

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

Sala Primera de Oralidad

Magistrado Ponente: **ÁLVARO CRUZ RIAÑO**

Medellín, veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013)

MEDIO DE CONTROL	Nulidad y Restablecimiento del Derecho –No laboral-
DEMANDANTE	Empresas Públicas de Medellín
DEMANDADO	Superintendencia de Servicios Públicos y Enka de Colombia S.A.
RADICADO	05001 33 33 025 2012 00493 01
INSTANCIA	Segundo
PROCEDENCIA	Juzgado Veinticinco (25) Administrativo Oral de Medellín
DECISIÓN	Revoca Auto que Niega Decreto de Prueba Testimonial
ASUNTO	Resuelve recurso de apelación contra decisión dictada en audiencia inicial del 3 de septiembre de 2013, que niega decreto de la prueba testimonial solicitada por la parte demandada sociedad Enka de Colombia S.A.
A.I.	No. 280 AP

Procede este órgano judicial de segunda instancia, a pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la demandada sociedad ENKA DE COLOMBIA S.A., en contra de la decisión proferido por el Juzgado Veinticinco (25) Administrativo Oral de de Medellín, en Acta de Audiencia Inicial, del día tres (3) de septiembre de dos mil trece (2013), mediante la cual en la etapa del decreto de pruebas, se niegan los testimonios de los señores Aníbal Celis Carvajal y Humberto Palacio Cardona.

ANTECEDENTES

1. La sociedad ENKA DE COLOMBIA S.A., presentó a través de apoderado judicial, contestación a la demanda que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instauró Empresas Públicas de Medellín en su contra y de la Superintendencia de Servicios Públicos,

En la contestación a la demanda ENKA DE COLOMBIA S.A., expone entre otras razones de defensa, con el fin que los actos administrativos atacados y emitidos por la Superintendencia de Servicios Públicos no sean declarados nulos, que entre EPM y la sociedad ENKA DE COLOMBIA S.A., existe una relación convencional

denominada contrato de Condiciones Uniformes, el que debe respetarse y cumplirse en los términos estipulados por las partes, como lo es, entre otras disposiciones especiales, permitirse la mediación de los vertimientos de la planta de producción localizada en el municipio de Girardota Antioquia y con fundamento en dicha medición calcular el consumo efectivo que el usuario hace del servicio de alcantarillado. ENKA cuenta con dispositivos idóneos para la medición de los vertimientos, cuya instalación, conocida, aceptada y avalada por EPM. Constituye un acuerdo especial al contrato de condiciones Uniformes No. 4529600 el que no puede ser modificado sin el consentimiento de la otra parte contratante, por lo que ENKA comparte en su integralidad los fundamentos expuestos por la Superintendencia de Servicios Públicos que conllevaron a la revocatoria del acto administrativo proferido por EPM que había negado la revisión y corrección de la factura.

Alude en la contestación de la demanda con respecto al cobro de los vertimientos de alcantarillado, constituye una excepción a la regla por la calidad de gran consumidor y porque en desarrollo del proceso productivo que se realiza en la planta no vierte toda el agua recibida al sistema de alcantarillado, lo cual hace forzoso que el consumo del servicio se realice mediante aforo a través de un equipo de medición apta para ello, tal y como se establece en la normatividad vigente en materia de servicios públicos domiciliarios. Se debe facturar por concepto del servicio de alcantarillado con base en los vertimientos efectivamente medidos, según dispositivos de medición cuya instalación y uso fueron objeto de aprobación y aceptación por parte de EPM. Así las cosas, la resolución atacada por EPM fue expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos con fundamento en la normatividad vigente en la materia (Artículos 9 numeral 9.1. y artículo 146 de la Ley 142 de 1994, artículo 17 del Decreto 302 de 2000 y Resolución CRA 138 de 2000 y 151 de 2001) y su interpretación no fue errónea, ni desbordó sus competencia y facultades.

Propone con excepción de fondo la *“EXISTENCIA DE UN CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES, CON APEGO A LA NORMATIVIDAD VIGENTE, E INCUMPLIMIENTO DEL MISMO POR PARTE DE EPM”*.

Como prueba testimonial, solicita en el acápite de pruebas de la contestación de la demanda la recepción del testimonio de Aníbal Celis Carvajal y Humberto Palacio Cardona como funcionarios de ENKA para la época

en que se pactó con EPM el aforo y medición del vertimiento del alcantarillado, **con el objeto de demostrar hechos concernientes al desarrollo del contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado suscrito entre ENKA y EPM, particularmente en lo que atañe al acuerdo especial para la medición del vertimiento al alcantarillado.**

2. De la demanda y contestaciones de la demanda, se desprende que el acto administrativo atacado por EPM, Resolución SSPD 20128300024765 del 09 de septiembre de 2012, obedece a un recurso de apelación que resolvió la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS interpuesto por ENKA DE COLOMBIA S.A., por el cual se dispone la reliquidación de la factura del mes de mayo de 2012 (periodo facturado del 14 de marzo al 13 de abril de 2012), con base en la diferencia de lecturas que registra el medidor de alcantarillado y el aforo de vertimientos que se venían aplicando y que en los siguientes meses continué facturando con base en dicho criterio.

Recurso de apelación contra el acto administrativo No. 8142-20120552955 del 25 de junio de 2012 –Factura No. 306549226-02, que no modificó el consumo facturado de cobro de saneamiento y alcantarillado del mes de mayo de 2012 del contrato 4529600.

3. El día tres (3) de septiembre de la presente anualidad, el Juzgado Veinticinco (25) Administrativo Oral de Medellín, procedió a celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., (folios 151 a 155), y en desarrollo de la misma, se substancia lo siguiente:

“... DECRETO DE PRUEBAS.

...

TESTIMONIALES

...Enka de Colombia S.A.

Solicita a folio 307 de la contestación, se cite a las personas que relaciona a folio 308 a efectos de que declaren sobre los hechos concernientes al desarrollo del contrato de condiciones uniformes celebrado con EPM, sobre lo cual el despacho no observa relevancia alguna, dado que la controversia consiste en resolver la solicitud de nulidad del acto. Por tanto se deniegan los testimonios”.

De la decisión anterior, se corrió traslado a las partes, para que interpusieran los recursos si lo consideraban conveniente, haciendo uso de tal derecho, el apoderado de la parte demandada ENKA DE COLOMBIA S.A., quien interpone el

Expediente No. 05001-33-33-025-2012-00493-01
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho –no laboral.

recurso de apelación, argumentando que “...los testimonios cumplen con lo establecido en el artículo 219 del CPC al indicarse el nombre y datos de los testigos, igualmente se indicó sucintamente el objeto de **la prueba consistente en demostrar hechos concernientes al contrato de condiciones uniformes ejecutado por Enka y EPM, ello por cuanto cumplen un papel importante dentro del proceso al presenciar lo acontecido en la relación entre EPM y ENKA.**

Traslado del recurso

Señala la apoderada de Epm que Enka se opone a la prueba por considerar que se trata de un contrato de tipo legal lo que hace que se torne improcedente”. (negrillas fuera del texto original)

4. La Juez de Primera instancia, en la misma diligencia, concede el recurso de apelación en el efecto devolutivo;

CONSIDERACIONES

Para decidir el recurso, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. El artículo 243 de la ley 1437 de 2011, consagra en su numeral 9º, uno de los autos que son apelables proferidos en primera instancia por los jueces administrativos <<“9. *El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente*”>>.

En virtud de lo anterior, el Tribunal Administrativo de Antioquia es el competente para conocer y decidir el recurso.

2. El artículo 244 de la Ley 1437 regula el trámite del recurso de apelación contra autos en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 244. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

1. Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma. De inmediato el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien y a continuación procederá a resolver si lo concede o lo niega, de todo lo cual quedará constancia en el acta.

2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.

4. *Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso*". (Negritas fuera del texto).

Se verifica en el caso *sub iudice*, que: **(i)** el recurso fue presentado dentro de la oportunidad legal (interpuesto y sustentado en audiencia por el apoderado de la parte demandada sociedad ENKA DE COLOMBIA S.A.); **(ii)** si da traslado del recurso al otro sujeto procesal, quien hace uso de tal oportunidad y **(iii)** el recurso fue concedido por la funcionaria judicial en la misma diligencia. En razón de lo anterior, esta instancia judicial desatará el recurso de alzada.

3. Las consideraciones que expone la sociedad demandada ENKA DE COLOMBIA S.A., para la interposición del recurso se contraen básicamente a que se considera necesaria la práctica de la prueba testimonial de los señores Aníbal Celis Carvajal y Humberto Palacio Cardona, toda vez que el objeto de la prueba consiste en demostrar hechos concernientes al contrato de condiciones uniformes ejecutado entre Enka y EPM, ello por cuanto cumplen un papel importante dentro del proceso al presenciar lo acontecido en la relación entre EPM y ENKA.

De la contestación de la demanda de ENKA DE COLOMBIA S.A., se desprende que su principal argumento en defensa para que el acto administrativo atacado y expedido por la SUPERINDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS no sea declarado nulo, obedece, a que EPM debe respetar y cumplir el contrato de condiciones uniformes existente entre ellos, para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado, incluyendo acuerdos especiales como el de medición y así calcular su consumo efectivo, teniendo en cuenta su condición de gran consumidor, e igualmente que ENKA no vierte al alcantarillado el mismo volumen de agua que consume no todo se vierte al alcantarillado.

La prueba testimonial solicitada en la demanda, va encaminada a demostrar hechos concernientes al desarrollo del contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado suscrito entre ENKA y EPM, particularmente en lo que atañe al acuerdo especial para la medición del vertimiento al alcantarillado como producto de un acuerdo contractual, debiéndose facturar con base en los vertimientos medidos, como lo concluyó la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS en el acto administrativo que es objeto de solicitud de nulidad.

Se concluye de lo anterior, que la parte demandada ENKA DE COLOMBIA S.A., pretende demostrar el motivo por el cual considera que el acto administrativo emanado de la SUPERINTENDENCIA de SERVICIOS PÚBLICOS que resuelve el recurso de apelación no debe ser declarado nulo, partiendo de la relación contractual entre ENKA y EPM, de la demostración de que EPM conocía y aceptó que ENKA instalara dispositivos de medición para determinar los vertimientos al sistema de alcantarillado, en que EPM facturó por muchos años el servicio de alcantarillado con base en las lecturas del sistema de medición, en que la instalación y uso de los dispositivos obedecía a una política que era establecida de común acuerdo entre ENKA y EPM, y por lo tanto, tenían el carácter de condición especial al contrato de condiciones uniformes 4529600 y es por estos aspectos que cobran especial relevancia la solicitud de prueba testimonial, la que debe ser decretada y practicada, por no resultar impertinente como lo afirma la entidad demandante, así como tampoco, en razón que el objeto de la prueba sea irrelevante como lo arguye la *A Quo*, al momento de negar la prueba en acta de audiencia inicial. Lo pretendido por el sujeto pasivo ENKA DE COLOMBIA S.A., con la solicitud de la prueba, es demostrar unos supuestos que sirve de soporte a su contestación, encontrándose ceñida a algunos de los asuntos materia del proceso, siendo pertinente con hechos debatidos, **sin que ello comporte su valoración, aspecto que corresponde a la etapa de la sentencia.**

Al respecto el Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, en su libro de “*DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO –LA PRUEBA JUDICIAL*”¹, Tomo I, páginas 56 y 57, dijo:

“El tema de la eficacia y pertinencia de la prueba al momento de su decreto es hasta cierto punto preliminar, en cuanto corresponde al juez hacer su evaluación inicial para su decreto, pero frente a la duda de su pertinencia, éste debe decretar la prueba para escudriñar este aspecto en la decisión final, toda vez que, como ya se dijo, el principio general en esta materia es que el respectivo funcionario judicial o administrativo no debe imponer obstáculos, probationes non sunt coartandae.

Ahora bien, es necesario armonizar el anterior principio general del derecho probatorio con la conducencia y la eficacia de las pruebas, a fin de determinar cuándo el juez o funcionario debe apreciar ese aspecto, de suerte que una apreciación prematura de tales aspectos no apareja un obstáculo al decreto, práctica y apreciación de la prueba, todo ello con el propósito de que no se produzca la inadmisibilidad o rechazo de la prueba so pretexto del juicio de conducencia y pertinencia. Esto llevó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a sostener que el aspecto relacionado con la conducencia y la eficacia en cuestión de fondo que por lo mismo ha de resolverse en la decisión final. Al respecto dijo:

Pero el problema de la conducencia o ineficacia de una prueba envuelve una cuestión de fondo que no puede ser decidida a priori por el juzgador, sino en el momento de fallar, a

¹ Ediciones doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C. Colombia.

Expediente No. 05001-33-33-025-2012-00493-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho –no laboral.

menos que el carácter de inconducente o ineficaz de lo que se pide sea tan palmario o protuberante por su absoluta falta de conexión con el asunto materia de la decisión, que imponga su inmediato rechazo en guarda de la economía procesal. Lo contrario podría presentarse a abusos y a muy graves consecuencias para el reconocimiento del derecho de las partes y para la debida ilustración del fallador, fin de todo recto procedimiento judicial” (Gaceta Judicial Nos. 2001 a 2005 pág. 562 fallo del 14 de octubre de 1943).

...

De lo expuesto ha de concluirse que el juez o funcionario debe hacer el análisis de pertinencia, conducencia y eficacia y solo cuando se halle frente a un caso de impertinencia ostensible, puede negar el decreto de la prueba. En caso de duda sobre estos aspectos, el juez o funcionario debe decretarla a fin de no obstaculizar la defensa del demandado o investigado, que como es sabido, es la piedra angular debido proceso”. (Negritas fuera del texto).

4. En consideración a lo aludido en los numerales precedentes, será revocada la decisión tomada en audiencia inicial, que niega el decreto y práctica de la prueba testimonial que solicita la parte demandada ENKA DE COLOMBIA S.A., en la contestación de la demanda y por el contrario la A Quo deberá decretarla, fijando fecha para la práctica de la misma.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SECCIÓN PRIMERA DE ORALIDAD,**

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión tomada en audiencia inicial de fecha tres (3) de septiembre del año dos mil trece (2013), en relación a la negativa del decreto y práctica de la prueba testimonial solicitada por la sociedad demandada ENKA DE COLOMBIA S.A.

SEGUNDO: En consecuencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado Veinticinco (25) Administrativo Oral de Medellín, a fin que proceda a decretar la prueba testimonial, fijando fecha para su práctica.

NOTIFÍQUESE

ÁLVARO CRUZ RIAÑO

MAGISTRADO