



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación Número: 76001-23-31-000-2005-03239-01

Demandante: GASES DEL NORTE
DEL VALLE S.A. ESP.

Demandada: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS

Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho – Fallo de Segunda
Instancia

La Sala procede a resolver el recurso de apelación¹ oportunamente interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 26 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión, que **negó** las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

La compañía **GASES DEL NORTE DEL VALLE S.A. ESP.** formuló, por conducto de apoderado judicial², demanda de nulidad y restablecimiento del derecho³ ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución SSPD 2005850000886-5 de 2005, *“por la cual se resuelve un recurso de apelación”*, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios –en adelante SSPD–.

1.1. Al respecto, la demandante elevó las siguientes pretensiones:

¹ Folios 204–214.

² Folio 1.

³ Acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en adelante C.C.A.

“PRIMERA. DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución SSPD – 2005850000886-5 de 28 de marzo de 2005 expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Dirección Territorial Sur Occidente, mediante la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto por la señora LUZ MARINA GUINAND LONDOÑO, en su condición de representante legal de R.H. S.A., ESP en contra de las decisiones de la Empresa GASES DEL NORTE DEL VALLE S.A., E.S.P. contenidas en la comunicación número 15427 de octubre 14 de 2004 y la Resolución 00043 de 23 de diciembre de 2004.

SEGUNDA. Como consecuencia de la nulidad declarada, CONDENAR a la demandada a pagar a la sociedad GASES DEL NORTE DEL VALLE S.A., E.S.P. la suma de Cuarenta y Tres Millones Trescientos Setenta y Siete Mil Noventa y Siete Pesos (\$43.377.097), moneda colombiana, cantidad esta equivalente al saldo dejado de pagar del precio o valor por el consumo de gas natural del usuario denominado ‘R.H., S.A., E.S.P.’, por el periodo correspondiente a los meses de julio y agosto de 2004.

TERCERA. ORDENAR que la anterior condena sea indexada.”⁴

1.2. Hechos

En apoyo de sus pretensiones, la parte actora señaló, en síntesis, los siguientes:

1.2.1. La sociedad demandante presta el servicio de distribución y comercialización de gas natural en el Valle del Cauca según contrato de concesión celebrado con la Nación, Ministerio de Minas y Energía, el 9 de mayo de 1997.

1.2.2. El 14 de septiembre de 2004, la empresa Residuos Hospitalarios S.A. ESP. –en adelante R. H. S.A ESP.– solicitó a la accionante revisar la facturación de los consumos de gas natural para los meses de julio y agosto de 2004 porque “...*reflejaban un excesivo consumo frente al real*”⁵.

1.2.3. Para dar respuesta a lo anterior, la accionante, el 24 de septiembre de 2004, emitió respuesta, en la que informó que el instrumento de medición instalado en el inmueble de la usuaria sería enviado a revisión, luego de lo cual se remitirían los correspondientes certificados que servirían de base para determinar si la empresa ha cobrado mayor consumo, momento en el cual se tomarían los correctivos necesarios en la facturación.

⁴ Folio 142.

⁵ Folio 143.

1.2.4. El 14 de octubre de 2004 se remitieron a la peticionaria⁶ los certificados de calibración expedidos por SURTIGAS S.A., E.S.P., mediante comunicación 145427, en los que se concluyó que *“...la medición estaba arrojando unos volúmenes por debajo de los reales o sea que la diferencia de consumo de gas natural se había generado a favor de la empresa usuaria...”*.

Por lo anterior, la demandante negó el reclamo propuesto por R. H. S.A. ESP en relación con disminuir los valores de facturación para los meses de julio y agosto y, por contera, solicitó el pago de los consumos establecidos por ella para los meses de julio y agosto.

1.2.5. Contra la referida comunicación, la compañía R.H., S.A, E.S.P. interpuso⁷ recurso de reposición y, en subsidio, de apelación.

1.2.6. Mediante Resolución 00043 de 23 de diciembre de 2004, la sociedad demandante decidió no reponer su decisión.

1.2.7. Sin embargo, la SSPD resolvió la apelación propuesta contra la comunicación 145427 de 14 de octubre de 2014, mediante Resolución 2005850000886-5 de 28 de marzo de 2005, en el sentido de modificarla, por lo que prescribió la corrección de las facturas del usuario, reliquidando como **“consumo promedio”** los períodos de julio y agosto de 2004.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Según el dicho de la demandante, la Resolución SSPD-2005850000886-5 de 28 de marzo de 2005 vulneró las siguientes disposiciones normativas:

1.3.1. El **artículo 29 de la Constitución Política**, por cuanto la Superintendencia demandada al decidir el recurso de apelación de R.H., S.A, E.S.P., en realidad lo que hizo fue imponer una

⁶ Se hace referencia a la empresa Residuos Hospitalarios RH., S.A., ESP.

⁷ El 28 de octubre de 2004.

sanción en su contra, no contemplada en la ley⁸, sin el respeto de su derecho al debido proceso.

Agregó que la omisión endilgada por la autoridad accionada a la parte actora, consistente en que “...*al facturar el consumo necesariamente debió advertir el desfase presentado*”⁹, no tiene la consecuencia sancionatoria que le imprimió la SSPD.

1.3.2. Inciso 2º del artículo 35 del CCA, porque la demandada en el cuestionado acto no modificó **de manera concreta** las decisiones adoptadas por la accionante en su comunicación de 14 de octubre de 2004, como podía desprenderse del numeral primero de la parte resolutive de la resolución censurada:

“**ARTÍCULO PRIMERO.- MODIFICAR** lo dispuesto por GASES DEL NORTE DEL VALLE S.A. ESP, mediante Comunicación N°. 15427 de octubre 14 de 2004, por medio de la cual resolvió Reclamación por facturación presentada por la señora LUZ MARINA GUINAND LONDOÑO, en calidad de Representante Legal de R.H., S.A., ESP en noviembre 23 de 2004, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.”

1.3.3. El inciso 1º del artículo 35 del CCA, para lo cual sostuvo que la SSPD “*tomó decisiones contrarias a las pruebas e informes disponibles ya que no tuvo en cuenta la experticia realizada por SURTIGAS.*”¹⁰

1.3.4. El artículo 146 de la Ley 142 de 1994, porque con la decisión adoptada en la resolución que se pide anular, la demandante “...*perdió el derecho a la medición real del consumo del usuario durante los meses de julio y agosto de 2004 y perdió igualmente, por contera, una parte muy importante del precio del gas suministrado, o sea la diferencia entre el gas realmente consumido por el usuario y el del promedio de los últimos seis meses*”¹¹.

Sumado a lo anterior, adujo que el acto acusado es “ilegal” porque, de conformidad con el inciso 4º del artículo 146 de la Ley 142, la pérdida del derecho a recibir el precio del gas suministrado solo puede producirse por “falta de medición del consumo por acción u omisión”, lo que no acaeció en el caso objeto de estudio,

⁸ Sanción que denominó “pérdida del precio”.

⁹ Folio 144.

¹⁰ Folio 145.

¹¹ Ibídem.

pues por el contrario “...las cantidades de gas consumidas por la usuaria fueron facturadas y controvertidas...”¹², e incluso se demostró que la medición tenía un yerro pero a favor de la demandante.

1.3.5. El artículo 149 de la Ley 142 de 1994, al considerar que la Superintendencia ordenó de forma arbitraria el cobro del consumo promedio para los meses de julio y agosto, sin corroborar si, habida cuenta de la causa de las desviaciones –falencias del medidor instalado en las instalaciones de la empresa R. H. S.A. ESP– correspondía a la usuaria el pago total del gas suministrado para esos periodos¹³.

2. Admisión de la demanda

A través de providencia de 30 de agosto de 2005¹⁴, el Tribunal admitió la demanda y ordenó las notificaciones de rigor.

3. Contestación

La contestación del libelo introductorio fue presentada de forma **extemporánea** por la SSPD, como se consignó en auto de 28 de febrero de 2006¹⁵.

4. Alegatos de conclusión en primera instancia

Por auto de 2 de mayo de 2008, el Despacho sustanciador del proceso al interior del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca prescribió correr traslado a las partes con el propósito de que presentaran sus alegatos de conclusión, los que fueron allegados oportunamente por la **demandante**, en el siguiente sentido:

4.1. Comenzó por precisar que **GASES DEL NORTE DEL VALLE S.A.E.S.P.** “*fue absorbida por la sociedad denominada GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.*”¹⁶.

¹² Folio 146.

¹³ Folio 147. En ese sentido, la demandante manifestó: “...no estableció, cuando resolvió el recurso de apelación, corroborando o no lo afirmado por **GASES DEL NORTE DEL VALLE S.A.E.S.P.**, relativo a la causa de las desviaciones que se presentaron en el consumo y la facturación de gas de los meses de julio y agosto de 2004, para que la diferencia se abonara o cargara a la cuenta de **R.H., S.A, E.S.P.**, sino que ordenó en forma arbitraria corregir la facturación con los promedios de los consumos anteriores.”

¹⁴ Folio 152.

¹⁵ Folio 169.

¹⁶ Folio 187.

4.2. Insistió: **i)** que no se valoraron los informes de calibración de los equipos de medición realizados por SURTIGAS; **ii)** que el acto demandado obligó a la demandante “...a perder el derecho a recibir el precio de gas suministrado...”; **iii)** que la resolución que se pide anular vulnera el artículo 149 de la Ley 142 de 1994, para lo cual acudió a los fundamentos esbozados en la demanda

5. Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público se abstuvo de emitir su concepto en esa instancia del proceso.

6. Fundamentos de la sentencia recurrida

Mediante sentencia de 26 de abril de 2012¹⁷, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las súplicas de la demanda.

6.1. En relación con la presunta imposición de sanción administrativa, el *a quo* sostuvo que, contrario a lo afirmado por la parte actora, la corrección de las facturas ordenada por la autoridad administrativa accionada no se constituía en una sanción, de conformidad con el artículo 81 de la Ley 142 de 1994.

En ese sentido, el fallador de primera instancia explicó:

“Valga recordar que la Ley 142 de 1994 (...) consagra en su artículo 81 que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios puede imponer las siguientes sanciones (...) dentro de las cuales no se enuncia la llamada pérdida del precio. Otra cosa totalmente diferente, es que la decisión tomada en el recurso de apelación por parte de la Superintendencia (...) con fundamento fáctico y jurídico, implica que GASES DEL NORTE DEL VALLE corrija unas facturas por valores inferiores de los que dicha sociedad tenía la seguridad de cobrar al usuario, pero de ninguna manera puede entenderse ello como una sanción, más, cuando la reliquidación ordenada por la demandada debía hacerse, valga la redundancia, reliquidando como consumo promedio los periodos de julio y agosto de 2004, lo cual es acorde a lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley 142 de 1994...”¹⁸

6.2. Respecto de la presunta violación del inciso 2º del artículo 35 del CCA, el sentenciador de primera instancia manifestó que, si bien la parte resolutive del acto administrativo censurado no establecía de manera concreta en qué debía

¹⁷ Folios 176-195.

¹⁸ Folio 200.

consistir la modificación de la comunicación de 14 de octubre de 2004, expedido por la parte actora, lo cierto era que este presunto vacío debía ser suplido con las consideraciones expuestas en la parte motiva del acto demandado.

Al respecto, sostuvo:

“...si bien es cierto en el artículo 1º de la parte resolutive no se repitió lo señalado en el párrafo anterior, también lo es que en el mismo se expresó que la modificación se daba por esas razones ya anotadas, por lo que no se perdía el sentido del acto administrativo, ni tampoco se prestaba para equívocos, pues a todas luces es clara la referencia y la decisión tomada en el artículo primero de la parte resolutive de recurso, circunstancia de la que no puede valerse la actora para afirmar que el acto administrativo no contiene modificación alguna a la decisión por ella tomada [la empresa demandante]”¹⁹.

6.3. Revisó las mediciones del consumo de gas natural de R.H. S.A., ESP, durante enero a noviembre de 2004 y encontró “...*un incremento del consumo bastante elevado*”²⁰ para julio y agosto frente a los cuales “...*GASES DEL NORTE DEL VALLE en ningún momento pudo dar una explicación objetiva de lo sucedido, diferente a que un medidor se encontraba descalibrado*”²¹.

6.4. Transcribió los artículos 9º y 146 de la Ley 142 de 1992, para destacar que en el expediente no hay prueba que demuestre que la sociedad demandante:

“...hubiera investigado a cabalidad cuál fue la razón para que se presentaran unos incrementos de consumo tan significativo, que van por encima de los promedios normales de facturación de la sociedad R.H. S.A. E.S.P., dejando de lado que el consumo de la empresa usuaria, es el elemento principal del precio que se le cobre por el servicio. Correspondía entonces a GASES DEL NORTE DEL VALLE establecer la causa de la desviación del consumo de gas natural, y no a la entidad demandada como lo pretende la actora, pues aquella es quien debía proceder a una revisión con miras a definir dicha causa, facturando mientras tanto al usuario del servicio, de acuerdo a los periodos posteriores, tal como se dispone en el Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios, y más cuando es la encargada de efectuar las lecturas del medidor, momento en el que se puede observar el aumento excesivo por consumo de gas”²²

¹⁹ Folio 20 vuelto.

²⁰ Folio 202.

²¹ Ibídem.

²² Ibídem.

Bajo este derrotero argumentativo, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las súplicas de la demanda.

7. Fundamentos del recurso de apelación

Con escrito de 24 de mayo de 2012²³, la parte actora presentó recurso de alzada en el que solicitó la revocación de la sentencia de 26 de abril de 2012, proferida por el *a quo*.

Con este propósito, la recurrente planteó los siguientes cargos:

7.1. Contrario a lo sostenido en la providencia del Tribunal, la parte demandante sí ofreció una explicación objetiva en relación con la causa del mayor consumo de gas por parte de R. H. S.A. ESP para los meses de julio y agosto de 2004, *“...consignada en el hecho de que el medidor instalado en las dependencias de la sociedad usuaria (...) se encontraba descalibrado, es decir, que las mediciones efectuadas por ese equipo fueron defectuosas y por tanto no midieron las cantidades reales de gas combustible entregado por la prestadora a la empresa usuaria.”*²⁴

Tal circunstancia quedó plasmada en el certificado de calibración 0115 de 2004 de la empresa SURTIGAS, medio de convicción que no fue apreciado en debida forma por el *a quo*.

Por otro lado, la recurrente refirió que otro de los orígenes del aumento excesivo del consumo para los períodos aludidos²⁵ podía encontrarse en los consumos mismos de la usuaria.

7.2. No es cierto que la demandante no hubiere realizado las investigaciones pertinentes para establecer las razones de los incrementos del consumo de R. H. S.A. ESP, ya que GASES DEL NORTE DEL VALLE S.A. ESP efectuó *“...consecutivamente, y en días distintos, pruebas de inspección, calibración y mantenimiento de la estación de regulación de la empresa usuaria”*²⁶ (...) durante los días 11 y 12 de agosto de 2004, por una (1) hora y treinta (30) minutos, respectivamente, y los días 08 y 13 de septiembre de

²³ Folios 204-214.

²⁴ Folio 209.

²⁵ Julio y agosto de 2004.

²⁶ R.H., S.A., E.S.P.

*2004, por dos (02) horas y cincuenta (50) minutos, también, respectivamente.*²⁷

Los medios de convicción que acreditan estas labores obran en el expediente, pero a pesar de ello el Tribunal no las valoró.

7.3. El Tribunal omitió valorar la prueba indiciaria “...relacionada con la adquisición y operación por parte de la usuaria (R.H.) de nuevos equipos a gas natural, que pudieron haber incrementado el consumo del volumen del gas natural, según lo manifestado por la misma usuaria en el escrito del recurso de reposición y apelación de 28 de octubre de 2004 y que con posterioridad fue enunciado en la consideración No. 4 de la resolución No. 0043 de 23 de diciembre de 2004 de GASES DEL NORTE DEL VALLE S.A., (...) este hecho que, como la misma empresa prestadora lo manifestó, podría ser la causa real del mayor consumo...”²⁸.

7.4. La accionante tenía derecho al pago del consumo facturado por la sociedad R. H. S.A. ESP para los meses de julio y agosto de 2004, pues una vez determinada la causa de los mayores consumos –descalibración de los medidores instalados en esa empresa– correspondía a **GASES DEL NORTE DEL VALLE** definir si el origen de la irregularidad debía serle endilgable a la usuaria del servicio o a la empresa prestadora, de conformidad con lo prescrito en el artículo 149 de la Ley 142 de 1994.

En ese orden, la recurrente manifestó que este actuar fue desarrollado en el año 2003 en relación con R. H. S.A. ESP, época en la que reconoció saldos a favor de esa sociedad por descalibración de ese mismo instrumento de medición.

7.5. Con este actuar, la SSPP “...condenó”²⁹ a la parte actora a perder de forma definitiva una parte del valor o precio real del consumo de gas, ya que la obligó a cobrar para julio y agosto de 2004 el valor promedio de periodos anteriores y no el costo real del consumo, lo que desconoce el artículo 146 de la Ley 142 de 1994.

7.6. Para finalizar, afirmó que debió tenerse en consideración la falta de contestación de la demanda en el presente asunto y

²⁷ Folio 210.

²⁸ Folio 211.

²⁹ Folio 213.

aplicar la legal consecuencia establecida en el artículo 95 del CPC y, en consecuencia, dictar sentencia favorable a sus pretensiones.

8. Trámite en segunda instancia

El recurso propuesto fue admitido por la Sección Primera, Despacho del Dr. Guillermo Vargas Ayala, mediante auto de 30 de noviembre de 2012³⁰.

9. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Con auto de 17 de septiembre de 2013, el Despacho sustanciador al interior de la Sección Primera del Consejo de Estado ordenó correr traslado para alegar de conclusión. La parte demandante presentó oportunamente escrito, en el que ratificó la cuerda argumental expuesta en el recurso de apelación.

10. Actuaciones adicionales en segunda instancia

Mediante providencia de 17 de julio de 2015, se prescribió notificar personalmente a la sociedad R. H. S.A. ESP., pues su vinculación al trámite judicial no fue efectuada en el curso de la primera instancia, a pesar del interés que ostentaba en las resultas del presente proceso.

La referida compañía comercial se abstuvo de pronunciarse dentro del término establecido en relación con los hechos y fundamentos que sustentan la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

11. Concepto del agente del Ministerio Público en segunda instancia

En esta etapa procesal la Agencia del Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

³⁰ Folio 4 cuaderno 2.

1. Competencia

Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de esta Sección, conocer el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 26 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión, en los términos del artículo 129 del C.C.A.³¹, en concordancia con lo decidido en el Acuerdo de Descongestión 357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.

2. Acto demandado

El acto administrativo acusado es la Resolución SSPD 2005850000886-5 de 2005, por medio de la cual la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios resolvió el recurso de apelación propuesto por R. H. S.A. ESP contra la Comunicación 14958 de 14 de octubre de 2004, expedida por **GASES DEL NORTE DEL VALLE S.A. ESP.**

3. Problema jurídico

Se contrae a determinar si, a la luz de los argumentos expuestos en el recurso de alzada, el fallo del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión debe ser confirmado, modificado o revocado.

La Sala advierte que su análisis girará en torno a los cuestionamientos formulados en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil³², aplicable por remisión expresa del artículo 267 del CCA³³.

³¹ “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.”

³² La aplicación de esta norma en el asunto de marras se desprende de la fecha en la que se corrió traslado para alegar de conclusión en segunda instancia, a saber, 17 de septiembre de 2013.

³³ “En los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo.”

Precisado lo anterior, esta Judicatura abordará el estudio de los cargos de la alzada.

4. Análisis del fondo del asunto

Como quedó expuesto en los antecedentes de este proveído, 6 son los argumentos que sustentan la solicitud de revocación de la sentencia de 26 de abril de 2012, proferida por el *a quo*, motivo por el que su examen se efectuará de la siguiente forma:

4.1. La autoridad demandada sí acreditó las causas que sustentaron el aumento del consumo de gas para julio y agosto de 2004³⁴

Para fundamentar la negativa de las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la sociedad accionante, el fallador de primera instancia consideró:

“Conforme a los antecedentes administrativos, se encuentra que el consumo promedio de gas natural medido en metros cúbicos, entre los meses de enero a noviembre de 2004 fue el siguiente: Enero (25.153), febrero (11.238), marzo (13.167), abril (14.683), mayo (14.592), junio (13.713), JULIO (60.079), AGOSTO (56.020), septiembre (inicialmente en 21.245 pero luego quedó en 16.148 como valor final por reclamación) octubre (inicialmente 22.380 pero luego quedó en 14.929 como valor final por reclamación), y noviembre (13.450), mediciones que permiten entrever un incremento del consumo bastante elevado durante los meses de julio y agosto de 2004 (...) que se traducen en irregularidades en la medición del consumo de gas, **y de las cuales GASES DEL NORTE DEL VALLE en ningún momento pudo dar explicación objetiva**, diferente a que un medidor se encontraba descalibrado –como se dejó constancia en la certificación de SURTIGAS–.”³⁵ (Negrilla y subraya fuera de texto).

Contrario a lo afirmado por el Tribunal Administrativo del Valle, la recurrente manifiesta que ofreció explicaciones objetivas al aumento del consumo de gas para julio y agosto de 2004 por parte de R. H. S.A. ESP., puesto que, explicó que esta circunstancia tenía como origen: **(i)** la descalibración del medidor instalado en esa empresa, como podía colegirse del certificado 0115 de 2004, suscrito por SURTIGAS; **(ii)** la elevación en los volúmenes de consumición de gas de la referida usuaria.

³⁴ El título corresponde al argumento formulado por la parte actora en su memorial de impugnación.

³⁵ Folio 202.

Pues bien, la Sala anticipa que el cuestionamiento formulado por la parte actora no dispone de vocación de prosperidad a la luz del siguiente derrotero argumentativo:

El artículo 149 de la Ley 142 de 1994, *“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*, consagra:

“DE LA REVISIÓN PREVIA. Al preparar las facturas, es obligación de las empresas investigar las desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Mientras se establece la causa, la factura se hará con base en la de períodos anteriores o en la de suscriptores o usuarios en circunstancias semejantes o mediante aforo individual; y al aclarar la causa de las desviaciones, las diferencias frente a los valores que se cobraron se abonarán o cargarán al suscriptor o usuario, según sea el caso.” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

Del aparte normativo transcrito se desprenden 3 tipos de mandatos que resultan del todo relevantes para la absolución del cuestionamiento planteado en la alzada.

En primer lugar, se deriva la existencia de un **deber investigativo** a cargo de las empresas prestadoras del servicio, luego de que, al preparar las facturas, observarán desviaciones significativas en el consumo de los usuarios respecto de periodos anteriores. Se trata de una obligación de resultado, mediante la cual se pretende establecer los motivos que originan las desviaciones en el uso del servicio.

En segundo lugar, se decanta del precepto normativo en mención la pervivencia de **una obligación de cobro especial** durante el lapso en que se adelanta la investigación correspondiente, pues lo cierto es que la empresa prestadora, facturará el servicio de conformidad con el consumo del usuario para meses anteriores, o con base en aquel de suscriptores en condiciones similares a éste, o mediante el aforo individual, a la manera de una medida de transición, hasta tanto no se encuentre determinada la causa.

Por último, la disposición objeto de análisis prescribe que la identificación de **la causa eficiente** de la alteración, conlleva la imposición de correctivos en la facturación, los cuales podrán ser

a favor o en contra del usuario³⁶, por cuanto la determinación del hecho objetivo que explica la desviación del servicio permite a la entidad prestadora, ora el cobro del consumo facturado por ella, ora la reducción del monto en beneficio de la sociedad usuaria.

Se discute en este punto si la parte actora, en el trámite administrativo que se cuestiona, **acreditó la causa**³⁷ del crecimiento exponencial del consumo presentado en la facturación de los meses de julio y agosto de 2004 en lo que concierne a R. H. S.A. ESP, lo que la habría habilitado a cobrar los montos facturados para los referidos períodos, y no como lo indicó la SSPD el consumo promedio de la usuaria.

Como situaciones generadoras del cambio abrupto en el uso del gas, la parte recurrente mencionó las que siguen:

4.1.1. La elevación en los volúmenes de consumición de la sociedad usuaria

La accionante afirma que los altos volúmenes de gas utilizados por la usuaria R. H. S.A. ESP para el desarrollo de sus actividades industriales, se constituye en la causa fundante de los elevados picos en la facturación de los meses de julio y agosto de 2004.

En ese mismo sentido, la actora sostiene que esta circunstancia³⁸ se decanta de la adquisición por parte de la referida compañía de algunos equipos a gas natural, como lo reconoció ésta en los recursos administrativos propuestos contra la Comunicación 15427 de 14 de octubre de 2004.

Esta situación –la compra de máquinas– se presenta como un indicio que permite probar que la desviación significativa en el consumo de los meses de julio y agosto de 2004, es imputable al desarrollo de las labores propias de R. H. S.A. ESP.

La Sala se permite desestimar los argumentos referidos con base en las siguientes consideraciones:

³⁶ Piénsese en la cancelación de montos adicionales, luego de que se establece que la causa eficiente de la alteración resulta atribuible al usuario, o en la compensación de valores cuando ésta –la causa– resulta endilgable a la prestadora del servicio público.

³⁷ O la explicación objetiva, en los términos de la sentencia de primera instancia.

³⁸ Aumento en el consumo de gas por parte de la referida sociedad.

- **Respecto de la existencia de prueba directa que acredite el mayor consumo por parte de la usuaria**

De entrada, esta Judicatura advierte que la afirmación elevada en el escrito de apelación –“[l]a *explicación objetiva a la causa del mayor consumo se encuentra (...) en los consumos de la usuaria...*”³⁹– carece de refrendación probatoria al interior del expediente, pues una vez revisado en forma exhaustiva el Plenario no se detectan medios de convicción directos, que permitan arribar a la conclusión que la parte actora defiende en el recurso de alzada.

Se trata de una elucubración que carece entonces de sustento probatorio, razón que permitiría denegar, por ese solo motivo, el cargo propuesto.

Ahora bien, la Sala observa que dentro del recurso de alzada, la demandante manifiesta que la probanza del incremento de la actividad industrial de R. H. S.A. ESP., no le era imputable, por cuanto la obligación de la empresa prestadora se limita a suministrar el gas natural y a medir su consumo “...*con total independencia de que el usuario pueda utilizarlo en uno o varios equipos, así mismo que el uso lo realice en una jornada laboral diaria de ocho horas o en varias mayores o menores.*”⁴⁰

Pues bien, se resta cualquier validez al alegato expuesto por la sociedad recurrente, pues lo cierto es que corresponde al demandante probar las aseveraciones que efectúa al interior del trámite judicial, como expresión del aforismo romano “*affirmanti incumbit probatio*”, o, lo que es lo mismo, “a quien afirma, incumbe la prueba”.

Huelga advertir que es deber fundamental de los sujetos que someten sus conflictos al escrutinio de la Administración Judicial, colaborar activamente con ésta, lo que implica cumplir con las cargas probatorias que les compete, tal y como lo dispone el numeral 7º del artículo 95 constitucional:

³⁹ Folio 209.

⁴⁰ Folio 211.

“La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

(...)

7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;”

Finalmente, la Sala debe precisar que, en su libelo impugnatorio, la compañía demandante explica que la facturación establecida para los meses de julio y agosto de 2004, daba cuenta del consumo real de R. H. S.A. ESP., ya que de las revisiones y mantenimientos realizados por la empresa prestadora para agosto⁴¹ y septiembre⁴² de esa misma anualidad no se detectaron inconsistencias.

Basta con mencionar que en respuesta de 24 de septiembre de 2004, **GASES DEL NORTE DEL VALLE S.A. ESP** admite la presencia de irregularidades internas del sistema, luego de que expone en relación con la válvula de alivio:

“En cuanto a la válvula de alivio, una vez se detectó la falla, que probablemente se debió a la manipulación durante el desmonte del medidor, se procedió a realizar una prueba de verificación de disparo en presencia de los funcionarios de RH, ésta no presentó fallas. Sin embargo, el hecho de que estuviera liberando gas se debía a una falla interna y no a estuviera mal seteada (sic). De otra parte si todo el sistema opera de manera correcta la situación que usted manifiesta en su comunicación no presentaría a pesar de que en la noche hayan usuarios que no consuman.”

Por lo anterior, el cargo se despacha desfavorablemente.

- **Respecto de la prueba indirecta –indicios– que permitiría corroborar el alza en el consumo**

⁴¹ Inspección y mantenimiento de estaciones de regulación de 11 y 12 de agosto de 2004.

⁴² Inspección y mantenimiento de estaciones de regulación de 8 y 13 de septiembre de 2004.

La Sala señala que mediante la absolución de este reproche, se da tratamiento al cuestionamiento de la apelación sintetizado en el numeral 7.3 de los antecedentes de este proveído, relativo al hecho de que la adquisición de máquinas a gas por parte de R. H. S.A. ESP., conlleva concluir el aumento de su actividad industrial y, por contera, el crecimiento del consumo de gas para julio y agosto de 2004.

A la manera como lo sostiene la parte recurrente, esta Judicatura encuentra que dentro de las elucubraciones efectuadas para sustentar sus recursos administrativos de reposición y apelación, la empresa usuaria hizo alusión a la compra de nuevos incineradores; no obstante, manifestó que el origen del alto consumo para esos periodos no podía endilgarse a esa situación, por cuanto el equipo que entró a operar solo trabajó 7 días del lapso facturable de agosto, lo que explicó en los siguientes términos:

“No se puede argumentar que los altos consumos reportados en los meses de Julio y Agosto se originaron debido a la instalación de nuevos incineradores que tienen capacidad mucho mayor de consumo de gas que los equipos antiguos, ya que el nuevo equipo (I-80) inició el arranque para operación el 16 de agosto/04 y el corte de gas para ese mismo mes se realizó el día 23 de agosto, por lo tanto ese equipo no consumió gas durante el mes de Julio y tan sólo lo hizo unos pocos días (7) durante el mes de agosto, corroborándose dicha afirmación porque Gases del Norte efectuó la acometida a la línea principal del equipo pocos días de su arranque. Con excepción de los 7 días antes mencionados, durante los meses de Julio y Agosto sólo operaron los equipos antiguos de la empresa.

El día viernes 09 de septiembre, Gases del Norte efectuó la acometida a la línea principal de gas del incinerador auxiliar, equipo que a la fecha no está operando por estar en la fase de construcción.

Como no existen más equipos de proceso que consuman gas, se demuestra que desde el 16 de agosto sólo existe un incinerador con capacidad de consumir gas (el I-80)”⁴³

Del aparte transcrito se desprende como hecho indicador⁴⁴, la adquisición de una máquina de incineración por parte de R. H. S.A. ESP., la cual laboró 7 días del periodo facturable correspondiente a agosto de 2004, pues ésta así lo admite.

⁴³ Folios 97 – 98.

⁴⁴ Se recuerda que la prueba indirecta o indiciaria parte de la probanza efectiva de un hecho indicador del cual se deriva un hecho indicado.

Ahora bien, demostrada esa circunstancia, la Sala encuentra que no puede arribarse a la conclusión prohijada en la apelación por la parte actora –**hecho indicado**– ya que el aumento del consumo para los meses de julio y agosto de 2004, no podría efectivamente explicarse por la adquisición del instrumento al que se hace referencia, por cuanto solo funcionó durante 7 días de agosto y no por el lapso completo, motivo por el que no se constituye en la causa eficiente del aumento del consumo.

Por otro lado, esta Judicatura observa que, a pesar de que la empresa usuaria⁴⁵ admite la compra del incinerador, cuya operatividad se presentó para agosto, lo cierto es que niega ello en relación con el mes de julio de 2004, periodo en el que el aumento del consumo de gas fue mayor, según los datos consignados en las facturas expedidas por la demandante, pues mientras en agosto el valor se fijó en 56.020 metros cúbicos⁴⁶, en julio esta suma ascendió hasta los 60.079⁴⁷, circunstancia que no se presenta como lógica si la facturación elevada se atribuye al funcionamiento de esa nueva herramienta.

De esta manera, el cuestionamiento se niega.

4.1.2. La descalibración del medidor instalado en esa empresa, como lo corrobora el certificado 0115 de 2004, suscrito por SURTIGAS

El aumento en la utilización del servicio de gas por parte de R. H. S.A. ESP se explica por las irregularidades que a nivel de calibración presentaba el medidor AL-1000 allí instalado, como pudo desprenderse del certificado 0115 de 2004, expedido por SURTIGAS.

Contrario a lo expuesto por la recurrente, la Sala considera que esta situación, a la manera como lo sostuvo el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, **no permitía establecer la génesis de la variación**, por lo que procedía el cobro del servicio de conformidad con el consumo promedio de la sociedad usuaria, tal y como fue decidido por la SSPD en el acto administrativo censurado.

⁴⁵ R.H. S.A. ESP.

⁴⁶ Folio 103.

⁴⁷ Folio 104.

Tres razones permiten arribar a esta conclusión:

4.1.2.1. A pesar de la existencia de la certificación, la demandante admite que la causa de la elevación no está determinada

Como se explicó en acápites previos, el establecimiento del origen de la desviación significativa del servicio conlleva la adopción de medidas correctivas en lo que respecta a la facturación, que podrán ser tenidas como favorables o no para los usuarios, teniendo en cuenta la imputabilidad del origen de la alteración en el consumo.

En ese orden, la parte actora sostiene que la causa en el mayor consumo de R. H. S.A. ESP para los meses de julio y agosto de 2004, se sustenta en las fallas de calibración presentadas por el medidor dispuesto en las instalaciones de esa empresa, que no registró el consumo real del servicio para esos periodos –ya que el valor registrado fue menor–, es decir, presentaba una desviación negativa⁴⁸, en detrimento de sus intereses.

No obstante lo anterior, la Sala estima que, a pesar de la existencia de la certificación de 22 de septiembre de 2004⁴⁹, expedida por SURTIGAS, la actora acepta, en la Resolución 00043 de 23 de diciembre de 2004⁵⁰, por medio de la cual resuelve el recurso de reposición propuesto por R. H. S.A. ESP en contra de la Comunicación 15427 de 2004, **la indeterminación del origen de la alteración en el consumo**, como sigue:

“El motivo concreto por el cual se presentó el aumento del consumo puede generarse en varias causas **que no pueden determinarse con exactitud** ya que desconocemos la manera cómo se desarrolla la actividad industrial dentro de Residuos Hospitalarios de acuerdo al servicio que prestan, por ejemplo desconocemos que volumen de materia queman diariamente, cuántas horas al día se prenden los incineradores, etc. Pero sí es dable argumentar que ciertas circunstancias **podrían haber generado** el aumento del consumo como lo son: la descalibración que presentan los equipos instalados, la

⁴⁸ **La desviación negativa** se hace consistir en la medición equívoca del consumo de gas en perjuicio de la empresa prestadora, pues los instrumentos de medición registran valores inferiores a los efectivamente utilizados por los usuarios. En contraposición, **la desviación positiva** se presenta luego de que los valores registrados por los medidores, son mayores al consumo real de los usuarios.

⁴⁹

⁵⁰

instalación de los nuevos incineradores, equipos que desconocemos en qué fecha fueron instalados.”⁵¹

De allí que pueda admitirse que las posibles falencias de tipo negativo existentes en el medidor AL-1000 instalado en la empresa usuaria R. H. S.A. ESP, no puedan explicar de forma eficiente el elevado consumo de ésta para los meses de julio y agosto de 2004 –que se mostró como excesivo– pues la causa nunca fue identificada.

En otros términos, la descalibración no sustenta la alteración en el aumento del consumo, a pesar de lo que pretende demostrar el accionante.

4.1.2.2. La impertinencia del certificado para justificar el aumento del consumo

Se parte de un hecho revelador: el consumo de gas para los meses de julio y agosto de 2004 por parte de la usuaria mostraron amplios índices de aumento, pues si de enero a junio⁵² los datos en metros cúbicos oscilaron entre 11.238 y 25.153, los valores se acrecentaron exponencialmente para julio y agosto, en los que según la facturación de la recurrente, R. H. S.A. ESP utilizó 60.079⁵³ y 56.020⁵⁴, respectivamente.

Esta circunstancia se mostró como excesiva, habida cuenta no solo de los datos de facturación que precedieron los referidos periodos, sino igualmente por los valores arrojados para los meses de septiembre y octubre –posteriores– los cuales se ubicaron en 16.148⁵⁵ y 14.929.

El análisis previo y posterior de los consumos referenciados, muestra entonces una importante variación que obligaba a la empresa recurrente a desarrollar la investigación técnica que diera cuenta de la causa del aumento en el uso del gas, como hecho notorio que fue igualmente tenido en cuenta por la autoridad administrativa demandada en la Resolución SSPD 2005850000886-5 de 2005.

⁵¹

⁵² Enero (25.153), febrero (11.238), marzo (13.167), abril (14.683), mayo (14.592), junio (13.713).

⁵³ Folio 104.

⁵⁴ Folio 103.

⁵⁵ Folio 102.

Al respecto, explicó:

“Ahora bien, volviendo sobre **la reclamación contra el presunto alto consumo**, analizaremos su comportamiento en los últimos cinco períodos anteriores a los reclamos de julio y agosto, de acuerdo con lo establecido en la Ley 142, ya mencionada. Para ello, retomaremos los datos de las facturas aportadas, así como el detalle del consumo relacionado por la empresa, que permitirán dilucidar cualquier duda, no sin antes advertir la diferencia entre consumo y cargo fijo. El primero, está determinado por el volumen de gas utilizado por el usuario en un determinado período expresado en metros cúbicos; el cargo fijo, comprende el valor que cada suscriptor o usuario debe cancelar a la empresa por la disponibilidad del servicio, sea que se utilice o no, de tal manera que cubra los costos de la operación y mantenimiento requerido.

Tomaremos los datos de las facturas que se encuentran en el expediente, los que permitirían concluir si existe o no desviación significativa

Período actual: AGOSTO	56.020 M3
Período actual: JULIO	60.081 M3
Período anterior 1: junio:	13.716 M3
Período anterior 2: mayo	14.592 M3
Período anterior 3: abril	14.683 M3
Período anterior 4: marzo	13.167 M3
Período anterior 5: febrero	11.239 M3

Total consumo últimos 5 períodos (sin periodos julio y agosto)
67.451 M3
Promedio últimos cinco (5) períodos:
13.490 M3

Tomados los consumos generados dentro de los cinco (5) períodos anteriores frente a los períodos reclamados donde se evidencian desfases notorios, tenemos un total de 67.451 M3 para un promedio de 13.490 M3 por mes. El consumo considerado como desviación notoria, correspondiente al período de **JULIO** es de 60.081 M3, al que descontando el promedio (60.081 – 13.490), da un crecimiento de 46.591 M3, y éste valor dividido por el promedio de consumos da el porcentaje de desviación; o sea, $46.591/13.490= 345.37\%$ de desviación positiva⁵⁶. O sea, si hay crecimiento ostensible en la facturación del servicio...”⁵⁷.

La Sala concluye, a partir del aparte transcrito, que correspondía a la parte recurrente **la probanza de la causa** del alto consumo registrado para julio y agosto de 2004, o en palabras de la SSPD de la desviación positiva en el servicio, lo que no resultó acreditado con la certificación de calibración 0115 de esa misma

⁵⁶ Desviación que perjudica al usuario y beneficia a la empresa.

⁵⁷ Folio 10.

anualidad, expedida por SURTIGAS, la que en palabras de **GASES DEL NORTE DEL VALLE**⁵⁸demostraba una desviación negativa, pues el instrumento de medición no había registrado lo que en efecto debía registrar, en desmedro suyo.

Se tiene que aunque la certificación permite colegir la existencia de una irregularidad en la medición del servicio de gas –pero no en los términos referidos por la demandante en su Comunicación de 14 de octubre de 2004, como se probará a continuación–, lo cierto es que no acredita el origen, la génesis o la causa del aumento, carga probatoria que debía cumplir la demandante, máxime si se comprende que para los meses de septiembre y octubre los valores en el consumo se normalizaron, como se acreditó en párrafos precedentes.

De allí que la Sala pueda advertir la impertinencia del medio probatorio para la acreditación de la causa de desviación que dio origen al procedimiento administrativo cuestionado.

4.1.2.3. La certificación de SURTIGAS no conlleva concluir la existencia de desviación negativa en los términos defendidos por la parte recurrente

En su Comunicación 15427 de 14 de octubre de 2004, la demandante informó a R. H. S.A. ESP., que no procedía la reducción en los valores de las facturas de julio y agosto de ese año, por cuanto:

“De acuerdo al reporte el medidor originalmente se encontraba con unos porcentajes de error del – 2.47% y – 1.69% para las pruebas con las boquillas D y B respectivamente, es decir que la medición estaba arrojando unos volúmenes por debajo de los reales (medición a favor del usuario). Una vez encontrado esto se procedió a ajustar el medidor para que este quedara dentro de los valores permisibles.”⁵⁹

La Sala encuentra que la interpretación dada por la accionante al certificado de calibración 0115 de 2004, debe ser reprochado parcialmente, lo que impone restarle valor a las conclusiones que, a partir de él se elevan.

⁵⁸ Lo cierto es que la certificación no da cuenta de forma expresa de la desviación negativa a la que hace alusión la demandante. Esa circunstancia se desprende de la lectura que esta da a ella, la que se presenta como errada como posteriormente lo demostrará la Sala.

⁵⁹ Folio 86.

Ello, con base en las lecturas que, con anterioridad, realizó la parte actora respecto de certificaciones de la misma naturaleza.

Veamos:

Para el año 2003, el medidor instalado en la empresa usuaria R. H. S.A. ESP., fue igualmente sometido a análisis de calibración, labor se encomendó a SURTIGAS. Los resultados de ese examen se presentan a continuación:

“LABORATORIO DE ASEGURAMIENTO METROLÓGICO
CERTIFICADO DE CALIBRACIÓN
2003
Variable: Volumen de Gas

No 007-

Solicitante: GASES DEL NORTE DEL VALLE S.A. ESP. (RESIDUOS HOSPITALARIOS ESP. S.A.)

(...)
Clase de Exactitud: +-2%

(...)

El medidor fue comparado con unas boquillas sónicas, utilizando como medio gas de estación donde se encuentra ubicada.

Los patrones utilizados en la calibración de este instrumento están trazados a los patrones nacionales que se encuentran en el laboratorio del fabricante (American Meter) los cuales tienen trazabilidad a patrones internacionales reconocidos.

Se realizaron dos (2) pruebas al medidor con la boquilla E:

DATOS PARA LA CALIBRACIÓN	PRUEBA No. 1	PRUEBA No. 2
Tiempo de la prueba t (Seg.)	151.32	157.09
(...)	(...)	(...)
% de Exactitud	102.74%	98.96%

...”⁶⁰

El análisis ofrecido en aquella oportunidad por **GASES DEL NORTE DEL VALLE S.A. ESP** fue consignado en Comunicación 002993 de 19 de febrero de 2003, remitida a la usuaria R. H. S.A. ESP.

Allí se dispuso:

⁶⁰ Folio 92.

“La calibración del Medidor AL-100 de la Estación de Regulación y Medición de Residuos Hospitalarios se realizó el 5 de febrero del presente año directamente en el sitio de y en presencia suya.

La prueba muestra que el margen de error es de + 2.74%, o sea, +0.74% por encima de lo permitido (+2%)

Posteriormente al medidor se le hizo un ajuste interno y se realizó la prueba nuevamente, mostrando un margen de error de -1.04% el cual se encuentra dentro de los límites permitidos (+2%)

(...)

Adicionalmente, se hará el ajuste en los consumos de los meses de Julio a Diciembre de 2002 y Enero de 2003, descontándoles un 2.74% del consumo y su respectivo equivalente en pesos colombianos.”⁶¹

Nótese que los valores que se toman como desviación por la sociedad demandante corresponden a aquellos que superan el margen de error de +- 2%, por lo que en esa época determinó que la alteración en la calibración debía ser tomada como positiva, pues superaba en 2.74 puntos porcentuales el máximo de 100%, lo que conllevaba la reducción de los pagos efectuados por R. H. S.A. ESP., en los meses de julio a diciembre de 2002 y enero de 2003.

A pesar de ello, para el año 2004 el parámetro de evaluación de **GASES DEL NORTE DEL VALLE S.A. ESP** respecto de la certificación de calibración 0115 de 2004, varió, pues no se tuvo en cuenta el margen de error del +- 2% para erigir las conclusiones que se esbozaron en la Comunicación de 14 de octubre de 2004, a la que se hizo referencia.

En efecto, los resultados del documento certificadorio fueron los siguientes:

“LABORATORIO DE ASEGURAMIENTO METROLÓGICO
CERTIFICADO DE CALIBRACIÓN **No 0115-**
2004
Variable: Volumen de Gas

Solicitante: GASES DEL NORTE DEL VALLE S.A. ESP. (RESIDUOS HOSPITALARIOS ESP. S.A.)

(...)

Clase de Exactitud: +-2%

⁶¹ Folio 74.

(...)

El medidor fue comparado con unas boquillas sónicas, utilizando como medio aire con un soplador haciendo vacío.

Los patrones utilizados en la calibración de este instrumento están trazados a los patrones nacionales que se encuentran en el laboratorio del fabricante (American Meter) los cuales tienen trazabilidad a patrones internacionales reconocidos.

(...)

Observaciones

Este medidor fue necesario ajustarlo por encontrarse fuera de las tolerancias permitidas, a continuación los valores antes de ajuste:

Se realizaron dos (2) pruebas al medidor con las boquillas D y B antes de ajuste:

DATOS PARA LA CALIBRACIÓN	PRUEBA No. 1	PRUEBA No. 2
Tiempo de la prueba t (Seg.)	130.08	129.01
(...)	(...)	(...)
% de Exactitud	97.53%	98.31%
Error (%)	-2.47 %	-1.69%

(...)”⁶²

Datos de los cuales la recurrente concluyó:

“De acuerdo al reporte el medidor originalmente se encontraba con unos porcentajes de error del – 2.47% y – 1.69% para las pruebas con las boquillas D y B respectivamente, es decir que la medición estaba arrojando unos volúmenes por debajo de los reales (medición a favor del usuario). Una vez encontrado esto se procedió a ajustar el medidor para que este quedara dentro de los valores permisibles.”⁶³

La Sala observa que, a pesar de que existía una desviación negativa en lo que se relaciona con la primera prueba (-2.47%), ello no sucedía con el valor consignado en la segunda, ya que habida cuenta del margen de error al que se hizo referencia con anterioridad⁶⁴, el -1.69% registrado se encontraba dentro de los parámetros de tolerancia establecidos, motivo por el que los asertos y afirmaciones defendidos por la parte recurrente en su recurso de alzada no pueden ser tenidos por ciertos, ya que se presentan inconsistencias en la interpretación que morigeran el

⁶² Folio 90.

⁶³ Folio 86.

⁶⁴ +- 2%.

valor probatorio de la Comunicación de 14 de octubre de 2004 y, por contera, del certificado de SURTIGAS.

En todo caso, y más allá de lo anterior, la sociedad recurrente no identificó la causa eficiente del origen de la alteración en el consumo de gas de R. H. S.A. ESP., para los meses de julio y agosto de 2004, lo que permitía a la SSPD ordenar el pago del uso del servicio de gas con base en el promedio histórico de la empresa usuaria, de conformidad con la literalidad del artículo 149 de la Ley 142 de 1994.

Por los anteriores motivos, el cuestionamiento no dispone de entidad jurídica para prosperar.

4.2. La empresa prestadora sí adelantó las investigaciones que conllevaran determinar la causa en las desviaciones injustificadas en el consumo para los periodos de julio y agosto de 2004⁶⁵

La demandante afirma que realizó las investigaciones adecuadas para identificar el origen del cambio abrupto en el consumo de R. H. S.A. ESP, motivo por el que no resultan ciertas las aseveraciones del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión, cuando sostiene que no existe prueba que la accionante “...hubiera investigado a cabalidad cuál fue la razón para que se presentaran unos incrementos de consumo tan significativos, que van por encima de los promedios normales...”⁶⁶ de la empresa usuaria.

En consonancia, la parte actora expone que efectuó revisiones a la estructura de medición del consumo de gas en las instalaciones de la referida sociedad⁶⁷ durante los días 11 y 12 de agosto de 2004, y 8 y 13 de septiembre del mismo año.

Pues bien, la Sala considera que las consideraciones impugnatorias traídas a colación por la recurrente, no tienen vocación de prosperidad, siguiendo para ello la siguiente línea argumentativa:

⁶⁵ Corresponde al argumento formulado en la apelación por Gases del Norte del Valle S.A. ESP.

⁶⁶ Folio 210.

⁶⁷ Se hace referencia a R.H. S.A. ESP.

Sabido es que las desviaciones significativas en la utilización de los servicios públicos domiciliarios, suponen una carga investigativa en cabeza de la empresa prestadora, deber que, como se explicó, en apartes previos, pretende la determinación de la causa del cambio abrupto en la facturación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley 142 de 1994.

Por lo anterior, **se trata de una obligación de resultado**, que conlleva la puesta en marcha de los mecanismos técnicos que permiten identificar el origen de la alteración, con el propósito de adoptar las medidas correctivas en la facturación; empero, cuando ello no ocurre así, la sociedad prestadora del servicio está obligada a facturar el consumo a la luz de los periodos anteriores, como medida transitoria durante el adelantamiento de las pesquisas.

Precisado ello, se tiene que, si en gracia de discusión se aceptaran los argumentos expuestos en el escrito de apelación – la accionante llevó a cabo las investigaciones pertinentes para identificar la génesis de la desviación– lo cierto es que esta labor no alcanzó resultado alguno, pues, incluso en la actualidad, el incremento abrupto en el consumo no encuentra un origen fidedigno que conlleve manifestar que la facturación registrada por **GASES DEL NORTE DEL VALLE S.A. ESP.**, fue la correcta.

De esta forma, huelga advertir que, a pesar de las tareas desarrolladas en ese sentido por la actora, el origen del excesivo consumo no fue identificado, por lo que la Sala debe desestimar el argumento de la accionante, ya que, ante la ausencia de génesis en relación con la alteración, el cobro de los meses de julio y agosto de 2004 debía hacerse de acuerdo a los periodos anteriores, como efectivamente lo mandó la SSPD en la resolución demandada:

“...O sea, sí hay crecimiento ostensible en la facturación del servicio, y es un porcentaje que lleva a concluir que el consumo sí presenta desviación notoria en los meses de julio y agosto, **ante lo cual la empresa prestadora deberá efectuar los ajustes correspondientes y factura su consumo con base en el promedio histórico de acuerdo a lo señalado en los artículos 149 y 154 de la Ley 142 de 1994.**”⁶⁸ (Negrilla fuera de texto)

⁶⁸ Folio 11.

En otros términos, el desarrollo de las investigaciones no conllevó el establecimiento del origen de la desviación y, por consiguiente, esta sola circunstancia no puede conllevar la nulidad del acto administrativo demandado.

Ahora bien, el anterior análisis parte de la admisión de las consideraciones propuestas en la alzada. Empero, la Sala encuentra que el cumplimiento de la obligación investigativa debe ser objetado, ya que no se presentó, de conformidad con lo normado por la Ley 142 de 1994, como pasa a explicarse.

Se sostuvo que el deber de investigación surge en el momento en que se preparan las facturas, tal y como se colige de la literalidad del artículo 149 del Estatuto de los Servicios Públicos Domiciliarios, puesto que, es en ese momento en el que la prestadora del servicio dispone de la posibilidad de corroborar las excesivas variaciones que se presenten en el consumo de los usuarios.

Descendiendo al caso en concreto, la Sala encuentra que los reproches formulados por la demandante guardan relación con los meses de julio y agosto de 2004.

En lo que respecta a la facturación de julio, ésta comprendió el periodo que se extendió entre el 23 de junio y el 22 de julio⁶⁹ de esa anualidad. Su emisión⁷⁰ se configuró el 30 de julio de 2004, por lo que la empresa prestadora, ahora demandante, dispuso del interregno entre el 22 y el 30 de julio de ese año⁷¹ para iniciar, a lo menos, las investigaciones que llevaran a la identificación de la causa de la desviación, ya que el consumo de gas en metros cúbicos se acrecentó exponencialmente para ese mes⁷².

Sin embargo, las revisiones a las que hace referencia la demandante fueron desarrolladas durante los días 11 y 12 de agosto de 2004, y 8 y 13 de septiembre del mismo año, lo que conlleva, en principio, concluir un incumplimiento respecto del desarrollo de la obligación de investigación.

⁶⁹ Folio 104.

⁷⁰ De la factura.

⁷¹ Lapso de preparación de facturas.

⁷² Se pasó de 13.173 M3 para junio de 2004 a 60.079 M3 para julio.

Por otro lado, en relación con agosto, la facturación correspondió al periodo del 23 de julio al 23 de agosto de 2004, y la emisión de la factura se produjo el 1º de septiembre de esa anualidad, situación que permitiría, prima facie, concluir que, en lo que respecta ese mes, la carga obligacional fue cumplida por la accionante, habida cuenta de las fechas en que fueron puestas en marcha las visitas de control y mantenimiento.

Pero más allá de lo anterior, lo cierto estas actividades no permitieron identificar el origen de las desviaciones positivas para julio y agosto de 2004, lo que impide darle valor a las tareas desplegadas en relación con la legalidad de la Resolución SSPD 2005850000886-5 de 2005.

El cuestionamiento se despacha negativamente.

4.3. La SSPD “condenó” a la recurrente a recibir un valor menor por el consumo real de la usuaria

El inciso 1º del artículo 146 de la Ley 142 de 1994 establece:

“LA MEDICIÓN DEL CONSUMO, Y EL PRECIO EN EL CONTRATO. La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; **y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario.**” (Negrilla fuera de texto)

A la luz de este precepto normativo, la demandante señala que la SSPD la condenó a recibir un menor pago por la prestación del servicio en los meses de julio y agosto de 2004, por cuanto, no le autorizó recibir los valores efectivamente facturados para esos periodos, sino el monto correspondiente a los consumos promedios de los meses anteriores, a pesar de que, había identificado la causa de la desviación significativa, de conformidad con el artículo 149 del Estatuto de los Servicios Públicos.

Bajo ese contexto litigioso, la Sala estima que no asiste razón a la sociedad recurrente, por cuanto, como se ha explicado a lo largo de este proveído, la génesis de la alteración en el consumo no fue identificada, razón que impedía a la demandante percibir el pago de lo facturado por ésta para julio y agosto de 2004, toda vez que, tomando en cuenta las circunstancias descritas, lo procedente era

la fijación del cobro de conformidad con los períodos anteriores, tal y como prescribe el mencionado artículo 149.

Si bien es cierto la regla general contenida en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, prescribe el pago del servicio de conformidad con el consumo real del usuario, lo cierto es que este principio debe ser excepcionado, luego de que corroborada una desviación significativa, la empresa prestadora adelanta las investigaciones que conllevan el establecimiento de su origen, lo que habilita a adoptar medidas correctivas en lo atinente a la facturación, como se ha explicado.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

4.4. La no contestación de la demanda debió traducirse en la expedición de una sentencia favorable a las pretensiones del actor

El artículo 95 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 287 del CCA⁷³, prevé:

“La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, serán apreciadas por el juez **como indicio grave en contra del demandado**, salvo que la ley le atribuya otro efecto.” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

De lo anterior se colige que, por regla general, la no contestación de la demanda comporta un indicio grave en contra del accionando, principio que podrá ser excepcionado, luego de que el ordenamiento, a través de la ley, le otorgan otro tipo de consecuencias⁷⁴, caso en el cual el juez podrá acceder de forma automática a las pretensiones propuestas en el libelo introductorio, lo que no ocurre en materia contencioso-administrativa, ámbito en el cual se aplica exclusivamente la regla general referida.

⁷³ “En los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo.”

⁷⁴ Como por ejemplo, en los procesos civiles de restitución de tenencia por arrendamiento, en los cuales, a las voces del numeral 1º, párrafo 3º del artículo 424 del CPC, “Si el demandado no se opone en el término del traslado de la demanda; el demandante presenta prueba del contrato y el juez no decreta pruebas de oficio, se **dictará sentencia de lanzamiento**”

Así lo ha sostenido la Sección Primera del Consejo de Estado, la cual ha explicado:

“Es claro conforme a esta norma (artículo 95 del C.P.C.) que la consecuencia que señala la ley en caso de no contestación de la demanda no es que se tengan por ciertos los hechos en que ella se sustenta, sino que tal conducta sea considerada un indicio contrario a la demandada.” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

Y ello es así, por dos razones que la Sala se permite resaltar. Por un lado, por el carácter rogado de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que impone la obligación a la parte demandante de esbozar las razones que deben llevar a la nulidad del acto administrativo, por lo que la no contestación de la demandada no puede suponer una excepción a este principio. Por otro, pues en esta materia, juega un rol importante la presunción de legalidad de los actos –cuyo fundamento constitucional puede encontrarse en el artículo 83 constitucional– que prevalece, aunque la autoridad demandada no haya hecho uso de su derecho de defensa, materializado en la contestación.

Habida cuenta de que en el caso en concreto, los argumentos puestos a consideración de la Sala no logran desvirtuar la presunción referida –lo que no se supone por el simple hecho de la no contestación del libelo introductorio– se confirmará la decisión de 26 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de 26 de abril de 2012, dictado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal Administrativo de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero
Ausente con excusa



SC5780-6-1



GP059-6-1

