

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala Quinta Civil-Familia

Magistrada Sustanciadora:
GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO

Código. 08001315300720180031201
Rad. Interno. **43262**

Barranquilla, ocho (08) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y aprobado según acta de Sala n°. 109.

Se resuelve por este proveído, el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia fechada 06 de abril de 2021, proferida por el Juez Séptimo Civil del Circuito de Barranquilla dentro del proceso verbal de *'responsabilidad civil contractual'* promovido por Electricaribe SA ESP En Liquidación, contra la Unión Temporal de Servicios Energéticos (UTSEI), conformada por la sociedad SRG Eléctrico Telecomunicaciones e Inversiones SAS y la sociedad Servicios Técnicos y Gestión Administrativa Ltda; así como contra la Compañía Aseguradora de Fianza SA – Confianza SA.

I. ANTECEDENTES

1.1. La parte actora pretende que se declare que la unión temporal convocada incumplió los contratos n°. 4111000178 y 4111000181; y que, como consecuencia de tal declaración, se le condene a pagar las sumas descritas en la demanda por conceptos de pagos realizados a trabajadores, sanciones y multas que resultaron del incumplimiento de los contratos, así como los montos establecidos en las cláusulas penales de ambos contratos.

1.2. En la causa petendi el apoderado judicial expresó primeramente que ambos contratos fueron celebrados entre Electricaribe SA ESP y la unión temporal demandada el 1º de julio de 2011 y su objeto es *"...la operación y mantenimiento de la*

medida, construcción y mantenimiento de redes de distribución de electricidad y procesos del servicio al cliente en el sector Atlántico Norte.”

Que, debido a los reiterados incumplimientos, envió comunicaciones de terminación unilateral de los contratos en fechas 25 de enero de 2016 – *respecto del contrato 4111000178* – y 26 de enero de 2015 – *respecto del contrato 4111000181* –; y que, en múltiples oportunidades, requirió a UTSEI para liquidar de mutuo acuerdo los contratos, pero que, ante la imposibilidad de realizarlo, lo sociedad actora lo hizo de forma unilateral.

Expuso que la fecha de esa liquidación unilateral, la unión temporal había presentado a demandante, facturas por valores totales de \$173.099.117,7 con ocasión del contrato 4111000178, y \$110.447.595 con relación al contrato 4111000181.

Que, tal como consta en el acta de liquidación unilateral, descontó de las sumas adeudadas frente a la unión temporal, las sumas siguientes sumas de dinero por concepto de materiales entregados y no justificados:

- \$150.672.753 en el contrato 4111000178.
- \$212.317.413 en el contrato 4111000181.

Que, en cumplimiento del párrafo tercero de la cláusula séptima de cada uno de los contratos, realizó pagos a trabajadores que adeudaba la unión temporal convocada, que ascienden a los siguientes montos:

- \$668.997.189 en el contrato 4111000178.
- \$524.847.797 en el contrato 4111000181.

Que, de acuerdo con lo pactado en el contrato, Electricaribe SA ESP impuso a la unión temporal convocada las siguientes sanciones y multas:

- \$272.216.314 en el contrato 4111000178.
- \$145.568.199 en el contrato 4111000181.

Que, en cada uno de los contratos, se pactó cláusula penal en la que se estableció como monto a pagar en caso de incumplimiento, las sumas de:

- \$39.000.000 en el contrato 4111000178.
- \$15.344.689 en el contrato 4111000181.

Señaló que el incumplimiento de ambos contratos se encuentra amparado por pólizas que otorgó la Compañía Aseguradora de Fianza – Confianza SA, frente a la cual se presentaron las debidas reclamaciones.

1.3. La demanda fue admitida por auto del 18 de agosto de 2019; el que fue notificado personalmente a la entidad aseguradora y por emplazamiento a las sociedades que conforman el consorcio demandado.

La Compañía Aseguradora de Fianzas – Confianza SA, manifestó que no le constan los hechos salvo las reclamaciones efectuadas por Electricaribe SA ESP para afectar las pólizas de seguro de amparaban los contratos y que en su oportunidad las objetó.

Esa entidad formuló las excepciones de (i) inexistencia de solidaridad; (ii) prescripción de cualquier acción derivada del contrato de seguro; (iii) ausencia de prueba del siniestro y su real cuantía, así como de los presuntos perjuicios imputados al garantizado; (iv) inexigibilidad de los amparos de cumplimiento y de materiales por expiración de la vigencia desde el 30 de septiembre de 2015; (v) inexigibilidad del seguro por cláusulas penales, multas, lucro cesante, perjuicios indirectos, pagos a terceros o a subcontratistas, perjuicios futuros y/o eventuales, imprevisibles, inciertos por no cobertura y expresa exclusión; (vi) reducción de la

indemnización; (vii) inexigibilidad de intereses con cargo al seguro; y (viii) excepción genérica.

La curadora ad-litem de las sociedades SRG Eléctrico Telecomunicaciones e Inversiones SAS, y Servicios Técnicos y Gestión Administrativa Ltda, contestó la demanda exponiendo que no le constan los hechos motivo de la demanda, que no formula excepciones y que se atiene a lo probado en el proceso.

1.4. Surtida en su integridad la primera instancia con decreto y práctica de pruebas, el Juez Séptimo Civil del Circuito de Barranquilla profirió sentencia en audiencia celebrada el 06 de abril de 2021, por medio de la cual, declaró el incumplimiento de los contratos y condenó la unión temporal demandada condenándola a pagar las penas señaladas en los contratos, así como las multas; así como las multas y sanciones impuestas con ocasión del incumplimiento. Fue negado el reembolso de las obligaciones laborales, previa consideración que no existe prueba de su pago efectivo.

Respecto de la aseguradora demandada, se abstuvo de condenarla al pago de cualquier suma, tras considerar que los únicos rubros reconocidos están expresamente excluidos en las pólizas.

1.5. Inconforme, el apoderado judicial de la parte demandante formuló recurso de apelación que fue concedido en audiencia; y en la oportunidad procesal el recurrente formuló por escrito los siguientes reparos concretos:

1) Los acuerdos de conciliación suscritos por ELECTRICARIBE S. A. ESP dan fe de la ocurrencia del siniestro y de su cuantía, así como de los pagos realizados.

2) El despacho judicial no hace uso del deber-poder que sobre este recae para decretar pruebas de oficio y evitar sentencias injustas

3) Indebida tasación de agencias en derecho: no se tasaron a favor de ELECTRICARIBE, muy a pesar de no abstenerse de condenar en costas.

Además, sustentó en extenso cada uno de los puntos concretos de inconformidad.

1.6. Allegado el expediente a esta superioridad, se admitió la alzada y se ordenó correr el traslado de que trata el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

La parte demandante presentó en oportunidad, escrito por el que reafirmó todos los planteamientos expuestos el memorial de reparos concretos. La vocera judicial de Confianza SA señaló que la sentencia de primera instancia es justa y reiteró los planteamientos de su contestación y excepciones.

1.7. Agotada la segunda instancia y encontrándose en oportunidad, se profiere sentencia por medio de la cual se resuelve la alzada, no sin antes dejar establecido que los presupuestos procesales se hallan cumplidos satisfactoriamente, por cuanto el juzgado de instancia y este Tribunal son competentes para decidir el asunto, por su naturaleza y cuantía entre otros factores determinantes.

La demanda reúne los requisitos de forma exigidos por la ley y las partes resultan capacitadas civil y procesalmente para intervenir en esta litis. Tampoco se observan irregularidades que puedan afectar la validez del trámite, en tal razón se emite fallo de fondo, previas las siguientes

II. CONSIDERACIONES

Debe primeramente expresar la Sala que de acuerdo con los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, la competencia de esta Sala como juez adquem se limitan a resolver sobre los reparos concretos elevados en su debida oportunidad y que hayan sido debidamente sustentados, también el momento establecido.

Los reparos concretos objeto de análisis no son otros que los presentados (i) al momento de la interposición del recurso de forma oral una vez notificada en estrados la sentencia; (ii) dentro de los tres días siguientes a la finalización de la audiencia en que haya sido proferida la sentencia; y/o (iii) dentro de los tres días siguientes a la notificación por estado de la sentencia que haya sido proferida por escrito.

La oportunidad de sustentación es el traslado que para tal efecto se otorga en esta instancia de acuerdo con el artículo 327 CGP en consonancia actualmente con el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020. Sin embargo y conforme la reciente sentencia STC2963-2021, se han admitido como sustentación las exposiciones en extenso formuladas por escrito dentro de las oportunidades para presentar reparos concretos.

Dicho lo anterior y previo al análisis de los reparos concretos, se tiene que la discusión en este proceso se enmarca en la responsabilidad civil contractual de las sociedades SRG Eléctrico Telecomunicaciones e Inversiones SAS y Servicios Técnicos y Gestión Administrativa Ltda, que conforman la Unión Temporal de Servicios Energéticos (UTSEI), por el acusado incumplimiento de los contratos n°. 4111000178 y 4111000181; así como en el deber de la Compañía Aseguradora de Fianza – Confianza SA, como entidad aseguradora del referido incumplimiento.

La responsabilidad civil contractual es la derivada de la inejecución total, parcial o ejecución defectuosa y/o tardía, de un contrato válido celebrado entre el agente y la víctima; responsabilidad esta que también emerge del artículo 2341 del Código Civil, con la particularidad, que supone la existencia de un contrato válido.

Cabe resaltar que los elementos de la responsabilidad civil son (i) el hecho; (ii) el daño; (iii) el subjetivo – *culpa o dolo* –; y (iv) el nexo de causalidad entre el hecho y el daño. Y debe dejar claro la Sala que, en materia de responsabilidad civil contractual, el hecho no es otro que el incumplimiento total o parcial; o que, existiendo cumplimiento, este haya sido defectuoso o moroso.

Tales elementos, de acuerdo con el artículo 167 del Código General del Proceso, deben ser probados por la parte demandante; no obstante, cabe la posibilidad que no haya necesidad de probanza con relación a los perjuicios o ciertos de ellos, debido a la estimación anticipada que de estos se haga mediante la cláusula penal reglada en el artículo 1592 del Código Civil y siguientes; y 867 del Código de Comercio.

En el caso bajo examen, ninguna discusión existe en torno al incumplimiento por parte de la Unión Temporal de Servicios Integrales, con relación a los contratos n°. 4111000178 y 4111000181 que celebró con Electricaribe SA ESP En Liquidación; pues así fue declarado por el juzgador en la sentencia de primera instancia, así como respecto de la obligación de pagar las penas pactadas y las sanciones.

Nada se discute tampoco con relación a la improcedencia de pago por parte de la aseguradora, respecto de los rubros por los que fue impuesta la condena en primera instancia.

Así, procede la Sala a estudiar los reparos concretos, comenzando en un primer punto, por los reparos n°. 1 y n°. 2, que se refieren a la prueba del siniestro y su cuantía, así como a la facultad deber del juez de conocimiento para obtener elementos en tal sentido; y luego, en un segundo punto, el reparo n°. 3, que cuestiona la condena en costas.

2.1. Al abordar el anunciado estudio, se tiene que la parte recurrente se duele de la negativa a reconocer la indemnización por el pago de acreencias laborales en que dijo incurrió su mandante.

Debe establecerse que, las reclamaciones realizadas frente a la Compañía Aseguradora de Fianza – Confianza SA, pretendían la indemnización por el pago de tales acreencias, que según lo manifestado fue cubierto por Electricaribe SA ESP En Liquidación, pese a que los trabajadores tenían relación laboral con la unión temporal demandada. Conceptos que se encuentran amparados por la póliza como se logra ver en la cláusula 5.4. del clausulado presentado por la aseguradora convocada a juicio.

Esas reclamaciones fueron objetadas señalando que no se encontraba probado el siniestro y en efecto; así lo determinó el a-quo cuando, en la sentencia apelada indicó que pese a la aportación de actas de conciliación por medio de las cuales, la sociedad demandante asumió la solución de tales conceptos; no se allegó evidencia de su pago efectivo.

Antes de discurrir en el análisis del acervo probatorio, en el cual, dice el apelante se encuentra acreditado lo necesario para el reconocimiento de ese perjuicio y que la aseguradora demandada deba pagar la respectiva indemnización, debe recordarse que los contratos incumplidos y que son motivo de este pleito, son el n° 4111000178 y el 4111000181, ambos celebrados – de acuerdo a lo narrado en el libelo introductor y las copias de los contratos que obran en el expediente – el 1° de julio de 2011 entre la sociedad demandante y UTSEI.

Con la diferencia de que la circunscripción territorial de ejecución del primero de los contratos es Atlántico Norte y del segundo Bolívar Norte, en la cláusula primera de ambos se encuentra definido su objeto de la siguiente forma:

PRIMERA. – **OBJETO** – *EL CONTRATISTA se obliga a adelantar la OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA MEDIDA, CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE REDES DE DISTRIBUCIÓN DE ELECTRICIDAD Y PROCESOS DE SERVICIO AL CLIENTE EN ELECTRICARIBE, las cuales involucran el desarrollo y mantenimiento de la red de distribución, el mantenimiento y normalización de la medida y el servicio al cliente a través de los modelos implementados para la gestión durante los procesos de normalización, todo esto acompañado de un sistema de gestión activo y con todos los equipos, vehículos y herramientas necesarias para la prestación del servicio oportuno, de alta calidad y efectivo. Esta forma de operar y prestar el servicio se denominará **CENTRO DE SERVICIO.***

La unión temporal debía ejecutar sus obligaciones por su propia cuenta, claro está, y eso no pone en tela de juicio la solidaridad patronal a voces del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, la que se halló probada en primera instancia de acuerdo con la cláusula séptima de cada uno de los contratos y que no es motivo de apelación.

Se itera que la discusión es en cuanto a la prueba del perjuicio patrimonial de Electricaribe SA ESP En Liquidación, por haber cubierto esas obligaciones laborales con ocasión de la solidaridad derivada de los contratos n° 4111000178 y el 4111000181.

De entrada debe decir la Sala que no comparte el planteamiento del sentenciador de primera instancia, según el cual, la sola existencia de las actas de conciliación no demuestra el perjuicio patrimonial sufrido por el la actora, pues, dejó de lado que el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico o estimables en dinero, que se conforma por un rubro de activos en el que se encuentran los derechos reales y personales – *los créditos* – ; y un rubro de pasivos que contienen las *prestaciones* a cargo de la persona natural o jurídica determinada.

Las obligaciones, en sentido general, no son otra cosa que un vínculo jurídico con base en el cual, una persona debe realizar o pagar una prestación en favor de otra, aquella se denomina deudor – *debitor* – y esta, acreedor – *creditor* –. Y conocido es también que las prestaciones pueden ser de dar, de hacer o de no hacer.

En el caso bajo examen, evidentemente, el acta de conciliación es un documento que presta mérito ejecutivo frente a quien en ella se repute como deudor, de conformidad con el artículo primero de la Ley 640 de 2001; acta que lógicamente contiene una obligación clara, expresa y exigible – de acuerdo con cada caso – que constituye el patrimonio del deudor en el rubro de pasivos.

Entonces, no es recibo para esta Sala el argumento según el cual, en este caso, el perjuicio patrimonial solo emana del pago efectivo de una obligación, cuando su sola existencia ya conforma el patrimonio del deudor al punto que, se

encuentra compelido al pago y puede ser ejecutado en el evento de incumplimiento.

Dicho lo anterior, corresponde a la Sala referirse concretamente a las actas de conciliación aportadas, con el fin de establecer si en este caso, contienen una obligación en la que, resulte como deudor Electricaribe SA ESP En Liquidación; y como acreedores, los trabajadores contratados por Unión Temporal de Servicios Energéticos Integrales para la ejecución de los contratos n° 4111000178 y el 4111000181. Esto con el fin de establecer esa circunstancia constituye perjuicio patrimonial en los términos del contrato de seguro, cuyo incumplimiento también aquí se discute.

El estudiar las probanzas aportadas se tiene que, en efecto, la sociedad demandante allegó diversas actas de conciliación suscritas ante el Ministerio del Trabajo y que clasificó así: *“ATLÁNTICO ACCIONAR”*, *“BOLÍVAR ACCIONAR”*, *“BOLÍVAR UTSEI”* y *“CESAR ACCIONAR”*.

2.1.1. De entrada se advierte que las obligaciones contenidas en las actas de conciliación referidas al Departamento del Cesar, deben ser descartadas, toda vez que, se escapan del objeto de los contratos en cuestión, lo que se acompasa con el hecho de que, en ellas no se encuentre expresamente identificado que hayan surgido con ocasión a alguna de esas específicas contrataciones.

En las actas de conciliación catalogadas como *“ATLÁNTICO ACCIONAR”* y *“BOLÍVAR ACCIONAR”*, tampoco se encuentra especificado que hayan emanado de los contratos n°. 4111000178 y 4111000181; pero, además, no establecen una obligación que forme parte del patrimonio de la sociedad actora y que pueda ser apreciado con un perjuicio para esta.

Ello pues, Electricaribe SA ESP no participó en las conciliaciones celebradas y reflejadas en esas actas y si bien en la cuarta de las manifestaciones que dieron lugar acuerdo se expresó que el servicio pudo haber beneficiado eventualmente a esa empresa¹; quien realmente participó en la audiencia de conciliación con el trabajador, fue la Cooperativa de Trabajo Asociado Accionar (CTA), entidad esta última que se obligó a reconocer y pagar sendas sumas de dinero por concepto de diversas “compensaciones”.² También, según lo expresamente acordado, no hubo relación de subordinación entre el trabajador y Electricaribe, ni entre el trabajador y UTSEI³.

Esta misma circunstancia también se presenta con relación a las actas de conciliación catalogadas como “CESAR ACCIONAR”, cuya inclusión para efectos indemnizatorios, ya fue descartada.

Lo anterior permite ver que, como en esas actas de conciliación no participó Electricaribe SA ESP, en ellas incluso se descarta haya existido relación de subordinación alguna entre los trabajadores, la demandante y la unión temporal demandada; así como que, no se consignó ninguna obligación a cargo de Electricaribe SA ESP y tampoco prestan esos documentos mérito ejecutivo frente a esta empresa; no es posible entenderlas como una obligación que conforme el pasivo de esta última sociedad, menos aún, un perjuicio patrimonial derivado del incumplimiento de los contratos n°. 4111000178 y 4111000181.

Dicho lo anterior, la única forma de que pueda entenderse entonces como perjuicio sufrido por la actora con ocasión del incumplimiento de los ya

¹ La cuarta manifestación reza que “...eventualmente pudieron llegar a beneficiar a la Electrificadora del Caribe S.A. E. S. P. (“Electricaribe”), en razón de una relación contractual existente entre Electricaribe y UTSEI para la prestación de servicios profesionales independientes”.

² Actas de conciliación. Acuerdo. Numeral primero

³ *Ibíd.* Numeral segundo.

mencionados contratos celebrados con UTSEI, es que, además de la predicación de la obligación legal, haya efectivamente pagado esos créditos.

Sobre tal, debe decirse que si bien junto con todas las ya relacionadas actas de conciliación figuran misivas rubricadas por la señora Yaceth Ruidíaz Santillana, del Departamento de Contabilidad de CTA; y dirigidas a Electricaribe SA ESP manifestando haber realizado pagos a los trabajadores; lo cierto es que no es viable entenderlo como una constancia de pago de las obligaciones laborales, pues en primer lugar, la constancia no proviene directamente de los acreedores que en apariencia recibieron los pagos, y la Cooperativa de Trabajo Asociado Accionar no es parte en este proceso como para entender que esos documentos le son oponibles y pueda desgajarse la efectividad de las soluciones allí declaradas.

Tampoco existe evidencia de la entrega de esos dineros por parte de Electricaribe a CTA; pero en todo caso, es de resaltar, que en las referidas cartas se indica que los pagos se habrían realizado con anticipos entregados por la sociedad demandante; se itera que no existe evidencia del pago de tales anticipos, sin embargo, se trataría entonces de dineros que realmente corresponden al pago del servicio que en un margen haya prestado el contratista y entonces, ya estaría incluido ese perjuicio dentro de la estimación anticipada plasmada en la cláusula penal.

2.1.2. Las actas de conciliación catalogadas “*BOLÍVAR UTSEI*” tienen una particularidad diversa, en estas si hubo participación de Electricaribe SA ESP a través de apoderado, si fueron suscritas por esa sociedad y en ellas si figura el compromiso de esa empresa en el reconocimiento y pago de obligaciones laborales a favor de los trabajadores.

Lo anterior significa que las citadas actas de conciliación prestan mérito ejecutivo contra Electricaribe SA ESP En Liquidación, contienen obligaciones a cargo de esa sociedad, obligaciones que forman parte de su patrimonio en el rubro de pasivos y que eventualmente constituirían un perjuicio patrimonial.

No obstante, los títulos ejecutivos deben entenderse como un todo y ser analizados de forma integral; y al hacer tal análisis de las referidas actas de conciliación, se tiene que lo narrado en la parte que contiene el “acuerdo”, no hace referencia alguna al contrato con fundamento en el cual, surge el vínculo de Electricaribe con los trabajadores.

Tal mención se realiza en el los “supuestos de hecho” que le abren paso, en los que se invoca como fundamento de la intervención de Electricaribe SA ESP, el contrato que esta sociedad celebró con UTSEI el 1º de octubre de 2011 para la operación y mantenimiento de la medida, construcción y mantenimiento de redes de distribución de electricidad y procesos de servicio.

Desconoce esta Sala las particularidades del contrato celebrado el 1º de octubre de 2011, pero si le queda claro, que ese no es ninguno de los contratos cuyo incumplimiento ha sido declarado en este proceso, que son los numerados 4111000178 y 4111000181, los que fueron celebrados el 1º de julio de ese mismo año. Debe aclararse que el segundo de los contratos es el que tenía por objeto la prestación de todos los servicios relacionados en la zona Bolívar Norte.

Deja ver lo anterior que no es posible tener las actas de conciliación estudiadas en este acápite como perjuicios sufridos por Electricaribe SA ESP, con ocasión del incumplimiento de los contratos mencionados en párrafo anterior.

Se agrega que, respecto de tales obligaciones, sucede lo mismo que en el acápite anterior con relación a las misivas que aluden al pago de trabajadores con anticipos entregados por Electricaribe, esto es, que, aunque se hace referencia a ello, no se acredita el pago con esos documentos pues no provienen de los acreedores y no obra evidencia de la entrega de los dineros. Lo dicho fue igual, con la diferencia que, en esta ocasión, quien suscribió las cartas dirigidas a la sociedad demandante fue la misma persona, pero de parte del Departamento de Contabilidad de *HC Consultoría y Negocios*.

2.1.3. En relación con la falta de elementos probatorios, ya ha visto que el artículo 170 del Código General del Proceso dispone que *“El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.”*

Es cierto, lo ha dicho esta Sala y en reiteradas ocasiones la Corte Suprema de Justicia, que los operadores judiciales están en el deber de decretar pruebas de oficio para los fines consagrados en la citada norma.

Ha dicho la Corte Constitucional que *“en caso de incumplimiento de la carga probatoria por alguna de las partes, se traduce en la imposibilidad de reconocer los derechos alegados en las pretensiones o las excepciones, salvo, que el juez con el fin de establecer la verdad de lo sucedido decrete las pruebas de oficio. Sin embargo, en respeto de los principios de igualdad real entre las partes, lealtad procesal y el principio de la carga dinámica de la prueba, el decreto la práctica oficiosa de los medios de convicción deber ser justificada para que la contraparte pueda pronunciarse sobre las mismas. Además, no debe suplir la inactividad de las partes, pues generaría una ruptura los mandatos mencionados.*

*Finalmente, lo que se exige bajo la regla de la carga dinámica de la prueba es que la parte que se encuentre en una situación más favorable es quien tiene que probar ese determinado hecho, sea por decisión oficiosa del juez o a petición de parte.”*⁴

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-615 de 2019

Y ya en sentencia SU-768 de 2014 expuso la Guardiana sostuvo “... que sin importar la codificación o las particularidades de cada sistema de enjuiciamiento civil, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que: (i) como desarrollo del principio de igualdad material previsto en el Artículo 13 superior, los jueces tienen la obligación de garantizar el equilibrio de armas entre las partes enfrentadas ante un proceso; el uso de las facultades oficiosas de la prueba no puede implicar corregir la inactividad probatoria de apoderados negligentes, ni agudizar la asimetría entre las partes; (ii) en el mismo sentido, deben garantizar el respeto de los principios de independencia y autonomía y actuar de manera imparcial frente a las partes, impidiendo que se afecten la ecuanimidad del juez, siempre teniendo como faro, que su función es resolver la disputa; (iii) la parte que alega hechos que fundamentan su pretensión o excepción debe aportar los medios de prueba que permita llevar al juez el conocimiento sobre el mismo; (iv) no obstante, el juez tiene la facultad de alterar dicha carga, y exigir que una parte allegue el medio de prueba, a pesar de que no alegó un hecho, solo en los casos en que busque determinar la verdad de los hechos, y realizar la igualdad material entre las partes. Finalmente, (v) cuando el juez de segunda instancia decreta de oficio una prueba, debe tener certeza de que no se afecta la igualdad de armas entre las partes, conforme a lo previsto en el artículo 13 superior. Es decir, no incurre en la profundización de una asimetría real, ni a una situación en la que pierda independencia y autonomía por corregir o subsanar el incumplimiento de una carga procesal de una de las partes; y, finalmente, el juez permite que la contraparte ejerza el derecho de contradicción.”

Ello permite ver que, aunque, el artículo 170 del estatuto procesal prevé el decreto oficio de pruebas como una facultad-deber, ello no es óbice para que sea el juzgador quien asuma la carga probatoria de un proceso judicial en rompimiento del principio de igualdad de armas, ya que, debe tenerse en cuenta que la regla general contenida en el artículo 167 ejusdem, dispone que esta la carga demostrativa se encuentra en cabeza de las partes.

Entonces, el decreto oficioso de pruebas implica una inclinación por el juez hacia la verdad material, de ahí que semejante poder deba ser utilizado con el mayor cuidado posible, solo ante la estricta necesidad o imperativo legal; y

siempre con el cuidado de que, tal inclinación, no implique la parcialización hacia una de las partes – *supliendo su carga probatoria y eventual inactividad* – en perjuicio de la otra, así como en rompimiento del principio de igualdad de armas.

Esta postura ha sido la de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que ha decantado que *“El error de derecho alegado en el último reproche casacional tampoco se configura en el sub iudice porque el decreto de pruebas de oficio, aun cuando comporta una facultad-deber para el juez, no genera imperativo absoluto en la medida en que regla general es la consagrada en el artículo 167 del Código General del Proceso, a cuyo tenor «[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen».*

Es decir que, no obstante corresponder al funcionario judicial el decreto oficioso de unos especialísimos medios de convicción en asuntos de índole taxativamente consagrada en el ordenamiento adjetivo en razón a su naturaleza, como la prueba de genética en los juicios de investigación o impugnación de la filiación, la inspección judicial en los procesos de pertenencia, entre otros eventos; ello no releva a los intervinientes de su carga probatoria, regulada como regla de principio en el canon 167 citado.

(...)

Lo anterior evidencia que la facultad-deber que yace en el juzgador respecto del decreto de pruebas oficiosas para esclarecer la situación fáctica que dio lugar al pleito sometido a su conocimiento, con el propósito de dirimirlo, no puede convertirse en patente de corso que derogue tácitamente la carga de la prueba impuesta a los contendientes en el estatuto de los ritos civiles (...)

En este orden de ideas, el funcionario judicial no incurre en yerro de derecho cuando se abstiene de decretar pruebas oficiosas, si al alcance de las partes está su aducción al proceso para el buen suceso de su pretensión, salvo aquellas taxativas que el juez está obligado a decretar en juicio específicos señalados por el legislador.”⁵

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia SC3918-2021 fechada 08 de septiembre de 2021. Radicación n°. 11001-31-03-033-2008-00106-01. MP: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Jurisprudencialmente se ha establecido que el operador judicial debe alcanzar los medios probatorios para cuantificar un daño que está indiscutiblemente demostrado, esto en atención al principio de reparación integral de la víctima y para prevenir las condenas en abstracto⁶. Significa esto que la actividad probatoria del juez supone que esté probado el daño por parte de quien lo alega, salvo que exista presunción del mismo, como sucede respecto del daño moral.

En este caso, la realidad es que el perjuicio patrimonial por el pago de acreencias laborales – *como se ha visto* – no está acreditado, de suerte que no es de recibo el argumento según el cual, el juzgador de primera instancia debía decretar pruebas de oficio con relación a ese daño.

De hacerlo – *considera la Sala* – se estaría rompiendo la regla probatoria general, según la cual, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación pretenden; lo que, además, se estaría realizando en favorecimiento de la parte que no probó y en perjuicio de la llamada a juicio, frente a quien, su oponente debe acreditar el perjuicio.

No debe perderse de vista que con el escrito demandatorio fue allegado un disco compacto (CD) que se dijo, contenía los documentos que acreditan la prueba del perjuicio y pago de las obligaciones laborales; tal disco compacto se encontraba averiado y de oficio, mediante auto calendado 28 de enero de 2021, el juez a-quo solicitó que fueran aportados tales documentos para proferir fallo.

Allegados tales instrumentos, se observó que se trata únicamente de las actas de conciliación que ya fueron ponderadas y que – *como ya dijo* – no demuestran fehacientemente el perjuicio patrimonial sufrido por Electrificar SA

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia fecha 03 de marzo de 2004. Expediente n°. C-7623

ESP debido al hecho detonante de responsabilidad civil en este caso, que es el incumplimiento de los contratos n°. 4111000178 y 4111000181.

Debe acotarse antes culminar las reflexiones de este punto, que la indemnización por este perjuicio fue objetada por Seguros Confianza SA, señalando que no estuvo demostrada la ocurrencia del siniestro ni su cantía, tal como lo exige el artículo 1077 del Código de Comercio; entonces, además de todo lo dicho con relación a la ausencia de prueba del perjuicio patrimonial propiamente dicho, menos aún se halla probado en los términos del contrato de seguro.

Ello pues, el clausulado que rige las pólizas de cumplimiento otorgadas por esa entidad, establece que la reparación procede en los términos de la definición de amparo básico general que ella misma prevé y que se refiere a “...perjuicios económicos actuales, directos, previsibles y ciertos establecidos de acuerdo con las normas que rigen la indemnización de perjuicios, que llegaren a afectar su patrimonio como consecuencia del incumplimiento por parte del garantizado de la obligación enunciada en el respectivo Certificado de Aplicación que afecte el o los amparos específicos que consten en este, siempre y cuando, tal incumplimiento se produzca dentro de la vigencia señalada para cada Amparo en dicho Certificado.”

Entonces, para activar el deber de indemnización en cabeza de la aseguradora, lo pertinente era, además de la prueba del siniestro – que sería el perjuicio patrimonial por pago de acreencias laborales – se acreditara su cuantía en la reclamación, requisito que viene consagrado en el ya citado artículo 1077 del Código de Comercio.

Por lo dicho hasta ahora, refulge diáfana la improsperidad de los reparos n°. 1 y 2.

2.2. En segundo punto, analiza la Sala el reparo concreto n°. 3, que fue denominado “INDEBIDA TASACIÓN DE AGENCIAS EN DERECHO: NO SE TASARON A FAVOR DE ELECTRICARIBE, MUY A PESAR DE NO ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS”.

El apelante al momento de formular su reparo concreto, así como a la hora de su sustentación, expresó que:

a. No existe condena en costas a favor de mi prohijado y en contra de la demandada UTSEI, muy a pesar de haberse resuelto de forma parcialmente favorable sus pretensiones, y conforme indica el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso.

b. No se indican las razones que conllevaron a tal decisión, conforme lo impone el artículo 365, numeral 5 del Código General del Proceso. Esto, en el evento en que el Despacho de Primera Instancia hubiere decidido abstenerse de condenar en costas.

c. No se justifica (i) porque no se condena en costas a la demandada UTSEI, muy a pesar de haber sido vencida en juicio y (ii) Porque si se condena a la parte demandante, pese a que tal condena fue parcial.

De todo lo expresado, extrae la Sala que la inconformidad no se limita al monto de las agencias en derecho fijadas a su cargo, sino que se extiende la condena y la abstención de ella frente a la unión temporal demandada.

Es cierto que el juzgador no se refirió a ese tópico en su parte considerativa y es que, al analizarlo, se encuentra que en efecto, el artículo 365 del Código General del Proceso prevé en su numeral primero, que la parte vencida en juicio debe ser condenada en costas, al mismo tiempo que prevé en su numeral quinto, la posible abstención de condena ante la prosperidad parcial de las pretensiones.

En el caso objeto de estudio, Electricaribe SA ESP En Liquidación demandó a la Unión Temporal de Servicios Energéticos (UTSEI), conformada por la sociedad SRG Eléctrico Telecomunicaciones e Inversiones SAS y la sociedad Servicios Técnicos y Gestión Administrativa Ltda; así como a la Compañía Aseguradora de Fianza SA – Confianza SA.

El resultado de la ponderación conllevó a que en sentencia se accediera parcialmente a las pretensiones frente a las sociedades que conforman la unión temporal, declarándolas responsables por incumplimiento de los contratos materia de este proceso, y condenándolas a pagar las sumas de dinero contenidas en la cláusula penal y de las sanciones impuestas como consecuencia del incumplimiento. Fue negada la condena a pagar las acreencias laborales que reclamó la demandante con base en un pagó que no fue demostrado.

Frente a la Compañía Aseguradora de Fianza SA – Confianza SA, fueron negadas la totalidad de las pretensiones.

De la lectura de la demanda, así como del análisis del expediente, se observa que las sumas de dinero pretendidas por la parte actora frente a UTSEI, obedecen al incumplimiento de los ya referidos contratos n°. 4111000178 y 4111000181; mientras que, las pretensiones frente a la aseguradora fueron fundamentadas en el incumplimiento no solo de esos contratos, sino también el de seguro materializado en las pólizas de cumplimiento expedidas por esa entidad.

Se trata entonces del ejercicio de dos acciones distintas concentradas en una misma demanda, una frente a UTSEI y otra frente a Confianza SA; la primera prosperó parcialmente y la segunda fue totalmente desestimada.

Entonces, considera la Sala que le asiste razón al apelante en cuanto a que, la unión temporal convocada debe ser condenada en costas por haber sido vencida en juicio, pese a que, una de las pretensiones dirigidas contra ella, no haya sido probada.

En cuanto a la condena impuesta a favor de la aseguradora enjuiciada, es claro que soportó la defensa de las pretensiones de la acción que contra ella fue dirigida, acción que fue desestimada totalmente y que abre paso a una condena en costas a cargo de la parte actora y en favor de la demandada.

En este orden de ideas, corresponde confirmar la condena en costas apelada y adicionar el fallo apelado para condenar por ese mismo concepto a la Unión Temporal de Servicios Energéticos Integrales a favor de la parte activa; sin embargo, en aras de no quebrantar el principio de la doble instancia, se abstendrá la Sala de fijar el monto de las agencias en derecho de esta nueva condena, el que, deberá ser tazado por el juez a-quo en su debida oportunidad.

2.2.1. Respecto del monto de las agencias en derecho, tasado por el juez a-quo en \$46.000.000.00 de pesos M/L, se advierte que no es este el escenario procesal idóneo para controvertirlo, por disposición expresa del artículo 366 del Código General del Proceso, según el cual:

5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.

En este orden de ideas, no es posible para la Sala estudiar en este momento, la razonabilidad de ese monto.

2.3. De acuerdo con todas las reflexiones anotadas, la Sala procede confirmar la sentencia apelada y a adicionarle la condena en costas antes anunciada.

También se condenará en costas de esta instancia a la parte apelante, a favor únicamente de la demandada Compañía Aseguradora de Fianza – Confianza SA, quien ejerció su derecho de contradicción en esta instancia y frente a quien, fracasó totalmente la alzada. Para ello, se fijarán agencias en derecho atendiendo a los parámetros del Acuerdo PSAA16-10554.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en Sala Quinta Civil-Familia de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Confirmar la sentencia fechada 06 de abril de 2021, proferida por el Juez Séptimo Civil del Circuito de Barranquilla dentro del proceso verbal de *‘responsabilidad civil contractual’* promovido por Electricaribe SA ESP En Liquidación, contra la Unión Temporal de Servicios Energéticos (UTSEI), conformada por la sociedad SRG Eléctrico Telecomunicaciones e Inversiones SAS y la sociedad Servicios Técnicos y Gestión Administrativa Ltda; así como contra la Compañía Aseguradora de Fianza SA – Confianza SA.

SEGUNDO. Adicionar a la sentencia apelada el numeral 5, en el que se dispone:

5. Condenar en costas a las demandadas 'SRG Eléctrico Telecomunicaciones e Inversiones SAS' y 'Servicios Técnicos y Gestión Administrativa Ltda', como integrantes de la 'Unión Temporal de Servicios Energéticos Integrales'. La condena es a favor de la parte demandante y la tasación de todos sus rubros, incluidas las agencias en derecho corresponde al juzgado de primera instancia.

TERCERO. Condenar en costas de esta instancia a la parte apelante, a favor de la demandada Compañía Aseguradora de Fianza – Confianza SA, por haber fracasado la alzada frente a esta. Tasar como agencias en derecho la suma de un (01) salario mínimo legal mensual vigente, que se debe incluir en la liquidación de costas por la Secretaría del juzgado de primera instancia.

CUARTO. Devolver el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO
Magistrada Sustanciadora


SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA
Magistrada


VIVIAN VICTORIA SALTARIN JIMÉNEZ
Magistrada

Guiomar Elena Porras Del Vecchio

Magistrado(a)

Tribunal Superior Sala Civil-Familia

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

Código de verificación: **0f0d923e9b963ad99a4cb938cdbebbcfc321d9df45c0ffae0517d828a3a57b7**

Documento firmado electrónicamente en 08-10-2021

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia21/Administracion/FirmaElectronica/frmValidarFirmaElectronica.aspx>