



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIUNO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
Medellín, diecisiete (17) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Proceso	Ordinario de Responsabilidad civil
Demandantes	Electricaribe S.A. E.S.P. y Electrocosta S.A. E.S.P
Demandado	Gaseosas Posada Tobón Postobón S.A y otros
Radicado	05001-31-03-015-2008-00004-00
Asunto	Sentencia No. 01

Agotadas todas las etapas pertinentes en este proceso ordinario de Responsabilidad Civil, instaurado por ELECTRICARIBE S.A. E.S.P y ELECTROCOSTA E.S.P S.A. en contra de POSTOBON S.A., BAVARIA S.A. Y/O CERVECERIA UNION S.A. E INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS Y/O EMBOTELLADORA ROMAN S.A., se procede a proferir la respectiva sentencia escrita conforme se anunció en diligencia del pasado 23 de noviembre de 2023 en cumplimiento de los postulados que señala el artículo 373 del Código General del Proceso.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Los fundamentos fácticos relevantes expuestos por la parte actora y que sirven de base a lo pretendido, admiten la siguiente síntesis:

Se indicó que las sociedades demandantes prestan servicios públicos de distribución y comercialización de energía eléctrica en los Departamentos de Atlántico, Magdalena, Cesar, Guajira, Bolívar, Córdoba y Sucre, y ambas cuentan con una participación importante del estado en su conformación accionaria, pese a ser catalogadas como empresas de carácter privado según la ley 142 de 1994.

Por su parte las sociedades demandadas son empresas productoras y comercializadoras de bebidas azucaradas, gaseosas, cervezas, jugos, aguas etc., estos productos son distribuidos directamente o por intermedio de otras personas en la Costa Atlántica Colombiana, cuya estrategia comercial se basa en la entrega de neveras y enfriadores a título de comodato o a cualquier otro título, a los tenderos y comerciantes detallistas de los departamentos en los que operan las sociedades demandantes.

Estas neveras y equipos de refrigeración, están marcados con logotipos y enseñas comerciales de las empresas demandadas, los cuales son entregados a los comerciantes para ser utilizados en el almacenamiento y enfriamiento de bebidas ofrecidas al público en establecimientos tales como kioscos, casetas y tiendas móviles, los cuales obtienen el fluido eléctrico para la operación, a través de conexiones fraudulentas a las redes de energía que son de propiedad de

las demandantes, de tal forma que el contador de energía no registre el consumo de los refrigeradores entregados por las demandadas. Es decir, el común denominador es que estos comerciantes consumen energía eléctrica para la explotación de las neveras de propiedad de las sociedades demandadas, sin que dicho consumo pueda ser facturado por las sociedades demandantes.

Las conexiones ilícitas de los refrigeradores son visibles para cualquier persona que se acerque a los establecimientos o casetas de los distribuidores, ello indica que las personas que realizan la distribución de las bebidas conocen o deben conocer las conexiones fraudulentas, además, las electricificadoras les han hecho saber a las demandadas los perjuicios graves que vienen sufriendo como consecuencia de esta situación, ya que han sido citadas a dos audiencias de conciliación extrajudicial en las cuales se ha discutido ampliamente el fenómeno que se viene presentando especialmente en la costa atlántica.

Para probar o afirmado la sociedad APPLUS- Nortcontrol Colombia LTDA ha realizado en estudio de campo el cual hace una relación detallada de los tenderos que tienen neveras y refrigeradores conectados fraudulentamente a las redes de energía, lo que demuestra que a pesar del conocimiento que tienen de la situación no han realizado ninguna campaña para evitar que los fraudes se continuaran presentando.

Dicha sociedad se encargó de realizar una experticia para verificar la existencia de las conexiones fraudulentas utilizadas para la operación de refrigeradores y neveras de propiedad de las demandadas, y cuantificar los perjuicios que esto les ha irrogado a los demandantes específicamente en las ciudades de Barranquilla, Soledad, Cartagena y Santa Marta.

Estos trabajos de campo realizados durante el año 2005 permitieron conocer el número de enfriadores o neveras marcadas o publicitadas con los avisos de las sociedades demandadas, y con base a estos es que ha sido posible calcular la cantidad y el valor de la energía consumida de manera fraudulenta.

De los hechos narrados se desprende que, por la conexión fraudulenta a las redes de energía de propiedad de las demandantes, desde el año 1998 hasta la fecha de la presentación de la demanda se han causado perjuicios patrimoniales estimados en miles de millones de pesos según se detalla en el acápite de pretensiones de la demanda.

1.2. Lo pretendido con base en el compendio fáctico expuesto, es:

Declarar a los demandados civilmente responsables a las demandadas por los perjuicios patrimoniales causados como consecuencia de la entrega de neveras y/o refrigeradores para la distribución de bebidas a personas que conectan ilegalmente dichos equipos a las redes de energía de las demandantes, sin haber efectuado un control sobre dicho fraude, estando en posición de hacerlo.

Consecuencialmente se condene al pago de perjuicios patrimoniales causados a cada uno de los demandantes por las sumas de dinero descritas en el acápite petitorio de la demanda.

Subsidiariamente solicita que en caso de considerar incalculables los perjuicios cuyo resarcimiento se reclaman, condena al pago de la indemnización integral de que trata la ley 446 de 1998.

De igual forma pretende que sea condenadas a pagar a los demandantes el valor del beneficio o provecho obtenido por las conexiones fraudulentas de las neveras y refrigeradores, según lo previsto en el art. 2343 del Código Civil.

Consecuencialmente, pretende que la parte demandada se abstenga de continuar entregando neveras y refrigeradores y/o distribuir sus productos a comerciantes que no cuentan con conexiones licitas a las redes de energía eléctrica, en los Departamentos de Atlántico, Guajira, Magdalena, Cesar, Bolívar, Sucre y Córdoba.

Finalmente solicita que sean retirados los equipos de refrigeración entregados en comodato a los comerciantes que no cuentan con conexiones licitas a las redes de energía eléctrica, en los Departamentos de Atlántico, Guajira, Magdalena, Cesar, Bolívar, Sucre y Córdoba.

1.3. El trámite y la réplica.

El auto admisorio de la demanda, fue debidamente notificado a las sociedades demandadas quienes a través de apoderados judiciales quienes dieron respuesta a la demanda básicamente aceptando aquellos hechos relativos a la distribución de productos como bebidas azucaradas, cervezas etc., a lo largo y ancho de la zona costera del país, pero rechazando puntualmente aquellos señalamientos respecto a su participación en el robo de fluido eléctrico de la infraestructura de las entidades demandantes y cualquier responsabilidad en los perjuicios que se le hayan causado a estas entidades por tales conductas.

De dichas contestaciones vale la pena resaltar algunas de las excepciones formuladas presentadas por las demandadas, bajo el entendido de que todas las opositoras son unísonas en los supuestos facticos que soportan estos medios exceptivos y que por economía procesal se resumen en las siguientes.

AUSENCIA DE CULPA Y MANTENIMIENTO DE DILIGENCIA Y PRUDENCIA EMPRESARIAL: Basada en que, a la fecha no existe conducta desplegada por esas compañías que hayan causado el daño o perjuicio que reclaman las demandantes, como quiera que la relación comercial de Postobón con los distribuidores y detallistas, están legalmente amparadas en contratos legales que los excluye de toda responsabilidad.

FALTA DE DOLO COMPROBADO: La buena fe en el comportamiento comercial de los detallistas con respecto a su calidad de usuarios de las electrificadoras, debe ser desvirtuado por las demandantes, por eso rechazan cualquier afirmación temeraria respecto de la participación de la compañía en la comisión de cualquier ilícito.

AUSENCIA DE PROVECHO: Las compañías como fabricantes y embotelladoras de bebidas celebran los contratos de compraventa con los distribuidores, los cuales se perfecciona

con la entrega del producto, para lo cual no se requiere que el producto sea refrigerado, por esta razón la sociedad no obtiene ningún provecho de la forma en cómo se comercialice la bebida al consumidor final.

EL HECHO DE UN TERCERO: Bajo el entendido de que son aquellos comerciantes o detallistas quienes realizan las conexiones fraudulentas sin el consentimiento de las demandadas pues no existe ninguna relación de dependencia, subordinación u otra similar, más que la entrega de las neveras o equipos de enfriamiento a título de comodato, lo que libera material y jurídicamente al comodante de cualquier responsabilidad por la conducta que despliegue el comodatario.

CULPA EXCLUSIVA DE LAS SOCIEDADES DEMANDANTES. Arguye que, el fraude de fluido eléctrico no se origina de la actividad comercial de las demandadas y que este es el resultado de la aquiescencia tacita de las electricadoras quienes han sido incapaces de impedir, evitar y controlar este tipo de flagelos que ahora pretenden endilgar a las demandas, pese a que la ley 142 de 1994 es clara en atribuir competencias y facultades a los directos implicados.

Finalmente, la **PRESCRIPCIÓN** como fenómeno de extinguir las obligaciones que se reclaman desde el mes de agosto de 1998 al no haber sido ejercida la acción dentro del término establecido en el Código Civil.

2. DE LOS ASPECTOS JURÍDICOS PROCESALES, PROBATORIOS Y SUSTANCIALES.

2.1. Nulidades: No se observa en el proceso vicio alguno que pueda invalidar lo actuado.

2.2. De los presupuestos de validez y eficacia de la pretensión

Corresponde al Juez, previo a elaborar la sentencia que desate la Litis, examinar la concurrencia de los llamados presupuestos procesales, necesarios para la regular formación y el perfecto desarrollo del proceso, y que se concretan en:

La **competencia**, que para este caso y, atendiendo a la naturaleza del asunto y a la cuantía, así como al domicilio de las partes, se radica en el Juez Civil con categoría de Circuito;

La **capacidad para ser parte** referida a la existencia de las personas naturales y jurídicas que intervienen en el proceso, la cual no merece reparo alguno.

La **capacidad procesal** que se relaciona con el tema de la representación legal y voluntaria no resiste ningún reproche en tanto la parte actora está asistida por apoderado judicial, lo cual se replica en ambas sociedades demandadas

La **demanda en forma**, que atañe a los requisitos legales para la determinación de la pretensión procesal y que es de suma trascendencia tanto para el proceso como para la

sentencia en cuanto **fija los límites a la decisión**, en virtud de lo cual se advierte que las pretensiones se encuentran estructuradas y se derivan de manera lógica de los hechos narrados en el libelo, todo lo cual resulta coherente con las disposiciones normativas y jurisprudencia en torno a las figuras jurídicas de las cuales se pretende su declaratoria.

Así entonces, se advierte que se solicita la declaración de responsabilidad civil contractual y extracontractual, en cabeza de las demandadas para que, como consecuencia de ello, se le condene al resarcimiento de los perjuicios causados a las demandantes.

Finalmente, respecto a la legitimación en la causa, según ha sostenido la Corte Suprema de Justicia¹ atendiendo a la definición de Chiovenda, es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste, lo cual pone en evidencia que tal presupuesto, constituye una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular (Cas. Civ. Sentencia de 1° de julio de 2008); por lo que, en línea de principio, este Despacho no encuentra reparo alguno respecto de este presupuesto.

2.3. El problema jurídico

Acorde con los reclamos de la demanda y las excepciones formuladas contra ellos, corresponde a este Despacho determinar si las llamadas a resistir las pretensiones de la demanda son civilmente responsables de los perjuicios que reclaman las electrificadoras en virtud de la actividad comercial desplegada en la costa colombiana, consistente en la entrega de neveras y equipos de refrigeración a los comerciantes y detallistas que los conectaron fraudulentamente a las redes de conducción de energía eléctrica de propiedad de las demandantes.

Según este entendimiento de la cuestión litigiosa, las consideraciones del Despacho habrán de concretarse en los presupuestos que estructuran la responsabilidad civil bajo el régimen subjetivo de culpa probada, a partir del actuar culposo directo o indirecto atribuible exclusivamente a las demandadas, y de encontrarse probado lo anterior, deberá verificarse si se demostró el daño y los perjuicios que de allí se pretenden derivar.

Para tal efecto, y en punto a los fundamentos de Derecho aplicables al asunto en cuestión, se impone referir a las disposiciones legales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad civil extracontractual y sus modalidades directa e indirecta por el hecho de un tercero.

2.4 De la responsabilidad civil extracontractual

La responsabilidad por los delitos y las culpas, o responsabilidad aquiliana, se encuentra regulada en el artículo 2341 del Código Civil, el cual establece que quien ha cometido un

¹ Cas. Civ. Sentencia de 14 de agosto de 1995 exp. 4268, citada en la del 13 de octubre de 2011, con ponencia del H. M. William Namén Vargas

delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a indemnizarlo, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido, de tal modo que la responsabilidad civil por los delitos o las culpas, se erige en fuente de la obligación de reparar los perjuicios que se causen; reparación que en todo caso ha de ser integral o completa.

La expresión “responsabilidad” no se define por su fundamento, que puede variar, sino por su resultado; es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para su autor. En este sentido, se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar un daño. “(...) *En derecho Civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra.*” Así lo consagra el Tratadista Alessandri Rodríguez en su libro “La Responsabilidad Extracontractual en Derecho Civil”.

Tanto la responsabilidad civil contractual como la extracontractual, se estructuran a partir de los elementos de **hecho, daño, culpa y nexa causal** por lo que resulta conveniente identificar someramente los mismos:

- El **hecho** que genera responsabilidad civil, es producto de un contacto material de una persona, de un animal o de una cosa con otra persona a la cual altera. Así, el hecho puede ser fruto de una actividad o puede resultar como consecuencia de una falta de acción.

Se considera que el hecho es generado por acción u omisión si la persona a quien se le imputa ha encaminado su actividad a lograr la alteración mencionada; no sólo cuando lo hace intencionalmente, sino cuando actúa con negligencia e imprudencia; es decir, cuando no quiere el resultado, pero éste se da como consecuencia de su conducta.

Así pues, no se puede decir que existe responsabilidad civil si no se cuenta con este elemento, puesto que es en el ámbito de las acciones humanas en el que surgen las transformaciones del mundo exterior, transformaciones que han de ser jurídicamente relevantes para el Derecho.

- Respecto al **daño** se ha dicho que “... *es uno de los presupuestos estructurales imprescindibles de la responsabilidad, sin cuya existencia y plena probanza en el proceso, es evanescente e ilusoria, a punto de resultar innecesaria la verificación y análisis de sus restantes elementos, desde luego que, ante su ausencia no surge ninguna obligación indemnizatoria*”².

En efecto, la Corte, de antiguo, destaca esta exigencia por cuanto “*dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación,*

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: William Name Vargas. Sentencia del 9 de septiembre del 2010. Referencia: 17042-3103-001-2005-00103-01.

establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria” (Cas. Civil, sentencia de 4 de abril de 1968, CXXIV, 62)”

En este orden de ideas, pueden presentarse daños de orden patrimonial o extrapatrimonial, en donde el primero de los expuestos puede clasificarse como daño emergente cuando se trata de todas aquellas erogaciones, pagos, desembolsos y gastos que ha tenido que efectuar la víctima para atender la contingencia del daño tanto de forma presente como futura, en aras de evitar la destrucción del bien o de aminorar los efectos nocivos del menoscabo, los cuales pueden permanecer en el tiempo luego de su acaecimiento³; o lucro cesante cuando se trata del perjuicio o detrimento que sufre una persona por el provecho o ganancia que deja de percibir a causa del daño irrogado.

Por otro lado, el daño moral que comprende el tipo de perjuicio que da cuenta del resultado o consecuencia interna que padece el sujeto y que se concreta en su esfera subjetiva o interior en sentimientos y sensaciones de dolor, tristeza, aflicción, congoja, desilusión, abatimiento, desconsuelo, pesar, etc.⁴

Importa destacar que el daño será indemnizable siempre que se acredite por la persona que lo sufrió: ésa es su carga procesal, y en caso de no satisfacerla, no puede pretender que se condene al responsable a resarcirlo. Por consiguiente, la parte actora está compelida a demostrar: a) La lesión o menoscabo del interés jurídicamente tutelado y b) prueba de su intensidad, es decir, del *quantum* del perjuicio. De ahí el especial énfasis que se ha hecho al contenido patrimonial del daño para referirse a su intensidad, es decir, a su valor en moneda legal, como patrón de referencia para determinarlo.

- **La culpa**, a menudo confundida con el daño o con el nexo de causalidad, hace referencia al “...*error de conducta que no cometería una persona prudente colocada en las mismas condiciones externas del causante*”⁵; como puede verse, se hace referencia al modo de proceder y la posible presencia de aspectos subjetivos e internos en la psique humana como lo son el dolo y la culpa; estos son elementos esenciales a efectos de configurar la denominada **Responsabilidad Civil Subjetiva** en la cual son determinantes los mencionados elementos volitivos; pero en modo alguno se puede afirmar que la responsabilidad civil únicamente se pueda configurar con la presencia de estos factores subjetivos pues existe otro grupo de responsabilidad en el que la conducta se analiza y juzga con prescindencia de los elementos del dolo o de la culpa; esta es la denominada responsabilidad civil objetiva,

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: William Namen Vargas. Sentencia del 9 de septiembre del 2010. Referencia: 17042-3103-001-2005-00103-01; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete. Sentencia sustitutiva del 6 de agosto del 2009. Referencia: 11001-31-03-011-1994-01268-01.; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia Sustitutiva del 26 de junio de del 2003. Referencia: Expediente No. C-5906; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación y Agraria. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia de casación del 9 de agosto de 1999. Referencia: Expediente No. 4897.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Cesar Julio Valencia Copete. Sentencia del 13 de mayo de 2008. Referencia: No. 11001-3103-006-1997-09327-01

⁵ MAZEAUD, Henri-León, Responsabilidad civil, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1951.

en la cual no se exige la culpa, pero sí el comportamiento activo u omisivo de quien produce el daño.

Para este estrado judicial es claro que las actividades comerciales de las cuales se deriva el ilícito reprochado a las demandadas, no es de aquellas que la doctrina y la jurisprudencia consideran como “actividades peligrosas” por esa razón el régimen aplicable al caso en comento será el de la Responsabilidad Subjetiva de culpa probada, sobre el cual se analizará el factor de imputabilidad a las demandadas.

El último elemento que estructura la responsabilidad civil es el **nexo de causalidad**, esto es, la relación existente entre la conducta o hecho del agente y el daño causado con la misma; es decir, que la conducta y la actividad desplegada sean la causa eficiente o adecuada que explique el daño irrogado.

El nexo de causalidad implica, por tanto, la relación causa-efecto entre el comportamiento desplegado por el agente y la producción del daño, luego, lo que subsiste es un factor de atribución o imputación en el que la conducta del agente explica la ocurrencia del perjuicio. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha expresado lo siguiente:

“La causalidad presupone una condición o relación tal sin la cual no se explicaría la existencia de un hecho determinado, que procede de otro como de su causa por ser idóneo y adecuado para producir, como efecto, el daño imputado a la culpa del agente.

Este nexo o relación de causa a efecto puede interrumpirse, si se trata de una serie de posibles causas del daño, cuando interviene la voluntad de la víctima, para agravar los perjuicios, o bien la de un tercero o, en fin, la fuerza mayor o el caso fortuito, pues en tales eventos, el agente no tendrá obligación de indemnizar sino los causados directa y realmente por el hecho imputable a él.”⁶

2.5 De la Responsabilidad Civil Extracontractual indirecta.

La responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno, según la cual, la obligación indemnizatoria se imputa a quien tenga la obligación de guarda y cuidado, de origen legal o contractual, frente a otra persona que haya causado un daño; este supuesto de responsabilidad se encuentra desarrollado desde el artículo 2347 hasta el 2349 del Código Civil colombiano.

Para que en este supuesto la acción de responsabilidad salga avante, inexcusablemente, se requiere que el demandante acredite plenamente la existencia y certeza del daño efectuado por el dependiente, y los hechos previstos en la norma, esto es, el nexo de dependencia entre las personas, junto con el nexo de causalidad entre uno y otro.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 1º de septiembre de 1960, G. J t. XCIII, Pág. 1072.

La Corte Suprema Justicia, ha sostenido que la responsabilidad civil extracontractual indirecta por el hecho ajeno, conceptualmente, “*se da cuando alguien es llamado por la ley a responder frente a terceros por las secuelas nocivas de actividades desarrolladas por otras personas que se encuentran bajo su guarda o cuidado o de quienes, en situación de dependencia, recibe concurso empresarial*” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil –Sentencia del 15 de marzo del 1996-, exp. 4637 (Carlos Esteban Jaramillo Schloss)).

A propósito de la carga probatoria en la responsabilidad por el hecho de otro, el mismo cuerpo colegiado ha sostenido que “*pesa sobre la víctima que reclama indemnización la carga de suministrar prueba acabada del daño y su valor, así como también de los hechos que permiten entrar en funcionamiento el factor atributivo de la responsabilidad indirecta. Le compete, pues, justificar a cabalidad su demanda contra quien es demandado a título de guardián o superior del agente directo del ilícito en cuestión, lo que equivale a demostrar el nexo de dependencia que une a estos dos sujetos” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil –Sentencia del 15 de marzo del 1996-, exp. 4637 (Carlos Esteban Jaramillo Schloss))*

1. Caso en Concreto.

En el caso en examen, es claro que las demandantes concurren invocando su condición de víctimas al ser las directamente afectadas por el fraude o la sustracción ilegal de fluido eléctrico en la Costa Colombiana, particularmente de aquellos establecimientos donde se comercializan productos embotellados y/o fabricados por las compañías demandadas, a su vez refrigerados en equipos de enfriamiento de propiedad de estas mismas entidades. Como ya se advirtió en apartes anteriores, dichos reproches encajan dentro de un juicio de responsabilidad civil subjetiva, aplicable al régimen de culpa probada cuyos presupuestos deberán ser analizados de cara a estimar la viabilidad de las pretensiones y/o excepciones planteadas.

De la prueba de los presupuestos fácticos:

Bien es sabido que cualquier decisión que el Juez tome en el proceso debe fundarse en las pruebas legal y oportunamente allegadas a él, siendo de cargo de las partes aportar los elementos pertinentes que brinden certeza respecto de los hechos que sirven de fundamento a su propósito, esto es, a las pretensiones en el caso de la parte actora y a las excepciones en el caso de la parte demandada, lo que constituye la carga de la prueba de que tratan los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso.

En ese orden, se procede a examinar y valorar el acervo probatorio, a efectos de establecer si se encuentran configurados el hecho, el daño, el nexo de causalidad y la culpa que se atribuye a las demandadas.

De otro lado, es clara la demanda en que, **el hecho** del cual se pretende derivar la imputación de responsabilidad radica en **la omisión** de las compañías demandadas de no

ejercer control y supervisión, de las que se pregona estaban en posición de hacerlo, respecto de las conexiones fraudulentas al sistema de energía eléctrica en los establecimientos de comercio en los que se distribuían o vendían bebidas producidas por éstas.

De acuerdo con lo debatido a lo largo del proceso y a la teoría del caso planteada por las partes, considera este estrado judicial que se trata de un supuesto fáctico compuesto en el que convergen 3 aspectos puntuales, que se subdividen así:

A: La conexión ilegal de algunos comerciantes y/o detallistas a la red de energía eléctrica de las demandantes **B:** El conocimiento que tenían las demandadas sobre dicha situación **C:** Y si las demandadas tenían la obligación de realizar algún tipo de control o actuación para contrarrestar dicho flagelo.

Al analizar las pruebas recaudadas respecto de **las conexiones ilegales** a las redes eléctricas de las demandantes se allegó certificación de la Gerencia de Servicios Jurídicos de Electricaribe-Electrocosta, donde se indica que directamente han instaurado 44 denuncias penales por el delito de Defraudación de Fluidos entre el año 2001 y el 2007, las cuales se enlistan en un anexo donde informa el lugar de ocurrencia, el nombre del denunciado, hechos, radicación y estado el proceso, entre otros. -Fls 305 a 311 del cuad ppal.-

En relación con los documentos aludidos en el párrafo precedente, debemos destacar que en el denominado “*Anexo No. 1...*” en los hechos relatados en éste se puede evidenciar que las denuncias refieren varias situaciones de fraude en las conexiones al servicio de electricidad como manipulación interna y externa de medidores; redes y transformadores, e instalaciones en fábricas o industrias, locales, centros comerciales, edificios de oficinas y de apartamentos, etc.

Además, se aportó certificación expedida por la empresa Geyso S.A., la cual fue contratada por las demandantes para la asesoría en materia penal y donde se revela que al día 30 de septiembre del año 2007, habían interpuesto más de cinco mil denuncias en los municipios de la costa Atlántica, y cuyo listado aparece en folios 312 a 451 del expediente físico.

Así mismo, se aportó informe de campo como el realizado por la empresa Applus Nortcontrol, que dan cuenta de registros fotográficos, visitas e inspecciones de los establecimientos de comercio que presentan este tipo de conexiones fraudulentas y en los que se comercializan los productos de las empresas demandadas y donde además se asevera hallaron equipos de enfriamiento de las mismas compañías.

Además, en su testimonio del ingeniero electricista Jhon Jaiver Rayo Solarte⁷, relata el modus operandi de los infractores al sistema de suministro de energía recalando que éstos reinciden en la conducta pese a la intervención de las electrificadoras.

⁷ Obrante a folios 535 del Despacho comisorio 001

En suma, todo el material probatorio antes reseñado da cuenta de la posible existencia del delito de defraudación de fluidos contenido en el art. 255 del Código Penal, del que vienen siendo víctimas las demandantes.

Sobre este punto, vale la pena decir que ninguna de las partes discutió respecto de la ocurrencia de esta conducta ilícita, sino que el punto álgido de discusión es la participación indirecta de las demandadas en tales hechos delictivos que pregonan las promotoras del proceso, por ello no se hace necesario profundizar en la acreditación de dicho aspecto al ser una situación ampliamente reconocida por todos los intervinientes.

En cuanto al conocimiento que tenían las demandadas de las conexiones ilegales, aduce la parte actora que desde el año 2005, ha sostenido varias reuniones con los representantes de las productoras y embotelladoras de bebidas, para ponerles de presente que vienen siendo víctimas del delito de defraudación de fluido eléctrico consagrado en el Art. 255 del Código Penal Colombiano, más exactamente a lo largo y ancho de la Costa Caribe Colombiana, donde las demandadas distribuyen y comercializan sus productos en establecimientos de comercio, tiendas, kioscos, casetas etc, que reciben equipos de refrigeración a título de comodato, de los cuales se viene evidenciando que son conectados ilegalmente a la red eléctrica.

Pues bien, aquellos hechos relativos al conocimiento que tenían las demandadas sobre dicho la existencia de dicho flagelo, **NO** está en discusión pues tanto las contestaciones a la demanda como los interrogatorios de parte practicados a cada uno de los representantes legales de las compañías demandadas, coinciden en que, fueron citados a por lo menos dos audiencias de conciliación extrajudiciales llevadas a cabo en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá celebradas el 11 de diciembre de 2006 y 28 de septiembre de 2007, en los que además se les puso en conocimiento el informe emitido por Applus Nortcontrol que detallaba los hallazgos ampliamente expuestos en la demanda.

Pero respecto de dicho informe el cual se encuentra contenido entre los folios 56 a 114 del expediente físico, que fue aportado con la demanda y decretado en el auto de pruebas inicialmente como prueba documental (fls 830 a 836 cuad 1) y posteriormente, en razón de un recurso de reposición, se optó tenerlo como dictamen pericial (fls 873 a 884), y que constituye es el eje principal de fundamento probatorio de las pretensiones de la parte demandante como lo afirmó su apoderado en los alegatos de conclusión, el cual fue no fue controvertido por las demandadas, por lo que en principio podría decirse que goza de pleno merito probatorio. Pero que a criterio de este Despacho no puede ser valorado por las razones que se expondrán a continuación.

En primer lugar, se tiene que conforme al artículo 183 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, vigente para la fecha de presentación de la demanda establecía lo siguiente:

“Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir

contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente”.

Pero la referida norma, no puede aplicarse de manera aislada, sino que debe hacerse de manera sistemática con las demás que regulaban la actividad de los auxiliares de la justicia y de las que gobernaban la prueba pericial.

En lo atinente al primer aspecto, el art. 8 ibidem, que en lo que interesa disponía: *Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos que deben ser desempeñados por personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación e incuestionable imparcialidad. Para cada oficio se exigirán versación y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, título profesional legalmente expedido. Los honorarios respectivos constituyen una equitativa retribución del servicio, y no podrán gravar en exceso a quienes solicitan que se les dispense justicia por parte del Poder Público.* (Negritas y subrayas con intención)

Asimismo, el artículo 235 de la misma obra establecía en lo pertinente: *“Los peritos están impedidos y son recusables por las mismas causales que los jueces.”* (Negritas y subrayas con intención)

Y el artículo 150 del referido estatuto, enlistan los motivos por los cuales procede la recusación entre las cuales en el numeral 1 se señala *“(…) el tener un interés directo o indirecto en el proceso”*. Esto en la medida de que precisamente el objeto de muchos de los contratos ejecutados entre demandantes y experta era la detección de pérdidas de energía y de anomalías en las conexiones de los usuarios de las electrificadoras.

Descendiendo al asunto sub-estudio, la sociedad Applus Nortcontrol, que realizó el *“INFORME FINAL DE BARRIDO COMERCIAL”* para las demandantes y que fue ejecutado entre los meses de mayo y octubre de 2005 en los barrios estratos 1,2,3 y 4 de las ciudades de Barranquilla, Soledad, Santa Marta y Cartagena, y donde estableció que existían un total de 939 establecimientos comerciales entre estacionarios y no estacionarios, conectados al suministro de energía eléctrica de forma ilegal. Fls 57 a 91 del cuad. Ppal. Además de la realización del referido estudio, también había ejecutado múltiples contratos no solo para las dos codemandantes Electricaribe y Electrocosta, sino también para la sociedad Unión Fenosa, grupo empresarial español que se sabe era el socio mayoritario de las primeras con un porcentaje superior al 80% de las acciones, atendiendo a lo afirmado en el hecho tercero de la demanda sobre el porcentaje de participación accionaria estatal. Situación que, a criterio de este servidor judicial, afecta la objetividad e imparcialidad del perito, debido a los vínculos económicos o contractuales existentes entre las partes actora y la sociedad que realizó la experticia. (fls 95 a 98 del cuad ppal.)

Adicionalmente, si miramos un cuadro que aparece en a folios 63 ejusdem, la misma sociedad que realizó los estudios hizo constar las fechas de entrega a las electrificadoras gestoras del proceso, pero señaló además en las observaciones como *“Modificado a solicitud de Electricaribe-Electrocosta”*. Y es por ello por lo que se predica también una

afectación de la imparcialidad debía tener la sociedad que elaboró el estudio allegado como dictamen.

Sobre este punto conviene traer a colación lo dicho por nuestra Corte Suprema en una situación parecida a la que es objeto de análisis, y que, a pesar de estar fundamentada en la nueva normativa procedimental civil, para este Juzgador es aplicable al caso que nos ocupa, sentencia donde se manifestó lo siguiente:

(...)

4.3. De otro lado, en cumplimiento al numeral 6 del artículo 226 del Código General del Proceso, el peritaje dejó constancia de que la firma Markup «...ha rendido estudios económicos en dos trámites de control a las integraciones empresariales ante la Superintendencia de Industria y Comercio» -los cuales describió-, que «[e]n ambos trámites el apoderado de la parte es el...» mismo gestor judicial que en este juicio representa a Bavaria, y que los profesionales que intervinieron en aquellos estudios económicos son quienes en esta oportunidad juntaron esfuerzos para la labor pericial encomendada por Bavaria.

Aunque dicha concurrencia no impone desestimar el peritaje de forma automática, sí asigna a la administración de justicia el deber de analizarlo con mayor rigor y celo, habida cuenta que la continua elaboración de dictámenes periciales por profesionales para una misma parte o apoderado judicial podría afectar la objetividad e imparcialidad del perito, ya sea persona natural o jurídica, producto de la creación de vínculos económicos, profesionales e incluso laborales, entre otros.

Precisamente para que el funcionario judicial evalúe estas circunstancias el Código General del Proceso incluyó, en su regla 226, la obligación para el auxiliar de la justicia de indicar quiénes participaron en la elaboración de la experticia, la descripción de los juicios en que ha rendido otros conceptos, incluidas las partes y los profesionales del derecho intervinientes en dichas causas, si ha realizado otros peritajes a petición de alguna de las partes o gestores judiciales, entre otras menciones.

Es que no obstante la potestad de los intervinientes en una contienda judicial para aportar los trabajos periciales, estos estudios deben acatar el mandato contenido en el artículo 235 de la obra en cita, según el cual «[e]l perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.»

En el sub-lite, el tribunal olvidó tal tarea valorativa, que lo hubiera llevado a indagar con mayor rigor y celo la experticia, para concluir que se erigió en bases inidóneas e incompletas, así como que la imparcialidad de los peritos

podría estar afectada, al punto que dieron conceptos sobre aspectos de derecho, en desmedro del inciso 3 del canon 226 referido, el cual consagra que «[n]o serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho.»

En efecto, en los cuestionamientos 2.1. y 3.1. del trabajo pericial la firma auxiliar de la justicia fue indagada sobre «¿[b]ajo qué circunstancias la existencia de cláusulas de exclusividad en venta puede ocasionar un riesgo de restricción al acceso de competidores al mercado?».

4.4. En suma, el dictamen pericial elaborado por Markup, allegado por la convocada con su escrito de réplica al libelo y fundante parcialmente de la decisión del tribunal, carecía de cabal fundamentación e imparcialidad -pues sólo tuvo en cuenta la información suministrada por Bavaria-, aspectos en que el fallo criticado no reparó, incurriendo en error de hecho en su estimación.⁸.

Así entonces, atendiendo a lo analizado como se indicó en párrafos precedentes el estudio tantas veces citados no será valorado como prueba en este proceso.

Continuando con el último de los supuestos facticos que conforman **el hecho**, referente a **la omisión** de ejercer algún tipo de acción tendiente a controlar o disminuir el flagelo, estando en posición de hacerlo, pues bien es este el punto donde se concentra la mayor carga argumentativa ya que, la parte actora sostiene que las demandas tenían la posibilidad de verificar o condicionar a los comerciantes o detallistas a quienes se les entregaban los productos y equipos de enfriamiento, a que estuvieran legalmente conectados a las redes de la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios.

El primer argumento que sacan a relucir las demandadas para negarse a aceptar dicha tesis es que consideran que, no les asiste ni el deber ni el derecho legal de ejercer este tipo de controles o veedurías a los comerciantes que contaban con el servicio de suministro de energía eléctrica, y para ello citan la fuente de obligación indemnizatoria y lo que ha dicho la jurisprudencia nacional respecto de la responsabilidad civil por el hecho de un tercero.

Y, por el contrario, la pretensión inicial de la parte actora se basa en la responsabilidad del artículo 2341 del código civil, pues en su sentir hubo culpa y dolo de las demandadas. Y subsidiariamente, pidió declara la responsabilidad por el beneficio del dolo ajeno, consagrada en el artículo 2343 del Código Civil, en cuyo caso, la indemnización consiste en obligar al demandado, a pagar al demandante perjudicado por ese dolo ajeno, las ganancias que obtuvo por esa conducta del tercero.

Sobre el primer tópico nuestro estatuto civil en el citado artículo 2341 establece lo siguiente:

⁸ SC205-2023 del 27 de septiembre de 2023. Rad: 11001-31-99-001-2019-08051-01. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

“RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”.

Como se sabe la culpa es uno de los elementos de la responsabilidad civil, y para que se origine la obligación de indemnizar un daño no basta con haberlo causado, sino se exige además que el comportamiento causante de éste se haya realizado con culpa. Y se puede incurrir en culpa tanto por acción, como por omisión. Además, debemos señalar que si es responsable cuando se actúa con culpa, obviamente, con mucha más razón cuando se hace con dolo.

Para establecer si una persona que ha causado un daño ha incurrido en culpa, hay que acudir a ciertos parámetros, que son, fundamentalmente, los siguientes: cuando se da una i) infracción normativa; en aquellas actividades reguladas legal o reglamentariamente; ii) Cuando se procede por fuera criterio general del “buen padre de familia” y iii) En actividades profesionales, cuando quien la ejerce se aparta de las pautas buen ejercicio de la profesión.

Por último, debemos decir, casi de forma general, la culpa debe ser acreditada por el perjudicado.

En el caso aquí analizado no existe una sola prueba que permita imputar la responsabilidad por las conexiones irregulares de los detallistas o expendedores al menudeo a las embotelladoras demandadas, pues en el plenario no se acreditó, nada distinto a la distribución de bebidas- gaseosas y cervezas- por parte de las convocadas por pasiva a través de mayoristas en nuestra costa atlántica, donde las gestoras del proceso suministraban el servicio de electricidad, además de que dichas embotelladoras entregaron a algunos expendedores neveras y enfriadores a título de comodato. Situación que, para ser más exactos, ni siquiera fue controvertida por la parte demandada.

Y tales actuaciones, venta o distribución y la entrega de botelleros en comodato no constituyen ninguna actividad ilícita o prohibida por la ley, es una actividad empresarial legítima y de ella no se deriva o estimula de manera alguna la conexión irregular de los detallistas a las redes eléctricas.

Es más, en las copias de los contratos de algunos comodatos se allegaron como pruebas en su clausulado se encuentra consagrado expresamente lo siguiente: En los contratos suscritos por Juan Guillermo Abad Cock actuando en representación de Cervecería Unión S.A , se detallaron las entregas de neveras verticales o panorámicas marca Friomix, botelleros marca Wonder o Indufrial, en cuya cláusula DECIMA, se deja expresa constancia que no obstante dichos bienes son propiedad del comodante, es el comodatario el único responsable de su administración, uso y guarda jurídica y en la cláusula subsiguiente acuerdan que no existen ninguna relación laboral o de dependencia entre los contratantes.

Además, se anexó en la mayoría de los casos, un formato de verificación de referencias, en donde se consigna la información de las personas que realizaran las recomendaciones para la entrega de los equipos previa confirmación por parte de la empresa.

En los contratos suscritos por Juan Eduardo Mejía Gómez, Henry Quiñonez Flórez, en calidad de representante legal de Postobón S.A se observa la entrega de neveras con su respectivo número de serial en cuya cláusula SEGUNDA se establece F: asumir todos los impuestos y contribuciones en que se incurra por la instalación del bien. Así mismo el pago de los servicios públicos que se generen por su uso G) obtener y mantener todas las licencias, certificados y documentos requeridos por las autoridades para la instalación y/o funcionamiento del bien

Finalmente, los contratos de Industria Nacional de Gaseosas se utiliza la figura de concesión el cual tiene como finalidad, arrendar o vender activos principalmente vehículos inmuebles para destinarlos a la reventa de los productos licenciados para ser comercializados, resaltando que no obra en el expediente prueba documental que acredite la propiedad de equipos de refrigeración o cualquier relación jurídica como el comodato.

De dichos contratos podemos concluir que las comodantes se encontraban exentas de toda responsabilidad respecto de la guarda jurídica y el uso y explotación de los equipos de refrigeración, y que como obligaciones de los comodatarios se encontraba expresamente consagrado el pago de cualquier emolumento que se generara por el funcionamiento de estos, incluidos los servicios públicos de los cuales se queja la parte demandante le han sido sustraídos ilegalmente.

Desde ese punto de vista, las políticas comerciales de las compañías demandadas no reflejan un comportamiento irresponsable, como quiera que los contratos celebrados han velado por el cumplimiento de las leyes, respeto por el orden público, y la verificación de las condiciones normales para la ejecución de los contratos al no existir ningún otro riesgo o condición palpable que pudiera ser advertida por las demandadas.

Así mismo, los contratos aportados dan cuenta de la independencia y ausencia de subordinación entre las compañías y sus distribuidores o detallistas, resaltando que brilla por su ausencia cualquier otro elemento probatorio que acredite el vínculo formal para endilgar la responsabilidad indirecta por el comportamiento de sus dependientes.

Ahora bien, en sus alegaciones el señor apoderado de la parte actora hizo énfasis en que *“Las demandadas, por fuerza de las circunstancias, y no por omisión de las demandantes ni de la fuerza pública, tenían disponible la única herramienta útil que permitía controlar los fraudes de los distribuidores de las bebidas, pues, como se probó, la misma fuerza pública fue incapaz de suspender los fraudes coercitivamente, hasta el punto de que, cuando los oficiales de la demandante cortaban la conexión ilegal, y abandonaban el lugar, de inmediato, y en medio de burlas, los infractores volvían a conectarse ilegalmente.”*

“Es más, las demandantes, iniciaron miles de procesos penales contra los defraudadores, pero a la fecha las investigaciones penales no han brindado resultados satisfactorios, motivo por el cual el daño se mantiene, a la esperada que las demandadas recojan los botelleros en servicio, o que se nieguen entregar nuevos refrigeradores, o exijan a los comodatarios la prueba del pago del servicio de energía.

Como se ve, la única solución pragmática estaba en manos de las demandadas que, pudiendo, no condicionaron la entrega de bebidas para su venta al detal y enfriados, a la prueba de que el distribuidor estaba legalmente conectado a las redes de energía, tal como lo estipula los contratos que suscribieron”

Para corroborar si los comerciantes o detallistas acusados de realizar las conexiones fraudulentas podían ser sujeto de vigilancia y control por parte de las demandadas, es necesario consultar la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones:

“ARTÍCULO 141. Incumplimiento, terminación y corte del servicio. *El incumplimiento del contrato por un período de varios meses, o en forma repetida, o en materias que afecten gravemente a la empresa o a terceros, permite a la empresa tener por resuelto el contrato y proceder al corte del servicio. En las condiciones uniformes se precisarán las causales de incumplimiento que dan lugar a tener por resuelto el contrato.*

La entidad prestadora podrá proceder igualmente al corte en el caso de acometidas fraudulentas. Adicionalmente, y tratándose del servicio de energía eléctrica, se entenderá que para efectos penales, la energía eléctrica es un bien mueble; en consecuencia, la obtención del servicio mediante acometida fraudulenta constituirá para todos los efectos, un hurto.

ARTÍCULO 145. Control sobre el funcionamiento de los medidores. *Las condiciones uniformes del contrato permitirán tanto a la empresa como al suscriptor o usuario verificar el estado de los instrumentos que se utilicen para medir el consumo; y obligarán a ambos a adoptar precauciones eficaces para que no se alteren. Se permitirá a la empresa, inclusive, retirar temporalmente los instrumentos de medida para verificar su estado.”*

Dicha normatividad, es enfática al restringir este tipo de facultades a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, comisiones reguladoras y superintendencias dado el carácter esencial de los servicios prestados por lo que descarta cualquier intervención particular sin previa autorización, hecho en el que se amparan las demandadas para exculparse.

Tan cierto es dicho argumento, que para contrarrestar los efectos de la mencionada ley el apoderado demandante se apoya en el deber que le asistía a su contraparte para contribuir a la disminución del fraude del fluido eléctrico, ya que a su consideración eran las únicas que estaban en posición de hacerlo, con una simple verificación a la hora de vender y/o

distribuir sus productos, pues las demandantes ya habían agotado todas las acciones conducentes para atacar el problema, esto es, las desconexiones de las redes rudimentarias, suspensiones del servicio, denuncias penales etc., pero la reincidencia y la inoperancia de las autoridades policivas hicieron incontenible dicho flagelo.

Pues bien, conociendo las condiciones antes señaladas, resulta lógico preguntarse

¿Qué tan efectivas podrían haber sido las medidas de las embotelladoras demandadas para controlar la conexión irregular a la red eléctrica?

¿Si era posible que las demandas recogieran los botelleros de quienes no acreditaran el pago de los servicios públicos?

¿Y dado que estos fueron entregados en virtud de un contrato de comodato no se necesitaba entonces de la iniciación de un proceso judicial donde se declarase el incumplimiento contractual?

¿Si no funciona el aparato punitivo del estado podría ser más efectivo un eventual proceso civil?

De los interrogantes anteriores, solo el tercero se responde afirmativamente los demás tienen una respuesta negativa.

En ese orden de ideas, vemos como la tesis expuesta por el apoderado de la parte demandante carece de todo fundamento fáctico, jurídico y probatorio, y la incapacidad de contener el fraude del que vienen siendo víctimas, no puede trasladarse a quienes realizan una actividad industrial y comercial totalmente ajena a la prestación del servicio público de energía, y si bien las labores o acciones que deben implementarse para controlar el ilícito pueden resultar una labor titánica, conforme a la normativa de servicios públicos las demandantes no pueden sustraerse a la misma.

Se concluye entonces que en el caso sub examine, no se encontró acreditado **el hecho** imputable a las demandadas, entendido como aquella omisión en realizar algún tipo de veeduría a la conexión de servicios públicos de suministro de energía eléctrica, respecto de los comerciantes que distribuían o revendían sus productos en la costa caribe colombiana.

Ahora, si enfocamos el asunto desde la óptica de la responsabilidad civil indirecta, debemos tener claro que a quienes se les endilgó la comisión del ilícito son terceras personas ajenas al proceso, pero con unos supuestos vínculos contractuales y/o relaciones de subordinación o dependencia con las aquí demandadas. En estos casos el alto tribunal de cierre nos ilustra al respecto:

“La persona obligada a indemnizar es usualmente, pero no siempre, el ejecutor material del perjuicio. Lo anterior explica por qué es posible imputar la agencia del daño a una persona que no tuvo ninguna participación en el flujo causal que lo desencadenó, como

cuando se atribuye el hecho al heredero o a quien recibe provecho del dolo ajeno (artículo 2343 del Código Civil) (...) es posible endilgar la autoría de un hecho por las abstenciones cuando el agente tenía el deber legal de actuar para evitar una consecuencia dañosa, lo cual no puede ser explicado por una 'causalidad' desprovista de componentes normativos porque las omisiones no son eventos sino ausencia de éstos (...)

Es un principio general que no hay responsabilidad civil por las inactividades salvo que el demandado se encuentre bajo un deber legal preexistente o tenga la posición de garante respecto de quien sufre el perjuicio". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de septiembre de 2016). Sentencia SC13925- 2016. (Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez).

En el sub-lite, no existe ningún elemento de prueba que permita establecer una conexión de subordinación o dependencia entre las demandadas y los detallistas que presuntamente se conectaron irregularmente a las redes eléctricas de las demandantes.

Tampoco existe norma alguna o disposición que imponga a las embotelladoras el deber legal de garantizar la conexión regular de quienes adquieren sus productos para venderlos al menudeo, y que estableciera la posición de garante respecto de las demandantes.

Asimismo, no se acreditó ninguna actuación dolosa que le haya reportado ganancia a las convocadas por pasiva, por cuanto sus actuaciones consistentes en comercializar bebidas y entregar a sus minoristas en comodato unos equipos de refrigeración, en modo alguno pueden considerarse como dolosas, sino que por el contrario resultan completamente legales y legítimas, además hacen parte de su objeto social.

Téngase en cuenta que contrario a lo afirmado en la demanda, las ventas que mediate distribuidores realizan las demandadas a sus detallistas no generan un lucro o ganancia adicional a éstas, en razón a que las bebidas gaseosa y cervezas en su cadena de distribución no requieren de enfriamiento, y es solo cuando el producto va a ser adquirido por el consumidor final es que se exige o requiere dicha refrigeración. Y las empresas cobran el mismo precio por los productos a sus distribuidores, independientemente de que el detallista final sea o no comodatario de las embotelladoras, lo que conlleva a la inexistencia de ganancia alguna derivada del dolo ajeno.

Adicionalmente, ni siquiera logró acreditar y cuantificar la parte actora cual era la ganancia que obtuvieron las demandadas por las compras de los tenderos minoristas conectados irregularmente a la red eléctrica de propiedad de las demandantes, y tampoco se pudo establecer cuál era el valor de las compras que había realizado por los detallistas, dado que por tratarse de ventas masivas, y autorizados por la legislación tributaria, tienen un registro global en la contabilidad de las empresas y no es posible segregadas por comprador, o sea en los registros contables aparecen la sumatoria de los totales sin identificar a los compradores de tales productos.

Esta situación fue puesta en conocimiento del Juzgado por la misma perita contable, Claudia Ramírez Arias en su memorial del 6 de febrero de 2023 y que aparece en el archivo #89 del expediente digital.

Procedo a dejar las conclusiones definitivas por las cuales no se puede llevar a cabo la presentación de la aclaración y complementación al dictamen.

1. No se puede determinar el total de ingresos producto de la demanda, teniendo en cuenta que el registro de las ventas en la contabilidad es por código general, es decir, venta masiva y ambulante.

2. Con la información registrada contablemente sin tercero, no se puede tener en cuenta el total de ingresos de la empresa para determinar el provecho obtenido por venta de bebidas refrigeradas en neveras (comodato).

3. No existe el detalle por nit o cedula en las ventas y por ser ventas de mínima cuantía según lo establecido en las resoluciones expedidas por la DIAN para el reporte de los medios magnéticos, estos son reportados con el tercero 22222222 (cuantías menores) en el formato 1007 (ingresos).

(...)

Como contadora publica no me es posible señor juez, presentar un informe con la información tal como la manejan las empresas demandadas, porque no es solo en POSTOBON, en las otras embotelladoras también realizan el procedimiento similar debido a lo establecido en los decretos anteriormente informados que la ley busca generar beneficios para este tipo de contribuyentes cuando se trata de ventas masivas”

Por último y para resolver sobre la pretensión “*primera subsidiaria secundaria*”, donde se solicita se declare el enriquecimiento sin causa de las demandadas es preciso revisar lo sostenido por nuestra Corte Suprema en una sentencia reciente, la cual es aplicable al caso que hoy nos ocupa.⁹

*“En tal virtud, la actio in rem verso, como mecanismo instrumental propio del principio de no enriquecimiento sin causa, **tiene naturaleza excepcional y residual. Se trata de un último recurso jurisdiccional en defensa de la equidad y la justicia, llamado a corregir situaciones de evidente desequilibrio, pero que no encuadran en la realización de ninguna otra fuente obligacional de las históricamente reconocidas.** y, por lo mismo, no confieren al afectado otra acción distinta para reclamar la intervención de los jueces a fin de enmendar la distribución injusta. (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

*Consecuente con lo expuesto, la jurisprudencia tiene decantado que la procedencia de la actio in rem verso (o acción de enriquecimiento sin causa) exige la verificación de cinco requisitos, **que son decididamente concurrentes:***

⁹ Sentencia SC428-2023 del 16 de noviembre de 2023. M.P. LUIS ALONSO RICO PUERTA

(i) *Debe existir un beneficio para el deudor de la obligación que surge del enriquecimiento sin causa. Aquel ha de haber obtenido una ventaja patrimonial, que puede entenderse como la adición de un activo, o como la evitación de un pasivo o detrimento.*

(ii) *Correlativamente a ese enriquecimiento, otra persona debe haber sufrido un empobrecimiento equivalente. Ello significa, en palabras del precedente,*

*«(...) que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento. Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél. Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio. El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro **debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma**» (CSJ SC, 19 sep. 1936 –no publicada–; CSJ SC, 7 jun. 2002, rad. 7360; CSJ SC10113-2014, y SC2343-2018, entre otras).*

(iii) *El empobrecimiento que sufre el actor, consecuencial y correlacional al enriquecimiento del demandado, debe haberse producido sin causa jurídica, debiéndose entender, en palabras de esta Sala, que «en el enriquecimiento torticero, **causa y título son sinónimos**, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro **no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito**, como tampoco por una disposición expresa de la ley» (Ibidem); es decir, que la alteración de los patrimonios no revele la realización de una fuente obligacional (un acto jurídico, un hecho jurídico humano voluntario o involuntario, lícito o ilícito; un estado jurídico o alguna combinación de cualquiera de estos supuestos).*

Dada esta característica, la actio in rem verso tampoco procede cuando con ella pretendan soslayarse o eludirse los efectos de alguna disposición legal imperativa, que dé cuenta de la transformación de los patrimonios.

(iv) *Como secuela natural de la inexistencia de esa fuente, quien demanda en este tipo de procesos debe carecer, desde un principio –es decir, desde que se presenta el desequilibrio– de cualquier otro tipo de acción jurídica conducente para el fin de reconstituir su patrimonio.*

*De ahí que la jurisprudencia haya insistido en que «carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que **por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las***

otras vías de derecho. Él debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia» (Ibidem).

(v) *La acción de enriquecimiento sin causa o injusto sólo habilita la reconstitución del patrimonio afectado, de modo que la obligación a cargo de quien se enriqueció a costa de otro, sin causa jurídica justificante, se limita a devolver exactamente la porción en la que se enriqueció, pues «el objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño pero no el de indemnizarlo» (ibidem)».*

Ahora descendiendo al caso concreto, tenemos que la acción de enriquecimiento sin causa percibe como totalmente improcedente en razón a que el detrimento patrimonial que afirman las demandantes tiene como causa las conexiones fraudulentas de muchos tenderos y comerciantes detallistas de las ciudades de Barranquilla, Soledad, Cartagena y Santa Marta, es decir, la causa del menoscabo la constituye un delito.

Asimismo, porque es claro que la empresa de servicios públicos podía expedir una factura por concepto de energía consumida dejada de facturar para aquellos usuarios conectados de manera irregular con fundamento en las prerrogativas que le otorgaban los artículos 149 y 150 de la Ley 142 de 1994 y proceder con el cobro forzado de las mismas y si no lo hizo así, “... *por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. Él debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia» (ibidem).*”

Atendiendo a lo analizado y por cuanto las antes condiciones antes enunciadas para la acción de enriquecimiento son de carácter concurrente, según se dejó sentado, basta con descartar una sola para que las pretensiones no puedan salir avantes.

En conclusión, que, en el presente caso, no cumplió la parte actora con la carga probatoria que en ella se radicaba, en tanto no se superó el examen de los presupuestos sustanciales de la responsabilidad civil, imponiendo en cambio, desestimar las pretensiones de la demanda, no siendo necesario abordar el estudio de las excepciones de mérito propuestas por las convocadas por pasiva. Asimismo, tampoco logró acreditar las condiciones para la prosperidad de *la actio in rem verso*, lo que deriva en un fracaso total de las pretensiones y la consecuencia condena en costas a favor de las demandadas.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto **EL JUZGADO VEINTIUNO CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: DESESTIMAR TODAS LAS PRETENSIONES, PRINCIPALES, PRIMERAS Y SEGUNDAS SUBSIDIARIAS en este proceso ORDINARIO de RESPONSABILIDAD CIVIL promovido por ELECTRICARIBE E.S.P S.A. y

ELECTROCOSTA E.S.P S.A en contra de POSTOBON S.A. BAVARIA S.A. Y/O CERVECERIA UNION S.A. E INDUSTRIA NANCIONAL DE GASEOSAS Y/O EMBOTELLADORA ROMAN S.A. conforme a las motivaciones expuestas en la parte orgánica de esta sentencia.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante y como agencias en derecho se fija la suma equivalente a trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de esta sentencia, las cuales se liquidarán por secretaría conforme al art. 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JORGE HUMBERTO IBARRA
JUEZ**

Firmado Por:

Jorge Humberto Ibarra

Juez Circuito

Dirección Ejecutiva De Administración Judicial

División De Sistemas De Ingeniería

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **f499f60af03e46c0cca88672d68466881ea0e9d144f01c4963565346cab70fe3**

Documento generado en 17/01/2024 09:33:01 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>