

LAUDO ARBITRAL

PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL EN CONTRA DE AJUSTEC INGENIERÍA LTDA. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.

Rdo. 2015 A039

Siendo las once (11:00 A.M.) de la mañana del siete de abril de 2017, el Tribunal de Arbitramento integrado por **MATEO PELAEZ GARCÍA**, Árbitro Único; y **CARLOS ESTEBAN GÓMEZ DUQUE**, Secretario, se profirió el siguiente laudo arbitral que pone fin al proceso promovido por la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL** (en adelante **CAMACOL**) en contra de **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.** (en adelante **AJUSTEC**), en el que se formuló llamamiento en garantía de **CAMACOL** en contra de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**; y a su vez, se formuló llamamiento en garantía de **ALLIANZ SEGUROS S.A.** en contra de **AJUSTEC**.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1. CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL:

Con fecha veintidós (22) de septiembre de 2015, la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL** presentó ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para que este dirimiera el conflicto que dijo tener frente a **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.** En esa misma fecha, **CAMACOL** formuló llamamiento en garantía en contra de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**

La solicitud fue presentada por **CAMACOL** invocando para el efecto el pacto arbitral que se encuentra contenido en la cláusula vigésima octava del "CONTRATO N° 441 DEL 26 DE ABRIL DE 2013 PARA LA CONSTRUCCIÓN DE EL CENTRO EDUCATIVO "HOJA DE OLIVO" suscrito entre la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL** con **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.** (fls. 11-22), que es del siguiente tenor:

"CLAUSULA VIGESIMA OCTAVA: CLAUSULA COMPROMISORIA. Las partes convienen que en caso de surgir diferencias entre ellas, por razón o con ocasión de la celebración ejecución, terminación o liquidación del presente contrato serán resueltas por procedimientos de autocomposición como la negociación directa, conciliación o transacción, incluso la mediación. Evacuada la etapa de arreglo directo las diferencias que subsistan serán resueltas por un árbitro que se regirá por lo dispuesto en el decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen, teniendo en cuenta las siguientes reglas: 1. El árbitro desempeñará sus funciones en la ciudad de Medellín y sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, decidirá en derecho y se auxiliara de expertos en la materia para la toma de decisiones. 2. El árbitro será designado por la Cámara de Comercio de competencia y se sujetará a las reglas del centro de arbitraje."

El Árbitro Único fue designado por sorteo según consta en el **ACTA DE NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS** efectuada en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia el 1° de octubre de 2015 (fls. 156), inicialmente, como Árbitro Suplente.

Frente a la renuncia que presentó el Árbitro Principal el 20 de noviembre de 2015 (fls. 188), se comunicó su designación al Árbitro Único (fls. 192), quien aceptó su encargo dentro del término previsto en el artículo 14 de la Ley 1563 de 2012 (fls. 197 y vto.).

2. DILIGENCIAS ARBITRALES:

El Tribunal se instaló en la audiencia celebrada el 8 de marzo de 2016, y admitió la demanda arbitral presentada por **CAMACOL** en contra de **AJUSTEC**, y el llamamiento en garantía formulado por **CAMACOL** en contra de **ALLIANZ SEGUROS S.A.** Surtido el traslado correspondiente, la convocada y la llamada en garantía replicaron en tiempo oportuno la demanda y el llamamiento en garantía oponiéndose a las pretensiones formuladas por **CAMACOL**. De igual manera, **ALLIANZ SEGUROS S.A.** formuló llamamiento en garantía en contra de **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.**, el cual fue admitido por el Tribunal, y replicado en tiempo oportuno por **AJUSTEC**.

Luego del traslado secretarial de las excepciones de mérito formuladas frente a la demanda inicial y frente al llamamiento en garantía formulado por **CAMACOL** en contra de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, y del traslado secretarial de las excepciones formulados al dar respuesta al llamamiento en garantía formulado por **ALLIANZ SEGUROS S.A.** en contra de **AJUSTEC**, las partes no solicitaron la práctica de pruebas adicionales.

El 16 de agosto de 2016, se llevó a cabo audiencia de conciliación sin lograrse acuerdo entre las partes, por lo cual, se procedió a la fijación de gastos y honorarios del proceso (fs. 395-399).

Verificada la consignación en tiempo oportuno de la totalidad de los gastos y honorarios del Tribunal, se realizó la primera audiencia de trámite el 5 de octubre de 2016, en la que el Tribunal asumió competencia para procesar y juzgar el asunto sometido a su conocimiento; y decretó las pruebas pedidas por las partes.

Las pruebas ordenadas se practicaron con sujeción a la ley y sometimiento a la plena contradicción de las mismas.

Agotado el período probatorio las partes presentaron sus alegaciones de fondo, en audiencia surtida el 9 de febrero de 2017. La convocante adujo que debía accederse a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, por los motivos y argumentos que más adelante se sintetizarán. La parte demandada y la llamada en garantía, a su vez, mantuvieron su defensa y consideraron que no existía razón para que se accediera a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía.

Por solicitud efectuada por los apoderados de las partes, y aceptada por el Tribunal, el proceso estuvo suspendido entre el 13 de diciembre de 2016 y el 13 de enero de 2017, ambas fechas inclusive.

Vencidas las etapas procesales, encuentra el Tribunal que se halla dentro del término para proferir su decisión, habida cuenta de que el plazo de seis (6) meses legalmente previsto, contado a partir de la primera audiencia de trámite llevada a cabo el 5 de octubre de 2016 y teniendo en cuenta la suspensión del proceso, vence el 5 de mayo de 2017, razón por la cual se está en oportunidad de dictar el presente laudo.

3. LA DEMANDA ARBITRAL:

3.1. SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA FORMULADA POR CAMACOL EN CONTRA DE AJUSTEC:

La parte convocante narró, en resumen, los siguientes hechos que estructuran la *litis* planteada:

1. **CAMACOL** es una Corporación autónoma de derecho privado, sin ánimo de lucro, con patrimonio y personería jurídica propios, que cumple funciones de seguridad social.
2. Según el Art. 5º de sus Estatutos, **CAMACOL** puede, separadamente o con otras entidades, efectuar o prestar servicios sociales, para lo cual puede hacer inversiones y realizar los actos necesarios para el desarrollo de los mismos.

3. El 28 de diciembre de 2012 **CAMACOL** celebró el Convenio de Asociación No. 953 de 2012 con el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, en virtud del cual el Ministerio debía efectuar un aporte en dinero de **MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.500.000.000,00)** a **CAMACOL**. El Convenio suscrito tuvo el siguiente objeto:

"Aunar esfuerzos con el fin de promover la calidad educativa mediante la ejecución de proyectos de infraestructura física que requiere el sector educativo en el municipio de Caucasia -- Antioquia."

4. En virtud de lo previsto en la Cláusula Tercera del Convenio de Asociación No. 953 de 2012 suscrito con el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, **CAMACOL** se obligó a realizar las contrataciones de obra e interventoría conforme a las normas técnicas establecidas en el MEN, así como las normas de planeación, construcción y sismo resistencia vigentes.

5. Con fundamento en lo acordado en el Convenio de Asociación No. 953 de 2012, el 30 de abril de 2013 el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** efectuó el primer desembolso a **CAMACOL** por valor de **QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000.000,00)**.

6. El 26 de abril de 2013 **CAMACOL** celebró el contrato No. 441 de 2013 con **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.**, cuyo objeto fue la construcción del Centro Educativo Hoja del Olivo en el Municipio de Caucasia; el valor del contrato fue de **UN MIL CUATROCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES QUINIENTOS DOCE MIL CIEN PESOS (\$1.429.512.100,00)**; el plazo de ejecución acordado fue 120 días, contados a partir del día siguiente a la suscripción del acta de iniciación.

7. **CAMACOL** y **AJUSTEC** suscribieron el acta de iniciación del contrato No. 441 de 2013 el 30 de abril de 2013.

8. **AJUSTEC** celebró un contrato de seguro de cumplimiento con **ALLIANZ SEGUROS S.A.** para amparar algunos riesgos que eventualmente pudiese sufrir **CAMACOL** en virtud de la celebración del Contrato No. 441 de 2013, el cual quedó consignado en la póliza de cumplimiento No. 021273877/0, con los siguientes amparos:

8.1 Buen manejo y correcta inversión del anticipo, por la suma de \$428.853.630,00, con vigencia entre el 19 de marzo de 2013 y el 19 de noviembre de 2013.

8.2 Cumplimiento del contrato, por la suma de \$142.951.210, con vigencia entre el 19 de marzo de 2013 y hasta el 19 de septiembre de 2013.

9. El 7 de mayo de 2013 **CAMACOL** le entregó, a título de anticipo a **AJUSTEC**, la suma de \$428.853.630,00, equivalente al 30% del valor del Contrato No. 441 de 2013.

10. El 7 de mayo de 2013 **CAMACOL** suscribió con **AJUSTEC** un acta de suspensión de obra o ejecución del contrato No. 441 de 2013, por no haberse dado inicio al contrato de interventoría de la construcción del Centro Educativo Hoja de Olivo.

11. El 9 de agosto de 2013 **CAMACOL** celebró con el señor **JAIME LEÓN USTMAN** el contrato No. 466 de 2013, cuyo objeto fue realizar la interventoría técnica, administrativa, contable y jurídica sobre la ejecución y cumplimiento de las obligaciones contraídas por **AJUSTEC** para la construcción del Centro Educativo Hoja de Olivo.

12. El 13 de agosto de 2013 se celebró una reunión entre **CAMACOL** y **AJUSTEC**, en la que se le informó a **AJUSTEC** que **CAMACOL** ya había celebrado un contrato para la interventoría de la obra; en esa reunión, se acordó que las obras para la construcción del Centro Educativo Hoja de Olivo se reanudarían cuando cesara la perturbación del orden público en el Municipio de Caucasia motivada por el paro agrario.

13. Para el 23 de septiembre de 2013 estaba normalizada la situación de orden público en el Municipio de Caucasia, que había sido alterada por el paro agrario.

14. **CAMACOL** le solicitó en varias ocasiones a **AJUSTEC** reiniciar las obras de construcción del Centro Educativo Hoja del Olivo, por ejemplo, en el escrito del 11 de diciembre de 2013 con radicado 122705.

15. Para el 23 de septiembre de 2013 **AJUSTEC** debió haber reiniciado la ejecución del Contrato No. 441 del 26 de abril de 2013.

16. El 23 de abril de 2014 se llevó a cabo una reunión con **AJUSTEC** en las instalaciones de **CAMACOL**, en la que **CAMACOL** manifestó que **AJUSTEC** se encontraba incumpliendo el contrato No. 441 de 2013 por la negativa de reiniciar las obras; en esta oportunidad, **CAMACOL** le solicitó a **AJUSTEC** el reintegro del dinero entregado a título de anticipo.

17. El 22 de mayo de 2014 **CAMACOL** le remitió una comunicación por escrito a **AJUSTEC** en la que le informó que operó la terminación del Contrato No. 441 de 2013, según lo acordado en la cláusula vigésima del referido contrato. En esta comunicación, **CAMACOL** requirió nuevamente a **AJUSTEC** el reintegro de la suma de dinero entregada a título de anticipo. Igualmente, **CAMACOL** le solicitó a **AJUSTEC** que de manera urgente recogiera unos materiales que eran propiedad de **AJUSTEC** y que fueron dejados en el lote del proyecto.

18. **AJUSTEC** pretendió soportar los recursos entregados a títulos de anticipo por **CAMACOL** en la factura de venta No. 348 del 26 de marzo de 2013 emitida por **INTERNACIONAL DE PERFILES S.A.S.**, correspondientes a la compra de un kit Colegio Causasia Materiales RBS 64MM, 840 M2, por valor de \$358.584.000,00. Estos son los materiales que se encontraban en el lote del proyecto del Municipio de Caucasia.

19. Con la factura de venta No. 348 del 26 de marzo de 2013 emitida por **INTERNACIONAL DE PERFILES S.A.S.** no es posible amortizar el anticipo entregado por **CAMACOL** a **AJUSTEC**, por las siguientes razones:

19.1 De acuerdo con lo previsto en la cláusula quinta del contrato No. 441 de 2013, la amortización se realiza contra los pagos parciales de avance de las obras efectivamente ejecutadas, y la simple compra de materiales no es constitutiva de avance de obras.

19.2 La compra de materiales efectuada por **AJUSTEC** no se realizó con cargo al contrato celebrado con **CAMACOL**, ni durante el término que estuvo en ejecución el contrato.

20. La no iniciación de las obras por parte de **AJUSTEC**, así como el mal manejo e incorrecta inversión que se le dio al anticipo entregado en virtud del contrato No. 441 de 2013, provocó un grave perjuicio a **CAMACOL**, pues el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** tomó la determinación de no acceder a la solicitud de ampliación del plazo del Convenio de Asociación No. 953 de 2012 elevada por **CAMACOL**.

21. El **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** le solicitó a **CAMACOL** la devolución de \$500.000.000,00, más los rendimientos financieros, correspondientes al primer desembolso realizado para la construcción del Centro Educativo Hoja del Olivo.

22. El 8 de agosto de 2014 **CAMACOL** realizó la devolución del dinero solicitado por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, para lo cual **CAMACOL** tuvo que disponer de recursos propios, pues **AJUSTEC** no había realizado el reintegro del dinero entregado a título de anticipo.

23. **CAMACOL** ha sufrido un grave perjuicio patrimonial al haber destinado \$428.853.630,00 a favor de **AJUSTEC** a título de anticipo para el inicio de la construcción del Centro Educativo Hoja de Olivo, obra que finalmente nunca inició **AJUSTEC**.

24. **AJUSTEC** debió destinar la suma de \$428.853.630,00 recibidos de **CAMACOL** para el inicio de la obra el 23 de septiembre de 2013, lo cual no ocurrió.

3.2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

La parte convocante solicitó al Tribunal despachar favorablemente las siguientes pretensiones en contra de **AJUSTEC**:

"V. PRETENSIONES.

De conformidad con los hechos narrados, con los fundamentos de derecho que más adelante se indicarán, así como las pruebas que se aportan y practiquen en el proceso arbitral, se pretende lo siguiente:

PRIMERA: Que se declare que AJUSTEC INGENIERIA LTDA. incumplió el Contrato N° 441 de abril 26 de 2013 celebrado con la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL – COMFAMILIAR CAMACOL, al negarse a reiniciar la ejecución del contrato, como consecuencia de no haber suscrito la respectiva acta de reinicio, no haber dado inició a las obras encomendadas y al no haber reintegrado la suma equivalente a la recibida por concepto de anticipo, todo ello, a partir del momento en que se debió reiniciar la ejecución del contrato.

SEGUNDA: Como consecuencia del incumplimiento del Contrato N° 441 de abril 26 de 2013, se condene a AJUSTEC INGENIERIA LTDA. a reintegrarle o devolverle a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL – COMFAMILIAR CAMACOL, la suma de CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS TREINTA PESOS ML. (\$428.853.630), debidamente indexada desde el 23 de septiembre de 2013 y hasta la fecha del pago efectivo, que precisamente fue la suma de dinero recibida por AJUSTEC a título de anticipo, y que no fue destinada a la ejecución del contrato, ni debidamente amortizado por aquella, conforme al contrato.

TERCERA: Se condene al demandado al pago de costas y agencias en derecho, causadas en el presente trámite arbitral."

4. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA:

AJUSTEC contestó oportunamente la demanda arbitral, pronunciándose sobre los hechos expuestos por la convocante, negando unos, admitiendo otros total o parcialmente, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Dijo **AJUSTEC**, en resumen que, aunque el contrato No. 441 de 2013 estuvo suspendido, **AJUSTEC** realizó trabajos de avance de obra entre la fecha de suscripción del contrato e inclusive durante la suspensión, para lo cual fue necesario realizar cambios en los planos, diseños e incluso en la ubicación del terreno del proyecto.

Indicó que no obstante **CAMACOL** solicitó que se reiniciaran las obras del proyecto, esto no fue posible, debido a la topografía del terreno, que exigían un relleno de material, lo que incidió en los costos de cimentación, instalaciones hidráulicas, eléctricas, sanitarias y de cerramiento del lugar.

Expuso que según el informe del Consorcio Gerenciar del 5 de septiembre de 2013 realizado por orden del **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, **CAMACOL** incurrió en irregularidades en la ejecución del Convenio de Asociación No. 953 de 2012.

Esgrimió que en varias ocasiones **AJUSTEC** le solicitó a **CAMACOL** los certificados de disponibilidad presupuestal que amparaban la contratación de **AJUSTEC**, para tener claridad sobre los recursos necesarios para terminar el proyecto.

Indicó que para **AJUSTEC** no existieron garantías jurídicas y económicas para reiniciar el contrato No. 441 de 2013, teniendo toda la disponibilidad posible para hacerlo.

Esgrimió que el incumplimiento contractual es imputable a **CAMACOL**, y no a **AJUSTEC**, por no haber garantizado aquella las condiciones del contrato de obra No. 441 de 2013,

indicando que no fue posible efectuar el reintegro del dinero recibido a título de anticipo, pues el mismo se gastó justificadamente.

Explicó que la factura emitida por **INTERNACIONAL DE PERFILES S.A.S.** soporta los gastos realizados por **AJUSTEC** con el dinero recibido a título de anticipo de **CAMACOL**, precisando que tal compra se realizó con cargo al contrato de obra.

5. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR CAMACOL A ALLIANZ SEGUROS S.A.

5.1. HECHOS QUE SUSTENTARON EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

CAMACOL formuló llamamiento en garantía en contra de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, basada en resumen, en los siguientes hechos:

1. El 26 de abril de 2013 **CAMACOL** celebró el contrato No. 441 de 2013 con **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.**, cuyo objeto fue la construcción del Centro Educativo Hoja del Olivo en el Municipio de Caucasia.

2. Entre **AJUSTEC** como tomador y contratista garantizado y **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, en calidad de aseguradora, se celebró el contrato de seguro de cumplimiento contenido en la póliza No. 021273877. En el referido contrato de seguro fue asegurada y beneficiaria **CAMACOL**.

3. El contrato de seguro de cumplimiento referido tenía los siguientes amparos:

3.1 Buen manejo y correcta inversión del anticipo, por la suma de \$428.853.630,00, con vigencia entre el 19 de marzo de 2013 y el 19 de noviembre de 2013.

3.2 Cumplimiento del contrato, por la suma de \$142.951.210, con vigencia entre el 19 de marzo de 2013 y hasta el 19 de septiembre de 2013.

4. El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo tenía como finalidad cubrir *"al asegurado contra la apropiación indebida o el mal uso que el contratista GARANTIZADO haga de los dineros o bienes recibidos como anticipo para la ejecución del contrato, siempre y cuando la entrega de los mismo se haga con posterioridad a la fecha de expedición de la presente póliza."*

5. El amparo de cumplimiento tenía la finalidad de cubrir *"al asegurado contra los perjuicios patrimoniales derivados del incumplimiento imputable al contratista GARANTIZADO, de alguno o algunas de las obligaciones emanadas del contrato garantizado."*

6. El 7 de mayo de 2013 **CAMACOL** entregó a **AJUSTEC** la suma de \$428.853.630,00, a título de anticipo del contrato No. 441 de 2013, equivalente al 30% del valor del contrato.

7. **AJUSTEC** incumplió el contrato celebrado con **CAMACOL**, pues no inició la ejecución de las obras el 23 de septiembre de 2013, que fue el momento en que debía reiniciarse el contrato luego de la suspensión efectuada el 7 de mayo de 2013.

8. **AJUSTEC** no devolvió a **CAMACOL** el valor recibido a título de anticipo, a pesar de no haber iniciado la ejecución de las obras contratadas, razón por la cual, hubo apropiación indebida del anticipo.

9. **ALLIANZ SEGUROS S.A.** asumió la obligación de indemnizar a **CAMACOL** en caso de indebida apropiación o mal uso del anticipo en cuantía de \$428.853.630,00.

10. El anticipo entregado a **AJUSTEC** por valor de \$428.853.630,00 debió haber sido destinado por **AJUSTEC** para el inicio de la obra el día 23 de septiembre de 2013, lo cual no ocurrió.

11. El 18 de septiembre de 2015 CAMACOL presentó reclamación extrajudicial a ALLIANZ SEGUROS S.A. solicitando la indemnización a la que tiene derecho CAMACOL por el incumplimiento del contrato No. 441 de 2013.

5.2. PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR CAMACOL EN CONTRA DE ALLIANZ SEGUROS S.A.:

CAMACOL solicitó al Tribunal despachar favorablemente las siguientes:

““IV. PRETENSIONES.

De conformidad con los hechos narrados, con los fundamentos de derecho que más adelante se indicarán, así como las pruebas que se aportan y practiquen en el proceso arbitral, se pretende lo siguiente:

PRIMERA: Que se declare que AJUSTEC INGENIERIA LTDA. incumplió el Contrato N° 441 de abril 26 de 2013 celebrado con la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL – COMFAMILIAR CAMACOL, al negarse a reiniciar la ejecución del contrato, como consecuencia de no haber suscrito la respectiva acta de reinicio, no haber dado inicio a las obras encomendadas y al no haber reintegrado la suma equivalente a la recibida por concepto de anticipo, todo ello, a partir del momento en que se debió reiniciar la ejecución del contrato.

SEGUNDA: Que se declare que las obligaciones de dicho contrato, entre las cuales se destacan el inicio de la ejecución o construcción de las obras contratadas y el buen manejo de anticipo, fueron GARANTIZADAS a favor de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL – COMFAMILIAR CAMACOL por parte de la aseguradora ALLIANZ SEGUROS S.A. en virtud del seguro de cumplimiento contenido en la póliza No. 021273877.

TERCERA: Como consecuencia de lo anterior, condenar a ALLIANZ SEGUROS S.A. a indemnizar a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL – COMFAMILIAR CAMACOL, conforme el seguro de cumplimiento contenido en la póliza 021273877 en una suma de CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS TREINTA PESOS ML. (\$428.853.630), con cargo al amparo de Buen manejo y correcta inversión del anticipo de la póliza referida.

CUARTA: Como consecuencia de lo anterior, condenar a ALLIANZ SEGUROS S.A. a indemnizar a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL – COMFAMILIAR CAMACOL, conforme el seguro de cumplimiento contenido en la póliza 021273877 en una suma de TREINTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS VEINTE Y TRES MIL NOVENTA Y TRES PESOS (\$32.923.093), con cargo al amparo de cumplimiento de la póliza referida, o el mayor valor que corresponda por la indexación de la suma debida.

QUINTA: Como consecuencia de lo anterior, condenar a ALLIANZ SEGUROS S.A. a pagar los intereses moratorios sobre la suma debidas, esto es, (\$461.776.723,00) CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS VEINTE Y TRES PESOS o el mayor valor probado en el proceso, a la tasa contemplada en el artículo 1080 del Código de Comercio, por no haber realizado el pago dentro del mes calendario siguiente a la presentación de la reclamación extrajudicial donde se le solicitó la indemnización a la que tenía derecho la llamante, presentada el 18 de septiembre de 2015.

SEXTO: Se condene al llamado en garantía al pago de costas y agencias en derecho, causadas en el presente trámite arbitral.”

6. CONTESTACIÓN AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR CAMACOL EN CONTRA DE ALLIANZ SEGUROS S.A.:

ALLIANZ SEGUROS S.A. contestó oportunamente el llamamiento en garantía que le formuló CAMACOL, pronunciándose sobre los hechos expuestos por la convocante, negando unos, admitiendo otros total o parcialmente, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, y formulando excepciones.

Dijo que era cierto que se había celebrado el contrato de seguro de cumplimiento entre CAMACOL y ALLIANZ SEGUROS S.A., contenido en la póliza No. 021273877, y que se

atenían a las condiciones generales y particulares de la póliza, especialmente en lo relativo a amparos, valores asegurados, exclusiones y deducibles pactados.

Indicó que no le constaba a **ALLIANZ SEGUROS S.A.** si el dinero entregado por **CAMACOL** a **AJUSTEC** el 7 de mayo de 2013 fue a título de anticipo.

Sostuvo que llamaba la atención la actitud de **CAMACOL**, al haber entregado supuestamente el anticipo a **AJUSTEC** el 7 de mayo de 2013, y ese mismo día haber suspendido el contrato No. 441 de 2013.

Indicó que, de acuerdo con la prueba documental aportada con la demanda, se podía concluir que durante el período en que estuvo suspendido el contrato, se realizaron reuniones entre **CAMACOL** y **AJUSTEC** tendientes a definir detalles puntuales de la obra, como modificaciones y entrega de planos finales de la misma.

Esgrimió que se debería valorar la conducta de **CAMACOL**, al haber entregado una suma de dinero a **AJUSTEC** sin la respectiva legalización del área financiera que demuestre que el dinero se entregó por concepto de anticipo.

Indicó que no era cierto que **AJUSTEC** hubiera incumplido el contrato No. 441 de 2013, ni que se hubiera apropiado indebidamente del anticipo.

Sostuvo que a **ALLIANZ SEGUROS S.A.** no le constaba cual era la destinación que **AJUSTEC** debía darle a la suma de \$428.853.630,00, por no existir prueba que acredite cual fue el concepto o razón por la cual se desembolsó esa suma de dinero.

Indicó que era cierto que **CAMACOL** había presentado una reclamación a **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, y que la misma había sido objetada el 16 de octubre de 2015 en forma seria y fundada.

Se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía y formuló las excepciones que denominó "ausencia de cobertura, límite temporal", "ausencia de siniestro", "ausencia de prueba de la cuantía de la pérdida", "ausencia de cobertura" e "improcedencia de intereses moratorios o perjuicios a título de sanción".

Igualmente, el apoderado de **ALLIANZ SEGUROS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda principal formulada por **CAMACOL** en contra de **AJUSTEC**, aduciendo que no se cumplían los presupuestos necesarios para declarar una responsabilidad civil contractual y la respectiva indemnización de perjuicios.

Indicó que debía tenerse en cuenta que le correspondía a la parte demandante demostrar todos los presupuestos de la responsabilidad civil contractual, y que en caso de no demostrarse los mismos, las pretensiones de la demanda no debían prosperar.

El apoderado de **ALLIANZ SEGUROS S.A.** formuló la siguiente excepción de mérito frente a la demanda principal: "inexistencia de incumplimiento contractual".

7. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR ALLIANZ SEGUROS S.A. EN CONTRA DE AJUSTEC

7.1. HECHOS EN QUE SUSTENTÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

En la oportunidad procesal correspondiente, **ALLIANZ SEGUROS S.A.** formuló llamamiento en garantía en contra de **AJUSTEC**, basado en resumen, en los siguientes hechos:

1. Entre **AJUSTEC** como tomador y contratista garantizado Y **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, en calidad de aseguradora, se celebró el contrato de seguro de cumplimiento contenido en la póliza No. 021273877.
2. En el referido contrato de seguro fue asegurada y beneficiaria **CAMACOL**.

3. El contrato de seguro de cumplimiento referido tenía amparo de cumplimiento y buen manejo del anticipo, en las condiciones pactadas en la póliza referida.

4. **CAMACOL**, mediante pretensión invocada en el llamamiento en garantía formulado en contra de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, pretende el pago de la suma asegurada en el amparo de buen manejo de anticipo y la indemnización de perjuicios con fundamento en el amparo de cumplimiento.

5. **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, en su calidad de compañía aseguradora, en virtud del contrato de seguro y al Art. 1.096 del Código de Comercio, tiene la facultad de subrogación frente al tomador y/o afianzado **-AJUSTEC-** en caso de un eventual incumplimiento que se encuentre amparado en el contrato de seguro y por el pago de las sumas de dinero que sea obligada a cancelar a la entidad llamante en garantía.

7.1. PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR ALLIANZ SEGUROS S.A. EN CONTRA DE AJUSTEC:

ALLIANZ SEGUROS S.A. solicitó al Tribunal despachar favorablemente las siguientes:

"II PRETENSIONES:

1. *Declárese que AJUSTEC INGENIERÍA LTDA está obligada a reembolsar a ALLIANZ SEGUROS S.A. las sumas de dinero que ésta tuviere que pagar como consecuencia de una providencia condenatoria, en virtud de la acción de subrogación consagrada en el contrato de seguro de cumplimiento.*

2. *Condénese al llamado en garantía a costas y agencias."*

8. CONTESTACIÓN AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR ALLIANZ SEGUROS S.A. EN CONTRA DE AJUSTEC:

AJUSTEC contestó oportunamente el llamamiento en garantía que le formuló **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, pronunciándose sobre los hechos expuestos por la llamante, aceptando los hechos del llamamiento en garantía.

Precisó que si bien es cierto **ALLIANZ SEGUROS S.A.** tiene la facultad de subrogación frente al tomador/afianzado, ese derecho debía exigirse en otro proceso y ante una entidad judicial distinta del Tribunal de Arbitramento.

Se opuso al llamamiento en garantía que le formuló **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, aduciendo que en el contrato de cumplimiento contenido en la póliza no. 021273877 no existe pacto arbitral o cláusula compromisoria.

CAPITULO SEGUNDO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

9. PRESUPUESTOS PROCESALES:

Las partes que se encuentran en juicio tienen capacidad y habilitación suficiente para disponer, lo que han acreditado en debida forma en este proceso, estando, además, representadas por sus apoderados judiciales a los cuales se les ha reconocido su calidad para actuar en el presente proceso.

Las controversias sometidas al conocimiento y decisión del Tribunal, planteadas en la demanda principal, en el llamamiento en garantía formulado por **CAMACOL** en contra de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, y en el llamamiento en garantía formulado por **ALLIANZ SEGUROS S.A.** en contra de **AJUSTEC**, son susceptible de ser dirimida por esta vía, acorde con lo previsto en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012.

La constitución del Tribunal se realizó conforme a la voluntad de las partes expresada en la cláusula compromisoria contenida en la cláusula vigésima octava del *CONTRATO N° 441 DEL 26 DE ABRIL DE 2013 PARA LA CONSTRUCCIÓN DE EL CENTRO EDUCATIVO "HOJA DE OLIVO"* suscrito entre la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL** con **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.**

Conforme a lo anterior, no se advierte ningún vicio procesal que afecte la actuación. Siendo ésta válida, y concurriendo los presupuestos procesales, puede producirse el fallo, en la manera que fue determinada, esto es, en derecho.

Por lo tanto, habrá de proferirse, consecuentemente, un laudo de fondo.

10. LA PRUEBA PRACTICADA:

La instrucción del proceso agotó los diferentes medios probatorios invocados por las partes.

A instancia de la parte convocante se recibió el interrogatorio de parte del representante legal de **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.** (fls. 577) y del representante legal de **ALLIANZ SEGUROS** (fls. 419) en audiencia pública.

Por solicitud de la **ALLIANZ SEGUROS S.A.** y de **AJUSTEC** se recibió el interrogatorio de parte a la representante legal de **CAMACOL** en audiencia pública (fls. 420 y 575-576).

La prueba documental que reposa en el expediente fue arrimada con la demanda, con el llamamiento en garantía formulado por **CAMACOL** en contra de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, con la respuesta a la demanda principal, con la respuesta al llamamiento en garantía formulado por **CAMACOL** en contra de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, al igual que con el llamamiento en garantía formulado por **ALLIANZ SEGUROS S.A.** en contra de **AJUSTEC**, y con la respuesta a éste. También obra prueba documental que fue aportada por la parte demandante en virtud de requerimiento efectuado por el Tribunal en la audiencia celebrada el 31 de octubre de 2016 (fls. 415). La prueba documental que obra en el proceso recibió contradicción y no suscitó discusiones respecto de su autenticidad.

Por otro lado, se recibió la declaración del señor **JULIÁN GUILLERMO OTALVARO ARANGO**, testigo pedido por la parte demandante en la oportunidad procesal correspondiente.

Así las cosas, por haberse practicado las pruebas pedidas por las partes, se citó a audiencia de alegatos de las partes para el 9 de febrero de 2017 a las 2:30 p.m.

11. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

En la audiencia de alegaciones fijada por el Tribunal para el día 9 de febrero de 2017, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión, los cuales el Tribunal sintetiza de la siguiente manera:

11.1. SÍNTESIS DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE CAMACOL:

El apoderado de la parte demandante, efectuó, en primer lugar, una síntesis de los hechos en la misma línea planteada en la demanda, refiriéndose entre otras, al otorgamiento del anticipo a **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA**, por valor de \$428'853.630, afirmando que, conforme a la cláusula quinta del contrato 441, se cumplieron con todos los requisitos para efectuar dicho giro, siendo esta una obligación de su representada, así mismo, se pronunció sobre la suspensión del contrato de común acuerdo entre las partes contratantes. Dio cuenta también del denominado paro nacional agrario y minero, que imposibilitó el reinicio de la obra, para el cual terminó a mediados de septiembre, de manera que la obra se podía haber reiniciado el 23 de dicho mes, para lo cual se citó a **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.**, para firmar la respectiva acta de reinicio, afirmando que ésta nunca reinició la obra y se apropió indebidamente del anticipo, puesto que nunca ejecutó dichos dineros en el desarrollo de la obra conforme lo señala el contrato.

A renglón seguido, el apoderado de la parte pretensora señaló las razones por las cuales consideró que AJUSTEC INGENIERÍA LTDA., había incumplido el contrato 441 del 26 de abril de 2013 y debía pagar los perjuicios causados. Se opuso a las razones señaladas por AJUSTEC para no reiniciar la obra constructiva. Así mismo, señaló las razones por las cuales consideró que ALLIANZ debía responder en el presente asunto, indicando que lo que se pretende es que se afecten los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo y no el de la no amortización del mismo, además señaló que no hubo culpa de CAMACOL por haber pagado el anticipo sin haber iniciado la interventoría del contrato, dado que, argumento, se debía girar el anticipo en la medida en que estaban cumplidos los requisitos del contrato, en los mismos términos y condiciones que ALLIANZ aseguró. Así mismo, señaló que no se agravó el riesgo por no haber informado a ALLIANZ la suspensión del contrato.

11.2. SÍNTESIS DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE AJUSTEC:

El apoderado de la parte convocada, hizo un recuento de los hechos acaecidos durante toda la etapa precontractual, contractual y de finalización del contrato. Reiteró las razones aducidas por su mandante a lo largo de la relación contractual para no reiniciar las obras de construcción, relativas a los problemas topográficos del lote que aumentaban los costos del proyecto y el tiempo de ejecución del mismo, a la falta de un interventor por parte de CAMACOL, lo que constituye un error de parte de esta entidad, el no haberse informado de la suspensión del contrato, al Ministerio, al consorcio gerenciar y a la aseguradora, lo que no permitió extender el contrato e impidió actualizar las pólizas, no contar por parte de CAMACOL con la información completa y definitiva del proyecto y no atender los requerimientos del mencionado consorcio.

Reiteró la posición de que AJUSTEC en varias ocasiones solicitó los certificados de disponibilidad presupuestal a CAMACOL y está se negó a presentarlos, así mismo, señaló que todo el dinero del anticipo se utilizó o destinó en el cumplimiento del contrato, siendo la parte más importante de ello los materiales de construcción y los otros costos están dados por gastos de personal y gastos generales. En últimas indica que todos los problemas contractuales se presentaron por no haber CAMACOL realizado una buena práctica contractual.

11.3. SÍNTESIS DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE ALLIANZ:

El apoderado de la aseguradora, fundamentalmente centra su alegato en señalar que operó una terminación del contrato por la aplicación de una garantía contractual, consistente en que el contratante asegurado debía ejercer estricto control sobre el desarrollo del contrato y sobre el manejo de los fondos y bienes correspondientes, y que no hubo cumplimiento a dicha garantía, puesto que no efectuó la vigilancia indicada ni directamente ni por intermedio del interventor. Señala que en el mismo informe que envió la directora administrativa de la caja a la Superintendencia del Subsidio Familiar se denota tanto la violación de la garantía como la culpa grave de CAMACOL, por falencias administrativas, falta de planeación, y de vigilancia y control de parte de la entidad durante la administración anterior.

Alegaron también la ausencia de cobertura puesto que expresamente se excluyó en la póliza que no se cubren las conductas culposas del asegurado o del contratista afianzado. También alegaron que no existía riesgo propiamente dicho pues el evento dependía de la conducta culposa y voluntaria de CAMACOL. También alegan que los amparos relativos al anticipo, cubren el buen manejo y el uso indebido, pero no la falta de amortización, así mismo alegan no existir prueba del siniestro y su cuantía. Afirman también que no hubo incumplimiento contractual por parte de AJUSTEC, y que, en el presente asunto, es aplicable la excepción de contrato no cumplido.

12. JUICIO DE MÉRITO:

12.1. METODOLOGÍA DE ANÁLISIS:

El Tribunal procederá en el siguiente orden: (i) Señalará los problemas jurídicos a resolver en la sentencia, (ii) referirá los hechos probados en el proceso, (iii) posteriormente abordará el análisis, en primer lugar, de los problemas jurídicos que se derivan de las pretensiones declarativas formuladas por CAMACOL respecto de AJUSTEC y la resistencia de ésta en relación con aquellas, para determinar si tales pretensiones deben prosperar o no y, en caso afirmativo decidir la prosperidad o no de las pretensiones de condena; posterior a ello, si se declarase el incumplimiento contractual que se afirma en la demanda, se procederá a resolver las pretensiones declarativas y de condena contenidas en el llamamiento en garantía formulado por CAMACOL a ALLIANZ y la resistencia a las mismas, y, en caso de que prospere alguna pretensión de condena, en contra de ALLIANZ se abordarían las pretensiones de ésta frente a AJUSTEC.

En el desarrollo de este último punto, efectuará los análisis críticos que se requieran sobre las pruebas y dará la sustentación jurídica necesaria para fundamentar las conclusiones respectivas.

12.2. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER EN LA SENTENCIA:

Desde la audiencia primera de trámite el Tribunal determinó que los problemas jurídicos a resolver en este proceso y especialmente en el laudo para poner fin a las controversias suscitadas son los siguientes:

12.2.1. Los problemas jurídicos planteados en la demanda principal formulada por CAMACOL en contra de AJUSTEC INGENIERÍA LTDA. consisten en determinar si se configuran los presupuestos para declarar el incumplimiento del contrato No. 441 del 26 de abril de 2013 por la sociedad convocada, para la construcción del Centro Educativo Hoja de Olivo; y si, consecuentemente, AJUSTEC INGENIERÍA LTDA. tiene la obligación de reintegrar o devolver alguna suma de dinero a CAMACOL, con la indexación que corresponda.

12.2.2. Los problemas jurídicos planteados en el llamamiento en garantía formulado por CAMACOL en contra de ALLIANZ SEGUROS S.A. consisten en determinar si AJUSTEC INGENIERÍA LTDA. incumplió el contrato suscrito con CAMACOL, y si las obligaciones de dicho contrato, como la de inicio de la ejecución, la construcción de las obras contratadas, el buen manejo y la correcta inversión del anticipo, fueron garantizadas por ALLIANZ SEGUROS S.A. a favor de CAMACOL, y si consecuentemente ALLIANZ SEGUROS S.A. tiene la obligación contractual de indemnizar los perjuicios que alega haber sufrido CAMACOL, relativos a los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo y al de cumplimiento del contrato, debiendo verificar el Tribunal la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida conforme a las condiciones generales y particulares del contrato de seguro celebrado y que funda el llamamiento en garantía.

12.2.3. El problema jurídico que envuelve el llamamiento en garantía presentado por ALLIANZ SEGUROS S.A. en contra de AJUSTEC INGENIERÍA LTDA. consiste en determinar si ésta tiene la obligación de reembolsar alguna eventual condena que se imponga a ALLIANZ SEGUROS S.A. en virtud del contrato de seguro de cumplimiento suscrito con AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.

12.3. HECHOS PROBADOS EN EL PROCESO:

Establece el artículo 280 del Código General del Proceso, que la motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas. En tal sentido, atendiendo a este mandato legal, este Tribunal procederá en consecuencia, buscando referir los hechos que quedaron probados y los medios de prueba que dan cuenta de esa prueba.

Los medios de prueba que se decretaron y practicaron en el proceso consistieron en pruebas documentales escritas, confesiones contenidas en la demanda, en el llamamiento

en garantía y en las contestaciones a las anteriores y en los interrogatorios de parte y testimonio.

De todos los medios de prueba solicitados, decretados y practicados en el proceso, quedó probado lo siguiente:

- El 28 de diciembre de 2012 se celebra el convenio de asociación número 953 de 2012 entre el Ministerio de Educación Nacional y la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL, para aunar esfuerzos con el fin de promover la calidad educativa mediante la ejecución de proyectos de infraestructura física que requiere el sector educativo en el municipio de Caucasia Antioquia. Dentro de este convenio, entre otros aspectos, el Ministerio aportaba en dinero la suma de Mil Quinientos Millones de Pesos (\$1.500'000.000) moneda legal, mas otros aportes en especie, y CAMACOL, aportaba Mil Millones Quinientos Veinte Mil Veintiséis Pesos (\$1.000.520.026) moneda legal. Esto quedó probado con la copia que se aportó del contrato.
- El 25 de febrero de 2013, CAMACOL envió comunicación a AJUSTEC en la cual invitaba a esta sociedad para que enviara una propuesta para ejecutar la construcción de un centro educativo en el Municipio de Caucasia, departamento de Antioquia. Esto quedo probado con la copia de la comunicación que obra en el expediente.
- El 12 de marzo de 2013, CAMACOL califica las propuestas recibidas para la construcción del centro educativo "colegio", hoja del olivo, siendo la propuesta que recibió el mayor puntaje la de AJUSTEC. Esto quedó probado con la copia de dicho documento que obra en el expediente.
- El 13 de marzo de 2013 se emite comunicación por CAMACOL a AJUSTEC en la que le notifica la adjudicación del contrato. Esto quedó probado con la copia de dicho documento que obra en el expediente.
- El 26 de abril de 2013 se celebra el contrato número 441 del 26 de abril de 2013, para la construcción del centro educativo hoja del olivo, en Caucasia Antioquia. De ello da cuenta la copia misma del contrato, las confesiones de las partes contenidas en la demanda y su contestación, y en los interrogatorios de parte, siendo este un hecho pacífico en el proceso.
- Se celebró, con la aseguradora ALLIANZ SEGUROS S.A., contrato de seguro de cumplimiento a favor de entidades particulares, contenido en la póliza número 021273877, con amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo por la suma asegurada de \$428'853.630, cumplimiento del contrato por valor de \$142'951.210, estabilidad y calidad de la obra y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

Ahora bien, sobre este contrato de seguro, cuya existencia y validez no está en discusión por las partes, se deben realizar unas consideraciones que son las siguientes: La póliza que se aportó tiene como fecha de emisión el 19 de marzo de 2013 y se refiere en las condiciones particulares del contrato a que tiene por objeto amparar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato número 396 del 19 de marzo de 2013, para la construcción del Centro Educativo para la primera infancia hoja del olivo en Caucasia Antioquia, de manera que no se refiere al contrato número 441 del 26 de abril de 2013, para la construcción del centro educativo hoja del olivo, en Caucasia Antioquia.

De lo anterior podría pensarse que el contrato número 441 no era objeto del seguro de cumplimiento. No obstante, esa conclusión sería equivocada por las siguientes razones: La primera es que al contestar el llamamiento en garantía ALLIANZ SEGUROS S.A., aceptó que el contrato de seguro de cumplimiento contenido en la póliza número 021273877, tenía por objeto amparar el contrato 441 antes indicado. Así mismo, en el interrogatorio de parte el representante legal de dicha aseguradora, aceptó lo anterior. El representante legal de AJUSTEC en su interrogatorio de parte manifestó que el contrato de seguro era para amparar el contrato número 441, afirmando que ese fue el único contrato que ellos celebraron con CAMACOL, así mismo, el 13 de enero de 2017 se recibió comunicación por el Tribunal, remitida directamente por ALLIANZ SEGUROS S.A., en respuesta a oficio que se les enviara, en el que ratifican que el contrato número 441 del 26 de abril de 2013, cuyo objeto es la construcción del centro educativo hoja de olivo, es el amparado bajo la póliza en cuestión y que, por un error, se expidió con el número del contrato 396 y no el 441 como correspondía.

- La existencia de la factura de venta número 348 emitida por INTERNACIONAL DE PERFILES S.A.S. a cargo de AJUSTEC INGENIERÍ LTDA., cuyo concepto era KIT COLEGIO CAUCASIA MATERIAL RBS 64 MM, 840 M2, y además incluía conceptos de administración, imprevistos, utilidad (AIU) e IVA sobre la utilidad, para un total de \$358'584.000.
- Las partes contratantes del contrato 441 suscribieron un acta de inicio del contrato, el día 30 del mes de abril de 2013, en la cual indicaron que con la legalización del contrato y con la entrega del sitio de obra se procede a dar inicio a las actividades contempladas en el contrato.
- AJUSTEC remitió comunicación a CAMACOL el día 2 de mayo de 2013, en la que le informaban que después de realizar el levantamiento topográfico en el sitio definido para la construcción del colegio se detectaron puntos en el terreno que necesitan un sobrelleno con material, implicando ello unos sobrecostos del proyecto con respecto al presupuesto inicial y que, en consecuencia, esperaban recomendaciones y pasos a seguir de parte de CAMACOL. Esta comunicación obra en el expediente y su existencia no fue cuestionada por las partes.
- Quedó probado, en el interrogatorio de parte que se le realizó por el apoderado de ALLIANZ al representante legal de AJUSTEC que la situación anterior no fue informada a la aseguradora.
- AJUSTEC emitió y entregó cuenta de cobro a CAMACOL para generar y soportar el pago del anticipo del contrato, tal como se documentó en el expediente.
- El 7 de mayo de 2013 se efectuó la entrega del anticipo por valor de \$428'853.630, por parte de CAMACOL a AJUSTEC mediante la consignación en cuenta bancaria a nombre de ésta. Así se desprende del soporte de la consignación impreso por CAMACOL y anexado a la demanda, y la confesión del representante legal de AJUSTEC en el interrogatorio de parte y de las confesiones contenidas en la demanda y en la contestación a la demanda.
- El mismo día las partes del mencionado contrato suscribieron acta de suspensión de obra, debido a que no se había iniciado el contrato de interventoría de la construcción del centro educativo hoja del olivo, hasta que no iniciara actividades la interventoría del mismo. Así se desprende de la prueba documental escrita obrante en el expediente y de las confesiones de las partes.
- Se encuentran diferentes correos electrónicos cruzados entre empleados de CAMACOL y de AJUSTEC, relativos al proyecto constructivo, en los cuales se remiten por parte de aquella a ésta el estudio de suelos del terreno donde se debía realizar la construcción, se confirma la nueva reubicación de la orientación en el diseño del centro educativo (correos del 21 de mayo de 2013), así mismo, AJUSTEC, refiere las actividades realizadas hasta el momento en el terreno (20 de agosto de 2013).
- CAMACOL y el señor JAIME LEÓN USMAN, suscribieron el contrato número 466 del 9 de agosto de 2013, para realizar la interventoría técnica de la obra correspondiente a la construcción del centro educativo. Así consta en la copia del contrato obrante en el expediente, el cual fue remitido por CAMACOL en respuesta al requerimiento que le formulara el Tribunal, además de las confesiones contenidas en la demanda y en la contestación.
- El 13 de agosto de 2013 se celebra una reunión entre CAMACOL y AJUSTEC, de la cual queda constancia en un acta denominada ACTA DE REUNIÓN # 1 POR EJECUCIÓN DE PROYECTO "CENTRO EDUCATIVO HOJA DE OLIVO" EN EL MUNICIPIO DE CAUCASIA ANTIOQUIA", acta que fue suscrita tanto por el gerente general de AJUSTEC como por el gerente de vivienda de CAMACOL y una empleada de ésta cuyo cargo era auxiliar técnica de vivienda.

En dicha acta se deja constancia de que CAMACOL solicitó a AJUSTEC la entrega de documentos técnicos del proyecto, tales como, memorias de cálculo del proyecto firmadas por el ingeniero calculista, planos estructurales con la totalidad de especificaciones, cronograma de actividades ajustado a 3 meses, entrega de diseños ajustados según cambio de distribución del proyecto, informe de actividades ejecutada y duración de la misma, con corte a la fecha de suspensión de la obra donde se incluyeran cantidades y porcentajes de ejecución según cronograma, registro fotográfico, reajuste de inversión del anticipo, modificación de cantidad de obra según rediseño del proyecto y entrega de pólizas actualizadas. Así mismo, se dejan unas anotaciones en las cuales se dejaba constancia de que el interventor ya había sido seleccionado e iniciaría actividades en el

momento en que se reiniciara la obra de construcción, se informaba al contratista de los problemas de orden público por el paro minero en el municipio de Caucasia, y que por lo tanto las actividades continuarían suspendidas hasta tanto no se finalizara dicha situación. Así mismo, se requería al contratista para que las pólizas tuvieran como asegurado tanto a CAMACOL como al Ministerio de Educación Nacional, por ser este quien proporcionaba los recursos.

Además, del documento escrito que se acaba de referir, la reunión también fue aceptada por la parte demandada en la contestación al hecho noveno de la demanda, quien acepta todo lo afirmado en dicho numeral.

- Existe una comunicación del 16 de agosto de 2013, en la cual AJUSTEC le indica a CAMACOL, que para poder actualizar la póliza de seguro relativa al contrato celebrado entre las partes, la compañía de seguros requiere un acta donde conste el reinicio de la obra con el fin de conocer los plazos.

- El 5 de septiembre de 2013 se emite un informe por el CONSORCIO GERENCIAR, dirigido a COMFAMILIAR CAMACOL, relativo al convenio de asociación suscrito entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y CAMACOL, con asunto "observaciones a información entregada por Comfamiliar Camacol", dentro del cual se resaltan, entre otros aspectos, que dicho consorcio señala que: el porcentaje de avance de la obra es del 7,78%, cuando, según ese mismo ente, debería llevar un avance del 88%, se refiere a la suspensión del contrato, que no fue informada al Ministerio, que en el frente de obra sólo se había adelantado el cerramiento y no se habían iniciado actividades constructivas del mismo, efectúa observaciones sobre la implantación definitiva de obra, la programación de obra y su no concordancia con el plazo contractual estipulado entre el Ministerio y CAMACOL, observaciones sobre la póliza y su no inclusión del Ministerio, ni su actualización, y otra serie de observaciones sobre la gestión de CAMACOL, en relación con el convenio celebrado con el Ministerio.

- Así mismo, quedó probado de la confesión contenida en la contestación de la demanda, que CAMACOL solicitó en varias oportunidades a AJUSTEC se reiniciara la obra después de haber superado la situación con el interventor y el paro agrario y minero que afectó la zona de Caucasia. Todo da a entender que efectivamente CAMACOL solicitó el reinicio para el 23 de septiembre de 2013, dado que así está contenido en el hecho décimo de la demanda, y fue aceptado por AJUSTEC y existen correos electrónicos y comunicaciones que así lo ratifican. También existen otras comunicaciones en las cuales se deja constancia de que se solicitó el reinicio de la obra en otras ocasiones, como fue el 11 de diciembre de 2013, en reunión del 22 de octubre de 2013, entre otras.

El punto de debate está sobre las razones por las cuales no se reinició la obra, respecto de lo cual el Tribunal se pronunciará más adelante.

- Existe prueba de una comunicación del 7 de noviembre de 2013 suscrita por el señor Luis Felipe Jaramillo Mesa, Dirección Jurídica de AJUSTEC en el cual señala que el contrato lleva seis meses de suspensión, lo que, señala en la comunicación, ha generado graves perjuicios y sobre costos para dicha empresa, y allí indican que al ser dicho contrato de construcción del centro educativo producto de un convenio entre CAMACOL y el Ministerio, solicitan información sobre el estado de dicho convenio para garantizar la estabilidad jurídica y económica a futuro de la obra, solicitando que CAMACOL definiera su posición sobre el reinicio de la obra con reajustes o la liquidación del contrato.

- Existe prueba de que esa comunicación fue contestada por CAMACOL el día 11 de diciembre de 2013, en la cual dicha entidad afirma que informó a AJUSTEC sobre el reinicio de obra y dio información a AJUSTEC para evitar incertidumbre respecto del reinicio de la obra.

- Así mismo, se encuentra en el expediente copia de la comunicación del 16 de mayo de 2014, enviada por CAMACOL a la Superintendente del Subsidio Familiar en la que presenta un informe del estado, a la época, de los proyectos de vivienda adelantados por la Caja, en el cual se incluye información sobre el contrato, por una parte con el Ministerio y, por otro, el contrato con AJUSTEC tantas veces citados.

- Existe comunicación de CAMACOL a AJUSTEC del 22 de mayo de 2014, en la cual aquella comunica a esta la terminación del contrato y solicita la devolución de los

dineros entregados a título de anticipo. Señala como razón para tal determinación, el no reinicio de las obras por el contratista y cita como causal de terminación la cláusula vigésima literal A del contrato. Así mismo, le solicita recoger el material que se había llevado por AJUSTEC al sitio de la obra, indicándole que son de propiedad de ésta.

- Por último, encontramos una comunicación del 13 de junio de 2014 de AJUSTEC a CAMACOL, en la que manifiestan su interés en que se defina la situación contractual de las partes, indicando que el contrato a la fecha se encuentra suspendido, y que es de su interés reiniciar la obra, y por lo tanto manifiestan que a la fecha de la comunicación ni se les ha invitado a realizar acta de reinicio, ni a establecer los ajustes correspondientes por los mayores valores generados.

12.4. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE DERIVAN DE LAS PRETENSIONES Y LAS RESPECTIVAS RESISTENCIAS:

12.4.1. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE DERIVAN DE LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS Y DE CONDENA FORMULADAS POR CAMACOL RESPECTO DE AJUSTEC Y SU SOLUCION:

12.4.1.1. Como ya se dijo, los problemas jurídicos planteados en la demanda principal formulada por CAMACOL en contra de AJUSTEC INGENIERÍA LTDA. consisten en determinar si se configuran los presupuestos para declarar el incumplimiento del contrato No. 441 del 26 de abril de 2013 por la sociedad convocada, para la construcción del Centro Educativo Hoja de Olivo; y si, consecuentemente, AJUSTEC INGENIERÍA LTDA. tiene la obligación de reintegrar o devolver alguna suma de dinero a CAMACOL, con la indexación que corresponda.

12.4.1.2. Incumplió o no AJUSTEC el contrato No. 441 de 2013 y en caso afirmativo dicho incumplimiento le es imputable:

En tal orden de ideas, como ya se ha manifestado a lo largo de este escrito, entre CAMACOL y AJUSTEC se celebró el 26 de abril de 2013 el contrato No. 441 de 2013 cuyo objeto fue la construcción del Centro Educativo Hoja del Olivo en el Municipio de Caucasia; el valor del contrato fue de **UN MIL CUATROCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES QUINIENTOS DOCE MIL CIEN PESOS (\$1.429.512.100,00)**; el plazo de ejecución acordado fue 120 días, contados a partir del día siguiente a la suscripción del acta de iniciación.

En el lapso comprendido entre la adjudicación del contrato y su suscripción, AJUSTEC celebró, con la aseguradora ALLIANZ SEGUROS S.A., contrato de seguro de cumplimiento a favor de entidades particulares, contenido en la póliza número 021273877, con amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo por la suma asegurada de \$428'853.630, cumplimiento del contrato por valor de \$142'951.210, estabilidad y calidad de la obra y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. Este contrato se tomó para amparar el cumplimiento del contrato 441 de 2013.

Así mismo, en el contrato 441 se establece, en la cláusula vigésima sexta que el mismo se perfeccionaría con la firma de las partes y que para el inicio de su ejecución, se requiere la aprobación de las garantías y la suscripción del acta de inicio. El día 30 del mes de abril de 2013, las partes suscribieron un acta de inicio del contrato, en la cual indicaron que con la legalización del contrato y con la entrega del sitio de obra se procede a dar inicio a las actividades contempladas en el contrato. Dado lo anterior, el día 7 de mayo de 2013 procedieron conforme a la cláusula quinta, a girar el anticipo al contratista, en la medida en que se habían dado las condiciones de legalización del contrato.

En este sentido el Tribunal considera que la entrega del anticipo estuvo acorde a lo pactado en el contrato, por lo que se acaba de señalar.

Ese mismo día las partes suscribieron acta de suspensión de obra, debido a que no se había iniciado el contrato de interventoría de la construcción del centro educativo hoja del olivo y hasta que no iniciara actividades la interventoría del mismo. Es importante anotar que, en la cláusula novena del contrato se especificó que la interventoría la realizaría el

área de vivienda de la misma CAJA, por lo tanto no es preciso señalar que el contrato no tenía una interventoría pactada. No obstante lo anterior, conforme lo señalara la representante legal de CAMACOL en su interrogatorio de parte, por una exigencia del Ministerio de Educación, se requirió que la interventoría no la realizar la misma entidad, sino un tercero. El contrato de interventoría con un tercero se suscribió, como ya se indicó en los hechos probados, el 9 de agosto de 2013.

Ahora, si bien desde el punto de vista contractual ya estaban dadas las condiciones para reiniciar la obra, CAMACOL le manifestó a AJUSTEC que tal reinicio se haría cuando se superara la situación del paro agrario y minero en la zona, lo cual fue superado aproximadamente en el mes de septiembre, de manera que CAMACOL requirió al contratista AJUSTEC para tales efectos, a partir del 23 de septiembre de 2013.

AJUSTEC no reinició la obra y siempre argumentó dos cosas para no hacerlo: La situación que se venía presentando con el convenio suscrito entre CAMACOL y el Ministerio de Educación Nacional, y por ello argumentaban que necesitaban conocer la situación del mismo, para garantizar la estabilidad jurídica y económica del contrato entre AJUSTEC y CAMACOL. Así mismo, argumentaban que habían incurrido en sobre costos y solicitaban una definición sobre el tema.

Corresponde entonces al Tribunal determinar si efectivamente la no reanudación de las obras constituyó un incumplimiento contractual por parte de AJUSTEC o no.

En tal sentido, lo primero que considera importante determinar el Tribunal es que el contrato número 441 del 26 de abril de 2013, para la construcción del centro educativo hoja del olivo, comportaba una verdadera obligación de resultado para el contratista toda vez que este debía, en efecto, como lo señala su objeto, realizar las obras y los trabajos correspondientes y necesarios para la construcción del centro educativo. En otras palabras, su obligación era construir el centro educativo, no tratar de construirlo.

Por obligación de resultado, entendemos aquella en la cual, el deudor, en este caso AJUSTEC se obligó para con su acreedor a obtener un resultado específico, no a tratar de obtenerlo, lo cual es propio de las obligaciones de medio.

Incluso, si acudimos al código civil en el capítulo VIII, relativo a los contratos para la confección de una obra material, respecto del cual podríamos encontrar el marco legal del contrato que nos ocupa en este litigio, señala, en su artículo 2053 que si el *“... artifice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.*

Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no. Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.

Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artifice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.

El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicios de las especiales que siguen”. (El subrayado es nuestro).

Esta norma se cita para ratificar que estamos ante un contrato contentivo de una obligación de resultado.

Ahora bien, la pregunta que a continuación debe formularse y despejar el Tribunal es si al no haber AJUSTEC realizado la obra para la cual se contrató, existe o no una razón jurídica válida que lo exonere de responsabilidad contractual.

Por sabido se tiene, que en las obligaciones contractuales de resultado, el deudor sólo se exonera de responsabilidad contractual si demuestra una causa extraña. La legislación

civil colombiana no define la causa extraña. Define sí la fuerza mayor o caso fortuito como "el imprevisto a que no es posible resistir" y ejemplifica tal definición con las situaciones de: Un naufragio, el terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad de un funcionario público. (Artículo 64 del Código Civil, subrogado por el artículo 1 de la ley 95 de 1890).

El artículo 992 del Código de Comercio, se refiere a la causa extraña para decir que el transportador sólo podrá exonerarse de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño le fue extraña (o que se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada) y además prueba que adoptó todas las medidas razonables que hubiera tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación.

Así mismo, el artículo 1003, expresamente se refiere a las tres subespecies de causa extraña: Hecho exclusivo de tercero, fuerza mayor y culpa (hecho) exclusiva del pasajero (víctima).

La Corte Suprema de Justicia ha entendido que la causa extraña se origina en el caso fortuito o en la fuerza mayor, en el hecho de la víctima o en el hecho de un tercero, así: *"... De consiguiente, es necesario darle al presupuesto en estudio - de raigambre legal en Colombia, como se acotó -, un significado prevalentemente jurídico, antes que gramatical, en guarda de preservar incólume la teleología que, en el campo de la responsabilidad civil, inviste la causa extraña: caso fortuito o fuerza mayor, hecho del tercero y culpa exclusiva de la víctima, laborio que esta Sala..."*¹.

En general, la causa extraña es definida por la doctrina y la jurisprudencia a partir del concepto de fuerza mayor o caso fortuito.

La Corte en tal sentencia indicó que *"...Al amparo de la citada norma legal, cumple reiterar ahora - por la inescindible relación que tiene con el asunto que ocupa la atención de la Corte - que en el Derecho Colombiano los dos presupuestos - ex lege - que estereotipan, como unidad conceptual y como sinonimia legal, al caso fortuito o fuerza mayor, son la imprevisibilidad y la irresistibilidad del acontecimiento, no siempre de recibo en la doctrina y en la jurisprudencia comparadas, ya que militan algunas voces disidentes que ponen en entredicho la vigencia de ambos caracteres, en especial el primero de ellos, opinión que no se compadece, de jure condito, con la explicitud del aludido texto, existente en Chile, Colombia y Ecuador, al contrario de lo acontecido en un representativo número de regímenes jusprivatistas extranjeros, en donde brilla por su ausencia un precepto definitorio del fenómeno liberatorio en cuestión, a la par que con el criterio adoptado por esta Corporación, respetuoso de la ley positiva que, se insiste, efectúa la supraindicada caracterización..."*².

Para la corte pues, la causa extraña en general se configura cuando se presenta un hecho imprevisible e irresistible. Incluso deben presentarse coetánea o concomitantemente: *"...A lo anterior debe agregarse que estos dos requisitos: la imprevisibilidad y la irresistibilidad, deben estar presentes coetánea o concomitantemente, para la concreción de este instituto jurídico exonerativo de responsabilidad, tal y como ha sido señalado en reiterada jurisprudencia de la Corporación (Sentencias del 26 de julio de 1995 expediente 4785; 19 de julio de 1996 expediente 4469; 9 de octubre de 1998 expediente 4895, entre otras), de forma que si se verifica uno de ellos, pero no los dos, no será posible concederle eficacia alguna, ya que esta es bipolar..."*³

La doctrina nacional mayoritaria a su vez entiende la causa extraña, a partir del caso fortuito o la fuerza mayor, como *"...un hecho extraño al deudor (civilmente responsable en general, agregaríamos nosotros) vale decir que el deudor no haya contribuido a producir..."* y que sea imprevisible e irresistible.⁴

¹ Sentencia del 23 de junio de 2000. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Expediente 5475. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

² Sentencia del 23 de junio de 2000. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Expediente 5475. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

³ Sentencia del 23 de junio de 2000. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Expediente 5475. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

⁴ Ospina Fernández, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Página 109. Temis, Bogotá, Edición de 1994.

En ese orden de ideas, considera el Tribunal que no estamos ante una causa extraña que le impidiera a AJUSTEC reiniciar las obras constructivas, pues no existía un hecho irresistible, ni imprevisible, ni jurídicamente ajeno al deudor de tal naturaleza que le impidiera el cumplimiento del contrato. De hecho, ni siquiera se ha alegado en su defensa una tal circunstancia.

La parte demandada en la relación contractual y después en este litigio, no reanudó las obras constructivas, peses a insistentes requerimientos de CAMACOL, y para tales efectos alegó siempre que requería tener certeza sobre la situación jurídica de la relación Ministerio CAMACOL, y además argumentaba los sobrecostos en los que pudiera haber incurrido por especificadas del terreno donde se desarrollaría la obra,

Encuentra el Tribunal que tales argumentos, no son de recibo para no haber reiniciado ni ejecutado la obra, por varias razones que a continuación se exponen:

- La primera es que AJUSTEC no era parte en el convenio de asociación número 953 de 2012 entre el Ministerio de Educación Nacional y la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL y si bien el contrato 441 tuvo su origen en aquel, se trataba de dos relaciones jurídicas diferentes, de manera que las dificultades que pudiera experimentar CAMACOL respecto de aquel, no podían justificar en forma alguna que AJUSTEC no cumpliera con sus obligaciones contractuales pactadas. De hecho, si se revisa el convenio con el Ministerio CAMACOL también efectuó aportes en dinero y en especie. De hecho, en parte lo que generó más dificultades para CAMACOL en su relación con el Ministerio, fue el poco avance de obra, a lo cual, sin duda contribuyó AJUSTEC con su conducta. Lo anterior se maximiza si se tiene en cuenta que CAMACOL cumplió con la obligación de girar el anticipo y le manifestó, según lo que da cuenta el proceso, a AJUSTEC su disposición para cumplir con el contrato.

En ese orden de ideas, AJUSTEC tenía un deudor contractual que era CAMACOL, respecto del cual, en caso de un incumplimiento hubiera podido ejercer acciones contractuales, pero ni siquiera se predica por parte de AJUSTEC en su posición un incumplimiento contractual de CAMACOL.

- Ahora bien, en cuanto a los sobrecostos expuestos por AJUSTEC por temas atinentes al terreno, tampoco era justificable, desde el punto de vista contractual, la no ejecución de la obra. Por el contrario AJUSTEC debía haber cumplido con sus obligaciones y, en caso de tener diferencias en cuanto al precio total de la obra, acudir al mismo contrato, que es ley para las partes, para resolver tales diferencias.

En tal sentido, el contrato tenía pactadas varias cláusulas que podían servir de base para una eventual discusión al respecto por un sobre costo de la obra, cualquier que el fuera. Por lo demás, es importante anotar que en ningún momento se probó en este proceso, que AJUSTEC hubiera acreditado frente a CAMACOL cual era el sobrecosto en que había incurrido.

Ahora bien, las cláusulas contractuales a los que nos referimos, son entre otras, las siguientes:

El contrato se pactó bajo la modalidad de precios unitarios fijos no reajustables. En todo caso, se convino en el párrafo primero de la cláusula segunda, que el contratante y la interventoría podrían acordar con el contratista, durante la ejecución de la obra los cambios que consideraran necesarios, tanto en los planos como en las especificaciones, siempre que no generaran un menoscabo para ninguna de las partes y sin eximir por ello al contratista de sus obligaciones, y precisando que si como consecuencia de ello, surgieran motivos para modificar los plazos de entrega de las obras o para incorporar nuevos ítems al contrato, se harían las modificaciones y las incorporaciones requeridas, contando con el visto bueno del contratante y de la interventoría. Así mismo, en la cláusula cuarta del contrato se señalaba que el valor se estimaba en la suma que antes se ha indicado, pero que el valor final sería el que resultara de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas de acuerdo con los planos y especificaciones que se hubiesen realizado efectivamente, por los precios fijos presentados por el contratista en su propuesta.

En la cláusula décima primera del mismo, se contempló la posibilidad de tener que realizar obras extras, entiendo por tales las que no figuraran en la lista de cantidades y precios anexas al contrato, pero que siendo de la naturaleza de las obras contratadas, su ejecución se requiriere para la completa terminación, adecuado funcionamiento y entrega de la obra, o entendiendo por tal, también, ítems que se presentaren en sustitución de especificaciones o complemento de actividades inicialmente no previstas o que por razones de flujo de fondos se pudieran acometer. Se convino también, en el párrafo de dicha cláusula la manera de pagar esas obras extras.

El contrato estableció además las posibilidades de realizar cambios de obra, en la cláusula décima segunda, permitiendo que entre el contratante, por intermedio de la interventoría se acordara con el contratista el cambio de obra durante la ejecución del contrato.

En relación con los planos y las especificaciones, la cláusula décima tercera se dispuso que el contratista se ceñiría a las especificaciones, esquemas, planos acordados en conjunto con la interventoría o el contratante, durante la ejecución del contrato y que si durante su ejecución se encontraban situaciones imprevistas o distintas a las indicadas en los planos, debería informar a la interventoría de tal situación, esperando una determinación de esta para el manejo de tal situación, salvo que se tratara de una emergencia imprevisible.

Adicional a lo anterior, resalta el Tribunal que en la cláusula séptima del contrato se estableció expresamente que el contratista hacía constar que, por sus propios medios había obtenido el conocimiento de la zona donde debían ejecutarse los trabajos e investigó los riesgos y contingencias y demás datos necesarios para el cumplimiento del contrato y la formulación de su oferta. Ahora, si el contratista no lo hizo no puede ir en contra de sus propias omisiones.

De hecho, en la invitación del 25 de febrero de 2013, que CAMACOL envió a AJUSTEC se señala que se podía solicitar el envío de información de planos, detalles y dudas constructivas al correo electrónico que para tal efecto se establecía. Es importante anotar, que el mismo representante legal de AJUSTEC confesó que no conocía el lote.

El incumplimiento contractual en este caso, además de lo relatado se apoya en disposiciones normativas como son el artículo 1.602 del Código Civil, el cual dispone que el contrato legalmente celebrado es ley para las partes, y los contratos deben ejecutarse de buena fe, conforme lo disponen el artículo 1.603 del mismo estatuto y el 871 del Código de Comercio, se De acuerdo con el artículo

En ese orden de ideas, ratifica el Tribunal su conclusión en el sentido de que AJUSTEC sí incumplió el contrato de No. 441 de 2013.

12.4.1.3. Procede ahora el Tribunal a analizar si AJUSTEC amortizó el anticipo que se le entregó por parte de CAMACOL:

Está suficientemente probado en el proceso que CAMACOL entregó a título de anticipo a AJUSTEC la suma de \$428'853.630, el día 7 de mayo de 2013, previa emisión de una cuenta de cobro de ésta a aquella, para soportar o generar la entrega del mismo.

También se puede dar por establecido que AJUSTEC adquirió de INTERNACIONAL DE PERFILES S.A.S., un "kit Colegio Causasia Materiales RBS 64MM, 840 M2", por valor de \$358.584.000,00, material que debía ser destinado a la construcción del colegio.

No obstante lo anterior, considera este Tribunal que no por ello se entiende amortizado el anticipo, en la medida en que el contrato número 441 establece el procedimiento a seguir para tales efectos, en la cláusula quinta, especialmente a partir del literal B de la misma, cuando habla de los pagos siguientes al anticipo, de manera que se irían efectuando por CAMACOL, desembolsos contra actas parciales de acuerdo con el avance de obra, previo "aval" del interventor a las actas y sobre esos pagos parciales por avance de obra se iría amortizando el anticipo, tal como lo explicó el testigo JULIÁN

GUILLERMO OTÁLVARO ARANGO nada de lo cual se hizo en este caso, en la medida en que el contratista no realizó mayor avance de obra, mas allá de un cerramiento del terreno, limpieza del mismo y la compra de los materiales pero no ejecutó, ni siquiera parcialmente la obra propiamente dicha para la cual se le contrató.

En conclusión, no se efectuó la amortización del anticipo.

12.4.1.4. Procedencia o no del reintegro o devolución de las sumas de dinero entregada por CAMACOL a AJUSTEC:

Siendo procedente declarar el incumplimiento y habiendo establecido que no se procedió a amortizar el anticipo, ni siquiera parcialmente por AJUSTEC, no se requiere un gran análisis para concluir que es procedente el reintegro o devolución por parte de esta sociedad a CAMACOL de la suma entregada por ella a título de anticipo, esto es, de la suma de \$428.853.630,00, moneda legal, con la indexación correspondiente desde el 23 de septiembre de 2013 y hasta su reintegro o devolución efectiva.

Para efectos de la indexación se aplicará la fórmula de índice final sobre índice inicial, por el valor a indexar, de manera que el índice final corresponderá al índice de precios al consumidor del mes inmediatamente anterior al que se hará el pago y el índice inicial será el del mes del septiembre de 2013, de manera que a la fecha sería el siguiente valor:

$IF = 136,76 / I.I = 114,23 = 1,197 \times \$428.853.630,00 = \$513'337.795$ de manera que la indexación a la fecha del laudo sería \$84'584.367,4,, la cual deberá ser reajustada al momento del pago.

12.4.2. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE DERIVAN DE LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS Y DE CONDENA FORMULADAS POR CAMACOL RESPECTO DE ALLIANZ Y SU SOLUCIÓN:

12.4.2.1. Como se ha expuesto en varios apartados, los problemas jurídicos planteados en el llamamiento en garantía formulado por CAMACOL en contra de ALLIANZ SEGUROS S.A. consisten en determinar si AJUSTEC INGENIERÍA LTDA. incumplió el contrato suscrito con CAMACOL, y si las obligaciones de dicho contrato, como la de inicio de la ejecución, la construcción de las obras contratadas, el buen manejo y la correcta inversión del anticipo, fueron garantizadas por ALLIANZ SEGUROS S.A. a favor de CAMACOL, y si consecuentemente ALLIANZ SEGUROS S.A. tiene la obligación contractual de indemnizar los perjuicios que alega haber sufrido CAMACOL, relativos a los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo y al de cumplimiento del contrato, debiendo verificar el Tribunal la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida conforme a las condiciones generales y particulares del contrato de seguro celebrado y que funda el llamamiento en garantía.

12.4.2.2. Respecto de la primera parte del problema jurídico, esto es, determinar si AJUSTEC incumplió el contrato suscrito con CAMACOL, el mismo ya ha quedado resuelto afirmativamente, por lo cual no es necesario ahondar mas en ello.

12.4.2.3. En relación con la segunda parte, también es claro que el contrato de seguro de cumplimiento tomado por AJUSTEC y celebrado con ALLIANZ para amparar algunos riesgos que eventualmente pudiese sufrir CAMACOL en virtud de la celebración del Contrato No. 441 de 2013, el cual quedó consignado en la póliza de cumplimiento No. 021273877/0, contaba con los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo, por la suma de \$428.853.630,00, con vigencia entre el 19 de marzo de 2013 y el 19 de noviembre de 2013, cumplimiento del contrato, por la suma de \$142.951.210, con vigencia entre el 19 de marzo de 2013 y hasta el 19 de septiembre de 2013 y otros amparos que no tienen relación con este litigio.

12.4.2.4. Ahora bien, uno de los dos temas centrales del problema jurídico, en este apartado, consiste en resolver si el contrato de seguro, bajo el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, podría cubrir el hecho de que el tomador afianzado no haya amortizado el anticipo que se le otorgó por el asegurado.

En tal sentido, considera el Tribunal que lo primero que se debe precisar es cuáles son los amparos que se otorgaron en la póliza en cuestión. En tal sentido, conforme a la póliza, son la apropiación indebida, por una parte, y el mal uso que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes recibidos como anticipo para la ejecución del contrato, por otra.

Señala la doctrina que el amparo de buen manejo, correcta inversión o uso indebido o mal uso, busca indemnizar "... al asegurado por los perjuicios derivados de la destinación que el contratista haga del anticipo sin hacer honor a las reglas del contrato para tal fin, empleándolos para gastos que no estén relacionados con el objeto contratado, y/o dirigiéndolos de manera distinta a la pactada en el contrato garantizado, sin haberse apropiado de ellos⁵.

A su vez, el amparo de apropiación indebida, "... se traduce en precaver los perjuicios derivados del riesgo de que el contratista se quede con el dinero, se lo robe, abuse de la confianza, en lugar de destinarlo a la obra por ejecutar, es decir, es algo que tiene o puede tener connotaciones criminales, y que inclusive obligaría en nuestro concepto a la entidad a interponer las denuncias penales correspondientes para efectos de reclamar el pago de un siniestro por la realización de este riesgo⁶.

Por otra parte, un concepto y un riesgo diferente es el de la "amortización del anticipo", y consiste "... en la devolución paulatina del anticipo por parte del contratista al contratante con corte a la facturación, normalmente conviniéndose que de cada factura emitida por el contratista se haga un descuento porcentual, hasta tanto el anticipo sea totalmente devuelto al contratante, es decir amortizado, entrando, ahí sí, a formar parte del precio pactado en el contrato...

En tales condiciones, como la amortización del anticipo está referida a la ejecución de un porcentaje de la obra en la misma proporción, a menos que el asegurador asuma de manera expresa tal riesgo dentro del amparo de anticipo, la NO amortización, vale decir, la no restitución al asegurado de un porcentaje del anticipo igual al de obra equivalente, no es un riesgo asociado a la utilización del anticipo o su apropiación...⁷.

Nótese que no puede decirse, en el presente asunto, que el contratista hizo un uso indebido del anticipo, puesto que realmente lo destinó a adquirir material para la construcción del colegio, el cual se denominaba "kit Colegio Causasia Materiales RBS 64MM, 840 M2, por valor de \$358.584.000,00" y si bien no es totalmente claro que pasó con el remanente de ese dinero, también es lo cierto que el contratista realizó otras actividades tales como, cerramiento, descapote del terreno, traslado de personal al sitio, entre otros aspectos y si se quiere, tampoco quedó establecido o probado que hizo un uso indebido de dicho remanente.

Tampoco podría afirmarse, con los elementos de juicio que se tienen, que se haya efectuado una apropiación indebida del anticipo por parte del contratista, ni existen elementos para efectuar tal afirmación.

Lo que se ha discutido a lo largo del proceso es que AJUSTEC no efectuó la obra para la cual se le contrató y, en consecuencia, no amortizó el anticipo, riesgo que como se acaba de exponer, no está cubierto expresamente en el contrato de seguro que dio lugar al llamamiento en garantía. No puede olvidarse que conforme al artículo 1047 del Código de Comercio, numeral 9 la póliza de seguro deberá expresar, además de las condiciones

⁵ Pérez Rueda, Christian Eduardo. "El amparo de anticipo en el seguro de cumplimiento entre particulares". Investigación realizada como monografía de grado por el autor, para aspirar al título de Especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana, dirigida por el profesor José Fernando Torres Fernández de Castro. Fue merecedora de la máxima calificación. Página 204. <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/viewFile/11469/10001>

⁶ Pérez Rueda, Christian Eduardo. Idem. Página 205. <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/viewFile/11469/10001>

⁷ Pérez Rueda, Christian Eduardo. Idem. Página 205 y 206. <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/viewFile/11469/10001>

generales del contrato, los riesgos que el asegurador toma a su cargo y, conforme al artículo 1056 se establece que con las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado, normas que dan lugar a las denominadas pólizas de riesgos nombrados, expresión que quiere significar que el asegurador no asume todos los riesgos a que esté expuesto el interés asegurable, sino aquellos que expresamente se pacten por el asegurador, tipo de póliza o seguro, contrario a la denominada póliza todo riesgo, que no es el caso que ocupa el contrato de seguro de cumplimiento contenido en la póliza No. 021273877/0.

Así las cosas, concluye el Tribunal que la no amortización del anticipo no está cubierta por la póliza en cuestión y, en consecuencia, no es procedente imponer las pretensiones de condena a ALLIANZ SEGUROS S.A., de pagar o indemnizar a CAMACOL la suma de CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS TREINTA PESOS ML. (\$428.853.630), con cargo al amparo de Buen manejo y correcta inversión del anticipo de la póliza referida.

12.4.2.5. El otro problema central consiste en determinar si se puede afectar el amparo de cumplimiento del contrato de seguro antes referido, y en caso afirmativo, por qué valor.

En tal sentido, es claro que en el presente asunto el contratista no sólo no amortizó el anticipo, sino que incumplió el contrato de construcción de la institución educativa, de hecho se puede hablar de un incumplimiento puro y simple, en la medida en que no construyó nada.

En ese orden de ideas, considera este Tribunal que desde el punto de vista conceptual sí es afectable en el presente asunto el amparo de cumplimiento, toda vez que, existió un incumplimiento del contrato, dicho incumplimiento quedó probado en este litigio y, de hecho, es la base que estructura las sentencias declarativas y de condena que se emiten en contra de AJUSTEC. Así mismo, el valor del incumplimiento estaría dado por el valor entregado por CAMACOL a AJUSTEC a título de anticipo puesto que, al día de hoy, esa cifra configura el monto de la pérdida sufrida por CAMACOL, en la medida en que no se le restituyó, ni se le amortizó.

No obstante, se deben hacer varias consideraciones de las razones por las cuales en el caso concreto no procede la condena por el amparo de cumplimiento: La primera situación que hay que analizar es que la parte convocante sólo pretende afectar este amparo por el valor de la indexación que corresponda a la suma entregada a título de anticipo y hasta la restitución y que, al momento de la presentación de la demanda tasaron en \$32'923.093. Esto lo traemos a colación para precisar que en caso de condena no se podría imponer por el valor total del anticipo.

Pero más allá de ello, considera este Tribunal que le asiste razón a la parte llamada en garantía, en cuanto operan varias causales de exclusión del seguro, entre ellas, la aplicación de la cláusula de garantía y el incumplimiento de la misma por parte de CAMACOL, puesto que si bien se ha señalado por el Tribunal que debía girar la suma del anticipo, también es lo cierto que no ejerció estricto control sobre el desarrollo del contrato garantizado y sobre el manejo de los fondos y bienes correspondientes, puesto que, no ejerció la interventoría por sí mismo, como lo tenían pactado en el contrato, pero tampoco la ejerció oportunamente por un tercero, dado que el proceso de selección y de contratación del interventor externo duró desde el 7 de mayo de 2013 hasta el 9 de agosto de 2013, lo que dejó en una interinidad de más de tres meses la gestión contractual, así mismo, tanto de la prueba obrante en el expediente, como es el informe que CAMACOL le envió a la Superintendencia del Subsídío Familiar, se ponen de presente todas las falencias administrativas en que incurrió la anterior administración de CAMACOL en la gestión de este y otros contratos, lo cual también se evidencia en el testimonio del señor JULIÁN GUILLERMO OTALVARO ARANGO, cuando señala que la administración de la cual hizo parte, posterior a la celebración del contrato en cuestión, cambió varias prácticas contractuales, por otras que apuntaban a un correcto proceso de

selección de los contratistas, de adjudicación del contrato, y de contratar paralelamente al interventor.

Adicional a lo anterior, CAMACOL nunca informó a la aseguradora del cambio que se había dado en el contrato garantizado en el sentido de que no sería la entidad la que ejercería la interventoría, tal como lo decía el contrato, sino un tercero, tampoco informó de la suspensión del contrato, ni de la selección de un interventor, en ese orden de ideas, considera el Tribunal que también sería admisible la excepción planteada en el sentido de que existió una culpa grave de CAMACOL, por las diferentes conductas observadas y omisiones relatadas y de que da cuenta el expediente.

En ese orden de ideas, considera este Tribunal que no es procedente imponer sentencia condenatoria a ALLIANZ SEGUROS S.A., por el amparo de cumplimiento del contrato del seguro de cumplimiento antes citado.

12.4.3. Por último, y por sustracción de materia, no se hace necesario estudiar el llamamiento en garantía formulado por ALLIANZA SEGUROS S.A., en contra de AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.

13. DEL JURAMENTO ESTIMATORIO:

La parte actora del proceso prestó el juramento estimatorio ordenado por el artículo 206 del Código General del Proceso y en el momento procesal adecuado fue objetado por el apoderado de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**

Ahora bien, por hallar el Tribunal que no procede condena en contra de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, ha de examinarse si deviene aplicable la regla del artículo 206 del Código General del Proceso, conforme a la cual:

"Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas".

Téngase en cuenta que dicha condena es en favor del Consejo Superior de la Judicatura o quien haga sus veces (artículo 13 de la Ley 1743 de 2014).

Examinado el recaudo probatorio, estima el Tribunal que no hay lugar a imponer la sanción referida, pues la absolución impartida frente a **ALLIANZ SEGUROS S.A.** no fue consecuencia de la falta de demostración de un perjuicio sufrido por **CAMACOL**, sino por la falta de cobertura, en los términos del contrato de seguro que celebraron las partes.

14. COSTAS:

De acuerdo con los artículos 280 y 361 del Código General del Proceso, y atendiendo a lo resuelto, el Tribunal condenará a pagar las costas del proceso, así:

14.1. COSTAS A CARGO DE AJUSTEC INGENIERÍA LTDA. Y A FAVOR DE CAMACOL:

14.1.1. Agencias en derecho: Para la fijación de las agencias en derecho se tendrá como referente lo dispuesto por el Acuerdo PSAA16 -10554 de 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, y especialmente lo establecido en los artículos segundo y quinto de dicho Acuerdo, por lo que se condena a **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.** a pagar a la convocante como agencias en derecho el 5% del valor de la condena líquida impuesta en el laudo. Ascienden las agencias en derecho a la suma de \$25'666.889,8.

14.1.2. Costas: Teniendo en cuenta que prosperaron las pretensiones de **CAMACOL** en contra de **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.**, **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.** deberá cubrir la totalidad de los gastos y honorarios pagados por **CAMACOL** por la demanda principal, por cuantía equivalente a \$17.566.000.

14.1.3. Total de la condena en costas a favor de **CAMACOL** y en contra de **AJUSTEC INGENIERIA LTDA.**: \$43'232.889,9.

14.2. COSTAS A CARGO DE CAMACOL Y A FAVOR DE ALLIANZ SEGUROS S.A.:

14.2.1. Agencias en derecho: Para la fijación de las agencias en derecho se tendrá como referente lo dispuesto por el Acuerdo PSAA16 -10554 de 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, y especialmente lo establecido en los artículos segundo y quinto de dicho Acuerdo. Teniendo en cuenta que se absolvió a **ALLIANZ SEGUROS S.A.** de las pretensiones formuladas por **CAMACOL**, se condena a la parte demandante a pagar a **ALLIANZ SEGUROS S.A.** como agencias en derecho el 5% del valor de la cuantía estimada en la audiencia de conciliación y fijación de honorarios y gastos. Ascenden las agencias en derecho a la suma de (\$23'088.863,15.).

14.2.2. Costas: Teniendo en cuenta que no prosperaron las pretensiones de **CAMACOL** en contra de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, **CAMACOL** deberá cubrir la totalidad de los gastos y honorarios pagados por **ALLIANZ SEGUROS S.A.** por la demanda principal, por cuantía equivalente a \$17.566.000.

14.2.3. Total de la condena en costas a favor de **ALLIANZ SEGUROS S.A.** y en contra de **CAMACOL**: \$40'655.726,.

14.3. SOBRE LAS COSTAS POR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR ALLIANZ SEGUROS S.A. EN CONTRA DE AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.:

Como la pretensión reversiva contenida en el llamamiento en garantía que formuló **ALLIANZ SEGUROS S.A.** en contra de **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.** No se estudió, al no haber prosperado la pretensión que formuló **CAMACOL** en contra de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, el Tribunal estima que no hay lugar a condenar en costas a **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.** por el llamamiento que le fue formulado en su contra.

CAPITULO CUARTO

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia, por autoridad de la ley y habilitación de las partes,

FALLA:

PRIMERO: Por las razones consignadas en la parte motiva, se declara que **AJUSTEC INGENIERIA LTDA.** incumplió el Contrato N° 441 de abril 26 de 2013 celebrado con la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL – COMFAMILIAR CAMACOL**, al no construir el Centro Educativo Hoja de Olivo.

SEGUNDO: Como consecuencia del incumplimiento del Contrato N° 441 de abril 26 de 2013, se condene a **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.** a reintegrarle o devolverle a la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL – COMFAMILIAR CAMACOL**, la suma de CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS TREINTA PESOS ML. (\$428.853.630), debidamente indexada desde el 23 de septiembre de 2013 y hasta la fecha del pago efectivo, suma que para la fecha del laudo corresponde a un total por indexación de \$84'584.367,4, y en total a la suma de \$513'337.795.

TERCERO: Por las razones señaladas no prosperan las pretensiones declarativas y de condena formuladas por la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL – COMFAMILIAR CAMACOL**, en contra de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**

CUARTO: Se condena a de **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.**, a pagar **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL – COMFAMILIAR CAMACOL** por concepto de costas la suma de \$43'232.889,9.

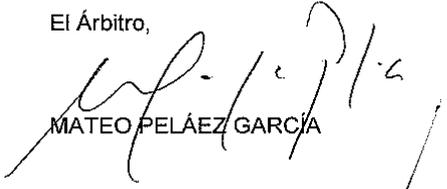
QUINTO: Se condena a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL – COMFAMILIAR CAMACOL, a pagar a ALLIANZ SEGUROS S.A., por concepto de costas la suma de \$40'655.726.

SEXTO: Se dispone el archivo del expediente y la liquidación del proceso.

SÉPTIMO: Se ordena la expedición de copia auténtica con destino a las partes.

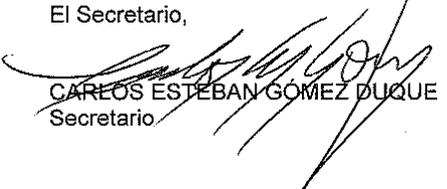
El presente laudo arbitral queda notificado en estrados.

El Árbitro,



MATEO PELÁEZ GARCÍA

El Secretario,



CARLOS ESTEBAN GÓMEZ DUQUE
Secretario