cúbico vertido.

En estos términos, en atención a las razones técnicas y económicas, las Resoluciones expedidas por la CRA, establecen como criterio general, tener el consumo del servicio público domiciliario de acueducto como parámetro para el cobro del consumo de alcantarillado, lo que significa que el cobro del consumo de alcantarillado no se realiza a partir de la medición directa del volumen vertido a la red.

Si bien es posible la realización del aforo de los vertimientos, mientras no exista medición individual de los vertimientos del servicio público domiciliario de alcantarillado, a solicitud del usuario del servicio, los prestadores deberán asumir el cobro de alcantarillado acorde con el parámetro general, esto es, el correspondiente al cobro del consumo de acueducto.

(...)

Posteriormente, en Sentencia de 16 de octubre del 2014 (Expediente núm. 2013-00456-01, Actora: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., Consejera ponente doctora María Elizabeth García González), se reiteró el anterior criterio y se agregó lo siguiente:

“(...) Al ser el consumo el principal elemento para el cobro de los servicios de acueducto y alcantarillado, conforme lo prevén las disposiciones contenidas en el numeral 1° del artículo 9^o y los artículos 144⁵, y 146 de la Ley 142 de 1994, y no existir una regulación específica expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, para efectos de realizar por razones técnicas y económicas, la facturación del servicio de alcantarillado a INDEGA S.A., no es viable que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá pueda emplear una medida distinta a la establecida

⁴ “Artículo 9o. Derecho de los usuarios. Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor, siempre que no contradigan esta ley, a:

9.1. Obtener de las empresas la medición de sus consumos reales mediante instrumentos tecnológicos apropiados, dentro de plazos y términos que para los efectos fije la comisión reguladora, con atención a la capacidad técnica y financiera de las empresas o las categorías de los municipios establecida por la ley.

⁵ Artículo 144. De los medidores individuales. Los contratos uniformes pueden exigir que los suscriptores o usuarios adquieran, instalen, mantengan y reparen los instrumentos necesarios para medir sus consumos. En tal caso, los suscriptores o usuarios podrán adquirir los bienes y servicios respectivos a quien a bien tengan; y la empresa deberá aceptarlos siempre que reúnan las características técnicas a las que se refiere el inciso siguiente.

La empresa podrá establecer en las condiciones uniformes del contrato las características técnicas de los medidores, y del mantenimiento que deba dárseles. (...).”

por la CRA, que para el presente caso es la Resolución 151 de 2001, en donde el único parámetro para efectuar la facturación del alcantarillado es la medición efectuada por concepto del servicio de acueducto.

(...)

Al corresponder la definición del sistema tarifario exclusivamente a la Comisión Reguladora de Agua Potable -CRA, tanto las empresas prestadoras de servicios públicos, como los usuarios del servicio, e incluso la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, deben someterse a dichas normas.

Así las cosas, al haberse establecido que la competencia para definir el método tarifario de alcantarillado corresponde a la Comisión de Regulación de Agua Potable –CRA, y que no se demostró por el usuario del servicio **INDEGA S.A.** que cuente con los instrumentos de medida requeridos tecnológicamente de conformidad con los criterios establecidos por la CRA, para poder realizar el aforo de los vertimientos a la red pública de alcantarillado, **la medición del servicio de alcantarillado debe sujetarse al consumo del servicio de acueducto, conforme lo establece la Ley 142 de 1994.**” (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

Y recientemente, en Sentencia de 19 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2013-00416-01, Actora: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., Consejera ponente doctora María Elizabeth García González), que recoge y reitera los anteriores pronunciamientos, se señaló lo siguiente:

“De conformidad con los precedentes jurisprudenciales antes señalados, que reitera la Sala, **no es viable considerar que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ni que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios puedan, para efectos de la medición del servicio de alcantarillado, establecer un parámetro distinto al establecido por la CRA, que para el presente caso es la Resolución 151 de 2001, en donde el único parámetro para efectuar la facturación de dicho servicio es la medición efectuada por concepto del servicio de acueducto,** en razón a que no existe una regulación específica expedida por la CRA para efectos de realizar por razones técnicas y económicas, la facturación del aludido servicio.

(...)

Por consiguiente, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no tenía competencia para adoptar, a través de la Resolución acusada, un sistema tarifario de alcantarillado diferente al definido por la CRA, y ordenar la reliquidación de la factura del período de 30 de agosto de 2011 al 29 de septiembre de 2011, con base en la diferencia de lecturas que registra el medidor de alcantarillado (descargas industriales), pues el único parámetro para efectuar la facturación del alcantarillado es la medición efectuada por concepto del servicio de acueducto.

Ahora bien, como quiera que la parte demandada y el tercero interesado en las resultas del proceso, alegaron que la

*Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no está facultada para avalar la instalación de los medidores por parte del usuario, ni para determinar si un medidor cumple con las características, vale la pena aclarar que si bien es cierto que los usuarios pueden adquirir los instrumentos necesarios para medir sus consumos y que no es obligación de éstos, ni de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, cerciorarse de que funcionen en forma adecuada, también lo es que esos instrumentos deben ser permitidos por los contratos uniformes y deberán ser **aceptados por la empresa, siempre que reúnan las características técnicas y de mantenimiento que deba dárseles, establecidas por ésta.** Así lo prevé el artículo 144 de la Ley 142 de 1994, que es del siguiente tenor:*

*“Artículo 144 de la Ley 142 de 1994. **Los contratos uniformes pueden exigir que los suscriptores o usuarios adquieran, instalen, mantengan y reparen los instrumentos necesarios para medir sus consumos. En tal caso, los suscriptores o usuarios podrán adquirir los bienes y servicios respectivos a quien a bien tengan; y la empresa deberá aceptarlos siempre que reúnan las características técnicas a las que se refiere el inciso siguiente.***

***La empresa podrá establecer en las condiciones uniformes del contrato las características de los medidores, y del mantenimiento que deba dárseles...**”*

*En estos términos, al no existir medición individual de los vertimientos del servicio público domiciliario de alcantarillado, por no existir regulación específica expedida por la CRA para efectos de realizar por razones técnicas y económicas, la facturación del servicio de alcantarillado, **la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.- EAAB debía asumir el cobro de alcantarillado acorde con el parámetro general, esto es, el correspondiente al cobro del consumo de acueducto**”, y no con base en la diferencia de lecturas que registra el medidor de alcantarillado instalado por INDEGA S.A., de acuerdo con lo señalado en la sentencia de esta Sección inicialmente invocada, esto es, la de 15 de mayo de 2014.” (Negrillas y resaltados originales en la sentencia transcrita).*

De acuerdo con lo anterior, es claro que para el cobro del servicio de alcantarillado se debe tener como parámetro de medición el consumo del servicio de acueducto, y que no es viable aplicar un parámetro distinto a éste, en el cual el cobro del consumo de alcantarillado se realice a partir de la medición directa del volumen de vertimientos, dado que no existe una regulación específica expedida por la CRA para efectos de realizar por razones técnicas y económicas, la facturación del servicio de alcantarillado, conforme se dijo anteriormente.

En consecuencia, como lo señaló la Sala en la última sentencia citada, “las pruebas que demuestran que INDEGA S.A. solicitó a la actora realizar directamente la medición con los equipos que a bien tuviera, que pidió revisar y formular las observaciones a que hubiere lugar, respecto de los medidores instalados por ella, así como los informes de calibración e idoneidad de los mismos, no podían ser

objeto de valoración, ni era necesario decretar prueba de oficio, conforme lo indicó el tercero interesado en las resultas del proceso, en tanto que la medición establecida a través de los medidores instalados por INDEGA S.A. no corresponde al parámetro de medición definido por la CRA, conforme a lo establecido en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 1.2.1.1. de la Resolución CRA 151 de 2001” (Negrillas y subrayas fuera de texto). (Destacado en el texto).

Resulta pertinente indicar, que si bien la sentencia transcrita del Consejo de Estado no es de unificación, recoge la posición más reciente de la alta corporación sobre dicho aspecto que, además, ha sido reiterada en las últimas decisiones adoptadas. Este planteamiento ha sido acogido por la presente Sala de decisión en varios pronunciamientos que dan cuenta acerca del criterio uniforme adoptado sobre el particular. Entre otros, cabe mencionar las sentencias de 19 de abril de 2018, expediente 2015-00283, ponencia del Magistrado Luis Manuel Lasso Lozano; 22 de noviembre de 2018, expediente 2015-00148, ponencia del Magistrado Felipe Alirio Solarte Maya; y 15 de noviembre de 2018, expediente 2014-00064, ponencia de la Magistrada Claudia Elizabeth Lozzi Moreno.

Así mismo, advierte la Sala que si bien la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico expidió el 28 de julio de 2017 la Resolución No. 800 “*Por medio de la cual se establece la opción de medición de vertimientos en el servicio público domiciliario de alcantarillado*”, tal disposición no resulta aplicable al presente caso, como quiera que lo que se controvierte es el periodo facturado entre el 17 de agosto y el 13 de septiembre de 2016.

Ahora bien, en cuanto al cuestionamiento de la SSPD relacionado con el cambio de posición jurisprudencial por parte del Juez de Primera Instancia, es pertinente señalar que de la lectura de la parte motiva de la sentencia apelada no se puede establecer que el *a quo* se hubiere referido a un cambio de su posición jurídica; además, fundamenta su decisión en la sentencia del Consejo de Estado que esta instancia también citó en párrafos anteriores. Por lo tanto, la Sala se abstiene de emitir un pronunciamiento de fondo sobre el argumento de la SSPD, relacionado con este aspecto.

Las consideraciones esbozadas anteriormente son suficientes para confirmar la sentencia que se apela.

Condena en costas

Según el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, y su liquidación y ejecución se regirán por las normas del C.P.C.:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”.

La disposición transcrita remite al Código de Procedimiento Civil; sin embargo, la Sala dará aplicación al Código General del Proceso por cuanto es el estatuto que subrogó al primero de los códigos referidos.

El artículo 365 del Código General del Proceso, numeral 3, dispone que: “3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*”.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte vencida y se ordenará adelantar el trámite correspondiente, por Secretaría, en armonía con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- CONFÍRMASE, por las razones expresadas, la sentencia de 13 de agosto de 2019, proferida en Audiencia Inicial, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Bogotá en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovido por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB - E.S.P. contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

SEGUNDO.- Condénase en costas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, las cuales serán liquidadas por el juzgado de primera instancia en los términos del artículo 366 del C.G.P.

TERCERO- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en la Sala de la fecha.



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado



CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada



FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado

E.Y.B.C.