

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO

Ref: EXP. No. 110013334001201600317-01

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 31 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Bogotá. D.C., por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

La demanda

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P (en adelante, la EAAB), mediante apoderada 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 28 c.1.).

Resolución No. SSPD-20168140090105 de 20 de mayo de 2016 "*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. 65 a 76 c.1).

Como consecuencia de lo anterior, pidió que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la SSPD que expida acto administrativo confirmando la decisión No. S-2016-070107 de 22 de marzo de 2016, proferida por la EAAB, y se permita a la empresa demandante efectuar el cobro de la totalidad de

valores facturados a Gaseosas Lux S.A., por el periodo comprendido entre el 15 de enero y el 15 de febrero de 2016. Igualmente, que se condene a la SSPD y a Gaseosas Lux S.A. a pagar a favor de la EAAB la suma de \$81.132.920, debidamente indexada, por ser esta la suma que dejó de percibirse, por la reliquidación que a favor de Gaseosas Lux S.A. ordenó la SSPD.

También pidió que se condene a la SSPD a pagar a favor de la EAAB los intereses corrientes, legales y de mora causados sobre la suma desde la fecha en que se hizo exigible la factura y debió hacerse efectivo el pago, hasta la fecha en que se dé cumplimiento a la sentencia.

Finalmente, solicitó que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos y condiciones establecidos en los artículos 192 y 195 del CPACA y que se condene en costas y agencias en derecho a la SSPD.

Hechos

La sociedad Gaseosas Lux S.A., se dedica a producir gaseosas, refrescos, agua embotellada, jugos, etc, en el predio ubicado en la Avenida Calle 9 No. 50-85 de la ciudad de Bogotá, el cual se identifica con la cuenta contrato No. 10088866; además, dispone de un pozo, conforme a las autorizaciones legales pertinentes, del cual se extrae agua.

La EAAB factura el servicio de alcantarillado conforme a lo regulado en la Resolución No. 151 de 2001, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable; por ello, liquidó el servicio de acueducto y alcantarillado a cargo de Gaseosas Lux S.A., por el periodo comprendido entre el 15 de enero y 15 de febrero de 2016, según factura 4929139311, conforme a lo establecido en la norma mencionada.

La sociedad Gaseosas Lux S.A., presentó reclamación ante la EAAB manifestando su desacuerdo con el valor cobrado en la factura No. 4929139311, pretendiendo que se disminuya el monto facturado.

La EAAB, mediante la decisión No. S-2016-070107 de 22 de marzo de 2016, resolvió la reclamación de Gaseosas Lux S.A., en el sentido de confirmar el consumo facturado para el servicio de alcantarillado; decisión contra la cual dicha sociedad interpuso recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación.

La EAAB resolvió el recurso de reposición mediante el acto administrativo No. S-2016-070107 de 22 de marzo de 2016, en el sentido de confirmar la decisión recurrida y conceder el recurso de apelación ante la SSPD.

Mediante Resolución No. SSPD -20168140090105 de 20 de mayo de 2016, la SSPD resolvió el recurso de apelación ordenando en su artículo primero lo siguiente: "**ARTÍCULO PRIMERO- MODIFICAR** la Decisión No. S-2016-070107 del 22 de marzo 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 del periodo del 15 de enero de 2016 al 15 de febrero de 2016, con base en la diferencia de lecturas que registra el medidor de alcantarillado (descarga Industriales), de conformidad con la parte motiva de la presente Resolución".

El acto administrativo anterior cobró fuerza ejecutoria el 10 de junio de 2016.

La demandante señaló como normas vulneradas las siguientes.

Constitución Política, artículos 6, 13, 29, 84 y 121.

Ley 142 de 1994, artículos 79, 87, 88, 146, 150, 154, 155 y 159.

Decreto 302 de 2000, artículo 15.

Decreto 990 de 2002, modificado por el Decreto 2590 de 2007, artículo 20.

Resoluciones Nos. 162 de 2001, 287 de 2004 y 423 de 2007 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA).

Contrato de Condiciones Uniformes.

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

1. Falta de competencia

La SSPD desconoció las normas que regulan la facturación para el cobro del servicio de alcantarillado y ejerció una competencia que le fue atribuida a la CRA, al adoptar un nuevo sistema de liquidación del servicio de alcantarillado, obligando a la EAAB a incluir el factor de los vertimientos, sin que ello esté contemplado en las resoluciones Nos. 151 de 2001 y 287 de 2003.

La SSPD carece de competencia para establecer y exigir procedimientos o actuaciones administrativas, toda vez que no se le ha conferido tal facultad ni constitucional ni legalmente.

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 del derecho al debido proceso.

La entidad demandada pretende que se aplique una fórmula tarifaria que no se encuentra contemplada en la ley; y esto no solo vulnera la Constitución Política ni las demás normas citadas, sino que representa una extralimitación de funciones.

De conformidad con lo establecido en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, en la actualidad no existe en el país la medición individual de los residuos que se vierten al servicio de alcantarillado ni para los pequeños ni para los grandes consumidores. Del inciso 6 de dicho artículo se concluye que el servicio público domiciliario se cobra al usuario, teniendo como elemento esencial el consumo.

La CRA expidió la Resolución No. 151 de 2001, en la que definió que el servicio de alcantarillado es equivalente al del servicio de acueducto y en la Resolución No. 287 de 2004, estableció la metodología tarifaria para regular el cálculo de los costos de prestación del servicio de acueducto y alcantarillado, dejando claro que el cobro de los vertimientos de alcantarillado tiene directa relación con los consumos de acueducto.

Además, se observa por parte de la SSPD una vulneración del derecho a la igualdad, al decidir dos casos similares de manera diferente (Resolución No. SSPD-20098140017105 de 16 de febrero de 2009).

De otro lado, la SSPD violó el Contrato de Condiciones Uniformes aprobado a la EAAB por la CRA, pues modificó lo pactado y acordado por las partes, en cuanto a la forma de liquidar el servicio de alcantarillado.

2. Violación de la ley por falta de aplicación

De acuerdo con lo previsto en los artículos 144, 145 y 146 de la Ley 142 de 1994 y en el Contrato de Condiciones Uniformes, la EAAB facturó respetando la normativa relacionada con la aplicación de las tarifas para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado.

Sin embargo, la SSPD inaplicó tales disposiciones, modificando el Contrato de Condiciones Uniformes, que solo puede ser modificado por la CRA.

El cobro que se efectúa de alcantarillado se realiza de manera proporcional al de acueducto, con base en el principio de solidaridad. Se utiliza un complejo cálculo según unos parámetros que se basan primordialmente en la distribución que se hace del costo global del servicio entre los diversos usuarios, y que para el caso del alcantarillado se distribuye según el consumo de acueducto.

Si bien fácticamente pueden medirse los vertimientos, la estructura tarifaria no permite que se puedan aplicar los porcentajes de solidaridad como lo propone la SSPD, pues se requiere que la CRA desarrolle un esquema tarifario diferente al que rige en la actualidad y en el que puedan ser incorporados los principios de solidaridad y redistribución.

Al existir ya una medida establecida por el regulador en la metodología de la CRA, para calcular el consumo del servicio de alcantarillado, ésta permite a las empresas de servicios públicos recuperar los costos en los cuales han incurrido para la prestación del servicio correspondiente, por lo que al

legitimar otras posibles unidades de medida no contempladas en la fórmula tarifaria se quebrantaría el equilibrio financiero de la prestadora y se desatendería el principio de suficiencia financiera.

Ahora bien, no puede exigirse que la facturación del servicio de alcantarillado se realice por el aforo de vertimientos que se venía aplicando, ya que si la EAAB venía facturando de forma diferente el servicio, ello no impide que decida corregir dicho esquema de facturación y se ajuste a lo consagrado en la Ley.

Resulta evidente la ilegalidad de lo supuestamente pactado, toda vez que el aforo no es más que una estimación que no constituye una medición, sino un procedimiento aplicable durante un periodo de facturación cuando por algún motivo no se ha podido realizar la medición en el predio, pero que en ningún momento puede entrar a reemplazar la medición real que debe hacerse al predio en relación con el servicio de acueducto y que en materia de alcantarillado tiene como base dicho consumo de acueducto.

3. Falsa motivación

Los artículos 79, numeral 29; 154 y 159 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 20, numeral 1 de la Ley 689 de 2001 y los numerales 1 y 2 del Decreto 990 de 2002, modificado por el artículo 2 del Decreto 2590 de 2007, no confieren competencia a la entidad demandada para exigir y crear procedimientos especiales, como lo hizo en el acto acusado; lo que indica que el acto administrativo está falsamente motivado, por lo que resulta claro que la SSPD desconoce totalmente las normas que regulan la materia o las interpreta de manera equivocada.

La sentencia de primera instancia

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 31 de agosto de 2018, accedió a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (Fls. 814 a 820 c.2.).

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. SSPD-20168140090105 del 20 de mayo de 2016 expedida por el Director Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se **DECLARA** que la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ S.A., E.S.P., no debe reliquidar la factura de servicios públicos No. 4929139311 por el periodo comprendió (sic) entre el 15 de enero de 2016 y el 15 de febrero del mismo año, correspondiente a la cuenta contrato 10088866.

En consecuencia, la demandante se encuentra facultada para cobrar a la usuaria la cuentas contrato No. 10088866, (correspondiente a la empresa GASEOSAS LUX S.A.S.), el valor que dejó de percibir y/o devolvió a la misma, por virtud del acto administrativo acusado, en los términos establecidos en el artículo 195, numeral 4 y con el ajuste del que trata el artículo 187, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”.

La decisión se fundamentó en las siguientes consideraciones.

Del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 se concluye que la SSPD cuenta con la función de vigilancia y control con respecto a las empresas prestadoras de servicios públicos. El artículo 159 ibídem le atribuye competencia para conocer los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones adoptadas por las empresas prestadoras de servicios públicos en relación con las reclamaciones efectuadas por los usuarios.

Con la expedición de la resolución demandada, la SSPD no reguló las formulas tarifarias, ni la medición en temas de alcantarillado. Su actuación obedeció a la función de vigilancia y control, que se hizo efectiva al momento de resolver el recurso de apelación interpuesto por la EAAB.

Tal facultad no implica la potestad de regular las fórmulas tarifarias con respecto al servicio público de alcantarillado, pues ello le compete a la CRA, conforme al artículo 73 de la Ley 142 de 1994.

En el presente caso, no se acreditó que los medidores instalados en la empresa usuaria del servicio público se calibren por personal certificado en vertimientos para alcantarillados, ni que la Comisión de Regulación de Agua

Potable (CRA) hubiere autorizado en forma previa el régimen excepcional para generar una metodología especial de facturación, según lo prevé el marco normativo aplicable.

Si bien existe una reglamentación que permite que los grandes consumidores realicen la medición de los vertimientos, también lo es, que como se verá más adelante no se acreditó que la sociedad usuaria del servicio cumpliera para el periodo que originó la facturación cuestionada con tal normativa.

El Gobierno Nacional consideró viable la instalación de medidores o de estructuras de aforo para la correcta medición del cobro del servicio público, en tanto el metraje que proviene de fuentes alternas no queda registrado en la medición de agua potable, pero tal circunstancia no implica que los vertimientos sean el parámetro para establecer la tarifa del servicio de alcantarillado.

La Ley 142 de 1994 y el Decreto 302 de 2000, consideraron como gran consumidor del servicio de alcantarillado al que supere un consumo de 1.000 m³ mensuales, o que cuente con pozos para la extracción de agua subterránea, para los cuales el consumo debe superar los 800 m³. El servicio industrial de alcantarillado es aquel que se presta a inmuebles en los cuales se desarrollan actividades industriales que corresponden a procesos de transformación.

En la Resolución CRA 151 de 2001 se adoptó, como criterio general, que el consumo de acueducto sea la referencia para establecer el consumo de alcantarillado; para determinar el cargo fijo deben tenerse en cuenta los costos económicos a fin de garantizar la disponibilidad del servicio, de manera genérica, sin que exista distinción en la clase de servicio, acueducto o alcantarillado, por lo que se puede colegir que dichos costos se deben calcular según las fórmulas establecidas para estimar el gasto que implicaría el mantenimiento de las redes, la administración, etc, para cada uno de los servicios respectivos, según sea el caso.

En el caso concreto, no es materia de debate el hecho que Gaseosas Lux S.A. realiza una actividad industrial, como consecuencia de la cual cierta parte del líquido que demanda no es vertida al alcantarillado. Así mismo, corresponde a un gran consumidor no residencial, como se evidencia de la factura No. 4929139311.

De acuerdo con el informe respectivo, no existen laboratorios acreditados con un alcance descriptivo de medidores en materia de alcantarillado, pues como ya se explicó, a partir de la reglamentación de la CRA, la existencia de laboratorios genéricos acreditados para la calibración de medidores de flujo o para el volumen de líquidos y caudal no pueden asimilarse a laboratorios acreditados para la calibración de medidores de caudal para alcantarillado.

Para efectos de la facturación del periodo comprendido entre el día 15 de enero de 2016 y el 15 de febrero de 2016, es claro que el medidor instalado en la empresa usuaria no contaba con la certificación apropiada, pues no existía a ese momento ningún laboratorio acreditado para la calibración de medidores en materia de alcantarillado.

En esas condiciones, se advierte que se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, en tanto la entidad demandada desconoció las normas en que debía fundarse, en la medida en que no se aportó al expediente administrativo prueba que acredite que el sistema de medición de descarga industrial con el que cuenta Gaseosas Lux S.A., se encontraba, para la época de la facturación cuestionada, avalado por un laboratorio acreditado en sistemas de vertimiento para alcantarillado, ni había sido autorizada la metodología especial de facturación, por parte de la CRA.

El Despacho acoge la orientación vigente y reiterada del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al definir casos que guardan analogía estrecha con el presente, en el sentido de que es el consumo del servicio de acueducto, el que debe tenerse en cuenta como parámetro de medición del consumo de alcantarillado.

El recurso de apelación

La SSPD interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 31 de agosto de 2018 (Fls. 814 a 820 c.2.).

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 9 de julio de 2019, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la SSPD (Fl. 7 c. apelación.).

Mediante proveído de 23 de julio de 2019, se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para que alegaran de conclusión; y, vencido este, al Ministerio Público para que emitiera su concepto (Fl. 11 c. apelación).

Alegatos de conclusión

La EAAB E.S.P. presentó sus alegatos de conclusión el 5 de agosto de 2019; y en ellos reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso (Fls. 13 a 19 c. apelación).

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios presentó sus alegatos de conclusión en escrito radicado el 12 de agosto de 2019; mediante dicho escrito reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso (Fls. 20 a 33 c. apelación).

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público, mediante escrito radicado el 27 de agosto de 2019, presentó concepto en el sentido de confirmar la sentencia de primera instancia, con base en las siguientes consideraciones (Fls. 34 a 44 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 No. 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-20168140090105 de 20 de mayo de 2016, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Gaseosas Lux S.A. contra la decisión No. S-2016-070778 de 23 de marzo 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 se comparte la decisión del juez de primera instancia en el sentido de declararla nula.

Consideraciones de la Sala

Problema jurídico planteado

Consiste en determinar si hay lugar a revocar la decisión adoptada el 31 de agosto de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C., en los términos planteados por la SSPD.

Fijación del litigio

La Sala procederá a estudiar si de acuerdo con la ley, 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

Análisis de los argumentos formulados contra la sentencia de primera instancia

Argumentos de la SSPD

El artículo 15 del Decreto 302 de 2000, dispuso la obligatoriedad de instalar medidores de acueducto y facultó a las prestadoras para exigir la instalación de medidores o estructuras de aforo de aguas residuales, exigencia que se hizo efectiva por parte de la demandante como se demostró con las pruebas aportadas. Nótese que fue la propia demandante quien exigió a la usuaria la instalación de un aparato de medición para aforar sus vertimientos y durante más de ocho (8) años procedió a facturar el servicio de alcantarillado mediante aforo y cobrando el valor realmente vertido.

Está demostrado que la SSPD tenía competencia para expedir el acto demandado.

De conformidad con el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, el cobro del servicio del servicio público de alcantarillado para grandes consumidores debe realizarse 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.

Se demostró con las pruebas aportadas con la contestación de la demanda que la sociedad Gaseosas Lux S.A. presentó una reclamación ante la EAAB S.A. E.S.P. por la facturación del servicio de alcantarillado, en la cual manifiesta que el cobro del servicio debió de haberse efectuado con base en el resultado registrado en los medidores instalados por la sociedad por orden de la propia EAAB y los cuales se encontraban debidamente revisados y calibrados con la anuencia de la prestadora, igualmente ratificando que se encuentra catalogada en el rango de gran consumidor del servicio de

alcantarillado oficial, como lo determina la CRA, situación que no fue desvirtuada por la EAAB.

En conclusión, la regla general para estimar el consumo de alcantarillado con base en el consumo del servicio de acueducto se aplica a aquellos casos en los que el usuario no tenga implementado un sistema de medición individual pero, como en este caso, si el suscriptor o usuario está catalogado como gran consumidor y cuenta con un sistema de medición que cumpla con las especificaciones técnicas para la precisa medición del consumo, el cobro del servicio se realizará mediante aforo.

Desde que fueron instalados los equipos de medición individual de los vertimientos la EAAB nunca objetó el registro de dicho equipo. Además, nunca informó a Gaseosas Lux S.A. que los equipos de medición individual del consumo de alcantarillado (vertimientos) no cumplieran con los requisitos y/o condiciones técnicas para el adecuado funcionamiento de estos, o que el sistema de medición no se ajustaba a lo previsto en la Resolución CRA 151 de 2001.

La SSPD en ningún momento implementó ni creó un nuevo sistema tarifario para el cobro del servicio de alcantarillado, puesto que es la propia ley que regula la materia la que consagró la posibilidad de cobrar dicho servicio con base en el aforo de vertimientos siempre que el suscriptor cuente con los equipos que registren en forma adecuada el consumo real del servicio.

Ahora, con respecto a que en el país no existe una empresa autorizada para la calibración de medidores de vertimientos, entonces por qué razón la EAAB por más de 8 años avaló la calibración de medidores ordenados por ellos.

Análisis de la Sala

La Sala pasará a resolver sobre los argumentos presentados por la SSPD; se anticipa a señalar 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 definirá los parámetros adecuados para estimar 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 la 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:

$$CMO_a^p = \frac{(CE_a + CTR_a - ITO_a)}{AV_a - \left(\frac{AV_a}{1 - IANC} \cdot 0.57 \cdot (LANC - p^*) \right)}$$

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 Lux S.A, 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 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:

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.

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.

*(...) 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..."**.*

*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_a" 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_a) 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 144^o, 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 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:

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. (...)"

"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 por él. 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.

Finalmente, cabe señalar que la afirmación hecha por la SSPD con respecto a la existencia de laboratorios acreditados para calibrar medidores de alcantarillado y la falta de observaciones por parte de la EAAB a los

medidores puestos a su disposición, no varía la circunstancia ya esbozada en el sentido de que **se carece de regulación específica** para el caso de personas que como Gaseosas Lux S.A. tendrían un consumo de alcantarillado notablemente inferior al de acueducto.

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 aplicará el Código General del Proceso por cuanto es la norma que subrogó al primero de los códigos mencionados.

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.”.

Por lo anterior, 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 31 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral 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



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado



CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada



FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado