

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARENTA Y CINCO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
CARRERA 57 No. 43 – 91, PISO 6

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020).

PROCESO:	11001-33-31-001-2010-00325-00
DEMANDANTE:	SANDRA ARGENIS FINO GONZÁLEZ.
DEMANDADO:	EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Entra el Despacho a decidir lo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, previos los siguientes

ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

La señora Sandra Argenis Fino González, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, previos los trámites de un proceso ordinario, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas, de conformidad con los escritos de demanda y su reforma:

“1. Que se declare la nulidad la Resolución S – 309073 de junio 11 de 2010, proferida por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. mediante la cual se declaró la existencia de incumplimiento del contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio y se impuso una liquidación por valor de NUEVE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS MCTE (9.280.982,00) en contra del suscriptor o usuario del predio ubicado en la KR 91 97-09 de Bogotá, identificado con la cuenta contrato No. 11015195, por ser violatoria de la Constitución Política y de la Ley.

2. Que, de conformidad con la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y

ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ a indemnizar el valor de los perjuicios económicos causados con la expedición de la Resolución antes citada, cancelando a favor de SANDRA ARGENIS FINO GONZÁLEZ, las sumas de dinero que se relacionan a continuación:

- *Por el dinero que ésta tuvo que cancelar como honorarios de abogado de acuerdo al contrato de prestación de servicios profesionales, suscrito el día 14 de abril de 2010, que asciende a la suma de UN MILLÓN DE PESOS MCTE (1000.000,00) y los demás honorarios de abogado cancelados por la demandante que resulten probados dentro del proceso.*
- *Por la suma de NUEVE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS MCTE (9.280.982,00) por concepto de la sanción impuesta mediante el acto administrativo relacionado.*
- *Por los intereses moratorios cobrados a la señora SANDRA FINO mediante Factura de Servicios Públicos no. 7470408019 y que ascienden a la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO SESENTA PESOS MCTE (252.160,00)*
- *Por los intereses moratorios a la Tasa máxima legal permitida sobre las anteriores sumas de dinero, desde el momento en que SANDRA ARGENIS FINO GONZALEZ las canceló y hasta que se verifique el pago de la misma por parte de la demandada.*

3. HECHOS

Del escrito de demanda se desprenden las siguientes situaciones fácticas:

1º. En el mes de febrero de 2009, la Empresa de Acueducto y alcantarillado de Bogotá (en adelante EAAB) instaló el medidor Iberconta No. 0801515IB128143 en el predio ubicado en la Carrera 91 No. 97-09 de esta ciudad, al suscriptor o usuario con cuenta contrato No. 11015195, según consta en los siguientes documentos:

- *Actas de inspección de consumo Nos. 0118271 y 0118631 de 8 y 13 de abril de 2009.*
- *Facturas de servicios públicos Nos. 110151955832574632911 pagadas el 15 de abril y el 31 de mayo de 2009, respectivamente.*
- *Resolución S-2009-097781 de 14 de abril de 2009*
- *Actas de inspecciones externas y revisiones internas 1933739, 1954967, 1974728 y 1981847 de fechas 23 y 30 de junio, 12 y 14 de julio de 2009, respectivamente.*

- Facturas de servicios públicos Nos. 6041737013, 8126630410, 31129419813 y 25604847613 de fechas 28 de julio, 22 de septiembre, 19 de noviembre de 2009 y 27 de enero de 2010, respectivamente.
- Acta de instalación y cambio de medidor 00204638 de 16 de marzo de 2010.
- Acta de inspección técnica de anomalías de 16 de marzo de 2010, realizada a las 10:45 am.
- Citación al señor Héctor Parra de 16 de marzo de 2010, para el 18 de los mismo mes y año, entregado a la señora Ángela Zambrano.

2º. El 16 de marzo de 2010, la EAAB retiró del predio en mención el medidor Iberconta No. 0801515IB128143 con una medición de 323 Metros cúbicos.

3º. Mediante acto administrativo S – 2010 -165041 de 31 de marzo de 2010, notificado personalmente a la demandante el 9 de abril del mismo año, se inició actuación administrativa por incumplimiento del contrato de condiciones uniformes para la prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, con lo cual además de entregarle copia de tal acto también se le anexaron los siguientes documentos:

- Acta de revisión del medidor
- Acta de citación a revisión del medidor de 16 de marzo de 2010
- Pantallazo SAP "Status estructura"
- Pantallazo SAP "Reporte estado de cuenta individual / título ejecutivo"
- Pantallazo SAP "Resultado lectura"
- Pantallazo SAP "visualizar texto exp. para aviso mantt.: 009015282696 idioma ES"
- Informativo diámetro de la acometida y volumen mes en metros cúbicos
- Cuadro tarifas acueducto año 2009
- Siete fotos de la diligencia de retiro del medidor
- Liquidación No. L01211/2010, marca medidor Iberconta, LECTURA 323 M3
- Cuadro consumo histórico 11015195
- Documento Empresa de Acueducto No. 264400-2010-0809 de 29 de marzo de 2010.
- Documento Empresa de Acueducto No. 264400-2010-0611 de 23 de marzo de 2010
- Documento Empresa de Acueducto No. 264400-2010-0782 de 23 de marzo de 2010
- Copia acta instalación medidor No. 00204638
- Copia acta de inspección técnica de anomalías 100024719 de 16 de marzo de 2010.

4º. El 15 de abril de 2010, la demandante presentó escrito de descargos en el que solicita revocar la decisión tomada en el acto demandado, por cuanto no se ha incurrido en el delito de defraudación de fluidos y tampoco se ha incumplido el contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio, por lo que no aceptó la liquidación.

5º. Mediante acto administrativo S-2010-230903 de 5 de mayo de 2010, se amplió el término para practicar pruebas hasta el 11 de junio del mismo año, para lo cual la entidad demandada ordenó de oficio la práctica de una inspección técnica al inmueble el día 18 de mayo de 2010 y una segunda prueba al medidor. Lo anterior, porque en el escrito de descargos se manifestó que: *“En el **ACTA DE REVISIÓN DEL MEDIDOR** que se da a conocer en el momento de la notificación para ejercer el derecho de contradicción sobre las pruebas que sirven de base al inicio de la actuación administrativa, aparece claramente que la revisión que se hace es de un medidor marca ZENITH, con lectura 313, cuestión que no corresponde al medidor retirado del predio del señor HECTOR PARRA y que origina la presente actuación administrativa”*

6º. Adujó que en el acto administrativo señalado en el numeral anterior se hizo una manifestación que no corresponde con la realidad del expediente, ya que en el escrito de descargos no se solicitó una segunda prueba al medidor y pese a ello se indicó que el término se amplió para realizar las pruebas solicitadas en dicho escrito, por lo que la práctica de tal prueba debió ordenarse de oficio.

7º. Por parte de la investigada se presentó escrito de oposición a la segunda prueba del medidor programada para el 25 de mayo de 2010, argumentando que de acuerdo con los documentos entregados al usuario para ejercer su defensa podía deducirse que se rompió la cadena de custodia y en tal medida no existía garantía para demostrar la autenticidad del elemento material probatorio (medidor), lo que viola el derecho de contradicción y defensa de la demandante. Lo anterior, no fue resuelto por la empresa demandada.

8º. Con la segunda prueba se pudo verificar que el medidor sobre el que se practicaron las pruebas técnicas en el laboratorio de medidores de la empresa era marca “Elster – Zenith”, y en ese momento contaba con una lectura de 323,436 metros cúbicos, lo cual no coincide con el que se retiró del predio el 16 de marzo de 2010.

9º. Los días 13 y 17 de mayo de 2010 se realizaron actas de inspección externa y revisiones internas Nos. 2463057 y 2467291 donde se verificó una fuga en cisterna.

10º. El 8 de junio de 2010, se realizaron actas de inspección externas y revisiones internas Nos. 2515289 y 2515290 en las que se dejó constancia de la existencia de 4

hidrolavadoras que funcionan en el predio con agua reciclada que circula, 1 tanque alto y 4 bajos con 34.500 lts y planta de tratamiento de agua.

11º. El 1 de julio de 2010, la actora presentó escrito solicitando se tomara una decisión por cuanto el término probatorio se encontraba vencido y no se había recibido comunicación alguna en la dirección de notificación de la apoderada de la usuaria. Por tal motivo, el 26 de julio del mismo año elevó petición respecto de la configuración del silencio administrativo positivo, por vencimiento de términos desde el 11 de junio de 2010.

12º. A través de la decisión S-2010-396096, notificada personalmente a la apoderada el 2 de agosto de 2010, la empresa demandante informó que mediante acto administrativo S-2010-309073 de 11 de junio de 2010, se declaró la existencia del incumplimiento del contrato de condiciones uniformes, con lo cual se viola la ley y la constitucional Política, pues en ese momento se encontraban vencidos los términos para presentar los recursos a causa de las irregularidades ocurridas en la notificación de tal resolución.

13º. El 23 de agosto de 2010, se notificó personalmente a la apoderada la Resolución S-2010-443857, informando que no se configuró el silencio administrativo solicitado.

14º. El 19 de agosto de 2010, la demandante requirió a la EAAB para que realizara visitas mensuales de inspección al medidor con cuenta contrato No. 11015195 y cambiaran la ubicación del medidor.

15º. El 15 de septiembre de 2010, la señora Sandra Argenis Fino González fue notificada personalmente de la Resolución S-2010-491375 de 7 de septiembre, por medio de la cual se hizo un recuento de la actuación adelantada para la expedición del acto inicial.

16º. El 16 de septiembre de 2010 se radicó en la Superintendencia de Servicios Públicos los documentos con el fin de que se investiguen las irregularidades ocurridas con la imposición de la sanción al usuario con dicho número de contrato.

17º. El 16 de septiembre de 2010, se solicitó a la empresa demandada copia de los documentos con la constancia de remisión por parte de la empresa de correo certificado, en la que aparezca la firma de la persona que recibió la notificación del acto administrativo sancionatorio en la Carrera 13 No. 13-24 Edificio Lara de la ciudad de Bogotá, dirigida a la señora Claudia Patricia Mora Zambrano y copia de la inspección a terreno en la que se instaló el medidor 08015IB12843.

18°. En los anteriores documentos, aparece la firma del señor José Luis Murcia con placa 0017 a quien al parecer se le entregó tal notificación, sin embargo, la administradora del Edificio Lara señaló que dicha persona no labora ni había laborado en el edificio, ni hace parte de la empresa que presta servicios a tal edificio y que, para el mes de junio de 2010, la correspondencia se entregaba personalmente a los propietarios, porque no había casilleros para las oficinas.

19°. Por medio de las facturas de servicios públicos Nos. 37358745711, 31847605412 y 7470408019 se cobra el servicio de acueducto y alcantarillado desde el 13 de marzo al 10 de mayo de 2010, la sanción por reconexión por valor de \$9.283.886 y una deuda anterior a la liquidación por valor de \$10.009.762 con los intereses de mora.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En su escrito de demanda, la parte actora consideró como infringidos los artículos 29 de la Constitución Política, 254, 255, 257, 258, 259, 260, 261, 263, 265, 276 del Código de Procedimiento Penal, 177 y 174 del Código de Procedimiento Civil y 34 del Código Contencioso Administrativo.

La parte demandante formuló los siguientes cargos de nulidad:

Primer Cargo – Desconocimiento de las normas legales:

Señaló, que dentro de la actuación administrativa que dio origen a la expedición del acto acusado no se tuvo en cuenta la cadena de custodia de la evidencia física, con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios, lo cual se concreta en el elemento de la mismidad, traducido en que el elemento de prueba sea realmente el mismo que se encontró en la escena, sobre el cual se realizaron los análisis y que se exhibe como evidencia; es decir, que el medidor retirado del inmueble del usuario sea el mismo que se analizó en el laboratorio y el que se exhibió como evidencia del presunto incumplimiento del contrato de condiciones uniformes para la prestación de servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado.

Según lo anterior, explicó que el análisis realizado en la EAAB el 18 de marzo de 2010 - lo cual consta en el Acta de Revisión de Medidor - y que sirvió de prueba para iniciar la investigación administrativa en contra de la demandante se hizo sobre un medidor de marca Zenith con lectura 313 m3, el que no corresponde con el retirado del predio el 16 de marzo de 2016, esto es, el de marca Iberconta con lectura 323 m3. Por tanto, las muestras no se tomaron sobre el medidor correcto y así se confirmó el 25 de mayo de

2010 cuando se hizo una supuesta segunda prueba, con lo cual se rompió flagrantemente el principio de mismidad antes referido.

Otro aspecto hace referencia al estado del elemento que se encontró en la escena, que debe ser el mismo en que fue entregado a los laboratorios para su análisis, así como en el que se fundamentaron las deducciones, estudio e inferencias de la investigación. De manera que, de la comparación entre la lectura que señala el acta de revisión del medidor y el dictamen del 23 de marzo de 2010 siendo de 313 m³, la del 25 de mayo de 2010 de 323 m³ con 436 litros y la del 16 de marzo de 2010 - Acta de Inspección Técnica de anomalías No. 100024719 - cuando el medidor se retiró del inmueble de 323 m³, se denota una clara diferencia. Ello permite concluir que en el dictamen emitido por el laboratorio de medidores se rompió la cadena de custodia y por tanto existió manipulación del medidor después de que se retiró del inmueble del usuario.

Segundo cargo – Desconocimiento del debido proceso y del derecho de defensa:

Adujo, que el acto administrativo No. S-2010-230903 de 5 de mayo de 2010 por medio del cual se abrió el proceso a pruebas contiene una afirmación que no corresponde con la realidad, esto es, “(...) 1. *Informar a la usuaria que se ampliaron los términos con el fin de realizar las pruebas solicitadas en el escrito de descargos*”, y lo cierto es que en tal escrito la demandante no solicitó pruebas, sino que la entidad las ordenó de oficio.

Argumentó, que precisamente la denominada segunda prueba del medidor efectuada el 25 de mayo de 2010, por medio de la cual se revisó marca y lectura de este logró demostrar que el medidor al que se le hicieron las pruebas en el laboratorio es de marca ELSTER, modelo ZENITH, con medición de 313 m³, el que no corresponde con el retirado del predio el 16 de marzo de 2010. Por lo tanto, se transgrede el artículo 29 constitucional aplicable a toda clase de procedimientos, como quiera que no se dio explicación jurídica del porque el medidor retirado del predio y sobre el cual se realizaron las pruebas técnicas tenían marcas y lecturas diferentes.

Señaló, que tal acto administrativo se basó en un concepto técnico emitido por el laboratorio de medidores y en la explicación registrada en prueba fílmica que se incorporó al expediente como plena prueba, con lo cual se llegó a la conclusión que el medidor retirado y el medidor al que se le hicieron las pruebas supuestamente era el mismo y por eso no se violó la cadena de custodia. Por lo anterior, alegó que el usuario tenía derecho de conocer tales documentos. Sin embargo, tal argumento de la decisión no satisface el interrogante de porqué la marca, modelo y lectura de medidor es diferente.

Adicionalmente, indicó que el numeral 5 de la resolución demandada señaló: *“Con respecto a la diferencia en los datos registrados en el acta de retiro del medidor y el acta de revisión del medidor, quedó claro en la segunda prueba realizada al equipo, que existe total identidad entre el medidor retirado y el medidor al que se realizaron las pruebas y que la aparente diferencia en la marca del mismo corresponde al fabricante y modelo, sin que ello implique que se haya presentado violación o modificación a la prueba (...) Finalmente sobre la diferencia de lectura, esto correspondió a un error de transcripción que en ningún caso invalida el dictamen”*. Los errores cometidos por la empresa demandante dejan ver la arbitrariedad con la que se tomó tal decisión, pues al momento de la notificación se le entregaron a la demandante unos documentos inexactos, con lo cual se viola los derechos de defensa y debido proceso.

De otra parte, como lo pudo comprobar la empresa demandada con la inspección realizada al predio, las máquinas, equipos, tanques de reserva y demás elementos, tiene la función de ahorrar agua porque el líquido se reutiliza en el proceso de lavado de vehículos, con lo que fácilmente se puede corroborar que la liquidación aunque se encuentra dentro de los parámetros de la Resolución 0337 de 2009 para predios con clase de uso comercial, no tuvo en cuenta que además de lo mencionado se cuenta con un sistema de recolección de lluvias, por lo que el consumo no puede liquidarse de la misma forma.

Concluyó, que el acto acusado tampoco tuvo en cuenta que lo facturado con posterioridad a la instalación del nuevo medidor era superior a lo reportado en el historial del predio, a causa de las fugas reportadas y detectadas por los mismos funcionarios de la empresa demandada en las visitas efectuadas con el fin de verificar la prestación del servicio.

Tercer Cargo – Falsa motivación del acto administrativo:

Indicó, que la resolución acusada se basó en motivos que no corresponden con la realidad, ya que no se probó el incumplimiento del contrato de condiciones uniformes, pues lo alegado en los descargos no fue desvirtuado por la empresa demandada. De esa forma, se violó el debido proceso y el derecho de defensa de su presentada.

Adujo, que existen documentos que soportan la marca del medidor, así como también el consumo normal del servicio público a través de las facturas anteriores al retiro del medidor, esto es, 16 de marzo de 2010, y aún con posterioridad coinciden por lo menos en el año anterior.

Finalmente, dedujo que la liquidación efectuada por la empresa demandante en virtud del supuesto incumplimiento del contrato de condiciones uniformes tiene en cuenta un consumo promedio de predios comerciales de 328 m³, sin que corresponda a lo realmente consumido por el usuario de la cuenta contrato No. 11015195, ya que se tomaron medidas preventivas como la instalación de maquinarias que evitan el mayor consumo.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la EAAB, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que los actos administrativos demandados se expidieron conforme a la legislación vigente en relación con los parámetros para la liquidación impuesta, se respetó el debido proceso y el derecho de defensa, así como también se profirieron de conformidad con las normas en que debían fundarse, esto es, Ley 142 de 1994 y la Resolución 0337 de 14 de abril de 2009, por lo que no existió violación de normas ni falsa motivación. Respecto a los cargos de nulidad propuestos, expuso lo siguiente:

En relación con el primer cargo, adujo que la demandante trata de justificar su actuación negligente al no interponer dentro de la oportunidad procesal pertinente los recursos de ley, teniendo pleno conocimiento del acta de fecha 16 de marzo de 2010 suscrita por la señora Angélica Zambrano en la que se dejó constancia del retiro del medidor del predio para hacerle las pruebas de calibración. De la misma manera, se le informó que podía estar presente en el momento en que se realizan las mismas en el laboratorio de medidores de la EAAB, de lo cual se levantó un Acta de Revisión del Medidor en la que se consignó el estado de recepción de dicho medidor, firmada únicamente por el Metrólogo y el representante de la empresa demandada, lo cual permite concluir que el usuario no se hizo presente en tal ocasión

Explicó, que el Acta de Revisión del Medidor contiene una nota que reza: *“(...) si la bolsa donde viene el medidor correspondiente a la cadena de custodia se encuentra abierta antes de ingresar al Laboratorio, no se realizara las respectivas revisiones del medidor”*, con lo cual se demuestra que se cumplió con el principio de mismidad y con el procedimiento de la cadena de custodia, como quiera que al momento del retiro del medidor el usuario – Angélica Zambrano - suscribió y aceptó las condiciones en las cuales se encontró el medidor, además de que se dio estricta aplicación a la Resolución 0337 de abril de 2009 y al contrato de condiciones uniformes, por lo cual no es de recibo que tal procedimiento se regula por el Código de Procedimiento Penal.

Respecto del cargo de violación al debido proceso y derecho de defensa, indicó que la EAAB actuó en cumplimiento de las disposiciones contempladas en la ley 142 de 1994,

la Resolución 0337 de 2009, CRAC 413 de 2006 y demás normas aplicables a la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado. Se garantizó el debido proceso del usuario, ya que se desarrollaron todas las etapas de la actuación administrativa, así: i) se inició con la ejecución de la inspección en la que puede participar el usuario; y ii) citación a pruebas de laboratorio en la cual el usuario podrá ir acompañado por una persona que corrobore la ejecución de las pruebas. Con posterioridad se inició la actuación administrativa por el presunto incumplimiento del contrato de condiciones uniformes, lo cual se notifica en los términos de los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, otorgando la posibilidad de presentar escrito de descargos, aportar y solicitar pruebas, con lo que se denota la observancia de los derechos al debido proceso y defensa de la investigada.

Adicionó, que su representada liquidó los metros cúbicos dejados de facturar por el incumplimiento contractual basado en el uso irregular del servicio y los costos operativos en los cuales incurrió la empresa demandada. Lo anterior, de conformidad con la sentencia SU-1010 de 2008.

Aunado a lo anterior, insistió en que no se le ha violentado el derecho fundamental al debido proceso, ya que todas las actuaciones fueron notificadas en debida forma según lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y el procedimiento de defensa que tiene el usuario según el artículo 152 y siguientes de la Ley 142 de 1994, tanto así que la decisión demandada quedó en firme sin que contra ella se agotara la vía gubernativa con la presentación de los recursos, como lo dispone el artículo 63 de la primera de las normas aquí mencionada.

Finalmente, sobre el tercer cargo señaló que en el inmueble ubicado en la carrera 91 No. 97-09 se dan las circunstancias de hecho que se tipifican dentro del tipo penal denominado defraudación de fluidos contenido en el artículo 256 y en el Capítulo VI del contrato de condiciones uniformes – Cláusula trigésima segunda numerales 1 al 6 -al que deberá aplicarse el procedimiento establecido en la Resolución 0337 de 14 de abril de 2009.

Concluyó, que la liquidación se efectuó con base en los parámetros descritos en la resolución en comento para predios con clase de uso comercial partiendo del diámetro de la acometida y que en el lugar se labora un promedio de 8 horas días, 30 al mes, lo cual da como resultado un consumo de 164 m3 mensual y 328 por vigencia, a lo que se le descuentan los metros cúbicos registrados en el periodo de tiempo afectado con la liquidación. En la inspección No. 2515290 de 8 de junio de 2010, consta que el

establecimiento funciona las 24 horas del día desarrollando la actividad de lavar autos y en la liquidación solo se calcularon 8 horas diarias.

6. TRÁMITE PROCESAL Y ALEGACIONES

1º. La demanda se presentó el 15 de diciembre de 2010 (f. 153 cd. 1), Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Primera, quien por auto del 21 de febrero de 2011 la inadmitió y por auto del 18 de marzo del mismo año la rechazó (fs. 155, 156, 177 a 179 cd. 2).

2º. La anterior decisión fue objeto de recurso de apelación, el que se surtió ante el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera - Subsección B quien por auto del 7 de julio de 2011 la revocó y en su lugar ordenó proveer sobre la admisión de la demanda (fs. 6 a 12 cd 1). Por lo tanto, la misma se inadmitió el 22 de agosto de 2011, fue subsanada y con posterioridad, el 19 de septiembre del mismo año se admitió (fs. 186, 187, 195 y 196 cd. 1)

3º. El 7 de octubre de 2011, se notificó la admisión a la EAAB (fs. 207 y 208 cd. 1).

4º. El 1 de noviembre de 2011, se presentó escrito de contestación de demanda (f. 209 a 323 cd. 1).

5º. Mediante auto del 21 de noviembre de 2011 se dispuso el decreto de las pruebas solicitadas por las partes (fs. 325 a 327 cd. 2).

6º. En las audiencias celebradas los días 6 y 12 de diciembre de 2011 se recepcionaron los testimonios decretados (fs. 357 a 357 a 362, 377 a 385, 390 a 390 a 392)

7º. Mediante auto del 27 de julio de 2012, el Juzgado 14 Administrativo de Descongestión de Bogotá avocó conocimiento del presente asunto en virtud del Acuerdo No. PSAA12-9454 de 23 de mayo de 2012, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

8º. Después de múltiples nombramientos de auxiliares de la justicia para ejercer el cargo de perito, el 3 de abril de 2017 el señor Ricardo Navarro acepta tal designación y el 21 de septiembre del mismo año presentó el dictamen encomendado (fs. 508 y 522 a 551 cd. 2), del cual se corrió traslado y objetado por error grave por la EAAB (fs. 554 y 555 cd. 2). De tal objeción, se corrió traslado a las partes y guardaron silencio (fs. 556 y 557 cd. 2). Sin embargo, el auxiliar de la justicia el 12 de junio de 2018 presentó escrito de aclaración de dicho dictamen (fs. 559 a 562 cd. 2)

9º. Una vez evacuadas todas las pruebas decretadas, por auto del 29 de junio de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (f. 563 cd 2), quienes aportaron escritos visibles a folios 564 a 583 del cuaderno 2.

6º. El señor Agente del Ministerio Público no allegó concepto.

CONSIDERACIONES

Revisado el proceso no se observa causal de nulidad que pueda dejar sin valor la actuación que hasta aquí se ha surtido por lo que se procede a decidir sobre el fondo del asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: i) problemas jurídicos; ii) material probatorio relevante; análisis de los cargos de nulidad y resolución de los interrogantes; iv) restablecimiento del derecho; y v) condena en costas.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la legalidad de los actos administrativos contenidos en el siguiente documento:

Resolución S-2010-309073 de 11 de junio de 2010, proferido por el Coordinador II Control Pérdidas Gestor Aguazul Bogotá Zona 2 y 5 de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá; por medio de la cual se declaró la existencia del incumplimiento del contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio para la cuenta contrato No. 11015195 del inmueble ubicado en la Carrera 91 No. 97-09 PI de Bogotá, e informó que la liquidación por el incumplimiento contractual declarado ascendía a la suma de \$9.280.982.

Por lo tanto, se deberá establecer si hay lugar o no, a que a título de restablecimiento del derecho se condene a la empresa demandada a pagar por concepto de indemnización el valor de los perjuicios causados, así:

- La suma de \$1.000.000 por concepto del pago realizado por honorarios de abogado, según el contrato de prestación de servicios suscrito el 14 de abril de 2010 y los demás valores que por este concepto hayan sido pagados y probados dentro del proceso.
- La suma de \$9.280.982 por sanción impuesta a través de los actos administrativos demandados.
- La suma de \$252.160 como intereses moratorios cobrada a la demandante en la factura de servicios públicos No. 7470408019

- Por los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida sobre las sumas anteriores, desde el momento en que la demandante pagó y hasta que se verifique el pago.

En virtud de lo anterior, corresponde al Despacho determinar si los actos administrativos referenciados fueron expedidos con violación de normas legales, desconocimiento del debido proceso y del derecho de defensa y falsa motivación, bajo el análisis de los siguientes interrogantes:

- ¿Expidió la EAAB el acto administrativo demandado, con violación del principio de mismidad al supuestamente haberse desconocido la cadena de custodia respecto de la evidencia física encontrada en la escena, es decir, que el medidor retirado del inmueble no coincide con el que fue objeto de pruebas en el laboratorio, porque la marca y lectura no coinciden?
- ¿Profirió la empresa demandada el acto administrativo objeto de censura, con violación del debido proceso y del derecho de defensa, por cuanto efectuó una manifestación en el auto No. S-2010-230903 de 5 de mayo de 2010, que presuntamente no corresponde con la realidad del expediente?
- ¿Incurrió la empresa demandada en violación del debido proceso y del derecho de defensa en la expedición de la resolución acusada al habersele entregado con la notificación del acto de inicio de la investigación, documentos con datos al parecer incorrectos, a consecuencia de la práctica de la segunda prueba realizada al medidor?
- ¿El acto administrativo demandado se profirió con violación del debido proceso y del derecho de defensa, por cuanto supuestamente en la liquidación no se tuvo en cuenta la inspección realizada al predio donde se verificaron las máquinas, equipos, tanques de reserva y el sistema de recolección de lluvias que tiene la función de ahorrar agua?
- ¿Fue expedido el acto administrativo demandado con falsa motivación al haberse tenido en cuenta supuestamente el promedio de consumo de predios comerciales y no lo que realmente consumió el usuario, y por ello no se probó el incumplimiento del contrato de condiciones uniformes?

2. MEDIOS PROBATORIOS RELEVANTES

Para efectos de la adopción de esta decisión de fondo, el Despacho pone de presente que en el expediente obran los siguientes medios de prueba a los que se les dará el valor probatorio correspondiente:

2.1. Documentales:

1. Acta de Inspección de anomalías No. 100024719 al predio con cuenta contrato No. 11015195 de fecha 16 de marzo de 2010, por medio de la cual se dejó constancia de la información dada a la usuaria Ángela Zambrano respecto a que disponía de un tiempo para que se asesorara de un técnico, con la siguiente observación “(...) *medidor con cúpula empañada. Se instala medidor nuevo con lectura 0 y chapetas amarillas de control*” (fs. 49 y 243).
2. Acta de Instalación y Cambio de Medidor volante No. 00204638 de fecha 16 de marzo de 2010, suscrita por la señora Ángela Zambrano a la cuenta contrato No. 11015195, llevada a cabo en el predio de la Carrera 91 No. 97-09, con el número de medidor retirado 08015IB128143, lectura 323 marca Iberconta y número de medidor instalado 09-9157692 lectura 0, junto con la correspondiente comunicación de la misma fecha también suscrita por la misma persona, en la cual se ratifican los datos de la marca, número y lectura del medidor retirado y se le informa que el día 18 de los mismos mes y año se llevará a cabo la prueba al medidor en el laboratorio de la empresa demandada (fs. 244 y 245 cd. 1)
3. Acta de Revisión del Medidor de fecha 18 de marzo de 2010, a través de la cual se dejaron las observaciones en relación con la revisión interna y externa del medidor marca Zenith No. 08015IB128143, lectura no visible y anillo de seguridad manipulado (fs. 246)
4. Reporte de fecha 23 de marzo de 2010, por el cual el Jefe de Laboratorio de Medidores de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá constató el estado de ingreso del medidor al laboratorio y registró la calibración del medidor No. 08015IB128143, marca Zenith, fecha de ingreso al sistema 18 de marzo de 2010 y como observación del estado interno del medidor “*MEDIDOR INTERVENIDO SIN AUTORIZACIÓN PARA DEJAR DE REGISTRAR EN FORMA NORMAL, LO ANTERIOR SE EVIDENCIA EN, ANILLO DE SEGURIDAD MANIPULADO*” (fs. 247 y 248 cd. 1).

5. Oficio de fecha 29 de marzo de 2010 dirigido al Director Comercial Zona 2, por medio del cual el Jefe de Laboratorio de Medidores de la empresa demandada informa que *“(...) por error involuntario en el momento de transcripción del informe de la inspección realizada a los medidores abajo relacionados, se modifican los informe remitidos en los oficios 26440-2010-782 y 26440-2010-780. El oficio 26440-2010-0780 es reemplazado por el oficio 26440-2010-0810 y el oficio 26440-2010-782 es reemplazado por el oficio 26440-2010-0811”* (f. 42 dc. 1)
6. Acto administrativo S-2010-165041 de 31 de marzo de 2010, por medio del cual la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, da inicio a la actuación administrativa por incumplimiento en el contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado en contra de la cuenta contrato No. 11015195 en el predio ubicado en la Carrera 91 No. 97-09, junto con la correspondiente citación personal, acta de notificación, formulario de correspondencia – acuse de recibo por parte de la señora Ángela Zambrano (fs. 21 a 27, 249 a 252 y 253, 254 y 258 cd. 1).
7. Escrito radicado en la empresa demandada el 15 de abril de 2010, por medio del cual la demandante presentó escrito de descargos (fs. 259 a 264 cd. 1)
8. Acto S-2010-230903 y S-2010-230907 de 5 de mayo de 2010, mediante el cual la EAAB decretó como pruebas una inspección técnica al inmueble para el 18 de mayo de 2010 y una segunda prueba al medidor en el laboratorio de medidores de dicha empresa el 25 de mayo de 2010, para verificar la marca del medidor y la lectura, por lo que el término para emitir pronunciamiento respecto del escrito de descargos se amplió, es decir, hasta el 11 de junio de 2010, con su correspondiente citación para notificación personal, acta de notificación (fs. 289 a 273 cd. 1 y 274).
9. A folios 386 a 389 del cuaderno 2 obra acta de revisión de medidor de fecha 25 de mayo de 2010, el acto S-2010-230907 de 5 de mayo de 2010 con constancia de entrega y registro fotográfico de la bolsa ingresando el medidor.
10. Acta de revisión de medidor de fecha 25 de mayo de 2010, donde se dejó constancia del medidor marca Elster-Zenith No. 08015IB128143, lectura 323,436 cuenta contrato 11015195, y observaciones que se revisó la marca y lectura del medidor por solicitud S-2010-23007, ratificando lectura 323 m3 con 436 litros y marca Elster modelo Zenit. La anterior acta, suscrita por el Jefe de Metrología,

representante jurídico comercial de la empresa demandada y la señora Claudia Patricia apoderada de la usuaria (f. 84 cd. 1).

11. Escrito radicado el 25 de mayo de 2010, con el que la señora Claudia Patricia Zamora Zamora se opone a la segunda prueba al medidor programada para el 25 de mayo de 2010 y para dar respuesta la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá expide el acto S-2010-315144 con su correspondiente formulario para correspondencia y acuse de recibo de fecha 17 de junio de 2010 con nombre firma y cédula de quien recibe señora Carolina y edicto para notificar tal decisión (fs. 283 y 284, 285 a 287 cd. 1)
12. Acto administrativo S-2010309073 de 11 de junio de 2010, a través del cual el Coordinador II Control Pérdidas – Gestor Aguazul Bogotá Zona 2 y 5 de la EAAB declaró la existencia del incumplimiento del contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio para la cuenta contrato No. 11015195 del inmueble antes referido, informó que la liquidación como consecuencia de tal incumplimiento ascendía a la suma de \$9.280.982, ordenó la notificación personal a la señora Claudia Patricia Zamora Zamora en la Carrera 13 No. 13-24 oficina 605 Edificio Lara y por último le informó que contra dicha resolución procedía el recurso de reposición ante la misma empresa y el de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, los que podrían ser interpuestos dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de ese acto (fs. 275 a 280)
13. Formulario para correspondencia de fecha 15 de junio de 2010, con destinatario Claudia Patricia Zamora Zamora en la Carrera 13 No. 13-24 oficina 605 Edificio Lara de la ciudad de Bogotá, número de salida S-2010-309073 la empresa de correo certifica que se entregó como se constata en la casilla nombre, firma y cédula de quien recibe, donde aparece el nombre José Luis y edicto con fecha de fijación 23 de junio de 2010 y desfijación el 7 de julio de 2010 del acto anterior (fs. 281 y 282 cd. 1)
14. Documento radicado el 1 de julio de 2010, por medio del que la señora Claudia Patricia Zamora Zamora solicitó se dé respuesta a su escrito de descargos por vencimiento de periodo probatorio el 11 de junio del mismo año, respondido mediante el acto S-2010-396096 de 23 de julio de 2010 informando que desde el 11 de junio de 2010 se había proferido respuesta formal a su escrito de descargos con el acto administrativo S-2010-3090736. el anterior, fue notificado según los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo enviando citación para

notificación personal a su dirección y posteriormente la publicación del edicto, con formulario para correspondencia, acuse de recibo de fecha 26 de julio de 2010 con nombre firma y cédula de quien recibe señor Andrés Beltrán, citación y acta de notificación personal (fs. 291 y 291 vuelto, 293 a 296 cd. 1)

15. Solicitud radicada el 26 de julio de 2010, a través de la cual la señora Claudia Patricia Zamora Zamora pide la configuración del silencio administrativo positivo respecto de los descargos presentados E-2010029144 de 15 de abril de 2010, respondido mediante el acto S-2010-2010-443857 de 12 de agosto de 2010. Se le informó que desde el 11 de junio de 2010 se había proferido respuesta formal a su escrito de descargos S-2010-3090736, para lo cual se expidió y envió la citación para notificación personal a la dirección aportada y al no poder efectuarse por este medio, se procedió con la publicación del edicto junto con su formulario para correspondencia, acuse de recibo de fecha 13 de agosto de 2010 con nombre firma y cédula de quien recibe, señora Claudia, citación y acta de notificación personal (fs. 299 a 304 cd. 1)
16. Tarifas de alcantarillado año 2009 y registro fotográfico de la fechada, medidor adulterado, reparado para inició de cadena de custodia, prueba de servicio con equipo especializado (geófono), medidor nuevo instalado provisionalmente, bolsa de seguridad en cumplimiento de la cadena de custodia y medidor dentro de la bolsa de seguridad (fs. 34 a 39 cd. 1).
17. Formato de liquidación según la Resolución 0337 de 2009 sobre el predio cuenta contrato No. 11015195 en la cual se dejó constancia de la tipología fraudulenta y anomalía medidor adulterado y consumos históricos (fs. 40 y 41 cd. 1).
18. Por medio del contrato de prestación de servicios profesionales, la demandante constituyó apoderado judicial con el fin de que se le presenten los servicios para la presentación de descargos y solicitud de pruebas en relación con el acto administrativo No. S-2010-165041, por valor de un millón de pesos (f. 83).
19. Mediante el oficio de fecha 30 de noviembre de 2011, la empresa demandada da respuesta a la orden de este Despacho en el auto de pruebas e informa las lecturas tomadas al medidor instalado con posterioridad al 16 de marzo de 2010, así como lo que tiene que ver con la solicitud de cambio de lugar (fs. 340 a 342 cd. 2)
20. Actas de inspecciones externas y revisiones internas y acta de inspección de consumo (fs. 344 a 355 cd. 2).

21. A folio 396 a 399 del cuaderno 2, obra certificación expedida por la Fiscalía General de la Nación de fecha 14 de diciembre de 2011, en la que aparece que el expediente con el número 1100160000050201009435 en contra de la señora Sandra Argenis Fino González por el delito de defraudación de fluidos, se envió a la unidad de audiencias preliminares para realizar audiencia de imputación.
22. Resolución 0337 de 14 de abril de 2009 *“POR LA CUAL SE ADOPTA EL MANUAL QUE ESTABLECE AL INTERIOR DE LA EABB E.S.P. EL PROCEDIMIENTO FRENTE AL PRESUNTO DELITO DE DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS Y EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES POR USO NO AUTORIZADO DEL SERVICIO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”* (fs. 363 a 376 y 410 a 423 cd. 2)
23. Dictamen pericial presentado por el auxiliar de la justicia el 21 de septiembre de 2017, objetado por error grave. Al respecto dicho perito allegó pronunciamiento tal como se ve a folios 559 a 562 del cuaderno 2 (fs. 533 a 551 y 554 a 555 cd 2).
24. Antecedentes administrativos (fs. 242 a 323 cd 1)

2.2 Interrogatorio de parte y testimonios:

En el **interrogatorio de parte** la demandante Sandra Argenis Fino González, manifestó ser la administradora del Autolavado Stopwas, un lavadero de carros que funciona las 24 horas del día en la Carrera 91 No. 97-09, asociado a la cuenta contrato No. 11015195 con un consumo en época de tiempo seco de 70 m3 y en época de lluvia de 50 a 60 m3, siempre ha pagado lo que el medidor factura y nunca los ha intervenido, es decir, que no ha manipulado el anillo de seguridad del medidor para dejar de registrar de forma normal, las únicas personas que manipular estos aparatos son los funcionarios de la EAAB. Señaló, que la señora Ángela Zambrano es la persona a cargo del establecimiento cuando ella no está presente y que no conoce los números de las decisiones emitidas por la empresa porque su abogada es la que conoce todo el caso. Relató que en el acta dejada por la empresa al momento del retiro del medidor aparecen datos de medición, marca y número del medidor que no coinciden con los señalados en el acta expedida por el laboratorio el día de la revisión del medidor. Los periodos facturados con posterioridad al cambio del medidor reportan igual medición según el historial de siempre. El auto lavado tiene unas máquinas que permiten ahorrar entre un 50% y 70% del agua y existe un proceso de tratamiento de agua por medio de filtros, tanques de filtración y sedimentación con el que se trata el agua para que circule y no se consuma en su totalidad

TESTIMONIALES

- Solicitados por la parte demandada

Declaración de la señora Lorena García Leal Jefe de División Atención al Cliente Zona 2 de la EAAB, manifestó que el conocimiento que tiene de los hechos es por el archivo documental que reposa en la entidad. Relató que se realizó visita al predio por el proceso de defraudación de fluidos el 16 de marzo de 2010 y por el resultado de esta se da aplicación al manual de defraudación establecido por la empresa, garantizando el debido proceso del usuario, por el cual se determina que hubo incumplimiento del contrato de condiciones uniformes por la manipulación del medidor retirado del predio. Explicó que se llegó a esa conclusión por causa de las pruebas realizadas en el laboratorio de medidores de la empresa, lo cual se le informa al usuario con el fin de que presente los respectivos descargos, sin embargo, por tal incumplimiento se realiza la liquidación de los consumos dejados de facturar, comunicado a la usuaria con el fin de que hiciera uso de los recursos de ley sin que fueran interpuestos. Respecto de la cadena de custodia, explicó que está definida en el manual de defraudación y sobre el anillo de seguridad del medidor se determinó que sí fue objeto de manipulación. En relación con los datos del medidor que aparecen en la factura, adujo que son la manera de identificar el aparato con el que se toma la muestra de la lectura para la liquidación de los consumos.

Declaración del señor Jorge Enrique Rodríguez Arenas Director Comercial de la Zona 2 de la EAAB, manifestó que su declaración corresponde a la información que reposa en los archivos de la entidad, por lo que adujo que las actividades realizadas en el inmueble mencionado se realizaron directamente por el Gestor Aguazul Bogotá, por el contrato de gestión que tiene con la empresa. Relató, que una vez se evidenciaron los hechos por parte del Gestor procedió a dar inicio al proceso al administrativo por presunta defraudación de fluidos, según el manual sobre el tema. En relación con la garantía de la cadena de custodia, explicó que el procedimiento sobre el equipo de medida y su retiro es el embalaje en una bolsa y el registro de los datos del equipo, una vez retirado debe ser llevado al laboratorio de medidores para que se le hagan las pruebas de verificación correspondientes. La identificación de los equipos está determinada por el número del serial que es único y adicionalmente existen dos datos relacionados con la marca y el modelo, por lo que el número de serial no permite confusiones y en ese caso el medidor retirado fue el mismo al que se le hicieron las pruebas de verificación. Indicó, que tiene conocimiento de que al usuario se le informaron todas las actuaciones desarrolladas en la investigación, y de que éste cuestionó algunas decisiones y conoció la fecha en la cual se llevarían a cabo las pruebas metrológicas en el laboratorio de la empresa. Explicó que en la visita de retiro del medidor que se realiza

no es posible registrar toda la información relacionada con el equipo, ya que allí se hace solo una inspección ocular, lo que no ocurre para hacer el dictamen definitivo sobre el estado en que se encuentra el medidor, porque allí se requiere practicar las pruebas metrológicas en el laboratorio de medidores de la empresa que está acreditado. Finalmente, en relación con la marca y la lectura del medidor manifestó que al momento del retiro de éste se consigna en el formato siempre que la marca esté visible porque está registrada físicamente en la cáscara del equipo y la lectura se registra en la fecha en que se realiza la visita. Tales datos deben ser consignados en el formato establecido cuando se instala un medidor. Adicionó, que la duda respecto de si realmente el medidor retirado coincide con que fue objeto de prueba en el laboratorio de la entidad, se confirma que es el mismo con el número de serial único que lo identifica, marca Zenix y registrador Iberconta.

Declaración de la señora Natalia Inés Ayala Blandón Directora de Facturación de Aguazul Bogotá, relató que se realizó una inspección por el proceso de defraudación de fluidos y se realizó una visita técnica por parte del inspector de la empresa, se recogieron pruebas documentadas en castas, fotos, registro fílmico y levantamiento del medidor en un proceso de cadena de custodia ajustado a lo establecido en la Resolución 0337 de 2009, se informó al usuario que tenía 1 hora para que un técnico o acompañara antes de iniciar dicho proceso, se procede con el levantamiento del medidor por posible adulteración del mismo, se retira y se deposita en una bolsa según la copia de la foto que allega, en la que se observa la fecha y el número de la cuenta del contrato, asimismo se observa que el medidor es retirado y depositado en dicha bolsa la cual es firmada por quien atiende la visita, señora Ángela Zambrano, se sella y se inicia el proceso de cadena de custodia, todo en presencia del testigo y luego se lleva al laboratorio para el análisis del estado del medidor. Señaló, que en tal visita se le entrega citación al usuario indicando el día y la hora en que se realizarán las pruebas en el laboratorio. No es posible que se presenten confusiones, como quiera que la marca del medidor aparece registrada en el mismo y cada medidor se identifica con un número de serial único e irrepetible, por medio del cual el gestor identifica, rastrea, sigue, evalúa y confronta cada uno de los medidores asociados a cada predio e identificados en el sistema de facturación de la empresa. Señaló, que en la primera revisión el usuario no se hizo presente, en la segunda se si hizo presente la señora Claudia Patricia Mora y en ésta última se revisó marca y lectura del medidor con serial 080151B128143. Contestó, que los documentos que se entregan como anexos al usuario al inicio de la investigación administrativa se le dan a conocer y lo faculta para solicitar copia o lo que requiera. Explicó, que los datos del medidor que aparecen en la factura son aquellos que se pueden ser verificados físicamente en terreno o en cada uno de los predios. Asimismo, que, en el documento de inspección o visita al predio el funcionario debe colocar todo lo que observa

directamente en el mismo, por lo que en la vista del 16 de marzo de 2010 debió registrarse la lectura y las iniciales de las diferentes marcas de los medidores, que fue donde se instaló un nuevo medidor. De otra parte, señaló que para efectos de la liquidación de la factura no le consta que se haya tenido en cuenta los tanques de almacenamiento y la capacidad de metros cúbicos, como quiera que dicha liquidación se efectúa según los parámetros de la resolución, el número de horas, los días, la clase de uso del predio y el contrato de condiciones uniformes dentro de cada periodo de liquidación sólo tuvo en cuenta 8 horas, cuando el lavadero de carros funciona las 24 horas del día. Adicionó, que tanto las visitas como el proceso por defraudación de fluidos se ajustaron a lo establecido por la Resolución 0337 de 2009 y que la usuaria hizo uso de los recursos, así como también aceptó de manera voluntaria la liquidación, para lo cual adelantó un acuerdo de pago.

Declaración del señor Fernando Buitrago Rodríguez Gerente de AQB ASOCIADOS, manifestó que conoce a la señora Sandra Fino porque le vendió unos equipos de alta presión. Explicó, que el ahorro de las hidrolavadoras comparado con motobombas o bombas multi – etapas está entre un 50% y 70%, son más económicas las hidrolavadoras en el consumo de agua, porque son equipos diseñados para un bajo consumo de agua y una alta presión, se alimentan con un bajo flujo de agua, impulsadas por unas válvulas tipo cheque y en su salida el orificio es muy reducido, ello permite el ahorro porque el lavado es más rápido. Indicó, que la certificación de las hidrolavadoras es italiana porque los equipos son importados, no están certificados ni por la Superintendencia de Industria y Comercio, ni por la UNAC.

2. ANÁLISIS DE LOS CARGOS DE NULIDAD

Establecido lo anterior, el Juzgado estudiará el mérito de los cargos propuestos por la parte actora, concretados en los interrogantes que se plantean como problemas jurídicos.

De la objeción por error grave del dictamen pericial

Previamente procede el Despacho a pronunciarse sobre la objeción por error grave presentada por el apoderado de la parte demandada al dictamen emitido por el auxiliar de la justicia designado obrante a folios 533 a 551 del cuaderno 2, con el objeto de absolver los cuestionamientos relativos al volumen del consumo del agua del predio y la efectividad de los equipos de lavado, tanques de reserva y tratamiento de agua y demás maquinaria instalada, así como el porcentaje de ahorro y economía que se produce con ellos.

Surtido el trámite correspondiente, esto es, como lo dispone el artículo 238 del Decreto 1400 de 1970, se corrió traslado del dictamen y dentro del término el apoderado de la parte demandada radicó escrito objetando por error grave tal dictamen (fs. 554 y 555 cd. 1), con fundamento en los siguientes argumentos:

- Que describe el tratamiento de aguas residuales, pero de forma general y no hace referencia directa al proceso de tratamiento propio del lavadero de carros, por ello no prueba, ni cómo funciona ni la efectividad de ese sistema de tratamiento, en particular.
- Que no indica que se haya hecho alguna medición o corroboración técnica de estos valores que le permita soportarlos, con lo que tampoco logra probar los consumos y a efectividad del sistema.
- Que no logró probar los consumos porque solo trabajó con información secundaria, no indicó ninguna verificación real del sistema.
- Que no hace ningún estudio hidrológico que le permita estimar los aportes de aguas lluvias y así estimar los consumos de agua potable.
- Que tampoco presenta un análisis, cálculo o verificación de la efectividad de los equipos de lavado, solo los describe.

Así las cosas, el Despacho inicia con el análisis y determinación del curso que deba dársele según lo establecido en el numeral 5 del artículo 238 del Decreto 1400 de 1970, que expresamente indica: “5. *En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo*”. Una vez revisado el escrito de objeción se observa que no se dio cumplimiento a tal exigencia, pues se limitó a efectuar algunas precisiones desde su particular punto de vista, sin delimitar claramente cuál fue el error en que supuestamente incurrió el perito al emitir el dictamen, así como tampoco adujo los medios probatorios para demostrarlo.

De esta forma, el apoderado olvidó que cuando se promueve una objeción por error grave a un dictamen, debe demostrarse que el perito cambió el objeto materia del experticio encomendando las cualidades o características de ese objeto, pero no podrá basar su desacuerdo en las conclusiones a las que llegó con el mismo o sobre la metodología aplicada, pues la tarea de análisis, crítica, valoración, aprobación o no, es propia del juzgador. En ese sentido se ha pronunciado el H. Consejo de Estado, entre otras, en providencia del 1 de noviembre de 2019, dentro del proceso con radicado No. 25000-23-24-000-2011-00184-02, con ponencia de la consejera Nubia Margot Perea Garzón. Por tal motivo se declarará infundada la objeción rechaza la objeción por error grave propuesta por el apoderado de la EAAB.

2.2. ¿Expidió la EAAB el acto administrativo demandado, con violación del principio de mismidad al supuestamente haberse desconocido la cadena de custodia respecto de la evidencia física encontrada en la escena, es decir, que el medidor retirado del inmueble no coincide con el que fue objeto de pruebas en el laboratorio, porque la marca y lectura no coinciden?

La actora argumentó que no se tuvo en cuenta la cadena de custodia respecto de la evidencia física base de la investigación, es decir, el medidor que sirvió de prueba no fue el mismo que se encontró en la escena, sobre el cual se realizaron los análisis y el que fue exhibido como evidencia del presunto incumplimiento del contrato de condiciones uniformes. Se demostró manipulación del medidor después de su retiro del predio y ello lleva a que se viole el principio de mismidad. El análisis del acta de revisión de medidor efectuada en la empresa demandada el 18 de marzo de 2010 y el dictamen emitido el 23 de los mismos mes y año, se hicieron sobre un medidor de marca Zenith y lectura 313 m3, el cual sirvió de prueba para dar inicio a la investigación administrativa. Equipo que no corresponde al retirado del predio el 16 de marzo de 2010 (Acta de Inspección Técnica de Anomalías No. 100024719), el de marca Iberconta, lectura 323 m3, corroborado el 25 de mayo de 2010.

Por su parte, la empresa demandada señaló que con sus argumentos pretende justificar la no interposición de los recursos de ley a pesar de haber tenido conocimiento desde el acta de fecha 16 de marzo de 2016 suscrita por quien atendió la visita. Allí, también se dejó establecido el estado en que se retiró el medidor y la fecha y hora en que se practicarían las pruebas de calibración en el laboratorio, oportunidad en la que se elaboró también un Acta de Revisión de Medidor suscita por el metrólogo y el representante de la empresa con la advertencia respecto de la bolsa en la que se encuentra el medidor a analizar. Por lo tanto, se probó que se dio estricto cumplimiento al procedimiento establecido en la Resolución 0337 de 2009 y al contrato de condiciones uniformes aplicable al caso concreto, con lo cual se garantiza el respeto a la cadena de custodia y al principio de mismidad.

Respecto del motivo de censura debe observarse lo siguiente:

En principio, es importante precisar que la cadena de custodia es un mecanismo diseñado para demostrar la autenticidad de los materiales probatorios y la evidencia física¹, y en tal sentido se entiende como el conjunto de medidas tendientes a preservar la identidad o integridad de los elementos materiales probatorios o evidencia física con

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de febrero de 2007 M.P. Javier de Jesús Zapata Ortiz.

el fin de asegurar el poder demostrativo de la prueba, por lo que en palabras de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en Sentencia del 19 de febrero de 2009, Magistrado Ponente: María del Rosario González de Lemos, se ha definido como: *“un documento escrito en donde se reflejan las incidencias de una prueba compuesta por los eslabones de custodia, donde cada uno de estos debe incluir el momento de la custodia, de quien se recibió la evidencia y a quien le pasó, además de las medidas tomadas para asegurar la integridad de la evidencia y evitar que esta se altere”*.

De manera que, su consagración constitucional y legal se encuentran prevista en el artículo 250 de la Carta Política² y los artículos 254³ y 277⁴ de la Ley 906 de 2004, por medio de los cuales la cadena de custodia deviene de la función investigativa del ente acusador que le permite otorgarle calidad de auténticos a los elementos materiales probatorios y la evidencia física cuando han sido detectados, fijados, recogidos, embalados técnicamente y sometidos a las reglas propias de tal figura jurídica, por cuanto el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso aplicable a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas⁵. En cumplimiento de esas mínimas garantías según el derecho de que se trate, ya que no todo es de orden penal, es posible encontrar reglas y procedimientos, entre otros, de orden administrativo, que aunque no se puedan comparar al ordenamiento penal, contiene decisiones y sanciones que deben ser contempladas en la normatividad correspondiente y así ha sido previsto dentro del manual de políticas para el procedimiento que rigió la investigación adelantada y que dio como resultado el acto administrativo objeto de censura.

² **“ARTÍCULO 250.** <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”.

³ **ARTÍCULO 254. APLICACIÓN.** Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodia haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.

La cadena de custodia se iniciará en el lugar donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, y finaliza por orden de autoridad competente.

PARÁGRAFO. El Fiscal General de la Nación reglamentará lo relacionado con el diseño, aplicación y control del sistema de cadena de custodia, de acuerdo con los avances científicos, técnicos y artísticos.

⁴ **“ARTÍCULO 277. AUTENTICIDAD.** Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia. La demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente”

⁵ Sentencias de la Corte Constitucional T-359 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía; T-945 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-131 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-386 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-271 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-248 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo

A su turno la Resolución 0337 de 14 de abril de 2009 *“POR LA CUAL SE ADOPTA EL MANUAL QUE ESTABLECE AL INTERIOR DE LA EAAB E.S.P. EL PROCEDIMIENTO FRENTE AL PRESUNTO DELITO DE DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS Y EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES POR USO NO AUTORIZADO DEL SERVICIO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”*, estableció un procedimiento administrativo ágil incorporado a través del *“Manual de políticas. Macroproceso. - proceso: Gestión de pérdidas - pérdidas comerciales Procedimiento: Defraudación de fluidos y/o incumplimiento del contrato de condiciones uniformes por uso no autorizado del servicio”*, con el objeto de detectar, eliminar y cobrar las defraudaciones de fluidos y/o usos indebidos del servicio, por lo cual señala las normas que rigen el mismo, entre otras, las leyes 599 de 2000 y 599 de 2004 por las cuales se expidieron el Código Penal y de Procedimiento Penal y la Ley 1142 de 2007 por la que se reforman parcialmente las dos anteriores, siendo éstas, las que de una parte, conforman el marco legal aplicable al presente asunto.

Así las cosas, dentro de las *“Políticas Generales”* del mencionado manual se encuentra previsto como uso indebido del servicio las causales contempladas en el contrato de condiciones uniformes, *“(…)Por adulterar las conexiones, acometidas o aparatos de medición; o por retirar el aparato de medición con el fin de dejar paso directo o cambio del mismo por otro no autorizado por la empresa, o intervenir el visor del medidor de tal manera que se impida, dificulte o modifique su lectura, o por alterar su normal funcionamiento, o la ejecución de una acometida clandestina en un predio con contrato de condiciones uniformes vigente o bypass (…)*”, dando paso a que la revisión del medidor se efectúe cuando exista evidencia de manipulación o intervención de éste, motivo por el cual se inicia una investigación previa y conocimiento del caso, como parte de las *“Políticas Específicas (Actividad 1)”*, y los reportes de tales indicios proporcionados por parte del gestor comercial o del funcionario designado por la empresa, deberán ser ingresados al sistema de información de la misma.

Establecido lo anterior, se procede con la visita de inspección y se realiza la ejecución operativa en terreno – *“Políticas Específicas (Actividad 2)”* –, por lo que, en caso de evidenciarse la manipulación de los aparatos de medición o los accesorios de la acometida, el gestor comercial o el funcionario de la empresa deberá adelantar una serie de pruebas, así:

“(…) — Verificación de la ruptura o manipulación de los sellos de seguridad y de los precintos de control, y la reconexión del servicio cortado, sin pago.

— Se procederá a realizar el respectivo registro fotográfico antes de retirar el medidor para su evaluación: verificando, estado de la cúpula, visor del fichero,

fichero, sellos, carcasa, sentido de la instalación (en el sentido del flujo o en contra flujo) y/o cualquier otra circunstancia.

— *Se retirará el medidor aplicando el siguiente procedimiento:*

— *Instalar un tapón plástico o de cualquier otro material en el extremo de la salida del medidor.*

— *Llenar de agua el medidor hasta que este se rebose.*

— *Instalar el otro tapón en el extremo de entrada del medidor.*

— ***Los medidores retirados en terreno deben ser embalados en una bolsa plástica debidamente sellada y firmada por el usuario, el operario y los testigos.***

— *Los mismos deberán ser transportados, garantizando el mínimo de impacto.*

— *Los medidores deben ser transportados al laboratorio en cajas de cartón o plásticas en una cantidad no mayor a 20 medidores, para evitar que estos se golpeen entre sí, lo cual los desajustaría, afectando el concepto técnico.*

— *Las cajas donde sean transportados los medidores deben contar con divisiones rígidas de plástico o madera para la ubicación de los mismos y evitar su contacto (...)" (Negrillas del Despacho).*

De la anterior visita de inspección y en caso de que el medidor deba ser retirado para revisión en el laboratorio, se procede a levantar un acta que como mínimo debe contener la siguiente información: i) cuenta contrato; ii) fecha de retiro; iii) marca; iv) tipo; v) diámetro; vi) longitud; vii) número; y viii) lectura, todo lo anterior del medidor retirado, para que por parte del laboratorio se realicen las pruebas técnicas a fin de establecer su estado y emitir un dictamen que confirma o aporta más indicios de los encontrados en el Acta de Visita de Inspección.

Ahora bien, en su orden se tiene que para garantizar el manejo de la cadena de custodia las “*Políticas Específicas (Actividad 3)*”, señalan:

“(...) 3.1. Recepción: el medidor se entregará en el laboratorio acompañado un formato que contendrá:

— *Cuenta contrato.*

— *Fecha de retiro.*

— *Marca medidor retirado.*

— *Tipo de medidor retirado.*

— *Diámetro de medidor retirado.*

— *Longitud de medidor retirado.*

— *Número medidor retirado.*

— *Lectura medidor retirado y suborden.*

El medidor debe estar en una bolsa debidamente sellada y marcada con un sticker o adhesivo en donde se relacione la dirección del predio de donde se retiró, el número de la cuenta contrato y marca, número y lectura del medidor.

La bolsa debe venir sellada y con la firma del suscriptor y/o usuario del predio, al momento del retiro del medidor, o en su defecto, firmada por él o los testigos, o por quien realizó el retiro del medidor por parte de la empresa.

El medidor debe entregarse con agua. El laboratorio de medidores levantará un acta de las condiciones en que se reciben los instrumentos de medida (...)

El Despacho considera que el medidor retirado del predio ubicado en la Carrera 91 No. 97-09 de la ciudad de Bogotá cuenta contrato No. 11015195, el 16 de marzo de 2016 es el mismo sobre el cual se hicieron las pruebas de calibración en el laboratorio de la EAAB los días 18 de marzo y 25 mayo del mismo año y sobre el que se emitió el dictamen base para la expedición del acto acusado, por tanto, no se desconoció la cadena de custodia sobre el elemento material y la evidencia física, así como tampoco se transgredió el principio de mismidad de la prueba, por las siguientes razones:

El 16 de marzo de 2010, se llevó a cabo visita al predio ubicado en la carrera 91 No. 97-09 PI 2, cuenta contrato No. 11015195 (f. 243 cd 1) en la cual se suscribió “*ACTA DE INSPECCIÓN TÉCNICA DE ANOMALÍAS*” por parte del funcionario de la EAAB y en representación del usuario del servicio Ángela Zambrano en la que se dejó consignado que el medidor encontrado y retirado se identificaba con la serie No. 08015IB128143, lectura 323. Asimismo, se registró en el “*ACTA DE INSTALACIÓN Y CAMBIO DE MEDIDOR*” y en el documento por medio del cual se le informa a la usuaria la fecha y el lugar donde se llevarán a cabo las pruebas de calibración con un dato adicional, esto es, que la marca del medidor retirado era Iberconta (fs. 244 y 245). Los anteriores datos coinciden – en lo pertinente - con los registrados, tanto en el “*ACTA DE REVISIÓN DEL MEDIDOR*” de fecha 18 de marzo de 2010 practicado en el Laboratorio de Medidores de la EAAB suscrita por el Metrólogo y el representante comercial de la empresa, con anotación de la lectura ilegible, marca escrita como Zenith y observación de “*Anillo de seguridad Manipulado*” (f. 246).

En el acta de fecha 23 de marzo de 2010, se dictaminó el estado de ingreso del medidor al laboratorio, en este caso, con lectura de 0313 m3, marca Zenith, dejando como anotación del estado interno del medidor “*MEDIDOR INTERVENIDO SIN AUTORIZACIÓN PARA DEJAR DE REGISTRAR EN FORMA NORMAL, LO ANTERIOR SE EVIDENCIA EN, ANILLO DE SEGURIDAD MANIPULADO*” (f. 247).

Precisado lo anterior y con el fin de tener claridad respecto de las anotaciones que coinciden y las que no, se deduce que la cuenta contrato y el número de serie del medidor sobre la cual se hicieron la revisión, su retiro, las pruebas de calibración y el dictamen del estado de ingreso al laboratorio de la empresa demandada, siempre han sido las mismas y que la forma en que se identifican esta clase de equipos es por el número de la serie, dato único e irrepetible, lo cual también ha sido idéntico, ya que como se señaló en la resolución acusada y por parte de los declarantes: señores Jorge Enrique Rodríguez Arenas Director Comercial – Zona 2 y Natalia Inés Ayala Blandón Director de Facturación de Aguazul de la empresa demandada, se trata de un medidor de marca Elster – modelo Zenith y los demás datos corresponden a su fabricante y/o registrador.

Adicionalmente, es importante tener en cuenta que los declarantes coincidieron al manifestar que en los tres primeros documentos no es posible registrar toda la información relacionada con el equipo, pues se trata de una inspección ocular y la marca que se consigna en ellos es visible, lo que no sucede con las demás actuaciones en las que la revisión al medidor se hace de manera interna y externa, una en el laboratorio cuando se le hacen las pruebas de calibración por parte del metrologo, y otra cuando se emite el dictamen como resultado de la anterior revisión y en éstas a pesar de haber existido una inconsistencia en el registro de la lectura, claramente se evidencia que tanto la revisión en el laboratorio, como el dictamen que se efectuó sobre el medidor, corresponde al equipo con número de serial No. 08015IB128143, es decir, se trata del mismo que fue retirado del predio con cuenta contrato No. 11015195 el 16 de marzo de 2010, ya que, la divergencia en la marca no determina que se trata de uno diferente. Lo anterior, porque los datos que pueden ser registrados corresponden a la marca, modelo y fabricante o registrador del equipo, como efectivamente ocurrió.

El análisis precedente, de ninguna manera determina que las pruebas se hayan efectuado a un equipo diferente y que por ello se haya violentado la cadena de custodia del elemento material y la evidencia física recolectada como base de la investigación que devino en la declaración de incumplimiento del contrato de condiciones uniformes y la liquidación emitida a través de los actos administrativos acusados, por cuanto se estableció que la diferencia en los nombres registrados como la marca del medidor, no solo correspondían a tal dato, sino también al modelo y fabricante y/o registrador de dicho equipo, además que la forma por excelencia de identificarlo es el número de serie y ello coincidió durante toda la actuación administrativa.

Ahora bien, en relación con el registro de la lectura del medidor en los documentos mencionados, es posible deducir que la inconsistencia se presentó al momento de emitir el dictamen de fecha 23 de marzo de 2010, en el que se registró la cifra de 0313 m3,

siendo lo correcto 323 m³, lo cual se estableció en la segunda prueba realizada al medidor el 25 de mayo de 2010 – *“ACTA DE REVISIÓN DE MEDIDOR”* (f. 84 cd. 1). Prueba que se llevó a cabo, precisamente con el fin de verificar la lectura y la marca del medidor sobre el cual se había hecho la primera prueba y el dictamen referido, la que se decretó de oficio y dio como resultado que se trataba de medidor de marca Elster, Modelo Zenith y lectura 323 m³ con 436 litros. Acta suscrita por la apoderada judicial de la usuaria y al margen contiene una nota del siguiente tenor: *“(…) si la bolsa donde viene el medidor correspondiente a la cadena de custodia se encuentra abierta antes de ingresar al Laboratorio, no se realizará las respectivas revisiones del medidor.”*.

En consecuencia, fuerza es concluir que la anotación de 313 que apareció en el dictamen del 23 de marzo de 2010 se debió a un error de suscripción por parte del Jefe Laboratorio de Medidores (E) de la empresa demandada, ya que en los demás documentos. i) *“ACTA DE INSPECCIÓN TÉCNICA DE ANOMALÍAS”*; ii) *“ACTA DE INSTALACIÓN Y CAMBIO DE MEDIDOR”*; iii) documento que le informa a la usuaria la fecha y lugar donde se llevarán a cabo las pruebas de calibración, el dato coincide con lo corroborado por segunda vez cuando se revisó el medidor, en esta ocasión con la presencia de la apoderada judicial de la usuaria. Lo contrario, sería afirmar que en todas las actuaciones los datos registrados sobre el medidor fueron diferentes y que las pruebas sobre la verificación de los mismos, no arrojaron ningún resultado tendiente a verificar la realidad de la lectura, pero ello no fue así, por lo que tal situación tampoco invalida la actuación administrativa y mucho menos determina que las pruebas se hayan realizado a otro medidor, así como tampoco que el elemento material y la evidencia física no hayan respetado la cadena de custodia.

En efecto, la EAAB también se percató de la inconsistencia o error presentado, por lo que mediante oficio de fecha 29 de marzo de 2010 dirigido al Director Comercial Zona 2, el Jefe de Laboratorio de Medidores de la empresa demandada informa que *“(…) por error involuntario en el momento de transcripción del informe de la inspección realizada a los medidores abajo relacionados, se modifican los informe remitidos en los oficios 26440-2010-782 y 26440-2010-780. El oficio 26440-2010-0780 es reemplazado por el oficio 26440-2010-0810 y el oficio 26440-2010-782 es reemplazado por el oficio 26440-2010-0811”*, el cual también le fue entregado a la demandante junto con los documentos al momento de notificarle el auto de inicio de la investigación, es decir, que la usuaria conocía tal situación.

En este orden de ideas, para el Despacho es clara la diferencia existente entre la situación presentada respecto de la marca y lectura del medidor registradas en las actas de revisión y en el dictamen base del inicio de la investigación administrativa, ya que no

necesariamente la divergencia o inconsistencia en los registros determinan la violación de la cadena de custodia del elemento material y la evidencia física fundamento de la investigación, como quiera que de las pruebas allegadas al proceso se verificó que el medidor identificado fue retirado del predio según el procedimiento establecido en el numeral 5 de las “*Políticas Específicas (Actividad 2)*” del Manual de Políticas incorporado mediante la Resolución 0337 de 2009, es decir, que se embolsó en una bolsa plástica debidamente sellada, firmada por el usuario, el operario y los testigos, como se ve del registro fotográfico obrante a folios 40 y 41 del cuaderno 1 y 388 del cuaderno 2, en las cuales se evidencia el ingreso y permanencia del medidor a la bolsa debidamente marcada.

Con fundamento en lo anterior, se concluye que tanto en la recolección de la prueba – retiro del medidor del predio, acta y bolsa suscrita por quien atendió la visita en representación del usuario -, como en el momento en que se le hicieron las pruebas de calibración en el laboratorio de medidores de la empresa demandada el 18 de marzo de 2010, se respetó la cadena de custodia, respecto de lo cual no existe prueba en contrario, porque la usuaria no se hizo presente. Asimismo, también consta en el Acta de Revisión del medidor de 25 de mayo de 2010, aceptada con la firma de la apoderada de la usuaria presente en dicha prueba, que en el desarrollo de las actuaciones administrativas se observaron las medidas para preservar la identidad e integridad del medidor, esto es, que se fijó, recolectó y trasladó de forma controlada y segura. Por tanto, no es cierto que haya existido violación al principio de mismidad de la prueba, por el contrario, se garantizó la indemnidad de esta, no sufrió alteraciones, contaminaciones o destrucciones y el medidor recolectado en la escena, fue el mismo sobre el que se realizaron las pruebas y se dictaminó, lo que también significa que se observó el procedimiento señalado en el numeral 3 de las “*Políticas Específicas (Actividad 3)*”.

2.2. ¿Profirió la empresa demandada el acto administrativo objeto de censura, con violación del debido proceso y del derecho de defensa, por cuanto efectuó una manifestación en el auto No. S-2010-230903 de 5 de mayo de 2010, ¿que presuntamente no corresponde con la realidad del expediente?

La actora señaló, que por medio del acto No. S-2010-230903 de 5 de mayo de 2010 se ampliaron los términos para realizar unas pruebas que no fueron solicitadas por ella, sino que se decretaron de oficio, transgrediendo el debido proceso y el derecho de defensa.

Al respecto, la empresa demandada indicó que dentro de la actuación administrativa se tuvieron en cuenta todas las etapas procesales descritas en la ley y que se le dieron a conocer todas las decisiones con el fin de que ejerciera su derecho de defensa.

El Despacho considera que no existió violación al debido proceso y al derecho de defensa de la demandante por cuanto la indicación que se hizo en el auto referido sobre la prueba, a pesar de no ser solicitada en el escrito de descargos, si no de oficio, de ninguna manera (entidad suficiente) vicia la actuación, por las siguientes razones:

Conviene recordar que durante la actuación administrativa la entidad que lidera la investigación podrá pedir y decretar pruebas de oficio o a petición de parte⁶. Lo señalado en el auto que las decretó, esto es, que fueron solicitadas en el escrito de descargos, no las hace inválidas y mucho menos vicia de ilegal el acto administrativo, más cuando en la misma fecha se le comunicó a través del acto S-2010-230907, la misma decisión, pero en ese caso sin mencionar que la prueba se pidió en el escrito de descargos, por lo tanto, es dable entender que se decretó de oficio y así también se explicó en la resolución acusada.

El decreto de tal medio probatorio es completamente legal y por demás necesario a fin de esclarecer los hechos materia de investigación, pues fue una de las inconformidades manifestadas por la demandante. Sin embargo, la investigada contaba con los recursos de ley, las solicitudes de aclaración y corrección para hacer ver que lo allí consignado, no correspondía con lo pedido en tal documento.

Así las cosas, este argumento del segundo cargo no está llamado a prosperar.

2.3. ¿Incurrió la empresa demandada en violación del debido proceso y del derecho de defensa en la expedición de la resolución acusada al habersele entregado con la notificación del acto de inicio de la investigación, documentos con datos al parecer incorrectos, a consecuencia de la práctica de la segunda prueba realizada al medidor?

La demandante adujo, que la segunda prueba realizada dio como resultado que el medidor al que se le hicieron los análisis no fue el mismo que se retiró del predio, pues allí se revisaron los registros de su marca y lectura, los cuales no coincidieron, emitiéndose un concepto técnico y una prueba fílmica que se incorporó al expediente como sustento de la decisión que se reprocha, con lo cual se viola la cadena de custodia, el debido proceso y el derecho de defensa al entregarse documentos inexactos para ejercer sus derechos. Adicionalmente, indicó que la explicación que al respecto se dio en el acto acusado no satisface de ninguna manera los interrogantes planteados.

⁶ **“ARTÍCULO 34. PRUEBAS.** <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.

Sobre el particular, la EAAB manifestó que actuó en cumplimiento de la Ley 142 de 1994, de la Resolución 0337 de 2004, de la CRAC 413 de 2006 y del Decreto 01 de 1984, garantizado el debido proceso en todas las etapas de la actuación administrativa desde el inicio con la ejecución de la inspección, pasando por la citación realizada para la práctica de las pruebas de calibración, presentación del escrito de descargos, aportar y solicitar pruebas, todo lo cual le fue debidamente notificado.

Para resolver el presente interrogante, el Juzgado precisa que lo relativo a la cadena de custodia del elemento material y la evidencia física objeto de investigación fue ampliamente analizado y resuelto en el primer cargo, quedando claro que se trató del mismo medidor, por lo que esta censura se limitará a establecer si con la información contenida en los documentos entregados a la demandante al momento de notificársele el acto administrativo de inicio de investigación, se transgrede el debido proceso y el derecho de defensa de la actora, por contener datos incorrectos.

De los documentos anexos al acto S-2010-165041 de 31 de marzo de 2010, se observa que en varios de ellos hubo participación de la usuaria, ya que suscribió algunas de las actas en las que no se presentaron inconsistencias de registros respecto de la marca y lectura del medidor como lo alega la demandante. Entonces, entiende el Despacho que la inconformidad radica en el Acta de Revisión del Medidor y el dictamen expedido por el Laboratorio de Medidores de la empresa demandada, actuaciones que con posterioridad fueron objeto de aclaración por la misma empresa.

Tales inconsistencias, se alegaron en los descargos presentados por la actora, por lo que en su oportunidad fueron objeto de controversia, al punto que dio lugar al decreto de pruebas, esto es, la práctica del segundo análisis realizado al medidor con el fin de revisar la marca y lectura de dicho equipo.

Por consiguiente, tales registros se corrigieron y el fundamento de la resolución acusada no contiene errores en cuanto a ellos, pues eso quedó esclarecido cuando se revisó por segunda vez. Dicho en otras palabras, el Despacho no comparte la posición de la parte demandante y por el contrario considera que, con la entrega del dictamen a pesar de que en su momento contenía inconsistencias, no se violentó el debido proceso y el derecho de defensa, por el contrario, en la actuación administrativa se observaron todas las etapas previstas en la ley y así fue como tuvo la oportunidad de ejercer sus derechos.

Corolario de lo expuesto, este argumento del cargo segundo tampoco prospera.

- ¿El acto administrativo demandado se profirió con violación del debido proceso y del derecho de defensa, por cuanto supuestamente en la liquidación no se tuvo en cuenta la inspección realizada al predio donde se verificaron las máquinas, equipos, tanques de reserva y el sistema de recolección de lluvias que tiene la función de ahorrar agua?

La actora adujo que aunque la liquidación impuesta al predio en la resolución acusada se encuentra dentro de los parámetros establecidos en la Resolución 0337 de 2009 para predios de uso comercial, no corresponde con el consumo real del mismo, ya que no se tuvieron en cuenta las maquinarias, equipos, tanques de reserva, sistema de recolección de lluvias y demás que se tiene instalados, los cuales permiten un ahorro bastante significativo en el consumo del servicio.

Para responder al motivo de censura, la empresa demandada señaló que se facturaron los metros cúbicos dejados de facturar por el incumplimiento contractual ocasionado por el uso irregular del servicio y los costos operativos.

En primera instancia, se encuentra establecido que la liquidación del servicio público impuesta en el acto administrativo acusado se efectuó dentro de los parámetros que para el efecto ha establecido el Manual de Políticas incorporado mediante la Resolución 0337 de 2009 y así lo reconoció la actora, por lo que su inconformidad radica en que el consumo real del predio no se puede calcular teniendo en cuenta el uso comercial, puesto que allí se implementaron una serie de maquinarias y procedimientos que permiten el ahorro de agua, para lo cual se apoyó en la declaración del señor Fernando Buitrago Rodríguez, quien en calidad de gerente de AQB ASOCIADOS manifestó que le vendió a la demandante unos equipos de alta presión y que las hidrolavadoras permiten un ahorro de agua de hasta el 50% y 70%, ya que son equipos diseñados para bajo consumo de agua y alta presión, así como también en el dictamen pericial aportado como prueba al proceso.

Precisado lo anterior, se tiene que cuando de la visita adelantada o del concepto técnico emitido por el laboratorio de medidores se muestra una irregularidad, se procederá por parte del gestor comercial o el funcionario designado por la empresa o zona, a efectuar la liquidación correspondiente de los consumos de acueducto y alcantarillado y los costos por la investigación establecido en la resolución de costos de conexión vigente, para lo cual el cálculo de dicho consumo se determina con base en las diferencias de lectura registradas por el medidor, lo que efectivamente se realizó en el presente caso, teniendo en cuenta las tablas correspondientes a los volúmenes mes calculado según la clase de uso comercial, tomando como base el promedio de una

jornada laboral de 8 horas diarias y 30 días al mes, según lo previsto en las *“Políticas específicas (actividad 4): liquida cargos a cobrar”*

En efecto, al quedar establecida la lectura del medidor identificado con serial No. 808015IB128143 retirado del predio en cuestión, fue posible para la empresa determinar las diferencias de lectura registradas por dicho equipo y promediar según las tablas de volúmenes señaladas para predios de uso comercial, como es el caso del ubicado en la Carrera 91 No. 97-09 P II, con cuenta contrato No. 11015195 las cantidades dejadas de facturar, por cuanto, efectivamente se probó la manipulación del equipo según consta en las actas de visita, revisiones del medidor y dictamen, con lo cual se declaró el incumplimiento del contrato de condiciones uniformes, es decir que, en cada una de las actuaciones administrativas adelantadas dentro de la investigación, se dejó constancia de la alteración del equipo de medición lo cual dictaminó el consumo irregular dentro del predio.

Por lo tanto, el argumento de la actora tendiente a desestimar el consumo del predio detectado según la lectura del medidor encontrado dentro del mismo, con base en que las maquinarias y sistemas implementados ahorran el consumo de agua dentro de la laborar comercial, en este caso, no tiene fuerza probatoria, como quiera que se estableció con certeza el valor de la lectura del medidor y como la liquidación no se hace exactamente por ese valor, sino por las diferencias dejadas de facturar según la clase de predio y actividad, pues las medidas para ahorrar el agua pierden estimación cuando en realidad se probó que el medidor fue intervenido para que midiera menos volúmenes de consumo del servicio de acueducto y alcantarillado.

En consecuencia, al quedar demostrada la lectura estimada y dictaminarse que existió un consumo irregular del servicio, por cuanto el equipo fue alterado, se tiene que el valor calculado en la liquidación obedece a las diferencias de lectura registradas por éste, por lo que fue necesario aplicar los promedios establecidos en la normatividad reseñada y en tales condiciones este cargo no tiene vocación de prosperidad.

3.3.¿Fue expedido el acto administrativo demandado con falsa motivación al haberse tenido en cuenta supuestamente el promedio de consumo de predios comerciales y no lo que realmente consumió el usuario, y por ello no se probó el incumplimiento del contrato de condiciones uniformes?

La demandante adujo, que la resolución cuestionada fue expedida con fundamentos que no corresponden con la realidad, por cuanto no se probó el incumplimiento del contrato

de condiciones uniformes, ya que no tuvo en cuenta el consumo real del servicio ni el histórico consumido.

Al respecto, la EAAB señaló que se dan las circunstancias de hecho que tipifican el delito penal de defraudación de fluidos, por lo que la liquidación impuesta se efectuó dentro de los parámetros legales, teniendo en cuenta que se trata de un predio de uso comercial, según un promedio general, porque la realidad es que el lavadero de carros funciona las 24 horas de día.

Sobre este particular aspecto, se observa lo siguiente:

Las pruebas recolectadas dentro de la investigación administrativa dieron como resultado que efectivamente el medidor antes referenciado fue objeto de manipulación, lo cual deviene indefectiblemente en el incumplimiento del contrato de condiciones uniformes, es decir, que los hechos fueron probados y por tanto la resolución acusada tiene sustento normativo y probatorio que permitió su expedición, Aunado a lo anterior, dentro del debate probatorio efectivamente se logró establecer que el elemento material y la evidencia física respetaron la cadena de custodia y fueron la prueba fundamental de los actos acusados.

Ahora bien, en cuanto se refiere a los consumos históricos de antes y después del retiro del medidor en cuestión, lo cierto es que con posterioridad al 16 de marzo de 2010, fecha en que se retiró el medidor encontrado en el predio y se instaló uno nuevo, se efectuaron visitas en las que se pudo constatar que el consumo registrado era mayor a los que se reportaron anteriormente, lo cual permite concluir sin mayor análisis que el medidor en cuestión presentaba una medición menor al consumo real del predio.

En tales condiciones, por no contar con real fundamento fáctico y jurídico, este cargo de nulidad tampoco prospera.

Así entonces, se tiene que la sociedad demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que amparaba los actos administrativos demandados, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda.

4. COSTAS

Sobre las costas, el artículo 171 del Decreto 01 de 1984 (norma vigente para la época en la que se presentó la demanda) disponía lo siguiente:

“ARTÍCULO 171. *Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.”*

Las normas previstas en el Decreto 01 de 1984 y en el Código de Procedimiento Civil, establecían la condena en costas con un criterio subjetivo, por lo que es necesario analizar la conducta asumida por las partes, en especial la vencida, para efectos de determinar la procedencia o no de la misma.

Así, en el presente caso, en la medida en que no se observa que la parte vencida esté inmersa en alguna de las conductas descritas en los artículos 73 y 74 del Código de Procedimiento Civil (norma vigente para la época en la que en la que se presentó la demanda) el Despacho no efectuará condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Cinco Administrativo de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

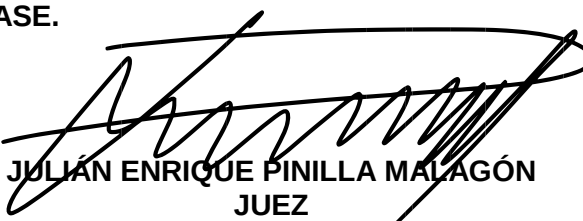
PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos esbozados en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, **DÉJESE** constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 9º del Decreto 806 de 2020, las notificaciones por estado se fijarán virtualmente con inserción de la providencia y se conservarán en línea para su consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


JULIÁN ENRIQUE PINILLA MALAGÓN
JUEZ

Firmado Por:

**JULIAN ENRIQUE PINILLA MALAGON
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 45 ADMINISTRATIVO BOGOTÁ**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

163848b8607cdd23d8d8de73e89ae6edef2b67bce6ab16872791de82dabdf4ad

Documento generado en 17/09/2020 11:14:16 a.m.