

TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR LA SOCIEDAD PARCELACIÓN LAGUNA
SECA S.A.S. EN CONTRA DE JUAN CARLOS CASTAÑEDA Y SEGUROS DEL ESTADO
S.A.

2013 A 047

AUDIENCIA DE LAUDO ARBITRAL.

Medellín, tres (3) de febrero de dos mil quince (2015)

A las tres de la tarde (3:00 p.m.), en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, se reunió el Tribunal de Arbitramento que habrá de resolver el litigio promovido por la PARCELACIÓN LAGUNA SECA S.A.S. en contra de JUAN CARLOS CASTAÑEDA Y SEGUROS DEL ESTADO S.A., para proferir el laudo arbitral del presente proceso.

▪ Comparecen a la audiencia:

El árbitro, doctor JUAN GUILLERMO HINCAPIÉ MOLINA y el secretario del tribunal, DANIEL M. PUYO VELÁSQUEZ.

Por la parte demandante: Compareció su apoderada, la doctora FLOR ELENA GONZÁLEZ RAMÍREZ.

Por la parte demandada SEGUROS DEL ESTADO S.A.: Compareció su apoderado, el doctor ANDRÉS FELIPE VILLEGAS.

Por la parte demandada **JUAN CARLOS CASTAÑEDA:** No se hizo presente ni la parte ni su apoderado.

▪ Informe secretarial:

En cumplimiento del artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, el secretario informa que han transcurrido doscientos (200) días comunes desde la primera audiencia de trámite.

Objeto de la audiencia: En la presente audiencia se le dará lectura a la parte resolutive del laudo arbitral de conformidad con lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012.

Desarrollo de la audiencia:

1. Luego de iniciada la audiencia, el árbitro dio lectura a la parte resolutive del Laudo, según lo establecido en el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012.

2. Luego de leída la parte resolutive, el Tribunal de Arbitramento hizo entrega de las siguientes copias del laudo:

2.1. A la doctora FLOR ELENA GONZÁLEZ RAMÍREZ, apoderada de la parte demandante, primera copia auténtica, que presta mérito ejecutivo para su representada.

2.2. Al doctor ANDRÉS FELIPE VILLEGAS, apoderado de la parte demandada SEGUROS DEL ESTADO S.A., segunda copia auténtica, que presta mérito ejecutivo para su representada.

2.3. Se deja a disposición del señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA, en el centro de arbitraje y como parte del expediente, tercera copia auténtica, que presta mérito ejecutivo para él.

2.4. Al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, copia simple del laudo.

Finalmente, si las partes llegasen a presentar solicitud de aclaración, complementación o corrección del Laudo, el Tribunal fija el día 12 de febrero de 2015 a las tres de la tarde (3:00 p.m.), para resolver lo que en derecho corresponda.

Lo decidido queda notificado por estrados a las partes.

Agotado el objeto de la audiencia, se declaró cerrada a las tres y treinta de la tarde (3:30 p.m.) y se firma por los que en ella intervinieron.

El Árbitro




JUAN GUILLERMO NINCAPIÉ MOLINA.
Árbitro.

FLOR ELENA GONZÁLEZ RAMÍREZ.
Apoderada parte Convocante



ANDRÉS FELIPE VILLEGAS.
Apoderado SEGUROS DEL ESTADO S.A.



DANIEL M. PUYOV.
Secretario.

LAUDO ARBITRAL

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA**

**PARCELACIÓN CAMPESTRE LAGUNA SECA S.A.S
contra
JUAN CARLOS CASTAÑEDA Y SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

Radicado: 2013 A 047

Medellín, tres (3) de febrero de dos mil quince(2015)

LAUDO ARBITRAL

Medellín, tres (03) de febrero de dos mil quince (2015)

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede este Tribunal de Arbitramento a proferir en derecho el laudo que resuelve las diferencias planteadas por la sociedad PARCELACIÓN CAMPESTRE LAGUNA SECA S.A.S. contra de la sociedad JUAN CARLOS CASTAÑEDA y SEGUROS DEL ESTADO S.A.

A. ANTECEDENTES.

1. Las partes del proceso.

La convocante y demandante dentro del presente proceso arbitral es la sociedad PARCELACIÓN CAMPESTRE LAGUNA SECA S.A.S., sociedad legalmente constituida, con domicilio en el municipio de Cali, e identificada con el NIT. 900.344.967-8

La parte convocada y demandada en este proceso arbitral se encuentra integrada por dos sujetos procesales independientes y autónomos, de un lado, el señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA, mayor edad y con domicilio en el municipio de Medellín; y del otro, la sociedad aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., sociedad legalmente constituida, con domicilio en Bogotá D.C., e identificada con el NIT. 860.009.578-6.

2. El pacto arbitral.

Junto con la demanda presentada por la convocante se anexaron los documentos que ella calificó como "PRUEBAS", los cuales sustentaban los hechos narrados en la demanda. Dentro de estos documentos se encuentra la "Copia del contrato suscrito entre las partes con fecha 11 DE DICIEMBRE DE 2013", el cual se identifica en su encabezado como "CONTRATO DE OBRA CIVIL NO. 02 PARA CONSTRUCCIÓN DE UNA CASA DE HABITACIÓN EN EL LOTE NO. 05 DE LA PARCELACIÓN CAMPESTRE LAGUNA SECA.¹", suscrito entre el señor Juan Carlos Castañeda y la sociedad Parcelación Campestre Laguna Seca S.A.S.

Este contrato contienen en su cláusula "Décima novena: Solución de conflictos", el pacto arbitral, en la forma de cláusula compromisoria, que ha habilitado a este

¹Cuaderno de pruebas. Folio 7 al 26

Tribunal de Arbitramento para dirimir las controversias suscitadas entre las partes.
Se lee en la cláusula:

“Toda controversia o diferencia que surja entre las partes por concepto de la celebración, interpretación, ejecución o terminación del presente contrato distinta de aquellas que presenten mérito ejecutivo y que no pueda ser resuelta ente las partes en forma directa, será resuelta por un tribunal de arbitramento que fallará en derecho y se sujetará al reglamento del CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN, de acuerdo con las siguientes reglas:

19.1 El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros – salvo que la controversia fuera de menor cuantía, en cuyo caso el árbitro será sólo uno (1) - designados por las partes directamente y de común acuerdo. Si las partes no se ponen de acuerdo en la elección de los árbitros, los faltantes serán designados por el CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO respectiva, a solicitud de cualquiera de las partes.

19.2 En caso de que la CÁMARA DE COMERCIO respectiva no hiciere el nombramiento dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que se le solicite tal designación, cualquier de las partes interesadas podrá pedir al juez competente que designe el (los) árbitros, acompañando a la solicitud copia del presente contrato.

19.3 El procedimiento se sujetará a las normas que dispone el Código de Procedimiento Civil, lo mismo que a lo dispuesto en el decreto 2279 de 1989, el decreto 2651 del 10 de enero de 1991 y el decreto 1818 de 1998, su organización interna deberá ser igual a la que suponga el reglamento que para efecto utilizar (sic) el CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA respectiva, y el laudo arbitral deberá ser proferido en derecho.

19.4 Los honorarios del árbitro(s) y los gastos del Tribunal de Arbitramento serán asumidos por las partes en proporciones iguales. La parte cuyas pretensiones hubiesen sido desestimadas por el Tribunal, asumirá la condena en costas y agencias en derecho que éste imponga.”

Posteriormente, durante la Reunión para Nombramiento de Árbitros, que se celebró el día veinte (20) de diciembre de 2013, en el Centro de Arbitraje y de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, en la que comparecieron, por la convocante, el señor Juan Ricardo Posada Osorio, Representante Legal de la sociedad, y su apoderada judicial, la doctora Flor Elena González Ramírez; y por la convocada SEGUROS DEL ESTADO S.A. el señor Diomer Giovanni Moncada Montoya en su calidad de Representante Legal de la sociedad. El convocado Juan Carlos Castañeda no compareció a la reunión.

La reunión tenía por objeto que las partes, si a bien lo tenían, nombraran de común acuerdo al árbitro que habría de conocer las controversias. Las partes presentes en la reunión, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, decidieron nombrar de común acuerdo al abogado Juan David Posada Gutiérrez como árbitro principal, y al abogado Sergio Alejandro Villegas Agudelo como árbitro suplente. Debido a la ausencia de una de las partes convocadas, el señor Juan Carlos Castañeda, quienes se encontraban presentes en la reunión decidieron someter su designación a la ratificación que de ella hiciera el señor Castañeda, para lo cual fijaron un plazo que iba hasta el 17 de enero de 2014.²

Habiendo trascurrido el plazo fijado para el efecto, y sin haber obtenido pronunciamiento alguno sobre la designación de los árbitros, la Jefe de la Unidad de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, procedió a efectuar el correspondiente sorteo entre los árbitros inscritos en las listas de este centro.

Efectuado el sorteo respectivo, resultó elegido el doctor Juan Guillermo Hincapié Molina, quien aceptó mediante comunicación del día 27 de enero de 2014³.

Hecho el nombramiento y sin que se presentara pronunciamiento alguno por las partes, el tribunal quedó integrado por el señor árbitro Juan Guillermo Hincapié, dándole cumplimiento a lo dispuesto por las partes en la cláusula compromisoria en lo relativo al número de árbitros en virtud de la cuantía del proceso.

Durante el proceso no hubo ninguna modificación a la cláusula compromisoria, y fue la contemplada originalmente en el contrato ya referenciado la que habilitó a este Tribunal de Arbitramento para adelantar este proceso.

3. El trámite del proceso.

3.1. La convocante presentó demanda arbitral el día 27 de noviembre de 2013 para dirimir los conflictos entre ella y el señor Juan Carlos Castañeda y la sociedad Seguros del Estado S.A.

3.2. El día 20 de enero de 2014 se efectuó el sorteo entre los árbitros inscritos en la lista del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín y se designó como árbitro al doctor Juan Guillermo Hincapié, quien aceptó el día 27 de enero del mismo año su nombramiento.

3.3. Durante la audiencia de instalación, celebrada el 20 de febrero de 2014, el Tribunal de Arbitramento, luego de analizar la demanda, resolvió admitir la demanda por considerar al encontrar *“el pacto arbitral visible en la cláusula*

²Cuaderno principal. Folios 35 al 38.

³Cuaderno principal. Folio 46.

*décima novena del contrato de obra civil No. 02 del once (11) de diciembre de dos mil doce (2012)*⁴.

- 3.4. El 20 de febrero 2014 se notificó personalmente de la demanda el Representante Legal de Seguros del Estado S.A., el señor Diomer Giovanni Moncada Montoya⁵.
- 3.5. El 25 de febrero de 2014 se le envió al convocado Juan Carlos Castañeda, por correo postal autorizado, citación para que compareciera a notificarse personalmente del auto admisorio de la demanda sin que así lo haya hecho.
- 3.6. Ante la falta de notificación personal y de conformidad con lo establecido en el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, se procedió a enviar notificación por aviso el día 26 de marzo de 2014⁶.
- 3.7. El 20 de marzo de 2014, la convocada Seguros del Estado S.A. presentó, mediante apoderado judicial, el doctor Andrés Felipe Villegas, contestación a la demanda interpuesta por la convocante.
- 3.8. El 25 de abril de 2014, el convocado Juan Carlos Castañeda, se hizo presente en la sede del tribunal con el fin de retirar los anexos de la demanda que le fuera notificada mediante aviso entregado el 27 de marzo de 2017 conforme a la constancia expedida por la empresa de correos certificados⁷.
- 3.9. El 5 de mayo de 2014, el convocado Juan Carlos Castañeda, a través de su entonces apoderado judicial, el doctor Víctor Daniel Álvarez Montoya, presentó su escrito de contestación a la demanda.
- 3.10. El 8 de mayo de 2014, se le corrió traslado a la parte convocante de las excepciones de mérito propuestas por los convocados Seguros del Estado S.A. y el señor Juan Carlos Castañeda para que solicitara, si así lo estimaba, el decreto de medios de prueba sobre los hechos en los que se fundaban las excepciones de mérito⁸.
- 3.11. El día 8 de mayo de 2014, el entonces secretario del Tribunal, el doctor Carlos Mario Espinosa Cuadros, puso en conocimiento de las partes una circunstancia sobreviniente consistente en la coincidencia en un proceso judicial con el apoderado de la parte convocada Seguros del Estado S.A.⁹
- 3.12. Con fundamento en la revelación hecha por el entonces secretario del tribunal, la apoderada de la parte convocada solicitó *"el cambio de secretario toda vez que la ley sobre la materia así lo prescribe"*¹⁰.
- 3.13. Como consecuencia de la solicitud presentada por la parte convocante, el tribunal procedió, mediante el Auto No. 04, a nombrar como

⁴Cuaderno principal. Folio 61.

⁵Cuaderno principal. Folio 62.

⁶Cuaderno principal. Folios 74 y 75.

⁷Cuaderno principal. Folio 105.

⁸Cuaderno principal. Folio 109.

⁹Cuaderno principal. Folio 111.

¹⁰Cuaderno principal. Folio 116.

nuevo secretario al abogado Daniel Mateo Puyo Velásquez, quien acepto su nombramiento el día 14 de mayo de 2014.

- 3.14. El día 15 de mayo la apoderada de la parte demandante, presentó escrito mediante el cual describió traslado de las excepciones de mérito formuladas por los demandados y solicitó la práctica de nuevos medios probatorios.¹¹
- 3.15. El 10 de junio de 2014 se celebró la audiencia de conciliación de conformidad con el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012. A ella comparecieron el Representante Legal de la Parcelación Campestre Laguna Seca S.A.S., su apoderada judicial, la doctora Flor Elena González; el convocado Juan Carlos Castañeda y su apoderado judicial, el doctor Víctor Daniel Álvarez; y el Representante Legal Seguros del Estado S.A. y su apoderado judicial, el doctor Andrés Felipe Villegas. En la medida en que las partes no conciliaron sus diferencias, el Tribunal de arbitramento procedió, mediante el Auto No. 07, a fijar los honorarios del tribunal, los gastos de funcionamiento del proceso y los gastos administrativos correspondientes a la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.
- 3.16. El 18 de julio de 2014, se celebró la primera audiencia de trámite, en la cual se verificó la consignación de los honorarios y gastos del proceso, se declaró competente el Tribunal y se decretaron los medios de prueba que se tendrían en cuenta durante el proceso. Todo lo anterior consta en los Autos No. 08 y 09 proferidos por el Tribunal de Arbitramento.

Así mismo, durante esta audiencia las partes decidieron suspender el proceso desde el 19 de julio de 2014 hasta el 17 de agosto del mismo año, incluyendo en el término de suspensión ambas fechas. La suspensión se decretó mediante el Auto No. 10.

- 3.17. El 6 de agosto de 2014, el entonces apoderado del señor Juan Carlos Castañeda presentó renuncia al poder que le había sido conferido.
- 3.18. En vista de la renuncia presentada por el apoderado del convocado Juan Carlos Castañeda, el tribunal profirió el Auto No. 11 en el que aceptó la renuncia del apoderado y procedió a darle aplicación a lo dispuesto en el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil con el propósito de que se procediera a su reemplazo¹².
- 3.19. Debido a la renuencia del demandado Juan Carlos Castañeda para nombrar un nuevo apoderado, el tribunal lo requirió e insto a que nombrara un nuevo representante judicial, so pena de continuar el proceso en los términos que dispone la ley.

¹¹Cuaderno principal. Folios 132 a 145.

¹² Cuaderno principal. Folios 189 y 190.

3.20. El tribunal celebró las audiencias de instrucciones necesarias para darle el debido curso a este proceso y practicó la totalidad de las pruebas solicitadas por las partes. Las audiencias de instrucción y la práctica de pruebas se realizaron entre el 19 de noviembre de 2014 y el 14 de enero de 2015.

3.21. El 23 de enero de 2015 tuvo lugar la Audiencia de Alegatos en la cual se recibieron las alegaciones de las partes y se fijó fecha para la audiencia de laudo para el día 3 de febrero de 2015, tal como lo ordena el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012.

4. La demanda y sus pretensiones.

En el escrito de demanda presentado por la convocante, ésta narró los hechos en los que se fundaron sus pretensiones, presentó y solicitó una serie de medios probatorias que sustentaban sus afirmaciones y formuló las siguientes pretensiones, las cuales se transcriben literalmente del escrito presentado por la convocante:

“PRIMERA: Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que JUAN CARLOS CASTALEDA (SIC) VALENCIA y la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A. incumplieron el contrato de fecha 11 de diciembre de 2012, mediante la cual se construiría una casa n el lote Nro. 5, así mismo que la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A. no cumplió el contrato de aseguramiento y del que es beneficiaria LA PARCELACIÓN CAMPESTRE LAGUNA SECA S.A.S.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior se declare resuelto el contrato.

TERCERA: Que igualmente y a consecuencia del incumplimiento, se condene a JUAN CARLOS CASTAÑEDA VALENCIA y su aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A. al pago de CIENTO VEINTI (SIC) TRES MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$123.466.768) los cuales no se han invertido e la obra por parte del Contratista JUAN CARLOS CASTAÑEDA VALENCIA.

CUARTA: Que asimismo y en consecuencia del incumplimiento, se condene a JUAN CARLOS CASTAÑEDA VALENCIA y su aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A. al pago de las multas a que ha dado lugar por el incumplimiento las cuales no será mayores al diez (10%) (sic) del monto total del contrato.

QUINTA: Que en consecuencia del incumplimiento, se condene a JUAN CARLOS CASTAÑEDA VALENCIA y su aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A. al

pago de la cláusula penal que equivale a la suma de Cuarenta y un millones ochocientos cinco mil doscientos noventa y cinco pesos m.l. (\$41.805.295)

SEXTA: Que se condene en costas del proceso y agencias en derecho a JUAN CARLOS CASTAÑEDA VALENCIA y su aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A.

5. La contestación a la demanda y sus excepciones por parte de Seguros del Estado S.A.

En el escrito de contestación de la demanda, la convocada esgrimió su versión de los hechos, aceptando algunos, aclarando y negando otros; aportó y solicitó los medios probatorios que sustentaban su decir; se opuso a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones y propuso las siguientes EXCEPCIONES DE MÉRITO, las cuales se enuncian:

- A) INDEBIDA PRETENSIÓN FRENTE A SEGUROS DEL ESTADO S.A.*
- B) AUSENCIA DEL RIESGO ASEGURABLE PARA EL PAGO ANTICIPADO – LA COBERTURA DEL SEGURO SE REFIERE AL BUEN MANEJO DEL ANTICIPO – ANTICIPO Y PAGO ANTICIPADO SON CONCEPTOS DIFERENTES.*
- C) AUSENCIA DE PRUEBA SOBRE LA CUANTÍA DEL SINIESTRO.*
- D) INDEMNIZACIÓN PROPORCIONAL AL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.*
- E) INDEBIDA FORMULACIÓN DE PRETENSIONES – INDEBIDA ACUMULACIÓN DE MULTAS – CLÁUSULA PENAL Y PERJUICIOS.*
- F) EXCLUSIÓN DE SANCIONES PECUNLARIAS.*
- G) AUSENCIA DEL JURAMENTO ESTIMATORIO.*
- H) CONDICIONES DEL SEGURO.*

6. La contestación a la demanda y sus excepciones por parte de Juan Carlos Castañeda.

En el escrito de contestación de la demanda, el convocado esgrimió su versión de los hechos, aceptando algunos, otros parcialmente y negando otro; aportó y solicitó los medios probatorios que sustentaban su decir; se opuso a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones y propuso la siguiente EXCEPCIÓN DE MÉRITO, la cuales se enuncian:

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN

7. Pruebas practicadas.

El Tribunal de Arbitramento decretó la totalidad de los medios de prueba solicitados por las partes, tal como consta en el Auto No. 09; en virtud de ello se adjuntaron la totalidad de pruebas documentales aportados por las partes y se practicaron las siguientes pruebas:

- 7.1. Se recibieron los testimonio solicitados por la convocante de Jaime Andrés Cadena Herrera, Jean Paul Archer y Sandra Milena Jaramillo.
- 7.2. Se practicó un interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad Seguros del Estado S.A. y al representante legal de la Parcelación Campestre Laguna Seca S.A.S.
- 7.3. Se libraron los oficios solicitados a la Parcelación Laguna Seca S.A.S. y a la Cámara Colombiana de la Infraestructura.
- 7.4. Se practicó una inspección judicial con intervención de la perito Patricia Imery Valderrama en los términos solicitados por la convocante

El convocado Juan Carlos Castañeda no compareció a la audiencia en la que se le practicaría el interrogatorio de parte. Los testigos Jhon Alexander Giraldo Castillo y Andrés Hoyos López tampoco comparecieron a la audiencia a la que había sido citado para rendir sus testimonios. Sin que a ninguna de las partes ello les hubiese significado reparo alguno, considerando igualmente el tribunal que su ausencia no contempla relevancia de cara a la decisión que en este laudo se habrá de tomar.

La convocante desistió de que se practicara la prueba testimonial de la señora Gloria Dionei Morales Pérez, tal como consta en el acta de la audiencia de instrucción celebrada el 12 de mayo de 2014.

8. Término del proceso arbitral.

Según lo dispone el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, y atendiendo a que las partes no fijaron un término para la duración del proceso arbitral, éste se desarrolló en un período de seis meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite sin perjuicio de las suspensiones decretadas en el proceso a solicitud de las partes.

Así las cosas, se tiene que la primera audiencia de trámite finalizó el día 18 de julio de 2014, de suerte que la duración del proceso debía ir hasta el día 19 de enero de 2015, no obstante y según consta en el expediente, las partes solicitaron la suspensión del proceso entre el día 19 de julio hasta el 17 de agosto de 2014, es decir, se suspendió el proceso por un término de 19 días hábiles, con lo cual el término de duración del proceso, y el momento hasta el cual este tribunal está

habilitado para ejercer funciones jurisdiccionales va hasta el día 13 de febrero de 2015, por lo que este laudo se profiere en tiempo.

Expuestos los antecedentes que dan lugar a este laudo, el Tribunal de Arbitramento expone los motivos que dan lugar a la parte resolutive de éste en los términos que siguen.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

Una vez precisada la controversia planteada por las partes, para su decisión en derecho, el Tribunal analizará los presupuestos procesales y se ocupará de las motivaciones del laudo.

En relación con los presupuestos procesales, el Tribunal los encuentra reunidos a cabalidad porque la demanda ha sido presentada en debida forma, el Tribunal es competente, las partes son plenamente capaces y fueron debidamente notificadas.

Es importante anotar, que el hecho de que una de las partes dejara de actuar en el proceso, no es motivo para suspender y/o terminar el mismo, menos aun cuando se brindaron todas las garantías procesales para su intervención, tal como a continuación se precisa tomando en consideración la renuncia que presentó el procurador judicial del convocado JUAN CARLOS CASTAÑEDA VALENCIA, durante la etapa instructiva.

CAPÍTULO 1

DE LA INTERVENCIÓN DEL CONVOCADO JUAN CARLOS CASTAÑEDA, SU INACTIVIDAD EN EL PROCESO Y LAS GARANTÍAS PROCESALES BRINDADAS POR EL TRIBUNAL.

Sea lo primero destacar, que el Tribunal ha cumplido fielmente lo consagrado en la Ley 1563 de 2012 y en las normas sustantivas y procesales que le son aplicables, brindándole a las partes que integran este trámite, los espacios y mecanismos necesarios para que ejerzan el derecho de contradicción y defensa y garantizando de esta manera el debido proceso, principio constitucional sacramental en nuestra legislación.

El convocado JUAN CARLOS CASTAÑEDA VALENCIA fue debidamente notificado de la demanda arbitral el 27 de marzo de 2014; En ejercicio del derecho de defensa, mediante apoderado judicial DR. VÍCTOR DANIEL ÁLVAREZ MONTOYA, dio contestación a la demanda, contestación que radicó personalmente el convocado el cinco (05) de Mayo de 2014.

El convocado mencionado, también se hizo presente a la audiencia de conciliación y fijación de honorarios y gastos procesales celebrada el tres (03) de Junio de 2014, audiencia a la que asistió acompañado de su apoderado judicial, ratificando de esta manera el poder que había otorgado al profesional del derecho.

Mediante memorial radicado el seis (06) de Agosto de 2014, el apoderado judicial del convocado JUAN CARLOS CASTAÑEDA, Doctor VÍCTOR DANIEL ÁLVAREZ, presentó memorial renunciando al poder que le había sido otorgado, solicitud que fue tramitada por el Tribunal y resuelta mediante auto No. 11 de Agosto de 2014 en el que se determinó:

1. *Aceptar la renuncia al poder presentada por el doctor VÍCTOR DANIEL ÁLVAREZ MONTOYA.*
2. *Se ordena incorporar al expediente la comunicación recibida por correo electrónico por parte del doctor VÍCTOR DANIEL ÁLVAREZ MONTOYA.*
3. *Hágasele saber al poderdante JUAN CARLOS CASTAÑEDA la renuncia de su apoderado de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil.*
4. *La renuncia solo pondrá término al poder luego de transcurridos cinco (5) días desde la notificación de esta providencia y se le haga saber al poderdante JUAN CARLOS CASTAÑEDA de la renuncia de su apoderado de conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil tal como ordena en el resuelve anterior.*
5. *Cancelar temporalmente las audiencias y práctica de los medios de prueba programados mediante Auto No. 09 del 18 de julio de 2014, para los días 19.20.21 y 22 de agosto de 2014, las cuales serán programadas posteriormente y se le comunicará a las partes en debida forma.*
6. *Notifíquesele esta decisión por correo electrónico de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012.*

El auto antes mencionado fue notificado mediante comunicación electrónica remitida el 11 de agosto de 2014¹³, sin que el convocado se pronunciara frente al mismo. Ante el silencio del convocado, el Tribunal procedió a proferir auto¹⁴ el 26 de Septiembre de 2014 poniéndole nuevamente de presente al señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA de la renuncia de su apoderado, solicitándole además que designara nuevo apoderado para continuar con el curso del proceso, el cual se le notificó por correo electrónico el ese mismo día, al tiempo que se le enviaba comunicación en igual sentido mediante correo certificado.¹⁵

¹³ Cuaderno principal. Folios 189 y 190.

¹⁴ Auto No. 12 del 26 de Septiembre de 2014.

¹⁵ 4 de octubre de 2014

El tribunal, en aras de garantizar el derecho de defensa del convocado, no se limitó a las comunicaciones enviadas vía electrónica y mediante correo físico, sino que además se comunicó vía telefónica con el convocado en numerosas ocasiones con la misma finalidad.

El Inciso 4 del Art. 69 del Código de Procedimiento Civil consagra que *“La renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita, y se haga saber al poderdante o sustituidor por telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales cuando para este lugar exista el servicio, y en su defecto como lo disponen los numerales 1° y 2° del artículo 320,”* confrontando lo antes consagrado con lo acontecido dentro del presente tribunal, se observa que la renuncia de poder presentada se materializó el 18 de agosto de 2014, es decir cinco días después de la comunicación remitida al convocado, no obstante el Tribunal concedió un plazo en exceso mayor al consagrado en la ley para que el convocado designara nuevo apoderado, sin que este procediera de conformidad.

Ante la renuncia del convocado a designar nuevo apoderado, el proceso continuó su curso dándosele inicio al periodo probatorio, el cual no se inició sino hasta el 19 de noviembre de 2014. El Señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA, no se volvió a hacer presente dentro del proceso, ni en nombre propio ni mediante apoderado judicial.

Es importante aclarar, que no era procedente nombrar CURADOR AD LITEM dentro del proceso, pues esta figura procesal opera en aquellos casos en que el demandado es incapaz absoluto o relativo y carece de representante legal o este último está impedido o ausente¹⁶ y en aquellos casos en los que los demandados son personas ausentes que no ha sido posible vincular al proceso, tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional mediante Sentencia T – 088/06:

El nombramiento del curador responde, a la necesidad de defender los derechos de las personas ausentes en los procesos judiciales, por lo cual, precisamente, su presencia en el debate judicial es garantía de defensa para quien no puede hacerlo directamente. Sobre el particular, la Corte ha dicho que la decisión de designar curadores ad litem, tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten. Constituye, pues, un instrumento protector del derecho fundamental de defensa. Por ello, debe entenderse que se trata de representar a quien resulte directamente involucrado en el proceso, es decir a quien por su ausencia puede ser afectado con la decisión que se tome. (Subrayado fuera de texto).

¹⁶Art. 45 Código de Procedimiento Civil.

No obstante el que esta figura – la del la curaduría ad litem - no cuente con una regulación especial en la ley arbitral, ello no obsta para que sea plenamente aplicable a este tipo de proceso acudiendo a las normas generales del Código de Procedimiento Civil, así se ha aplicado en el pasado en otros tribunales de arbitramento¹⁷, en el entendido que la ley arbitral no es un estatuto exhaustivo que regula todas las posibilidades procesales, sino que por el contrario, se hace necesario acudir a la regulación procesal general para complementar o suplir sus vacíos.

Los curadores ad litem no son mas que *“defensores designados por el juez, que sustituyen a los representantes y a los apoderados y deben ser abogados inscritos^{18”}*, pero su nombramiento está condicionado a la ocurrencia de alguno de dos fenómenos consagrados en el Código de Procedimiento Civil; que la demanda se dirija contra un incapaz o que se trate de una persona ausente.

El caso que se presentó en el curso de este proceso, dista mucho de cualquiera de los dos supuestos contemplados en la ley procesal colombiana. En primer lugar, porque el señor Juan Carlos Castañeda es una persona mayor de edad plenamente capaz de comparecer al proceso a través de un apoderado judicial; y en segundo lugar, debido a que el convocado en mención no puede ser catalogado como ausente en el proceso arbitral, en la medida en que compareció al proceso, se notificó del auto admisorio de la demanda, contestó la demanda en tiempo y a través de apoderado judicial, e incluso concurrió, junto con su apoderado, a una de las audiencias del proceso, la de conciliación y fijación de gastos y honorarios.

Por lo tanto, a la luz de realidad procesal, mal podía el tribunal proceder a nombrarle un curador ad litem, pues los presupuestos legales para la procedencia de esta figura no se presentaron en el proceso. El señor Juan Carlos Castañeda simplemente optó por una de las posibilidades que tiene todo sujeto procesal, no comparecer a las audiencias una vez notificado de la demanda y contestada la misma.

CAPÍTULO 2

DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL EXISTENTE ENTRE LAS PARTES. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CELEBRADO Y RESOLUCIÓN DEL MISMO.

¹⁷Entre otros, tribunal de arbitramento de FIDUCIARIA DEL ESTADO S.A. -FIDUESTADO EN LIQUIDACIÓN en contra de HACIENDA CAR'S LTDA.. Árbitro único: ÁLVARO BARRERO BUITRAGO.

¹⁸PRIETO, Eugenio; QUINTERO, Beatriz; *Teoría General del Proceso*; Editorial Temis; Tercera Edición, 2000; página 331.

Entre PARCELACIÓN CAMPESTRE LAGUNA SECA S.A.S. y JUAN CARLOS CASTAÑEDA fue celebrado un contrato de obra civil, tal como se observa a folios No 7 a 26 del Cuaderno de Pruebas que obra en el expediente, por lo que a continuación el tribunal se referirá a la naturaleza del contrato antes mencionado, las obligaciones contraídas, el incumplimiento contractual, entre otros.

El contrato de obra también denominado contrato de empresa, se encuentra consagrado en el Art. 2053 y siguientes del Código Civil Colombiano. Es una forma especial del contrato de arrendamiento y podemos definirla como el acto jurídico mediante el cual *“dos personas se obligan entre sí, la una a llevar a cabo una tarea o labor determinada, y la otra a pagar por ello a la primera un precio o remuneración, pero sin que aquella se ponga bajo el servicio, subordinación o dependencia de esta”*¹⁹.

El contrato de obra es bilateral, sinalagmático, oneroso, conmutativo y consensual; tiene diversas modalidades que dependen de la manera en la que las partes pacten el precio, siendo estas modalidades las siguientes²⁰:

- a. *Por precio único, global o alzado: se paga una suma fija y determinada por toda la obra, incluyendo los materiales, la mano de obra y la remuneración del contratista.*
- b. *Precios unitarios fijos: en esta modalidad se discrimina el precio de cada uno de los ítems de la obra y a cada uno de ellos se le da un valor por unidad de medida. El precio final de la obra dependerá del número de unidades de medida que finalmente se realicen de cada ítem.*
- c. *Por presupuesto o administración delegada: es un contrato mixto que combina el contrato de obra y el contrato de mandato, porque el constructor es un mandatario del dueño de la obra para la administración de los recursos. El empresario tiene derecho a unos honorarios equivalentes a un porcentaje sobre lo que se invierte en materiales y mano de obra*

Tratándose entonces de los contratos de obra a un precio global o a un precio unitario, resulta claro para el Tribunal que para el primero, en principio, no se admite variación del precio fijado, cualquiera que haya sido la cantidad total de la obra y los precios estimados para cada ítem; en cambio, para el segundo, el valor final del contrato necesariamente depende de las cantidades de obra realmente ejecutadas.

Recientemente el Consejo de Estado hubo de distinguir entre los contratos de obra en la modalidad de pago de precio global y a precio unitario, al considerar que:

¹⁹De Los Principales Contratos Civiles – César Gómez Estrada – Editorial Temis – Tercera Edición – Pág. 318

²⁰2º Congreso Internacional de Derecho de Seguros: Actuales paradigmas jurídicos. Conferencia “El Régimen de la Responsabilidad Civil de los Constructores en Colombia”- Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

“Los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, mientras que en el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato. Esta distinción resulta fundamental, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida [...]”²¹.

En el contrato de obra a precio global, la obligación del artífice configura entonces una típica obligación de resultado en donde la asunción de riesgos para obtener la remuneración de la obra llega hasta el momento de la entrega a entera satisfacción de la misma al contratante, razón por la cual en principio no sería resarcible el tiempo adicional que le hubiese tomado para llegar a dicho momento, por cuanto en estricto sentido, al contratista se le paga más por la creación que por su labor creadora²².

Esta modalidad de contratación de obra a precio global, es la que se conoce igualmente como contrato llave en mano , o *turn key contract*, según se conoce en el derecho anglosajón, la cual en esencia, conlleva las siguientes características:

- A) La fusión, en una sola persona -el contratista- de la concepción y ejecución de la obra.
- B) La obligación global asumida por el contratista frente al cliente, de entregar una obra completamente equipada y en perfecto estado de funcionamiento.
- C) La invariabilidad del precio pactado ²³

La modalidad en que fue celebrado el contrato de obra que dio origen a la demanda arbitral, tal como se observa en la cláusula primera del contrato, fue la de

²¹Sentencia del 31 de agosto de 2011 de la Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección B, Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

²² Cfr. AZAR, Aldo Marcelo. *“Obligaciones de medios y de resultado”*, Buenos Aires, 2012, p. 333 y ss. Aquí p. 334 se lee: “[E]l resultado no se identifica con la producción de la obra, sino con su consecución; no es la actividad de creación o modificación, sino el bien ejecutado, transformado, concluido”.

²³ **LOS CONTRATOS LLAVE EN MANO TALLER SEMINARIO C.A.F** Carlos Felipe Santacruz O. La Paz, Bolivia, abril de 2,009

“Contrato Llave en mano,” también denominada precio único, global o alzado; En el contrato llave en mano, el constructor se compromete a entregar una obra completamente terminada y en estado de funcionamiento contra la entrega de una cantidad fija de dinero. Atendiendo a lo anterior, la obligación principal del contratante sería la de entregar el dinero y la del contratista entregar la obra, sujetándose a las condiciones estipuladas en el contrato celebrado.

Se tiene entonces que el contrato celebrado es un contrato de obra civil bajo la modalidad llave en mano; está probada la existencia del mismo (las partes así lo reconocen y fue aportado como prueba documental) al igual que su validez, el consentimiento está exento de vicios, los contratantes son capaces, y el objeto y la causa del mismo son lícitas.

El contrato que fue suscrito el 11 de diciembre de 2012, tenía el siguiente objeto: *“EL CONTRATISTA se obliga a realizar bajo la modalidad de CONTRATO LLAVE EN MANO la construcción de una casa de habitación en el lote No. 5 de la Parcelación Campestre Laguna Seca, con un área interior de 360 m², espacios exteriores en pisos duros y cubiertas con un área de 183 m² y la construcción de una piscina de 13x3., con playa de 13x2m, ducha, baño, cuarto de maquinas, equipos de aseo general y pisos duros exteriores de 105m²., todo esto según diseños entregados por el CONTRATANTE (...)”*

El plazo para la ejecución del contrato era de cinco (5) meses contados desde la fecha de suscripción del contrato y tenía un valor de CUATROCIENTOS DIECIOCHO MILLONES CINCUENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS M.L. (\$418.052.950.00), más el impuesto al valor agregado IVA de UN MILLÓN SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$1.686.264.00). Quedó consagrado en el contrato, que para efectos tributarios el Contratista JUAN CARLOS CASTAÑEDA declaraba que su utilidad en el contrato era del tres por ciento (3%) sobre los costos directos.

El pago por parte del contratante se convino materializarlo en forma gradual. En principio y a título de anticipo, el contratante entregaría la suma de ochenta millones de pesos (\$80.000.000.00) al contratista , siempre y cuando este último hubiese hecho entrega de las pólizas exigidas con los respectivos recibos de pago y las mismas fueran aprobadas por el contratante.

El saldo sería cancelado en cortes mensuales de obra ejecutada según el avance de la misma. Mensualmente se retendría el 5% por concepto de “Retenido de Garantía” el cual debía ser reembolsado al contratista una vez aportara todos los paz y salvo de ley y la casa hubiese sido recibida a satisfacción por parte del contratante.

Quedó pactado además que de cada factura, se amortizaría un porcentaje igual al del anticipo entregado, entre otros, con lo cual, le queda claro a este Tribunal, que el sentir y deseo de las partes en torno al mecanismo de pago respecto de la obra contratada, contempló un sistema de amortización gradual, a medida en que la misma se fuere ejecutando hasta llegar al resultado comprometido, como era la entrega de la casa con las especificaciones acordadas.

El dos (02) de Abril de 2013, fue celebrado un otrosí al Contrato de Obra Civil No. 02, en el que las partes acordaron ampliar el plazo para la ejecución del Contrato hasta el día 30 de Junio de 2012. También se acordó un desembolso adicional de anticipo por la suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000.00) que se entregaría una vez fuera legalizado el otrosí y se hiciera entrega de las modificaciones de las pólizas.

No obstante lo plasmado en el contrato y en el otrosí, se observa que las partes actuaron en algunos tópicos de manera distinta a lo acordado, tal como a continuación se detalla:

- Por anticipo²⁴ no fue entregada la suma de OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$80.000.000.00) sino TREINTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS (\$39.000.000), pagos que no fueron entregados de manera inmediata a la entrega de las pólizas sino que se fueron pagando gradualmente. Una parte del anticipo fue entregada el 13 de diciembre de 2012, otra el 09 de enero de 2013, y la tercera parte fue entregada el 16 de abril y el 03 de mayo de 2013.

Se deja en evidencia un incumplimiento por parte de la PARCELACIÓN CAMPESTRE LAGUNA SECA S.A.S. frente a la entrega del anticipo al señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA que a la postre resulta intrascendente para el juicio de este Tribunal ya que el incumplimiento frente al pago de los anticipos fue convalidado por ambos extremos contractuales. Nótese que se efectuaron pagos correspondientes a las obras que se venían adelantando tal como se observa en las actas que en los diferentes cuadros y contenido del informe pericial destaca la perito Imery Valderrama. En igual sentido el Convocado no hizo uso de la excepción consagrada en el artículo 1609 del Código Civil ni tampoco hizo reclamación alguna por el atraso en los anticipos pactados, habiendo continuado frente a la construcción de la obra.

- Los recursos del anticipo no fueron manejados en una cuenta a nombre de la PARCELACIÓN CAMPESTRE LAGUNA SECA S.A.S.

²⁴Primer anticipo pues las partes firmaron un otrosí en el que se obligaban a un segundo anticipo.

Aun cuando lo anterior había sido pactado en el inciso segundo de la cláusula primera del contrato celebrado, no existe constancia alguna en el expediente que acredite la apertura de una cuenta bancaria. Los pagos efectuados como anticipos fueron consignados directamente a órdenes del señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA tal como documental quedó acreditado en el proceso y a bien resalta la perito en su informe. La parte convocante siendo la más interesada en que los recursos fueron invertidos en la obra, no mostró ningún interés en que la cuenta se abriera, mucho menos lo hizo el convocado.

DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

Teniendo en cuenta entonces el contrato celebrado y la forma como procedieron las partes, entraremos a determinar si realmente hubo incumplimiento por parte del contratista JUAN CARLOS CASTAÑEDA VALENCIA, siendo esta, una parte de la primera pretensión de la demanda instaurada.

Por tratarse de un contrato "Llave en mano", la obligación del contratista era la construcción de una casa con las especificaciones establecidas en el mismo, obligación que según quedó acreditada en el plenario no se cumplió, pues el Contratista JUAN CARLOS CASTAÑEDA, no dio término a la construcción a la que se obligó, no cumplió con los plazos convenidos en el contrato, y no se observó por parte del Tribunal ninguna circunstancia de las previstas en la Ley como exceptivas o excusantes de ese compromiso contractual, que hayan en realidad ocurrido, ni tampoco cómo las variaciones en los diseños hayan podido motivar o influir en ello.

La responsabilidad civil contractual en nuestra normatividad se basa en la culpa, según se desprende del artículo 63 del Código Civil . Al ser el contrato un acto que se mueve por excelencia en el terreno de la *previsibilidad*, está regido por la autonomía de la voluntad, de manera que la reparación del perjuicio está atada al grado de culpabilidad del deudor.

El artículo 63 del Código Civil contempla un sistema de graduación de la culpabilidad civil: (i) culpa grave, negligencia grave o culpa lata, que en materia civil equivale al dolo; (ii) culpa leve, descuido leve o descuido ligero (iii) culpa o descuido levísimo; y (iv) dolo. En tanto que el artículo 1604 *ibidem* señala los casos en que el deudor es responsable por la culpa lata o por la culpa leve, o por la levísima. Esta regulación, según lo ha destacado la jurisprudencia, se refiere exclusivamente a las culpas contractuales y no a las extra contrato, y constituye parámetro para la graduación de la responsabilidad.

Cabe resaltar que en materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado. Esta reparación debe comprender tanto los perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales. Sin embargo, en materia convencional, este principio general puede estar limitado ya sea por cláusulas legislativas razonables, o por estipulaciones de los contratantes, quienes autónomamente pueden decidir que el responsable se libere total o parcialmente de su obligación frente a la víctima, salvo en casos de dolo o culpa grave, habida cuenta del interés privado que está inmerso en los derechos de crédito asociados a un contrato. Es ese el sentido, del inciso final del artículo 1616 cuando establece que *“Las estipulaciones de los contratos podrán modificar estas reglas”*.

El incumplimiento contractual quedó acreditado a través de los medios probatorios allegados al proceso, entre los que se destacan:

- La declaración del señor Jaime Andrés Cadena, quien fungió como el enlace directivo y ejecutor de la obra en los terrenos de la parcelación . En ella destaca como entre *JUAN CARLOS* y *JUAN RICARDO* existe efectivamente un incumplimiento del contrato de construcción que se inició en la *PARCELACIÓN CAMPESTRE LAGUNA SECA*, y puntualmente en la casa 5, en el cual se inició un proceso de construcción, como le decía, de la casa, pero no se culminó adecuadamente; el proceso se dejó en un porcentaje muy bajo de avance, digamos desde el punto de vista constructivo o técnico. Dicho declarante relató cómo se ejecutaron obras por valor de cerca de CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES DE PESOS M.L. (\$173.000.000), cómo a las obras ejecutadas fue necesario hacerle reparaciones, y cómo las obras adicionales que debieron ejecutarse para la terminación de la casa, ascendieron a la suma de DOSCIENTOS OCHO MILLONES DE PESOS M.L. (\$208.000.000), y cómo, no obstante las modificaciones que se hicieron a los diseños originales, dichas modificaciones fueron mas de forma que de fondo sin que se alterasen los tiempos en la ejecución de la obra .
- La declaración del arquitecto *JEAN PAUL ARCHNER BERNAL* quien hizo el diseño de la casa e hizo un acompañamiento arquitectónico al desarrollo de la obra. Destaca cómo los avances de la obra fueron irregulares, el abandono de la obra por parte del ingeniero, la necesidad de un acuerdo para valorar lo ejecutado, y el cómo ante los retrasos en el avance de la obra, él mismo le sugirió al comité de obra, que el arquitecto *JUAN CARLOS CASTAÑEDA* no continuara con la misma .

- El informe pericial elaborado por la perito PATRICIA IMERY VALDERRAMA, en el que destaca en detalle los valores dados a título de anticipo no invertidos en la obra, la ausencia de cumplimiento en los compromisos adquiridos en el acta de compromiso firmada el 01 de Octubre de 2103, fecha posterior a la finalmente pactada para la entrega de la obra (30 de junio de 2013), entre otros.

Los pagos por parte de la entidad contratante se efectuarían en la medida de avance de las obras, y en ese sentido quedó demostrado que PARCELACIÓN CAMPESTRE LAGUNA SECA S.A.S. cumplió, pues con la presentación de las actas se iban realizando los correspondientes pagos.

Habiéndose acreditado el incumplimiento del Convocado, el Tribunal se habrá de ocupar de la resolución del contrato celebrado, siendo ello la segunda pretensión de la demanda

LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO COMO EFECTO DEL INCUMPLIMIENTO.

Sea lo primero determinar si es procedente la resolución del contrato y cuáles son las consecuencias de tal declaratoria.

La teoría contractual se fundamenta en un pilar básico sin el cual los contratos carecerían de cualquier propósito serio y útil en la vida de los comerciantes, el del principio de normatividad o relatividad, que a su vez recoge el viejo postulado del derecho internacional de Pacta Sunt Servanda, esto es, los acuerdos están para ser cumplidos. En nuestra legislación el principio de relatividad o normatividad, que se concreta en la máxima de que el contrato es ley para las partes, se encuentra de forma positiva en el artículo 1602 del Código Civil, que reza:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

La ubicación de este principio en nuestro Código Civil no es óbice para su aplicación al presente caso, el cual es de naturaleza netamente comercial, y ello es así, por cuanto, como bien lo deben saber las partes, nuestro estatuto mercantil hace expresa remisión a las normas del código civil en aquello no regulado en materia de contratos²⁵.

²⁵Código de Comercio. Artículo 822: Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindir, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

Ahora bien, siguiendo con el principio que nos ocupa, deben notar las partes que el contrato será ley para ellas y en consecuencia los obligará en cuanto a las prestaciones que de él se derivan, en tanto no haya sido invalidado, y ello podrá ocurrir ya por mutuo consentimiento, ya por causas legales. Esta última posibilidad, la de las causas legales, es la que resulta para el tribunal de especial interés en aras de dilucidar el problema planteado en el proceso.

De las causas que señala la ley para "invalidar" el contrato, lo que en este caso equivale a que el contrato deje de obligar a las partes, es la que se ha denominado como condición resolutoria tácita, y que nuestra legislación la contempla en el artículo 1546 del Código Civil en los siguientes términos:

Artículo 1546. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

A su vez la legislación mercantil la consagra en el artículo 870, donde se lee:

Artículo 870. En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación con indemnización de perjuicios moratorios.

Según esta condición, que no se debe confundir con la condición resolutoria que extingue derechos, el incumplimiento de una de las partes facultará a la otra, siempre que ésta haya cumplido o se hubiese allanado a cumplir, para ejercer la acción resolutoria, esto es, para solicitar del juez competente el que decrete la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo, si ello todavía fuere posible, pero en ambos casos conservando la posibilidad de exigir la indemnización de perjuicios; pues como bien lo señala Abeliuk, "(...) la resolución sanciona enérgicamente al deudor incumplidor, privándolo de los beneficios del contrato, e imponiéndole, además, la obligación de indemnizar los perjuicios"²⁶.

De lo dicho, se tiene entonces que el incumplimiento imputable a una de las partes dará lugar a que la otra, la cumplida, reclame del juez el que se decrete la resolución.

Las prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.

²⁶ABELIUK MANASEVICH, René; *Las obligaciones*; Editorial jurídica de Chile; Cuarta Edición, 2001, Tomo I, página 464

La resolución del contrato como consecuencia del incumplimiento, es decir, en aplicación de la condición resolutoria tácita, requerirá entonces del cumplimiento de los siguientes requisitos:

- i. **Que se trate de un contrato bilateral:** Esta condición la consagra expresamente la ley en el artículo 1546 atrás reseñado, y ella encuentra su justificación en tanto en los contratos bilaterales las obligaciones de las partes son interdependientes, así, el cumplimiento de la obligación de una de las partes, será la condición para el cumplimiento de la obligación por parte de la otra.

Para el caso que nos ocupa no cabe duda de que el contrato de obra civil, de donde han surgido las diferencias que se han sometido a este tribunal, es un contrato bilateral con prestaciones recíprocas e interdependientes entre sí, es decir, estamos ante deudores y acreedores recíprocos.

- ii. **Que exista un incumplimiento imputable al deudor:** Ello tendrá que ser así, puesto que de no ser imputable el incumplimiento al deudor, si no que este se ha configurado por una causa extraña – caso fortuito o fuerza mayor –, la obligación de aquél se habrá extinguido por una causa legal que lo exonerará de cumplir su obligación, y más aún de indemnizar cualquier perjuicio.

En el caso sub examine, y según el material probatorio allegado al proceso, para el tribunal ha quedado claro que hubo un incumplimiento imputable al convocado Juan Carlos Castañeda, tal como explica en este laudo, por lo que se debe dar por cumplido este requisito.

- iii. **Que quien solicita la resolución haya cumplido o se hubiese allanado a cumplir:** Esta condición resulta apenas obvia, pues no podrá el incumplido solicitar de otro incumplido el que se resuelva el contrato y se le indemnice, pues en los contratos bilaterales los contratantes no estará en mora con respecto a sus obligaciones hasta tanto el otro no cumpla o se allane a cumplir, de suerte que, si ninguno de los dos ha cumplido, mal puede decirse que existe mora de alguno de los dos.

Para lo que interesa a este proceso, ha quedado claro que la Parcelación Campestre Laguna Seca S.A.S., cumplió con sus obligaciones principales para con el convocado Juan Carlos Castañeda, sin que además se alegará o intentara probar por los convocados el incumplimiento de la convocada.

- iv. **Finalmente, se requiere de sentencia judicial que decrete la resolución:** Esta necesidad se explica en que la condición resolutoria tácita no opera

de pleno derecho, pues como se dijo, requiere el que se pruebe previamente el incumplimiento imputable a uno de los contratante, del que se dice incumplió, valoración que le corresponde a quien ejerza o esté revestido de funciones jurisdiccionales, en este caso el árbitro del proceso.

De lo anterior se colige que al ser necesario el decreto judicial de la resolución, esta debe ser pedida por la parte que la pretende y/o debe quedar probada en el proceso. La parte convocante en efecto solicitó el que se decretara la resolución del contrato, así lo expresó en la pretensión segunda de su escrito de demanda.²⁷ Así mismo, para el tribunal ha quedado manifiesto el incumplimiento por parte del contratante Juan Carlos Castañeda, tal como *supra* ha quedado expuesto en este laudo.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones el tribunal accederá a decretar la resolución del contrato.

Ahora bien, se hace necesario determinar los efectos de la resolución, que tal como se ha consagrado legal y jurisprudencialmente son de carácter retroactivos:

“La resolución judicial de un contrato bilateral por el acaecimiento de la condición resolutoria tácita, constituida como ya se indicó, por el incumplimiento de lo pactado por parte de uno de los contratantes, no sólo extingue la eficacia futura del pacto disuelto, sino que adicionalmente genera la desaparición retroactiva de las obligaciones que por razón de él hubieren ejecutado las partes, como lo establece el art. 1544 del C. Civil, al declarar que, “... Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición”, salvo que ésta se haya estipulado en favor del acreedor exclusivamente, pues en tal caso puede éste renunciarla.

Consagra la mencionada norma en el régimen del Código Civil Colombiano, la eficacia *ex tunc* de la resolución, que los *Mazeaud* explican diciendo que ella “obra retroactivamente, por reponer a los contratantes en la situación en que se encontraban antes del contrato. Las obligaciones no cumplidas se extinguen, aquellas cuyo cumplimiento se ha realizado, dan lugar a la repetición...”. En otras palabras, surge de allí por vía de principio general, el efecto retroactivo de la sentencia que declara judicialmente la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes, pudiéndose distinguir en este ámbito de la eficacia de la resolución, como lo explica la doctrina, dos tipos de efectos: los liberatorios y los recuperatorios. Por razón de los primeros, que comprende a ambos contratantes, sin importar su culpa, éstos quedan liberados de las obligaciones no cumplidas, porque éstas “se extinguen”. Por los segundos, nace

²⁷Cuaderno principal . Folio 5.

el derecho a la repetición de lo cumplido, o como lo dice el art. 1544 del C. Civil al regular esta eficacia, *"deberá restituirse lo que se hubiese recibido bajo tal condición"*.²⁸

Atendiendo a lo anterior, será concedida la pretensión del demandante, en el sentido de hacer la devolución de las sumas no invertidas en la obra, aclarando que el valor reconocido será el probado en el desarrollo del proceso mediante el dictamen pericial rendido, dictamen que no fue controvertido por ninguna de las partes en los términos del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012.

La indemnización de perjuicios por incumplimiento, además de estar consagrada en el Art. 1546 del Código Civil y que aplica para todos los contratos bilaterales, se encuentra consagrada de manera expresa para los contratos de obra en el Art. 2056 del mismo código y que a continuación se transcribe:

ARTICULO 2056. INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO. Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución.

Por consiguiente, el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra.

No obstante lo anterior, no serán reconocidos perjuicios por no haber sido solicitados en la demanda; se observa que si bien la convocante intentó solicitarlos mediante la presentación del juramento estimatorio, el mismo fue denegado por extemporáneo.

Aun cuando en el dictamen pericial rendido, se refieren en varias oportunidades a los perjuicios causados, específicamente a un daño emergente, se reitera que no fue ello una pretensión de la convocante, por lo que en virtud del principio de congruencia, este tribunal se abstendrá de reconocerlos, entre otras por las siguientes razones.

-El Tribunal de Arbitramento, debe ceñirse a lo consagrado en la demanda, en sus pretensiones, para de esta manera proferir una decisión ajustada a derecho.

²⁸CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA -Magistrado Ponente - Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ - Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil (2000) - Referencia: Expediente No. 5020.

-El Laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje, y en el caso que nos ocupa es un laudo en derecho,²⁹ teniendo en cuenta lo anterior, reviste las características propias de las sentencias proferidas por los Jueces de la República, siendo una de sus principales, la congruencia.

El Artículo 305 del Código de Procedimiento Civil establece:

“ARTÍCULO 305. CONGRUENCIAS. *La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.”

No se puede otorgar en una sentencia, cuando esta sea estimatoria de la demanda, más de lo pedido ni algo distinto, ni condenar por causa diferente a la invocada en ella; sin embargo, respecto de las excepciones sí tiene, por regla general, la posibilidad de declararlas de oficio, pues las únicas que no se pueden reconocer sin previa y oportuna petición de parte son las de compensación, prescripción y nulidad relativa, por así disponerlo de manera expresa el Código Civil.³⁰

En virtud de lo anterior, los laudos al igual que las sentencias, deben ajustarse a lo pretendido por las partes, lo que implica la prohibición de proferir fallos extra y ultra petita como en reiteradas oportunidades lo ha manifestado la Honorable Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.³¹ Conceder lo no contemplado en la demanda, es proferir una decisión extra petita y por tanto contrariar lo manifestado en la ley.

²⁹Art. 1° - Inciso Tercero de la Ley 1563 de 2012.

³⁰Procedimiento Civil - Tomo I - HERNAN FABIO LÓPEZ BLANCO - Dupré Editores - Novena Edición - Pág.621.

³¹ Por ejemplo, Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 2 de junio del 2010, Ref. 11001-3103-021-1995-09578-01, y Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 14 de febrero de 2014, Rad. 25000-23-26-000-1995-00916-01 .

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la parte convocante no solicitó la indemnización de perjuicios³² derivados del incumplimiento contractual del señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA, el Tribunal se abstendrá de pronunciarse al respecto.

Tratamiento diferente merece la Cláusula Penal cuya efectividad a título de condena y como consecuencia del incumplimiento, solicitó la convocante en la pretensión quinta de la demanda, y sobre la cual, acometerá seguidamente el Tribunal su análisis.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha sostenido que, *La institución de la cláusula penal, denominada así en el artículo 1592 del C. Civil, cuyos verdaderos alcances están en esencia previstos en el artículo 1594 ibídem, en los asuntos civiles, y que igualmente se presentan en los de naturaleza mercantil en virtud de la aplicación armónica e integral que impone darse a esos preceptos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 822 y 867 del C. de Comercio, se halla concebida, como pacto constitutivo de una obligación accesoria que, por serlo, accede a otras obligaciones derivadas de un contrato cuyo cumplimiento precisamente garantiza. Y puede cumplir distintas funciones, según sea el designio de las partes que convienen en ella, entre las que se destaca, no solo por su importancia sino por ser pertinente a este caso, la de servir de medio para prefijar la indemnización de perjuicios que deriva del incumplimiento de las obligaciones del contrato respecto del cual se pacta.*

Tal función indemnizatoria tiene hondo significado práctico, pues, amén de que presupone la existencia de tales perjuicios ante un eventual incumplimiento, dispensan al acreedor de la carga de demostrar su monto.

Ahora bien, quien se beneficia de su aplicación es el acreedor en contra del deudor incumplido, y justamente por ser así no puede levantarse como barrera que, en vez de otorgarle provecho a aquél, conduzca a disminuir el derecho que le asiste en todos los casos a obtener la plena indemnización de perjuicios; de allí que si bien es cierto que el acreedor no puede pedir a la vez la indemnización compensatoria y la pena estipulada para satisfacer una indemnización de la misma índole, porque si así fuera evidentemente se propiciaría un enriquecimiento indebido a su favor y en contra del deudor, no es menos verdad que “siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”, como dispone el artículo 1600 del C. Civil.³³

³²Código Civil - ARTICULO 1613. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. *La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.*
Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

³³CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL Magistrado Ponente: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO. Bogotá, D. C., siete (7) de Junio de dos mil dos (2002).-Referencia: Expediente N° 7320

Resulta entonces palmario para el Tribunal que el acreedor convocante optó por requerir la suma consignada en la cláusula décimo tercera del contrato, concebida como Cláusula Penal y bajo el enfoque de estimación anticipada de perjuicios, naturaleza que se desprende de su texto cuando expresa que *"EL CONTRATANTE podrá demandar en caso de que EL CONTRATISTA no cumpla o no se allane a cumplir lo que le corresponde, bien el cumplimiento del contrato o bien la resolución del mismo y en ambos casos, conjuntamente con el cumplimiento o la resolución, tendrá derecho el CONTRATANTE a pedir el pago de la pena y a reclamar los perjuicios que en exceso de la cláusula penal se hayan causado ."*

No requirió del Tribunal condena en perjuicios ni arrió al proceso prueba de ellos, diferentes a los consagrados a título de pena y a título de multas en el propio contrato, razón por la que el contratista incumplido habrá de ser condenado únicamente, a la devolución de los valores probados como no invertido en la obra y al pago de las sumas consignadas a título de multas y cláusula penal como efecto propio del incumplimiento y la resolución del contrato .

Las anteriores consideraciones sirven para resolver desfavorablemente la excepción propuesta por Seguros del Estado denominada INDEBIDA FORMULACIÓN DE PRETENSIONES – INDEBIDA ACUMULACIÓN DE MULTAS- CLÁUSULA PENAL Y PERJUICIOS. Se reitera, la convocante no formuló petición de reconocimiento de perjuicios por lo tanto no deviene como aplicable lo previsto en el artículo 1600 del código civil

Resalta el tribunal que, no obstante las partes de común acuerdo determinaron como valor efectivamente ejecutado del contrato la suma de CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS NOVENTA MIL DIEZ PESOS M.L. (\$173.590.010), no es menos que ello no generó el reemplazo de las obligaciones adquiridas en el contrato, ni se hizo en menoscabo de las multas o sanciones ya establecidas en el contrato tal como expresamente quedó consignado en el acta compromisorio de fecha siete de noviembre de 2013.

El demandante relaciona los pagos que a todo título hizo al contratista, estimando que pagó la suma de TRESCIENTOS CUATRO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M.L. (\$304.782.872) y a dicha suma resta el valor por el que, entre las partes, se estimó la porción ejecutada de la obra, junto con la existencia de unos materiales en obra, que correspondió a la suma de CIENTO SETENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL DIEZ PESOS (\$172.400.010), dándole así los CIENTO VEINTITRÉS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS M.L. (\$123'836,850) que de acuerdo con su operación, aritméticamente errada, no fueron invertidos en la obra.

De acuerdo con las pruebas practicadas, y basándonos en el dictamen de la perito, se establece que el monto de los pagos hechos por el demandante al contratista, a todo título, a la fecha de la declaratoria de incumplimiento, ascendían a la suma de DOSCIENTOS NOVENTA MILLONES CUATROCIENTOS TRECE MIL SETENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$290,413,078). Siendo estos los dineros que de acuerdo con las pruebas analizadas por la perito el demandante pagó al contratista, o a terceros a cargo de la obra y siendo que el valor de lo que se ejecutó de obra fue estimado por las partes en la suma de CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS NOVENTA MIL DIEZ PESOS M.L. (\$173,590,010) tenemos que el monto real de lo no invertido es equivalente a: CIENTO DIECISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRÉS MIL SESENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$116.823,068).

Se ordenará entonces al contratista la devolución de lo que resultó probado, que conforme viene dicho corresponde a las suma de CIENTO DIECISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRÉS MIL SESENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$116.823,068), sin perjuicio de que parte de ella deba ser asumida por Seguros del Estado S.A. en el eventual caso en que llegue a ser considerada como de afectación, alguna de las coberturas contratadas para los efectos del contrato de obra garantizado, según se verá más adelante.

Igualmente se condenará al pago del 10% del valor del contrato a título de cláusula penal, esto es a la suma de CUARENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS M.L. (\$41.805.295) y en adición, al mismo valor por concepto de multas, ya el mismo corresponde al tope máximo pactado. De aplicarse el porcentaje diario pactado en la cláusula décimo segunda (0.2% por cada día de retardo o mora) desde la fecha del incumplimiento (30 de junio de 2013) hasta la fecha en que se liquida el contrato, se observan contados mas de 120 días, que al porcentaje diario pactado a aplicar por dicho concepto, resultaría una suma superior a los CIEN MILLONES DE PESOS M.L. (\$100.000.000) millones de pesos, de ahí que se deba aplicar el limite del 10% del valor del contrato, cuya suma asciende al valor de CUARENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS M.L. (\$41.805.295).

Para finalizar este acápite, el Tribunal no encuentra de recibo la excepción propuesta por el convocado JUAN CARLOS CASTAÑEDA titulada INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, habida consideración de que la misma se funda en hechos que no solamente adolecieron de prueba, sino que carecen de relevancia para su consistencia. En efecto, no obstante no se probó que los CIENTO TREINTA MILLONES DE PESOS M.L. (\$130.000.000), según el dicho del excepcionante, no hayan sido en realidad entregados completos, sí se acreditó la entrega al contratista de varias sumas de dinero, así como pagos realizados a

terceros con cargo a la obra, según quedó consignado en el informe pericial, cifras que en punto a su no ejecución en la obra y su no amortización, constituyen por sí solos un claro incumplimiento al contrato de obra pactado. De igual forma y en punto a la modificación de los diseños estructurales, no se probó el alcance de los mismos, su magnitud ni tampoco su valor. Para el Tribunal, según lo expuesto por quien realizó el diseño de la casa y por ende su modificación, señor JEAN PAUL ARCHER BERNAL en su declaración, la alteración de los diseños significaron menor espacio, menor costo de obra y por tanto ninguna afectación en el cronograma de obra, razón adicional para desestimar la citada excepción.

CAPÍTULO 3.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL RESPECTO DE LA ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO S.A.

De entrada el Tribunal destaca que Seguros del Estado S.A. compareció libremente al proceso arbitral, ejerciendo todos sus derechos en defensa de las pretensiones que la convocante le endilga a título de declaración y condena, habiendo participado activamente en la integralidad del trámite incluyendo actuaciones en la totalidad del debate probatorio, con lo cual, la competencia de este tribunal para decidir en lo que a los hechos que se le imputan, las pretensiones que le puedan llegar a afectar y sus medios de defensa, se observa incontrovertible.

La existencia del Contrato de seguro de cumplimiento formalizado a través de la póliza No 65-45-101020234 y sus anexos 0, 1 y 2 en la que Seguros del Estado garantizó como objeto del seguro "" la construcción de una casa de habitación en el lote No 5 de la parcelación laguna seca..." no fue objeto de controversia alguna durante el trámite del proceso. La vinculación de la Seguros del Estado S.A. como aseguradora del cumplimiento del contrato No 02 de 2012 suscrito entre la Parcelación Campestre Laguna Seca S.A.S. y el señor Juan Carlos Castañeda quedó plenamente acreditada para el Tribunal, no solo desde la contestación de la demanda y la proposición de excepciones, sino de manera fehaciente por lo expresado por su representante legal durante su declaración de parte³⁴ en la que brindó detalles del análisis de riesgo previo hecho por su representada³⁵, los

³⁴*Sírvase expresarle a este Tribunal si tiene conocimiento en detalle o no del alcance de las garantías que la compañía que usted representa otorgó con ocasión de este contrato. CONTESTO: Sí señor, efectivamente SEGUROS DEL ESTADO expidió una póliza de cumplimiento y eso de entrada requiere la distinción..... Audiencia de fecha 19 de Noviembre de 2014.*

³⁵*El Tribunal se permite preguntarle si para la suscripción o emisión de dichas pólizas, SEGUROS DEL ESTADO realizó un detallado análisis del riesgo objeto de las garantías o un poco cómo fue el proceso de suscripción, si lo sabe. CONTESTO: Sí, en términos generales particularmente hay unos suscriptores que se encargan de la expedición de la póliza, pero en términos generales lo que se analiza es: el riesgo principal es el tomador, el cliente; quien viene a la compañía de seguros es el contratista, quien viene a la compañía de seguros, presenta la oferta, y la oferta o ya el otro riesgo es el contrato, son dos cosas totalmente diferentes. Como riesgo es el contratista, su solvencia financiera, su capacidad de ejecución, y frente a eso sí lo recuerdo que está en el contrato que tiene la compañía, que el señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA frente ese riesgo aportó haber construido otra cantidad de cinco, siete casas de condiciones similares a esta que está en discusión en este proceso*

amparos que fueron otorgados³⁶ y reconoció la existencia de un incumplimiento del contratista garantizado³⁷ puntualizando que el alcance del mismo no fue objeto de cobertura, entre otras .

El Tribunal ha dejado en claro *supra*, la existencia de un incumplimiento del contratista Juan Carlos Castañeda respecto de las obligaciones por él adquiridas en el contrato de obra No 2 suscrito con la Parcelación Campestre Laguna Seca S.A.S. y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo, siendo entonces menester el determinar si dicho incumplimiento, tiene la entereza de lograr la afectación del seguro de cumplimiento suscrito por Seguros de Estado S.A. en alguno de los amparos en él contenidos, habida consideración de que la convocante pretende una declaración igualmente de incumplimiento de dicho contrato asegurativo y la condena al pago de CIENTO VEINTITRÉS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$123.466.768) a la aseguradora, como valor no invertido en la obra por parte del contratista JUAN CARLOS CASTAÑEDA VALENCIA, pago de multas y clausula penal ³⁸.

Antes de abordar el citado análisis se debe ratificar que el petitum de la demanda no se extendió al reconocimiento de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. La convocante, al solicitar pruebas adicionales tendientes a desvirtuar las excepciones propuestas por los demandados, buscó estimar de manera jurada y allegarlo así como prueba, los daños y perjuicios sufridos por el demandante, prueba esta que fue rechazada por el tribunal mediante auto No 09 durante la celebración de la primera audiencia de tramite, de tal manera que habrá de abstenerse el Tribunal, por estarle vedado, de hacer pronunciamiento alguno relacionado con eventuales perjuicios derivados del incumplimiento. Le asiste por ello la razón a Seguros de Estado S.A. cuando vía excepción de fondo, destaca la ausencia del Juramento estimatorio de la convocante, y así lo estimará en su sentido favorable, no obstante el Tribunal deja en claro que la convocante no pretendió el reconocimiento de perjuicios diferentes a los consignados en la cláusula penal, cuya estimación anticipada opera al margen de lo contemplado en el artículo 206 del CGP.

³⁶**PREGUNTADO:** *Específicamente en este contrato, ¿qué fue lo que se garantizó? ¿Qué amparo?* **CONTESTO:** *Si quiere, me permito explicársela con la póliza que la tengo acá, porque como todas tienen amparo.* **PREGUNTADO:** *Usted decía ahora que en caso de particulares SEGUROS DEL ESTADO tiene como política no garantizar el pago de multas.* **CONTESTO:** *¿Qué se garantiza entonces digamos con el amparo de cumplimiento?* **PREGUNTADO:** *¿En este caso se amparó cumplimiento?* **CONTESTO:** *Y anticipo, como relevantes para este contrato.* **PREGUNTADO:** *Cumplimiento, anticipo.* **CONTESTO:** *Cumplimiento, anticipo, salarios, y está estabilidad* **PREGUNTADO:** *¿Esos cuatro fueron objeto de amparo?* **CONTESTO:** *Sí, lo que pasa es que cuáles se tornan relevantes o no ante el conflicto que se presenta.*

³⁷ *Aquí hubo un incumplimiento, la diferencia es si hay perjuicios indemnizables o no, y perjuicios patrimoniales o no, porque nosotros por ejemplo no garantizamos la utilidad o los negocios que va a tener el dueño de la obra, porque es que nosotros no estamos garantizando sobre la obra nada; estamos garantizando es la ejecución de esa obra y los perjuicios patrimoniales que ella le ha generado al propietario de la obra.*

³⁸ Prensiones Primera, Tercera, Cuarta y Quinta

Copiosa jurisprudencia y doctrina se ha pronunciado acerca del seguro de cumplimiento en la contratación, en especial al que hace referencia a la contratación pública. Existe un denominador común en considerar este tipo de seguro como el resultado de un proceso de evolución de las denominadas garantías personales³⁹ que tiene su origen en la Ley, concretamente en la Ley 225 de 1938, ubicándose dentro de los llamados seguros de daños, “en la medida que pretende el restablecimiento del patrimonio económico del acreedor de la obligación (asegurado), por causa del incumplimiento del contrato o de la disposición legal por parte del deudor (tomador del seguro). Precisamente dado su carácter patrimonial, son los perjuicios demostrados que afecten el patrimonio del asegurado (contratante) en virtud y a consecuencia del incumplimiento del contrato por parte del contratista, los que constituyen la esencial obligación indemnizatoria de la aseguradora en este tipo de contrato, hasta concurrencia del valor asegurado.

Tratándose de contratos de naturaleza pública, el citado seguro tiene una extensa regulación, desde la ley 225 de 1938 hasta normas como el Decreto 22 de 1983, La ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, decreto 428 de 2008, decreto 2493 de 2009, entre otras, sin mencionar las normas específicas y particulares para algunos contratos de obra, concesión, etc., en función de su propia naturaleza. A contrario sensu, respecto de contratos de derecho privado o celebrados entre particulares, son las normas del código de comercio y las reglamentarias de estas, así como el convenio válido entre las partes, las que entran a regular de manera general el seguro de cumplimiento.

El seguro de cumplimiento, cuyo origen se remonta a la expedición de la Ley 225 de 1938 y que aparece consignado en el artículo 203 del Decreto 663 de 1993, consiste en un acuerdo por medio del cual la aseguradora se compromete, por el pago de una prima, a indemnizar al beneficiario que se ve afectado por el incumplimiento de las obligaciones emanadas de la ley o un contrato, constituyéndose en una garantía de satisfacción para el directamente lesionado frente al proceder de quien desatiende los deberes que le son propios, ya sea por imposición estatutaria o en ejercicio de su libre albedrío.

La Corte al respecto, en fallo de 15 de agosto de 2008, exp 1994-03216, señaló *“en lo que concierne al denominado seguro de cumplimiento (que otros prefieren llamar de fianza o de caución), es oportuno comenzar por acotar que se trata del compromiso adquirido por una compañía de seguros de indemnizar, a cambio de una suma de dinero llamada prima, los perjuicios que sufra una persona por razón del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley o de un contrato (...) En consecuencia, en palabras de la Corte, el*

³⁹Seguros de daños El Seguro de Cumplimiento Laura Reyes, Felipe Baquero / Junio de 2011 – Pblucacvioon Fasecolda

cometido de esta especie de seguro no es otro que el de 'garantizar el cumplimiento de la obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento –o en 'la eventualidad del incumplimiento del deudor', el asegurador toma a su cargo 'hasta por el monto de la suma asegurada, los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada' (Sent. de marzo 15 de 1983) (Sent. de septiembre 21 de 2000, exp.: 6140). (sent. Cas. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670)".⁴⁰

De medular importancia resulta la adecuada identificación del riesgo objeto del seguro y de la condición de asegurado en este tipo de seguro, identificación que a la luz de nuestra suprema corte, se observa con nitidez cuando afirma que *el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico: que el riesgo que envuelve el convenio, quede garantizado... El riesgo asegurado está constituido por la eventualidad de un incumplimiento por parte del deudor, quien por múltiples circunstancias puede desatender los compromisos adquiridos con ocasión del contrato (...) Tratándose como se anticipó, de una variante de los seguros de daños, que se encuentran sometidos al principio indemnizatorio consagrado por el artículo 1088 del C. de Co., la obligación del asegurador consiste en resarcir al acreedor el daño o perjuicio que deriva del incumplimiento del deudor, hasta concurrencia de la suma asegurada".⁴¹*

El carácter indemnizatorio del seguro de cumplimiento conlleva necesariamente a que la entidad del riesgo a asegurar no es ni puede ser otra que el incumplimiento del deudor de una obligación legal o contractual. De ahí que el beneficiario de este seguro, esto es, el acreedor de la obligación, que para el caso de los contratos de obra entre particulares, habrá de ser la persona contratante de la misma, deberá demostrar ante la aseguradora el padecimiento del daño, esto es la existencia de una lesión en su patrimonio en virtud del incumplimiento del contratista y su cuantía, cargas a las que se refiere el artículo 1077 del código de comercio. Y esa carga probatoria encuentra su pleno fundamento en la doble circunstancia de, por un lado, no ser el seguro de cumplimiento en realidad una fianza, ya que el asegurador asume una obligación propia, autónoma, condicional y distinta de la del deudor del contrato, y por otro, constituir el valor asegurado un límite de indemnización en cuyo rango habrá de girar la obligación de pago respecto de los perjuicios que efectivamente se prueben y acrediten en sede extrajudicial o judicial al no ser el seguro de cumplimiento de aquellos seguros en los que la suma asegurada actúa como un valor admitido. En ese sentido le asiste la razón a Seguros del Estado S.A. al excepcionar las condiciones de seguro, en el sentido de que habrá de tenerse en cuenta en todo caso, los valores asegurables máximos para cada amparo, conforme a la póliza .

40CORTE SUPREMA DE JUSTICIASALA DE CASACIÓN CIVIL Magistrado PonenteFERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZBogotá, D. C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil doce (2012)Ref: Exp. 1100131030392007-00071-01

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, exp 1994-03216, 15 de agosto de 2008,

Descendiendo al asunto sub examine, quedó plenamente acreditado que en virtud del contrato de obra de obra civil No 2, bajo modalidad llave en mano, el contratista señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA, se obligó, según la cláusula Quinta, a constituir con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, una Garantía de cumplimiento que debería cubrir los perjuicios derivados del incumplimiento de parte del CONTRATISTA, de sus obligaciones legales o contractuales, incluyendo en ella el pago de multas y cláusula penal pecuniaria estipuladas en el contrato por una cuantía equivalente al 20% de su valor total y con una vigencia igual a la duración de la obra y dos meses mas.

Igualmente una garantía de estabilidad, buen manejo del anticipo por el 100% de su valor, salarios y prestaciones sociales y una póliza de responsabilidad civil extracontractual, todo ello en los términos dispuestos por la citada cláusula quinta.

EL contratista JUAN CARLOS CASTAÑEDA obtuvo de la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A. la póliza de seguro de cumplimiento particular No 65-45101020234, expedida el 28 de noviembre de 2012 con vigencia desde esa fecha hasta el 26 de junio de 2016. El 12 de abril de 2013 se expidieron los anexos 1 y 2 en el último de los cuales quedó cobijado el otro si No 2 del contrato con lo cual los amparos o riesgos y valores asegurados quedaron así:

CUMPLIMIENTO: Col \$85.300.000

BUEN MANEJO DEL ANTICIPO: Col \$ 82.650.000

SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES: Col \$ 42.650.000

ESTABILIDAD DE LA OBRA: Col \$85.300.000

El riesgo de cumplimiento amparado en la póliza, condición general primera párrafo tercero aportada al proceso de manera común por ambas partes y cuyo alcance detallado, esto es, la descripción del contenido de las coberturas se observa destacado por Seguros del Estado S.A. en su comunicación de diciembre 6 de 2013 (folio 325 a 327 del Cuaderno de Pruebas), refiere a los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato garantizado. Como ha referido el tribunal *supra*, la carga probatoria sobre el monto de los perjuicios le corresponde al asegurado, en este caso, LA PARCELACIÓN CAMPESTRE LAGUNA CAMPESTRE S.A.S., carga probatoria que en el marco definido por la convocante en el petitum de la demanda y por ende en el transcurrir del proceso, brilló por su ausencia. Si a ello aunamos la circunstancia de que las multas o las cláusulas penales a la luz de lo dispuesto por el numeral 4, acápite de Exclusiones, condición Primera de la póliza, fueron objeto de exclusión, esto es, de no cubrimiento en ninguno de los riesgos o amparos contratados, emana de contera que este Tribunal deberá despachar desfavorablemente las pretensiones cuarta y quinta de la demanda en lo que se refiere a la condena

pretendida respecto de Seguros del Estado S.A. con cargo al seguro de cumplimiento mentado. De ahí que le asista la razón a Seguros del Estado S.A., y así será declarado, cuando por la vía de excepción de mérito deja en claro que las sanciones pecuniarias no son objeto de cubrimiento de tal forma que la aseguradora no podrá ser condenada a su pago.

En igual sentido, al no ser objeto del petitum de la demanda el impago de Salarios y Prestaciones sociales de personal utilizado para la ejecución del contrato, ni deterioros relacionados con la estabilidad de la obra una vez entregada, el Tribunal se abstendrá de referirse a ello.

Respecto al amparo o riesgo de buen manejo del anticipo mencionado en la carátula de la póliza, observa el Tribunal que en la condición general primera, Parágrafo Segundo se habla de la garantía de anticipo como aquella por medio de la cual *al beneficiario del seguro se precave contra el uso o apropiación indebida que el contratista haga de los dineros o bienes que se le hayan anticipado para la ejecución del contrato*⁴², con lo cual, para abordar su análisis el Tribunal deberá considerar si la suma a la que se refiere la pretensión tercera de la demanda cuyo reconocimiento se busca en virtud del incumplimiento como suma no invertida en la obra, puede o no llegar a ser considerado como anticipo y si se presentan los presupuestos fácticos que permitan considerar la ocurrencia del riesgo enunciado en la mentada condición de la póliza. Lo anterior habida consideración de que, como se ha expresado, los otros riesgos contratados no son objeto de cobertura, siendo este el único llamado a ser considerado como de eventual afectación en la medida en que se haya probado que efectivamente se produjo un anticipo y que el mismo, se le dio indebido uso o se le apropió indebidamente por parte del contratista garantizado.

Se ha entendido tanto por la doctrina como por los contratantes, contratistas, aseguradoras, y en especial por las entidades estatales, que por medio de este amparo se garantiza al asegurado-contratante, que los dineros que convenga entregar al contratista al momento de iniciarse la ejecución, no solo serán empleados e invertidos correctamente, sino que se amortizaran en la forma convenida en el contrato. Diversas normas aplicadas a la contratación estatal regulan el monto de los anticipos y el porcentaje en el que debe este amparo ser otorgado, generalmente el 100% de su monto. Para el efecto ver el Artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el Decreto 679 de 1994 reglamentario de la Ley 80 de 1993, y las normas que las han modificado como la Ley 1150 de 2007, decreto 428 de 2008, decreto 2493 de 2009, entre otras. La vigencia de este amparo, se extiende hasta cuando el contratista termine de amortizar el valor total recibido como anticipo, aun sin importar que el contratista afianzado haya demostrado que ha invertido los dineros en la obra, ya que el riesgo seguirá corriendo, hasta tanto no se

⁴² Cuaderno de pruebas. Folio 318.

amortice en su totalidad, mediante el descuento porcentual pactado en los cumplimientos parciales, establecidos en el contrato.

Por su parte y tratándose de pago anticipado, concepto al que el Tribunal se refiere en virtud de la excepción propuesta por Seguros del Estado S.A. AUSENCIA DE RIESGO ASEGURABLE PARA EL PAGO ANTICIPADO, debe observarse que tanto este como el anticipo, carecen de definición legal, no obstante la doctrina y la jurisprudencia, entratándose de contratos estatales, se han referido a dichos conceptos. Para el Tribunal resulta de suma ilustración el siguiente cuadro explicativo de la evolución de ambos conceptos en la jurisprudencia, cuadro extractado de la pagina web de contratación en línea (<http://www.contratacionenlinea.co>)

Pago anticipado y anticipo. Hay diferencia?. Evolución jurisprudencial del tema.

<p>Concepto</p> <p>Sentencia Consejo de Estado. 10/11/2000. Exp. 18709. MP. María Elena Giraldo Gómez.</p>	<p>Son dineros de la Administración, administrados por el contratista. Tanto es así que el contratista tiene que presentar una garantía única, en la cual se ampara entre otros el manejo del anticipo y dicho anticipo lo va amortizando el contratista, por descuentos que le hace la administración a las sumas que ésta misma le debe pagar.</p>	
<p>Sentencia Consejo de Estado. 29/01/2004. Exp. 10.779. MP. Alier E. Hernández Enríquez.</p>	<p>Ésta es una suma de dinero que se entrega anticipadamente al contratista, no constituye una suma debida a título de pago, razón por la cual su falta de entrega oportuna no produce los mismos efectos que el NO pago oportuno de las actas parciales de obra, esto es, no determina la indemnización de perjuicios propia de la privación del pago de una suma de dinero, los intereses moratorios.</p> <p>Es una suma de dinero que NO se transfiere</p>	

	<p>al patrimonio del contratista a título de pago, su falta de entrega oportuna NO conduce a la condena de los reclamados intereses moratorios.</p> <p>No obstante lo anterior, la NO entrega oportuna del anticipo puede generarle perjuicios al contratista, pero éstos debe probarlos para que sean reconocidos.</p> <p>La Sala pone el caso cuando el contratista empieza la obra sin que se haya entregado el anticipo, por parte de la entidad estatal. En este caso, el Consejo de Estado considera que si el contratista empieza la obra bajo estas circunstancias, lo hace obrando por su cuenta y riesgo, renunciando al derecho de no adelantar el contrato sin ese dinero. Por esta razón los perjuicios causados por esta circunstancia – la iniciación de la obra con antelación de la entrega del anticipo – NO resultan imputables a la entidad.</p>	
<p>Sentencia Consejo de Estado. Sección Tercera. 13/09/99. Exp. 10.607. 22/06/2001 Exp. 13.436.</p> <p>Sentencia 29/01/2004. Exp. 10.779. Sala Plena Contenciosa 8/08/2001.</p> <p>Acumuilado A C 10966 Y 11274.</p>	<p>El anticipo son dineros públicos y de exclusiva propiedad del ente estatal constituyéndose en un adelanto, avance o anticipo del precio que aún no se ha causado.</p>	<p>Es un pago del precio y por tanto, se incorpora al patrimonio del contratista y es de su propiedad.</p>
<p>Cambio de jurisprudencia</p>	<p>El Consejo de Estado reconoció que en caso de no entregarse oportunamente el pago anticipado o el anticipo al contratista, se presenta</p>	

<p>Sentencia Consejo de Estado. Sección Tercera 5/07/2006. Exp. 24.812. MP. Ruth Stella Correa Palacio.</p>	<p>un incumplimiento contractual que acarrea el reconocimiento de intereses moratorios en favor del contratista. Estas son las razones presentadas para recoger la tesis de la improcedencia de la causación de intereses moratorios:</p> <p>a. Celebrado el contrato, las partes deben cumplir con todas sus obligaciones contractuales.</p> <p>b. La Cláusula del anticipo es accidental, se inserta y pacta expresamente por las partes (Art. 1501 C.C), y como tal es de obligatorio cumplimiento para la entidad estatal y un derecho para el contratista (Art. 1.602 CC.). El contratista puede pedir la prestación in natura (La convenida) o el subrogado pecuniario (Cuando es posible) con la indemnización de perjuicios.</p> <p>c. Habiéndose acordado plazo o término para el cumplimiento del anticipo (Art. 1608 CC) y dejándolo transcurrir sin entregarlo en la oportunidad debida, por esta sola circunstancia se incurre en mora, salvo que la ley o el contrato exija requerimiento o reconvención para tal efecto y no se hubiere renunciado.</p> <p>d. (Art. 1617 CC). El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses, basta el hecho del retardo.</p> <p>e. La causación de intereses se presenta tanto para el incumplimiento en el pago del anticipo como del pago anticipado.</p> <p>f. El anticipo es parte integrante del valor o precio del contrato y de la retribución del contratista. Y de conformidad con el art. 90 C.P el Estado debe indemnizar el daño antijurídico causado, esto es, aquél que no se tiene el deber legal o contractual de soportar aún proveniente de una actividad lícita.</p> <p>g. Tan es el anticipo una forma de pago del valor del contrato, que es en la cuenta que la entidad contratante paga por este concepto, en la que hace los descuentos que ordena la ley a todo pago que ocasione la ejecución de un contrato para con el Estado.</p>
<p>Sentencia Consejo de Estado. Sección Tercera. 2014. En esta</p>	<p>El anticipo es un préstamo que se le hace al contratista?</p> <p>La Sala se pregunta de dónde derivarían las entidades estatales contratantes facultades o autorizaciones legales para conceder préstamos al contratista con cargo a recursos públicos?</p> <p>La Sala aclara: El Anticipo es una simple modalidad de pago convenido como retribución a las prestaciones que el contratista asume con la</p>

<p>Sentencia, la Sala estima pertinente precisar el manejo de las dos figuras, el anticipo y el pago anticipado.</p>	<p>entidad estatal.</p> <p>En caso de que el anticipo fuera un préstamo al contratista, cuál sería el soporte presupuestal de la entidad que permita destinar una partida de sus recursos al otorgamiento de créditos?</p> <p>La Sala aclara: Por regla general los contratos estatales suelen corresponder al rubro de inversiones. Tratándose de préstamos al contratista no podría registrarse con el objeto del contrato en virtud del principio de universalidad.</p> <p>En realidad el dinero que se entrega por anticipo, NO ingresa al patrimonio del contratista?</p> <p>La Sala aclara: Si el anticipo tuviera el carácter de préstamo, se estaría hablando de un contrato de mutuo en los términos del Art. 2.221 CC y ss. Y en este caso es claro que quien recibe el dinero a título de mutuo se convierte en su verdadero propietario.</p> <p>Conclusión: El Anticipo es una modalidad de pago que las partes en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad libremente pueden convenir, cuya diferencia en relación con el pago anticipado resulta casi imperceptible y a la postre infructuosa.</p> <p>Recuerda la Sala que tanto por el anticipo como por el pago anticipado el contratista debe responder de presentarse un incumplimiento contractual imputable al contratista.</p> <p>Las dos figuras forman parte del precio y constituyen obligaciones a cargo de la entidad estatal, que si se incumplen, dará lugar a una circunstancia constitutiva de incumplimiento que dará lugar al reconocimiento de intereses.</p> <p>Las dos están consagradas jurídicamente en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80/93.</p> <p>La diferencia radica en establecer un límite cuantitativo máximo que no podrá excederse a la hora de pactar su entrega, límite que se justifica en cuanto a las cantidades para desembolsar salen del tesoro público y por tal razón deben tener especial cuidado en su manejo.</p>
--	---

En reciente jurisprudencia, el Consejo de Estado estableció que , *si se busca alguna diferencia entre los conceptos de anticipo y pago anticipado de cara al riesgo amparado en las pólizas de cumplimiento, en principio se tiene que los riesgos asociados al manejo y correcta inversión resultan predicables del recurso que se paga a título de "anticipo",*

respecto del cual se somete al contratista por virtud de disposiciones contractuales o legales, al manejo en cuenta separada, el uso específico del recurso para su inversión en la obra o gestión contractual y se le imponen al contratista obligaciones para legalizar y amortizar la inversión en un determinado plazo; a diferencia de lo que sucede con el “pago anticipado”, respecto del cual no existen obligaciones como las referidas anteriormente, por manera que en su caso el riesgo de manejo se materializa por la no devolución de la suma que no fue causada o ejecutada en el contrato, sin que sea necesario acudir a determinar aspectos como la inversión o legalización del monto pagado.⁴³

Destaca de manera relevante el Tribunal que la anterior jurisprudencia ratificó lo expuesto por la Subsección A de la sección tercera- sala de lo Contencioso administrativo del Consejo de Estado, quien en su oportunidad dejó en claro que *Ciertamente, tampoco resulta acertado considerar que el gran rasgo diferenciador que existiría entre el anticipo y el pago anticipado consista en que el manejo que el contratista imprima al primero de ellos debe estar debidamente justificado en la ejecución del contrato, mientras que el pago anticipado entraría al haber del contratista quien podrá disponer del mismo como a bien lo tuviera, pues en modo alguno puede pasarse por alto que en el evento de presentarse un incumplimiento contractual imputable al contratista, éste siempre tendrá que responder, atendiendo a las debidas proporciones, ya sea por la cantidad entregada a título de anticipo o por aquella recibida como pago anticipado.* (subrayado nuestro)

Desde la perspectiva inversa debe reiterarse igualmente que tanto la entrega del anticipo como la del pago anticipado, en caso de que se encuentren pactadas, ambas forman parte del precio del contrato, constituyen obligaciones a cargo de la entidad estatal contratante cuya inobservancia en el tiempo y forma estipulados será una circunstancia constitutiva de incumplimiento contractual que dará lugar al reconocimiento de intereses moratorios y las demás consecuencias jurídicas y económicas a que haya lugar.

Por último resulta relevante poner de presente que la fuente normativa de estos dos conceptos, tal como ya se anotó, encuentra su fundamento en el parágrafo del artículo 40 del Estatuto de Contratación Estatal cuyo propósito al incluirlos dentro del mismo precepto más que fincar unas diferencias en su trato jurídico, radica en establecer un límite cuantitativo máximo que no podrá excederse a la hora de pactar su entrega, límite que se justifica en cuanto las cantidades a desembolsar salen del tesoro público y por tal razón debe tenerse especial cuidado en su manejo.⁴⁴

⁴³CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014)
RADICACIÓN250002326000200301705 01 EXPEDIENTE: 29205@: ACTOR: Seguros del Estado S.A
DEMANDADO: Cámara de Representantes Contractual

⁴⁴45 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, 12 de febrero de 2014, radicación: 410012331000199709849 01, expediente: 31682, actor: Consorcio Pavimentos América Ltda.- Fabio Urrea Uyabán, demandado: Departamento del Huila, referencia: acción contractual – apelación sentencia.

El Tribunal se identifica plenamente con estos recientes criterios y deja en claro que no le asiste duda alguna acerca de la existencia de un anticipo acordado por las partes en virtud de la cláusula cuarta del contrato, concepto que viene ratificado a través del sistema de amortización pactado en el mismo y del punto segundo del Otro si suscrito el 02 de abril de 2013. Igualmente resalta el Tribunal que tanto el contrato inicial como el otro si mencionado, fueron de pleno conocimiento por parte de Seguros del Estado S.A., toda vez que basado en su análisis y estudio principalmente, a más de la evaluación de las condiciones personales, profesionales y financieras del contratista garantizado, según declaró el representante legal de dicha empresa, expidió la póliza de cumplimiento No 65-45-101020234 con sus dos anexos y en los que claramente, tanto el contrato de obra No 2 como el Otros si, constituyen el objeto del seguro, de tal forma que en punto al anticipo, sus condiciones, alcance y naturaleza según quedaron plasmados en los documentos contractuales, sirvieron de razón o motivo para que la aseguradora asumiera el riesgo relacionado con el buen manejo del anticipo.

La existencia de dicho anticipo es igualmente reconocido por la perito tanto en su informe pericial inicial como en el aclaratorio, habiendo consignado en este último, previa la debida sustentación, que el anticipo no invertido en la obra, asciende a la suma de SESENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTIDÓS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$64.522.348).

Es claro para el Tribunal que al interior del proceso quedó acreditado la existencia de valores no invertidos en la obra por parte del Contratista, a todo título, esto es a lo dado como anticipo, a lo dado como pago anticipado y a lo dado a los terceros a cargo de la obra, conceptos estos que entiende el Tribunal integran lo que no se invirtió en la obra, como elemento cualitativo de la pretensión tercera de la demanda. El quantum en ella referido, esto es, el aspecto cuantitativo de lo pretendido (Col\$123,466,768) no resultó probado en su totalidad . En efecto, tal como lo determina la perito en su informe, el valor total de lo no invertido por el contratista fue de CIENTO DIECISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRÉS MIL SESENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$116.823.068), dentro de los cuales se encuentra, entre otros conceptos, el monto de anticipo no amortizado valorado en la suma de SESENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTIDÓS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$64.522.348).

Para efectos de una mejor comprensión, entiende el Tribunal que a título de anticipo el contratista recibió la suma de SETENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M.L. (\$ 78.650.000). De dicha cifra SESENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTIDÓS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$64.522.348). no fueron invertidos en la obra, es decir, no se les dio el uso debido. En efecto, acorde a la

peritazgo se tienen que SESENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M.L. (\$69.976.777) pendientes por amortizar de los cuales la contratante a título de retegarantía y retefuente deduce CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS VEINTINUEVE PESOS M.L. (\$5.454.429), para un neto no invertido en la obra de SESENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTIDÓS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$64.522.348), lo que implica que le asiste pleno derecho al Contratante para que le sean devueltos la suma de CIENTO DIECISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRÉS MIL SESENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$116.823.068) dentro de la cual SESENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTIDÓS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$64.522.348) corresponden a anticipo no invertido.

El total de la pretensión tercera, efectivamente probada, no es susceptible toda ella de ser calificada, como pago anticipado, según lo expresa el apoderado de la aseguradora, pues está claro que las partes pactaron tanto en el contrato original como en el otro sí al mismo, el esquema de anticipo, y en efecto, no solo se desembolsó un monto determinado por concepto de anticipo, sino que además se expidió la correspondiente póliza amparando específicamente este concepto. Si bien es cierto que el monto pactado como anticipo en el contrato inicial (80 millones) no se desembolsó en su totalidad, no es menos cierto que las partes, luego celebran el otro sí que se adjuntó, dejando ahí en claro un desembolso por anticipo. En total como se estableció en el peritazgo, el monto materialmente pagado por concepto de anticipo fue la suma de SETENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M.L. (\$ 78.650.000). Nótese que los conceptos analizados juiciosamente por la perito para llegar a la calificación de anticipo y a su valor, corresponden a las facturas de 13 de diciembre de 2012 y 09 de enero de 2013, que suman en total las 3, TREINTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M.L. (\$39.650.000), cifra esta muy cercana al valor asegurado inicial de la póliza para el anticipo, CUARENTA DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M.L. (\$42.650.000), y coincidentes con la época en que se suscribe el contrato, esto es el 11 de diciembre de 2102. Indica ello, que las partes, no obstante haberse pactado un anticipo de OCHENTA MILLONES DE PESOS M.L. (\$80.000.000) millones en la cláusula cuarta, aceptaron, con la aquiescencia de la aseguradora quien expidió la póliza y el anexo 0, iniciar la ejecución del contrato con un anticipo y valor asegurado como los mencionados. Resalta la perito cómo, con ocasión del otro si del 02 de abril de 2013, con las facturas de fecha 16 de abril y 03 de mayo, se realiza un desembolso por TREINTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS M.L. (\$39.000.000) como anticipo para completar los SETENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M.L. (\$ 78.650.000), cifra esta cercana a la cifra bruta de OCHENTA

MILLONES DE PESOS M.L. (\$80.000.000) millones convenida en la cláusula cuarta, que suscitó además, con el conocimiento y aquiescencia de la aseguradora, la expedición del anexo No 2 de fecha 12 de abril de 2013 en el que se eleva la suma asegurada por concepto de anticipo a OCHENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M.L. (\$ 82.650.000).

La naturaleza de este desembolso es la de anticipo, conforme a lo acordado por las partes en su contrato, tanto que, incluso lo sometieron al sistema de amortización propio del mentado concepto. Para las partes, más allá de la identificación jurídica del concepto con los principios de la contratación estatal, lo que sí está claro es que para ellos, era efectivamente un anticipo, y lo mismo para la aseguradora al momento de expedir su póliza, no obstante a que la misma se expide con una diferencia de 4 millones de pesos entre el valor asegurado y la suma efectivamente desembolsada a título de anticipo, diferencia que en nada le resta a la naturaleza del desembolso efectivamente hecho al contratista y que nada le resta a la eficacia del objeto de la cobertura pactada.

Es preciso nuevamente poner de presente cómo nos encontramos frente a un contrato de derecho privado en el que prima la voluntad de las partes por encima de la realidad formal escrita, en atención al principio hermenéutico consagrado en el artículo 1618 del Código Civil, con la consideración adicional de que el valor asegurado en el seguro de cumplimiento opera como un límite de indemnización y en manera alguna como un valor admitido.

Asumir que el pago por concepto de anticipo hecho al contratista no era tal, sino un pago anticipado, contradice la teoría de los actos propios, tornando ambivalente el comportamiento de la aseguradora, que bajo ese entendido, el de asumir incluso el pago del anticipo como un pago anticipado, haría que el negocio de seguro perfeccionado en su momento, fuese ineficaz al no existir riesgo alguno que asegurar. Pues ofrecer la cobertura de anticipo, y considerar ahora que lo pagado por el demandante a título de anticipo, no era sino un pago anticipado, torna inane el seguro ofrecido al haber ausencia de su elemento esencial. Bajo el amparo del concepto de pago anticipado, de considerarse como admisible, imperioso sería concluir que jamás se materializó el riesgo para el cual fue otorgado el amparo sobre el anticipo y que por tanto, ningún efecto le fue trasladado a la aseguradora, estando ella obligada a la devolución de la prima cobrada por dicho concepto. Al efecto vale la pena traer a colación, además de la teoría de los actos propios, la posición de la Corte Suprema de Justicia en punto a la interpretación de las cláusulas oscuras en el seguro de cumplimiento.⁴⁵

⁴⁵La Sala al referirse a la interpretación de las cláusulas oscuras en el seguro de cumplimiento, que, aunque en alusión a la improcedencia de vicios al cubrir un riesgo que depende de la voluntad del tomador, tiene incidencia en este caso por referir a lo acordado a ciencia y paciencia de la aseguradora,

Acompañando la citada alegación, en función del equilibrio contractual hubiese sido deseable que dicha posición en cabeza de la aseguradora, se manifestase cuando dio respuesta al requerimiento extrajudicial hecho por la Parcelación Laguna Seca, ya que para dicha fecha tenía ya formado el concepto que por la vía exceptiva se ha puesto de manifiesto en el proceso y que por la razones arriba expresadas, será desestimado.

La naturaleza de anticipo, en el querer de las partes, no admite discusión y se reconoce que en efecto, se acordó, se pagó y se aseguró un anticipo, que en este caso, correspondió a la suma de SETENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M.L. (\$ 78.650.000).

Las restantes sumas recibidas por el contratista, conforme las actas de obra ejecutada, corresponden a pagos o desembolsos ya no a título de anticipo, sino a título de pago por ejecución. En estricto rigor, ni siquiera el pago por este concepto, el de ejecución de obras, se entendería como pago anticipado, pues se pagó por lo ejecutado de la obra, y no anticipadamente a ello. Podría verse sí como un pago anticipado, solo en la medida de considerar la entrega final, teniendo en cuenta la modalidad contractual acordada por las partes (llave en mano). Pero, en todo caso, tal discusión resulta irrelevante de cara al presente asunto, dado que la cobertura de devolución de pago anticipado no fue contratada; pues solo de haberse contratado tal cobertura, tendríamos sí que entrar a determinar el monto que, después del anticipo, correspondería a pago anticipado.

Así pues, como quiera que la cobertura a afectar en este caso, es la del manejo del anticipo, se entra a evaluar si habría o no afectación de la cobertura por el manejo de los SETENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M.L. (\$ 78.650.000) que el contratista recibió a título de anticipo.

dijo que "una compañía aseguradora, pues, que cobre una prima asegurando eso mismo, no puede argüir, ni jurídica ni éticamente, que el seguro es nulo por contemplar un siniestro que depende de la voluntad del deudor; no lo primero, porque tal seguro tiene la base legal ya vista, cuya reglamentación especial elimina en el punto la aplicación del principio general contenido en el art. 1055 del Código de Comercio; y no lo segundo, porque, amén de ignominiosa, sería altamente nociva la conducta de quien, sabiéndolo, o debiéndolo saber dada su destreza en la materia, propiciara la contratación de pólizas de cumplimiento ineficaces; ni para qué decir que con tamaña actitud se vuelve la espalda a la función social del seguro. Ciertamente hay desdoro en sembrar falsas ilusiones a sabiendas; la mengua que de los temores busca un asegurado, no pasaría de una cruel ironía, pues no sólo seguiría tan desprotegido como antes de adquirir seguro semejante, sino que ahora ha sumado a su frustración el descubrir que fue víctima del engaño. En fin, un seguro casi humorístico" (sentencia del 2 de mayo de 2002, exp. 6785). **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

SALA DE CASACIÓN CIVIL Magistrado Ponente FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ Bogotá, D. C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil doce (2012) aprobada en sala de catorce (14) de noviembre de dos mil doce (2012). Ref: Exp. 1100131030392007-00071-01

Lo dicho, sirve de claro fundamento para despachar desfavorablemente la excepción propuesta por Seguros del Estado nominada, INDEBIDA PRETENSIÓN FRENTE A SEGUROS DEL ESTADO.

Lo primero es revisar el alcance de la cobertura, y se observa del texto de la póliza allegada, que se encuentra cubierto el uso o apropiación indebida que el contratista haga de los dineros o bienes que se le hayan anticipado para la ejecución del contrato. En este caso, tal y como se describe en el peritazgo, solo se lograron amortizar CATORCE MILLONES CIENTO VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS M.L. (\$14.127.652) del anticipo desembolsado, de suerte que el resto del anticipo no se usó debidamente en la obra como lo deja en claro la perito. El uso indebido del anticipo desembolsado está probado en cuantía igual a los SESENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTIDÓS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$64.522.348).

Ahora bien, respecto de la obra, al declararse el incumplimiento, se habían realizado pagos por el 53.95% del valor total del contrato (\$225,585,441/\$418,052,950); y no por el 52.89% como dice el apoderado de Seguros del Estado S.A. en sus alegatos de conclusión. Como hemos dicho que hubo pagos por anticipo por valor de SETENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M.L. (\$ 78.650.000) resulta diáfano que lo imputable a obra propiamente dicha es la suma de CIENTO CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS (\$146.935.441) dentro de los DOSCIENTOS VEINTICINCO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS M.L. (\$225,585,441). Por lo tanto, los pagos con cargo a la obra de \$146.935.441 equivalen a 35.15% del valor del contrato (\$146.935.441 / 418,052,950)

El anticipo no amortizado asciende a la suma de \$69.976.777. El anticipo no invertido en la obra es por \$64.522.348;. Y el valor amortizado del anticipo en las actas 1, 2 y 3 es de \$8,673,223, a los que sumados la retengarantía y retefuente (Col\$ 5.454.429) resulta la suma de Col\$14.127.652 como suma invertida en la obra.

Surge de lo anterior el interrogante según el cual ¿debe o no verse afectada la cobertura de buen manejo del anticipo por la totalidad de los Col\$ 64.522.348 no invertidos?? Para dilucidar el punto, el Tribunal observa que si los pagos con cargo a la obra equivalen al 35.15% y el anticipo fue de \$78.650.000, el valor que teóricamente se ha debido amortizar es la suma de \$27.645.475 (35.15% x 78.650.000); Habiéndose amortizado \$8,673,223, se llega a una diferencia de \$18,972,252 (27,645,475 – 8,673,223) valor este que debería asumir la Parcelación Campestre Laguna Seca S.A.S. por no haberlos amortizado conforme a lo pactado en el contrato y a las obligaciones que de el emanan.

Concluye entonces el Tribunal que corresponde a Seguros de Estado S.A., con cargo al amparo del buen manejo del anticipo, el pago de CUARENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA MIL NOVENTA Y SEIS PESOS M.L. (\$45.550.096), obtenidos de la siguiente operación matemática \$64.522.348-\$18.972.252, suma a la que será condenada, como se determinará en la parte resolutive de este laudo . El anticipo no amortizado por la omisión del asegurado convocante no debe ser trasladado a la aseguradora ya que ello constituiría, en sentir del Tribunal, un pago de lo no debido.

Al considerar entonces el tribunal la efectividad de la garantía de anticipo en cuantía como la arriba mencionada, resulta claro que la excepción de merito propuesta entorno a la ausencia de prueba de cuantía del siniestro se entiende como no probada , y en igual sentido la titulada como Indemnización proporcional al cumplimiento del contrato , toda vez que la misma fue planteada alrededor de la garantía de cumplimiento del contrato, garantía esta que por las razones antes expresadas, referidas a la ausencia en el petitum de la demanda de reconocimiento de perjuicios, al Tribunal le es vedado realizar pronunciamiento alguno

Como se ordenará al contratista JUAN CARLOS CASTAÑEDA la devolución de CIENTO DIECISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRÉS MIL SESENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$116.823.068), es claro entonces que de la misma le corresponde a Seguros del Estado S.A. en virtud de la afectación de la garantía de anticipo, la suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA MIL NOVENTA Y SEIS PESOS M.L. (\$45.550.096), siendo entonces el remanente a cargo del primero en suma de SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M.L. (\$71.272.972)

COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Las costas son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.⁴⁶

Las costas procesales se encuentran integradas por las expensas y las agencias en derecho. Las primeras se refieren a todas aquellas sumas destinadas para la práctica de pruebas tales como los honorarios de peritos y/o el valor desplazamiento para las declaraciones de testigos, copias de recursos entre otros;

⁴⁶ Instituciones de Derecho Procesal Civil – Tomo I – Parte General – Hernán Fabio López Blanco – Pág. 1022.

Por su parte las agencias en derecho se pueden definir como *“la cantidad que debe el juez ordenar para el favorecido con la condena en costas con el fin de resarcirle de los gastos que tuvo que afrontar para pagar los honorarios de un abogado o, si actuó en nombre propio, como contraprestación por el tiempo y esfuerzo dedicados a esta actividad”* o como se encuentra establecido en el artículo 2º del Acuerdo 1887 de 2003 *“la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso (...)”*.⁴⁷

El Numeral 1 del Art. 392 del Código de Procedimiento Civil establece que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto”* y el Numeral 6 del mismo Artículo y Código consagra que *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*.

En igual sentido el artículo 365 CGP, en materia de costas señala: *“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto. Además en los casos especiales previstos en este código”, “5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión” y “8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que en el presente caso se accederá parcialmente a las pretensiones PRIMERA, TERCERA CUARTA Y QUINTA de la demanda, completamente a la pretensión SEGUNDA, se despachará desfavorablemente la excepción de Inexistencia de la Obligación propuesta por el convocado JUAN CARLOS CASTAÑEDA y las excepciones A), B),C), D) Y E) propuestas por Seguros de Estado, declarándose como probadas las excepciones F) G) y H) de este último convocado, la condena en costas será de manera parcial, atendiendo a que la convocante PARCELACIÓN CAMPESTRE LAGUNA SECA S.A. y el convocado SEGUROS DEL ESTADO S.A. no son absolutamente vencedores ni vencidos razón por la que el Tribunal se abstendrá de condenarlos en costas procesales.

No obstante lo anterior, se evidencia que el convocado JUAN CARLOS CASTAÑEDA fue vencido absolutamente, por lo que el Tribunal procederá a condenarlo en costas a favor de PARCELACION CAMPESTRE LAGUNA SECA S.A.S. Atendiendo a lo establecido en el Acuerdo No. 1887 de 2003 se fijan por

⁴⁷ *Ibidem* - Pág. 1034.

concepto de agencias en derecho el 3% de lo reconocido a la parte convocante en el presente laudo.

GASTOS Y HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal arbitral ordenará el reembolso a favor de la PARCELACIÓN LAGUNA SECA S.A.S. de los gastos y honorarios que ésta pago correspondiéndoles a la parte convocada, junto con los intereses causados hasta la fecha tal como lo ordena el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012. Para lo cual se tendrán en consideración las siguientes fechas y cuantías, todas derivadas del Auto No. 07 del 10 de junio de 2014

- Fecha límite para la consignación por parte de los convocados: 25 de junio de 2014.
- Cuantía a consignar por los convocados: \$15.657.825
- Cálculo de intereses:

INTERESES MORATORIOS										
	INTERES BANCARIO CORRIENTE VIGENTE	TASA EFECTIVA ANUAL	NOMINAL ANUAL	NOMINAL TRIMESTRAL	NOMINAL DIARIA	TARIFA LEGAL DE I.S. VECES	PERÍODO CON ESTA TASA	MONTÓ SOBRE EL QUE SE CALCULAN LOS INTERESES	SUMA POR INTERESES	TOTAL INTERESES DE MORA
1	DEL 1º ABRIL HASTA EL 30 JUNIO DE 2014	19,63%	18,06%	4,51%	0,050%	0,075%	5	\$ 15.657.825	\$ 58.906	\$ 2.534.227
2	DEL 1º JULIO HASTA EL 30 SEP DE 2014	19,33%	17,80%	4,45%		6,676%	1	\$ 15.657.825	\$ 1.045.338	
3	DEL 1º OCT HASTA EL 31 DIC DE 2014	19,17%	17,67%	4,42%		6,625%	1	\$ 15.657.825	\$ 1.037.343	
4	DEL 1º ENE. HASTA EL 31 MARZO DE 2015	19,21%	17,70%	4,43%	0,049%	0,074%	34	\$ 15.657.825	\$ 392.641	
AL 3 DE FEBRERO DE 2015										
El período para las filas 1 y 4 se determina en días, y para las filas 2 y 3, en trimestres.										

Con lo cual los convocados deberán reembolsar la suma de DIECIOCHO MILLONES CIENTO NOVENTA Y DOS MIL CINCUENTA Y DOS PESOS M.L.(\$18.192.052)

DECISIÓN

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral, administrando justicia en el nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que el señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA incumplió el contrato de obra civil No 2 de fecha 11 de diciembre de 2012 mediante el cual se construiría una casa de habitación en el lote No 5 de la Parcelación Campestre Laguna Seca.

SEGUNDO: Declarar resuelto el contrato de obra civil No 2 de fecha 11 de diciembre de 2012 , con su correspondiente Otro Si de fecha abril 03 de 2013,

contrato mediante el cual se construiría una casa de habitación en el lote No 5 de la Parcelación Campestre Laguna Seca.

TERCERO. En virtud de la resolución del contrato, condénese al señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA desde la ejecutoria de esta providencia, a que restituya a la PARCELACIÓN LAGUNA SECA S.A.S. la suma de Col. \$71.272.972, cifra esta que corresponde a la suma entregada y no invertida en la obra a su cargo, según quedó establecido en la parte motiva de este laudo .

CUARTO. En virtud del incumplimiento, condénese al señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA al pago de Col. \$41.805.295 por concepto de Cláusula penal pecuniaria y al pago de Col. \$41.805.295 por concepto de multas, a favor de la PARCELACIÓN CAMPESTRE LAGUNA SECA S.A.S.

QUINTO. Declárese no probada la excepción de Inexistencia de la obligación propuesta por el convocado JUAN CARLOS CASTAÑEDA por las razones expuestas en los considerandos de esta providencia.

SEXTO. Ordenar hacer efectiva la póliza de cumplimiento No. 65-45101020234, expedida el 28 de noviembre de 2012 con vigencia desde esa fecha hasta el 26 de junio de 2016 expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A. en lo correspondiente a la garantía de anticipo, por un valor de Col\$45.550.096. En consecuencia condenar al pago de Col \$45.550.096 a la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., a favor de la PARCELACIÓN CAMPESTRE LAGUNA SECA S.A.S.

SÉPTIMO. Negar las pretensiones PRIMERA, SEGUNDA, CUARTA Y QUINTA de la demanda principal en lo que respecta a SEGUROS DEL ESTADO S.A.

OCTAVO. Declarar no probadas las excepciones tituladas INDEBIDA PRETENSÓN FRENTE A SEGUROS DEL ESTADO S.A., AUSENCIA DE RIESGO ASEGURABLE PARA EL PAGO ANTICIPADO, AUSENCIA DE PRUEBA SOBRE LA CUANTÍA DEL SINIESTRO, INDEMNIZACIÓN PROPORCIONAL AL CUMPLIMIENTO DEL .CONTRATO e INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES por las consideraciones expuestas en el laudo

NOVENO. Declarar probadas las excepciones tituladas EXCLUSIÓN DE SANCIONES PECUNIARIAS, AUSENCIA DEL JURAMENTO ESTIMATORIO y CONDICIONES DEL SEGURO .

DÉCIMO. Condenar en costas al señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA a título de agencias en derecho por resultar vencido en el presente trámite. En consecuencia condénesele a pagar el 3% de las sumas reconocidas a favor de la PARCELACIÓN CAMPESTRE LAGUNA SECA S.A.S. Sin costas para las demás partes por las razones expuestas en el laudo.

UNDÉCIMO.- Ordénese el reembolso por parte de JUAN CARLOS CASTAÑEDA Y SEGUROS DEL ESTADO S.A. a favor de la PARCELACIÓN CAMPESTRE LAGUNA SECA S.A.S. de la suma de DIECIOCHO MILLONES CIENTO NOVENTA Y DOS MIL CINCUENTA Y DOS PESOS M.L.(\$18.192.052), correspondientes a los gastos y honorarios del tribunal que no fueron pagados por los primeros, cuantía por la cual serán solidariamente responsables. Sobre esta suma se deberán causar intereses de mora hasta la fecha de su pago a la máxima tasa legal permitida.

DUODÉCIMO. Se decreta la causación y pago al Árbitro y al Secretario del cincuenta por ciento (50%) restante de sus respectivos honorarios.

DÉCIMO TERCERO. Disponer que por secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo Arbitral con destino a las partes con las constancias legales, y copias simples al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín

DÉCIMO CUARTO. Ríndanse las cuentas de rigor a las partes, y procédase a la restitución a las mismas de las sumas a que hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El Árbitro

JUAN GUILLERMO HINCAPIÉ MOLINA.
Árbitro.

DANIEL M. PUYO V.
Secretario.