



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior Judicial de Barranquilla
Sala Sexta de Decisión Civil Familia

RADICACIÓN No. 42.613
TIPO DE PROCESO: EJECUTIVO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA SEXTA DE DECISIÓN
CIVIL – FAMILIA

Barranquilla, quince (15) de septiembre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Efectuadas las diligencias de que trata el artículo 327 del Código General del Proceso, al interior del presente proceso y una vez emitido el sentido del fallo, se procede a dictar sentencia con el propósito de resolver el recurso de apelación contra Sentencia de fecha once (11) de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Barranquilla. Cabe precisar que la Sala adoptó la decisión de emitir la sentencia de forma escrita, habida cuenta de posibles fallas de conectividad en el servicio de internet, lo cual imposibilitaba el normal desarrollo de la diligencia y la emisión de la sentencia de forma digital.

ANTECEDENTES

La parte demandante sustentó la demanda en los fundamentos fácticos que se transcriben a continuación:

1. El día 22 de marzo de 2016, EL CONTRATISTA y EL CONTRATANTE, en su orden: **ASELCA** y **PROCAPS**, convinieron un CONTRATO DE SUMINISTRO DE CAPACIDAD DE POTENCIA Y ENERGÍA ELÉCTRICA, *“en virtud del cual el CONTRATANTE, mediante su firma, se compromete a consumir la demanda de energía eléctrica que requiera en la operación de su complejo industrial ubicado en Barranquilla”*. (Cláusula 3, inciso segundo)
2. Las partes, demandante y demandada, en la cláusula 4 del mismo contrato estipularon su objeto, así: *“es el suministro, por parte de EL CONTRATISTA a EL CONTRATANTE, de capacidad de potencia y energía eléctrica, conforme a los términos y condiciones aquí estipuladas. Con la firma de este contrato, EL CONTRATISTA instalará y operará dentro del complejo industrial del CONTRATANTE el SISTEMA DE AUTOGENERACIÓN DE LA FASE I, que se describe en el anexo 1 el cual hace parte integrante del presente contrato.*

1



EL CONTRATANTE deberá cancelar un precio determinado por las cantidades de energía que consume, bajo un esquema “TAKE OR PAY” y “TAKE AND PAY” de acuerdo con lo descrito en la cláusula séptima del presente instrumento”.

3. Dentro de la obligaciones que adquirió EL CONTRATANTE, para efectos de la presente demanda, sobresale la asumida en el punto 6.4 “**Pagar a EL CONTRATISTA la facturación por el suministro de energía eléctrica consumida en los términos establecidos en el presente CONTRATO**”.
4. En la cláusula 7 del reseñado CONTRATO DE SUMINISTRO DE CAPACIDAD DE POTENCIA Y ENERGÍA ELÉCTRICA, **ASELCA** y **PROCAPS**, estipularon las tarifas que imperarían en el mismo, destacándose:

“7.4.1, Se ha estipulado entre las partes un consumo mensual garantizado de 1.400.000 kWh/mes de energía eléctrica bajo un esquema “TAKE OR PAY” del 90%, y el valor a facturar corresponde al precio por kWh del numeral 7.1.1. multiplicado por dicho consumo...”
5. El sistema denominado TAKE OR PAY corresponde a una obligación que adquiere una persona de pagar un servicio o una cosa **CONSUMA O NO EL SERVICIO** O LA COSA.
6. En estos eventos concernientes al TAKE OR PAY se impone efectuar el pago, independientemente de haber existido consumo.
7. Concretamente: PROCAPS está en la indefectible obligación de pagar mensualmente a ASELCA por los servicios de suministro de energía eléctrica, consume o no consume este servicio, por lo menos la cantidad dineraria que equivalga al 90% de 1.400.000 kWh/mes, liquidada en estricto apego a la fórmula que concertaron PROCAPS y ASELCA en la cláusula 7.1.1 del contrato que interesa al presente proceso.
8. Fue así como PROCAPS pagó a ASELCA la facturación correspondiente a los meses comprendidos entre agosto y diciembre de 2.017.
9. PROCAPS, por conducto del señor LEOPOLDO PARDO, el día 28 de diciembre de 2.017 ordenó paralizar abruptamente la realización de las tareas técnicas que desplegaba ASELCA para cumplir con el aludido contrato de suministro.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior Judicial de Barranquilla
Sala Sexta de Decisión Civil Familia

10. Estas labores técnicas se reanudaron por parte de ASELCA al finalizar el mes de enero de 2.018, continuando ASELCA con la cabal ejecución del contrato hasta el día 17 de abril de 2.018.
11. A partir del 18 de abril de 2.018 PROCAPS tozudamente ha decidido no consumir el suministro de energía que de acuerdo a lo puntualizado en el hecho primero de esta demanda está obligada hacerlo; optando, así, por asumir el pago del TAKE OR PAY correspondiente a tal suministro en los términos contractuales.
12. El día 05/06/2018, luego de efectuar las operaciones aritméticas que atañen a la fórmula estipulada por las partes en la cláusula 7.1.1. del contrato de Suministro, ASELCA con destino a PROCAPS produjo las facturas siguientes facturas:
 - (i) IN 036, por valor de \$181.171.831,57
 - (ii) IN 037, por valor de \$61.718.956,51
 - (iii) IN 038, por valor de \$41.954.112,74
 - (iv) IN 042, por valor de \$146.220.772,28
 - (v) IN 043, por valor de \$183.746.052,70
13. Se remarca, que en el presente escenario contractual, **no** es imprescindible “recibir a satisfacción el servicio objeto de la factura”, toda vez que éste debe ser pagado por PROCAPS “**consume o no el servicio**”, ceñida a sus compromisos contractuales.
14. Contumazmente PROCAPS se abstiene de efectuar los anteriores pagos, aduciendo unos pretextos baladíes y otros legalmente errados, referidos al texto de las anteriores facturas, a sabiendas que el trámite interno de PROCAPS para procesar esas facturas atañen a un mero procedimiento burocrático documental a cargo de sus subalternos, exclusivamente. En breve: a un sistema oficinesco potestativo de PROCAPS.
15. PROCAPS, no ignora que sus obligaciones dinerarias frente a ASELCA primigeniamente derivan de los compromisos contractuales que asumió en el CONTRATO DE SUMINISTRO DE CAPACIDAD DE POTENCIA Y ENERGÍA ELÉCTRICA; los cuales se articulan en las facturas que se producen estando vigente éste nexo contractual.
16. PROCAPS, tampoco desconoce que el cumplimiento de las obligaciones que le dimanen del contrato de suministro de energía encaja perfectamente en los derroteros de la ley 142 de 1.994, al punto que uno de sus altos



funcionarios, GONZÁLO LÓPEZ MACÍAS, quien funge como JEFE DE MANTENIMIENTO APOYO CRÍTICO de PROCAPS, mediante documento de 8 de febrero de 2.018, aceptó que la facturación originada en ASELCA con destino a PROCAPS en desarrollo del anotado CONTRATO DE SUMINISTRO DE CAPACIDAD DE POTENCIA Y ENERGÍA ELÉCTRICA, ***no necesita de orden de compra***, y que para todos los efectos en PROCAPS “***se realizará provisión de ASELCA en la misma cuenta que se provisiona Electricaribe***”.

17. Es más: el inciso tercero del artículo 130 de la ley 142 de 1.994, preceptúa:

“Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas industriales y comerciales del Estado. La factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad prestará mérito ejecutivo de acuerdo con las normas del Derecho Civil y Comercial...”

18. Para efectos de la elaboración del CONTRATO DE SUMINISTRO DE CAPACIDAD DE POTENCIA Y ENERGÍA ELÉCTRICA, las partes, ASELCA y PROCAPS, se ajustaron a los preceptos legales.

19. De otro lado, ASELCA ha confeccionado todas sus Facturas con destino a PROCAPS, las ya pagadas y las que hasta la presente época adeudada, plegándose a lo estipulado en la ley y en el contrato.

20. En suma, el referido Contrato de Suministro y las facturas aquí reseñadas cumplen con los requisitos formales precisados en las leyes, principalmente la 142 de 1.994, como aquellos necesarios para estructurar perfectamente el título ejecutivo complejo que sirve como estribo de la presente acción.

21. En los textos del aludido Contrato de Suministro y las mencionadas facturas se consolidan obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles.

22. PROCAPS está adeudando a ASELCA el valor dinerario incorporado en cada una de las facturas atrás relacionadas, más los intereses causados por el incumplimiento de su pago, en los términos pactados en el inciso segundo de la cláusula 7.4 del CONTRATO DE SUMINISTRO DE CAPACIDAD DE POTENCIA Y ENERGÍA ELÉCTRICA, así:



“El incumplimiento por parte de EL CONTRATANTE en el pago de dichas facturas, dará derecho a EL CONTRATISTA a cobrar intereses de mora a la tasa máxima legal permitida, establecida por la Superintendencia Financiera, desde el vencimiento del plazo para el pago de las facturas hasta la fecha de pago efectiva”.

23. Se repite: Conforme al inciso tercero del artículo 130 de la Ley 142 de 1.994, los documentos relacionados prestan mérito ejecutivo en caso de incumplimiento por parte de las partes.

24. PROCAPS y ASELCA en la cláusula 12 del CONTRATO DE SUMINISTRO DE CAPACIDAD DE POTENCIA Y ENERGÍA ELÉCTRICA, pactaron una CLÁUSULA PENAL en los siguientes términos:

“A partir de la firma del presente CONTRATO, el incumplimiento de las obligaciones de suministro por parte de EL CONTRATISTA y de pago por parte de EL CONTRATANTE por un período que exceda de sesenta (60) días calendario dará derecho a la parte cumplida a cobrar a la parte incumplida, a título de pena, una suma equivalente al valor de consumo de energía eléctrica y térmica contratado (TAKE OR PAY) equivalente a tres meses. Lo anterior sin perjuicios del cobro de los valores que se llegaren a adeudar y el cumplimiento de la obligación principal”.

25. PROCAPS, no ha pagado a ASELCA las cantidades de dinero que aquí se demandan, a pesar de los repetidos cobros que ésta le ha efectuado.

26. Como se advierte en el texto de las facturas aquí relacionadas, el valor representado en las mismas se destinará a FIDUCOLDEX PATRIMONIO AUTONOMO GENERAMOS.

27. El Contrato de Suministro de Capacidad De Potencia y Energía Eléctrica soporte de la presente Acción Ejecutiva hace relación a unas actividades de Generación y Comercialización de Energía Eléctrica.

32. Se me ha conferido poder para actuar.

PRETENSIONES



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior Judicial de Barranquilla
Sala Sexta de Decisión Civil Familia

De conformidad con los fundamentos fácticos expuestos, los demandantes pretenden lo siguiente:

Se sirva, librar mandamiento de pago, y subsiguientemente profiera una sentencia, en contra de PROCAPS, S.A., con NIT 890.106.527-5 y a favor de la sociedad ASESORES DEL CARIBE COLOMBIANA, S.A.S, **ASELCA, S.A.S**, identificada con NIT número 900.023.107-3, mediante cuyas providencias se obligue a la primera pagar a la segunda las siguientes sumas de dinero:

1. La suma de **\$614.811.725,81**, por el valor del capital representado en las relacionadas facturas vencidas de la siguiente forma:

No. FACTURA	VALOR	FECHA DE VENCIMIENTO
IN No. 036	\$181.171.831,57	28/06/2018
IN No. 037	\$61.718.956,51	28/06/2018
IN No. 038	\$41.954.112,74	28/06/2018
IN No. 042	\$146.220.772,28	28/06/2018
IN No. 043	\$183.746.052,70	28/06/2018
TOTAL	\$614.811.725.81	

2. La suma de **\$3.117.095,45**, correspondiente a los intereses moratorios que han generado cada una de las anteriores facturas desde su vencimiento hasta el 04/07/2018, fecha en que se presenta esta demanda, cantidad de dinero que será complementada con los intereses moratorios A LA TASA MAXIMA LEGAL PERMITIDA dada por la Superintendencia Financiera que se causen del 05/07/2018 en adelante hasta que PROCAPS pague el total de las factura.

Los intereses de mora fueron calculados a la Tasa del 2.54% mensual (0,08% diario) de la siguiente forma:

No. FACTURA	VALOR	VENCIMIENTO	FECHA PRESENTACION DEMANDA	DIAS DE MORA	MORA DIARIA	TOTAL MORA
IN No. 036	\$ 181.171.831,57	28/06/2018	04/07/2018	6	\$ 153.090,20	\$918.541,19
IN No. 037	\$ 61.718.956,51	28/06/2018	04/07/2018	6	\$ 52.152,52	\$312.915,11
IN No. 038	\$ 41.954.112,74	28/06/2018	04/07/2018	6	\$ 35.451,23	\$212.707,35
IN No. 042	\$ 146.220.772,28	28/06/2018	04/07/2018	6	\$ 123.556,55	\$741.339,32
IN No. 043	\$ 183.746.052,70	28/06/2018	04/07/2018	6	\$ 155.265,41	\$931.592,49

TOTAL MORA	\$ 3.117.095,45
-------------------	------------------------



3. La suma de **\$551.238.158,09**, correspondiente a la Cláusula Penal establecida en la Cláusula 12 de contrato de suministro que las vincula, fuente del presente proceso ejecutivo.
4. Las respectivas costas del proceso, incluyendo en éstas los honorarios profesionales.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Luego del correspondiente trámite procesal, se procedió a dictar sentencia en la cual se resolvió lo siguiente:

1. *“No seguir adelante con la ejecución por las razones expuestas.*
2. *En consecuencia prosperan las excepciones de mérito de inexistencia de título ejecutivo, incumplimiento de ASELCA el contrato de suministro de capacidad de potencia y energía, falta de causa para pedir el importe de los documentos aducidos como título de recaudo y cláusula penal.*
3. *Ordenar la cancelación de las medidas cautelares, extiéndanse los oficios de embargo.*
4. *Como consecuencia de lo decidido se ordena devolver a la demandada PROCAPS S.A. los títulos de depósito judicial recaudado por cuentas de este proceso e igualmente se le devolverá la caución prestada para garantizar la obligación y las costas del proceso.*
5. *Condénese en costas a la parte demandante Sociedad ASELCA S.A.S. Fjense como agencias en derecho la suma de \$34.981.496. Aplicando Acuerdo PSAA16-10554 de agosto de 5 de 2016.*
6. *Ejecutoriado el presente proveído, archívese toda la actuación (...)*”

REPAROS A LA SENTENCIA.

La a apoderad judicial de la parte ejecutante presentó los siguientes reparos:

1. Que la sentencia es incongruente.
2. Que los documentos aducidos deben valorarse como título ejecutivo complejo y no como título valor.
3. Que PROCAPS no consumió la cantidad de energía, porque omitió compromisos contractuales, a saber:



3.1. Que PROCAPS debió consumir la demanda de energía eléctrica que requiera la operación de su complejo industrial.

3.2. Se comprobó que a pesar de ser un consumo mensual una cantidad no inferior a 1.500.000 kws/mes y que ASELCA podía generar cuando mínimo 900.000 kws/mes PROCAPS obligó a ASELCA a conectarse a la red pública que le exige consumir necesidades de energía a LECTRICARIBE.

3.3. Que esta transgresión la observó PROCAPS a partir del 15 de agosto de 2017 en que ASELCA puso a disposición de PROCAPS la capacidad de potencia requerida para generar las cantidades de energía contratadas. Está probado que como mínimo ASELCA FUE capaz de producir o generar 1.000.000 kw h/mes con la maquina 1,75 y 900.000 kw h/mes con la maquina 1,25 para un total mínimo de capacidad de generar 1.900.000 kw h/mes, siendo su obligación tener capacidad de generación de 1.400.000.

4. Que no era necesaria la aceptación de las facturas.

Por su parte, el apoderado judicial de la parte ejecutada señaló que la sentencia de primera instancia debía modificarse en el sentido de proceder a condenar a la ejecutante al pago de perjuicios causados en virtud de la práctica de las medidas cautelares.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los elementos materiales probatorios, le corresponde a la Sala determinar si:

1. ¿Se encuentran estructurados los presupuestos para seguir adelante la ejecución o en efecto estaban llamadas a prosperar las excepciones propuestas por la demandada?
2. ¿Habría lugar a proceder a la condena por concepto de perjuicios causados en virtud de la práctica de las medidas cautelares?

CONSIDERACIONES

El proceso ejecutivo tiene su fundamento en la efectividad del derecho que tiene el demandante de reclamar del ejecutado el cumplimiento de una obligación clara expresa y exigible, motivo por el cual para iniciar una ejecución es necesario entrar a revisar el fundamento de la misma, esto es, el título ejecutivo.

El artículo 422 del Código General del Proceso, establece las condiciones



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior Judicial de Barranquilla
Sala Sexta de Decisión Civil Familia

formales y de fondo que debe reunir un documento para que de él se pueda predicar la existencia de título ejecutivo, a cuyo tenor “Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.”

Respecto a las condiciones formales buscan que los documentos que integran el título conformen una unidad jurídica, que sean i) auténticos, y ii) que emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contenciosos administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, o de un acto administrativo en firme.

En cuanto a las condiciones de fondo o sustanciales, buscan que en los documentos que sirven de base para la ejecución aparezcan consignadas obligaciones claras, expresas y exigibles a favor del ejecutante y a cargo del ejecutado, que sean líquidas o liquidables por simple operación aritmética, en el caso de obligaciones pagaderas en dinero.

Sobre las condiciones de claridad y expresión de las obligaciones que puedan ser ejecutadas ha dicho la doctrina:

“La obligación es expresa cuando aparece manifiesta de la redacción misma del contenido del título, sea que consista ésta en un solo documento o en varios que se complementen formando una unidad jurídica. Faltará este requisito cuando se pretenda deducir la obligación por razonamientos lógicos jurídicos, considerándola una consecuencia implícita o una interpretación personal indirecta.

(...)

“La obligación es clara cuando además de expresa aparece determinada en el título en cuanto a su naturaleza y sus elementos (objeto, término o condición y si fuere el caso su valor líquido o liquidable por simple operación aritmética), en tal forma que de su lectura no quede duda seria respecto a su existencia y sus características.

“Obligación exigible es la que debía cumplirse dentro de un término ya vencido, o cuando ocurriera un condición ya acaecida, o para la cual no se señaló término pero



cuyo cumplimiento solo podía hacerse dentro de cierto tiempo que ya transcurrió, y la que es pura y simple por no someterse a plazo ni a condición (C.C., arts. 1608 y 1536 a 1542).” (Hernando Devis Echandía. Compendio de Derecho Procesal Tomo III. Vol II. P.589).

Entonces para que un documento preste mérito ejecutivo, además de contener una obligación clara, expresa y exigible, dicho documento debe provenir del deudor o de su causante y también debe constituir plena prueba contra él; es decir, que no debe haber duda de que la firma es del deudor de la obligación que se demanda ejecutivamente.

De conformidad con las anteriores consideraciones se resolverá el caso concreto.

CASO CONCRETO

A partir de las anteriores consideraciones, procederá la Sala a resolver cada uno de los reparos presentados contra la sentencia de primera instancia.

1. Que se trataba de un título ejecutivo complejo y no de un título valor.

La recurrente alega que el *a quo* le dio a las facturas aportadas un tratamiento de título valor, aun cuando ya se encontraba definido que se trataba de un título ejecutivo complejo. En efecto, a través de providencia del dos (2) de abril de 2019, la magistrada sustanciadora señaló que *“Valga precisar que las facturas no fueron aducidas como título ejecutivo individual y autónomo, ni mucho menos como título valor, como erradamente lo interpretó el juez de primera instancia, sino como un título ejecutivo complejo, representado en las referidas facturas y el negocio jurídico aportado, suscrito entre los sujetos procesales.”*

Así las cosas, las facturas no podrán ser estudiadas como título valor autónomo, sino como título ejecutivo complejo, toda vez que las mismas obedecen a la prestación o suministro de energía previamente establecido de manera contractual (...)

Ahora, las facturas aducidas no representan un título valor, en tal razón, para su cobro judicial, no puede hacerse referencia a la acción cambiaria, ni aplicarse las normas del artículo 774 del C. Comercio, como tampoco se pueden equiparar a las facturas expedidas por las entidades prestadoras de servicios públicos, habida cuenta de que la ejecutante no tiene esta calidad, como erróneamente lo manifiesta, imposibilitando la aplicación de la ley 142 de 1994. Sin embargo, lo anterior no impide necesariamente que las facturas, junto con el documento contentivo del contrato de suministro sean tenidas como título ejecutivo complejo (...)”



Así mismo se indicó lo siguiente:

“Ahora bien, se debe precisar que la controversia en torno a la aceptación o no de las facturas o la devolución de éstas es un asunto que debe ventilarse a través del mecanismo de las excepciones de fondo, dado que la controversia que se plantea corresponde a un elemento sustancial del título (...)”

Esta constituye una situación que ya se encontraba definida al interior del proceso, de tal forma que el tratamiento que debía otorgarse a las facturas aducidas, correspondía a un documento integrante de un título ejecutivo complejo y no a un título valor independiente o individualmente considerado.

En el caso bajo estudio, el juez erró al momento darle aplicación a la disposición establecida en el artículo 773 del Código de Comercio, referente a la aceptación de las facturas, disposición propia del título valor referido. Sin embargo, luego de ello realizó una valoración sistemática de las facturas conjuntamente con el contrato de suministro y autogeneración de energía. Aunado a lo anterior, siguiendo el postulado establecido por esta agencia judicial en la providencia citada, el juez de primera instancia procedió a determinar si efectivamente se encontraban dados los presupuestos para aceptar o no las facturas, estableciendo si las obligaciones derivadas del referido negocio jurídico en cabeza del contratista efectivamente se cumplieron, dando paso a la expedición de aquellas.

El juez incurre en una imprecisión al momento de señalar que no existía título ejecutivo por el simple hecho de que las facturas no habían sido aceptadas, como quiera que el título se encontraba conformado no solo por aquellas, sino también por el negocio jurídico que les dio origen. La emisión y aceptación de las facturas se encontraba sometida a la prestación efectiva del servicio de suministro de capacidad de potencia y energía que requiriera PROCAPS por parte de ASELCA. Es decir, que sí existía título ejecutivo –y no como erróneamente lo indicó el *a quo*- y éste se podía atacar aludiendo al incumplimiento contractual por parte de la ejecutante, tal como se hizo.

Valga aclarar que si bien es cierto, el juez erró al darle un tratamiento inicial de título valor a las facturas, su análisis posterior no se limitó a determinar si las facturas habían sido o no aceptadas, sino que procedió a establecer los motivos de su devolución, encontrando que ello se produjo toda vez que el servicio facturado no había sido efectivamente suministrado y que la ejecutante había incumplido con las obligaciones derivadas del contrato suscrito, lo cual se analizará a continuación.

2. Acerca del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de suministro de capacidad y potencia de energía.

11



2.1. Precisión previa en torno a la competencia del juez de ejecución para determinar el incumplimiento del contrato.

La ejecutante argumenta que el juez de la ejecución carece de competencia para pronunciarse acerca del incumplimiento contractual, habida cuenta de la existencia de una cláusula compromisoria que conduce a resolver este tipo de controversias ante un Tribunal de Arbitramento. Sin embargo, el argumento de la ejecutante no resulta válido, toda vez que, en tratándose de un título ejecutivo complejo conformado por las facturas emitidas y el negocio jurídico a partir del cual se originan, resulta indefectible adentrarse en el análisis del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, como quiera que ello permitirá determinar la exigibilidad de las obligaciones objeto de ejecución. En otros términos, para que las obligaciones ejecutadas resulten exigibles, la parte demandante está llamada a demostrar el cumplimiento de sus obligaciones, lo cual implica necesariamente adentrarse en el estudio del cumplimiento contractual del cual emanan dichas prestaciones.

2.2. Determinación del incumplimiento en el caso concreto.

De conformidad con el acervo probatorio construido en el desarrollo del trámite procesal, se encuentra demostrado que entre las partes se suscribió un negocio denominado “contrato de suministro de capacidad de potencia y energía eléctrica”, cuyo objeto se encontraba especificado en la cláusula cuarta (4ª) en los siguientes términos:

“4. Objeto del contrato.

“El objeto del presente contrato es el suministro, por parte de EL CONTRATISTA a EL CONTRATANTE de capacidad de potencia de energía eléctrica, conforme a los términos y condiciones aquí estipuladas. Con la firma del contrato, EL CONTRATISTA instalará y operará dentro del complejo industrial del CONTRATANTE el SISTEMA DE AUTOGENERACIÓN DE ENERGÍA DE LA FASE 1, que se describe en el anexo el cual hace parte integrante del presente contrato. El CONTRATANTE deberá cancelar un precio determinado por las cantidades que consuma, bajo el esquema Take or Pay o Take and Pay, de acuerdo con lo descrito en la cláusula séptima del presente instrumento”

En virtud del contrato referido, el contratista, adquiriría, entre otras obligaciones, la de “Realizar la instalación y montaje de los EQUIPOS DEL SISTEMA DE AUTOGENERACIÓN PROCAPS EN LA FASE 1 (ANEXO 1), de acuerdo con los diseños aprobados por EL CONTRATANTE en un período máximo de tres (3) meses de acuerdo con el cronograma establecido en el ANEXO 2,



contados a partir de la fecha de la firma y perfeccionamiento del presente contrato”. Al mismo tiempo, ASELCA se comprometió a “Efectuar las adecuaciones necesarias para que EL CONTRATANTE pueda consumir la energía eléctrica de la red externa en los casos en que LOS EQUIPOS DEL SISTEMA DE AUTOGENERACIÓN PROCAPS falle o no estén en operación”. (Ver cláusulas 5.3 y 5.5. del Contrato.

Al tiempo, se dispuso que el contratante, es decir PROCAPS tenía la obligación de “Pagar a el CONTRATISTA la facturación por el suministro de energía eléctrica consumida en los términos establecidos en el presente contrato.” (Ver cláusula 6.4 del negocio jurídico).

En lo que respecta a la facturación, las partes convinieron lo siguiente:

“Se ha estipulado entre las partes un consumo mensual garantizado contractual de 1.400.000 kWh/mes de energía bajo un esquema “Take or Pay” del 90% y el valor a facturar corresponde al precio por kWh del numeral 7.1.1 multiplicado por dicho consumo, sin embargo, para estimar la facturación mensual deben considerarse las siguientes situaciones:

- Si por razones no imputables a EL CONTRATISTA la cantidad de energía eléctrica consumida por el CONTRATANTE es menor o igual al 90% del consumo mensual garantizado contractual, la facturación se hará aplicando la tarifa establecida en el numeral 7.1.1. a 1.260.000 kWh/mes. En este caso el valor a facturar se denomina TAKE OR PAY (Pague lo contratado).
- Si por razones imputables a EL CONTRATISTA la cantidad de energía eléctrica consumida por el CONTRATANTE es menor al 90% del consumo mensual garantizado, la facturación se hará aplicando el valor establecido en el numeral 7.1.1. a la cantidad kWh efectivamente consumidos por EL CONTRATANTE en el mes a facturar.
- En el evento que el consumo de energía eléctrica sea superior al 90% del consumo mensual garantizado contractual, la facturación se hará aplicando la tarifa establecida en el numeral 7.1.1 a la cantidad de energía eléctrica efectivamente consumida por EL CONTRATANTE. El valor a facturar en este caso se denomina Take and Pay (Pague lo contratado).

De conformidad con esta cláusula se puede determinar que las partes convinieron un consumo mensual garantizado de 1.400.000 kWh/mes de energía. Lo anterior quiere decir representaba una obligación de ASELCA COLOMBIA S.A.S. garantizar la disponibilidad de energía en la cantidad referida para el consumo de PROCAPS, al tiempo que PROCAPS garantizaba consumir



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior Judicial de Barranquilla
Sala Sexta de Decisión Civil Familia

ese mínimo de energía. Cabe precisar que la obligación no se direccionaba en un solo sentido a que el contratante consumiera la energía, sino que previamente ASELCA debía garantizar la disponibilidad de ésta en los términos referidos. Cuando se hace referencia a consumo garantizado debe entenderse que el contratista tenía la obligación de generar la capacidad de potencia y energía eléctrica en la cantidad de 1.400.000 kWh/mes y no solamente que PROCAPS tenía la obligación de consumirla, como erróneamente lo interpreta la ejecutante, dado que se escapa de toda lógica garantizar un consumo de energía cuando no se tuviera la capacidad de potencia para generar la misma.

Si por razones no imputables a la ejecutante, PROCAPS no consumía más del 90% del consumo mensual garantizado contractual, es decir 1.260.000 kWh/mes, la facturación se haría aplicando la tarifa establecida en el numeral 7.1.1. Empero, si las razones son imputables al contratista la facturación se hará aplicando el valor establecido en el numeral 7.1.1. a la cantidad kWh efectivamente consumidos. En cualquiera de los escenarios el presupuesto se encontraba dado en disponer de la capacidad de potencia para generar la cantidad de energía referida.

A partir de lo anterior, para determinar el cumplimiento o incumplimiento de la obligación de suministrar la capacidad de potencia energía eléctrica establecida, se debe establecer inicialmente si efectivamente la cantidad de kWh/mes efectivamente fueron generados y se encontraban a disposición de PROCAPS en el período facturado. De igual forma se deberá determinar si el consumo de PROCAPS fue inferior al 90% del consumo garantizado y en tal caso establecer si ello se debió a razones imputables ASELCA.

De conformidad con el peritaje efectuado por el ingeniero electricista RENÉ ESAU ALTAMAR RAMOS, la Comunicación del 10 de octubre de 2018 emitida por INGENERGÍA COLOMBIA S.A.S. y el cuadro 3° aducido por ASELCA al momento de descorrer el traslado de las excepciones de mérito, se pudo establecer que la energía efectivamente generada por ASELCA dentro de los períodos facturados corresponde a las siguientes cantidades:

En el mes de enero no se registró generación de energía eléctrica por parte de ASLECA, habida cuenta de que la maquina G1 de 1.750 kW se encontraba en mantenimiento, de esta forma la autogeneración de energía fue de cero (0) kWh. En el mes de febrero de 2018 la cantidad de energía generada ascendió a 766.650 kWh/mes. En el mes de marzo correspondió a 970.961 kW. En el mes de abril se generaron 257.256 y en el mes de mayo no se registró autogeneración de energía eléctrica.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior Judicial de Barranquilla
Sala Sexta de Decisión Civil Familia

Sin embargo, el consumo total de energía por parte de PROCAPS fue muy superior al generado por ASELCA e incluso por encima del mensual garantizado. Veamos:

En el mes de enero de 2018 consumió 1.439.879 kWh (1.511.617kWh según el certificado de INGENERÍA), suministrados totalmente de la red de prestación de servicios públicos, es decir por parte de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. En el mes de febrero de 2018 el consumo total ascendió a 1.490.173 kWh/mes, de los cuales 766.650 fueron autogenerados por ASELCA y 723.523 por parte de ELECTRICARIBE. En marzo, el consumo registrado se fijó en 1.592.913 kWh, de los cuales 970.91 fueron autogenerados por ASELCA y 621.952 por ELECTRICARIBE. En el mes de abril, la energía consumida por PROCAPS fue de 1.433.412 kWh, de los cuales solo 257.256 kW fueron generados por ASELCA y el resto fueron suministrados por la red pública. En el mes de mayo el consumo ascendió a 1.558.824, en cuya generación no tuvo participación ASELCA.

Como puede advertirse con claridad manifiesta PROCAPS tuvo un consumo de energía superior al garantizado mensualmente, sin embargo ASELCA no puso a disposición la capacidad de potencia y energía eléctrica requerida. En principio, la Sala puede señalar que, con excepción del mes de octubre de 2017, la energía autogenerada por ASELCA fue interior al consumo mensual garantizado.

Esta conclusión coincide con lo establecido en el dictamen pericial rendido por el ingeniero RENÉ ALTAMAR en el cual se señaló lo siguiente:

“La revisión de estos datos nos permite concluir que el comportamiento de la demanda de energía eléctrica de Procaps ha sido, durante la vigencia del contrato objeto de este informe y luego de finalizado el contrato, uniforme y siempre superior al valor de referencia de 1.260.000 kWh, lo cual indica que Procaps requería para su consumo incluso cantidades de energía eléctrica superiores a las que generaría ASELCA según el contrato”.

Al tiempo que precisó: “Se evidencia que de todos los meses con información de la generación, solo un mes aplica para el escenario 1 de pagar lo contratado (octubre de 2017). En todos los meses de vigencia del contrato de energía generada no superó el umbral de 1.260.000 kWh ni se le atribuye a una condición de la demanda de energía de parte de Procaps, que esta generación no alcanzara ese valor”.

La Sala advierte que efectivamente ASELCA incumplió las obligaciones derivadas del contrato, no solo por el hecho de no instalar los equipos del sistema de autogeneración correspondientes a la Fase 1º dentro del término



estipulado de tres meses, como quiera que el motor de 1.25 megavattios tan solo fue instalado en el mes de agosto de 2017, conforme lo reconoció el mismo representante legal de la parte ejecutante, quien manifestó que “En el transcurso de contrato en el período comprendido entre el 19 de junio de 2016 y el 15 de agosto de 2017, ASELCA solo contaba con una unidad de 1,75 y no tenía la capacidad para cobrar el TAKE OR PAY.”; sino, además, porque no demostró tener la capacidad de potencia instalada para la generación de energía en los términos referidos, durante la ejecución del contrato y particularmente dentro de los períodos facturados.

La Sala arriba a esta conclusión, a partir de la valoración conjunta de los elementos de prueba aducidos, particularmente de los dictámenes periciales presentados por los ingenieros RENÉ ALTAMAR RAMOS y CRISTIAN HUMBERTO GONZÁLEZ PUA y de los documentos provenientes de INGENIERÍA. En su dictamen, el primero de los peritos, luego del análisis de los datos y conceptos suministrados, arribó a las siguientes conclusiones:

- *Durante los meses de ejecución del contrato, exceptuando octubre de 2017, la liquidación de la cantidad de energía generada por parte de ASELCA no alcanzó el valor de referencia de 1.260.000. Al no atribuirse la razón de no alcanzar ese valor a Procaps, la modalidad de liquidación para facturación de energía generada, correspondería a la pactada en el escenario 2 de la cláusula 7.4.1 del contrato celebrado entre PROCAPS y ASELCA.
(...)*
- *Procaps demandó energía eléctrica en todos los meses del contrato que celebró con ASELCA por encima del valor de referencia de 1.200.000 kWh pactado, por lo tanto Procaps aseguró una demanda suficiente para ser atendida de forma preferencia y mayoritaria por la autogeneración y fácilmente asimilable por escenarios de pago propuestos en el contrato.*
- *Haciendo relación entre los consumos de gas y los valores de energía generada, se puede concluir que las unidades de autogeneración 1 y 2 fueron operadas a valores muy inferiores a su capacidad nominal, puntos de operación en la cual la producción de energía eléctrica se hace ineficiente, produciendo mayor consumo de gas por unidad de energía generada. Esto se debe a que el solo hecho de tener una unidad encendida sin generación ya tiene un consumo (similar a un carro encendido que no se mueve), por lo tanto si genera poco, este costo más en el costo unitario de la energía que si genera mucha energía.*
- *Procaps tuvo la disponibilidad del combustible de gas natural para atender los requerimientos que tuvieron las unidades de generación, según información suministrada por Procaps, soportada en una autorización o confirmación de disponibilidad de suministro de gas natural por parte de la empresa Gases del Caribe, que fue puesta en conocimiento. Para este suministro no se evidenció ninguna reclamación por parte de ASELCA ni del proveedor de gas natural durante la vigencia del contrato.”*



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior Judicial de Barranquilla
Sala Sexta de Decisión Civil Familia

Cabe precisar que esta prueba no solo resulta ser válida, contrario a lo expuesto por ASELCA, sino además, eficaz en el propósito por demostrar la forma en que operó el sistema de autogeneración de energía y las cantidades de energía suministradas, tanto por el contratista, como por la red pública. La Sala no advierte ningún vicio en la prueba, ésta constituye una prueba practicada a partir de parámetros objetivos y con fuentes confiables, suministradas no solo por PROCAPS, sino también por INGENERGÍA y recolectadas en la visita a la planta de generación, contrario al dictamen aducido por la ejecutante. Aunado a lo anterior, la ejecutante no cuestionó la calidad del perito cuando se le otorgó la oportunidad para hacerlo.

Ahora bien, el argumento que presenta la ejecutante se basa en que cumplió con la obligación de suministrar la capacidad de potencia y energía eléctrica instalada al momento de instalar el segundo motor G2 de 1250 kW en el mes de agosto de 2017. La parte recurrente sustenta su argumentación en lo manifestado por el ingeniero CRISTIAN HUMBERTO GONZÁLEZ PUA, quien en la ratificación de su dictamen, indicó lo siguiente:

*“Se puede generar la potencia, cuando digo generar la potencia es tener la capacidad instalada en el sitio para poder responder a la demanda del consumidor. En este caso, si PROCAPS tiene una demanda pico, es decir la mayor potencia que puede demandar ese consumidor en un período de tiempo determinado, eso significa que es necesario instalar una cantidad mayor, es decir una capacidad superior a la demanda pico. (...) Si la capacidad en planta no es superior a la demanda pico no se podrá proveer lo que requiere el cliente o el usuario.
(...)”*

En este caso la capacidad instalada original, al principio de la fase uno fue de 1,75 megavatios cuando la demanda pico estaba muy por debajo, 1,2 megavatios. (...) con el transcurrir del tiempo esa potencia que tenemos instalada se puede transformar en energía.”

Al tiempo, el perito precisó que la condición de pagar lo contratado se cumplió cuando se instaló la segunda máquina de 1,25 MW, de tal forma que se completó la cantidad de tres (3) MW instalados, que según su criterio era la única condición que está en el contrato para que ASELCA tuviera el derecho de cobrar pague lo contratado. Así, expresamente indicó:

“Los meses de enero a mayo de 2018 la capacidad de potencia de los equipos estuvo disponible para generar la energía contratada”, señalando que “una máquina que está en mantenimiento contractualmente hablando es una máquina que está disponible”, sin embargo, ante la pregunta referida al por qué la maquina 1 luego del overhaul no produjo mayor cantidad de energía en relación con la demandada por PROCAPS, señaló que no sabía por qué la maquina no asumió mayor carga, manifestando expresamente que “no tenía conocimiento”

17



Valoradas las anteriores pruebas, la Sala debe señalar que no es cierto que el simple hecho de que las maquinas tuvieran una capacidad nominal era indicativo de que la energía se encontrara disponible para ser consumida por PROCAPS como erróneamente lo plantea la recurrente. Era obligación de ASELCA generar la capacidad de potencia y energía equivalente al consumo mensualmente garantizado, atendiendo a la demanda de PROCAPS, es decir, que si ésta requería energía, aquella la debía suministrar en las cantidades previamente determinadas. En otros términos, no bastaba con que las maquinas instaladas pudiera eventualmente generar la cantidad de energía descrita, sino que efectivamente se debía producir y suministrar a PROCAPS atendiendo la demanda de ésta, que valga reiterar, todos los meses fue superior al consumo mensualmente garantizado de 1.400.000 kWh/mes. Respecto a este punto, en el dictamen pericial realizado por el ingeniero RENÉ ALTAMAR RAMOS expresamente se indicó:

“Por estas razones, la capacidad real para entregar energía útil a una instalación eléctrica no se puede liquidar con los valores nominales de la máquina, los cuales son netamente comerciales y teóricos, y sirven de base solo para diseño de aplicación. **La energía eléctrica se liquida con los valores reales entregados por la unidad de generación.**” Resaltado fuera de texto.

Encontrándose demostrado que PROCAPS tuvo un consumo superior al mensualmente garantizado y que ASELCA no tuvo la capacidad de generar dicha energía, se puede establecer sin lugar a equívocos que PROCAPS no consumió más del 90% del consumo de energía mensualmente garantizado del sistema de autogeneración de energía, por razones imputables a ASELCA.

De conformidad con lo anterior, se reitera que en efecto ASELCA no tuvo la capacidad de producir la cantidad de energía requerida por PROCAPS. Esta afirmación coincide con la declaración del ingeniero LEOPOLDO JOSÉ PARDO IGUARÁN, quien señaló que desde un inicio de la ejecución del contrato, a PROCAPS le correspondió comprar energía por parte de un comercializador distinto, toda vez que la ASELCA no generó la energía requerida.

El argumento de la ejecutante indicando que no se generó y suministró mayor cantidad de energía porque PROCAPS asumió un compromiso con ELICTRICARIBE que le impedía exportar energía a la red, no resulta válido, habida cuenta de las siguientes razones:



I) PROCAPS priorizaba el consumo de energía autogenerada, toda vez que, como lo señaló la representante legal de la demandada no había incentivo alguno para consumir la energía de ELECTRICARIBE, la cual resultaba más costosa. Lo anterior se evidencia a partir del consumo del mes de octubre del 2017, en el cual PROCAPS tuvo un consumo total de 1.718.014 kWh/mes, de los cuales únicamente 233,232 fueron suministrados por ELECTRICARIBE y el resto, es decir 1.484.782 fueron suministrados por ASELCA. Este constituye el único mes en que la contratista generó el consumo garantizado mensualmente. En el supuesto en que aquella efectivamente tuviera la capacidad para generar la energía requerida por ASELCA el comportamiento habría sido similar al mes referido. Resulta así alejada de la realidad la afirmación del representante PERALTA y del señor ARNALDO ANGULO URIBE, quienes señalaron que si ASELCA sobrepasaba el consumo requerido por PROCAPS, el sistema se apagaba, puesto que ello no sucedió en el mes de octubre cuando se sobrepasó la cantidad de energía inicialmente definida como consumo garantizado. Tampoco es cierto lo manifestado por ARNALDO ANGULO URIBE cuando señala que en varias oportunidades el suministro de energía por parte de ASELCA superó el consumo garantizado, pues ello tan solo ocurrió en el mes de octubre de 2017 como ya se advirtió.

II) El proceso de generación de energía se encuentra a cargo del operador, es decir, ASELCA, de esta forma se señaló en el Dictamen Pericial expresamente “Este es un proceso que está a cargo del operador de la planta de autogeneración y es éste quien decide cuanta potencia eléctrica entrega un generador al sistema que está abasteciendo” De igual forma fue ratificado en audiencia por el ingeniero RENÉ ALTAMAR, cuando indicó: “La planta que entra a suministrar energía lo hace en el momento y en la magnitud y bajo el control del operador de la red y a su vez es capaz de determinar, mediante los controles de la máquina, la cantidad de energía que ésta le puede inyectar a las cargas, e este caso a PROCAPS, haciendo que simplemente la diferencia entre lo que se está aportando como energía autogenerada y la demanda verdadera es lo que suministra ELECTRICARIBE. Simplemente ellos determinan cuanta energía se debe inyectar con el máximo de capacidad que puedan entregar las maquinas en ese momento y el resto simplemente lo agrega ELECTRICARIBE. (...) Lo de ELECTRICARIBE no se controla, simplemente el operador de la planta le indica al sistema que debe entregar.” Lo anterior, se ratifica incluso con la declaración del señor ARNALDO ANGULO URIBE, quien manifestó que el funcionamiento de la maquina G2 era manual y que además ésta no se encontraba sincronizada a la red pública de energía.

Así las cosas, la Sala puede concluir sin lugar a dudas que ASELCA no tuvo la capacidad instalada para generar la energía requerida por PROCAPS durante la



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior Judicial de Barranquilla
Sala Sexta de Decisión Civil Familia

ejecución del contrato. La Sala arriba a esta conclusión con base en las consideraciones expuestas, las cuales se resumen a continuación:

- Desde un inicio, el operador no instaló integralmente el sistema de autogeneración de energía en los términos establecidos, lo que le impedía tener la capacidad de potencia y energía eléctrica instalada. En el escrito que descorre traslado de las excepciones el mismo demandante afirma que del 19 de julio de 2016 al 15 de agosto de 2017 no tuvo la capacidad para generar la energía requerida equivalente al consumo mensual garantizado, como quiera que tan solo operaba una de las maquinas. 1.75 MW. Por tal razón solo se cobraba lo consumido por PROCAPS, debido a que no se contaba con la capacidad instalada para suministrar el TAKE OR PAY.
- La energía consumida por PROCAPS durante todo el período de facturación fue superior al consumo mensualmente garantizado, con lo cual ésta cumplió la obligación derivada del negocio jurídico.
- ASELCA no puso a disposición la capacidad de potencia y energía eléctrica requerida, con excepción del mes de octubre de 2017, en tanto que la energía autogenerada por ASELCA fue interior al consumo mensual garantizado.
- No había forma que PROCAPS consumiera más del 90% de la cantidad de energía autogenerada garantizada pactada en el contrato si ASELCA no la producía. Era materialmente imposible. En el mes en el que el contratista tuvo la capacidad para producir la energía requerida, PROCAPS la consumió en las cantidades pactadas en el contrato.
- La capacidad de las maquinas era nominal, es decir que podían a llegar a generar la energía requerida tan solo en un escenario ideal, funcionando conjunta y plenamente 24 horas al día durante todo el mes. Así, cuando al perito se le pregunta si es cierto que el motor 1,25 megavatios tiene una capacidad instalada de 1,25 kWh/mes, éste expresamente indicó “No es cierto, porque la capacidad del motor está dada en Kw, la capacidad es de 1,250 kw que podría en condiciones ideales teóricas, durante 24 horas al día y durante 30 días continuos sin parar, generar 900.00 kWh, pero yo no puedo decir que la capacidad nominal del equipo sean 900.000 kWh.”, afirmación que no logra desvirtuar con la declaración del señor ARNALDO ANGULO URIBE.
- No se podía tener ni siquiera nominalmente la capacidad instalada de potencia y energía cuando las maquinas no estuvieron funcionando completamente



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior Judicial de Barranquilla
Sala Sexta de Decisión Civil Familia

desde el mes de diciembre de 2017 hasta finales del mes de enero de 2018, así lo reconoció el mismo representante legal de ASELCA al señalar que “La planta 1 de 1750 trabajó hasta el 20 de diciembre de 2017 hasta el 27 de enero de 2018, siendo la razón por la cual no se generó energía.”

Ahora bien, el señor PERALTA, el perito aducido por ASELCA y el señor ANGULO señalaron que se facturó el mes de enero de 2018, a pesar de que el motor 1 se encontraba en mantenimiento, puesto que ello se encontraba estipulado en el contrato. Sin embargo esta afirmación se aleja de la realidad contractual, toda vez que en el negocio jurídico referido no se realizó estipulación en tal sentido. Por el contrario, en el contrato se dispuso que el mantenimiento de los equipos y el costo de éste se encontraba en cabeza del contratista. Así, en la cláusula 5.6 se dispuso como obligación de ASELCA “asumir la totalidad de los costos de mantenimiento tanto programado como no programado y los costos de operación de LOS EQUIPOS DEL SISTEMA DE AUTOGENERACIÓN PROCAPS FASE 1, durante la vigencia del contrato.” Al tiempo que se obligó a “Garantizar la disponibilidad mecánica mínima del SISTEMA DE AUTOGENERACIÓN PROCAPS, descrito en el anexo 1, del 95% evaluada cada 12 meses. Para ello EL CONTRATISTA informará mensualmente al CONTRATANTE, mediante un reporte escrito de operaciones el comportamiento del SISTEMA DE AUTOGENERACIÓN PROCAPS.”

De conformidad con lo anterior, si el mantenimiento de los equipos de autogeneración se encuentra en cabeza de ASELCA, mal haría en generar la facturación de los períodos en los cuales los equipos no se encuentran en funcionamiento, porque claramente no habría capacidad instalada para generar energía. En el mismo sentido, no se puede realizar facturación del mes de mayo, cuando el contrato finalizó el 12 de abril de 2018.

Aunado a todo esto, en los períodos anteriores, la facturación se realizó con base en el escenario 2 de la cláusula 7.4.1 del negocio jurídico suscrito y las condiciones no variaron para poder facturar TAKE OR PAY. El representante legal de ASELCA reconoce que el cobro de las anteriores facturas se hacía por el monto de la energía efectivamente consumida y señala que se comenzó a cobrar TAKE OR PAY en el mes de junio de 2018, luego de finalizado el contrato porque se detuvo el funcionamiento de las máquinas.

Por su parte, las declaraciones de los señores CARLOS RAMÍREZ y MARTÍN GÓMEZ, bajo el criterio de esta Sala, no contribuyen a soportar la tesis de la ejecutante que indica que ASELCA puso a disposición de PROCAP la capacidad de potencia y energía requerida por ésta, puesto que último de hecho aceptó que en uno de los informes por él suscrito se pudieron cometer errores en relación



con la generación de energía de uno de los motores y que los datos suministrados en relación con las cifras eran hipotéticos y que no necesariamente podían ser acordes con la realidad.

Conclusiones de la Sala

De conformidad con todo lo anterior, la Sala puede advertir claramente que no se encuentran dadas las condiciones para seguir adelante la ejecución al interior del presente proceso, como quiera prospera la excepción de incumplimiento del contrato que es parte del título ejecutivo complejo aducido al interior del proceso, toda vez que la ejecutante incumplió con la obligación principal de disponer y suministrar la capacidad de potencia y energía eléctrica requerida por PROCAPS. De esta forma, si bien es cierto se podía expedir o emitir las facturas, pero razón había para no aceptarlas y mucho menos pagarlas. Así las cosas, la Sala encuentra ajustada a derecho la decisión del juez de primera instancia, por lo cual procederá a su confirmación.

Acerca del reparo planteado por la ejecutada.

Ahora bien, en lo que respecta al reparo planteado por el demandante, en el sentido de señalar de establecer condena en perjuicios de forma abstracta, la Sala debe señalar que en efecto el numeral 3° del artículo 443 del C.G.P. contempla tal posibilidad. Así, la norma en comento expresamente señala:

“La sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso; en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquel haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso.”

La anterior disposición contempla una de las excepciones en las que resulta procedente la condena en abstracto. Así, cuando la sentencia resultare totalmente favorable al demandado, se condenará al ejecutante no solo en costas, sino también en perjuicios que se hayan ocasionado con la práctica de las medidas cautelares. La demostración y liquidación de estos perjuicios se hará al interior del trámite incidental, conforme lo instituye el inciso 3° del artículo 283 del C.G.P.

“En los casos en que este código autoriza la condena en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, estimada bajo juramento, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia respectiva o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior. Dicho incidente se resolverá mediante sentencia. Vencido el término señalado sin promoverse el incidente se extinguirá el derecho.”

Así las cosas, en el caso bajo estudio, en efecto procedía la condena en perjuicios de forma abstracta, a lo cual se accederá, para lo cual se habrá de modificar la



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior Judicial de Barranquilla
Sala Sexta de Decisión Civil Familia

sentencia de primera instancia, a fin de adicionar un numeral en el que se establezca tal condena. Los demás apartes de la sentencia serán objeto de confirmación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Civil Familia, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. Confirmar la sentencia de primera instancia, exclusivamente en lo relativo con declarar probada la excepción de incumplimiento contractual de ASELCA, con excepción del numeral 5º, el cual se modificará para adicionarlo. Así:

CONDENAR así mismo a la parte ejecutante ASESORES DEL CARIBE COLOMBIANA, S.A.S al pago de perjuicios que hubiere sufrido la parte ejecutada PROCAPS con ocasión de las medidas cautelares practicadas. La determinación y liquidación de los perjuicios debe atender las reglas y procedimientos consagrados en el artículo 283 del C.G.P.

2. Condénese en costas de segunda instancia a la parte ejecutante. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.
3. Una vez ejecutoriada la presente decisión, remítase el expediente al juzgado de origen.

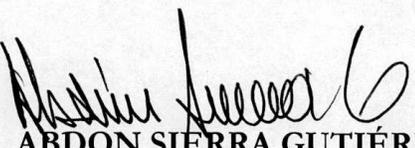
NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.



SONIA ESTHER RODRÍGUEZ NORIEGA
Magistrada



VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ
Magistrada



ABDON SIERRA GUTIÉRREZ
Magistrado