

TRIBUNAL ARBITRAL

DE

CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S

CONTRA

MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - MAPFRE SEGUROS

LAUDO ARBITRAL

Medellín, veintiuno (21) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite del arbitraje y en la fecha señalada para la Audiencia de Fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo del proceso.

I. ANTECEDENTES

1. PARTES

1.1. PARTE CONVOCANTE

Es la sociedad **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.** (en este laudo también, la “Convocante” o **CONSULTORÍAS**) domiciliada en el municipio de Rionegro - Antioquia, debidamente registrada en la Cámara de Comercio del Oriente Antioqueño e identificada con NIT 900.472.456-4., representada por **Juan José Aramburo de Bedout**, y por su apoderado judicial de conformidad con el poder que obra en el expediente.

1.2. PARTE CONVOCADA

Es la sociedad **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - MAPFRE SEGUROS.**, (en este laudo, la “Convocada” o **MAPFRE**) domiciliada en la ciudad de

Bogotá-Cundinamarca, debidamente registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá e identificada con NIT 891.700.037-9, representada por **José Carpio Castaño** y por su apoderado judicial de conformidad con el poder que reposa en el expediente.

PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S- (en este laudo también, **PROCIL**) domiciliada en la ciudad de Medellín debidamente registrada en la Cámara de Comercio de Medellín, identificada con NIT 890.914.965-4, representada por el **liquidador Julio Cesar Espíndola Roa**, y vinculada al trámite como litisconsorte necesario por pasiva¹.

2. PACTO ARBITRAL

El Pacto Arbitral está contenido en la Cláusula 8.13 del “Contrato de Suministro e Instalación” N° AM300615-01 suscrito por las sociedades Ménsula S.A. y PROCIL S.A.S., el 30 de junio de 2015, el cual fue cedido por el primero a **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.** el 29 de agosto de 2016, lo cual fue debidamente notificado a la contratista PROCIL S.A.S., cuyo texto es el siguiente:

“8.13 CLAÚSULA COMPROMISORIA: Toda controversia o diferencia relativa a este contrato o que guarde relación con este se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará a las siguientes reglas: A) El Tribunal funcionara en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, B) El o los árbitros serán nombrados de común acuerdo por LAS PARTES. SI LAS PARTES no llegaren a un acuerdo sobre el nombre del o los árbitros, el Tribunal será designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, según su reglamento; C) El Tribunal decidirá en derecho; D) Serán aplicables las tarifas establecidas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín”.

3. TRÁMITE ARBITRAL

3.1. El 28 de febrero de 2019, **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.** mediante apoderado, presentó ante el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, solicitud de convocatoria y demanda arbitral contra **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** con fundamento en el Pacto Arbitral

¹ Auto No. 2 de 10 de octubre de 2019.

estipulado en la Cláusula 8.13 del “Contrato de Suministro e Instalación” N° AM300615-01².

- 3.2. Previa las citaciones del Centro de Arbitraje, en audiencia para el nombramiento de árbitros, como la parte Convocada afirmó no haber suscrito el pacto arbitral, no existió acuerdo entre las partes, por lo que se procedió a su nombramiento mediante sorteo, tal y como lo dispone el Reglamento General del Centro de Arbitraje³.
- 3.3. En el mencionado sorteo se designaron como árbitros a los doctores William Namén Vargas, Irma Isabel Rivera Ramírez y Christian Salgado Murillo, quienes aceptaron en la oportunidad legal y presentaron la declaración de independencia e información consagrada en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012⁴, frente a lo cual, la parte Demandada, insistió en no estar de acuerdo con los nombramientos por no haber suscrito, ésta, la cláusula compromisoria invocada en el proceso, además de la manifestación respecto a que ninguno de los árbitros posee estudios específicos relacionados con el ramo de seguros⁵.
- 3.4. La mencionada situación fue contestada por parte del Centro de Arbitraje, indicando que dio cumplimiento al Reglamento General del Centro, y que cualquier situación respecto de la competencia o debida integración del Tribunal Arbitral, debía ser resuelta por éste, de conformidad con lo establecido en los artículos 29 y 37 de la ley 1563 de 2012⁶.
- 3.5. Luego de las citaciones respectivas, mediante Auto N° 1 proferido en Audiencia de 10 de octubre de 2019, el Tribunal se declaró instalado, fijó como lugar de funcionamiento el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, reconoció personería a los apoderados de las partes, designó como presidente al Doctor William Namén Vargas, y como Secretario al Doctor

² Cuaderno principal No. 1, folios 1-30

³ Cuaderno principal No. 1, folios 303-327

⁴ Cuaderno principal No. 1, folios 331-333

⁵ Cuaderno principal No. 1, folios 334-336

⁶ Cuaderno principal No. 1, folio 338

Juan David Posada Gutiérrez, y finalmente, se advirtió la aplicación de la ley 1563 de 2012⁷.

- 3.6. Por Auto N° 2, se admitió la demanda, se dispuso su notificación y traslado al Convocado por el término de veinte (20) días hábiles según lo señalado en el artículo 21 de la ley 1563 de 2012, y se ordenó la vinculación al proceso, como Legítimo contradictor y Litisconsorte Necesario a la sociedad Proyectistas y Civiles S.A.S. – Procil S.A.S.-⁸.
- 3.7. La Demandada, Mapfre Seguros, fue notificada personalmente el 10 de octubre de 2019⁹.
- 3.8. El 16 de octubre de 2019, tanto la parte Demandante como la Demandada presentaron recurso de reposición en contra del auto que admitió a demanda, lo cual fue puesto en traslado de las partes, y únicamente la Demandada presentó pronunciamiento al respecto¹⁰.
- 3.9. El 28 de octubre de 2019, mediante Auto N° 3, el Tribunal decidió los recursos de reposición interpuestos y procedió a confirmar el auto recurrido¹¹.
- 3.10. Dentro de término, el 12 de noviembre de 2019, la Demandada presentó escrito de contestación a la demanda proponiendo excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio¹².
- 3.11. La secretaría del Tribunal, el 21 de noviembre de 2019 se notificó por medios electrónicos del Litisconsorte Necesario, Proyectistas y Civiles S.A.S. – Procil S.A.S., a los correos electrónicos que constan en el certificado de existencia y representación legal: liliana18@telmex.net.co y procil@procil.com; Así como en la dirección de correo electrónico del

⁷ Cuaderno principal No. 1, folios 351-352

⁸ Cuaderno principal No. 1, folios 352-358

⁹ Cuaderno principal No. 1, folio 360

¹⁰ Cuaderno principal No. 1, folios 364-384

¹¹ Cuaderno principal No. 1, folios 388-397

¹² Cuaderno No. 2, folios 398-512

representante legal - Liquidador, Julio Cesar Espíndola Roa: esvindola.audidores@gmail.com, quien guardó silencio al respecto¹³.

- 3.12. Por Auto N° 4 del 23 de enero de 2020, el Tribunal corrió traslado de las excepciones de mérito y la objeción al juramento estimatorio formulado por el Demandado¹⁴. Por su parte, el 28 de enero de 2020, la Demandante presentó recurso de reposición frente al mencionado auto, el cual fue puesto en conocimiento de la parte Demandada, quien presentó su pronunciamiento el 3 de febrero de 2020¹⁵.
- 3.13. El 7 de febrero de 2020, mediante Auto N° 5, se revocó, parcialmente el Auto N° 4, en lo pertinente al traslado de las excepciones de mérito y fijación de fecha para la audiencia de conciliación, y se ordenó requerir a la parte Demandada para que aportará la documentación requerida por la Demandante desde el escrito de la Demanda¹⁶, lo cual fue cumplido por la Demandada mediante memorial del 24 de febrero de 2020¹⁷.
- 3.14. Mediante traslado secretarial N° 3 del 26 de febrero de 2020, se corrió traslado de las excepciones de mérito y la documentación adicional aportada por la Demandada, y el 4 de marzo de 2020, la Parte Demandante se pronunció sobre las excepciones y la objeción al juramento estimatorio¹⁸.
- 3.15. Por medio del Auto N° 6 se fijó el 3 de abril de 2020, para llevar a cabo la audiencia de conciliación y en caso de fracasada esta proceder con la fijación de Honorarios y Gastos del proceso; diligencia que, dadas las circunstancias acontecidas con ocasión de la pandemia del Covid-19, y por solicitud de las partes, tuvo que ser aplazada, y finalmente por Auto N° 7 se fijó como nueva fecha, el 2 de junio de 2020 a las 10:00 a.m.¹⁹

¹³ A los mencionados correos electrónicos fueron remitidas todas las actuaciones y providencias del proceso, y en ningún momento del trámite se recibió el rechazo de las notificaciones, ni se hicieron manifestaciones o pronunciamientos por parte de su representante legal - liquidador, o algún empleado o apoderado especial de la sociedad Proyectistas y Civiles S.A.S. – Procil S.A.S.

¹⁴ Cuaderno No. 2, folios 515-518

¹⁵ Cuaderno No. 2, folios 519-531

¹⁶ Cuaderno No. 2, folios 534-539

¹⁷ Cuaderno No. 2, folios 540-531

¹⁸ Cuaderno No. 2, folios 519-631

¹⁹ Cuaderno No. 2, folios 646-654

- 3.16. Agotado el trámite anterior, en la fecha antes indicada se celebró la audiencia de conciliación y ante su fracaso, se declaró agotada la etapa de conciliación (Auto N° 08), y se procedió a la fijación de los honorarios y costos legales a cargo de ambas partes, con sujeción a las tarifas del Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (Auto N° 10)²⁰, los cuales fueron consignados oportunamente, por la parte Demandante, y luego dentro del término legal adicional, éste consignó el valor que le correspondía a la Demandada²¹.
- 3.17. En dicha audiencia se señaló el 1 de julio de 2020, 2:30 p.m. para llevar a cabo la Primera Audiencia de Trámite.

4. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

El 1 de julio de 2020, se surtió la Primera Audiencia de Trámite, en la cual, mediante Auto N° 11, el Tribunal, sin perjuicio de lo que se decidiera en el laudo, se declaró competente para conocer y decidir en derecho, las controversias surgidas entre las partes, y contenidas en la demanda arbitral, su respectiva contestación, las excepciones interpuestas, y su réplica; providencia que fue confirmada en todas sus partes mediante el Auto N° 12, al decidir el recurso interpuesto por la Parte Convocada²².

5. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

Ejecutoriado el auto por el cual se asumió competencia, mediante Auto N° 13, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las Partes²³, así:

5.1. DOCUMENTOS

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una correspondiera, los documentos aportados por las partes en las

²⁰ Cuaderno No. 2, folios 656-660

²¹ Cuaderno No. 2, folios 661-671. Posteriormente fue acreditado el reembolso por parte de la demandada de valor que fue asumido por la Demandante en su nombre.

²² Cuaderno No. 2, folios 672-680

²³ Cuaderno No.2, folios 680-687

oportunidades procesales establecidas en la ley, los aportados por algunos de los testigos en el transcurso de sus declaraciones, y las incorporadas en las exhibiciones de documentos practicadas.

5.2. INTERROGATORIOS DE PARTE

Se decretaron los interrogatorios de parte del doctor JUAN JOSÉ ARAMBURO DE BEDOUT, representante legal de **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, y del doctor JUAN FERNANDO ARBELÁEZ VILLADA, en su calidad de apoderado general de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, los cuales se llevaron a cabo en audiencia del 4 de agosto de 2020, cuyas intervenciones fueron grabadas y las correspondientes transcripciones fueron entregadas por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia y se incorporaron al expediente.

5.3. TESTIMONIOS

Se decretaron los testimonios solicitados por las partes, y se practicaron los de las siguientes personas, cuyas intervenciones fueron grabadas, sus transcripciones entregadas por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia y se incorporaron al expediente.

- Martín Posse Arias, el 18 de agosto de 2020.
- Jorge Andrés Rojas Cadavid, el 6 de agosto de 2020.
- Juan Esteban Gómez Rodríguez, el 6 de agosto de 2020.
- Juan Carlos Lurduy Alsina (Común), el 18 de agosto de 2020.

La parte Demandante desistió de la declaración de los testigos, Paula Andrea Betancur Flórez, Alejandro Yepes Tamayo, Juan Carlos Cadavid, Gabriel Cadavid, Ana María Franco, Jorge Humberto Díaz, Vladimir Sherguei Ospina Álvarez, María Victoria Sierra Gil, Uriel Ángel, Roberto Antonio Aldana Trespalcios, Alejandro Posada y Miguel León Arango Mejía.

5.4. DICTÁMENES PERICIALES DE PARTE

Se decretaron como prueba en su valor legal, (i) el dictamen pericial contable financiero elaborado por RSM Assurance & Audit S.A., aportado por la Demandante

con la demanda. Y (ii) el dictamen pericial técnico y financieros elaborado por Arnulfo Silva González, aportado por la Demandada dentro del término concedido por el Tribunal, el 14 de octubre 2020.

5.5. CONTRADICCIÓN DE DICTÁMENES PERICIALES DE PARTE

Para los fines y efectos consagrados en el artículo 228 del Código General del Proceso consonante con el inciso 5° del artículo 31 de la ley 1563 de 2012, y la solicitud de la parte demandante, ésta presentó dictamen pericial de contradicción elaborado por RSM Assurance & Audit S.A.

Además de conformidad con las solicitudes de las partes se decretaron las declaraciones de los peritos RSM Assurance & Audit S.A. y Arnulfo Silva González, las cuales fueron practicadas el 3 de febrero de 2021, que fueron grabadas y sus transcripciones entregadas por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia y se incorporaron al expediente.

5.6. EXHIBICIONES DE DOCUMENTOS

El Tribunal decretó la exhibición de documentos a cargo del Demandante **Consultorías Y Emprendimientos S.A.S.** y los terceros **JC Lurduy Asociados S.A.S., Ménsula S.A., Interventorías, Asesorías y Construcción S.A.S. - I.A.&C,** la cual se llevó a cabo en audiencia celebrada el 4 de agosto de 2020, oportunidad en la que los representantes legales de dichas sociedades exhibieron, a través de Link remitido al Tribunal, copias electrónicas de los documentos que reposan en sus archivos relacionados con la controversia, los cuales fueron incorporados al proceso por solicitud de la parte Demandada.

5.7. RATIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

Se requirió a la parte Demandada para que precisara con claridad, el autor y el documento específico emanado de terceros de contenido declarativo, del que pretendía su ratificación, para lo cual, mediante memorial radicado el 8 de julio de 2020, la parte Demandada desistió de la práctica del presente medio probatorio.

5.8. OFICIOS

Se decretó oficiar a la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** y al **JUZGADO 9° CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN** con la finalidad de que fuera remitido al proceso la documentación en su poder relacionada con el litigio en cuestión, y únicamente se obtuvo respuesta por parte de la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**²⁴.

Por su parte, el apoderado de la parte Demandada desistió de la prueba del oficio librado al **JUZGADO 9° CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**²⁵.

6. AUDIENCIA DE ALEGACIONES

Terminada la etapa probatoria, previo el control de legalidad de la actuación, los apoderados de las partes en audiencia del 5 de marzo de 2021 expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron resúmenes escritos, los cuales fueron incorporados al proceso. Asimismo, en esta diligencia, la Dra. Irma Isabel Rivera Ramírez presentó adición a su deber de información por circunstancias profesionales surgidas de forma sobreviniente, lo cual fue puesto en conocimiento de las partes por el término de cinco (5) días, las cuales guardaron silencio al respecto.

Posteriormente, mediante el auto N° 28 del 18 de mayo de 2021, el Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo.

7. DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR

Al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, en caso de silencio en el pacto arbitral, la duración del proceso será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite *“al cual se adicionarán los días de suspensión”*- e *“interrupción por causas legales”*-, sin superar la solicitada de consuno por las partes de un *“tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días”*.

No obstante, y dada la contingencia ocurrida con ocasión de la pandemia del Covid-19, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 491 del 28 marzo 2020, el cual modificó,

²⁴ Cuaderno No.2, folios 754-756

²⁵ Cuaderno No.2, folios 769-770

entre otras cosas, el término de los procesos arbitrales iniciados con antelación a la entrada en vigencia de dicho decreto y la ampliación del plazo límite para la suspensión del proceso, tal y como ocurre en el presente caso. En ese contexto, resulta importante traer a colación el inciso 5 del artículo 10 de dicho Decreto que establece lo siguiente:

“En el arbitraje, el término previsto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 será de ocho (8) meses; y el término para solicitar la suspensión del proceso previsto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 no podrá exceder de ciento cincuenta (150) días. Los Tribunales arbitrales no podrán suspender las actuaciones ni los procesos, a menos que exista imposibilidad técnica de adelantarlos por los medios electrónicos o virtuales señalados y una de las partes lo proponga” (énfasis añadido).

En consecuencia, el término del proceso pasó a ser de ocho (8) meses, contados a partir de la terminación de la primera audiencia de trámite, para efectos de lo cual se tiene en cuenta que, de conformidad con la sentencia C-242 del 9 de julio de 2020, la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional se extendería, en principio, hasta el 31 de mayo de 2021 (Resolución 222 de 2021 del Ministerio de Salud).

Por lo anterior, su cómputo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir, el 2 de julio de 2020, por lo cual dicho plazo vencería el 2 de marzo de 2021. Sin embargo, por solicitudes conjuntas de **CONSULTORÍAS** y de **MAPFRE**, el proceso estuvo suspendido en los siguientes períodos:

Suspensión decretada	Días
Entre el 9 de julio de 2020 hasta el 3 de agosto de 2020, ambas fechas incluidas.	17
Entre el 19 de agosto de 2020 hasta el 24 de septiembre de 2020, ambas fechas incluidas.	27
Entre el 18 de noviembre de 2020 hasta el 8 de diciembre de 2020, ambas fechas incluidas.	14
Entre el 19 de diciembre de 2020 hasta el 28 de enero de 2021, ambas fechas incluidas.	26
Entre el 4 de febrero de 2021 hasta el 1 de marzo de 2021, ambas fechas incluidas.	18
Entre el 25 de marzo de 2021 hasta el 14 de mayo de 2021, ambas fechas incluidas.	35
Número total de días en que el proceso estuvo suspendido	137

Con lo cual, el proceso estuvo suspendido 137 días hábiles, y tomando en cuenta la ampliación legal del término del proceso prevista en el citado artículo 10 del Decreto 491 del 28 marzo 2020, el proceso tendrá como fecha límite el 21 de septiembre de 2021. Por lo anterior, el presente Laudo se profiere en la oportunidad legal con pleno conocimiento de las partes, las cuales fueron enteradas oportunamente a lo largo del trámite, en las diferentes providencias y actas de audiencias, en las cuales informó sobre la contabilización del término del proceso y de las suspensiones de éste.

II. LA CONTROVERSIA

2.1. LA DEMANDA ARBITRAL

La Convocante, en su demanda arbitral, formula las siguientes pretensiones:

“PRETENSIÓN PRIMERA: Declárese que entre el 30 de junio de 2015 se celebró un contrato entre MÈNSULA S.A. (en calidad de contratante) y Procil S.A.S (en calidad de contratista), cuyo objeto era el "Suministro de materiales, fabricación, transporte, montaje, instalación, ensayos no destructivos de la estructura metálica para la Ampliación, Remodelación y Actualización de la planta física de Monterrey Gran Centro Comercial P.H" (identificado con el número AM300615-01), que fue modificado mediante "Otrosí No. 1" de septiembre 1° de 2016.

PRETENSIÓN SEGUNDA: Declárese que el anterior contrato fue cedido por Ménsula S.A. (Contratante) a Consultorías y Emprendimientos S.A.S, mediante documento suscrito el 29 de agosto de 2016, y que esa cesión fue notificada a PROCIL en agosto de 2016.

PRETENSIÓN TERCERA: Declárese que el anterior contrato de suministro e instalación de la estructura metálica fue incumplido por PROCIL S.A.S., según los hechos narrados en la demanda, lo que causó los siguientes perjuicios patrimoniales (según el dictamen de RSM, que se adjunta):

- 1. Por la apropiación indebida y el mal uso del anticipo que recibió Procil para la ejecución del contrato, la suma de \$8.559.022.633,00*
- 2. Por la no entrega de la estructura metálica contratada al vencimiento del plazo contractual (2 de septiembre de 2017), la suma total de \$42.167.006.883,00, discriminada así:
 - 2.1. Por costos directos e indirectos para terminar la obra: \$38.474.654.767,00*
 - 2.2. Por lucro cesante: \$3.692.352.116,00**
- 3. Por los costos de almacenamiento del material abandonado por Procil, la suma de \$150.934.538,00.*
- 4. Por el no pago a varios de los empleados contratados para la ejecución del contrato, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, la suma de \$86.398.727,00.*

PRETENSIÓN CUARTA: Declárese que Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. expidió el 19 de junio de 2015 la póliza de cumplimiento No. 4205315000025, que amparaba los riesgos de apropiación indebida o mal uso del anticipo, incumplimiento imputable de las obligaciones del contratista y retardo o incumplimiento del contratista en el pago de las obligaciones laborales del contrato de suministro e instalación de la estructura metálica N° AM300615-01, póliza que fue modificada mediante certificado del 17 de enero de 2017 expedido por esa Aseguradora.

PRETENSIÓN QUINTA: Declárese que, estando vigente los amparos de anticipo, cumplimiento y pago de obligaciones laborales de la póliza de cumplimiento No. 4205315000025 expedida por Mapfre, ocurrió el riesgo asegurado en cada uno de esos amparos (anticipo, cumplimiento y pago de obligaciones laborales), según los hechos narrados en esta demanda.

PRETENSIÓN SEXTA: Condénese a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., en consecuencia, a pagar a Consultorías y Emprendimientos S.A.S., como beneficiario de la póliza de cumplimiento No. 4205315000025, las indemnizaciones contempladas en cada uno de los amparos de anticipo, cumplimiento y pago de obligaciones laborales, así:

- 1. Por la apropiación indebida y el mal uso del anticipo que recibió Procil para la ejecución del contrato, con cargo al amparo de "Anticipo", la suma de \$8.559.022.633,00, con actualización monetaria desde la fecha de vencimiento del plazo del contrato cuando Procil debió restituir el anticipo no amortizado (el 2 de septiembre de 2017) hasta el día en que se inicia la mora de la aseguradora, día a partir del cual se causarán intereses moratorios comerciales hasta el pago de la indemnización.*
- 2. Por la no entrega de la estructura metálica contratada (una vez vencido el plazo contractual) y por los costos de almacenamiento del material abandonado por Procil, con cargo al amparo de "Cumplimiento del contrato", la suma de \$4.740.267.905,00.*
- 3. Por el no pago a empleados contratados por Procil para la ejecución del contrato, de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, con cargo al amparo de "Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones", la suma de \$86.398.727,00 con actualización monetaria desde la fecha de cada uno de los pagos hechos a los trabajadores de Procil y hasta el día en que se inicia la mora de la aseguradora, día a partir del cual se causarán intereses moratorios comerciales hasta el pago de la indemnización.*

PRETENSIÓN SÉPTIMA: Declárese que, conforme al Art. 1080 del Cód. de Com., Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. quedó en mora de indemnización por cada uno de los amparos de anticipo, cumplimiento y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, indicadas en la pretensión anterior, desde el 28 de marzo de 2019, es decir, un día después de vencido 1 mes contado a partir de la audiencia de conciliación prejudicial, cuando se venció el término previsto en el Artículo 1080 c. de co. o, subsidiariamente, que está en mora desde la notificación del auto admisorio de la demanda. Por lo pagar la tanto, solicito que sea condenada a pagar intereses de mora comerciales desde que quedó en mora y hasta el día del pago."

Sustenta el *petitum*, en la celebración entre las sociedades MÉNSULA S.A., en su calidad de contratante, y Procil S.A.S., como contratista del "contrato de suministro

e *instalación*”, identificado con el numero AM300615-01, cuyo objeto era el “*suministro de materiales, fabricación, transporte, montaje, instalación ensayos no destructivos de la estructura metálica para la ampliación, remodelación y actualización de la planta física de Monterrey Gran Centro Comercial P.H.*”. el cual tenía como plazo de ejecución 420 días calendario, a partir de la firma del Acta de inicio.

Para el amparo del “*contrato de suministro e instalación de la estructura metálica*” la sociedad Procil S.A. contrató con Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. la póliza de cumplimiento No. 4205315000025, expedida el 19 de junio de 2015, teniendo como asegurado y beneficiario Ménsula S.A. con los siguientes amparos, valores asegurados y vigencias:

Amparo	Vigencia	Valor asegurado
Cumplimiento	30 de junio a 23 diciembre 2016	\$4.740.267.905.00
Anticipo	30 junio 2015 a 23 octubre 2016	\$9.428.073.352.00
Salarios y prestaciones	30 junio a 23 agosto 2019	\$2.370.133.952.00
Estabilidad de la obra	23 agosto 2016 al 23 agosto de 2021	\$7.110.401.857.00

Ménsula S.A. cedió, a la sociedad Consultorías y Emprendimientos S.A.S., su posición contractual en el contrato AM300615-01 por medio de documento suscrito el 29 de agosto de 2016, y además, el 1° de septiembre de 2016, se firmó el “Otrosí N°1”, mediante el cual se hicieron modificaciones al contrato en cuanto al plazo contractual, el valor del componente de administración en el AIU del contrato, el valor del anticipo pagado y el valor asegurado en la póliza de buen manejo y correcta inversión del anticipo, lo que conllevó por a la modificación de la póliza No. 4205315000025 en cuanto al valor asegurado del amparo de anticipo, el nuevo asegurado y beneficiario, siendo la sociedad Consultorías y Emprendimientos S.A.S., para lo cual las vigencias de todos los amparos quedaron así:

Amparo	Vigencia	Valor asegurado
Cumplimiento	Primera vigencia: 30 de junio a 23 diciembre 2016 Renovación: 10 de septiembre 2016 a 2 de enero 2018	\$4.740.267.905.00
Anticipo	Primera vigencia: 30 junio 2015 a 23 octubre 2016 Renovación: 10 de septiembre 2016 a 2 de enero 2018	\$10.613.224.321.00
Salarios y prestaciones	Primera vigencia: 30 junio a 23 agosto 2019 Renovación: 10 de septiembre 2016 a 2 de septiembre 2022	\$2.370.133.952.00

Estabilidad de la obra	Primera Vigencia: 23 agosto 2016 al 23 agosto de 2021 Renovación: 10 de septiembre 2016 a 2 de septiembre 2022	\$7.110.401.857.00
------------------------	---	--------------------

La Demandante afirma que la sociedad Procil S.A. no ejecutó su obligación contractual de suministrar e instalar la estructura metálica, no amortizó el anticipo que recibió, ni restituyó el saldo del anticipo no amortizado al finalizar el plazo de ejecución del contrato.

Por lo que, asevera que por el incumplimiento de las obligaciones por parte de Procil, la ampliación del centro comercial Monterrey quedó inconcluso y, por lo tanto, sin recursos para poder terminarlo en el plazo que se tenía previsto, implicó los perjuicios económicos objeto de la presente demanda, y que, según la Demandante que están cubiertos por el amparo de cumplimiento de la póliza expedida por Mapfre

2.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y EXCEPCIONES INTERPUESTAS

La parte Convocada, oportunamente dio respuesta a los Hechos, precisando su versión de lo acontecido.

Principalmente hizo énfasis en que su vinculación al proceso no está amparada por el pacto arbitral invocado, toda vez que no medió su aceptación directa.

Particularmente en relación a los hechos de la supuesta mala ejecución del contrato e indebido manejo del anticipo entregado, al no ser parte directa del contrato de obra, no le consta nada de lo ejecutado por PROCIL S.A.S., por lo que afirma, que deberán ser probadas por la Convocante en el presente proceso.

En virtud de lo anterior y en la medida en que los perjuicios reclamados no tienen un sustento jurídico ni factico, además de que no se encuentra debidamente acreditados, no existe obligación alguna por parte de la sociedad MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., por lo que esta se opuso a la prosperidad de todas de las Pretensiones formuladas, planteando las siguientes excepciones de mérito que denominó:

- 1. NORMAS Y CLÁUSULAS QUE RIGEN EL CONTRATO DE SEGURO.*
- 2. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN.*
- 3. NULIDAD RELATIVA POR INEXACTITUD O RETICENCIA.*

4. AGRAVACIÓN OBJETIVA DEL ESTADO DEL RIESGO.
5. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.
6. AUSENCIA DE REQUISITO PARA AFECTAR LA PÓLIZA.
7. AUSENCIA DE SINIESTRO Y SU CUANTÍA.
8. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN.
9. PREVALENCIA DEL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO.
10. IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES DE MORA.
11. LÍMITE DE VALOR ASEGURADO.
12. FALTA DE COMPETENCIA.
13. PACTO ARBITRAL INOPONIBLE A LA ASEGURADORA.
14. INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL.

2.3. OPOSICIÓN A LAS EXCEPCIONES

La parte Convocante insistió en que la mala ejecución del contrato se encuentra debidamente acreditado, y que, con ocasión de ello, los perjuicios reclamados si cuentan con sustento, tanto factico como jurídico, lo cual obra dentro del proceso.

Además, reiteró en que la aseguradora es deudora del contratante (hoy Convocante), en virtud al contrato de seguro de cumplimiento, motivo por el cual puede ser vinculada de manera directa, y no a través de la figura del llamamiento en garantía, como lo pretende la Convocada. Y que, sin duda, con la celebración del contrato de seguro que avaló el contrato principal de obra, se aceptó tácitamente el pacto arbitral contenido en éste.

III. CONSIDERACIONES

Para su decisión en derecho, el Tribunal analizará los siguientes temas:

1. Los presupuestos procesales
2. Las excepciones relativas a la competencia e integración del Tribunal
3. Las excepciones de caducidad y prescripción
4. La legitimación en la causa
5. Los dictámenes periciales de parte
6. Las pretensiones de la demanda
7. Las excepciones interpuestas
8. La objeción al Juramento Estimatorio
9. Conducta procesal de las partes
10. Las costas y su liquidación

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

El Tribunal encuentra satisfechos los presupuestos procesales²⁶, esto es, *“las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa”*²⁷.

En efecto, la demandante y la demandada, personas jurídicas cuya existencia y representación legal está acreditada en debida forma, ostentan capacidad para ser parte y comparecer al proceso, han comparecido por sus representantes y apoderados judiciales, están legitimadas por el ordenamiento jurídico en ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, libertad contractual o autonomía privada dispositiva, para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de sus conflictos (artículos 116 de la Constitución Política, 8º y 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia; 8º y 13, Ley 1285 de 2009, 1º y 3º, Ley 1563 de 2012), y estipularon pacto arbitral (artículo 4º, Ley 1563 de 2012), en la Cláusula la Cláusula 8.13 del “Contrato de Suministro e Instalación” N° AM300615-01, suscrito el 30 de junio de 2015, acordando que todas las diferencias relacionadas con el mismo, sean decididas por un tribunal arbitral, el cual reúne los requisitos de existencia previstos por la ley, sin que se haya invocado ni acreditado vicio alguno en su celebración, cuestión distinta a la aludida por la parte Demandada en los diferentes momentos del

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de agosto de 1954. Gaceta Judicial LXXVIII No. 2145, págs. 345 y ss.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de julio de 2008, Expediente 68001-3103-006-2002-00196-01: “[...] elementos estructurales de la relación jurídica procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial. [...] esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer a proceso”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Radicación: 25000-23-26-000-2002-02193-01(29.652): “[...] Si bien se había venido sosteniendo que los presupuestos para que una relación jurídico procesal pudiera surgir válidamente eran la demanda en forma, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, y que la ausencia de alguna de ellas conducía a sentencia inhibitoria, lo cierto es que hoy en día se entiende que la inhibición por la ausencia de presupuestos procesales se reduce a la falta de capacidad para ser parte y a algunos casos excepcionales de inepta demanda pues las dos restantes, así como cualquier otro vicio que expresamente señale la ley, configuran causales de nulidad que deben regirse por los artículos 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (...) y 132 y siguientes del Código General del Proceso.”

proceso, en los cuales sostuvo que su vinculación al proceso no está amparada por el pacto arbitral invocado, toda vez que no medió su aceptación directa.

Del mismo modo, la demanda arbitral se ajusta a las exigencias formales previstas en los artículos 82 y siguientes del Código General del Proceso, el Tribunal se instaló legalmente, asumió competencia en la primera audiencia de trámite, celebrada el 1 de julio de 2020, mediante Auto N° 11 y confirmado por el Auto N° 12, para juzgar en derecho las diferencias contenidas en la misma, su contestación y excepciones, al concernir a asuntos litigiosos, dudosos e inciertos, de naturaleza patrimonial, susceptible de disposición o transacción, relativos al “Contrato de Suministro e Instalación” N° AM300615-01, y al seguro de cumplimiento, comprendidos en las materias respecto de las cuales las partes habilitaron al Tribunal para administrar justicia conforme al pacto arbitral celebrado, decretó y practicó las pruebas, garantizó el debido proceso a todas las partes en igualdad de condiciones, efectuó el control de legalidad del trámite y no se observa causa de nulidad o irregularidad de la actuación.

El más reciente control de legalidad se realizó en audiencia de alegatos de conclusión, el 5 de marzo de 2021 frente a lo cual los señores apoderados de las Partes expresamente manifestaron no encontrar vicio o irregularidad constitutivo de nulidad que debiera ser saneado hasta ese momento²⁸.

En síntesis, la relación jurídica procesal se constituyó regularmente, las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones normativas, sin que se advierta defecto alguno en el trámite surtido o que imponga aplicar el artículo 137 del C.G.P²⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal analizará los cuestionamientos formulados a la competencia del Tribunal, las excepciones interpuestas al respecto, las de caducidad y prescripción, así como la falta de legitimación en la causa toda vez que existe una diferencia entre las partes.

²⁸ Cuaderno No.2, folios 909 a 913.

²⁹ El Art. 137 del Código General del Proceso establece: “En cualquier estado del proceso el juez ordenará poner en conocimiento de la parte afectada las nulidades que no hayan sido saneadas. Cuando se originen en las causales 4 y 8 del artículo 133 el auto se le notificará al afectado de conformidad con las reglas generales previstas en los artículos 291 y 292. Si dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación dicha parte no alega la nulidad, esta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario el juez la declarará.”

2. LAS EXCEPCIONES RELATIVAS A LA COMPETENCIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL

MAPFRE en su contestación a la demanda propuso las excepciones “DE FALTA DE COMPETENCIA”, “PACTO ARBITRAL INOPONIBLE A LA ASEGURADORA” e “INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL”.

En armonía interpuso recurso de reposición contra el Auto No. 11 proferido en la Primera Audiencia de Trámite, por el cual, el Tribunal asumió competencia, invocando la caducidad de la acción y/o la prescripción del derecho reclamado en la demanda, la indebida designación de árbitros efectuada por el Centro de Arbitraje, la inoponibilidad del pacto arbitral porque la aseguradora no es parte ni ha consentido en la cláusula compromisoria, y la incompetencia al ser inaplicable el parágrafo 1º del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, porque el mecanismo procesal para vincularla al proceso, es el llamamiento en garantía y no la acción directa.

En su alegato de conclusión al reiterar su argumentación destaca que el proyecto de reforma al estatuto arbitral la confirma al prever la modificación de la norma para comprender la acción directa contra las aseguradoras y agrega que la acción de cobro es improcedente en los términos del artículo 20 de la ley 1116 de 2006 que prohíbe *“cualquier acción de cobro ante la existencia del proceso de reorganización empresarial, motivo legal suficiente para hacer impróspero el presente trámite arbitral, haciendo la salvedad de que para el Tribunal era un aspecto desconocido, pues tal información resulta de un medio de prueba de la contestación de la demanda”*, de lo que estaba enterada la demandante al recibir con fecha 25 de julio de 2017 copia de la comunicación de julio 19 de 2017 en que Procil le informó el inicio del proceso de reorganización de la empresa.

La Convocante con escrito radicado el 4 de marzo de 2020, al pronunciarse sobre las excepciones se opuso a su prosperidad.

En su sentir, la Sentencia C-170 de 2014 al declarar la exequibilidad del artículo 27, Parágrafo 1º, de la Ley 1563 de 2012, estableció de manera general, y con efectos *erga omnes*, que cuando se garantiza un contrato con pacto arbitral, quien acepta ser garante lo acepta y le es oponible, su vinculación a proceso no depende de un

llamamiento en garantía, pues por lógica, debe aplicarse, con mayor razón, cuando la aseguradora es demandada, postura que se confirma en la exposición de motivos del proyecto de ley de reforma al estatuto arbitral.

Precisa sobre la invocada indebida integración del Tribunal que la cláusula arbitral no estableció que los árbitros debían tener alguna especialidad, el sorteo no debía limitarse a una lista en particular, y el apoderado de Mapfre en la reunión de nombramiento, estuvo de acuerdo en que se sorteara de las listas de derecho comercial y de seguros, como se hizo.

Las excepciones se analizan y deciden delantamente considerados sus efectos.

2.1. LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA

Se apoya en que la decisión de admitir la demanda se sustentó principalmente en la sentencia C-170 de 2014, la que al constituir su fundamento debe tomarse en su integridad en cuanto a la posición de las compañías aseguradoras, la calidad y forma en que pueden intervenir en los procesos arbitrales, al ser suficientemente clara respecto de la calidad de tercero y garante de la aseguradora, más no de parte, y la manera en que puede vincularse en proceso, situación que no se presenta en el caso, porque la demanda no cumple con lo descrito en la norma objeto de estudio en dicha sentencia, lo que configura una falta de competencia para dirimir el caso concreto por el Tribunal.

La Convocada argumenta que el Tribunal Arbitral carece de competencia para resolver el asunto objeto de estudio, alegando que debió ser llamada en garantía, y no como demandada.

Lo anterior lo fundamentó en el hecho de que se ha determinado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que el parágrafo 1°. del artículo 37 de la ley 1563 de 2012 permite la vinculación de las compañías aseguradoras como terceros llamados en garantía y no como partes.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con la Constitución Política “[/]os particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de

*jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*³⁰, y ejercer la “función jurisdiccional” (art. 13, Ley 270 de 1996, modificado por el art. 6º de la ley 1285 de 2009) de “*administrar justicia*” (art. 116 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 2 de 2002).

En efecto, la autonomía privada faculta a sus titulares para acordar con sujeción al ordenamiento jurídico el juzgamiento de determinadas controversias por árbitros, en cuyo caso, han de ejercer su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia ante el Tribunal Arbitral competente ³¹

A este propósito, es menester la habilitación de las partes contenida en un pacto arbitral, acuerdo dispositivo por cuya virtud deciden someter a conocimiento de los árbitros ciertas controversias relativas “*asuntos de libre disposición o autorizadas por la ley*” (art. 1º. Ley 1563 de 2012), sean actuales (compromiso), ora futuras, (cláusula compromisoria), y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces permanentes³², como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, al señalar que por su inteligencia, “*las partes sustraen el juzgamiento de la controversia de la jurisdicción competente habilitando a particulares para decidirla en condición de árbitros, quienes investidos pro tempore de la misma función jurisdiccional, ostentan la condición de verdaderos jueces en el caso concreto*”³³,

³⁰ Modificado por el Acto Legislativo No. 2 de 2002; 8o (“Mecanismos Alternativos” al proceso judicial, modificado por el art. 3º de la Ley 1285 de 2009), y 13 [3] (modificado por el art. 6º. De la ley 1285 de 2009, del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares), Ley 270 de 1996 (D.O. 42.745 del 15 de marzo de 1996), “Estatuaria de la Administración de Justicia”.

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-426 del 29 de mayo de 2002. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de tutela del 18 de marzo de 2009, Exp. 11001-02-03-000-2009-00393-00: “[...] el arbitramento desarrolla el derecho constitucional fundamental de acceso a la justicia [...]”.

³² Ley 1563 de 2012, arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 29, 41 [1], 69 y 108. El art. 3º, dispone:” El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria”.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de 1º julio de 2009, Rad. 11001-3103-039-2000-00310-01; 21 de febrero de 1996, [S-011-06], exp. 5340; s 17 junio 17 de 1997, exp. 478; 9 de mayo de 2017, SC6315-2017. Radicación n° 11001-31-03-019-2008-00247-01. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Auto de 6 de junio de 2013, Radicación: 11001-03-26-000-2013-00003-00 (45922).

2. Como ya fue analizado por este Tribunal Arbitral, prontamente se puede determinar que dicha excepción de falta de competencia es improcedente.

En efecto, el 28 de febrero de 2020, **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S** presentó una demanda arbitral contra MAPFRE en virtud de la cláusula 8.13 del “Contrato de Suministro e Instalación número AM300615-01 suscrito el 30 de junio de 2015 por **MÉNSULA S.A.** y **PROCIL S.A.S.** Dicha cláusula dispone lo siguiente:

“8.13 CLÁUSULA COMPROMISORIA: Toda controversia o diferencia relativa a este contrato o que guarde relación con éste se resolverá por un Tribunal de Arbitramento que se sujetará a las siguientes reglas:

A) El Tribunal funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín;

B) El o los árbitros serán nombrados de común acuerdo por LAS PARTES. Si LAS PARTES no llegaren a un acuerdo sobre el nombre del o los árbitros, el Tribunal será designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, según su reglamento;

C) El Tribunal decidirá en derecho;

D) Serán aplicables las tarifas establecidas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín.”

Se resalta que **PROCIL S.A.S** contrató a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, para asegurar el contrato de suministro e instalación de la estructura metálica mediante póliza de cumplimiento número 4205315000025 expedida el 19 de junio de 2015, modificada con certificado número 1 de 2 de septiembre de 2016, y certificado número 2 de 17 de enero de 2017.

Como consta en el texto de la póliza, su objeto, es el siguiente:

“Objeto contrato cumplimiento: garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del garantizado originados en virtud de la ejecución del contrato cuyo objeto es: Suministro de materiales, fabricación, transporte, montaje, instalación, ensayos no destructivos de la estructura metálica para la Ampliación, del Centro Comercial Monterrey Medellín, nombre de la obra: ampliación gran centro comercial monterrey P.H”.

En virtud de dicha póliza de cumplimiento es claro que, a pesar de que el pacto arbitral no fue suscrito por la Convocada, de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, teniendo en cuenta que la compañía

aseguradora **MAPFRE** aseguró el contrato de suministro e instalación de la estructura metálica, aceptó que el pacto arbitral era el mecanismo previsto en dicho contrato para resolver las controversias que de él surgieran y le resultan oponibles sus efectos sin que exista una diferencia en la posición que ocupa la aquí Convocada, ya sea como demandada directa o como llamada en garantía³⁴.

En este sentido, no existe un argumento suficiente para excluir las demás formas de intervención o participación procesal de un garante de obligaciones contractuales. Así, a pesar de que una acción se inicie de forma directa y no a través de un llamamiento en garantía, es claro que la Convocada al momento de asegurar el contrato que incluía el pacto arbitral otorgó su consentimiento para acudir a arbitraje y se atuvo a dichas obligaciones que hoy le son oponibles y que le dan plena competencia al Tribunal. En efecto, el parágrafo 1°. del artículo 37 de la ley 1563 de 2012 establece lo siguiente:

“PARÁGRAFO 1°. Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo”.

Esta norma fue analizada en detalle por la Corte Constitucional, de la siguiente forma:

“La proposición jurídica demandada se refiere al tercero garante que ha suscrito un contrato de garantía que contiene una cláusula compromisoria o pacto arbitral, por lo cual se entiende que al suscribir el mencionado contrato de garantía aceptó tácitamente

³⁴ En la actual regulación el llamamiento en garantía debe formularse mediante la presentación de una demanda con todos sus requisitos formales (artículos 64 y 65, CGP), el llamado ostenta la calidad de parte demandada con relación al llamante que es su demandante, y es un tercero respecto de las partes demandante y demandadas primigenias, como también la relación jurídica controvertida entre éstas, y entre el llamante y el llamado son diversas. Empero, aun cuando el llamamiento en garantía es figura *legis* que comporta el ejercicio de una acción, derecho o pretensión propia derivada de la relación legal o contractual que vincula al llamante y al llamado, mediante la cual en proceso existente entre las partes primigenias iniciales, una de éstas (demandante, demandada e incluso la llamada), demanda a “otro” (artículos 64 y 65, CGP), de quien afirma tener el derecho, surgido de la ley o de un contrato, para exigirle la indemnización del perjuicio que experimente o el reembolso del pago que deba hacer por la sentencia que se dicte en el proceso que promueva (demandante) o se le promueva (demandado), y respecto de quien se tiene el derecho de saneamiento por evicción, siempre que la relación legal o contractual con el llamado no sea exactamente la misma a la existente entre las partes primarias del proceso para que se defina en el mismo proceso y sentencia, conforme al fallo de exequibilidad cuyos efectos *erga omnes* son obligatorios a todas las autoridades y ciudadanos (artículo 243, Constitución Política), cuando se garantiza un contrato con pacto arbitral, el garante al garantizar lo acepta y le es oponible.

que su obligación de garante podría exigirse en un proceso tramitado ante la jurisdicción arbitral.

La consecuencia que la acusación considera contraria al principio de voluntariedad de la jurisdicción arbitral; se materializa con la presunta vinculación “automática” del tercero garante al pacto arbitral; esta apreciación de la demandante desconoce que la norma acusada también dispone que respecto del tercero llamado en garantía debe existir la obligación de garantizar un contrato con pacto arbitral.

Lo anterior supone, sin que ello sea un requisito que se desprenda del artículo 116 constitucional, que este tercero conoce la cláusula compromisoria y acepta tácitamente la jurisdicción, al garantizar el contrato que la contiene, si la voluntad de quienes suscribieron el contrato garantizado así lo dispone.”³⁵ (Énfasis añadido)

El precepto, en consecuencia, se declaró exequible en un fallo constitucional con efectos obligatorios *erga omnes* a todos los ciudadanos y autoridades de la República, incluidos los jueces (artículo 243, Constitución Política), únicamente en el sentido transcrito.

De acuerdo con lo anterior, el hecho de que el tercero garantice un contrato que contiene un pacto arbitral significa que está otorgando su consentimiento y aceptando tácitamente que sus obligaciones como garante serán exigibles mediante arbitraje. Es clara entonces la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional sobre el asunto de la competencia de un tribunal arbitral para dirimir la controversia que surge respecto del garante. De consiguiente, en virtud del fallo constitucional, el pacto arbitral contenido en el contrato garantizado obliga, vincula y es oponible al garante para dirimir las controversias atañederas a su relación y faculta al asegurado para acudir al arbitraje en el ejercicio de la acción directa inherente al seguro contratado³⁶.

³⁵ Sentencia C-170 de 2014 de la Corte Constitucional. M.P. Alberto Rojas Ríos.

³⁶ Como observa el señor apoderado de la Parte Convocante, en efecto en la exposición de motivos del proyecto de Ley 06 de 2019, mediante el cual se modifica el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, se propone la modificación del mencionado parágrafo 1 del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, para reproducir exactamente el fallo constitucional y superar la discusión planteada. Claramente se indica, Gaceta del Congreso 927, Año XXVIII, 24 de septiembre de 2019, pág.23: “Finalmente, se precisa el parágrafo del artículo 37 que prevé la posibilidad de que se entienda que quien garantiza un contrato acepta tácitamente el pacto arbitral. En efecto, la redacción actual del artículo señala que ello ocurre en los casos en que se llama en garantía al garante. Lo anterior ha llevado a sostener que la aceptación del pacto por el garante sólo se presenta ante un llamamiento en garantía en un proceso, aunque en realidad el artículo parte de la base de que el garante al dar la garantía ha aceptado el pacto. Así lo ha señalado la Corte Constitucional (1). Su consentimiento entonces no depende del mecanismo procesal a través del cual se le exige que responda. Por lo anterior se elimina la referencia al llamamiento en garantía para permitir que el garante sea demandado directamente. De esta

La Convocada en el presente caso, aseguró el Contrato celebrado entre MÉNSULA S.A. y PROCIL S.A.S., el 30 de junio de 2015, el cual fue cedido por el primero a CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S. el 29 de agosto de 2016, y en el cual se incluyó el pacto arbitral en su cláusula 8.13.

Así las cosas, la Convocada acepto tácitamente que su obligación de asegurar dicho contrato podía tramitarse ante la jurisdicción arbitral, sin que importara que fuera llamada en garantía o requerida para el efecto de forma directa.

Lo anterior resulta lógico, pues las consideraciones de la Corte Constitucional lo que prevén es que cualquier persona que sea considerado garante de un contrato que incluye un pacto arbitral, está aceptando justamente que las controversias derivadas de ese contrato garantizado, sean resueltas por el tribunal arbitral.

En este sentido, el consentimiento requerido para que el garante acuda a arbitraje surge al momento en que garantiza o asegura el contrato contentivo del pacto arbitral y, por ende, no está condicionado a que sea llamado en garantía o demandado de forma directa, es decir, el consentimiento es previo y no depende de la condición o calidad en que comparezca al proceso arbitral.

Adicionalmente, es evidente que los temas que son hoy objeto del trámite arbitral se relacionan con los asuntos de naturaleza económica y patrimonial, derivadas del incumplimiento del Contrato que fue asegurado por la Convocada, y que son justamente susceptibles de disposición y de transacción, y los mismos están justamente contemplados dentro de los asuntos que las partes delimitaron para que el Tribunal Arbitral pudiera revisar de conformidad con la cláusula citada.

En este sentido, a pesar de que la Convocada alega ser parte y no llamada en garantía, las consideraciones son las mismas, pues aseguró el contrato que tiene un pacto arbitral, e incluso si hubiere sido demandada como llamada en garantía, también hubiere sido demandada ante un tribunal arbitral, por lo que es evidente que el tribunal tiene competencia y que las alegaciones de la Convocada carecen de sustento.

manera se logra una mayor eficiencia en el proceso arbitral” (1) Corte Constitucional, Sentencia C-170 de 2014” (se destaca).

2.2. LA EXCEPCIÓN DE PACTO ARBITRAL INOPONIBLE A LA ASEGURADORA

La Convocada también alegó la inoponibilidad del pacto arbitral, estableciendo que no es parte, ni ha consentido en la formación de la cláusula compromisoria, dado que simplemente aseguró el contrato de suministro e instalación de la estructura metálica mediante póliza de cumplimiento número 4205315000025 expedida el 19 de junio de 2015. Argumenta que la admisión y trámite de la demanda en contra del único demandado, amparada en la orden de integrar un litisconsorte inexistente, constituye un exceso o extralimitación de facultades, habiéndose demandado en forma directa sólo al asegurador que no fue parte de la relación sustancial que contiene el pacto arbitral, y no obstante, se pretende condenarlo por un contrato o relación sustancial ajeno por completo al pacto arbitral.

CONSIDERACIONES

1. Sobre este punto es preciso referirse a lo desarrollado en el acápite inmediatamente anterior, teniendo en cuenta que la Convocada, al haber garantizado el cumplimiento del contrato en el que se incluyó el pacto arbitral, consintió acudir a arbitraje y quedó vinculada a las disposiciones de dicha cláusula arbitral, por lo que le resultan oponibles sus efectos.

El Código de Comercio se refiere a la inoponibilidad en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 901. <INOPONIBILIDAD>. Será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija.”

En línea con esta norma, la Corte Constitucional se refirió a la oponibilidad del pacto arbitral indicando en la Sentencia C-572A de 2014 que *“Es inoponible el negocio jurídico celebrado sin cumplir los requisitos de publicidad que la ley exija, conforme a lo previsto en el artículo 901 del Código de Comercio.”*

También se ha referido a este punto la doctrina, que ha indicado que *“[l]a inoponibilidad se refiere a que el pacto arbitral ‘no es vinculante para una de las partes involucradas en la controversia objeto de arbitraje; se habla de inoponibilidad*

de un acto cuando un sujeto en un negocio jurídico pide que respecto de él se tenga como ineficaz, no le sea oponible’.”³⁷

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso es necesario resaltar que no existe ningún requisito especial de publicidad frente al pacto arbitral contenido en el contrato que fue garantizado por MAPFRE. En este sentido, el pacto arbitral le es oponible a la Convocada habida cuenta de que tuvo conocimiento del mismo desde el momento en que amparó el contrato contentivo de la cláusula compromisoria. De esta manera, la Convocada fue quien decidió, autónomamente asegurar un contrato en el que se había establecido una cláusula arbitral como mecanismo para resolver las controversias que de él se derivaran. Además, como ya se expuso, los efectos de dicho pacto arbitral le son vinculantes para la Convocada en virtud de la póliza de seguro que se expidió respecto del contrato en el que se había consagrado dicha cláusula.

2. Por otra parte, en cuanto a la invocada vinculación a proceso de un litisconsorte inexistente, pertinente destacar que no obstante el nexo de coligación, conexidad o interdependencia genética o funcional entre el seguro de cumplimiento y el contrato garantizado³⁸, cada uno conserva su singularidad, fisonomía propia y contenido prestacional autónomo, aunque interdependiente del conjunto negocial³⁹; uno y otro

³⁷ Roca Aymar, J. (1994). El arbitraje en la contratación internacional. Madrid: Esic Editorial. Página 38.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de 31 de mayo de 1938, G.J., t. XLVI, págs. 670 y 671; 6 de octubre de 1999, Exp. 5224; 22 de octubre de 2001, Exp. 5817; 13 de diciembre de 2002, Exp. 6462; 25 de septiembre de 2007, Exp. 11001-31-03-027-2000-00528-01; 1 de julio de 2009, Expediente 05001-3103-009-2002-00099-01; SC1649-2016, 16 de diciembre de 2016, Radicación n.º. 76001 31 03 002 1996 13623 01; SC-18476, 15 de noviembre de 2016, Radicación n.º. 68001-31-03-001-1998-00181-02 y SC5690-2018 de 19 de diciembre de 2018, Radicación n.º 11001-31-03-032-2008-00635-01.

³⁹ Laudo arbitral de 31 de enero de 2017, Tribunal Arbitral de Isagén S.A. E.S.P contra AXA Colpatria Seguros S.A. y Liberty Seguros S.A.: “En criterio del Tribunal, el rasgo propio y distintivo antes descrito, conduce a que el seguro de cumplimiento sea un contrato de naturaleza autónoma o principal, aunque interdependiente genética y funcionalmente con el contrato que garantiza, en razón a que está inexorablemente ligado al decurso vital de dicho contrato o negocio subyacente. Sin embargo, la coligación negocial no tiene la capacidad de restarle independencia o autonomía a cada una de las relaciones contractuales que se interrelacionan; de ahí que el Tribunal considere que el hecho de que el seguro de cumplimiento esté vinculado con el contrato subyacente que garantiza (contrato de obra), no desvirtúa, como tampoco desnaturaliza, la obligación que tiene el asegurador de indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista afianzado, máxime teniendo en cuenta que el riesgo asumido por él, es precisamente resarcir el perjuicio que el incumplimiento del tomador le irroga al asegurado; obligación indemnizatoria que va encaminada, por tanto, a conjurar los efectos nocivos derivados de tal incumplimiento y que éste habrá de satisfacer, según la misma ley lo prescribe, a través del pago de una suma de dinero o mediante la ejecución del contrato incumplido por el deudor (art. 1110 C. de Co.)”. En el mismo sentido respecto de la autonomía de cada contrato conexo: Laudo Arbitral de 4 de agosto de 2016, Autopistas del Sol S.A. contra Constructora Vilpa S.A. Sucursal Colombia, Change Consulting Group y

difieren, por las partes, elementos esenciales, derechos, prestaciones, efectos, función e incluso las acciones inherentes según su disciplina jurídica. *Ad exemplum*, son partes del contrato de seguro, el asegurador y el tomador (artículo 1037 C. de Co)⁴⁰, y del contrato garantizado, las titulares del interés dispositivo según su tipología concreta⁴¹, *verbi gratia*, en un suministro como el de la *litis*, sus partes contratantes son el proveedor (suministrador, suministrante) y el suministrado o consumidor (artículo 968, C. de Co). Además, por su régimen jurídico la distinción del seguro de cumplimiento y el suministro, es prístina e incontestable. En sentido análogo, las acciones de ambos contratos, el de seguro y el garantizado, son distintas, autónomas e independientes.

La acción del asegurado frente a la aseguradora deriva del contrato de seguros se promueve por aquél frente a ésta y procura no “*la deuda ajena del deudor garantizado [...]*”⁴² sino el pago de la prestación indemnizatoria del siniestro. La acción del contrato cuyas obligaciones ampara el seguro de cumplimiento, se reserva a las partes o sujetos contratantes de la relación jurídica contractual, promueve por una frente a otra y tiene la finalidad o alcances que correspondan en particular al contrato garantizado. El seguro de cumplimiento, concede al asegurado como acreedor de la obligación amparada⁴³, el derecho a obtener de la aseguradora el pago de la prestación indemnizatoria del siniestro mediante el ejercicio de una acción propia, inherente al seguro, autónoma e independiente de la acción contractual del contrato garantizado contra su contratante incumplido que

Gerencia de Contratos y Concesiones S.A.; Laudo arbitral de 13 de marzo de 2009, Estyma S.A., Conca y S.A., Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A., Constructora Ineconte Ltda e Incoequipos S.A. contra Vargas Velandía Ltda (XIE S.).

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de septiembre de 2003. Exp. 6704 y Sentencia S-18-2012, 18 de diciembre de 2012, Radicación 1100131030392007-00071-01: “De lo acabado de exponer, tienen la calidad de intervinientes en esta clase de seguros: a.-) El asegurador o compañía autorizada para operar en dicho ramo. b.-) Un afianzado o tomador, esto es, la persona natural o jurídica que traslada el riesgo y sobre la cual recaen las cargas amparadas, que usualmente es el contratista. c.-) El asegurado o beneficiario, correspondiente a quien ve afectado su patrimonio por el incumplimiento”.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 1 de julio de 2008, Expediente 11001-3103-033-2001-06291-01: “[...], parte, estricto sensu, es el titular del derecho, *rectius*, interés constitutivo del acto dispositivo, independientemente de su celebración por sí o por conducto de otra persona (G.B. Ferri, *Parte del negocio*, Enciclopedia del diritto, vol. XXI, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 901 ss.) y, a *contrario sensu*, tercero, por exclusión, es el sujeto extraño o ajeno al interés dispuesto en virtud del negocio jurídico”.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 26 de octubre de 2001, Exp. 5942.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 22 de julio de 1999, Expediente 5065; 21 de septiembre de 2000, Expediente 6140; 2 de febrero de 2001, Expediente 5670; 26 de octubre de 2001, Expediente 5942; 2 de mayo de 2002, Expediente 6785; 24 de julio de 2006, Expediente 00191.

puede ejercer en su contra de manera simultánea en un mismo proceso o separada en otro posterior.

En este contexto, el contrato de seguro de cumplimiento y el contrato garantizado, son contratos distintos, autónomos e independientes, y, por consiguiente, también las acciones, sus titulares, la legitimación y sus alcances son diferentes. Desde esta perspectiva, dada la elemental distinción entre ambos contratos, en línea de principio, cuando el asegurado ejerce contra la aseguradora la acción para el pago de la prestación aseguraticia del seguro, la doctrina⁴⁴, la jurisprudencia civil⁴⁵ y la jurisprudencia administrativa⁴⁶, con razón excluye la conformación de un

⁴⁴ López Blanco Hernán Fabio, Comentarios al contrato de seguro, Editorial Dupre, Bogotá, 2005, pág. 377: “Debemos cuidarnos de pensar que entre asegurado (causante del daño) y aseguradora, existe, frente al damnificado y beneficiario un litisconsorcio necesario por cuanto no se presenta el requisito esencial estructurante de la figura, de identidad sustancial, lo cual se evidencia en que no existe comunidad de suerte, pues bien puede suceder que la aseguradora triunfe y que el damnificado, que no demandó al asegurado, inicie en su contra proceso ordinario, el que es posible precisamente por cuanto la sentencia del primer proceso no lo cobijó y por ende no generó efectos de cosa juzgada y en esa otra actuación obtener decisión favorable. No se trata de obtener una sentencia en contra del asegurado sin su citación, circunstancia a todas luces ilegal, sino de demostrar la responsabilidad del tercero sin que necesariamente se le tenga que demandar y obviamente, sin que se solicite sentencia condenatoria en su contra, cuando la víctima opta por demandar al asegurador y al asegurado se conforma un litisconsorcio facultativo pasivo”. En sentido contrario, Jaramillo J. Carlos Ignacio. “La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil y en el seguro obligatorio de automóviles”, en: Revista Ibero- Latinoamericana de Seguros, núm. 8, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, pág. 149 y ss.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de diciembre de 2000, exp. 5738: “Como lo ha precisado esta Sala, la indivisibilidad e inescindibilidad de la relación jurídica material ventilada en el proceso es lo que caracteriza al litisconsorcio necesario, pues es lo que impide una distinta solución para los diversos sujetos que a él concurren, y lo que impide así mismo que pueda resolverse sin estar presentes todos los que se encuentran ligados por esa relación sustancial litigada, so pena de dividirse la continencia de la causa, es decir, la unidad de proceso, y de incurrirse en decisiones contradictorias impropias a esa relación. Por eso, también lo ha expuesto esta Sala, el litisconsorcio necesario tiene lugar ‘cuando se ejercitan acciones constitutivas que tengan por objeto constituir un nuevo estado de derecho que sólo puede existir legalmente con relación a diversas personas; en las acciones communi dividundo, finium regordorum y familiar exciscundae; cuando se demanda la liquidación de una sociedad, la rectificación de una acta del estado civil, la nulidad de los acuerdos tomados por varias personas, y en general, cuando se ejercita el derecho potestativo de producir un efecto único respecto de varias personas...’ (G.J. t. LXXIX, pág. 157). Ninguna de esas relaciones materiales se ventila en el presente litigio, con más veras cuando no existe pretensión alguna orientada a que se declare la invalidez del contrato mismo de seguro. Siendo así, no hay duda de que se está en presencia de un litisconsorcio voluntario propio o simple, determinado por el acaecimiento del siniestro, que amerita y justifica plenamente decisiones diversas para los litigantes, e inclusive contradictorias; tanto más en este caso concreto en el que el daño afloró únicamente para el demandante”.

⁴⁶ Con relación al seguro de cumplimiento de contratos estatales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, ha sostenido “que los contratos de seguro celebrados para garantizar las obligaciones originadas en la celebración de un determinado contrato estatal tienen una relación directa e inescindible con éste, son contratos de carácter autónomo que tienen una regulación especial prevista en los artículos 1036 a 1162 del Código de Comercio” (Sentencia de 27 de enero de 2016, rad. 08001-23-31-000-2002-02810-01(45943)), y la conformación de

litisconsorcio necesario entre la aseguradora y el contratante garantizado (tomador, afianzado, asegurado), sin requerir su vinculación al proceso en curso, porque en efecto, *stricto sensu*, son relaciones jurídicas contractuales diversas, con partes y alcances distintos, lo que descarta la identidad de partes, la titularidad única, la comunidad de suerte, la unicidad, unitariedad e inescindibilidad de la relación sustancial controvertida y la exigencia de una decisión uniforme⁴⁷.

En tal hipótesis, por supuesto, el asegurado puede ejercer la acción del seguro contra la aseguradora, su legítimo contradictor, sin exigirse la vinculación del asegurado. No obstante, para el Tribunal, debe diferenciarse el derecho del beneficiario del seguro para demandar de la aseguradora la indemnización del siniestro, para lo que basta pretender la declaración de ocurrencia del hecho (el incumplimiento imputable, sin más) con la indemnización de los perjuicios conforme al seguro, de otras pretensiones que soliciten la declaración del incumplimiento del

litisconsorcio necesario (Sentencia de 21 de noviembre de 2012, exp.43.151), o facultativo (Sentencias de 27 de marzo de 2014, exp.29.857 y 1º de octubre de 2014, exp.27.874), y más recientemente “cuasinecesario” (Sentencias de 21 de noviembre de 2016, Rad. 25000 23 36 000 2014 00303 01 (55441) y 10 de mayo de 2018, Rad.76001-23-31-000-2002-02259-02(39689, postura adoptada también en la sentencia de 23 de febrero de 2012, exp.20.180).

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de junio de 1971 “[...] la característica esencial del litisconsorcio necesario es el supuesto de que la sentencia haya de ser única y de idéntico contenido para la pluralidad de las partes en la relación jurídico procesal, por ser única la relación material que en ella se controvierte; unicidad esta que impide hacerle modificaciones que no puedan operar conjuntamente frente a los varios sujetos. En el litisconsorcio facultativo, en cambio, como a la pluralidad de partes corresponde también una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible entonces que en cierto momento las causas reunidas se separen y cada uno vuelva a ser objeto de proceso separado; y aunque el juicio continúa siendo único hasta el fin, nada impide que a las distintas causas se les dé decisión diferente”; Sentencia de 14 de diciembre de 2000, exp. 5738: “Como lo ha precisado esta Sala, la indivisibilidad e inescindibilidad de la relación jurídica material ventilada en el proceso es lo que caracteriza al litisconsorcio necesario, pues es lo que impide una distinta solución para los diversos sujetos que a él concurren, y lo que impide así mismo que pueda resolverse sin estar presentes todos los que se encuentran ligados por esa relación sustancial litigada, so pena de dividirse la continencia de la causa, es decir, la unidad de proceso, y de incurrirse en decisiones contradictorias impropias a esa relación. Por eso, también lo ha expuesto esta Sala, el litisconsorcio necesario tiene lugar ‘cuando se ejercitan acciones constitutivas que tengan por objeto constituir un nuevo estado de derecho que sólo puede existir legalmente con relación a diversas personas; en las acciones *communi dividundo*, *finium regordorum* y *familiar exciscundae*; cuando se demanda la liquidación de una sociedad, la rectificación de una acta del estado civil, la nulidad de los acuerdos tomados por varias personas, y en general, cuando se ejercita el derecho potestativo de producir un efecto único respecto de varias personas...’ (G.J. t. LXXIX, pág. 157). Ninguna de esas relaciones materiales se ventila en el presente litigio, con más veras cuando no existe pretensión alguna orientada a que se declare la invalidez del contrato mismo de seguro. Siendo así, no hay duda de que se está en presencia de un litisconsorcio voluntario propio o simple, determinado por el acaecimiento del siniestro, que amerita y justifica plenamente decisiones diversas para los litigantes, e inclusive contradictorias; tanto más en este caso concreto en el que el daño afloró únicamente para el demandante”.

contrato por una de las partes, la causación de perjuicios patrimoniales, y en su caso, la condena a la indemnización de daños ocasionados por su inobservancia. En este contexto, ejercida por el asegurado la acción directa derivada del seguro de cumplimiento frente a la aseguradora, cuando además se formulen pretensiones que conciernen directamente al contrato y al contratante garantizado, *verbi gratia*, la declaración de su incumplimiento contractual o que este incumplimiento causó perjuicios o que se imponga una condena a indemnizar perjuicios, en criterio del Tribunal, es menester su vinculación a proceso como *litisconsorte necesario*, por cuanto, el incumplimiento del contrato, la responsabilidad contractual y los perjuicios irrogados no pueden declararse sin la *parte legitimada* en causa para resistir estos pedimentos, desde luego que la integración del legítimo contradictor atañe a la legitimación en la causa o interés directo, legítimo y actual del “*titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico*”⁴⁸ para pretender (legitimación activa) y contradecir (legitimación pasiva) en cuanto titular de la relación jurídica sustancial y procesal controvertida en el proceso⁴⁹.

En sentido análogo, no puede declararse el incumplimiento de ningún contrato ni imponerse una declaración de perjuicios menos una condena a indemnizar daño

⁴⁸ U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de mayo 8 de 1992: “Es cierto que, como lo han dicho jurisprudencia y doctrina, si a la formación de un acto o contrato concurren dos o más sujetos de derecho, la resolución, la disolución, la nulidad, la simulación, o, en general, cualquier alteración o modificación del mismo no podría decretarse eficazmente en un proceso sin que todos esos sujetos hubieran sido convocados a éste”; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de octubre de 1999, Exp. 5224: “(...), no a toda relación jurídica o pretensión que tenga venero en un acuerdo de voluntades cabe extender, sin distinción, la precedente noción de litisconsorcio necesario; la secuela que deriva su presencia, según la cual, ‘la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas...’ sólo encuentra fiel expresión en todas aquellas pretensiones encaminadas a obtener que se reconozca la existencia, validez, modificación, disolución o alteración de determinado acto jurídico; por lo tanto, lo que se impone es hacer un cuidadoso examen de la demanda a fin de verificar exactamente, con vista en ella, cuál es la naturaleza y el alcance personal de la relación sustancial sometida a controversia, para deducir de allí si el litisconsorcio es o no necesario.” y sentencia de 14 de diciembre de 2000, Expediente. 5738: “[...] el litisconsorcio necesario tiene lugar “cuando se ejercitan acciones constitutivas que tengan por objeto constituir un nuevo Estado de derecho que sólo puede existir legalmente con relación a diversas personas; en las acciones *communi dividundo*, *finium regordorum* y *familiar exciscundae*; cuando se demanda la liquidación de una sociedad, la rectificación de una acta del estado civil, la nulidad de los acuerdos tomados por varias personas, y en general, cuando se ejercita el derecho potestativo de producir un efecto único respecto de varias personas...” (G.J. t. LXXIX, pág. 157)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de junio de 2012, Radicación número 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990) Subsección C, Sentencia del 8 de mayo de 2013, Radicación número 50001-23-31-000-1998-00027-01(24510); Subsección C, Sentencia del 24 de octubre de 2013, Radicación número 68001-23-15-000-1995-11195-01(25869).

alguno frente al contratante incumplido que no fue vinculado, en virtud del derecho fundamental del debido proceso, y las garantías inherentes al derecho de defensa y contradicción, que a no dudarlo, constituyen un escollo insalvable para proferir un fallo contra quien no fue citado a proceso, sin permitirle el ejercicio y defensa de sus derechos.

Así las cosas, es evidente que la excepción de inoponibilidad de la cláusula arbitral no puede prosperar y el Tribunal Arbitral tiene plena competencia para dirimir esta disputa.

2.3. LA EXCEPCIÓN DE INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL

La Convocada argumenta que se realizó una indebida integración del tribunal, arguyendo que el asunto objeto de controversia recae sobre un contrato de seguros y que los árbitros debieron ser seleccionados por su especialidad, dado que el asunto principal discutido no es el contrato de suministro e instalación de la estructura metálica, sino la cobertura y alcance del contrato de seguro.

Se apoya en que según el artículo 2.23 del Reglamento el sorteo de árbitros por el Centro de Arbitraje debió hacerse “entre los árbitros de la especialidad”, en el caso concreto, de “seguros” y los designados no pertenecen a las Listas A y B de estos temas, por lo cual está indebidamente integrado el Tribunal. En efecto, incluso considera que la demandante pidió que el Tribunal Arbitral incluyera uno de los miembros de la lista que tienen conocimiento de derecho de seguros.

La indebida integración del Tribunal Arbitral concierne a las condiciones personales de los árbitros, el procedimiento para su designación o el número de sus integrantes⁵⁰. Los argumentos expuestos por la Convocada atañen a que los árbitros no fueron sorteados por el Centro de las listas en la especialidad de

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de junio de 2009, rad. 35288, reiterada en Sentencia de 7 de marzo de 2016, Sección Tercera, Subsección C, Radicación: 11001-03-26-000-2014-00110-00(51860): “La Sala ha sostenido que la indebida integración del tribunal tiene que ver con las condiciones personales del árbitro, con el procedimiento para su designación, o con el número de sus integrantes. Así, el recurso prospera, por vía de ejemplo, en eventos tales como el incumplimiento por parte de los árbitros de los requisitos exigidos por la ley o los contemplados en el pacto por las partes, cuando su nombramiento no se hace con arreglo a lo establecido en la cláusula arbitral o cuando siendo institucional el nombrado no hace parte de la lista respectiva”.

seguros, situación que no se ajusta al pacto arbitral en el cual las partes no acordaron esa condición ni puede extenderse a esa circunstancia.

Al respecto, se resalta que, por no haber existido acuerdo para el nombramiento de árbitros, el Centro de Arbitraje efectuó sorteo de árbitros de las listas de especialistas en derecho comercial y derecho de seguros; los designados, aceptaron en la oportunidad legal y presentaron la declaración de independencia y deber de información consagrado en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012. En el Acta de reunión de nombramiento de 29 de julio de 2019, se consigna que según “el pacto arbitral y la especialidad de la controversia, se hará el nombramiento de 3 árbitros por sorteo de la Lista A de árbitros especialistas en Derecho Comercial y de la lista de Seguros, éstas combinadas”, y en el texto del Acta del Sorteo Público de 30 de julio de 2017, constan los tres (3) árbitros principales y tres (3) suplentes sorteados “*de la lista A de árbitros especialistas en Derecho Comercial y Seguros*”.

Así las cosas, el proceso para designar a los árbitros se realizó de conformidad con lo dispuesto en el Pacto Arbitral contenido en la Cláusula 8.13 del “Contrato de Suministro e Instalación número AM300615-01”, en el que se indica que: “[Si] LAS PARTES no llegaren a un acuerdo sobre el nombre del o los árbitros, el Tribunal será designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, según su reglamento; (...). B) Serán aplicables las tarifas establecidas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín”.

En este sentido, el procedimiento surtido en el presente trámite atiende a las disposiciones del pacto arbitral y precisamente el sorteo se hizo de las listas de derecho comercial y de seguros, y no se formuló ningún reparo, en el momento en que se surtió la instalación del Tribunal Arbitral. Por lo anterior se resalta que el proceso se ajusta específicamente a lo previsto en el pacto arbitral, en la Ley 1563 de 2012, salvo en lo relativo a las tarifas (artículos 58 y 119, ibídem), y en el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, por lo que no prospera tampoco la excepción de indebida integración del tribunal.

2.4. LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

A propósito de la improcedencia de la acción de cobro en los términos del artículo 20 de la Ley 1116 de 2006, que parece igualmente orientarse a cuestionar la competencia por la acción ejercida, la norma dispone:

“A partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor.

Así, los procesos de ejecución o cobro que hayan comenzado antes del inicio del proceso de reorganización, deberán remitirse para ser incorporados al trámite y considerar el crédito y las excepciones de mérito pendientes de decisión, las cuales serán tramitadas como objeciones, para efectos de calificación y graduación y las medidas cautelares quedarán a disposición del juez del concurso, según sea el caso, quien determinará si la medida sigue vigente o si debe levantarse, según convenga a los objetivos del proceso, atendiendo la recomendación del promotor y teniendo en cuenta su urgencia, conveniencia y necesidad operacional, debidamente motivada.

El Juez o funcionario competente declarará de plano la nulidad de las actuaciones surtidas en contravención a lo prescrito en el inciso anterior, por auto que no tendrá recurso alguno.

El promotor o el deudor quedan legalmente facultados para alegar individual o conjuntamente la nulidad del proceso al juez competente, para lo cual bastará aportar copia del certificado de la Cámara de Comercio, en el que conste la inscripción del aviso de inicio del proceso, o de la providencia de apertura.

El Juez o funcionario que incumpla lo dispuesto en los incisos anteriores incurrirá en causal de mala conducta”. (Subrayas ajenas al texto)⁵¹.

Con relación a sus alcances, la Superintendencia de Sociedades en oficio 220-024903 de 8 de marzo de 2013, señaló lo siguiente:

“ii) Del estudio de la norma antes transcrita, se desprende que la misma regula cuatro aspectos importantes a saber:

a) imposibilidad de admitir nuevas demandas contra el deudor en reorganización y de continuar procesos de cobro contra el mismo; b) remisión de procesos ejecutivos al proceso de reorganización; c) medidas cautelares en los procesos que se incorporan; y d) nulidad de las actuaciones de los procesos ejecutivos realizadas con posterioridad al inicio del proceso, los cuales se desarrollan a continuación:

a) En cuanto al primer aspecto, se anota que, en consideración al carácter universal de los mecanismos concursales, a partir de la iniciación del proceso de reorganización no podrá

⁵¹ Según la Corte Constitucional, Sentencia C-145 de 2018, el artículo 50 de Ley 1673 de 2013 modificó el precepto: “En este orden de ideas, el artículo 50 de la Ley 1676 de 2013 establece un conjunto de prerrogativas a favor del acreedor con garantía real respecto del deudor que ha entrado en un proceso de reorganización. Como primera cuestión, el precepto introduce una modificación tácita al artículo 20 de la Ley 1116 de 2006”.

admitirse nuevas demandas ejecutivas o continuarse los procesos los procesos ejecutivos o de jurisdicción coactiva en curso contra el deudor.

Sin embargo, es de advertir que tal prohibición no aplica para los procesos declarativos, salvo el de restitución, como tampoco a los ejecutivos que promueva el deudor en reorganización contra terceros. (Subrayas ajenas al texto) ⁵²

El presente proceso es declarativo, por cuanto se pretende el incumplimiento del contrato de suministro por uno de los contratantes, la consecuencial declaración de causación de perjuicios, la expedición de una póliza de cumplimiento con las coberturas amparadas, la ocurrencia del riesgo y la condena a la aseguradora a pagar las indemnizaciones respectivas⁵³.

3. LAS EXCEPCIONES DE CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN

⁵² El artículo 25 de la Ley 1116 de 2006 dispone sobre los “Créditos. (...) Los créditos litigiosos y las acreencias condicionales, quedarán sujetos a los términos previstos en el acuerdo, en condiciones iguales a los de su misma clase y prelación legal, así como a las resultas correspondientes al cumplimiento de la condición o de la sentencia o laudo respectivo. En el entretanto, el deudor constituirá una provisión contable para atender su pago”, el artículo 70, la continuación de procesos ejecutivos contra los garantes o deudores solidarios o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación; y el 71 establece: “Las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso de insolvencia son gastos de administración y tendrán preferencia en su pago sobre aquellas objeto del acuerdo de reorganización o del proceso de liquidación judicial, según sea el caso, y podrá exigirse coactivamente su cobro, sin perjuicio de la prioridad que corresponde a mesadas pensionales y contribuciones parafiscales de origen laboral, causadas antes y después del inicio del proceso de liquidación judicial. Igualmente tendrán preferencia en su pago, inclusive sobre los gastos de administración, los créditos por concepto de facilidades de pago a que hace referencia el párrafo del artículo 10 y el párrafo 2o del artículo 34 de esta ley”. La Corte Constitucional en Sentencia C-006 de 2018, señaló “En cuanto a los procesos declarativos y las acreencias condicionales, estos no suspenden el trámite de insolvencia, sino que requieren que el deudor constituya una provisión contable para atender su pago mientras se resuelve el asunto, de tal forma que de ser reconocido se pagará en condiciones iguales a los de su misma clase y prelación legal.[35] Los argumentos del actor se dirigen a impugnar la disposición planteando que la misma genera un trato idéntico entre desiguales, pues hace perder a quienes habían adelantado procesos judiciales anteriormente, las ventajas que dichos procesos les darían sobre la garantía del pago de sus acreencias. Así entendido, el cargo resulta admisible, por cuanto es pertinente, específico y suficiente para convocar a la Corte a adelantar el control de la norma”..

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 22 de septiembre de 2017, SC15032-2017, Radicación n° 08001-31-03-002-2011-00049-01: “[...] el concepto de proceso judicial, en términos generales, hace referencia a una serie de actos coordinados y preestablecidos en el ordenamiento jurídico, dirigidos a obtener un pronunciamiento de fondo, con el cual se resuelva la controversia de intereses suscitada y sometida a la jurisdicción del Estado, existen diferencias entre el que busca concretar un derecho hipotético y aquel por medio del cual se pretende hacer efectivo un derecho cierto o formalmente probado. El primer evento alude al proceso declarativo y el segundo, al ejecutivo. Aquel, por tanto, tiene como finalidad que se declare la existencia de un derecho subjetivo carente de certeza, se modifique o extinga una relación jurídica presente y de ser el caso, se imparta orden al deudor para que satisfaga una determinada prestación. Éste, por su parte, se encamina a lograr el cumplimiento coactivo de una obligación expresa, clara y exigible contenida en documento que constituya plena prueba de ella, a cargo del deudor”.

La Convocada también planteó la excepción de caducidad y prescripción de la acción, alegando que la Convocante conoció de la ocurrencia del siniestro con una anterioridad mayor a dos años desde la fecha de la presentación de la demanda arbitral, configurándose así la caducidad y prescripción de la acción.

No obstante lo anterior, el artículo 1081 del Código de Comercio dispone que:

*“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.
La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.
La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.
Estos términos no pueden ser modificados por las partes.”*

Sobre la prescripción ordinaria prevista en el artículo citado, se ha pronunciado la jurisprudencia en el sentido de indicar que el propósito de esta figura es dotar a las partes de garantías para poder ejercer las acciones derivadas del contrato de seguro. Al respecto se ha determinado que:

“La prescripción ordinaria tiene como principal propósito proteger los intereses de los asegurados que por su condición o por razones ajenas a su voluntad, no hayan tenido o debido tener conocimiento de los hechos que dieron lugar al siniestro. Esto significa que mediante esta modalidad de prescripción, el Código de Comercio quiso dotar de mayores garantías a los legitimados para ejercer las acciones derivadas del contrato de seguro. Si el efecto de la prescripción es crear una consecuencia desfavorable a quien, teniendo las posibilidades de ejercer un derecho o una acción, transcurrido determinado tiempo no lo hizo, en este evento la voluntad del legislador no fue castigar a quien ni siquiera conocía que tiene el derecho o quien por su condición no podría presentar la reclamación.

En materia de prescripción ordinaria se ha establecido que “no basta el acaecimiento del hecho que da base a la acción, sino que por imperativo legal ‘se exige además que el titular del interés haya tenido conocimiento del mismo efectivamente, o a lo menos, debido conocer este hecho, momento a partir del cual ese término fatal que puede culminar con la extinción de la acción ‘empezará a correr’ y no antes, ni después”⁵⁴.

En este sentido, es necesario entrar a evaluar, no el acaecimiento del hecho que puede ser considerado como un siniestro, sino que el titular del derecho derivado del contrato de seguro, en este caso la Convocante, hubiere tenido conocimiento del mismo o debiere tener conocimiento del mismo.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia T.272 de 2015. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

La información que obra en el expediente demuestra que la Convocante presentó solicitud de conciliación el 30 de noviembre de 2018, que de conformidad con el artículo 21 de la Ley 640 del 2001, suspende los términos de caducidad y prescripción. Dicho artículo dispone:

“La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero.”

Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.”

Ahora bien, dicha conciliación se declaró fallida el 27 de febrero de 2019, y se expidieron las respectivas constancias de no acuerdo. Finalmente, habiéndose evacuado la conciliación, la Convocante presentó la demanda el 28 de febrero de 2019.

En este sentido, se resalta que la solicitud de conciliación suspendió el término de prescripción y caducidad.

En todo caso, efectivamente, no transcurrieron más de dos años desde el conocimiento del siniestro y hasta la solicitud de conciliación y eventualmente hasta la presentación de la demanda arbitral, pues como se encuentra probado en el trámite arbitral y de conformidad con el interrogatorio de parte, se definió que el conocimiento efectivo sobre el siniestro ocurrió el 5 de abril de 2017, cuando se tuvo plena certeza de los incumplimientos que permitían perseguir el cumplimiento de la póliza expedida por la Convocada.

Si la Convocada consideraba que debía operar la caducidad o prescripción de la acción en el presente caso, debió probar con certeza el conocimiento efectivo por parte de la Convocante de los hechos constitutivos del siniestro y evidenciar que desde dicho conocimiento habían transcurrido más de dos años antes de presentar la solicitud de conciliación que suspendió el término de prescripción y caducidad.

A pesar de que la Convocada alegó durante el trámite que en la negociación del otrosí al contrato se evidenciaban retrasos que constituían un incumplimiento, lo cierto es que también reconoce que no se tenía claridad sobre a quién debían

atribuirse esos incumplimientos, por lo que no se puede concluir que se tuviera conocimiento efectivo sobre el siniestro.

Además, la Convocada hace referencia a una comunicación en la que se evidencia que PROCIL S.A.S. no entregó cierta información contable para soportar la inversión del anticipo para finales del año de 2016, sin que se precise con claridad la fecha del supuesto conocimiento – que pudo ser posterior al 30 de noviembre de 2016 - y sin que exista claridad sobre el conocimiento efectivo de un siniestro, pues la falta de información no daba cuenta de todos los incumplimientos que fundamentan la presente reclamación.

Así las cosas, dentro del presente trámite no existen pruebas que acrediten que operó la caducidad y prescripción y, por el contrario, se evidencia que el conocimiento efectivo surgió para el momento en que se informó a la Convocada de todos los siniestros el 5 de abril de 2017.

4. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Como quedó sentado en la síntesis de la demanda presentada **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, solicita se declare la celebración del contrato de suministro e instalación de la estructura metálica y su cesión, el incumplimiento contractual por **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.-** que este incumplimiento le causó, entre otros, perjuicios patrimoniales, por la no entrega de la estructura metálica contratada al vencimiento del plazo contractual (2 de septiembre de 2017), la suma total de \$42.167.006.883,00, discriminada así: costos directos e indirectos para terminar la obra: \$38.474.654.767,00 lucro cesante: \$3.692.352.116,00; por los costos de almacenamiento del material abandonado por **PROCIL**, la suma de \$150.934.538,00, y por el no pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los empleados contratados para la ejecución del contrato, la suma de \$86.398.727,00.

Además, en las pretensiones subsiguientes pide declarar la expedición del seguro de cumplimiento del mencionado contrato con los amparos y coberturas indicados, la ocurrencia del riesgo y el pago de las indemnizaciones respectivas

MAPFRE, en su alegato de conclusión al controvertir el daño y el interés asegurable con una argumentación novedosa no invocada en su contestación ni en las

excepciones. Cuestiona el lucro cesante reclamado en virtud de no rentar unos locales comerciales que no son de propiedad de la por la demandante pues no habría obtenido esas utilidades, sino las 80 personas que fueron parte del proyecto asociativo constitutivo del Fideicomiso, y asimismo el daño emergente consistente en el sobre costo de la obra, los montos de la transacción por bodegaje y deudas laborales, porque al estar demostrado que no fue quien los asumió con cargo a su peculio, no es posible que pueda llegar a sufrir un perjuicio en su patrimonio, pues actuó como gerente del proyecto y éste a través del el Fideicomiso Monterrey fue quien asumió todos los costos como demuestran la prueba documental, la pericial, y el testimonio de Juan Estebán Gómez Rodríguez, de donde no puede pretender para sí el reconocimiento de ningún concepto, ni el lucro cesante, ni el daño emergente, ni tampoco el anticipo, en tanto no fue él quien los asumió, sufrió o sufrirá en su peculio, sino el Fideicomiso como propietario de la obra que la autorizó -como su gerente de proyecto- y no hizo más que actuar en nombre y representación de aquél, para que contratara por administración delegada a Ménsula, quien a su vez, bajo esta modalidad, contrató a Procil, por lo cual, todos los efectos de la subcontratación se radican en el mismo y es quien puede reclamar un perjuicio, tal como acreditan las pruebas del proceso, de donde si no asumió ningún daño con cargo a su patrimonio, no asumió anticipo, ni pagó prestaciones sociales, ni las transacciones de material metálico, ni sufrió lucro cesante en tanto de su patrimonio no ha salido dinero alguno en relación con dichos conceptos, ni se verá afectado por el no retorno o ingreso de ellos, no existe daño directo, personal y cierto sufrido.

En análogo sentido, sobre la ausencia de interés asegurable, argumenta:

“7. DEL INTERES ASEGURABLE:

“Durante la preparación del presente alegato y desarrollados los temas anteriores, surgió una inquietud acerca del interés asegurable.

Mi mandante, partiendo de lo consignado en el contrato de estructura metálica, encontró inicialmente que podía suscribir bajo esas condiciones el contrato de seguro, en tanto se allí se establecía que era Consultorías la obligada al pago en favor del afianzado, adquiriendo así un interés asegurable.

Sin embargo, el desarrollo probatorio nos inclina a pensar que no existió nunca tal interés, en el entendido que los en realidad no eran, nunca lo fueron, con cargo al patrimonio de la demandante, sino que realmente siempre y en todo momento estuvo pensado que fuera en

cabeza del Fideicomiso, por lo que se estima a la sazón, que tal y como se solicitó la Póliza por el tomador bajo las condiciones establecidas por Ménsula, nunca se cumplió con ese requisito de la esencia del contrato de seguro, haciendo que se deba concluir que el mismo ha sido en todo momento ineficaz.

*Teniendo claro que la demandante actuó en todo momento com (sic) **gerente de un proyecto, y como contratante bajo administración delegada**, en ningún momento tuvo en riesgo su patrimonio, y conforme con ello, si bien podría haber llegado a tener algún interés asegurable, el mismo no calzaría en la forma y bajo los conceptos que hoy son reclamados, pues sus riesgos serían de naturaleza y cuantía diferentes.*

Fue por eso que muy seguramente, conscientes de tal situación, intentaron a última hora salvar tal eventualidad a través del otrosí y su correspondiente petición de prórroga de la póliza, cuando allí se solicitabó (sic) incluir como asegurado al Fideicomiso (cuyo vocero es Alianza Fiduciaria) y a Monterrey Gran Centro Comercial P.H., lo que no aconteció en el caso de marras, pues la póliza no consignó cambios al respecto, sin que la hoy demanante (sic) hiciera manifestación alguna de inconformidad al respecto.

Pero si se quisiera aceptar que sí, que se incluyó como asegurado al Fideicomiso, debió entonces ser Alianza Fiduciaria la que como vocera legal debió haber presentado la demanda y no Consultorías, quien no podrá ahora siquiera insinuar que lo hace en nombre de aquel, en tanto en el interrogatorio de parte, a pregunta del Tribunal, su representante dice de manera rotunada (sic) que comparece en representación de Consultorías.

Adicionalmente, el poder allegado con la demanda no deja duda alguna que fue en dicha calidad que ejerció su derecho de acción. (...) Colofón de los anotados, débense negar todas y cada una de las pretensiones de la actora.

CONSIDERACIONES

La perspectiva planteada por **MAPFRE**, también atañe a la *legitimación en la causa* que el juzgador debe verificar “*con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular*” (cas. civ. sentencia de 1° de julio de 2008, [SC-061-2008], exp. 11001-3103-033-2001-06291-01), y la cual, se estudia de entrada conjuntamente en este aparte del laudo por su indisociable relación.

En la doctrina, ilustrativo es el enfoque que distingue la “*legitimación en la causa (ad causam)*” de la “*legitimación ad processum*”, esta última referida a la capacidad para ser parte en un proceso o para comparecer en juicio, al paso que primera

alude al derecho que se tiene a que se resuelva sobre las pretensiones planteadas mediante sentencia de fondo, favorable o desfavorable⁵⁵.

La legitimación en la causa toma en consideración el vínculo existente entre cada una de las partes, demandante y demandada, entendiendo la relación procesal que se establece por intermedio de la pretensión, es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta que consta en la demanda y de la notificación de ésta al demandado; esta es la denominada *legitimación de hecho en la causa*; el accionante, al interponer la demanda, está legitimado de hecho y por activa; y, quien es demandado, está legitimado de hecho y por pasiva, una vez se hubiere efectuado la notificación del auto admisorio de la demanda. Ahora bien, se ha entendido la *legitimación material en la causa*, como la participación real de los principales sujetos procesales (demandante y demandado) en los hechos que originan la formulación de la demanda, independientemente de que se haya demandado o no.

En la jurisprudencia del Consejo de Estado aparece, en forma clara y reiterada, en relación con la *“legitimación en la causa”*, la distinción entre *“legitimación de hecho en la causa”* y *“legitimación material en la causa”*, en el entendido que, en general, no es propiamente una excepción de fondo, y se constituye como una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable a la parte demandante o a la demandada. De un lado, la legitimación de hecho en la causa es entendida como la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado; del otro, la legitimación material en la causa alude, por regla general, a una situación distinta, cual es la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o hayan sido demandadas.

La legitimación material en la causa, tanto por activa, como por pasiva, es previa *conditio sine qua non*, entre otros factores, para acoger o desestimar el petitum o las excepciones, *“pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de*

⁵⁵ Planeamiento expuesto por Hernando Devis Echandía.

terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdiccional cuya característica más destacada es la de ser definitiva” (casación de 3 de junio de 1971, CXXXVIII, págs. 364 y siguientes).

Con relación a la legitimación en la causa, el Consejo de Estado, en providencia del 31 de agosto de 2.015⁵⁶, manifestó:

“La legitimación en la causa por activa es la calidad que le permite a una persona que hace parte de una relación jurídica, formular demandas u oponerse a las pretensiones que en su contra se formulen. Sobre esta figura, la Sala de Sección ha señalado:

La legitimación en la causa -legitimatío ad causam- se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas. Es decir, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquélla exista.

Es un elemento de mérito de la litis y no un presupuesto procesal (Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 23 de abril de 2.008, Exp. 16.271, Consejera Ponente Ruth Stella Correa P.).

De conformidad con la jurisprudencia de la Corporación, existen dos clases de falta de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente, en consideración a que, si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Auto 2012-00054, 31 de agosto de 2.015, Magistrado Ponente Danilo Rojas B.

Posteriormente, el mismo Consejo de Estado, en Sentencia del 6 de mayo de 2.016⁵⁷, expuso:

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha construido una postura “consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.

Así las cosas, clarificada la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en el entendido que la misma no es constitutiva de excepción de fondo, sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado, resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa.

Así pues, toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.

De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho, pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores.

En suma, un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente está legitimado materialmente, ya que ésta solamente es predicable se reitera, de quienes tienen un derecho cierto que habilita el ejercicio de la acción a los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquélla realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una u otra parte.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia 1999-02812/31412, 6 de mayo de 2.016, Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio G.

De su parte, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado:

“Acerca del mencionado instituto jurídico la Corte ha expuesto que ‘la legitimación en la causa (...) es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste. Por eso, su ausencia no constituye impedimento para resolver de fondo la litis, sino motivo para decidirla adversamente, pues ello es lo que se aviene cuando quien reclama un derecho no es su titular o cuando lo aduce ante quien no es el llamado a contradecirlo, pronunciamiento ese que, por ende, no sólo tiene que ser desestimatorio sino con fuerza de cosa juzgada material para que ponga punto final al debate, (...).

Concretando su criterio sobre el punto, la Corte hizo la siguiente exposición:

‘Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la legitimatio ad causam consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)’. (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185). Conviene desde luego advertir, para no caer en el error en que incurrió el Tribunal que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de ‘acción’ no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es como el derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de ‘pretensión’, que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado

(...). Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor”⁵⁸.

Teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales transcritos en precedencia, examinemos la situación particular que nos ocupa:

Se colige, sin ningún esfuerzo, que **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, está legitimada por activa de hecho, por activa, a partir de la presentación del libelo introductor; por su parte, **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, se encuentra legitimada de hecho por pasiva, una vez le fue notificado el auto admisorio de la demanda.

⁵⁸ Sentencia de 26 de julio de 2013, Exp. N° 05001-31-03-009-2004-00263-01. n sentido similar, fallos de 1 de julio de 2008 (exp. 06291) y de 12 de junio de 2001 (exp. 06060), estos dos citados por H.F. López en CGP, Tomo I, página 333).

En análogo sentido, **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, está legitimada por activa para pretender las declaraciones de incumplimiento y de los perjuicios económicos que le causó, porque ostenta la posición jurídica de parte o sujeto contractual del contrato de suministro e instalación en virtud de la cesión del contrato y posición contractual que le hizo **Ménsula S.A.** con notificación y aceptación de **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.-** vinculada a este proceso en calidad de legitimo contradicтор y litisconsorte necesario por pasivo como parte o sujeto contractual del mismo contrato.

Con relación a la legitimación material en la causa, debe precisarse que, a juicio de este Tribunal, no existe la menor duda de que a **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, le asiste el derecho a reclamar a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - MAPFRE SEGUROS.**, en virtud del contrato celebrado y, en particular del seguro contratado, teniendo en cuenta su calidad de asegurada, como se desprende del tenor de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro.

Debe recordarse que fueron *partes*, en el contrato de suministro celebrado el 30 de junio de 2015, de un lado, **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, y, de otro lado, **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.-**; la primera, adquirió la posición contractual de **Ménsula S.A.** por cesión suscrita el 29 de agosto de 2016.

PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.-, en documento previo del 24 de agosto de 2016, hace constar la “notificación y aceptación” de la cesión de posición contractual en el “Contrato de Suministro e Instalación”, por **Ménsula S.A.**, a **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.** “a partir de la fecha de suscripción de la respectiva cesión.”

No obstante ser posterior, la ejecución práctica demuestra la cesión, por cuanto, **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.-** y **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, en documento ulterior -Otrosí número 1 del 1° de septiembre de 2016-, en calidad de partes del “Contrato de Suministro e Instalación”, modifican el contrato en la Cláusula Quinta (“Garantías”), relativa a la constitución de las pólizas de seguro, entre otras estipulaciones.

PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.- contrató con **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - MAPFRE SEGUROS-** la póliza de cumplimiento No.

42005315000025, expedida el 19 de junio de 2015, con amparos de cumplimiento, anticipo, salarios, prestaciones sociales y estabilidad de obra.

El 17 de enero de 2017, **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - MAPFRE SEGUROS.-** expide el certificado No. 2, a la Póliza No. 42005315000025. Tomador/Afianzado: Proyectistas y Civiles S.A.S. -PROCIL S.A.S.-; Asegurado y/o Beneficiario: **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, Coberturas: de manejo e inversión de anticipo, cumplimiento, pago de salarios y prestaciones sociales y estabilidad de la obra; e hizo constar la modificación del asegurado por cesión del contrato, el Otrosí No. 1, valores, vigencia, y términos; Finalidad: garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del garantizado, originados en virtud de la ejecución del contrato conforme al certificado de modificación que reseña el objeto del mismo, la modificación del asegurado por cesión del contrato suscrita entre **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, y MÉNSULA, el Otrosí No. 1, la vigencia, y los amparos, su vigencia, etc.

A juicio de este Tribunal, obra en el expediente abundante material probatorio que permite tener plena certeza respecto del interés asegurable de la convocante, con arreglo al contrato de seguro, del cual se deriva su condición de “asegurada”, con la consiguiente legitimación sustancial para exigir el cumplimiento de la prestación indemnizatoria a cargo de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - MAPFRE SEGUROS-**, máxime si se tiene en cuenta que no existe en el proceso copia del contrato de fiducia, ni prueba alguna de la transferencia del Contrato de Suministro y de Seguro a la Fiduciaria. Para este Tribunal y de conformidad con el recaudo probatorio, el fideicomiso no es titular de la relación jurídica contractual de seguro de cumplimiento y, en consecuencia, no tiene interés asegurable (el fideicomiso pagó por órdenes de **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, razón suficiente para concluir que quien sufre el daño es ésta última); el asegurado es la sociedad demandante, parte también del contrato garantizado; téngase en cuenta, además, que la póliza de seguro prohíbe la cesión -punto 11, condiciones generales-, salvo consentimiento escrito previo.

Con base en las consideraciones expuestas en precedencia, para este Tribunal es un hecho cierto que **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, en consideración a su calidad jurídica de “asegurada”, es el ente moral a quien le reporta beneficio la estipulación del seguro, situación que inequívocamente la faculta para demostrar la titularidad del interés asegurable una vez acaecido el siniestro, lo que permite

concluir, sin ambages, que se encuentra legitimada materialmente en la causa por activa, para exigir de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - MAPFRE SEGUROS-**, el pleno cumplimiento contractual de la obligación condicional contraída por la aseguradora (legitimada materialmente en la causa por pasiva), que se traduce en la prestación del débito resarcitorio prometido, en el evento en que se materialice el siniestro.

Por tal razón, la legitimación por activa y pasiva concurre en este proceso en las partes demandante, demandada y la *litisconsorte* necesaria por pasiva, y el cuestionamiento del daño y de la *“falta de interés asegurable”*, con el argumento esgrimido en forma novedosa, no está llamado a prosperar, pues la legitimación material en la causa, tanto por activa como por pasiva ha quedado demostrada en el proceso.

5. LOS DICTÁMENES PERICIALES DE PARTE

La Convocante aportó con su demanda un dictamen pericial preparado por RSM Assurance & Audit S.A.-César Mauricio Ochoa Pérez, Contador Público, fechado a 20 de diciembre de 2018.

La Convocada, el 14 de octubre de 2020 aporta un dictamen pericial elaborado por el Contador Público Arnulfo Silva González, para cuya contradicción la Convocante aportó un dictamen preparado por RSM Assurance & Audit S.A.-César Mauricio Ochoa Pérez, Contador Público, fechado a 7 de diciembre de 2020.

Ambas partes cuestionan en los alegatos de conclusión algunas respuestas de los peritos.

En particular, la Convocante pide *“analizar la independencia y objetividad del Sr. Silva”, quien “siempre ha trabajado para Mapfre desde hace más de 14 años (ver certificación de Mapfre). Trató de mostrar independencia al decir que fue su ajustador hace muchos años y que ahora solo colabora con los ajustadores de Mapfre”, y el “método de su dictamen fue sembrar dudas y aceptar o rechazar cifras por miles de millones, sin soportes ni verificaciones, o basado en suposiciones”*.

Delante de este reparo, a juicio del Tribunal, la simple relación profesional que haya tenido un perito con una de las partes, en línea de principio, no es suficiente para afectar su independencia e imparcialidad, tanto cuanto más en ausencia de otros elementos que permitan inferir razonablemente su afectación, cuando se declara sobre la ausencia de impedimentos, causas de recusación o conflictos de interés⁵⁹.

Según el reiterado entendimiento de la jurisprudencia civil, la eficacia probatoria de este medio de prueba, además de la imparcialidad, competencia e idoneidad del perito, pende de la claridad, precisión, fundamentos y la ausencia de todo “*motivo*”

⁵⁹ En su declaración de 3 de febrero de 2021, el perito Arnulfo Silva González, interrogado por el Tribunal, declaró lo siguiente: “PREGUNTADO: muchas gracias, doctor Silva. Por favor nos dice si usted ha tenido alguna relación profesional o de otra naturaleza distinta a la emisión de este dictamen con PROCIL, con MÉNSULA, con la compañía demandante, y la convocada MAPFRE. CONTESTÓ: con MÉNSULA, o con PROCIL, o con CONSULTORÍA Y EMPRENDIMIENTOS, no, no he tenido ningún tipo de vínculos. Con la Compañía MAPFRE ha tenido algún tipo de relación hace unos años con respecto a hacer ajustes de siniestros, y les he acompañado en algunos peritajes con respecto a demandas o procesos que han sucedido, causados por siniestros, especialmente en el ámbito financiero. PREGUNTADO: muchas gracias, doctor Silva. En su dictamen hace referencia a la ausencia de inhabilidad, incompatibilidad y conflicto de intereses para emitir su dictamen, y de la misma forma su experiencia profesional. Le pregunto si usted reitera lo que en este dictamen ha indicado a propósito. CONTESTÓ: sí señor, el dictamen ha sido emitido basado en los documentos que me han presentado y que están relacionados al inicio del estudio. Básicamente los que fueron anexados al informe de las firmas RSM, que fueron presentados en diciembre del 2018 y diciembre del 2020, y la información que fue recibida directamente del Tribunal”. interrogado por el apoderado de la Convocante, expresó: “PREGUNTADO: muchas gracias doctor. Doctor Silva, ¿usted quiere precisar hace cuánto tiempo hace ajustes para MAPFRE? CONTESTÓ: ¿hace cuánto ajusto siniestros para la compañía MAPFRE? Yo le respondería: desde que me independice en el año 2001, más o menos hasta el año 2010. A partir de esa fecha no he realizado ajustes. ¿En razón de qué? Porque la independencia mía era básicamente para apoyar en la parte financiera a ajustadores, porque yo no podría ser ajustador también porque me convertiría en competencia de los ajustadores de MAPFRE, y más bien lo que hacía era apoyar a los ajustadores de MAPFRE en temas financieros, normalmente. Creo que en el año 2014, tal vez, fue la última vez que realicé un tema de un peritaje de un siniestro que se hizo en esa época, [...] PREGUNTADO: según su respuesta, ¿es a partir del año 2014 aproximadamente que no hace ajustes directos para MAPFRE, sino que apoya la parte financiera de otros ajustadores de MAPFRE? CONTESTÓ: sí. PREGUNTADO: doctor Silva, ¿usted tiene celebrado un contrato marco con MAPFRE que regule en general cada uno de los contactos y contrataciones que hace MAPFRE para que haga ese tipo de apoyos? CONTESTÓ: no, no hay contrato suscrito. [...] PREGUNTADO: ¿usted recibe una remuneración fija de parte de MAPFRE para ser contratado para esos distintos trabajos, o se le remunera por cada uno de ellos? CONTESTÓ: los remunera el ajustador, el ajustador a quien yo le presto el servicio es el que me remunera directamente, y ellos le cobran a MAPFRE. PREGUNTADO: ¿usted y su firma aceptan que asegurados de MAPFRE lo contraten a usted para hacer ajustes desde siniestros, desde el punto de vista del asegurado, para sustentar la reclamación contra MAPFRE eventualmente? CONTESTÓ: ese servicio empezamos a prestarlo en mi firma cuando tenía 5 colaboradores, que eran unos estudiantes de la Universidad Javeriana. Empezamos a prestarlo para asegurados y corredores de seguros hace más o menos unos 3 años. [...] si me pregunta cuántos ajustes tengo para las compañías de seguros, le digo cero; cuántos procesos tengo a favor de asegurados con respecto a las compañías, o en contra, digámoslo así, porque así lo llaman, en contra de la compañía de seguros, podrían ser unos 7 o 10 casos. Entonces en este momento digamos no tengo, o por eso no tengo el vínculo con ellos como ajustador, porque además no puedo ser ajustador y por otro lado ayudarle a un asegurado; sería un conflicto grande de intereses en ese aspecto”.

serio para dudar” de la misma⁶⁰ y el juzgador debe valorar el dictamen pericial “*de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso*”. (arts. 232 y 235, C.G.P.)⁶¹.

Del mismo modo “*los asuntos estricto sensu jurídicos, se reservan al juzgador, siendo inocuas e inanes las eventuales opiniones de los expertos sobre puntos de derecho y las objeciones de ‘puro derecho’ sobre su alcance o sentido (Sala de Casación Civil, auto de 8 de septiembre de 1993, exp. 3446), en tanto ‘la misión del perito es la de ayudar al juez sin pretender sustituirlo’ (G.J. tomo, LXVII, pág. 161) (cas. civ, sentencia sustitutiva de 9 de julio de 2010, exp. 11001-3103-035-1999-02191-01)”⁶²*

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de mayo de 2014, Rad. 08001-31-03-011-2008-00263-01: “[...] Su eficacia probatoria, según se desprende del artículo 241 ejusdem, se halla condicionada a la conducencia que ostente el hecho cuya acreditación se pretende, a la idoneidad e imparcialidad del perito”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de septiembre 15 de 2017, Rad. 080012331000199812677 01: “La Sala ha considerado que la eficacia probatoria del dictamen de expertos requiere que: [...] (ii) el dictamen sea personal y contenga conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas, por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; (iii) el perito sea competente, es decir, un experto para el desempeño del cargo; (iv) no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad”; Sección Tercera, Sentencia del 31 de mayo de 2016, Rad. 470012331000199900704-01; Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 18 de mayo de 2017, Rad. 73001-23-31-000-2005-00776-01; Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 17 de mayo de 2007, Rad.: 05001-23-31-000-2000-03341-01 (AG).

⁶¹ En Sentencia de 9 de septiembre de 2010, Rad. 17042-3103-001-2005-00103-01, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expresó: “*corresponde al juzgador en su carácter de autoridad suprema del proceso, [...], cuando el trabajo de los expertos carezca de soporte cierto, razonable o verosímil, ofrezca serios motivos de duda, contenga anfibologías e imprecisiones, contradiga las evidencias procesales o se funde en conjeturas, suposiciones o informaciones no susceptibles de constatación objetiva, científica, artística o técnica, se impone el deber para el juzgador de desestimar el dictamen pericial y sustentar su decisión en los restantes elementos probatorios. En idéntico sentido, si el concepto de los expertos, ofrece múltiples o diferentes conclusiones respecto de un mismo asunto, aspecto o materia, el sentenciador, podrá optar por cualquiera que le suministre el grado de certidumbre necesario para su decisión, según la consistencia, exactitud y aptitud de la respuesta conclusiva o, incluso extraer las propias apoyado en el material probatorio del proceso. En efecto, es “asunto pacífico en la jurisprudencia que el juzgador no se encuentra imperativamente obligado a acatar el dictamen pericial. [...] Esa prueba, como todas las demás, debe ser apreciada por el juez en conjunto con las demás que obren en el proceso y de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 187 C.P.C.), labor que, tratándose de aquella, se realizará teniendo en cuenta la precisión, firmeza y calidad de sus fundamentos (art. 241 ib.), tarea en la que el juzgador goza de autonomía, [...]”*”.

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de octubre de 2011, Exp.: 11001-3103-032-2001-00847-01.

En idéntico sentido *“la crítica, inconformidad o desavenencia con la pericia, o la diversidad de criterios u opiniones”*, son *“susceptibles de disipar en la etapa de valoración del trabajo y de los restantes medios de convicción”*⁶³.

Al respecto, la Corte Suprema ha reiterado las siguientes pautas:

“2. En lo que puntualmente concierne al dictamen pericial, este tiene por objeto llevar al juez información cuando el campo del conocimiento del que se extraiga no sea de su dominio, puesto que con él es posible obtener un concepto fundado en el método científico, el arte o la técnica; cuyas conclusiones incidirán en la adopción de la decisión que dirima el conflicto planteado, según lo dispone el artículo 226 del Código General del Proceso.

“A voces del artículo 227 de la Ley 1564 de 2012 la parte que pretenda valerse de una experticia deberá aportarla en la respectiva oportunidad. Esto es, el actor en su demanda (art. 82) o en el término para solicitar las adicionales (art. 370), y el convocado con su contestación (art. 96); o, cualquiera de ellos, dentro del plazo especial del artículo 227.

“También, dicha probanza deberá contener unas exigencias mínimas que deben dar cuenta de tres elementos: los fundamentos, la imparcialidad y la idoneidad de quien lo elaboró. Así lo señala el artículo 226 del compendio, [...]”

“En lo que respecta a su decreto, con miramiento en el artículo 168 ibídem, regla general y, por tanto, aplicable a cualquier medio de prueba, el juez rechazará la que encuentre ilícita, notoriamente impertinente, inconducente y la manifiestamente superflua o inútil. Todo lo cual realizará con la debida motivación.

“Ya en punto de la contradicción, el litigante contra el cual se aduzca podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia de instrucción y juzgamiento, aportar otro o realizar ambas actuaciones, con sujeción a las reglas estipuladas en el canon 228.

“Por último, terminada esta fase y escuchados los alegatos finales de las partes, cuando a ello haya lugar, el fallador apreciará el dictamen en su sentencia; labor que emprenderá de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en la que evaluará la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, así como las demás pruebas que obren en el proceso (art. 232).

“Es este el momento, entonces, en el que se deberá examinar con rigor el trabajo pericial en todas sus dimensiones a efectos de asignarle fuerza demostrativa. Dicho de otra manera, es aquí que se escudriña la imparcialidad e idoneidad del experto, así como la fundamentación de la investigación y sus conclusiones. No antes.

“De modo que el análisis acerca del cumplimiento o no de los requisitos enlistados en el citado precepto 226 corresponde a una actividad propia del momento en que se dirime la controversia, razón por la cual la ausencia de los mismos no da lugar al rechazo automático de dicho medio de convicción. Esto es, a que se impida su ingreso al proceso, puesto que

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de nueve (9) de julio de 2012, Rad. 1999-02191-01.

los únicos motivos que llevan a esa determinación son los referidos en el artículo 168 ídem, huelga reiterar, respecto de «las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles». Y no existe disposición especial en materia de experticia que autorice excluir la prueba por esa razón.

“Pues bien, como ha quedado dicho y en conclusión, si el dictamen no posee estas características no debería ser tomado en consideración. Puede intentarse corregir o precisar el dictamen durante la comparecencia del perito, como veremos después. Pero también es posible que esa misma comparecencia revele que el dictamen es sumamente defectuoso, o que el perito no tiene la preparación suficiente para realizar su labor. (...) -Resalta la Corte- (2010. La valoración de la prueba. Marcial Pons. Pág. 292).

“Como puede ser visto, en lo que respecta a uno de los aspectos trascendentales de la experticia, como lo es la imparcialidad de quien la elabore, el legislador es diáfano en mostrar que dicho aspecto, de un lado, podrá ser objeto del interrogatorio del perito (contradicción en audiencia) y, del otro, será «apreciado» en el fallo, al punto que, en el evento en el que encuentre circunstancias que afecten gravemente su credibilidad, podrá negarle efectos a la misma. Todo lo cual sucede luego de que se decreta la prueba y se permita su incorporación al plenario”.⁶⁴

En consecuencia, en tanto el Tribunal deba soportar su decisión en los dictámenes periciales, teniendo clara la limitación de su eficacia probatoria a los asuntos respecto de los cuales se solicitó y autorizó la prueba, los valorará de conformidad con el marco legal y su entendimiento jurisprudencial, considerando los reparos de las partes y los elementos probatorios en su conjunto.

6. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

6.1. PRIMERA PRETENSIÓN: DECLARACIÓN DE CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE SUMINISTRO

La pretensión primera principal de la demanda solicita declarar la celebración el 30 de junio de 2015 de un contrato entre **MÉNSULA S.A.** (en calidad de contratante) y **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL-** (en calidad de contratista), cuyo objeto era el "Suministro de materiales, fabricación, transporte, montaje, instalación, ensayos no destructivos de la estructura metálica para la Ampliación, Remodelación y Actualización de la planta física de Monterrey Gran Centro Comercial P.H"

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC2066-2021, Sentencia de 3 de marzo de 2021, Radicación no 05001-22-03-000-2020-00402-01

(identificado con el número AM300615-01), que fue modificado mediante "Otrosí No. 1" de septiembre 1° de 2016.

CONSIDERACIONES

1. El 30 de junio de 2015, **MÉNSULA S.A.** como "Contratante" y **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.-** en calidad de "Contratista", celebraron el Contrato No. AM300615-01 denominado "Suministro e Instalación".

Por su objeto consistente en el *"[s]uministro de materiales, fabricación, transporte, montaje, instalación, ensayos no destructivos de la estructura metálica para la Ampliación, Remodelación y Actualización de la planta física de Monterrey Gran Centro Comercial P.H"*, la Contratista con plena autonomía técnica, administrativa y financiera, con sus propios medios, equipos y herramientas, trabajadores y personal, se obligó con la Contratante *"a suministrar, realizar, planos de taller, fabricar, realizar ensayos no destructivos, pintar, transportar, montar e instalar la estructura metálica requerida para la obra denominada AMPLIACIÓN GRAN CENTRO COMERCIAL MONTERREY-P.H., ubicada en la ciudad de Medellín, mediante la modalidad de contratación de PRECIO UNITARIO FIJO NO REAJUSTABLE, bajo su entera responsabilidad"*. (Cláusula Primera, Objeto y Octava, 8.5).

Se acordó realizar el suministro e instalación de conformidad con los planos, la descripción y especificaciones pactadas o anexadas, la oferta presentada el 6 de abril de 2015, el acta de informe de sustentación técnica de la propuesta de 8 de abril de 2015, las cartas aclaratorias de 9 y 16 de abril de 2015 y la oferta económica final de 22 de abril de 2015, ajustándose a los términos de los pliegos de especificaciones y condiciones del contrato contenidos en Anexo 2 y a la aprobación de la interventoría.

El alcance del contrato comprende la ejecución, suministro e instalación de las columnas metálicas de soporte de la estructura metálica mediante encamisado de 24 unidades en el sótano existente, la prolongación de las columnas hasta el tercer nivel de ampliación, 32 columnas cabeza de pantalla de concreto en acero y tres columnas de fachada en acero, la construcción de las placas de soporte de los 3 niveles de ampliación con área aproximada de 8.199, 7.327 y 5.322 metros cuadrados, la cubierta del vacío en parqueadero localizada en el nivel señalado

con área de 2082 M2, las vigas requeridas en planos para soportar las placas de los niveles 3, 4 y 5, la instalación de las láminas de Steel deck con sus conectores para conformar las placas, los ensayos no destructivos del plan de calidad y la pintura de protección y acabado de las estructuras metálicas, para lo cual, se anexaron la propuesta, los mencionados pliegos, el procedimiento de construcción, los planos y diseños, el plan de calidad, el plan de seguridad industrial, salud ocupacional y manejo ambiental, y el cronograma que el Contratista declaró conocer, además de las condiciones del sitio, la situación de orden público y circunstancias incidentes en el valor y ejecución del contrato (Cláusula Primera, Objeto).

La Contratista, entre otras obligaciones, contrajo las siguientes:

- (i) Estudiar y analizar planos y especificaciones, asistir a reuniones, indicar los problemas técnicos y proponer los cambios o mejoras a los mismos;
- (ii) Adquirir y suministrar los materiales, herramientas y equipos necesarios para la correcta ejecución e instalación del sistema;
- (iii) Ejecutar la obra según las aprobaciones, cronograma, especificaciones y planos suministrados, debidamente aprobados, las normas de diseño y construcción sismo resistentes-NSR-10;
- (iv) Garantizar la calidad, idoneidad y funcionamiento de los bienes, reponer los defectuosos o imperfectos, responder de los vicios redhibitorios y del saneamiento, atender las reclamaciones del Contratista por fallas o defectos en la construcción o en el suministro,
- (v) Permitir la supervisión de las obras con el acompañamiento de la interventoría y acatar sus recomendaciones;
- (vi) Presentar el informe de actividades y avances;
- (vii) Cumplir las obligaciones relativas al pago de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones, seguridad social y demás obligaciones laborales con su personal, a cuyo efecto, es el único responsable de proveer y pagar todos los requerimientos

de su personal, siendo también de su cargo el pago del 100% de los aportes a EPS, ARL, pensión, caja de compensación, aportes parafiscales, etc.;

(viii) Disponer del personal técnico idóneo, designarlo con el administrativo; ejecutar el contrato según el cronograma de actividades y sus modificaciones;

(ix) Responder por los daños frente a terceros;

(x) Atender el almacenamiento adecuado y la conservación de todos los materiales, mantener los lugares libres de desperdicios o escombros e indemne al contratante y;

(xi) Elaborar los planos de taller, garantizar la disponibilidad del trabajo, y retirar por su cuenta y riesgo el personal que a juicio de la interventoría sea inconveniente para los trabajos (Cláusulas Segunda, Sexta y Octava).

De su parte, la Contratante, entre otras, prestaciones asume las siguientes:

(i) Pagar el valor del anticipo y hacer los pagos mensuales en los períodos o plazos acordados, previa presentación de las Actas y facturas y “visto bueno de LA INTERVENTORIA”;

(ii) Entregar los planos, diseños estructurales y especificaciones de las obras, tramitar los permisos respectivos, suministrar la información necesaria, avisar oportunamente la suspensión total o parcial de la construcción que resuelva, proporcionar un sitio para almacenamiento de material y herramientas, abstenerse de impartir órdenes directas al personal de la obra, entregar los espacios, lotes y edificaciones; y

(iii) Elaborar el acta de recibo y liquidación final del contrato, “una vez terminado el servicio y cumplidas a cabalidad por parte de EL CONTRATISTA, la totalidad de sus obligaciones (Cláusula Segunda);

La supervisión del proyecto se hará conjuntamente por la interventoría técnica y administrativa.

El Propietario de la obra hará la interventoría administrativa y designará interventor técnico mediante la contratación de la sociedad Interventoría, Asesoría y Construcción S.A.S, quienes tendrán entre otras facultades, las de verificar que el Contratista cumpla con sus obligaciones contractuales, solicitarle informes y la oportuna atención de todo requerimiento, autorizar los gastos que deba hacer y requieran de autorización para ser reembolsados, tendrán acceso libre a la obra, a la contabilidad y a todos los documentos de ejecución, sin limitarse a subcontratos, manejo de personal, movimiento de almacén (Cláusulas Primera y Segunda).

El plazo del suministro e instalación se pactó en 420 días calendario según el Anexo 7, Cronograma, contados desde la suscripción del acta de inicio que se señaló para el 30 de junio de 2015, susceptible de ampliación por las causas estipuladas y sin perjuicio de la facultad del Contratante de terminar el contrato antes de su vencimiento (Cláusula Tercera).

El valor definitivo las obras comprende todos los costos y gastos necesarios para la ejecución de las obras, incluyendo los de elementos de protección personal y elementos de trabajo en altura.

Se convino a precio unitario fijo no reajutable en la suma de \$23.701.339.523,87 incluido IVA sobre una utilidad del 4%, discriminado por las cantidades y valores en el ANEXO 1, y resultará de multiplicar las cantidades de obras efectivamente ejecutadas y recibidas a entera satisfacción por el Contratante y el Interventor, por los precios unitarios acordados, sin que los recibos parciales y liquidaciones comporten aceptación final, sino simple trámite para efectos del pago de las cuentas, pudiendo aumentar o disminuirse según las ampliaciones o reducciones respectivas (Cláusula Cuarta).

El pago del valor del contrato se pactó en un porcentaje del 40% a título de anticipo y, el 60% mediante actas de obras mensuales.

El anticipo se estipuló en una suma equivalente al 40% del valor del contrato, antes de IVA, en tres cuotas:

(i) La primera del 20% que asciende a \$4.714.036.676 a la firma del contrato, previa presentación de las pólizas acordadas;

(ii) La segunda del 10%, de \$2.357.018.338 a los 30 días de la suscripción del acta de inicio, y

(iii) La tercera, del 10% de \$2.357.018.338 a los 45 días de la suscripción del acta de inicio.

Adicionalmente, en las actas de cobro de los meses 3 y 7, se hará un avance de obra por \$1.500.000.000.

Los dineros del anticipo serán invertidos por el Contratista en el cumplimiento del objeto del contrato quien debe presentar las justificaciones que se le soliciten en relación con la destinación o inversión, y se someten a revisión del Contratante y la interventoría; su reembolso, se hará mediante el descuento del valor en cada acta de pago que presente el Contratista, se amortizará proporcionalmente del valor de cada acta según las cantidades revisada, aprobadas por la Interventoría y debidamente ejecutada.

El 60% del valor del Contrato, se pagará mediante el pago de actas con cortes parciales mensuales conforme al procedimiento señalado, de cuya facturas se realizará una retención en garantía del 5% para aplicarlo al pago de multas, penalidades, incumplimientos, entre otras sanciones que se impongan al Contratante, los perjuicios causados al Fideicomiso Ampliación Monterrey o a terceros por el ejecución del contrato u omisión de las actividades para su ejecución, y cuyo pago final se hará a la entrega a satisfacción de la obra.

Las facturas presentarán el pago de seguridad social, nómina obligaciones laborales; las actas de obra suscritas por ambas partes; con la última, el acta de recibo suscrita por ésta y la interventoría, recibos de paz y salvo o certificaciones de pago de sus empleados y los restantes documentos establecidos.

El Contratante, además constituirá un Fondo de Reserva en cuantía suficiente como mínimo del 5% del valor del contrato, sobre el valor bruto de las actas parciales de obra ejecutada y/o de cada pago para garantizar la buena calidad de la obra, el pago oportuno de salarios, prestaciones e indemnizaciones de sus trabajadores o dependientes, el cumplimiento de cualquier obligación derivada del contrato y los demás asuntos estipulados (Parágrafo segundo, numerales 1 a 6 y Parágrafo quinto).

Se estipularon las siguientes garantías que el Contratista constituirá dentro de los cinco días siguientes a la firma del contrato mediante pólizas de seguro a favor del Contratante, quien será el asegurado y beneficiario, se entregarán con el pago de las primas, prorrogarán en caso de prórroga o extensión del plazo y aumentarán de modificarse su valor, asumiendo el Contratista todo los deducibles, la responsabilidad extracontractual contendrá los amparos enunciados en la Cláusula Séptima:

POLIZAS	PORCENTAJE	VALOR ASEGURADO	VIGENCIA
BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO	100% del valor del Anticipo	\$9.428.073.352	Duración del Contrato + 2 meses
CUMPLIMIENTO	20% del valor del contrato	\$4.740.267.905	Duración del Contrato + 4 meses
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	30% del valor del contrato	\$7.110.401.857	Duración del Contrato + 6 meses
ESTABILIDAD DE LA OBRA, CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES	30% del valor del contrato	\$7.110.401.857.	Duración del Contrato + 5 años a partir de entrega de la obra a entera satisfacción
PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES	10% del valor del contrato	\$2.370.133.952	Duración del Contrato + 36 meses a partir de entrega de la obra a entera satisfacción

La cesión del contrato y subcontratación por el Contratista requerirá del previo consentimiento escrito de la Contratante. Ésta, podrá hacer efectivas las garantías en caso de presentarse el evento cubierto e imponer multas en caso de mora, cuyo valor se deducirá de la retención en garantía sobre actas, del saldo pendiente de pago y en tercer lugar de la póliza de cumplimiento.

Se pactó la terminación unilateral del contrato sin indemnización por el Contratante por las causas pactadas y las demás establecidas en la ley, aplicables al contrato.

Se estipuló la penal pecuniaria en caso de incumplimiento del Contratista en suma equivalente al 20%, la cual no extingue sus obligaciones principales, la facultad de exigir las ni la indemnización de perjuicios.

Igualmente se pactaron las cláusulas, compromisorias y de indemnidad, la liquidación, la forma escrita para sus modificaciones, y la responsabilidad del Contratista por todos los perjuicios que genere el incumplimiento, el cumplimiento tardío o defectuoso al Contratante o terceros (Cláusulas Octava a Décima Tercera).

2. **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, como “Contratante” y **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.** en calidad de “Contratista”, el 1 de septiembre de 2016 suscriben el “OTROSI No. 1” al contrato de suministro, fabricación, transporte, montaje, instalación, ensayos no destructivos y pintura de la estructura metálica para la Ampliación del Centro Comercial Monterrey de Medellín. En antecedentes, hacen constar:

*“Segundo. Posteriormente, mediante contrato de cesión firmado el 29 de agosto de 2016, MÉNSULA S.A. cedió su posición contractual en favor de **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, de lo cual fue plenamente acordado y notificado a **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. - PROCIL S.A.S.**”.*

Con este Otrosí No. 1 las partes además de reiterar la “plena validez y vigencia” de “todas las demás estipulaciones” del contrato suscrito entre las partes el 30 de junio de 2015, convienen modificar el numeral 1 de la Cláusula Segunda del Contrato para ratificar la obligación del Contratista de asumir el costo de los ensayos no destructivos y adicionar esta prestación.

Modifican la Cláusula Tercera relativa al “plazo de duración del contrato” que será “de DOCE (12) MESES, contados a partir del 10 de septiembre de 2016 hasta el dos (02) de septiembre de 2017, fecha en la cual EL CONTRATISTA deberá tener terminada la instalación de la estructura metálica” según las especificaciones técnicas acordadas y cuyas actividades se desarrollarán de acuerdo con el Anexo 7, Cronograma, en forma que deberá cumplir los hitos y metas previstos.

Acuerdan modificar la Cláusula Cuarta, Valor del Contrato, para corregir un error de digitación en el cuadro de precios fijos unitarios en cuanto al porcentaje correcto del AIU que es de 9.514951% y el numeral a) relativo al anticipo de la Cláusula Quinta, “Forma de Pago”, para actualizar el valor del anticipo, así:

“a) ANTICIPO: EL CONTRATANTE realizó un pago inicial por valor de \$10.513.224.321 antes de IVA como ANTICIPO AL CONTRATISTA, los cuales son recibidos a satisfacción por éste último. Sobre la totalidad del ANTICIPO el CONTRATISTA debe actualizar póliza de buen manejo y correcta inversión del anticipo, en los términos de la cláusula séptima del presente contrato en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles después de la firma del presente otrosí No. 1”

También modifican la Cláusula Séptima, “Garantías” para actualizar el valor asegurado de la póliza del buen manejo y correcta inversión del anticipo, incluir al Fideicomiso Ampliación Monterrey “como asegurado y beneficiario de la totalidad de las pólizas del contrato”, además de incluirlo y a terceros civilmente afectados como beneficiarios y asegurados en la póliza de responsabilidad civil extracontractual, pactando en lo pertinente:

“SEPTIMA. GARANTÍAS. Para garantizar las obligaciones establecidas en el presente Contrato, una vez firmada el acta de inicio, EL CONTRATISTA se obligará a constituir por su cuenta, las pólizas necesarias establecidas a continuación y referidas al cumplimiento del contrato, donde el tomador será EL CONTRATISTA, y los asegurados beneficiarios serán CONSULTORIAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S. y el FIDEICOMISO AMPLIACIÓN MONTERREY, con Nit. 830.053.812-2, cuyo vocero y administrador es ALIANZA FIDUCIARIA S.A. Las pólizas de seguros deberán reunir las condiciones requeridas y previamente aprobadas por EL CONTRANTE y LA INTERVENTORIA en cuanto a emisor, formas, clausulados, condiciones generales, particulares y especiales, objeto, valor asegurado, alcance, vigencias, coberturas, y exclusiones de los distintos amparos.

EL CONTRATISTA deberá asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, mediante la consecución de pólizas que tengan las siguientes garantías:

[...]

PARÁGRAFO SEGUNDO. EL CONTRATANTE, FIDEICOMISO AMPLIACIÓN MONTERREY, con Nit. 830.053.812-2, cuyo vocero y administrador es ALIANZA FIDUCIARIA S.A, MONTERREY GRAN CENTRO COMERCIAL P.H. Nit. 800.021.520-9 y terceros civilmente afectados, deberán figurar como asegurados y beneficiarios en la póliza de responsabilidad civil extracontractual”.

En el Parágrafo Cuarto de esta Cláusula, las partes hacen constar el “retraso en la ejecución del presente contrato durante el período comprendido entre el 16 de junio de 2015 y el 15 de junio de 2016”, respecto del cual acuerdan que el 50% de la prima de seguros será asumido por el Contratista si no logra demostrarle a la Interventoría que no le es imputable en todo o en parte.

Las pólizas acordadas en esta modificación, son las siguientes:

POLIZAS	PORCENTAJE	VALOR ASEGURADO	VIGENCIA
<p>BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO Objeto: Los perjuicios ocasionados por el uso o apropiación que el Contratista haga de los dineros entregados en calidad de anticipo. Y demás riesgos aprobados por EL CONTRATANTE</p>	100%	\$10.613.224.321	Duración del Contrato + 4 meses
<p>CUMPLIMIENTO: Objeto: El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato y el pago de las indemnizaciones que pueden serle exigidas al Contratista. Y demás riesgos aprobados por EL CONTRATANTE</p>	20%	\$4.740.267.905	Duración del Contrato + 4 meses
<p>RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL Objeto: Para garantizar los daños a terceros. Debe incluir responsabilidad por sub Contratistas, vehículos propios y no propios, y responsabilidad civil cruzada. Y demás riesgos aprobados por EL CONTRATANTE</p>	30%	\$7.110.401.857	Duración del Contrato + 1 año
<p>ESTABILIDAD DE LA OBRA, CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Objeto: La estabilidad de la Obra y el reemplazo o reparación de las obras que presenten defectos después de la Entrega Definitiva. Y demás riesgos aprobados por EL CONTRATANTE.</p>	30%	\$7.110.401.857.	Duración del Contrato contado a partir de la entrega de las obras del Contratista. 5 años a partir del acta de entrega de la obra a entera satisfacción del CONTRATANTE y/o INTERVENTORIA
<p>PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES Objeto: Las posibles reclamaciones y condenas por responsabilidad laboral contra EL CONTRATISTA y/o EL CONTRATANTE. Y demás riesgos aprobados por EL CONTRATANTE</p>	10%	\$2.370.133.952	Duración del Contrato + 36 meses a partir de entrega de la obra a entera satisfacción del CONTRATANTE y/o INTERVENTORIA

3. Por el Contrato AM300615-01, la Contratista se obligó con plena autonomía técnica, administrativa y financiera, propios medios, equipos, personal e infraestructura a adquirir y suministrar los materiales, herramientas y equipos

necesarios para la ejecución de una obra de fabricación, montaje e instalación de la estructura metálica de la ampliación, remodelación y actualización de la planta física de Monterrey Gran Centro Comercial, según las especificaciones, planos y el cronograma, siendo de su cargo el costo de estas actividades y del personal a cambio de una contraprestación económica, es decir, a proveer cosas y servicios.

Por su objeto y contenido configura un negocio jurídico de suministro “*contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de la otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios*”, cuya función económica se proyecta en la certeza de provisión, disponibilidad, celeridad y economía, y cuyos elementos esenciales son la autonomía e independencia de las partes, la pluralidad prestacional sobre cosas o servicios, la periodicidad o continuidad de las prestaciones, y la contraprestación a favor de quien suministra o proveedor y a cargo del suministrado o consumidor (art. 970 del Código de Comercio) ⁶⁵.

En suma, la pretensión primera está llamada a prosperar. El Contrato en efecto se celebró por las partes, y está debidamente probado en el proceso.

6.2. SEGUNDA PRETENSIÓN: DECLARACIÓN DE CESIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

La pretensión segunda principal de la demanda solicita declarar que el contrato AM300615-01 celebrado el 30 de junio de 2015 entre MÉNSULA S.A. (en calidad de contratante) y Procil S.A.S (en calidad de contratista), fue cedido por aquélla a

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de abril de 1993, exp.3395: “[...] hay contrato de suministro cuando por virtud del acuerdo entre las partes, una de ellas se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de la otra, de manera independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”; Sentencia de 13 de noviembre de 2019, SC4902-2019, Rad. 11001-31-03-006-2015-00145-01; Sentencia de 18 de abril de 2018, SC-1121 de 2018, Rad. 05001-31-03-016-2007-00128-01; Sentencia de 15 de febrero de 2018, SC170-2018, Rad. 11001-31-03-039-2007-00299-01: Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Contratos típicos. Decimotercera edición actualizada. Pontificia Universidad Javeriana – Legis, 2013, páginas 9 y 10: Es “con el cual se satisface la necesidad de permanencia y se prevé lo que requieran las partes, cuyas prestaciones, observadas por separado, pueden ser de venta, servicios, obra, transporte, u hospedaje, entre otros. Las regulaciones propias de cada contrato, de acuerdo con cada una de esas prestaciones y con el interés pretendido por los contratantes, se aplicará en tanto no sean incompatibles con el contrato de suministro. El suministro se presenta como cada uno de esos contratos a los cuales se refiere la prestación aislada repetida en el tiempo, debido al interés que mueve a las partes y a su función en la vida económica, pero no es adverso a ninguna de esas figuras, por el contrario, cada una de ellas es un complemento para su parca regulación”.

Consultorías y Emprendimientos S.A.S y que esa cesión fue notificada a la segunda en agosto de 2016.

CONSIDERACIONES

1. Disciplinada en el Libro IV, Título I, Capítulo VI, arts. 887 a 896 del Código de Comercio, y admitida antes por la jurisprudencia en los negocios civiles⁶⁶, la *cesión de contrato* es un negocio jurídico por cuya virtud el contratante cedente transfiere a título singular, total o parcialmente al contratante cesionario la relación jurídica contractual, su posición, derechos y obligaciones inherentes a su calidad de parte, y comprende el crédito, la deuda, la responsabilidad, las pretensiones, acciones, privilegios y beneficios legales, ya en su totalidad, ora en un segmento concreto⁶⁷; cuando es total, la posición contractual se transfiere íntegra, y si fuere parcial en una porción, hipótesis en la cual la calidad de parte se ostenta por el contratante primario y el adquirente en la fracción cedida⁶⁸. Es, por lo tanto, un negocio jurídico celebrado entre dos partes, el contratante cedente y el contratante cesionario frente a quienes produce plenos efectos desde su celebración⁶⁹; el contratante cedido es tercero en la cesión y parte en el contrato primario, quien desde su conocimiento,

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 29 de mayo del 42, LIV,107-116; 24 de marzo de 19943, LV, 238; 28 de julio de 1960, XCIII, 114.

⁶⁷ El artículo 887 del Código de Comercio, dispone: “En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva, cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución. La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados *intuitu personae*, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.” Art. 895. “La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales, inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato (...).”

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de octubre de 2011, Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01: “Por su virtud, el tercero cesionario adquiere del contratante cedente la posición o situación jurídica que le corresponde, sustituyéndolo en la totalidad o en un segmento de las relaciones jurídicas (cas. civ. sentencias del 23 de enero de 1943, LV, p. 10; 11 de octubre de 1945, LIX, 718; 22 de agosto de 1946, LXI, 19; 29 de mayo de 1942, LIV, 107; 24 de marzo de 1943, LV, 238; 28 de julio de 1960, XCIII, 114). (...) En la cesión total, el cesionario adquiere la calidad de parte que correspondía al cedente, y en la parcial, se presenta su desdoblamiento por la unión, adición o agregación ulterior de una nueva “parte” en el segmento específico al que concierne, es decir, el contratante cedente conserva su posición de parte, su calidad de titular, acreedor y deudor, salvo en la relación singular cedida adquirida por el cesionario, quien respecto de esta porción se convierte en parte”.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 4 de abril de 2001, exp. 5628: “De conformidad con el inciso 1o del artículo 887 del Código de Comercio, la validez de la cesión de un contrato mercantil de ejecución periódica o sucesiva, puede predicarse con independencia de la aceptación expresa del contratante cedido, salvo que exista prohibición legal o las partes hayan limitado o proscrito la sustitución”.

notificación, aceptación o aquiescencia⁷⁰ aún por conducta concluyente⁷¹ debe cumplir las prestaciones a favor del contratante cesionario (arts. 888, 889, 892 y 894 C. de Co.)⁷², y si la ha autorizado previamente no puede renegar la autorización, ni rehusarse desleal o abusivamente a cumplir. La cesión presupone un contrato de prestaciones correlativas en ejecución y susceptible de cederse⁷³;

La cesión de contrato obliga y vincula al contratante cedido desde su conocimiento o notificación, sin requerirse su aceptación. Por excepción en contratos de ejecución instantánea pendientes de cumplimientos, en los celebrados *intuitu personae* y en los casos taxativos consagrados en la ley, es necesaria la aceptación del contratante cedido (art. 887 c. de co.)⁷⁴, sea expresa, sea por conducta

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 5 de mayo de 1941, LI, 256; 31 de agosto de 1941, G.J. LII, pp. 6; 24 de febrero de 1975, G.J. CLI, No. 2392 pp. 49 y ss; 12 de septiembre de 1950, G.J. LXVIII, pp. 61; 25 de noviembre de 1993, G.J. 2461, 258; 22 de mayo de 1995, G.J. CCXXXIV, 2473, p. 916; 4 de abril de 2001, exp. 5628.

⁷¹ Art. 889 C. de Co: “No obstante lo previsto en el artículo anterior, en los contratos de suministro la simple aquiescencia tácita a su continuación por un tercero, se entenderá como cesión del contrato”.

⁷² Art. 892 C. de Co: “El contratante cedido no podrá cumplir válidamente en favor del cedente las prestaciones derivadas del contrato cedido, una vez notificada o aceptada la cesión o conocido el endoso. Si el cedente recibe o acepta tales prestaciones sin dar al contratante cedido aviso de la cesión o endoso del contrato, incurrirá en las sanciones previstas en el Código Penal para el delito de estafa”. Art. 894: “La cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto en el inciso tercero del artículo 888”.

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de julio de 2012, Expediente 110131030261998-21524-01: “[...]La cesión comercial debe versar necesariamente sobre un contrato susceptible de ser cedido. Respecto de esa exigencia, la norma atrás reseñada consagra, como regla general, la credibilidad de las convenciones, lo cual significa que, salvo disposición en contrario, la calidad de parte en esa relación es susceptible de transferirse de un sujeto a otro; empero, la restringe en los casos que puntualmente precisa, los que, itérase, son: (i) Por disposición legal. (ii) Si fueron concertadas cláusulas que limiten o excluyan la cesión. Y es que las partes gozan de autonomía para convenir el clausulado que regirá la negociación que pretendan ajustar, claro está, sin que contravenir el orden público y las buenas costumbres (artículo 16 del Código Civil). Por esa razón, en principio, las estipulaciones que comporten la prohibición de ceder la posición contractual son válidas, excepto si en ciertas condiciones son consideradas abusivas. (iii) En los pactos de ejecución instantánea, cuyas obligaciones fueron cumplidas sustancialmente, dado que agotado su objeto pierden su valor instrumental y, por ende, la cesión carecería de interés, ya que no reportaría utilidad alguna. (iv) En los convenios *intuitu personae*, puesto que en éstos la persona contratada es el elemento esencial, en el sentido de que un motivo cualquiera a inducido a escogerla como estipulante, ya sea por estar dotada de cualidades o aptitudes especiales o de una particular pericia técnica. Es por ello, que la cesión de aquellos está sujeta a la autorización del cedido”

⁷⁴ *Ad exemplum*, art. 1051 c. de co; para la cesión de los contratos estatales, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 precisa su carácter *intuitu personae* “y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de abril de 2012, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00704-01(21699); sentencia de 28 septiembre de 2011, Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476); auto del 7 de febrero de 2002, Expediente 11001-03-26-000-2001-0062-01(21845).

concluyente, *verbi gratia*, al recibir del contratante cesionario la ejecución de las prestaciones derivadas del contrato cedido.⁷⁵

Conocida, notificada o aceptada la cesión, según sea el caso, es oponible y produce plenos efectos respecto del contratante cedido, quien si hizo reserva de no liberar al cedente *“al autorizar o aceptar la cesión o al serle notificada, en el caso de que no la haya consentido previamente, podrá exigir del cedente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, pero deberá poner el incumplimiento en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor”* (art. 893 c. de co.), y en todo caso, *“podrá oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato.”*, incluso las fundadas en otras relaciones con el cedente respecto de las cuales hizo reserva (art. 896 c. de co), y las suyas propias contra el cesionario.

2. Consta en el expediente que, mediante documento de 24 de agosto de 2016, **PROCIL S.A.S.** *“se da por notificada y acepta la cesión del contrato AM300615-01”* suscrito el 30 de junio de 2015, en favor de la sociedad **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.** que *“reconocerá como su CONTRATANTE”, “a partir de la fecha de suscripción de la respectiva cesión”,* continuando vigentes, las *“demás cláusulas establecidas en el contrato inicial”*.

Así mismo, **PROCIL** declara a paz y salvo a **MÉNSULA S.A.**, y la autoriza para entregar al cesionario el valor correspondiente a la retención en garantía.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 4 de abril de 2001, exp. 5628: “ [...] una cosa es la aceptación como condición de validez, que no se precisa, y otra el rol que ella juega para determinar los efectos de la cesión, pues mientras que éstos se producen entre cedentes y cesionario desde cuando el acto se celebra, tratándose del contratante cedido y de terceros, éstos sólo se producen desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto en el inciso tercero del artículo 888 [...]”; sentencia del 24 de julio de 2012, Expediente 110131030261998-21524-01 “[...] La aceptación del sujeto sustituido no es requisito para el perfeccionamiento de la cesión, en virtud de que ésta produce efectos entre el cedente y el cesionario desde su celebración (artículos 887 y 894 ibídem). No obstante, para que ese traspaso de la posición contractual sea oponible al cedido será necesario notificársela, en razón a que a éste le asiste un legítimo interés en conocer la misma y en particular la identidad de quien asumirá los compromisos adquiridos por la persona con cual negoció; además, tal comunicación apareja la oponibilidad frente a terceros. Incluso, en casos excepcionales no es suficiente con el referido acto de enteramiento, pues la ley exige la aprobación de la parte cedida, conforme acontece cuando el negocio ha sido celebrado *intuitu personae* y en los de ejecución instantánea con prestaciones pendientes. En síntesis, se cede la posición contractual constituida por los créditos y obligaciones, y para que tenga efectos liberatorios respecto del transmitente se requiere la voluntad del estipulante sustituido.”

También actúa copia del documento suscrito el 29 de agosto de 2016 por **MÉNSULA S.A.S.** en calidad de Cedente, y **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.** en calidad de Cesionario, según el cual “*procede a ceder su posición contractual a EL CESIONARIO para que a partir de la fecha de firma del presente documento, queden en cabeza de éste todas las obligaciones y responsabilidades contraídas por el primero en ejecución del objeto contratado, y ocupe plenamente su posición contractual*”, quien asume todas las obligaciones contractuales, la declara a paz y salvo, “*exenta e indemne frente a cualquier reclamación o eventualidad que EL CONTRATISTA le formule*”, atenderá las reclamaciones formuladas por **PROCIL S.A.S.** respecto de avances de ejecución personal y alquiler torre grúa, obligándose a cumplir las obligaciones derivadas del mismo conforme a sus cláusulas que continúan vigentes.

La cesión anexa: un Anexo 1--Liquidación Contrato de Procil S.A.S. y un anexo 2-Anticipos y retenidos por el beneficiario

Se trata, por consiguiente, de una cesión total del contrato de suministro, con los efectos correspondientes a su disciplina jurídica.

Acreditada la cesión, su notificación y aceptación por **PROCIL** que además hace constar en el considerando segundo de los Antecedentes del Otrosí No. 1 suscrito el 1 de septiembre de 2016 con **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, y en éste mismo, al reconocer su calidad de parte o sujeto contratante, la pretensión está llamada a prosperar y así se declarará en la parte resolutive.

6.3. TERCERA PRETENSIÓN: DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE SUMINISTRO Y DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS

La pretensión tercera de la demanda solicita declarar el incumplimiento por **PROCIL** del contrato de suministro e instalación de la estructura metálica conforme a los hechos.

Pretende igualmente, se declare que ese incumplimiento causó los siguientes perjuicios patrimoniales, según el dictamen de RSM:

- (i) Por la apropiación indebida y el mal uso del anticipo que recibió **PROCIL** para la ejecución del contrato, la suma de \$8.559.022.633,00

- (ii) Por la no entrega de la estructura metálica contratada al vencimiento del plazo contractual (2 de septiembre de 2017), la suma total de \$42.167.006.883,00, discriminada así: costos directos e indirectos para terminar la obra: \$38.474.654.767,00 lucro cesante: \$3.692.352.116,00
- (iii) Por los costos de almacenamiento del material abandonado por **PROCIL**, la suma de \$150.934.538,00.
- (iv) Por el no pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los empleados contratados para la ejecución del contrato, la suma de \$86.398.727,00.

6.3.1. Posición de la Convocante.

El *petitum* se sustenta en el incumplimiento de **PROCIL** al abandonar la ejecución de la obra antes del vencimiento del plazo contractual acordado en 420 días calendario a partir del acta de inicio suscrita el 21 de julio de 2015, prorrogado hasta el 2 de septiembre de 2017 en el Otrosí No. 1 de 1º de septiembre de 2016, abandono que notificó a **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, con escrito de 17 de agosto de 2017.

Agrega que **PROCIL** hizo “*un mal manejo y apropiación indebida del anticipo*”, no justificó el “*buen uso del anticipo*”, al terminar el plazo de ejecución del contrato, el 2 de septiembre de 2017, no ejecutó su obligación contractual de suministrar e instalar la estructura metálica, no amortizó el anticipo recibido, ni restituyó el saldo no amortizado, de lo que dejó constancia en comunicación de 20 de noviembre de 2017. Indica que de un anticipo total de \$12.976.909.171 sólo justificó la inversión de \$4.988.123.452, que el valor del material metálico adquirido con éste que no instaló ni entregó, asciende a \$570.236.914, y que el valor del anticipo no justificado ni legalizado es de \$8.559.022.633, el cual debe ser indemnizado por Mapfre según el amparo de manejo e inversión del anticipo cuyo valor asegurado es de \$10.613.224.321.

Advierte el incumplimiento de la obligación de suministrar e instalar la estructura metálica al ejecutarse un porcentaje menor del total conforme a la certificación de la interventoría, que con el mal uso de anticipo constituyen la causa “*de que el*

proyecto de ampliación del centro comercial Monterrey quedara inconcluso y, además, sin recursos, para poder terminarlo en el plazo que se tenía previsto, lo que causa perjuicios económicos que están cubiertos por el amparo de cumplimiento de la póliza expedida por MAPFRE”.

Añade que los perjuicios económicos causados por daño emergente en virtud de los sobrecostos calculados por RSM para la terminación del proyecto, ascienden a \$22.286.114.521 por costos directos y \$16.188.540.246 por costos indirectos, y que el lucro cesante consistente en la pérdida de la utilidad esperada de los locales por la no entrega oportuna de la estructura metálica que retraso el proyecto y causó que los nuevos locales comerciales que se construirían no pudieran entregarse para su utilización en las fechas previstas, conforme al dictamen de RSM ascienden a \$3.692.352.116 en precios de 2018.

Indica que pagó la suma de \$150.934.538 por concepto de bodegaje del material abandonado por **PROCIL**, \$50.000.000 pagados a Chala S.A.S y Racional Insumos S.A.S en una transacción, y \$100.934.538 pagados entre enero y mayo de 2018 a Puertos Secos Integrados Ltda., valores que con los demás perjuicios debe indemnizar **MAPFRE** hasta el límite asegurado de \$4.740.267.905 del amparo de cumplimiento.

Precisa que debió pagar salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones del personal de **PROCIL** en cuantía de \$86.398.727 que igualmente debe indemnizar **MAPFRE** conforme al amparo de prestaciones sociales e indemnizaciones de la póliza cuyo valor asegurado es de \$2.370.133.952.

En su alegato conclusivo reitera indica que el incumplimiento del contrato está probado con la notificación del abandono de la obra el 17 de agosto de 2017 por **PROCIL** del abandono, los testimonios de los Ingenieros Juan Esteban Gómez, Jorge Rojas y Martín Posse, la certificación de la interventoría de 29 de diciembre de 2018, y su comunicación de 23 de 2017. Estima infundado el planteamiento de **MAPFRE**, al argumentar los cambios de diseños y planos iniciales porque no eran adecuados, porque se basan en un dato anterior a la cesión de la posición contractual y celebración del Otrosí No. 1, el Ingeniero Rojas narró que en marzo, abril y mayo de 2017 se encargó el ingeniero Luis Gonzalo Mejía revisar los diseños por petición de Ménsula, ratificó que los planos eran adecuados y el proyecto era viable, **PROCIL** nunca se excusó en la insuficiencia de los mismos ni lo hizo al

abandonar la obra, conoció el concepto favorable del Ingeniero Luis Gonzalo Mejía y aceptó continuar el contrato, firmó el Otrosí No. 1 sin ninguna salvedad ni invocación de la imposibilidad o dificultad de cumplir por ese u otro motivo, además acordó un nuevo plazo para recuperar el tiempo, **MAPFRE** conoció su texto y aceptó amparar el contrato; el incumplimiento imputable a **PROCIL** está demostrado, la obligación de ejecutar la obra es de resultado, no existe prueba de una causa de exoneración, a punto que la *“simple sugerencia infundada de que los planos y diseños son la causa del incumplimiento, ni es cierta, ni demuestra por qué Procil abandonó la obra inejecutada y se apropió del anticipo no amortizado”*.

El Otrosí No. 1, actualizó el valor del anticipo en la suma de \$10.613.224.321,00 del cual *“debe descontarse el anticipo amortizado después del Otrosí No. 1 para establecer el valor no amortizado y no restituido por Procil, amparado en la póliza”*, el cual según la explicación del Ingeniero Rojas de la Interventoría se cuantificó, excluyendo el valor amortizado por \$2.363.684.851 (anexo 1 de la Cesión de Contrato), tomando el saldo sin amortizar al suscribirse el Otrosí No. 1 por \$7.064.388.501, y adicionando las sumas de \$3.000.000.000 pagados íntegramente en 12 cheques, y de \$548.835.820 en dos cheques, valor total del que **PROCIL** únicamente justificó \$4.988.123.452 y no justificó \$8.559.022.633 del que se descontaron los valores retenidos de las facturas retenidas para un saldo de \$7.770.790.235.

Expresa que el dictamen pericial aportado por **MAPFRE** parte de un anticipo de \$9.428.073,51 que es el inicialmente acordado, del que descontó la factura 2010 por \$942.491.775 a pesar que fue anulada, y rehusó sumar dos pagos de 22 de junio de 2016 por un total de \$548.835.820 y 12 pagos por \$3.000.000.000, no obstante existir los soportes contables; luego descontó gastos de **PROCIL** por \$3.815.123.090, el precio de 1267 toneladas de hierro por \$4.082.514.634, no obstante aceptar la existencia de soportes contables del valor del anticipo., y dice que están demostrados el incumplimiento imputable, los sobrecostos para terminar la obra (daño emergente), el lucro cesante, los costos de almacenamiento del material y los pagos por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones.

Indica que el monto del anticipo previsto en la cláusula cuarta del contrato fue de \$9.428.073.352 de la que se amortizó la suma de \$2.363.684.851 con un saldo por \$ 7.064.388.501 a la fecha de la cesión del contrato y que de consuno se actualizó en el Otrosí No. 1 a la suma total de \$10.613.224.321 resultante del saldo por \$

7.064.388.501 más los anticipos entregados posteriormente en cuantía de \$3.548.835.820, así: el 22 de junio de 2016 en dos pagos cada uno de \$274.417.910, por un total de \$548.835.820,00; en nueve pagos de \$300.000.000; uno por \$150.000.000, otro de \$110.000.000 y uno de \$40.000.000 para un total de \$3.000.000.000, cuya sumatoria es de \$10.613.224.321, tal como se consigna en el Otrosí No. 1 de 1 de septiembre de 2016.

Critica el dictamen pericial aportado por la Convocada, porque en su sentir, su método *“fue sembrar dudas y aceptar o rechazar cifras por miles de millones, sin soportes ni verificaciones, o basado en suposiciones”*; partió de un anticipo de \$9.428073.351; descontó el valor de la factura 2010 por \$942.491.775, a pesar de que fue anulada y por ello no fue tomada en cuenta por Ménsula y **PROCIL** en el Anexo 1 (liquidación contrato) a la Cesión del Contrato y al documento de notificación y paz y salvo; gastos de **PROCIL** por \$3.815.123.090,00, sin base alguna; el precio de 1.267 toneladas de hierro por \$4.082.514.634,00, en forma equivocada; se negó a sumar los pagos en cuantía de \$3.548.835.820, como parte del anticipo, a pesar de relacionarlo en su cuadro No. 1 los soportes contables del Fideicomiso en que consta que se pagaron como anticipo e incluyó dos pagos contra la factura No. 2077 por \$33.200.575 y \$4.832.778, contrariando los soportes contables. Precisa que el perito aceptó haber reconstruido las cifras y cálculos que las partes tuvieron en cuenta para llegar al valor exacto del anticipo actualizado del Otrosí No. 1 (\$10.613.224.320,00), pero eso no le pareció suficiente para aceptar que debía respetar y tener en cuenta esa nueva cifra de anticipo y aceptó que hay soportes contables sobre pagos de anticipo por \$10.613.224.320,00, que respaldan el cuadro de la página 40 de su dictamen.

6.3.2. Posición de la Convocada

MAPFRE al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, precisó en respuesta a algunos hechos que *“se ha conocido que en el presente caso los inconvenientes acaecidos en desarrollo del contrato de suministro e instalación de obra metálica no son atribuibles al afianzado”*, dijo no constarle los supuestos incumplimientos de una persona jurídica distinta, tampoco los perjuicios, acentuó la obligación legal y contractual de colaborar con el garantizado, las vicisitudes respecto de los diseños y otras circunstancias que no al parecer no coincidían con las condiciones físicas del sitio, reiteró que el incumplimiento debe ser imputable al contratista garantizado, debiendo considerarse la conducta del asegurado, que

pese a la magnitud del supuesto incumplimiento del afianzado fue pasivo y desinteresado, *“que, contrario a lo afirmado por el demandante, parecería ubicar las causas de los hechos reclamados más en cabeza del propio asegurado que del afianzado”*, por cuanto *“los diseños y planos suministrados por el contratante no coinciden con la realidad, siendo por tanto, cualquier atraso, costo adicional o cualquier otra circunstancia atribuible al demandante, por lo que deberá asumir las connaturales consecuencias de ello”*.

En su alegato de conclusión, con referencia al seguro contratado, argumenta que no está demostrado el incumplimiento imputable al contratista garantizado, remite al dictamen aportado que señala las actas y documentos donde constan las inconsistencias o incumplimiento del contratante garantizado, insiste en la falta de prueba que establezca lo *“qué hizo y qué no hizo Procil, puesto que sólo se hacen alusiones a porcentajes aproximados de cumplimiento (por el interventor de un 7%, de un testigo del 10% y 15%), lo que de entrada hace inviable señalar en qué medida se cumplió o incumplió para determinar una posible indemnización”*, incluso, *“para el día del otrosí, agosto 29 de 2016, las partes ni siquiera tenían claro a quién correspondía el supuesto incumplimiento; tanto así que definieron cómo pagar la prima de la póliza de prórroga mientras se comprobaba quien fue el que incumplió”*, además deben analizarse las obligaciones de Ménsula, *“ya que el contrato establece unas fechas para los desembolsos de los anticipos y de los pagos adicionales definidos como avance de obra; ello, en tanto la contabilidad confirma que no se pagaron en las fechas establecidas, lo cual tiene serias implicaciones en el cronograma del contrato, por cuanto si el contratista no dispone de los fondos que apalanquen sus compras y gastos no puede iniciar y adelantar conforme al calendario establecido sus compromisos contractuales”*.

Controvierte la conclusión del perito RSM según la cual los valores de las facturas 1989 de 8 de marzo de 2016 por \$4.344.058.149 (duplicada por la No. 1992 de 28 de marzo de 2016 por \$4.344.058.149), y 2001 de 4 de mayo de 2016 por \$1.463.764.205, no deben tenerse en cuenta como anticipo por corresponder al pago de material metálico, porque su contenido y el de las órdenes de giro 71 y 81 emitidas para pagarlas no evidencian ese concepto sino el pago de acta por cortes de obra que se confirman también en el Anexo 1 Liquidación Contrato de Procil S.A.S. realizado al instante de cesión al consignar los cortes de obra No. 01 por \$4.344.058.149 y No. 02 por \$1.463.764.205 que corresponden exactamente a las facturas 1989 (1992) y 2001. Añade que además que la hoja anexa a la

liquidación del contrato, “Anticipos y retenidos por beneficiario”, consigna la factura 2039 en la que consta una nota a mano indicando que se *“deben conciliar los valores a pagar en el ítem de montaje, ya que tanto en corte número uno y corte número 2 se pagó al 100% y no se tuvo en cuenta la pintura y acabado que pertenecen al valor de montaje”*, que la comunicación dirigida por la Interventoría el 17 de junio de 2016 a Ménsula afirma que *“los cortes (facturados y pagados con facturas Nos.1989 y 2001) fueron cancelados como cortes de obra y no pudieron ser revisados”*, no obstante lo cual, *“decidieron pagarlos como anticipo, para no afectar los pagos solicitados por Procil, situación que digamos desde ya, desborda lo pactado en el contrato obra, y por contera lo amparado en el contrato de seguro”*.

Precisa que el dictamen anexo a la demanda señala que se pagaron \$2.445 millones de obra ejecutada y pagada, es decir, cortes de obra, y el perito en su interrogatorio indicó que a la factura 1989 se le practicó retención en garantía y amortización de anticipo, de donde si fuera compra de material metálico no se le hubiera practicado, por lo que, *“el valor de las facturas 1989 y 2001, tiene que ser valorizado y tenido como restituido al patrimonio del Fideicomiso”*. Agrega que la factura número 2010 emitida el 8 de junio de 2016 bajo el concepto de *“Obra Ampliación Monterrey Acta No. 2” por valor total de \$942.491.775, “para facturar el corte de obra no.3 no fue incluido en el estado de cuenta preparado para realizar la Cesión de Contrato de Ménsula S.A. a Consultorías y Emprendimientos S.A.S., tal como se muestra en el documento nombrado como Anexo No. 1 LIQUIDACION CONTRATO DE PROCIL, y debió ser incluido y reconocido”*, porque según la nota de cancelación inserta en su texto a mano alzada (*“CORTE NO. 3 (ANULADA Y CAMBIADA POR C.C. 17/06/16)*) y la comunicación de 22 de junio de 2016 de la Interventoría, el motivo para cancelarla consistió en *“no poder revisar la totalidad de los insumos presentados por Procil en un período corto de máximo un día” y “en dos horas los cortes de estructura metálica”*.

Indica que también debe incluirse el valor de los gastos y costos no reconocidos a **PROCIL** como anticipo amortizado por \$3.815.123.090, al no ser *“de recibo que pasados casi 2 años de su entrega, decida unilateralmente darlos por no aceptados”*, pues nadie puede alegar su propia incuria para beneficiarse de ella.

Cuestiona los \$3.000.000.000 como anticipo, de un lado, porque la orden de giro No. 96 emitida el 21-julio-2016 por la suma de \$1.500.000.000 indica el concepto *“Anticipo ampliación obra Monterrey”*, y de otro, en tanto la nota inserta expresa que

se “genera anticipo directo Gerencia – Procil para liberación flujo de caja. Con legalización de contrato Procil se realizara ajuste, pago y documentos contables”, esto es, “se otorga para liberar flujo de caja, es decir, no corresponde a una obligación establecida en el contrato de estructura metálica”, además en el contrato inicial se acuerda como pago anticipado de avance de obra a los meses 3 y 7, y se realizó en el mes 12 según lo acordado en la reunión de 18 de julio de 2016, o sea, es un “un acuerdo posterior y por fuera del marco contractual, no siendo tampoco, de ser un anticipo, uno de los fijados en el contrato que le fue puesto de presente a Mapfre para expedir la póliza, de donde se concluye que cualquier pago, a cualquier título distinto a los que se habían establecido en el contrato inicial no son objeto de cobertura”.

Argumenta que el anticipo es un daño incierto porque el perito RSM, en su interrogatorio señaló diferentes valores, “\$10.531.287.707”, \$8.559 millones de pesos”, en el dictamen de contradicción “\$7.779.790.225” y el ingeniero Jorge Andrés Rojas de la Interventoría, señaló que “el valor hoy de anticipo no legalizado asciende a la suma de \$7.988 millones de pesos”. Añade que en el hecho 17.3.1. de la demanda, la demandante certifica que el total de la obra ejecutada y pagada a **PROCIL** es de \$16.940.143.764, valor ratificado en el dictamen inicial de RSM, de la que deben restarse \$6.776.057.506 como anticipo amortizado, los costos aceptados por la demandante en cuantía de \$2.521.971.988 \$4.721.501.278 por material metálico recuperado, lo que arroja \$14.019.530.722 restituidos al Fideicomiso, y plantea como hipótesis, de no admitirse el valor del material metálico como amortización, que el valor resultante sería \$9.298.029.494, superior al de las pretensiones de la demanda.

Como se dijo, controvierte el carácter directo, personal y cierto de los perjuicios reclamados por concepto de lucro cesante y daño emergente porque en su sentir quien puede reclamarlos es el Fideicomiso Monterrey, en quien se radican todos los efectos de la subcontratación.

CONSIDERACIONES

1. Derivado de su naturaleza impenativa, el contrato o acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas (arts. 864 del C. de Co y 1495 del C.C), obliga a su cumplimiento de buena

fe⁷⁶ (*pacta sunt servanda, lex privata, lex contractus*)⁷⁷ en lo que le corresponde por definición (**esentialia negotia**), por ley, uso, costumbre o equidad (**naturalia negotia**) y lo expresamente pactado (**accidentalia negotia**)⁷⁸.

El cumplimiento es conducta armónica, simétrica y conforme con la prestación contraída, el título obligatorio y la ley. El incumplimiento, su inobservancia, sea por inejecución, ora ejecución defectuosa o imperfecta del deber de prestación⁷⁹. Cuando se predica de obligaciones surgidas de un contrato se está en presencia, *lato sensu*, de incumplimiento contractual. De éste, dimana la responsabilidad contractual de la parte incumplida o renuente a cumplir y el derecho a obtener la reparación de los daños, consecuencia legal del incumplimiento de las obligaciones

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, Sentencias de abril 2 de 1941, LI, 172; marzo 24 de 1954, LXXXVIII, 129; junio 3 de 1954, LXXXVII, 767; junio 28 de 1956, LXXXIII, 103; junio 23 de 1958, LXXXVIII, 234; octubre 19 de 1994, anotando: "Los particulares deben conducirse en todas sus actuaciones según el principio de la buena fe (C.P. art. 83). En el plano negocial, las partes deben comportarse con lealtad, lo que se traduce, en términos prácticos, en el respeto de los derechos ajenos y en el no abuso de los propios (C.P., art. 95-1)".

⁷⁷ Este principio compromisorio está regulado en el ordenamiento jurídico. Así, el artículo 1602 del Código Civil preceptúa: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". El art. 1603 del Código Civil, dispone: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella", sean esenciales, naturales o accidentales (art. 1501) o de uso común (art.1622). El Código de Comercio, en su artículo 871, reitera:"Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, Sentencia de 31 de mayo de 2010, Exp. 11001-3103-032-2001-00847-01: "Justamente, el contrato, *rectius*, acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas (arts. 864 Código de Comercio y 1495 Código Civil), obliga a su cumplimiento de buena fe, en todo cuanto le pertenece por definición (*esentialia negotia*), ley, uso, costumbre o equidad (*naturalia negotia*) o expresamente pactado (*accidentalia negotia*), en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, constituye un precepto contractual o norma obligatoria (*pacta sunt servanda, lex privata, lex contractus*, artículos 1501, 1602, 1603 y 1623, Código Civil; 871 Código de Comercio), y su observancia vincula a los contratantes" Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de octubre de 2011, Exp. 11001-3103-032-2001-00847-01: "el contrato, acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas (arts. 864 C. de Co y 1495 C.C.), es fuente generatriz de obligaciones y desde su formación genera el efecto primario o inicial, propio de su naturaleza vinculante proyectada en la atadura, vínculo u obligatoriedad de su cumplimiento por las partes, para quienes es precepto o norma contractual obligatoria (*pacta sunt servanda, lex privata, lex contractus*)"; cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01, reiterada en sentencias de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, 5 de diciembre de 2011, exp. 25269-3103-002-2005-00199-01 y 21 de febrero de 2012, exp. 11001-3103-040-2006-00537-01.

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 18 de diciembre de 2009, 41001-3103-004-1996-09616-01: "[...] la expresión incumplimiento tiene un significado técnico preciso en derecho, en cuanto que con ella se hace referencia a la desatención por parte del deudor de sus deberes de prestación, que tiene como consecuencia la insatisfacción del interés del acreedor; se alude, igualmente, incluso a nivel legal, a diversas formas de incumplimiento, ya sea total y definitivo, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial o retardo (arts. 1613 y 1614 del C.C.)".

o de su cumplimiento tardío, defectuoso o imperfecto⁸⁰, a cuyo propósito, es menester, según la jurisprudencia civil:

“La existencia de un contrato válidamente celebrado, la lesión o menoscabo que ha sufrido el demandante en su patrimonio y la relación de causalidad entre el incumplimiento imputado al demandado y el daño causado, son los elementos que estructuran la responsabilidad contractual”⁸¹.

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de marzo 14 de 1996.

⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de marzo de 2003, Exp. C-6879. En Sentencia de 9 de junio de 2015, [SC7220-2015], Radicación n.º 11001-31-03-034-2003-00515-01, itera: “[...] constituyen requisitos para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria de origen contractual, la demostración de la existencia de un contrato bilateral válido celebrado entre quienes concurren al proceso en calidad de parte; actuación de la actora conforme a lo estipulado o haberse allanado a satisfacer las prestaciones a su cargo; incumplimiento del deudor demandado de las obligaciones derivadas de ese vínculo, o su tardía o defectuosa ejecución; daño irrogado al derecho del acreedor, y que el mismo sea consecuencia directa de alguna de aquellas conductas del obligado”; sentencia de 9 de marzo de 2001, rad. 5659: “[...] el acogimiento de la acción depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado”. En Sentencia SC5170 de 3 de diciembre de 2018. Rad. 11001-31-03-020-2006-00497-01, señaló: “(...) para la prosperidad de la acción de responsabilidad contractual estará llamado el demandante a acreditar la existencia de los siguientes supuestos: ‘i) que exista un vínculo concreto entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato); ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposo), iii) y en fin, que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño)’ (CSJ SC 380-2018 del 22 de feb. de 2018, Rad. 2005-00368-01)”. En Sentencia de 18 de junio de 2019, [SC2142-2019], Radicación N° 05360-31-03-002-2014-00472-01, puntualiza: “ante el «incumplimiento contractual», el «acreedor», en procura de la protección del derecho, está facultado para pedir el «cumplimiento de la obligación», o la «resolución del convenio». Además, puede reclamar, bien de manera directa o consecencial, el resarcimiento del daño irrogado por la insatisfacción total o parcial de la obligación, o por su defectuoso cumplimiento [...] para que el contratante cumplido pueda desplegar las facultades antedichas, incluida la de la indemnización de perjuicios, debe acreditar: (i) existencia de un contrato válidamente celebrado; (ii) incumplimiento de una o más obligaciones contractuales imputable al deudor por dolo o culpa; (iii) un daño o perjuicio; y (iv) vínculo de causalidad entre aquel y este último requisito”, el daño, “debe exhibir como notas características para que habilite la pretensión indemnizatoria, las de ser cierto, subsistente, personal y afectar un interés lícito. Es cierto el que efectivamente se produjo, y no hay duda alguna en cuanto a su generación, esto es, que sus secuelas se puedan percibir, pues de alguna manera se exteriorizan. A su vez, es subsistente el que no ha sido remediado, compensado o indemnizado, y es personal porque solo la víctima, en este caso, el contratante cumplido tiene derecho a demandar el detrimento padecido. De otro lado, el perjuicio es indemnizable por haber afectado un interés lícito, es decir, el causante del daño no estaba legitimado para producirlo, incumpliendo las prestaciones a su cargo, al tiempo que el perjudicado tenía derecho a exigir que la convención fuera satisfecha. Además, en el ámbito contractual, el perjuicio pasible de ser indemnizado es el caracterizado por ser «directo», es decir, aquel estructurado, por virtud del vínculo de causalidad, en el sentido de establecer que proviene de la infracción contractual”.

En este contexto, “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*” (artículo 167 Código General del Proceso) “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*” (artículo 1757 del Código Civil), y por consiguiente, salvo precepto legal en contrario, corresponde al actor acreditar la existencia de un contrato válido, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad, esto es, tiene la carga probatoria u *onus probandi*, que explica la Corte Constitucional, así:

“6.1.- Una de las principales cargas procesales cuando se acude a la administración de justicia, en general, y a la jurisdicción civil, en particular, es la concerniente a la prueba de los hechos que se alegan. La carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva. Se conoce como principio ‘onus probandi’, el cual indica que por regla general corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo⁸².

De acuerdo con la doctrina, esta carga procesal se refiere a ‘la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla, cuando no el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero⁸³.

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha explicado cómo en el sistema procesal se exige, en mayor o menor grado, que cada uno de los contendientes contribuya con el juez al esclarecimiento de la verdad:

‘En las controversias judiciales, por regla general, cada una de las partes acude al juez con su propia versión de los hechos, esto es, que presenta enunciados descriptivos o proposiciones fácticas a partir de las cuales pretende generar un grado de convencimiento tal, que sea suficiente para que se emita un pronunciamiento favorable al ruego que se eleva ante la jurisdicción. Dicho de otro modo, en el punto de partida de toda controversia procesal, cada uno de los extremos del litigio intenta convencer al juez de que las descripciones que presenta coinciden con la realidad y, a partir de aquéllas, justamente, propicia el litigio. De esa manera, cuando hay una genuina contención, el sistema exige que cada uno de los contendientes correlativamente contribuya a que el juez supere el estado de ignorancia en el que se halla respecto de los hechos debatidos, tarea que por lo general concierne al demandante respecto de sus pretensiones, y al demandado respecto de las excepciones. Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las

⁸² “Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: ‘onus probandi incumbit actori’, al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; ‘reus, in excipiendo, fit actor’, el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, ‘actore non probante, reus absolvitur’, según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción”. Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1993.

⁸³ Leo Rosenberg, La Carga de la Prueba, Ediciones Jurídicas Europa América, p.18.- Cfr. Sentencia T-733 de 2013.

partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan⁸⁴. Esta institución pretende que quien concurre a un proceso en calidad de parte asuma un rol activo y no se limite a refugiarse en la diligencia del juez ni se beneficie de las dificultades probatorias o mala fortuna de su contraparte. En otras palabras, 'las partes en el proceso deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Ninguna debe obrar con inercia porque ello causa que las consecuencias adversas de la decisión sean deducidas en su contra. El proceso no premia la estrategia sino la solución del conflicto con la participación de las partes'⁸⁵. En el ordenamiento jurídico colombiano el postulado del 'onus probandi' fue consagrado en el centenario Código Civil⁸⁶. Se mantuvo en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil de 1970 con la regla según la cual 'incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen', con excepción expresa de los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas⁸⁷.

6.2.- Sin embargo, el principio de la carga de la prueba (onus probandi) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos hechos.

Algunas excepciones son derivadas del reconocimiento directo de un acontecimiento por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo debido a su amplia difusión (hechos notorios). Otras se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas)⁸⁸. Y otras son consecuencia de la existencia de presunciones legales o de derecho, donde 'a la persona el sujeto procesal favorecido con la presunción solo le basta demostrar el hecho conocido que hace creíble el hecho principal y desconocido, de cuya prueba está exento'⁸⁹. Todas ellas responden por lo general a 'circunstancias prácticas que hacen más fácil para una de las partes demostrar la verdad o falsedad de ciertos hechos', donde el traslado de las cargas probatorias 'obedece a factores razonables, bien por tratarse de una necesidad lógica o por expresa voluntad del legislador, para agilizar o hacer más efectivo el trámite de los procesos o la protección de los derechos subjetivos de la persona'⁹⁰.

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de mayo de 2010, Exp. 23001-31-10-002-1998-00467-01.

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-733 de 2013.

⁸⁶ "ARTÍCULO 1757.- PERSONA CON LA CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

⁸⁷ "ARTÍCULO 177. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

⁸⁸ En este sentido, por ejemplo, el artículo 177 del anterior Código de Procedimiento Civil, recogido también por el artículo 167 del Código General del Proceso, dispuso que "los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

⁸⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1993.

⁹⁰ Ídem.

Por supuesto, las pruebas se aprecian “(...) *en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos*” (artículo 176, CGP).

Para que el daño o “perjuicio” sea indemnizable debe ser cierto, directo y probado⁹¹; cierto, es el real en su existencia⁹², sea al haber acontecido (actual), ora por su segura, probable o razonable ocurrencia ulterior (futuro)⁹³. Directo, en

⁹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 4 de abril de 1968, CXXIV, 62: “[...]dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se de responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria [...]”; Sentencia de abril 14 de 2001, [S-056-2001], Exp. 5502; Sentencia de 24 agosto de 2009, Exp.11001-3103-038-2001-01054-01: “[...], el daño es uno de los presupuestos estructurales imprescindibles de la responsabilidad, sin cuya existencia y plena probanza en el proceso, es evanescente e ilusoria, a punto de resultar innecesaria la verificación y análisis de sus restantes elementos, desde luego que, ante su ausencia no surge ninguna obligación indemnizatoria”; Sentencia de 16 mayo de 2011, Exp. 52835-3103-001-2000-00005-01.

⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de septiembre 9 de 2010, Expediente 17042-3103-001-2005-00103-01: “En tratándose del daño, y en singular, del lucro cesante, la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión. La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética (cas. civ. sentencias de 11 de mayo de 1976, 10 de agosto de 1976, G.J. No. 2393, pp. 143 y 320). [...] Más exactamente, el daño eventual no es resarcido, “*por no ser cierto o no haber ‘nacido’, como dice la doctrina, dejando a salvo los eventos de pérdida de una probabilidad*” (cas. civ. sentencias de 5 de noviembre de 1998, exp. 5002, 9 de agosto de 1999, [S-033-99], exp. 4897), y en estrictez, en tanto no se puede profetizar ni conocer razonablemente su ocurrencia, es decir, su existencia es una simple conjetura, descartando *per se*, incluso la simple posibilidad de su acaecimiento. Tal es el caso, de los simples sueños, hipótesis, suposiciones, fantasías e ilusiones carentes de todo margen razonable de probabilidad objetiva en su acontecer. *Contrario sensu*, el daño actual, o sea, aquel cuya realidad perceptible es constatada con certeza objetiva en su materialidad, al momento de su ocurrencia o del fallo, y, el daño futuro que, en proyección de situaciones consolidadas o de concretas situaciones entonces existentes en vía de consolidarse, acaecerá en el porvenir según una verosímil, fundada y razonable previsión, es reparable por cierto”.

⁹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de enero 18 de 2007, Rad. n.º 1999-00173-01; de 29 de mayo de 1954, G.J. T. LXXVII, p. 712: “Tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten que el perjuicio debe ser reparado en toda la extensión en que sea cierto. No sólo el perjuicio actual es cierto, sino también el perjuicio futuro; pero no lo es el perjuicio simplemente hipotético. La jurisprudencia califica el perjuicio futuro de cierto y ordena repararlo, cuando su evaluación es inmediatamente posible, al mismo título que el perjuicio actual”; 4 de marzo de 1998, Exp. 4921; 24 de junio de 1999, Exp. 4424; 9 de agosto de 1999, Rad. n.º 4897: “[...] el daño objeto de reparación debe ser cierto, pero no necesariamente debe ser actual, porque el daño cierto y futuro, como igualmente se ha sostenido, también es indemnizable, [...] el daño futuro, cierto e indemnizable es tal en tanto sea susceptible de evaluación en el momento en que se formula la pretensión y sea desarrollo de un daño presente”; 24 de junio de 2008, [S-055-2008], Exp.11001-3103-038-2000-01141-01; 17 de noviembre de 2016, SC-16990-2016, Radicación n.º 11001-31-03-008-2000-00196-01.

materia contractual, es el originado, causado u “*ocasionado por la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones del deudor*”⁹⁴. Probado, es el demostrado.

Desde luego, una es la prueba del daño y, otra, la de su cuantía, cuya valoración “*atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*” (artículo 16 de la Ley 446 de 1998), incluso aplicando “*métodos generalmente aceptados para su tasación, verbi gratia, parámetros referentes comparativos de la empresa, negocio o actividad lesionada con las similares, análogas y equivalentes, o de proyección y simulación con modelización en el marco concreto de circunstancias, entre otros*”⁹⁵.

En las voces del artículo 1613 del Código Civil, “[*l]a indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*”; y al tenor del artículo 1615 *ibídem*, “[*s]e debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención*”.

La indemnización de perjuicios comprende las compensaciones relativas a las pérdidas o disminución efectiva de los bienes (*damnum emergens*) y a la privación de las ganancias o aumentos patrimoniales (*lucrum cessans*) esperados por el perjudicado, las cuales se habrían producido de no haber ocurrido el incumplimiento contractual⁹⁶, es decir, el *daño emergente*, o sea, “*el perjuicio o la pérdida que*

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de marzo 27 de 2003, Radicación no. 6879; Sentencia de 17 de noviembre de 2016, SC-16990-2016, Radicación No. 11001-31-03-008-2000-00196-01.

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 17 de noviembre de 2016, SC-16990-2016, Radicación n.º 11001-31-03-008-2000-00196-01: “*Acaecida la vulneración del derecho o del interés protegido de la víctima y acreditada la ocurrencia de tal quebranto, imperioso es reconocer la presencia del daño y, por ende, la satisfacción de este elemento estructural de la responsabilidad, independientemente de que igualmente aparezca o no demostrada su magnitud económica. Al respecto, se ha expuesto: ‘una es la prueba del daño, o sea la de la lesión o menoscabo del interés jurídicamente tutelado, y otra, la prueba de su intensidad, del quantum del perjuicio. De ahí que la doctrina haga alusión al contenido patrimonial del daño para referirse a su intensidad, es decir, a su valor en moneda legal (dinero), (...) CSJ SC del 9 de agosto de 1999, Rad. n.º 4897’*”; Sentencia de 13 de noviembre de 2008, “[...] el juzgador, estando cabalmente demostrado el daño, ante las dificultades probatorias para tasar un lucro cesante del que se tiene certidumbre o una alta probabilidad objetiva de acaecimiento — lucro cesante futuro—, debe acudir a los métodos de evaluación desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina y que permiten establecerlo, ya sea por analogía o comparación, o por proyección o modelización.”; Sentencias de abril 25 de 2018, SC-1230-2018; 5 de octubre de 2004, Exp. 6975.

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de agosto 12 de 1988 (G.J.CXCII, pág.71), octubre 14 de 1992 (G.J.CCXIX, pág.722), marzo 27 de 1996 (G.J.CCXL) y noviembre 23 de 1989.

proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento" (Artículo 1614 del C. C.), esto es, la pérdida, destrucción o deterioro real y efectiva del patrimonio económico, la erogación o gasto necesario para su recuperación o restablecimiento y, el lucro cesante (Artículo 1613 y siguientes del C. C.)⁹⁷, *"ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento"* (Artículo 1614 del C.C.), utilidad, beneficio o provecho cierto, actual o futuro, que se deja de percibir en razón del daño ocasionado y que sin éste se hubiera percibido⁹⁸.

El lucro cesante comprende el beneficio, rendimiento o provecho, la ganancia o utilidad, cierta que deja de reportarse, tanto la no reportada o ya consolidada (actual) como la que se esperaba reportar con alta probabilidad objetiva, y deja de percibirse (futuro)⁹⁹.

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de noviembre 30 de 1990.

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Sentencia SC 170 de 15 de febrero de 2018, Radicación n.º 11001 31 03 039 2007 00299 01: .2. (...) aun cuando en la acción de incumplimiento contractual es dable reclamar el reconocimiento de los perjuicios, en su doble connotación de daño emergente y lucro cesante, no lo es menos que para ello resulta ineludible que el perjuicio reclamado tenga como causa eficiente aquel incumplimiento, y que los mismos sean ciertos y concretos y no meramente hipotéticos o eventuales, teniendo el reclamante la carga de su demostración, como ha tenido oportunidad de indicarlo, de manera reiterada, esta Corporación, (...)”.

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1 de noviembre de 2013, Exp. 08001-3103-008-1994-26630-01: “[...] se debe diferenciar el perjuicio denominado actual en contraposición del distinguido como futuro, según el momento en el que se le aprecie, que corresponde, por regla, a la fecha de la sentencia. Aquel equivale al daño efectivamente causado o consolidado y éste al que con certeza o, mejor, con un “alto grado de probabilidad objetiva” sobre su ocurrencia, según expresión reiterada en la jurisprudencia de la Sala, habrá de producirse. En tratándose del lucro cesante, el actual es la ganancia o el provecho que, se sabe, no se reportó en el patrimonio del afectado; y el futuro es la utilidad o el beneficio que, conforme el desenvolvimiento normal y ordinario de los acontecimientos, fundado en un estado actual de cosas verificable, se habría de producir, pero que, como consecuencia del hecho dañoso, ya no se presentará. El lucro cesante actual no ofrece ninguna dificultad en cuanto hace a la certidumbre del daño ocasionado, pues, como viene de explicarse, se trata de la ganancia o del provecho no reportado al patrimonio del interesado, como hecho ya cumplido. En cambio, en el lucro cesante futuro, precisamente, por referirse a la utilidad o al beneficio frustrado cuya percepción debía darse más adelante en el tiempo, su condición de cierto se debe establecer con base en la proyección razonable y objetiva que se haga de hechos presentes o pasados susceptibles de constatación, en el supuesto de que la conducta generadora del daño no hubiere tenido ocurrencia, para determinar si la ganancia o el provecho esperados, habrían o no ingresado al patrimonio del afectado.[...] Es claro, entonces, que el lucro cesante sufrido por la víctima puede estar constituido por la ganancia o el provecho cierto que dejó de percibir (actual); o por la utilidad o el beneficio que, con un alto grado de probabilidad, esperaba generar y que no habrá de producirse (futuro)”;

18 de diciembre de 2008, expediente No. 88001-3103-002-2005-00031-01: “[...] el lucro cesante ha de concretarse en la afectación de un interés lícito del damnificado a percibir una ganancia o provecho, que ya devengaba o que habría obtenido la víctima según el curso normal de las cosas o de las circunstancias del caso concreto”; 10 de septiembre de 1998, Rad. n.º 5023: “[...] el daño puede proyectarse hacia el futuro a condición de que haya motivos suficientes para esperar su ocurrencia”.

De otra parte, en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, impera el principio de indemnización integral y “*lo propio de la responsabilidad civil consiste en que se restablezca, lo más exactamente posible, el equilibrio destruido por el daño y que se coloque de nuevo a la víctima, a expensas del responsable, en la situación en la que se encontraría si no se hubiera producido el acto dañoso*”¹⁰⁰, o lo que es igual, comprende todo el daño causado.

2. De conformidad con Contrato de Suministro e Instalación” No. AM300615-01, **PROCIL** se obligó al “[s]uministro de materiales, fabricación, transporte, montaje, instalación, ensayos no destructivos de la estructura metálica para la Ampliación, Remodelación y Actualización de la planta física de Monterrey Gran Centro Comercial P.H”, y por lo tanto, a proveer servicios y cosas para construir una obra esto es, contrajo una prestación de resultado (*opus*)¹⁰¹, en cuyo caso, el deudor debe probar su obtención o la causa extraña que le haya impedido lograrlo¹⁰².

Sobre el particular, ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

[...] la jurisprudencia civil acogió la distinción entre obligaciones de medio y de resultado en las sentencias de 30 de noviembre de 1935 (G.J. 1905 y 1906) y de 31 de mayo de 1938 (G.J. 1936, págs. 566 y ss.), como una clasificación complementaria a la de dar, hacer y no hacer, y con un énfasis particular respecto de su trascendencia para solucionar los problemas de la prueba de la culpa en la responsabilidad civil contractual. Señaló la Corte en esta última ocasión que “[s]entado que al acreedor incumbe en términos generales la prueba de la culpa contractual, se distingue para los efectos de su rigor entra

¹⁰⁰ Corte de Casación, 28 de octubre de 1954; Sem. Jur. II.8765 y nota de R. Savatier; Gaz. Pal., 1955.1.10. Corte Constitucional, Sentencia C-1008/2010. “5.5. Cabe resaltar que en materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado

¹⁰¹ R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, édition Rousseau, Paris, 1922, t.5, n°1237, t.6, n°599; E. BETTI, *Teor. gen. delle obbligazioni*, 1, pp. 40 ss; PH. LE TOURNEAU., op. cit. note 34, n°23, p.7. *l’obligation de “procurer au créancier un résultat déterminé, coûte que coûte”* A. PLANCQUEEL., *Obligations de moyens, obligations de résultat* (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d’inexécution), R.T.D.Civ.1972, p.334 ; A. TUNC., *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, J.C.P. éd.G, 1945, n° 449. MAZEAUD-TUNC, ob. cit., 1, Nos 103-2, 103-6, pp. 116 y 119 ss 1, “la diligencia que impone una obligación de resultado es de un grado más o menos elevado, según las estipulaciones de las partes o las circunstancias del contrato”.

¹⁰² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencias de 30 de noviembre de 1935, G.J.1905 y 1906; 31 mayo 1938, XLVI, p. 66; 5 de marzo de 1940, XLIX, 177; Cas. Civ. 7 de junio de 1951, LXIX, 688; 27 de noviembre de 1952, LXXXIII, 728; 12 de julio de 1955, LXXX, 688; 30 de noviembre de 1955, XLIII, 178 ss; cas. 21 mayo 1968 CXXIV, p. 174; 11 de mayo de 1970, CXXXIV, 124; 30 de enero de 2001, no publicada; y 5 de noviembre de 2013, no publicada.

las obligaciones de resultado y las obligaciones de medios. Siendo -el incumplimiento del contrato- un hecho, todos los medios de prueba son hábiles para establecerlo. Por lo tanto, cuando la obligación es de resultado, es suficiente la prueba del contrato (...) porque prácticamente, en el momento de la valoración del material probatorio, queda demostrada la culpa del deudor ante la ausencia de toda prueba en contrario. La prueba de lo contrario en esta clase de obligaciones no libera al deudor si se refiere a la ausencia de culpa, sino que debe versar sobre el caso fortuito, la fuerza mayor o la existencia de una causa extraña que no le sea imputable (...). Respecto de la obligación de medios, se hace indispensable para el demandante, no sólo acreditar la existencia del contrato, sino afirmar también cuáles fueron los actos de inejecución, porque el demandado no podría de otra manera contrarrestar los ataques que le dirige el actor, debido precisamente a la naturaleza de su prestación que es de lineamientos esfumados. Afirmado el acto de inejecución, incumbe al demandado la prueba de su diligencia y cuidado, conforme al inciso 3° del art. 1604, prueba suficiente para liberarlo, porque en esta clase de obligaciones basta para exonerar al deudor de su responsabilidad acreditando cualquiera de esos dos elementos (...).

En términos generales, el planteamiento original de la Corte se ha mantenido hasta el presente, destacándose en los pronunciamientos de la Corporación la trascendencia de la clasificación de que se trata, particularmente respecto de la determinación del contenido de las obligaciones, para la definición de su cumplimiento o incumplimiento, así como en lo atinente a su influencia en las cargas probatorias de las partes”¹⁰³

Posteriormente, reiteró:

“ (...) en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el contrario, en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito.

En la actualidad, (...) el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de noviembre de 2013, Ref.: 20001-3103-005-2005-00025-01

ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario` ”¹⁰⁴.

De conformidad con la Cláusula Tercera del Contrato de Suministro e instalación, su duración se pactó en 420 días calendario contados desde el Acta de Inicio cuya firma se previó inicialmente para el 30 de junio de 2015, esto es, el mismo día de la suscripción del contrato, y que según la prueba existente en el proceso se suscribió el 21 de julio de 2015 por el Director de Obra y el Coordinador de Obra de Ménsula S.A., la Coordinadora de Proyectos y el Gerente de **PROCIL** con la siguiente nota aclaratoria:

“La presente Acta de Inicio habilita desde la ejecución de los pre-operativos, el pago de la segunda cuota y final de anticipo; ambas por el 10% del valor del contrato, y regidas por la suscripción de un Acta de inicio de obra, según la CLAUSULA QUINTA: FORMA DE PAGO del Contrato AM300615-01. Sin embargo, se generará un OTROSI de ampliación del plazo, para la ejecución del proceso de montaje, una vez se haga efectiva la entrega de los planes físicos definitivos para construcción, debidamente sellados y firmados por el Diseñador y la interventoría”.

En comunicación de solicitud de pago del segundo contado del anticipo, orden de giro No. 23, pago de 19 de agosto de 2015 se expresa “Pendiente tramitar el acta de inicio de este contrato”, y en las Actas de Comité de Obras No. 099 de 24 de agosto de 2015, 037 de 14 de marzo de 2016, 48 de 18 de julio de 2016 y 011-07 de 7 de septiembre de 2016, “Generar Acta de Inicio de Construcción”, lo que sugiere que la iniciación de la construcción se realizó con posterioridad a la firma del Acta de Inicio suscrita el 21 de julio de 2015, en perfecta consonancia con la nota aclaratoria que contiene.

En la Cesión de Contrato suscrita el 29 de agosto de 2016 se acuerda que las reclamaciones presentadas por **PROCIL** a Ménsula con relación a los avances de ejecución, personal y alquiler de torre grúa, serán atendidas por el Cesionario, y en el Otrosí No. 1 de 1º de septiembre de 2016, las partes dejan constancia del “retraso en la ejecución del presente contrato durante el período comprendido entre el 16 de junio de 2015 y el 15 de junio de 2016”.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de de 24 de mayo de 2017, SC7110-2017, Rad. 05001-31-03-012-2006-00234-01

Según estos documentos para el Tribunal es claro que en efecto existían retrasos en la ejecución del proyecto en el período comprendido entre el 16 de junio de 2015 y el 15 de junio de 2016, y que no se había determinado su imputabilidad a una o ambas partes.

También es evidente el conocimiento de la Cesión de Contrato suscrita el 29 de agosto de 2016 y del Otrosí No. 1 de 1º de septiembre de 2016 por **MAPFRE**, y por consiguiente, de su contenido, como deriva de los certificados números 1 de 2 de septiembre de 2016 y 2 de 17 de enero de 2017 expedidos por la aseguradora en virtud de esos documentos.

No obstante, las mencionadas reclamaciones y retrasos, **MAPFRE** expidió los certificados 1 y 2 a la póliza de seguro de cumplimiento y amparó los riesgos, desde luego, en el estado en que se encontraba la relación contractual, por lo cual, no le es dado invocar su desconocimiento o ignorancia.

Con todo, al margen de esta circunstancia, las partes de común acuerdo en el Otrosí No. 1 de 1º de septiembre de 2016 deciden modificar la Cláusula Tercera relativa al “plazo de duración del contrato” que será “de DOCE (12) MESES, contados a partir del 10 de septiembre de 2016 hasta el dos (02) de septiembre de 2017, fecha en la cual EL CONTRATISTA deberá tener terminada la instalación de la estructura metálica” según las especificaciones técnicas acordadas y cuyas actividades se desarrollarán de acuerdo con el Anexo 7, Cronograma, en forma que deberá cumplir los hitos y metas previstos, y en el certificado de modificación No. 2 de 17 de enero de 2017, **MAPFRE** acepta la continuidad del seguro en el estado en que se encontraba la ejecución del contrato.

La falta de ejecución de la obra en el término pactado está probada en el proceso.

Antes del vencimiento del plazo contractual, o sea, de 2 de septiembre de 2017, Consultorías y Emprendimientos S.A.S en comunicación dirigida a **MAPFRE** el 5 de abril de 2017, dio “*aviso de un posible siniestro con cargo a la póliza de cumplimiento No. 4205315000025*” que puede afectar los amparos otorgados y solicitó la designación de un ajustador para verificar en detalle el posible mal manejo del anticipo y cuantificar la posible pérdida.

La Aseguradora designó al ajustador J.C. LURDUY ASOCIADOS S.A.S.

En informe 1 JC-17-0749 de 8 de mayo de 2017, previa inspección técnica a la obra el 20 de abril de 2017 hace constar que “*el atraso a la obra es evidente*”.

En éste y en los informes número 2, JC-17-1005 de 8 junio 8 de 2017 –que menciona otra inspección técnica realizada el 22 de mayo de 2017- y No. 3, JC-17-1149 de 16 julio de 2017- que relaciona las actas de obra 1 a 86-, se constata el estado de ejecución del contrato y su frustración según se desprende del informe final No. 4, JC-19-4550 de 26 febrero de 2019, todos remitidos al Tribunal con oficio JC-20-9260 de 3 de agosto de 2020¹⁰⁵.

¹⁰⁵ En su testimonio recibido el 18 de agosto de 2020, Juan Carlos Lurduy Alsina, manifestó: “**CONTESTÓ:** Bueno, es pertinente resaltar que la información que se tiene o se tuvo en su momento para el desarrollo de la tarea encomendada, fue con base al acervo documental que recibimos por las partes en su momento. Esta labor de parte nuestra inicia como consecuencia de un aviso que presenta el asegurado en su momento a la ASEGURADORA, para ser puntual en un escrito del 5 de abril de 2017, por lo cual MAPFRE nos solicita realizar ajuste sobre dicho aviso. Inicialmente la labor se realizó con fundamento precisamente en aras de alguna manera de reconstruir la información por la cual se fundamentaba dicho aviso, y segundo, de alguna manera conocer los avances en obra; por lo cual en su momento de nuestra parte se designó a la ingeniera Yaneth González, quien fue la persona, la profesional que realizó en su momento las diferentes visitas que se realizaron al proyecto, y quien a su vez en esas visitas se reunió en algunas tanto con el interventor como con el contratista, y en otras tan solo con el contratista. Esa es digamos la causa que motiva originalmente la designación por parte de MAPFRE a la firma J.C. Lurduy Asociados. En desarrollo de esta labor preliminar, como lo comentaba, se realizaron unas visitas y en esas visitas con la información recibida de interventoría, encontramos más o menos a julio del año 2017 un avance del 35% del contrato a nivel técnico. A nivel financiero precisamente se le hicieron reiteradas solicitudes a PROCIL y también se le hizo una solicitud de documentos al asegurado; esto en aras, como ya lo informé, de tratar de reconstruir la información lo más cercana posible, para poder establecer y determinar la realidad del contrato, encontrando que incluso para esa fecha si bien el aviso es de abril de 2017, el contrato sí seguía su ejecución, incluso hasta la última visita que realizamos que fue en julio de ese mismo año, julio, agosto de ese mismo año, y el contrato seguía su ejecución. Financieramente hablando, ya con posterioridad al uso informativo de algunos documentos aportados por el asegurado y otros por PROCIL, aparentemente el contrato quedó en un avance hasta el momento en que nosotros miramos los documentos, hubo un avance aproximado del 29, casi 30% del balance financiero, vuelvo y repito, hasta donde nosotros conocimos información, particularmente sobre lo que se reconocían informes como valor pagado ejecutado por parte de PROCIL” “**PREGUNTADO:** Muchas gracias doctor Lurduy. Usted en comunicación de agosto 3 de 2020 remitió una documentación al Tribunal. Le pregunto: ¿usted tiene presente esa comunicación de agosto 3 de 2020? **CONTESTÓ:** Sí señor, fue la que sirvió de base para la exhibición de documentos realizada el 4 de agosto” [...] **PREGUNTADO:** Gracias doctor Lurduy. En los análisis y estudios que usted realizó para elaborar estos informes, ¿pudo establecer que el objeto de ese contrato fue satisfecho o no fue satisfecho en cuanto a las obras que debían realizarse y a los términos que estaban ahí pactados? **CONTESTÓ:** Hasta la administración del caso para nuestra labor, el objeto del contrato no llegó a feliz término, y reitero, incluso por meras manifestaciones de la interventoría en las visitas, hubo un avance, creo un avance del 35% del 100, como meta física contratada.”

Actúa en el proceso copia de la comunicación de 17 de agosto de 2017 dirigida por **PROCIL** a Consultorías y Emprendimientos S.A.S, en la que dice:

“El pasado lunes 14 de agosto de 2017, le fue enviada a la interventoría el comunicado 140817-1, solicitándoles concretar bajo que responsabilidad quedarán los equipos, insumos y elementos de seguridad y protección personal propiedad de PROCIL ubicados en distintas áreas del sótano. Esto debido a que no se cuenta con ningún funcionario nuestro correspondiente al contrato en mención”.

Igualmente, actúa en el expediente copia de la comunicación de 23 de noviembre de 2017 de Consultorías y Emprendimientos S.A.S a **PROCIL.**, indicándole:

“8. PROCIL abandonó la ejecución del Contrato de Estructura Metálica. El pasado 2 de septiembre de 2017 se venció el plazo pactado para la ejecución del “Contrato para el suministro e instalación de la estructura metálica” sin haber terminado la ejecución de las obras incurriendo en otros incumplimientos graves.

9. Algunos de los incumplimientos de PROCIL de ambos contratos consisten, principalmente, en los siguientes hechos:

9.1. En el contrato de suministro e instalación de la estructura metálica, PROCIL utilizó en forma indebida el anticipo pagado. En efecto, a pesar de los requerimientos reiterados desde finales del año 2016, PROCIL no ha entregado la información contable para soportar la inversión del anticipo que recibió por valor de \$12.976.909.172.

El aviso de siniestro fue presentado el 5 de abril de 2017 a la aseguradora MAPFRE que designó a un ajustador para cuantificar la pérdida por el mal manejo del anticipo [...]

[...]

9.3. PROCIL S.A.S incumplió con el pago de salarios y prestaciones laborales a sus trabajadores asignados a la ejecución de ambos contratos

[...]

9.6. PROCIL S.A.S se ha anticipado a dejar constancia de su abandono de la ejecución de los contratos. Mediante comunicaciones enviadas a la Interventoría el 14 de agosto de 2017 y a Consultorías y Emprendimientos S.A.S el 17 y 24 de agosto de 2017, PROCIL S.A.S dejó en claro que no los está ejecutando, que ya no se encontraba presente en el lugar de la obra “ningún funcionario nuestro suyo vinculado a los contratos en mención” y que retiraría “ los elementos de protección personal, mobiliario, equipo de oficinas, equipos de fabricación, andamio, insumos y demás elementos pertenecientes a PROCIL SAS”

En el mismo sentido, la certificación fechada a 29 de noviembre de 2018 de la Interventoría al Comité Fiduciario hace constar el incumplimiento del contrato y la falta de verificación de la totalidad del anticipo que no restituyó ni invirtió en el proyecto, así como el Informe final del 30 de septiembre de 2017 de la Interventoría

del proyecto rendido por Interventoría, Asesorías y Construcción S.A.S., suscrito por el Ing. Jorge Andrés Rojas Cadavid, Coordinador de Interventoría y Uriel Ángel Botero, Representante Legal, que indica:

“Durante la ejecución del contrato se realizó la supervisión de las actividades de suministro, fabricación y montaje de la estructura metálica, en este contrato se pactó el suministro, fabricación y montaje de 2.500 ton de estructura metálica de los cuales se ha ejecutado un 7% del montaje equivalentes a 179 ton. A continuación, se realiza el resumen de los elementos instalados.

[...]

Durante la etapa de fabricación y montaje se realizaron las pruebas mediante ensayos no destructivos para garantizar la calidad de la soldadura según lo pide la norma. A continuación se presenta el resumen con los elementos inspeccionados y aprobados por la empresa ENDICONTROL empresa encargada de realizar las inspecciones, los informes se entregan como anexos.

[...]

El diseñador APLOS entregó en mayo de 2017 la actualización de los planos la cual está pendiente de revisión y validación por parte de la empresa revisora SIMETRICA.

El constructor entregó planos de taller los cuales 208 fueron aprobados por SIMETRICA y entregados en sus versiones digital y física firmados, y se tienen otros 123 planos en versión digital aprobados, está pendiente la entrega física para ser firmados. Es recomendable someter a revisión los planos con la actualización entregada por el diseñador y verificar que estos planos de taller aún se ajusten a los criterios de diseño.

A la fecha se determina un avance del 38%, siendo este muy distante del porcentaje de avance que debería tener el proyecto, el cual es el 67%. Bajo estas condiciones de avance, se tiene un atraso en la programación del 29 %.

[...]

4. CONTROL DE COSTOS

De forma reiterativa la gerencia e interventoría del proyecto solicitaron esta información al constructor obtenido desde la plataforma -OPUS- que fue adquirida para realizar dicha actividad y el manejo administrativo del proyecto. En vista de que el constructor no poseía personal experto en el manejo de dicha herramienta, se procedió con la respectiva capacitación del profesional contratado para efectuar el control de control de costos, lo cual no arrojó el resultado esperado para el proyecto toda vez que el mencionado funcionario se retiró de Procil S.A.S.

Ante las dificultades presentadas para la obtención de un control de costos debidamente sistematizado que garantizara la veracidad y transparencia de la información suministrada y ante la existencia de la necesidad de conocer el estado financiero de las obras ejecutadas Vs. la propuesta financiera de las obras presupuestadas, se aceptó la presentación de un control de costos en Excel que fue el único suministrado por Procil durante la construcción del proyecto Ampliación Monterrey AD”.

El ingeniero Jorge Andrés Rojas Cadavid en su testimonio recibido el 6 de agosto de 2020, supervisor técnico del proyecto, declaró:

“PREGUNTADO: Gracias ingeniero. Por favor díganos qué actividades ejecutó PROCIL S.A.S., y cuáles dejó de ejecutar y por qué causa, de una manera general.

CONTESTÓ: Bueno, bajo el primer contrato, que es el de estructura metálica, contrato celebrado con MÉNSULA, su alcance era el suministro, fabricación y montaje de la estructura metálica. Esa estructura metálica, de acuerdo con los diseños desarrollados por Applus, revisados en cuanto a concretos por el ingeniero Gonzalo Jiménez, y en la parte de estructura metálica por Oswaldo, de la firma Simétrica; el proyecto consideraba una repotenciación de unas fundaciones, actividad que pertenece a obra civil; posteriormente se realizaba un encamisado de unas columnas existentes, es un encamisado con estructura metálica, hace parte del contrato de PROCIL; después se hacía la construcción de unos muros pantalla, que eran unos elementos en concreto, con eso íbamos subiendo en altura, para poder superar el nivel de las cubiertas de Monterrey existente. Eso implica, el poder subir hasta ese nivel implica unas obras interrelacionadas en estructura metálica y obra civil, que tenían que ir desarrollándose en paralelo, una era predecesora de la otra y viceversa. Y finalmente, cuando se superará el nivel de cubiertas, hacíamos un desmonte de toda la estructura de cubierta, y empezaba una gran estructura metálica con un sistema porticado de grandes dimensiones; finalmente la colocación de una losa, también en estructura metálica y concreto, y finalmente los acabados. De todas esas actividades, que solamente en la parte de estructura metálica tenía un valor aproximado de 23.700, en obra real ejecutada, recibida por la interventoría, solamente podríamos hablar de un avance del orden del 7%, que incluye la construcción de las camisas que les mencionaba en la zona de sótanos, para envolver las columnas; de eso eran 24 columnas, las 24 las construyó; esas columnas seguían proyectando hacia los niveles superiores, de eso teníamos 24 columnas en el nivel 1, de las cuales solamente ejecutó 22, ninguna columna se terminó en el nivel del piso 2; eso a la salida de obra, el 17 de agosto del 2017. Eso en cuanto al avance nos representa solamente en ejecución, en cronogramas, no en desembolsos, en cronogramas; nos refleja solamente un avance del 7% sobre el total de la estructura.

PREGUNTADO: Gracias ingeniero. ¿Podría por favor indicarnos el estado en el cual PROCIL entregó o dejó estas obras al momento en que se retiró del proyecto?

CONTESTÓ: Bueno, para dar precisión, digamos que la celebración de los contratos, aparte del contrato de estructura metálica, digamos que había un contrato inicial de administración delegada, como ya se los mencioné, con MÉNSULA, firmado el 26 de mayo del 2015. Posteriormente se realiza un contrato de estructura metálica entre MÉNSULA y PROCIL, el 30 de junio del 2015. Posterior a eso, en 2016, entre marzo, abril y mayo, hay una suspensión de actividades en la obra, debido a una solicitud de revisión de diseño, solicitada específicamente por el contratista MÉNSULA, que era el administrador delegado principal. Se aprueba por parte del comité fiduciario contratar un asesor externo, que validara que el proyecto era técnicamente viable; se contrata al ingeniero Luis Gonzalo Mejía Cañas. Finalmente en junio, ante las observaciones de Luis Gonzalo y las respuestas satisfactorias entregadas por Applus, el ingeniero Josef Farbiarz, Gonzalo Jiménez, revisor de estructuras de concreto, y Oswaldo Jaramillo, revisor de estructuras metálicas, se determina que el proyecto cuenta con la información técnica suficiente, necesaria, para desarrollar el

proyecto, y que el proyecto técnicamente es viable. A pesar de eso MÉNSULA, por otros conflictos que tenía en otros proyectos y decisiones internas, toma la decisión de no continuar con la ejecución del proyecto. Finalmente se celebra un acuerdo entre las partes, CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS y MÉNSULA, que da por terminado el contrato de mutuo acuerdo. Esa terminación del contrato comienza a gestionarse a partir de junio del 2016, termina firmándose el 30 de septiembre del 2016, y cuento todo esto porque a partir de ese acuerdo de terminación, se toma la decisión, por recomendación del comité técnico y aceptación del comité fiduciario, de contratar a PROCIL como nuevo administrador delegado. Entonces PROCIL termina haciendo parte de la estructura metálica, que ya era subcontratista, y ahora va a ser contratista de la parte de la obra civil. Esto tiene unas implicaciones en cuanto al desarrollo de los contratos. Entonces en ese acuerdo de terminación entre las partes, hay una cesión del contrato inicial de la estructura metálica entre CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS y MÉNSULA; MÉNSULA cede a CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS el contrato de estructura metálica; y posteriormente CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS firma un contrato de administración delegada con PROCIL.

Tenemos entonces en ese momento, obra civil contratada con PROCIL; obra de estructura metálica cedida y contratada por PROCIL con CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS; y sobre ese contrato se celebra también un otrosí; es un otrosí en el que se modifican algunas condiciones del contrato, términos de garantías, anticipos, plazos, algunas obligaciones técnicas inherentes al desarrollo del contrato; es un otrosí que se firma el 1 de septiembre del 2016, y con eso entonces PROCIL queda con una interdependencia y un manejo completo, por un lado de la obra civil, y por el otro lado de la estructura metálica. Con ese antecedente se continúa haciendo el control y seguimiento a la inversión de los fondos, tanto del contrato de obra civil como el de estructura metálica, por su interdependencia, y finalmente terminamos haciendo revisiones en las que ellos terminan ejecutando parcialmente las columnas que repotenciaban el edificio existente, 21 columnas de 24 el nivel 1, ninguna en el segundo piso; termina con una construcción parcial de unos muros pantalla perimetrales al edificio existente, que hoy se ven desde las fachadas; esa ejecución tampoco terminó, se terminó entre pisos 1 y 2, no pudo llegar a los niveles de cubierta. Finalmente entre enero, febrero, comenzamos a ver ciertos indicios que nos daban a entender unos malos manejos de los recursos que se habían destinado a la ejecución de ambos proyectos, o de ambos contratos perdón, tanto el de obra civil como el de estructuras metálicas. Ese mal manejo de recursos termina dificultando el avance de las actividades, generando retrasos adicionales, no se podía hacer intervención de muchas obras en simultaneo; y después de muchas revisiones y de tratar de buscar alternativas y herramientas para darle continuidad a la ejecución del proyecto y poder llegar al objetivo final que era la terminación y entrega de la ampliación y los nuevos locales; ante esa imposibilidad de poder generar un avance de obra, finalmente con comunicaciones desde abril del 2017, en el que se solicita a PROCIL entrega de los documentos, desde febrero perdón del 2017, entrega de la documentación, finalmente en abril reportes a las aseguradoras pidiendo que nos ayudaran con un ajustador para revisar cuentas, suspensión de actividades, notificaciones de contratistas de PROCIL y de trabajadores mismos con suspensión de actividades por falta de pago de sus salarios; ese primer trimestre de 2017 fue bastante complejo, tratamos de generar los controles y de buscar las alternativas en compañía de la gerencia, para poder desarrollar el proyecto; finalmente todo termina en el desenlace que el 17 de agosto PROCIL abandona la obra, envía los comunicados, y finalmente no se logra un avance significativo, ni en estructura civil, ni en obra civil, ni en estructura metálica, con un avance del 7%, más unos kilos importantes entregados o

dejados en algunas bodegas, pero que no representan el objeto final que era la puesta en funcionamiento del Centro Comercial”.

El Ingeniero Juan Esteban Gómez Rodríguez, en su testimonio recibido el 6 de agosto de 2020, de Ingeniería y Vivienda S.A.S., a la que contrataron “*para hacer una evaluación general y después una evaluación detallada del estado del proyecto*”, declaró:

“PREGUNTADO: ¿En qué condiciones encontraron ustedes la obra, cuando inicia su actividad, ingeniero?

*CONTESTÓ: Muy bien. La obra estaba totalmente abandonada. Entonces nosotros la primera gestión que hicimos fue un inventario físico, con todo un grupo profesional, acompañados de Convel, porque ya estaba la firma Ingeniería y Vivienda S.A.S., que es la firma que yo represento, y Convel S.A.S. De manera conjunta empezamos un proyecto, un ejercicio de hacer un inventario físico de lo que había construido – pues la obra estaba suspendida –, de lo que había construido y de lo que había en material metálico y demás, que el anterior contratista, PROCIL, había dejado en diferentes bodegas. Después de ese inventario, con los planos, cuando mapeamos la información, verificamos que tuviéramos planos suficientes para acometer el proyecto. Entonces hicimos un cruce de ver qué faltaba de ejecutar, y esa fue la labor que realizamos fundamentalmente: es ver qué faltaba ejecutar, presupuestarlo, evaluarlo; tuvimos el trabajo normal de un desarrollo de un proyecto”.*¹⁰⁶

Juan Martín Posse Arias, negociador internacional, con especialidad en economía y maestría en finanzas, en su testimonio recibido el 18 de agosto de 2020, dijo:

¹⁰⁶ Indicó: “Lo que nos encontramos nosotros fue con un proyecto totalmente suspendido. El proceso que hicimos, el inicial, fue hacer un mapeo, un mapeo de toda la información que tenía el proyecto en su momento. Se hizo un mapeo de la información que tenía el proyecto, y en ese mapeo de información evaluamos todo lo que tiene que ver con los aspectos de índole jurídico legal, o sea la conformación del fideicomiso y todos los documentos que respaldaban el funcionamiento del fideicomiso; hicimos una evaluación del estado de licencias, si estaban vigentes, no vigentes; hicimos una evaluación de la información técnica que tenía el proyecto. Cuando me refiero a información técnica, es una evaluación detallada de los planos que había para poder desarrollar el proyecto, e hicimos un inventario detallado de la construcción, de lo que había construido. Nosotros no sabemos qué ocurrió de ahí hacia atrás; es decir, obviamente nos enteramos porque a partir de ese momento en el comité fiduciario no se dejaban de hacer las referencias a lo que había ocurrido hacia atrás. Entonces la referencia que yo tengo hacia atrás es simplemente lo que escuché en todos los comités, de que el proyecto se había suspendido; al decir del comité era porque el contratista había abandonado el proyecto, y es la referencia que tengo. Obviamente estudiamos los contratos que había, porque también encontramos que aun había contratos sin liquidar, entonces le dimos una mirada y empezamos a liderar el desarrollo del proyecto hacia adelante. Hacia atrás sí qué evaluamos, que es parte de la idoneidad que tenemos que tener como profesionales y como empresa; evaluamos los diseños técnicos que nos estaban aportando, tuvieran unas características adecuadas y cumplieran con los aspectos mínimos normativos que nos ordena la ley; es decir, que la información que hubiera, tuviera toda la validez normativa, tuviera el grupo profesional responsable adecuado y tuviéramos la información para acometer el proyecto. Eso es básicamente lo que hasta ahí puedo decirles”.

“PREGUNTADO: [...] ¿Quiere por favor decirnos lo que usted recuerde o sepa, con relación al cumplimiento de este contrato por PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S, PROCIL S.A.S?”

CONTESTÓ: Bueno, la obra tenía un atraso muy significativo. PROCIL abandona el proyecto, sin terminar, en agosto, más o menos en agosto del 2017, luego de un proceso en el que hay unos hallazgos del mal uso del anticipo. Esto claramente genera que el contratista no pueda continuar con la ejecución del contrato”¹⁰⁷.

En este contexto, el incumplimiento del contrato de suministro por Procil S.A.S. es incontrovertible, por cuanto está demostrado que no ejecutó la obra ni la entregó dentro del término pactado, su obligación es de resultado y no existe prueba en el proceso de una causa que le haya impedido obtenerlo circunstancia de suyo bastante para concluir su imputabilidad, esto es, atribuir el incumplimiento a un hecho imputable al contratante que se obligó a una prestación concreta sin observarla en la forma y oportunidad debida.

La aseguradora atribuye el incumplimiento a las reclamaciones y retrasos en el período comprendido entre el 16 de junio de 2015 y el 15 de junio de 2016 que se hacen constar en la Cesión de Contrato suscrita el 29 de agosto de 2016 así como a los cambios por deficiencias en los diseños y planos e información de los pliegos de condiciones que no serían adecuados.

Sin embargo, en el proceso no existe una prueba técnica demostrativa de cuáles serían las falencias o insuficiencias de los diseños y planos iniciales.

La hay de retrasos y reclamaciones en el período mencionado, 16 de junio de 2015 a 15 de junio de 2016, anteriores a la suscripción Otrosí No. 1 de 1º de septiembre de 2016, conocido por la aseguradora según hace constar el certificado de modificación a la póliza, con el que las partes ampliaron el plazo del contrato en

¹⁰⁷ Expresó: “PREGUNTADO: gracias. ¿Cuál eran sus funciones concretas como coordinador de ese proyecto, doctor Martín? CONTESTÓ: yo era el apoyo principal que tenía la gerencia CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS en el proyecto. Nosotros como gerencia digamos tenemos que velar por el cumplimiento de los contratos de construcción y de indirectos; hacer la gestión financiera del proyecto, todo lo que es seguimiento a la ejecución del presupuesto, seguimiento a la programación del proyecto, la ejecución de obra; el tema normativo, que el proyecto esté claramente, que tenga una licencia de construcción, que cumpla pues con todos los requisitos legales para su debida ejecución; las funciones también era hacer este seguimiento por medio de comités tanto de obra como comités fiduciarios; ser la cara del proyecto frente a los inversionistas, siempre hacíamos, digamos toda la relación con el inversionista se maneja a través de la gerencia. Esas eran principalmente las funciones”.

doce meses contados a partir del 10 de septiembre de 2016 hasta 2 de septiembre de 2017, fecha en la que no se ejecutó ni entregó la obra contratada.

En análogo sentido, el ingeniero Jorge Andrés Rojas Cadavid en su testimonio recibido el 6 de agosto de 2020, supervisor técnico del proyecto, declaró¹⁰⁸:

“PREGUNTADO: Gracias ingeniero. Finalmente, y por lo pronto, díganos lo que usted sabe con relación a los diseños y a las obras que parcialmente ejecutó PROCIL. ¿Esas obras coincidían con esos diseños, no coincidían con los diseños; esos diseños eran adecuados; esas obras fueron ejecutadas según estándares de calidad o no lo fueron?”

CONTESTÓ: Bueno, en el primer contrato, que es el que se establece con MÉNSULA INGENIEROS, que es el contrato de obra civil por administración delegada, para ese momento se entregaron los diseños completos, los diseños de estructuras metálicas, diseños de estructuras de concreto; se entregaron las memorias de cálculo, se entregó el estudio de vulnerabilidad sísmica que se había desarrollado previamente para establecer si Centro Comercial Monterrey existente era capaz estructuralmente de soportar esa

¹⁰⁸ Agregó: “Eso por el lado de los diseños, con diseños generales entregado en los procesos de licitación y aceptados en términos contractuales. Es importante aclarar en este caso que estamos enfrentados a un proyecto de repotenciación de una estructura existente, en la cual en todo proyecto de repotenciación cada vez que vamos interviniendo un elemento existente, vamos encontrando condiciones que probablemente difieren en parte de lo que estaba planteado en los planos, en los planos récord que se dejaron en las construcciones en su momento o de los diseños que se dejaron en su momento. Eso implica que en una obra de repotenciación todo el tiempo estamos haciendo ajustes de los diseños, y por eso tiene que haber un vínculo muy estricto y permanente con el diseñador y sus revisores. Para este proyecto se tenía contratado, aparte del diseño estructural y de la revisión estructural, estaba contratado un acompañamiento permanente del diseñador y de los revisores para poder hacer efectivos todos esos ajustes que en el avance de obra se fueran dando. Eso por el lado de la repotenciación. Y por el lado de las estructuras metálicas, hay que reiterar que los planos que se reciben de estructuras metálicas son unos planos generales, que establecen las condiciones y las premisas del diseño, pero que cada uno de los contratistas tiene que ir modelando, tiene que ir actualizando, tiene que ir ajustando en sus planos de taller. Un plano de taller digamos que le suma a esos planos generales precisiones de medidas en campo; le suma condiciones de transporte, restricciones de transporte por dimensiones; entonces hay que ensamblar elementos de acuerdo a las posibilidades que tiene el transporte; de acuerdo a las condiciones de fabricación que tenga, la capacidad de sus equipos, tendrá que seccionar los elementos y eso implica ajustes en los diseños, pero que son inherentes al proceso de desarrollo de los contratos de estructuras metálicas. De acuerdo con todo eso, finalmente en el desarrollo de la estructura metálica y a partir de la firma de ese contrato, desde junio de 2015, se tiene un acompañamiento permanente de los diseñadores, en los que se empiezan a dar respuestas y se empiezan a hacer los ajustes necesarios sobre los diseños; se entregan y se avalan por la interventoría y por sus revisores, cada uno de los planos, tanto generales que tengan necesidad de ajuste por lo ya mencionado, y los planos de taller entregados por el contratista para que se acoplen con los diseños y las premisas generales, y a medida que va transcurriendo el tiempo se van entregando esos planos, se van aprobando, y con relación a esos planos es que se hace la revisión en campo. En cuanto a la otra pregunta que se hacía, de si las obras fueron construidas con la calidad que se había establecido, podemos decir que los controles que hace la supervisión técnica, en este caso específico Interventoría, Asesoría y Construcción, y apoyada en otros subcontratistas y laboratorios, podemos decir que las obras que hoy están ejecutadas cumplen a satisfacción con los estándares que se establecían desde la NSR-98 y los parámetros y especificaciones técnicas definidas en su momento para este proyecto. Lo ejecutado y recibido, estamos confiados y tenemos los soportes y las evidencias de que están liberados en temas de calidad”.

ampliación; se entregaron estudios de suelos, se entregaron los informes de revisión que desarrollaron en su momento el ingeniero Gonzalo Jiménez y Oswaldo Jaramillo. Con esa información técnica entregada a varios proponentes, MÉNSULA revisa los diseños y acepta participar en el proyecto de remodelación, actualización y ampliación. Eso da fe que ellos conocían también los diseños y que para ellos técnicamente los diseños eran completos y cumplían con las expectativas del desarrollo del proyecto. Posteriormente se hace un proceso de licitación en el primer trimestre del 2015, en el que se entrega la información completa a los diferentes proponentes de la estructura metálica. En esa también se entregaron los diseños de las estructuras de concreto que tenían relación directa, y los estudios de suelos. Es decir que en ese momento, y para la presentación de su oferta, PROCIL conocía en detalle la información de diseño; eran unos diseños generales que constituían todos los elementos para desarrollar el proyecto. Establecido el contrato con PROCIL, de las estructuras metálicas, en ese contrato cuando celebra también o toma las pólizas con MAPFRE, se está aceptando que los diseños eran consistentes y que eran completos, porque es información de base que sirve para establecer el vínculo contractual. Posteriormente con el tema de la solicitud de revisión de los diseños por parte de MÉNSULA, entró un revisor técnico, un auditor de diseños, así fue contratado por parte del fideicomiso. Entre los meses de mayo y junio estuvieron trabajando en la revisión nuevamente de esos diseños. Finalmente se entrega un informe del ingeniero Luis Gonzalo Mejía Cañas, y las respuestas pertinentes por parte de los ingenieros de diseño y de revisión estructural, en el que concluyen que el proyecto es técnicamente viable y que la información es consistente". (Se subraya).

En suma, para el Tribunal, las pruebas valoradas en conjunto conforme a la sana crítica demuestran el incumplimiento imputable a **PROCIL** de su obligación de resultado de construir la obra y entregarla, por consiguiente, del contrato.

3. Se solicita declarar que el incumplimiento de **PROCIL** causó a Consultorías y Emprendimiento S.A.S, entre otros, perjuicios “*Por la apropiación indebida y el mal uso del anticipo que recibió Procil para la ejecución del contrato, la suma de \$8.559.022.633,00*”.

Juan Carlos Lurduy Alsina, JC Lurduy Asociados S.A.S. ajustador designado por la aseguradora en su informe No. 4, JC.19-4550 de febrero 26 de 2019, de los totales obtenidos, concluye:

Anticipo amparado:	\$10.613'224.321
Anticipo amortizado según facturación tramitada:	\$2.445'621.464
Saldo anticipo:	\$8.167'602.857
Total gasto del anticipo, excluye gastos por acero:	\$3.607'342.212
Valor total acero (instalado y en bodega):	\$5.476'178.899
Total:	\$9.083'521.111
Saldo anticipo:	-\$915'918.254
Saldo del anticipo	\$915'918.254
Facturación pendiente de trámite de pago:	\$831'013.002
Retención en garantía de la facturación tramitada:	\$299'026.187
Pagos de nómina y a Proveedores por Contratante:	-\$559'151.420
Total pendiente a pagar a PROCIL:	\$1.486'806.023

En su testimonio rendido el 18 de agosto de 2020¹⁰⁹, explicó que esas cifras “*nacen de la información que tuvimos en su momento*”, reconoce que del anticipo

¹⁰⁹ Indicó: “PREGUNTADO: Voy a preguntarle por tres cifras para que usted me responda lo que sabe. ¿Usted recuerda, tuvo presente cuál era el valor del anticipo no amortizado cuando salió MÉNSULA y se firmó el otrosí N° 1 entre CONSULTORÍAS y PROCIL? CONTESTÓ: En su momento MÉNSULA hizo un ejercicio de liquidación, el cual en alguno de los informes lo plasmé. Con precisión no recuerdo la cifra, pero sí reposa en los informes. Ah, okey, creo que es este: “En el momento en que se legalizó la cesión del contrato de MÉNSULA a CONSULTORÍAS, el contrato con PROCIL presentaba el siguiente balance: total amortizado \$2.363.684.851. Saldo por amortizar: 7.064”. PREGUNTADO: 7.064, muy bien. Segunda cifra: usted en sus informes hace referencia a una cifra de \$548.835.820. Le pregunto: ¿usted finalmente recuerda haber constatado si esta cifra fue uno de los componentes del nuevo valor de anticipo? Lo remito al informe número 3, numeral 3.5, para que usted constate ahí la verificación que hizo sobre esta cifra: \$548.835.820. CONTESTÓ: Como lo dije al final del informe número 3, en el balance no se incluye el valor que se presenta en cuenta de cobro de 17 de junio de 2016 por valor de 548, por concepto de anticipo, por no encontrarse los soportes. Y en el 3.5, al final coloqué lo que acabas de describir: “Dato que coincide con el valor de la cuarta cuenta de cobro presentada por PROCIL, pero no adjunta un soporte de autorización de giro por este concepto”. PREGUNTADO: ¿La sumatoria de estas dos cifras usted la tuvo presente en algún momento, 7.064 más \$548.835.820? Que ese el valor que hay allí, el valor total del nuevo anticipo: \$7.064.388.501. CONTESTÓ: Incluso mire, en el mismo punto 3.5 relaciono que este pago de los 548 se refieren al pago de dos anticipos por \$274.417.910, valor sobre el cual no tuvimos soportes al respecto por tal concepto y por ende hice la salvedad al final en el informe correspondiente. PREGUNTADO: Voy a reubicarme, usted me disculpa, estoy en el numeral 3.5 de su informe número 3. Allí aparece un cuadro suyo, aparecen dos pagos por valor certificado de \$274.417.910, que suman esos dos pagos la cifra a la cual nos estamos refiriendo, que es de \$548.835.820. En ese cuadro dice “concepto de cada uno de esos dos pagos: anticipo”. ¿Estamos de acuerdo en que allí aparece referenciado como anticipo ese par de pagos? CONTESTÓ: Lo que enunciaba según constaba en certificado de Fiduciaria Alianza del 11 de abril del 2017, lo enunciaron como anticipos. [...] PREGUNTADO: Muy bien. Usted sigue en su depuración de cifras y después de llegar a un supuesto saldo de anticipo por 8.167, le deduce un total de gasto del anticipo por 3.607 y después deduce todo el valor del acero instalado y en bodega por 5.476 millones. Le pregunto: ¿usted constató si a PROCIL ya se le había pagado ese valor del acero, para que por lo tanto no hubiera razones para deducirlo de esa depuración del anticipo? CONTESTÓ: Ahí viene la falta de claridad en los documentos que pretendía enviar el asegurado para fundar algo que no había reclamado de manera formal, y que lamentablemente a nuestra respuesta nunca emitió respuesta alguna y, contrario sensu, conocida la continuación del tema ya por vía de conciliación que había convocado el asegurado a la ASEGURADORA en febrero de 2019, o bueno, con posterioridad”.

actualizado en el Otrosí No. 1 dedujo la suma de \$2.445.621.464, sin conocer si se había deducido previamente del anticipo inicial pactado en el contrato, así como la inclusión de la suma de \$3.607 por concepto del acero con la “información que el contratista dio en el concepto de lo que era su verdad”, y explicó:

“[...] En ese orden, con base en resumen a la información que PROCIL remite, este hace un resultado concreto donde manifiesta: 1. Que amortizó 2.445, de 10.613 millones de pesos recibidos. 2. Que el gasto en el cual incurrió como contratista en desarrollo del contrato, fue de 3.607 millones de pesos, y que el valor del acero, tanto al instalar como en las bodegas, a los cuales hice referencia, era de 5.476 millones.

En ese sentido lo amortizado equivale a 2.445, y lo invertido asciende a 9.083 millones de pesos. Esto es un resumen de la información que se reconstruyó, y que repito, se recibió por parte de PROCIL para pretender ellos demostrarle a la ASEGURADORA que la plata estaba una parte invertida y la otra parte amortizada”.

El ingeniero Jorge Andrés Rojas Cadavid, en su testimonio recibido el 6 de agosto de 2020, sobre el anticipo explicó lo siguiente:

“[...] hay un anticipo del contrato inicial; [...] Ese valor del anticipo es el valor de 9.428, [...] y para ese anticipo se realizaron en su momento unos desembolsos bajo la dirección de MÉNSULA. Esos desembolsos bajo la dirección de MÉNSULA constan en los reportes, en los dictámenes; están divididos en 4 pagos, uno por 4.714 millones 036, equivalente al 20% tal como está aportado; después hay un desembolso número 2, por 2.357 millones, equivalente al 10% adicional; y posteriormente hay otros dos desembolsos, uno por 2.257 millones, y otro de 100 millones, que se realizan el 14 de septiembre, suman 2.357 y constituyen el otro 10% del anticipo. [...] Se realiza ese desembolso de los anticipos completos hasta la fecha del 14 de septiembre de 2015. Empieza el desarrollo del contrato en condiciones normales. Bajo ese desarrollo de ese contrato logran legalizarse, entre PROCIL y MÉNSULA, unas actas de avance de obra, obra ejecutada, obra que fue pagada en unas cantidades por suministro de materiales; esos suministros de materiales constan en el acta de avance número 1 y fueron constatadas por la interventoría en la visita que se realizó a la bodega que tenían en la Costa Atlántica, para poder liberar los desembolsos. Esos desembolsos de anticipos efectivamente fueron realizados, y finalmente cuando se toma la decisión de la cesión del contrato entre CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS y MÉNSULA, el ejercicio que se decide hacer, como ya teníamos unas actas de avance de obra, se decide hacer y se concilia entre las partes, era actualizar el valor de los anticipos que se tienen en riesgo.

En esa actualización de los desembolsos de anticipos y los requerimientos que tenía el proyecto, entonces aparecen los siguientes valores: nosotros teníamos 9.428 millones de pesos, que era el desembolso inicial realizado; de ese desembolso inicial había en su momento unas amortizaciones de anticipo que constan en las actas de obra y facturas relacionadas, las tengo acá resaltadas, con fechas de mayo del 2016, la última en agosto del 2016, y que suman un total de 2.363 millones de pesos. Esos 9.428, menos los 2.363 ya amortizados en esas actas de obra, equivalen a 7.064 millones de pesos, que es el anticipo pendiente por legalizar.

Adicional a esto, había unas condiciones en el contrato inicial de entregar unos avances de obra por temas comerciales y para poder establecer precios o fijar precios de suministros de materiales, de realizar unos avances de obra, actas en el mes 3 y en el mes 7, que para la celebración del otrosí, de común acuerdo se decide no entregarlas como unas actas de avance de obra, sino vincularlas a los montos de anticipo, y por eso aparecen 3 mil millones de pesos, que era el monto acordado en el contrato inicial, pero que para este otrosí quedan establecidos como un valor de anticipo. Y adicionalmente teníamos un desembolso de 548 millones de pesos, que en el momento de la salida de MÉNSULA, era un desembolso que se había realizado pero que estaba pendiente por entregar algunos documentos contables, y que para la celebración del otrosí se toma también la decisión de incluirlo como un valor ya desembolsado y como anticipo. Lo cual nos lleva a que el acuerdo entre las partes para el otrosí N° 1, fue establecer o actualizar nuevamente el valor de los anticipos, entendiendo que ese valor era de 10.613.224, que tenía en cuenta el desembolso del anticipo inicial del 40, la amortización de los anticipos de las 3 actas ya pagadas y legalizadas con el contratista, más los 3 mil millones de pesos que estaban inicialmente como avance de obra, pero que se decidió entregar como anticipo, y los 548 millones ya desembolsados, Eso nos da el total del anticipo que fue relacionado en el otrosí N° 1 y que fue conciliado con PROCIL, y finalmente fue entregado a MAPFRE el documento de otrosí y la solicitud de actualización de pólizas, quien finalmente entrega esas pólizas para cubrir el nuevo otrosí de la estructura metálica, que con fecha de enero de 2017 entrega unas pólizas retroactivas, en las que a partir del 10 de septiembre cubre la vigencia de la ejecución de ese contrato, bajo ese otrosí, y en el que se establecen esos 10.600. ¿Hasta ahí es clara la explicación?”

PREGUNTADO: [...] ¿Significa su explicación anterior, en términos puramente numéricos, que la intención con establecer en el otrosí N° 1 un anticipo de 10.613 millones de pesos, no fue entonces la de elevar o aumentar el anticipo inicial de 9.400, sino de establecer la suma total nueva a partir de ese momento de anticipo por amortizar y dejando de lado los 2.300 millones, que para el momento en que salió MÉNSULA y se firmó el otrosí N° 1, ya estaban amortizados?

CONTESTÓ: Sí, la apreciación es correcta. De acuerdo con lo que les mencionaba, la decisión que se tomó entre las partes, con la firma del otrosí, no fue incrementar el anticipo; fue actualizar el valor del anticipo, y en esa actualización caben los grandes rubros, que eran: el desembolso inicial de los 9.400, descartar los 2.363 que ya habían sido amortizados en el momento de la terminación de funciones por parte de MÉNSULA, entonces ya son considerados como anticipo amortizado y debidamente legalizado, y ya no hacen parte de este nuevo anticipo o esta actualización de anticipo de 10.613; más la vinculación de los otros desembolsos de los 3 mil y 548 millones de pesos. Entonces lo que se hace no es incrementar anticipos, sino actualizar de acuerdo con la explicación que anteriormente les di”¹¹⁰

¹¹⁰ Agrega: “**PREGUNTADO:** Ingeniero, ese nuevo anticipo así acordado en el otrosí N° 1 y llevado a la modificación de la póliza expedida por MAPFRE, ¿fue efectivamente pagado al contratista PROCIL de la estructura metálica? **CONTESTÓ:** Sí, tal como consta en el informe o en el dictamen pericial de RSM, se logra constatar que a través de los desembolsos realizados por la fiducia a la cuenta destinada por PROCIL, el valor desembolsado fue el de 10.613 en ese momento. **PREGUNTADO:** En el otrosí N° 1, cuando se expresa que se va actualizar el anticipo, modificando la cláusula quinta del contrato, se da a entender que para la fecha del otrosí N° 1, que es el 1 de septiembre de 2016, ya había sido íntegramente pagado ese nuevo anticipo de 10.600 millones de pesos. ¿Es preciso y exacto eso que se afirma en el otrosí, que ya para el 1 de septiembre estuviera pagada esa suma, o hubo alguna parte de la misma que no estuviera

En cuanto a los valores amortizados, expresó:

“PREGUNTADO: Aprovecho ahí y empato con la última respuesta, para que me dé claridad por favor. Usted señala un valor de 7.988 como anticipo no legalizado, amortizado y creí entender en respuesta anterior que la cifra era 8.559. Entonces para que me clarifique: el valor que se dice como anticipo no legalizado o no amortizado, ¿es cuál de los dos?

CONTESTÓ: Perfecto, para dar claridad voy a presentar nuevamente y resumimos los valores. Los valores macro serían: partimos de un anticipo legalizado en el otrosí, de 10.613 millones de pesos. Posterior a esa firma del otrosí se hace una amortización de anticipos de 81, lo que nos da 10.531 millones de pesos en ese momento del contrato; gastos legalizados, como costos de obra...

PREGUNTADO: Perdón ingeniero, aprovecho, excúseme que lo interrumpa. ¿Para qué fecha nos arroja esa cifra de los 10.531? **CONTESTÓ:** 10.531, sería para la fecha de la factura 2058. La factura 2058, me dan dos segundos por favor, la factura 2058 fue legalizada; la 2058 es el 2 de diciembre del 2016; o sea, para diciembre del 2016 ese sería el estatus del contrato.

PREGUNTADO: Perfecto, gracias; continúe.

CONTESTÓ: Posteriormente se hace la revisión de los extractos de gastos ocasionados por efectos de contrato, que no tienen que ver con láminas de acero. Se aceptan 2.542 millones de pesos, el saldo que desapareció en el inventario de materiales ya pagados, por 570, eso nos da los 10.531, menos los 2.542, más los 570 que hay reintegrar al anticipo porque no apareció el material, nos da un saldo de anticipo de 8.559. Ese es el valor inicial que presentan. A eso hay que adicionar que tenemos unas facturas que están legalizadas, que son objeto de pago a PROCIL. Entonces de estos 8.559, podríamos descontar 831 millones de pesos de obra legalizada; podríamos adicionalmente devolver una retención de anticipos, perdón, una retención de garantías por valor de 299, que es causada en cada una de las facturas que se legalizaron en el contrato y que son objeto de este análisis; con lo cual 8.559, menos 831, menos 299 millones, nos dan un total de 7.428 millones de pesos. A esos 7.400 hay que sumarle 559 millones de pesos sobre los que hizo pago directo la gerencia a los contratistas de suministros de materiales, manos de obra, y que debieron haber sido pagados con los recursos que se tenían en desembolso de anticipo. Eso nos da un total de 7.988 millones de pesos, que es lo que a hoy o a ese momento del peritaje estaba en cuestión por legalización de anticipo.

PREGUNTADO: Muchísimas gracias. Ingeniero, teniendo en cuenta el detalle que usted ha dado a conocer sobre el conocimiento y desarrollo del contrato, yo quisiera que nos informara cuándo fue presentada la primera factura por parte de PROCIL para amortizar el anticipo, y si lo tiene qué valor y en qué número de factura. Lo puede consultar también en su archivo, no sé

pagada para ese día y se hubiera pagado posteriormente? **CONTESTÓ:** De la relación de ese anticipo de 10.613, en el momento de la firma del anticipo había un saldo pendiente por pagar, que eran los últimos 1.500 millones de pesos, que aparecen pagados durante los 15 días siguientes, pero que son considerados en ese anticipo”.

CONTESTÓ: Perfecto. La primera factura que se pagó por efecto del desarrollo del contrato, dentro de la administración del contrato de MÉNSULA como contratista principal, fue acta número 1, factura 1992, es una factura por valor de 4.320 millones de pesos, sobre la cual se amortiza un anticipo de 1.737. Esa factura 1992, es una factura de fecha 28 de marzo del 2016, 28 de abril, perdón”.

La Convocante aportó con su demanda un dictamen pericial preparado por RSM Assurance & Audit S.A.-César Mauricio Ochoa Pérez, Contador Público, fechado a 20 de diciembre de 2018 que con las ordenes de giro (PT.02), los soportes correspondientes las facturas de venta expedidas por **PROCIL** por concepto de “construcción estructura metálica”, notas de crédito, y registros contables relaciona los pagos efectivos del anticipo por sus fechas y cuantías.

Indica que el valor total del anticipo ascendió a \$12.976.909.171, de los cuales en la página 46 de su dictamen concluye que **PROCIL.**, justificó la inversión de la suma de \$4.988.123.452, discriminada así:

(i) La suma de \$2.445.621.464 con la amortización del anticipo realizada conforme con las facturas de **PROCIL** y **MÉNSULA** correspondientes a las actas de obra ejecutadas y pagadas;

(ii) La suma de \$2.521.971.988, con el Valor legalizado (amortizado) del anticipo por parte de **PROCIL** soportado con costos y gastos aprobados por la interventoría, y

(iii) La suma de \$20.530.000 con el valor de las facturas rechazadas técnicamente por la Interventoría, pero aceptadas por el perito desde el punto de vista contable y de auditoría

En la página 43, el perito concluye que el total de material metálico no entregado ni instalado por **PROCIL** es de 153.042,65 kilogramos con un valor de \$570.236.914, materiales que fueron facturados por ésta y tenidos en cuenta para la amortización del anticipo. En la página 45 del dictamen, el perito resume el monto total no justificado en cuantía de \$8.559.022.633,oo.

La Convocada, el 14 de octubre de 2020 aporta un dictamen pericial elaborado por el Contador Público Arnulfo Silva González, en cuya respuesta a la pregunta 2, dice:

“En respuesta a la pregunta #2, expresamos que teniendo en cuenta que existen cifras que aún no están valorizadas, tales como el inventario metálico de 1.267 toneladas de acero, y el valor de gastos aprobados por la INTERVENTORIA según informe fechado el 21 de julio de 2017, en donde existían egresos del contratista por la suma de \$3.815.123.090, presentamos el estado de cuenta que aparece en la Contabilidad del Fideicomiso, relacionado con la cuenta contable Deudores nombrada como 1330 — A PROVEEDORES en donde se muestra el detalle de los desembolsos ANTICIPOS realizados a Proveedores PROCIL (Debito) (sic) y las aplicaciones por reembolsos y AMORTIZACIONES (Crédito), durante el periodo comprendido entre el 03 de julio de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2017 en cuya fecha presenta un saldo de \$10.239.044.268, cubriendo los periodos de los contratos a los cuales hemos hecho referencia en el presente informe.”

En el “Cuadro #1 Estado de cuenta **PROCIL** en contabilidad del Fideicomiso” en el período comprendido entre el 3 de julio de 2015 y el 30 de septiembre de 2017, muestra un valor total de anticipos por \$13.014.942.524 y un valor amortizado por \$2.775.898.256, con un saldo por amortizar de \$10.239.044.268 y que según los conceptos realizados en los registros del mencionado cuadro, “*reclasificamos en dos secciones, a saber:*

A. Registros relacionados con el periodo del contrato inicial AM300615_01 a partir de junio de 2015, relacionados con la fabricación y montaje de la estructura metálica, por la suma de \$6.652.175.095. (Cuadro N° 2)

B. Registros que hemos considerado corresponde al contrato de obra civil definido como construcción, de la ampliación, remodelación y actualización de Monterrey Gran Centro Comercial P.H., cuyo saldo final es de \$3.586.869.173. (Cuadro N° 3)”.

En la página 69 de su dictamen en el cuadro No. 2, “Estado de cuenta PROCIL bajo el concepto de ESTRUCTURA METÁLICA”, relaciona los débitos, créditos y saldos con un saldo final por la suma de \$6.642.175.095; imputa como amortización de anticipo las sumas de \$1.737.623.260, \$582.265.529, \$43.796.062, \$81.936.613 y las facturas 2039, 2074, 2084, 2101:

CUADRO #2 – Estado de cuenta PROCIL bajo el concepto de ESTRUCTURA METALICA

FECHA	DETALLE	DEBITOS	CREDITOS	SALDOS
2015/07/03	PRIMER PAGO PROCIL 20%	4.619.755.942	0	4.619.755.942
2015/08/20	SEGUNDO PAGO PROCIL 10%	2.309.877.971	0	6.929.633.913
2015/08/26	REEMBOLSO RTE FTE SOLICITUD DEL CONSTRUCTUR	141.421.100	0	7.071.055.013
2015/09/15	TERCER PAGO PROCIL	2.257.018.338	0	9.328.073.351
2015/09/17	TERCER PAGO PROCIL SALDO PENDIENTE	100.000.000	0	9.428.073.351
2016/03/17	AMORTIZACION ANTICIPO ESTRUCTURA METALICA	0	1.737.623.260	7.690.450.091
2016/05/10	AMORTIZACION ANTICIPO ESTRUCTURA METALICA	0	582.265.529	7.108.184.562
2016/08/16	AMORTIZACION ANTICIPO ESTRUCTURA METALICA	0	43.796.062	7.064.388.500
2017/01/26	AMORTIZACION ANTICIPO ESTRUCTURA METALICA	0	81.936.613	6.982.451.887
2017/09/30	AMORTIZACION DE ANTICIPO FRA 2039	0	51.850.581	6.930.601.306
2017/09/30	AMORTIZACION DE ANTICIPO FRA 2074	0	54.883.797	6.875.717.509
2017/09/30	AMORTIZACION DE ANTICIPO FRA 2084	0	48.601.807	6.827.115.702
2017/09/30	AMORTIZACION DE ANTICIPO FRA 2101	0	174.940.607	6.652.175.095
	Totales	9.428.073.351	2.775.898.256	

En el cuadro no. 3, “Estado de cuenta Procil el bajo el concepto de AMPLIACIÓN OBRA MONTERREY Y ANTICIPO PROCIL”, con los registros contables y los documentos comprobantes que originaron los registros, *sin existir certeza que correspondan al contrato de estructura metálica*, establece un saldo final de \$3.586.869.173, resultante de las deducciones indicadas en las páginas 70 y 71, dentro de éstas:

“II. Acta No. 03 evidenciada en la factura 2010 fechada el 08 de junio de 2016 por la suma de \$942.491.775 y la que indica amortización del anticipo por la suma de \$374.910.433. Al no estar registrado la amortización del anticipo el valor para aplicar será de \$942.491.775. (Capítulo 1.6)”.

“III. Valor de los gastos indicados en el informe de la empresa INTERVENTORIA, ASESORIAS Y CONSTRUCCION S.A.S. — I, A & C por la suma de \$3.815.123.090 de los cuales fueron aceptados egresos por la suma de \$2.526.260.945. Consideramos que el rechazo en julio de 2017 retroactivo desde agosto de 2015 no sería procedente por lo que el valor para aplicar sería por la suma de \$3.815.123.090. (Capítulo 1.3)”

“IV. Reembolso por la devolución de 1.267.176,94 kilogramos de inventarios metálicos, los que consideramos deben (sic) valorizados al valor de compra (no hay información al respecto) o al valor pactado al inicio del contrato por valor \$3.221,74 por unidad de kilogramo. En este caso el valor para aplicar por concepto del inventario devuelto asciende a la suma de \$4.082.514.634. (Capítulo 1.5)”

“En resumen, aplicando los valores a favor de PROCIL descritos en los numerales anteriores (I) al (VIII) el estado de cuenta a nombre de PROCIL a la fecha es como sigue:

<i>fecha</i>	<i>documento</i>	<i>concepto</i>	<i>Valor</i>
		<i>Cuadro No. 2 anticipos</i>	9.428.073.351
		<i>Cuadro No. 2 amortizaciones</i>	-2.775.898.256
8-mar-16	<i>factura 1989 OG 71</i>	<i>Retención 5% garantía</i>	-216.000.920
4-may-16	<i>factura 2001 OG 81</i>	<i>Retención 5% garantía</i>	-72.783.191
8-jun-16	<i>factura 2010</i>	<i>Acta 03</i>	-942.491.775
21-jul-17	<i>Informe Interventoría</i>	<i>Gastos</i>	-3.815.123.090
14-jul-16	<i>Inventario metálico</i>	<i>1267 toneladas</i>	-4.082.514.634
26-oct-16	<i>factura 2039</i>	<i>Acta 02 - valor factura</i>	-72.015.884
26-oct-16	<i>factura 2039</i>	<i>Retención 5% garantía</i>	-6.481.323
2-dic-16	<i>factura 2058</i>	<i>Retención 5% garantía</i>	-10.242.077
6-feb-17	<i>factura 2074</i>	<i>Acta 04 - valor factura</i>	-76.371.918
6-feb-17	<i>factura 2074</i>	<i>Retención 5% garantía</i>	-6.860.475
6-mar-17	<i>factura 2084</i>	<i>Acta 05 - valor factura</i>	-67.630.401
6-mar-17	<i>factura 2084</i>	<i>Retención 5% garantía</i>	-6.075.226
1-ago-17	<i>factura 2101</i>	<i>Acta 06 - valor factura</i>	-243.433.407
1-ago-17	<i>factura 2101</i>	<i>Retención 5% garantía</i>	-21.867.576
		Saldo a favor de PROCIL	-2.987.716.802

“En conclusión, el saldo a favor de PROCIL asciende a la suma de \$2.987.716.802 en cuyo estado de cuenta se tuvieron en cuenta los anticipos entregados a PROCIL, la amortización de anticipos por las Cuentas de obra presentadas y los valores a favor según documentos allegados para el estudio.”

Para contradecir el dictamen aportado por la Convocada, la parte Convocante aportó otro dictamen de contradicción preparado por RSM Assurance & Audit S.A.- César Mauricio Ochoa Pérez, Contador Público, fechado a 7 de diciembre de 2020.

El perito, concluye que el valor de anticipo señalado por el perito Arnulfo Silva González en cuantía de \$9.428.073.351, no es procedente, porque omite “los pagos de los anticipos realizados a partir del 22 de junio de 2016 correspondientes a la Estructura Metálica que suman \$3.548.835.820, por lo tanto, el valor total que debe considerarse como anticipo es de \$12.976.909.171”.

Precisa que el cobro correspondiente a la factura 2010, Acta 3, por \$942.491.775, “no es procedente, como se informó, dicha factura fue anulada y las cantidades nunca fueron sustentadas por Procil a la Interventoría, motivo por el cual no debe incluirse en esta liquidación”, y puntualiza:

“El doctor Silva González, yerra al determinar que las cifras contenidas en la factura 2010 por concepto de “Obra Ampliación Monterrey - Acta No. 3” por valor de \$942.491.775 deberá ser considerada en su totalidad para el “estado de cuenta” que le fue solicitado, dado que, según informa la Interventoría del proyecto en las comunicaciones dirigidas a Ménsula S.A., con fecha del 17 y 22 de junio de 2016 (ver PT- 07), “dicha factura fue anulada”:

Comunicación con fecha del 22 de junio de 2016 que tiene por título “IA&C - CCM - 0452016 ANULACION DE FACTURA 2010 DE PROCIL”:

“El motivo de retractar la aprobación que se había dado por parte (sic) Interventoría (...), es por no poder revisar la totalidad de los insumos presentados por Procil en un periodo corto de máximo un día, además para evitar posiciones discrepantes con ustedes, que sabían que la Interventoría no podía revisar en dos horas los cortes de estructura metálica, la Interventoría precedió a anular la factura del asunto.

En conclusión se adjunta las copias y documentos referentes a la factura 2010 y ratificamos que dicha factura debe ser anulada”. (Negrilla y subraya fuera de texto).

Se entiende que la factura fue anulada, por lo tanto no es procedente incluirla en la liquidación o en el “estado de cuenta” solicitado al doctor Arnulfo Silva; así mismo, se pidió a la Interventoría que informara a nuestra Firma, si las cantidades incluidas en la factura 2010 tienen soporte de su recibo o instalación en la obra, informándonos por comunicación (ver PT-07) que: “Frente a las cantidades inicialmente reportadas en factura 2010 de 252.950,02Kg por suministro de material, se aclara que los soportes correspondientes nunca fueron entregados, el material nunca fue entregado de manera real y por lo tanto no se tienen en cuenta en facturas posteriores. Esto se confirma finalmente con el cruce de inventarios donde no se encuentra esta cantidad de material en ninguna de las bodegas donde fue necesario realizar inventario.”

Teniendo en cuenta lo anterior, no habría lugar ni a la presunta amortización por valor de \$374.910.433 y menos aún a la compensación del valor total de la factura por \$942.491.775.

En la comunicación la interventoría además, manifiesta que: “Se aclara que el ejercicio realizado con la factura 2010 presentada por el Subcontratista Procil, ante la falta de entrega de los soportes correspondientes para el recibo a satisfacción de la obra objeto de cobro (suministro de material: Entrega real del material, entrega de soportes de calidad, otros), y

frente a la necesidad de caja manifestada por el Subcontratista para cubrir compromisos de negociación y ante la salida de Ménsula como Administrador delegado, se toma la decisión de realizar desembolso a través de anticipo adicional, legalizado posteriormente en Otrosí No. 1 del contrato de estructura metálica. El cálculo efectuado toma el valor de la factura presentada incluido AIU e IVA y descuenta amortización del anticipo 40% y Retefuente 2%, con lo cual el valor a percibir en caja sería de \$548'835.820, valor que fue aprobado para generar cuentas de cobro por concepto de anticipo y finalmente legalizado y desembolsado."

Basados en lo anterior, se entienden los motivos que dieron origen al anticipo de "\$548'835.820", solicitado por Procil" en la cuenta de cobro con fecha de junio 17 de 2017, pagada en la orden de giro No.90, en dos desembolsos por valor de \$274.417.910 cada uno, documentos disponibles en el papel de trabajo PT-07

Indica que el valor de \$3.815.123.090, "no debe tenerse en cuenta, dado que como se explicó en el desarrollo del presente informe de contradicción, la cifra contemplada por el Perito no fue posible identificarla en el "informe" de interventoría. El valor de los costos y gastos efectivamente sustentados y auditados que pertenecen al proyecto es de \$2.521.971.988":

"Con respecto al informe de interventoría no ha sido posible identificar de dónde extrajo el Perito la cifra de "\$3.815.123.090"; dado que, no fue posible identificar en los documentos allegados a nuestra Firma, las pruebas o papeles de trabajo del dictamen del doctor Silva; sin embargo, en el dictamen inicial presentado en noviembre de 2018 por RSM, se presentó como PT-05 la Comunicación de interventoría - "Revisión de anticipo Procil Estructura Metálica", documento que se encuentra adjunto al presente informe de contradicción como papel de trabajo PT-03 que corresponde con el "informe fechado el 21 de julio de 2017" citado por el doctor Silva, en el cual se observa el siguiente párrafo: "La revisión se basa en que Procil presento (sic) tres (3) A-Z con 257 egresos, los cuales se revisaron uno a uno obteniendo los siguientes resultados: 1.El rubro presentado por Procil como inversión de anticipo es de \$3.678.505.179,00". (...)"

Como bien lo expresa el informe del 21 de julio de 2017 de la Interventoría, el valor entregado por Procil a esta, fue por \$3.678.505.179,00, correspondiente a 257 egresos, cifra que no alcanza a cubrir el valor informado erróneamente por el Perito de "gastos aprobados por la interventoría de \$3.815.123.090"; así mismo, en dicho informe la interventoría analiza los egresos presentados por Procil e indica que el "monto avalado" por este Ente, es por valor de \$2.526.260.945,27, cifra que no corresponde con el valor reportado por el doctor Arnulfo Silva en su dictamen; es de anotar que la sola presentación de egresos no prueba "costos" y "gastos" relacionados con el proyecto, el perito Silva debió asegurar y auditar los documentos para informar cuáles verdaderamente pertenecen a la "Ampliación Monterrey" y no simplemente citar una cifra sin sustento, nuestra Firma auditó los referidos documentos (ver PT-03) en el dictamen inicial presentado, con los resultados que se ampliarán más adelante en el desarrollo del presente informe de contradicción".

Precisa que el valor de \$4.082.514.634, Inventario Metálico por 1267 toneladas, “que presenta el Perito, no es aceptable, puesto que dichas cantidades de material fueron pagadas en su totalidad, con las facturas 1992 y 2001, que corresponden a las actas de obra 1 y 2, como se explicó y anexó prueba en esta contradicción; incluirlo sería cobrar dos veces el mismo costo o gasto.”

En las páginas 23 a 26, sustenta su conclusión. Indica que con “la factura No. 1992 correspondiente al acta de obra No. 1 expedida por Procil del 28 de marzo de 2016 y la factura No.2001 perteneciente al acta de obra No. 2 con fecha del 1 de mayo de 2016, se adquirieron las siguientes cantidades de material metálico para la obra “Ampliación Monterrey” (ver PT-09)”, 1.165.877,12 y 392.851,37 para un total de 1.558.728,49 Kg, a un precio unitario de \$3.726 Kg, para un total de \$4.334.058.149,12 y \$1.463.764.204,62; las cuales presentan el siguiente detalle, respecto a la amortización del anticipo y su valor a pagar:

Fecha fact.	No. Fact.	Beneficiario	Concepto	Total con IVA	Valor amortización anticipo	Retenciones en la fuente	Total factura	No. Nota crédito	Valor nota crédito	Valor a pagar
8-mar-16	1992	Ménsula S.A.	Obra ampliación Monterrey - construcción estructura metálica	4.344.058.149	(1.737.623.260)	(302.401.288)	2.304.033.601	NC003	(812.001)	2.303.221.600
4-may-16	2001	Ménsula S.A.	Obra ampliación Monterrey Acta No. 2 - construcción estructura metálica	1.463.764.205	(582.265.529)	(101.896.467)	779.602.209	NC005	(1.059.303)	778.542.906

Teniendo en cuenta las amortizaciones, retenciones y las notas crédito aplicables a cada factura (1992 y 2001) se procedió a verificar el pago correspondiente, así:

No. Doc.	Orden de giro	Fecha orden de giro	Beneficiario	Concepto	Valor - Orden de Giro
1992	71	16-mar-16	Procil SAS	Pago corte primer cruce de anticipo	2.303.221.600
2001	81	5-may-16	Procil SAS	Pago corte obra segundo cruce de anticipo	778.542.905

Así las cosas, las facturas del material comprado correspondiente a 1.558.728,49 kg, fueron pagadas en su totalidad a Procil (ver PT-09), lo que indica que dicho material se encontraba pagado y disponible para ser utilizado en la obra “Ampliación Monterrey”.

2. Consumos del material comprado (ver PT-10)

El material metálico consumido por fabricación de estructura para el proyecto fue de 138.598,90 Kg, que se refleja en las siguientes facturas y actas de obra:

Nro. Factura	Nro. Acta	Cantidad / Kg	Comentario
2018	5	18.969,57	Material fabricado, legalizado y pagado
2058	3	38.885,79	Material fabricado, legalizado y pagado
2039	2	32.517,82	Material fabricado, legalizado sin pago
2074	4	35.814,50	Material fabricado, legalizado sin pago
2084	5	12.321,22	Material fabricado, legalizado sin pago
Total		138.508,90	

Relaciona el inventario de material metálico, disponible y almacenado que reposaba en las bodegas de Itagüí,, Barranquilla y Cartagena (ver PT-11), según el conteo físico de la interventoría que es de 1.267.176,94 kilogramos, equivalente a 1.267,177 toneladas, cantidad que coincide con las solicitadas como “reembolso” por el Perito en el “estado de cuenta” que le fue solicitado, cantidad de material que evidentemente se encuentra pagado a Procil con las facturas 1992 y 2001 como se demostró en el numeral 1; el material metálico que debería estar disponible para el proyecto (1.420.219,59 Kg), y el extraviado, tomando la cantidad de material metálico disponible en bodega, menos las cantidades obtenidas en el inventario físico, así:

Más: Cantidad de material metálico disponible en el proyecto	1.420.219,59
Menos: Cantidades del inventario físico en bodegas	(1.267.176,94)
Igual: Material metálico extraviado del proyecto	153.042,65

“Con la información descrita en los numerales anteriores, nuestra Firma establece que el Perito Silva, incurre no solo en un yerro al “aplicar por concepto del inventario devuelto la suma de \$4.082.514.634” en su “Estado de Cuenta”, sino que, además, no realizó los análisis pertinentes para justificar sus cálculos correspondientes y establecer un presunto “Reembolso de 1.267.176,94 kilogramos de inventarios metálicos” los cuales se encuentran pagados en su totalidad.”

Precisa:

(i) Que “no fue posible obtener los documentos o soportes utilizados por el doctor Silva en su informe, dado que no se encuentran anexos al mismo; por lo tanto, desconocemos la procedencia de algunas de las cifras que allí reposan, como es el caso del anticipo por valor “\$33.200.575”, con fecha del 22 de diciembre de 2016”, cuya orden de giro 148 no “identifica el valor de \$33.200.575, relacionado por el perito Arnulfo como anticipo del 50 % a la factura 2077, dicha factura es por valor de \$9.734.135,3 incluido AIU más IVA, y la orden de giro simplemente paga dicha factura (ver PT-06), por lo anterior no se entiende como podría abonarse 33 millones de pesos a una factura que no alcanza a sumar ni siquiera diez millones de pesos”;

(ii) Que “el Perito relaciona un anticipo por valor de “\$4.832.778”, como abono a la misma factura 2077 con la orden de giro No.148, información que no coincide con la orden de giro, ya que en esta se observa un único pago a Procil por concepto de “suministro e instalación escaleras metálicas publicar”, descripción que contiene la factura 2077, por valor de \$9.415.267 (ver PT-06), como se indicó en el párrafo anterior”;

(iii) No es claro “por qué el Perito realiza una “reclasificación de los registros” excluyendo los pagos de los “anticipos” correspondientes a la “Estructura Metálica” y los clasifica como anticipos realizados al “contrato de obra civil”, pues, “las órdenes de giro relacionadas (90, 96, 107, 110, 111, 115, 116 y 118) en el cuadro anterior, expedidas por la Fiducia, se observa en el campo “cuenta PUC” el concepto “C.D. Estructuras”, descripción que coincide con las órdenes de giro, que soportan el pago de los anticipos relacionados y clasificados por el mismo doctor Silva, como “cifras inherentes a la obra Estructura Metálica contenidas en el “CUADRO #2 - Estado de cuenta PROCIL bajo el concepto de ESTRUCTURA METALICA (sic)”, órdenes de giro que según los documentos y sus conceptos corresponden a la “Estructura Metálica”.

El valor total pactado en el Contrato de suministro e instalación No. AM300615-01 suscrito entre **MÉNSULA S.A.** y **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.** el 30 de junio de 2015, se pactó en \$23.701.339.523,87 (Cláusula Cuarta).

Las partes estipularon un anticipo del cuarenta por ciento (40%), antes de IVA, o sea, que aquélla entregaría a ésta en tres cuotas; la primera, del 20% por

\$4.714.036.676 a la firma del contrato, previa presentación de las pólizas; el 10% por \$2.357.018.338 a los 30 días de suscripción del acta de inicio; y el 10% restante, por \$2.357.018.338 a los 45 días de la suscripción del acta de inicio.

Adicionalmente, acordaron que en las Actas de Cobro correspondientes a los meses 4 y 7, se efectuará un avance de obra por \$1.500.000.000.

El anticipo será invertido en el cumplimiento del objeto del contrato, estará sujeto a revisión por el Contratante y la Interventoría, y el Contratista deberá presentar las justificaciones que se le soliciten sobre la destinación o inversión del anticipo; su reembolso, *“se hará mediante el descuento del valor en cada acta de pago que presentará EL CONTRATISTA”, y se amortizará “proporcionalmente del valor de cada acta, que se elaborará con los datos obtenidos del pliego de cantidades teniendo en cuenta la cantidad revisada, aprobada previamente por LA INTERVENTORIA y que se encuentre debidamente ejecutada”* (Cláusulas Cuarta y Quinta, a) Anticipo)

El 21 de julio de 2015 las partes firmaron un “Acta de Inicio” que *“habilita desde la ejecución de los pre-operativos, el pago de la segunda cuota y final de anticipo; ambas por el 10% del valor del contrato, y regidas por la suscripción de un Acta de inicio de obra, según la CLAUSULA QUINTA: FORMA DE PAGO del Contrato AM300615-01. Sin embargo, se generará un OTROSI de ampliación del plazo, para la ejecución del proceso de montaje, una vez se haga efectiva la entrega de los planes físicos definitivos para construcción, debidamente sellados y firmados por el Diseñador y la Interventoría”*. En esta acta, previeron suscribir un acta de inicio de obra y un otrosí de ampliación del plazo para ejecutar el montaje.

De conformidad con el Anexo 1- Liquidación Contrato de Procil S.A.S. de la cesión de contrato suscrita el 29 de agosto de 2016 entre Consultorías y Emprendimientos S.A.S. y Ménsula S.A. las partes hacen constar a esa fecha:

ANEXO 1 – LIQUIDACIÓN CONTRATO DE PROCIL S.A.S.

CONCEPTO	MONTO
ANTICIPOS	
ANT 01	\$ 4.714.036.676
ANT 02	\$ 2.357.018.338
ANT 03	\$ 2.257.018.338
ANT 04	\$ 100.000.000
TOTAL ANTICIPOS	\$ 9.428.073.352
PAGOS Y AMORTIZACIONES	
CORTE 01	\$ 4.344.058.149
AMORTIZADO CORTE 01	(\$ 1.737.623.260)
PAGADO	\$ 2.606.434.889
RETENIDO	\$ 216.000.920
CORTE 02	\$ 1.463.764.205
AMORTIZADO CORTE 02	(\$ 582.265.529)
PAGADO	\$ 881.498.676
RETENIDO	-\$ 72.783.191
CORTE 04	\$ 110.099.438
AMORTIZADO CORTE 04	(\$ 43.796.062)
PAGADO	\$ 66.303.376
RETENIDO	\$ 0
TOTAL PAGADO	\$ 5.917.921.792
TOTAL AMORTIZADO	(\$ 2.363.684.851)
SALDO X AMORTIZAR	\$ 7.064.388.501
TOTAL RETENIDOS	\$ 288.784.111

En Otrosí No. 1 de 1 de septiembre de 2016, Consultorías y Emprendimientos S.A.S. y Procil S.A.S., modifican para “actualizar” el numeral a) relativo al anticipo de la Cláusula Quinta, y hacen constar que El Contratante “realizó un pago inicial por valor de \$10.613.224.321 antes de IVA como ANTICIPO al CONTRATISTA, los cuales son recibidos a entera satisfacción por éste último”.(Subrayas ajenas al texto).

Estos documentos contractuales acordados por las partes y conocidos por la aseguradora al otorgar la póliza de seguro de cumplimiento No. 42005315000025 expedida el 19 de junio de 2015 (con base en el Contrato), el certificado número 1 de 2 de septiembre de 2016 (según la cesión de contrato), y el certificado número 2 de 17 de enero de 2017 (conforme al Otrosí No.1), acreditan el valor del anticipo inicial acordado en \$9.428.073.352, el amortizado en cuantía de \$2.363.684.851, y el no amortizado en cuantía de \$7.064.388.501 para el 29 de agosto de 2016, fecha de la cesión, y su actualización con fecha 1 de septiembre de 2016 en la suma de \$10.613.224.321.

Encuentra el Tribunal soportados los análisis y conclusiones del dictamen pericial de contradicción preparado por RSM Assurance & Audit S.A.-César Mauricio Ochoa Pérez, con relación al valor del anticipo y a los valores que deduce el perito Arnulfo Silva González.

El dictamen pericial elaborado por el perito Silva González claramente parte de un anticipo por \$9.428.073.352 que no corresponde al valor “*actualizado*” en la fecha del Otrosí No. 1 de 1º de septiembre de 2016 por \$10.613.224.321 ni al monto total de los dineros entregados y recibidos en cuantía de \$12.976.909.171 durante la vigencia del contrato.

Por otra parte, el perito deduce la suma de \$942.491.775 de la factura 2010 emitida el 8 de junio de 2016, que fue anulada por la Interventoría, y al margen de su causa, la misma no existe, por lo que su valor no puede ser considerado para tales efectos.

Otro tanto, acontece con la deducción de los \$4.082.514.634 por Inventario Metálico de 1267 toneladas, que como sustenta el dictamen de contradicción preparado por RSM Assurance & Audit S.A. - César Mauricio Ochoa Pérez, “*dichas cantidades de material fueron pagadas en su totalidad, con las facturas 1992 y 2001, que corresponden a las actas de obra 1 y 2, como se explicó y anexó prueba en esta contradicción; incluirlo sería cobrar dos veces el mismo costo o gasto*”.

Mapfre, cuestiona que las facturas 1992 y 2001 comprendan el pago de material metálico al corresponder a las actas de obra 01 y 02, en tanto el dictamen de contradicción sustenta que con “*la factura No. 1992 correspondiente al acta de obra No. 1 expedida por Procil del 28 de marzo de 2016 y la factura No.2001 perteneciente al acta de obra No. 2 con fecha del 1 de mayo de 2016, se adquirieron las siguientes cantidades de material metálico para la obra “Ampliación Monterrey” (ver PT-09), 1.165.877,12 y 392.851,37 para un total de 1.558.728,49 Kg, a un precio unitario de \$3.726 Kg, para un total de \$4.334.058.149,12 y \$1.463.764.204,62*”, que de dichas actas de corte de obra se amortizaron las sumas de \$1.737.623.260 (1992) y \$528.265.529 (2001) para un saldo neto a pagar de \$2.303.221.600 (factura 1992) y \$778.542.902 (factura 2001) cancelado con las órdenes de giro 71 y 81.

Empero según lo pactado, el anticipo será invertido en el cumplimiento del contrato, lo que comprende la adquisición de los materiales para ejecutar la obra, y se amortiza proporcionalmente mediante el descuento del valor en acta según la cantidad de obra ejecutada, revisada y aprobada por la Interventoría” (Cláusulas Cuarta y Quinta, a) Anticipo), y por lo mismo, no excluye que el valor se haya invertido en la compra de los bienes para tal efecto.

De este modo, conforme a dicho dictamen de contradicción el material comprado en cantidad de 1.558.728,49 se canceló en su totalidad de esa forma, y no puede deducirse, como concluye el experto, dos veces.

Igualmente sucede con la deducción de la suma de \$3.815.123.090 correspondiente a los costos y gastos presentados a la Interventoría, porque como indica el perito el “*valor de los costos y gastos efectivamente sustentados y auditados que pertenecen al proyecto es de \$2.521.971.988*”, y éste es el que efectivamente debe deducirse.

Conforme al dictamen pericial rendido el 20 de diciembre de 2018 por RSM Assurance & Audit S.A.-César Mauricio Ochoa Pérez, Contador Público, durante la vigencia del contrato, el valor total solicitado a título de anticipo por Procil fue de \$13.016.909.171, y el recibido por ese concepto de Consultorías y Emprendimientos S.A.S y Ménsula, ascendió a \$12.976.909.171, así:

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S. CONTRA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(RADICADO 2019 A 0007)

Orden de giro	Concepto	Fecha comprobante de egreso	Número comprobante egreso	Valor anticipo pagado a Procil
15	Primer Pago Procil 20%	7-jul-15	399363	4.619.755.942
23	Segundo Pago Procil 10%	20-ago-15	399843	2.309.877.971
24	Reembolso retención en la fuente por solicitud del constructor - Ménsula	26-ago-15	397365	141.421.100
27	Tercer Pago Procil	15-sept-15	48357	564.254.585
			48358	564.254.585
			48359	564.254.584
			48360	564.254.584
28	Tercer Pago Procil - Saldo De 100 Millones	17-sept-15	49057	100.000.000
90	Anticipo Pago Procil	22-jun-16	54178	274.417.910
			54179	274.417.910
96	Anticipo ampliación obra Monterrey	22-jul-16	54981	300.000.000
			54982	300.000.000
			54983	300.000.000
		28-jul-16	54334	300.000.000
			54335	300.000.000
107	Anticipo Procil	5-sept-16	55387	300.000.000
			55388	300.000.000
110	Anticipo Procil	16-sept-16	55724	300.000.000
111	Anticipo Procil	26-sept-16	55832	300.000.000
115	Anticipo Procil	13-oct-16	55877	150.000.000
116	Anticipo Procil	14-oct-16	56333	110.000.000
118	Anticipo Procil	26-oct-16	56471	40.000.000
Total				12.976.909.171

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

RSM Assurance & Audit S.A. soporta los desembolsos por el concepto “Anticipo”, en sus cuantías y fechas en las órdenes de giro, cuentas y comprobantes anexos a su dictamen.

De estos valores, **MAPFRE** cuestiona como anticipo el pago de \$3.000.000.000, pues el desembolso de los primeros \$1.500.000.000 en varias partidas de \$300.000.000 conforme a la cuenta de cobro emitida por Procil el 19 de julio de 2016 en cuantía de \$1.500.000.000 indica el concepto *“De acuerdo a lo convenido al inicio del contrato y en el comité del pasado 18 de julio de 2016...”*, la orden de giro número 96 de 21-julio-2016 por la suma de \$1.500.000.000 *“... Anticipo ampliación obra Monterrey...”* y a mano alzada la anotación escrita *“Se genera anticipo directo Gerencia – Procil para liberación flujo de caja. Con legalización de contrato Procil se realizara ajuste, pago y documentos contables”*, y el desembolso de los otros \$1.500.000.000 en siete partidas, según la cuenta de cobro emitida por Procil el 01 de septiembre de 2016 por la suma de \$1.500.000.000 indica el concepto *“... De acuerdo con lo convenido al inicio del contrato y en el comité del pasado 18 de julio de 2018...”*, y la comunicación de cuenta tiene la anotación *“anticipo autorizado por la interventoría atendiendo solicitud de gerencia del proyecto Correo electrónico 31 de agosto de 2016; y todos estos documentos, no “permiten encajar esos \$3.000 millones a los anticipos del proyecto de Estructura metálica, por cuanto en el periodo inicial del contrato no se establecen anticipos adicionales diferentes a los 3 descritos en la cláusula 5ª., equivalentes al 40% del contrato. Los pagos de los meses 3 y 7 eran avance de obra, o si se quiere, pagos anticipados, pero no anticipos”*, y aún de admitirse que fueran pagos anticipados, no es objeto de cobertura, ni los pagos realizados durante la vigencia del certificado Nro.2 del contrato de seguro, “en tanto en el mismo documento se confesó que los \$3.000 millones que hace parte del total del anticipo que allí se fija, habían sido pagados con anterioridad”.

RSM sustentó su afirmación en los documentos citados por **MAPFRE**; así la orden de giro número 96 de 21 de julio de 2016 por la suma de \$1.500.000.000 correspondiente a la cuenta de cobro de 19 de julio de 2016, consigna el concepto *“Anticipo ampliación obra Monterrey”*, y las órdenes de giro 107 de 1 de septiembre de 2016 por \$600.000.000, 110 de 15 de septiembre de 2016 por \$300.000.000, 111 de 22 de septiembre de 2016 por \$300.000.000, 115 de 10 de octubre de 2016 por \$150.000.000, 116 de 13 de octubre de 2016 por \$110.000.000 y 118 de 24 de octubre de 2016 por \$40.000.000 que corresponden a la cuenta de cobro de 01 de

septiembre de 2016 por \$1.500.000.000, indican el concepto “Anticipo Procil”, por lo cual, la conclusión del perito está debidamente soportada.

Al margen de la argumentación planteada por **MAPFRE** en torno a la cobertura, de la cual se ocupa más adelante el Tribunal, valorado el dictamen pericial rendido el 20 de diciembre de 2018 por RSM Assurance & Audit S.A.-César Mauricio Ochoa Pérez, Contador Público, en conjunto con los elementos probatorios y según la sana crítica, el valor total concluido por el experto a título de anticipo recibido por Procil, está debidamente soportado, y su estado en la fecha en que lo rindió, como muestra en la página 45 de su trabajo, es el siguiente:

Concepto	Valor
Más: El valor del anticipo que recibió Procil.	\$12.976.909.171
Menos: El total de amortización del anticipo realizada conforme con las facturas de obra ejecutada y pagada	(\$2.445.621.464)
Menos: El valor legalizado (amortizado) del anticipo soportado con costos y gastos aprobados por la interventoría	(\$2.521.971.988)
Menos: El valor de las facturas rechazadas técnicamente por la Interventoría y aceptadas por el Perito desde el punto de vista contable y de auditoría	(\$20.530.000)
Más: El valor de material metálico pagado que no fue “entregado e instalado” finalmente en la construcción de Monterrey por parte de Procil	(\$570.236.914)
Total Anticipo “no legalizado o amortizado	\$8.559.022.633

Apropiación (de, *appropriatio*, *-ōnis*), es acción y efecto de apropiar (*appropriare*) o apropiarse, hacer propia una cosa, apoderarse o adueñarse. Indebida, es lo no debido o exigible, lo incorrecto, inaceptable, injusto, arbitrario, abusivo o carente de justificación. La voz *mal uso*, atañe a la conducta disfuncional, contraria a la destinación o función de una cosa.

Anticipo, de anticipar (*anticipāre*), antes de algo, tiempo u otra cosa, en materia contractual, es lo entregado y recibido, sea dinero u otras cosas, para preparar, facilitar o financiar la ejecución del contrato y aplicarlo a los fines pactados.

Por su naturaleza y función, el anticipo difiere del pago anticipado o realizado *ex ante* a la exigibilidad de una prestación.

El *anticipo*, no es pago de la prestación, su entrega no transfiere el dominio, ni extingue la prestación. Quien lo recibe, contrae un deber de custodia acentuado por la confianza y una *prestación de resultado garantizado*, proyectada en la conducta de aplicarlo e invertirlo exclusivamente a lo pactado¹¹¹.

El valor del anticipo se “redime”, “compensa”, “amortiza”, “reduce” o “extingue” de manera total o parcial en forma progresiva, sucesiva o periódica y proporcional durante la ejecución del contrato, por lo común, en una parte determinada del valor de la prestación efectivamente ejecutada, entregada y recibida¹¹².

La apropiación indebida, el mal uso y la falta de amortización del anticipo son nociones y riesgos diferentes.

El mal uso, precisa la utilización del anticipo a fines diferentes de los estipulados o a contrariedad de su destinación o función; la no amortización, la falta de redención, recuperación, compensación o extinción en su totalidad, y la apropiación indebida, su apoderamiento sin justificación o atribución.

En el presente caso, se solicita un perjuicio económico por la apropiación indebida y el mal uso del anticipo. El mal uso del anticipo no está demostrado en el proceso. Está probado que el anticipo no se amortizó en su totalidad y que Procil al abandono del contrato tampoco reintegró la parte no amortizada.

Cuando el anticipo no se amortiza en su integridad, el contratista debe reintegrar la parte no amortizada. En efecto, la prestación de entregar un anticipo no es de *dar*

¹¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena. Sentencia de 8 de agosto de 2001. Expedientes acumulados AC 10966 y AC 11274; Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos de 10 de agosto de 1987 (Consulta N° 115); 3 de junio de 1997 (Consulta N° 1.141 de mar. 29/77), 7 de marzo de 2007, Rad.: 11001-03-06-000-2007-00005-00(1802); 30 de abril de 2008. Rad. 1881; 28 de abril de 2010, Radicación 44001-23-31-000-1998-00450-01(17935); Sección Tercera, Sentencias de 13 de mayo de 1988, Expediente. 4303; 28 de octubre de 1994, Exp. 8092); 29 de abril de 1999, Exp. 14.855; 1 de julio de 1999, Exp. 16459; 13 de septiembre de 1999, Expediente 10607; 13 de julio de 2000, Expediente 12513; 10 de noviembre de 2000, Rad. 11001-03-26-000-2000-0004-01 (18709) 17 de mayo de 2001, Expediente.13.635; 22 de junio de 2001, Expediente 13436; octubre 9 de 2003, Expediente 13.412; 29 de enero de 2004, Rad. 25000-23-26-000-1993-8696-01(10779); 5 de julio de 2006, 24812-1998-01597 (24812); 5 de julio de 2006, rad. 25000-23-26-000-1993-8696-01(10779); 12 de febrero de 2014, rad. 31682; 7 de septiembre de 2015, Rad. 25000232600019971393001 (36878); Rad.: 44001-23-31-000-1998-00450-01(17935).

¹¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de abril 30 de 2008, Radicación: 1881; Número Único: 11001-03-06-000-2008-00013-00,

a título de tradición (*dare rem*), sino de mera entrega con cargo de custodia, aplicación a los fines pactados y de restitución de la parte no amortizada, salvo estipulación contractual expresa en contrario. Por consiguiente, si la propiedad o dominio del anticipo permance en quien lo entrega, y quien lo recibe, no se hace dueño del mismo, es evidente su deber de restituirlo a la finalización del contrato en cuanto no se haya amortizado en su totalidad. Por esto, quien lo recibe tiene la obligación de restituirlo en su totalidad o en la parte no amortizada. Esta prestación es exigible a la terminación del contrato por cualquier causa. La falta de restitución y la retención indebida sin ninguna justificación al abandono del contrato, en criterio del Tribunal, no sólo comporta inobservancia de esta prestación, sino la indebida apropiación de la parte no amortizada.

En consecuencia, la pretensión está llamada a prosperar en cuanto pretende que se declare la causación de un perjuicio económico por la apropiación indebida del anticipo que recibió **PROCIL** para la ejecución del contrato, en la suma de \$8.559.022.633,00

4. Se solicita declarar que el incumplimiento del contrato por Procil causó, entre otros, perjuicios patrimoniales, por la no entrega de la estructura metálica contratada al vencimiento del plazo contractual (2 de septiembre de 2017), la suma total de \$42.167.006.883,00, discriminada así: costos directos e indirectos para terminar la obra: \$38.474.654.767,00 lucro cesante: \$3.692.352.116,00; por los costos de almacenamiento del material abandonado por **PROCIL**, la suma de \$150.934.538,00, y por el no pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los empleados contratados para la ejecución del contrato, la suma de \$86.398.727,00.

En el proceso está acreditada la ausencia de la construcción de la obra objeto del contrato de suministro e instalación a consecuencia de su abandono y que su culminación comporta mayores costos de los contratados, los cuales tienen una evidente relación de causalidad con el quebranto de la prestación de resultado contraída por Procil, pues para su terminación es menester incurrir en los mismos. La Corte Suprema de Justicia en asuntos análogos asociados a la responsabilidad del constructor ha reconocido a título de daño emergente “la proyección ideal de lo que debió gastar el comprador para compensar la diferencia entre el resultado de

la obra que recibió, y el que le ofreció su contraparte, y no propiamente con lo que la víctima gastó en la reparación del inmueble entregado con desperfectos”¹¹³.

El perjuicio económico pretendido a título de costos directos e indirectos para terminar la obra configura un daño emergente al tratarse de una erogación cierta y futura en que debe incurrirse y en las que no se incurriría de haberse cumplido en su totalidad la prestación, y que, en el caso concreto, resulta de la diferencia del valor contratado con Procil y el valor actual que efectivamente tiene el costo de la obra, desde luego, limitada a la parte del contrato de suministro e instalación.

El dictamen pericial rendido el 20 de diciembre de 2018 por RSM Assurance & Audit S.A.-César Mauricio Ochoa Pérez, Contador Público, en respuesta a la pregunta vii cuantifica en \$22.286.114.521 el valor del sobrecosto de la obra del proyecto de Ampliación Monterrey, teniendo en cuenta los costos de construcción contratados con PROCIL, y en \$16.188.540.246 los costos indirectos.

El perito cuantificó el valor de los sobrecostos con fundamento en el costo total de del proyecto estimado en la suma total contratada por \$66.934.324.248 resultante del valor del contrato de suministro de materiales por la suma de \$23.701.339.524 y del contrato de administración delegada por \$43.232.984.724; el valor pagado a Procil por \$20.108.710.025 discriminada para el contrato de obra civil en la suma de \$3.168.566.261 y el valor de la obra ejecutada bajo el contrato de estructura en \$16.940.143.764; el valor del presupuesto del costo de terminación de la totalidad de la obra con fundamento en el presupuesto elaborado por la Constructora

¹¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de febrero de 2019, SC299-2021, Radicación n.º 11001-31-03-036-2009-00625-01, agrega: “[...]Bien puede ocurrir, en refuerzo de la aseveración precedente, que el comprador de un predio defectuoso carezca de recursos para acometer las obras de reparación necesarias, y no por eso el daño será inexistente, ni tampoco se incrementará si otro propietario decide, con su peculio, hacer modificaciones o mejoras suntuarias a la unidad residencial, con el propósito de dejarla en mejores condiciones que las que eran de esperarse inicialmente. Inclusive, podría acontecer que esas restauraciones fueran sufragadas por terceros, a través de un crédito o donación por parte de personas distintas al contratante lesionado, como sus familiares, amigos cercanos o, sus socios y las restantes personas jurídicas con las que conforma un conglomerado de empresas familiares, que es lo que pasó en este caso, sin que ello altere en lo más mínimo los alcances patrimoniales del hecho dañoso. La libertad que campea en las relaciones particulares es suficiente para que la víctima del incumplimiento reaccione frente a él de la forma que lo estime pertinente, pudiendo esperar a ser compensada para iniciar la reconstrucción, o intentando de manera proactiva acondicionar su vivienda, respaldándose en su patrimonio, o acudiendo a la solidaridad de sus semejantes. [...] la carga del constructor es pagar el daño que objetivamente causó, no reembolsar los gastos en que incurrió quien hubo de repararlos antes. Cuestión bien distinta es que las obras que acomete el propietario puedan servir al juez como elemento para determinar la magnitud del perjuicio patrimonial causado, pero para ese laborío también debe emplearse cualquier medio demostrativo idóneo”.

CONVEL por costos directos en la suma de \$69.111.728.744 y el presupuesto de Ingeniería y Vivienda S.A.S por costos indirectos en cuantía de \$25.611.603.199.

Seguidamente el perito calculó el valor de los “costos directos” considerando el valor total pagado a Procil (\$20.108.710.025) y el valor del presupuesto de CONVEL en la suma de \$69.111.728.744, para un total de \$89.220.438.769 del cual restó el valor contratado con Procil (\$66.934.324.248), y precisó el valor del sobrecosto en la suma de \$22.286.114.521. El costo indirecto lo calculó con el presupuesto de Ingeniería y Vivienda (\$25.611.603.199) y el valor pagado a Procil (\$7.081.601.240) para un total de \$32.693.204.439 del que dedujo el valor del presupuesto inicial de costos indirectos con Procil (\$16.504.664.193), estableciéndolo en \$16.188.540.246.

El valor de \$38.474.654.767,00 discriminado en las sumas de \$22.286.114.521 por costos directos y de \$16.188.540.246 por costos indirectos corresponde al valor total de la obra civil y al contrato de estructura metálica, de donde no procede declarar que el perjuicio económico ocasionado por costos indirectos con el incumplimiento del contrato de suministro e instalación es de ese valor al corresponder a la totalidad de la obra y de la estructura metálica, pues el perjuicio debe ser consecuencia directa e inmediata del quebranto y tener una indisociable relación de causalidad¹¹⁴. Por esto, para establecer el valor de los mayores costos directos e indirectos causados con el incumplimiento del contrato de estructura metálica es pertinente determinar la proporción en que respecto del total participa, a cuyo efecto, debe considerarse que la obra civil se pactó en la suma de \$43.232.984.724, se ejecutó en la suma \$3.168.566.261 y dejó de ejecutar en la suma de \$40.064.418.463, y que la estructura metálica se acordó en \$23.701.339.524, su valor ejecutado fue de \$8.951.358.045 y el no ejecutado de

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de octubre de 1945, G.J. t. LIX, pág. 748: “El incumplimiento de un contrato hace o puede hacer responsable al contratante incumplido, en todo o en parte, de los perjuicios que aquel incumplimiento ocasione al otro contratante y por estos deben entenderse los que constituyen una consecuencia natural o inmediata del incumplimiento, hasta el punto de mirárseles como su efecto necesario y lógico, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte”; Sentencia SC5516-2016,29 de abril de 2016, Radicación n.º 08001-31-03-008-2004-00221-01: “todo daño, para que sea susceptible de reparación, debe ser cierto y, en el caso de la segunda clase de responsabilidad atrás mencionada -contractual-, provenir directamente del incumplimiento de las obligaciones a cargo del demandado”; Sentencia de 18 de enero de 2007, Rad. n.º 1999-00173-01: la causalidad, atañe a que el daño sea “ocasionado por la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones del deudor”.

\$14.749.981.479, y que en el valor total no ejecutado por \$54.814.399.942, participa en el 73,86% el de obra y el 26,14% el de estructura metálica.

Por consiguiente, el sobrecosto para la terminación del proyecto en relación causal con el incumplimiento del contrato de suministro e instalación se determina en la proporción de su contribución, y al contrato de estructura metálica corresponde en el total de sobrecostos (\$22.286.114.521) el 26,14% o sea, \$5.825.590.335,78. Otro tanto, acontece con los costos indirectos, del total por \$16.188.540.246 el 26,14%, es decir, \$4.231.684.420,30 corresponden al contrato de suministro e instalación de la estructura metálica

En consecuencia, se declarará que el incumplimiento del contrato por Procil causó, entre otros, perjuicios patrimoniales, por la no entrega de la estructura metálica contratada al vencimiento del plazo contractual (2 de septiembre de 2017), la suma total de \$10.057.274.756, discriminada en \$5.825.590.335,78 por costos directos y en \$4.231.684.420,30 por costos indirectos.

En respuesta a la pregunta vi, RSM Assurance & Audit S.A. - César Mauricio Ochoa Pérez, estima el lucro cesante en la suma \$3.692.352.116, considerado la utilidad que los locales hubieran reportado desde la fecha de su entrega oportuna una vez concluida la ejecución del contrato de obra civil (abril 11 de 2018) calculada sobre su arrendamiento tres meses después a partir del 11 de julio de 2018 hasta octubre de 2018 (3,6667 meses), el valor comercial de los locales (\$54.923.865.000) con una tasa de rentabilidad estima en el 0,75% promedio para inmuebles similares, multiplicada por el número de meses (3,667 meses)

El Tribunal no desconoce que la falta de entrega de una obra, y en particular de la construcción de una cosa, puede generar un lucro cesante, no sólo por su indisponibilidad y la privación de su uso, sino por los rendimientos, frutos o productos que hubiera podido percibir el acreedor (*fructus percipiendi*). Incluso, el Tribunal considera que la simple privación del uso y disponibilidad es susceptible de indemnizar, al quebrantar un interés legítimo tutelado por el ordenamiento jurídico, como lo son en situaciones similares las inmisiones o perturbaciones al pleno ejercicio del derecho de dominio o de los derechos reales desmembrados. Sin embargo, en la cuestión litigiosa el perjuicio económico cuya declaración se solicita se cuantifica sobre los eventuales cánones de arrendamiento que se hubieran podido percibir, esto es, la ganancia por el valor de la renta dejado de obtener en la hipótesis en que se hubiera arrendado. Es verdad que el titular de

una cosa puede arrendarla y percibir una renta. Empero, tal circunstancia se presenta como una hipótesis o eventualidad, y el daño eventual o hipotético no es indemnizable.

A este respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“[...] el lucro cesante ha de ser indemnizado cuando se afinsa en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente.

Por supuesto que en punto de las ganancias frustradas o ventajas dejadas de obtener, una cosa es la pérdida de una utilidad que se devengaba realmente cuando el acontecimiento nefasto sobrevino, la pérdida de un bien con comprobada actividad lucrativa en un determinado contexto histórico o, incluso, la privación de una ganancia que con una alta probabilidad objetiva se iba a obtener circunstancias en las cuales no hay lugar a especular en torno a eventuales utilidades porque las mismas son concretas, es decir, que en verdad se obtenían o podían llegar a conseguirse con evidente cercanía a la realidad; y, otra muy distinta es la frustración de la chance, de una apariencia real de provecho, caso en el cual, en el momento que nace el perjuicio, no se extingue una utilidad entonces existente, sino, simplemente, la posibilidad de obtenerla.

Trátase, pues, de la pérdida de una contingencia, de evidente relatividad cuya cuantificación dependerá de la mayor o menor probabilidad de su ocurrencia, y cuya reparación, de ser procedente, cuestión que no deviene objeto de examinarse, debió ser discutida en esos términos en el transcurso del proceso, lo que aquí no aconteció.

Por último están todos aquellos “sueños de ganancia”, como suele calificarlos la doctrina especializada, que no son más que conjeturas o eventuales perjuicios que tienen como apoyatura meras hipótesis, sin anclaje en la realidad que rodea la causación del daño, los cuales, por obvias razones, no son indemnizables”¹¹⁵

En consecuencia, no se accederá a esta declaración.

En respuesta a la pregunta iv) RSM Assurance & Audit S.A.-César Mauricio Ochoa Pérez, cuantificó el valor *“total pagado por concepto de arrendamiento para el almacenamiento y la indemnización producto del no cumplimiento del pago del almacenamiento de la estructura metálica, que no fue cancelada por Procil”*, con el análisis de las facturas, órdenes de giro del beneficiario y el concepto facturado, así:

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Sentencia de 24 de junio de 2008. Radicado: 11001-3103-038-2000-01141-01

“El Perito auditó las facturas expedidas por el proveedor que prestó el servicio de almacenamiento del material metálico, acompañadas de las órdenes de giro con las cuales pagó el servicio el Fideicomiso (ver PT-11).

Se validaron los datos contenidos en las facturas y las órdenes de giro con auditando (sic) el pago, el beneficiario y el concepto facturado. Las facturas elaboradas tienen conceptos tales como: “almacenamiento, seguro mercancía material metálico, indemnización perjuicios en retiro de material bodega de Itagüí, este último originado debido al incumplimiento en el pago de las facturas tal como lo establecen las “consideraciones”, del “Contrato de Transacción celebrado entre: Fideicomiso de Ampliación Monterrey, Chala S.A.S y Racional de Insumos S.A.S” así (ver PT-12):

“SEGUNDA: Que la sociedad PROCIL S.A.S, tenía depositado material de construcción destinado para el desarrollo del proyecto ampliación del Centro Comercial Monterrey, en la bodega ubicada en la Carrera 45a No. 72-101 del Municipio de Itagüí, de propiedad de las sociedades CHALA S.A.S. con NIT 811.007.41215 y RACIONAL DE INSUMOS S.A.S, sin pagar contraprestación alguna desde el mes de Agosto (sic) de 2017, lo que a la fecha ha generado una serie de perjuicios a dichas sociedades que deben ser indemnizadas.” Como menciona el contrato, Procil no pagó el servicio de almacenamiento desde el mes de agosto de 2017, generando el cobro de una indemnización que debía ser cubierta por el Fideicomiso, tal como lo indica la siguiente “cláusula” del mismo contrato (ver PT-12):

“SEGUNDA: EL FIDEICOMISO MONTERREY AMPLIACION, se compromete de manera libre y voluntaria a pagar a favor de CHALA S.A.S y RACIONAL DE INSUMOS S.A.S, y a título de indemnización la suma total de CINCUENTA MILLONES DE PESOS M.L. (\$50.000.000), con el fin de dirimir todo pleito actual y futuro que pudiese suscitarse con ocasión de los hechos narrados en la consideración segunda de este contrato.”

En la siguiente tabla se muestran los pagos de las facturas de la indemnización (ver PT-11):

Orden Giro	Factura	Fecha factura	Beneficiario	Descripción	Valor
31	115408	11-may-18	Chala	Indemnización perjuicios en retiro de Material bodega de Itagüí	15.000.000
	163969	11-may-18	Racional de Insumos	Indemnización perjuicios en retiro de Material bodega de Itagüí	15.000.000
32	115467	15-may-18	Chala	Indemnización perjuicios en retiro de Material bodega de Itagüí	10.000.000
	163969	15-may-18	Racional de Insumos	Indemnización perjuicios en retiro de Material bodega de Itagüí	10.000.000
Total					50.000.000

El Fideicomiso continuó realizando los pagos relacionados con el bodegaje del material metálico, desde enero y hasta mayo del año 2018 (ver PT-11), así:

Orden Giro	Factura	Fecha factura	Beneficiario	Descripción	Valor
16	54-1585	15-ene-18	Puertos Secos Integrados Ltda	Almacenamiento + Seguro Mercancia Material Metálico Dic 2017 - Enero 2018	12.563.290
	54-1669	12-feb-18	Puertos Secos Integrados Ltda	Almacenamiento + Seguro Mercancia Material Metálico Sept - Oct, Oct - Nov, Nov - Dic 2017	37.689.869
25	54-1588	18-ene-18	Puertos Secos Integrados Ltda	Almacenamiento + Seguro Mercancia Material Metálico Enero - Febrero 2018	12.563.290
	54-1682	26-feb-18	Puertos Secos Integrados Ltda	Almacenamiento + Seguro Mercancia Material Metálico Febrero - Marzo 2018	12.563.290
28	54-1869	22-mar-18	Puertos Secos Integrados Ltda	Almacenamiento + Seguro Mercancia Material Metálico Marzo - Abril 2018	12.563.290
33	54-2058	7-jun-18	Puertos Secos Integrados Ltda	Almacenamiento + Seguro Mercancia Material Metálico Mayo - Junio 2018	12.991.510
34	54-1971	16-may-18	Puertos Secos Integrados Ltda	Almacenamiento + Seguro Mercancia Material Metálico Abril - Mayo 2018	12.563.289
Total					100.934.538

Los pagos realizados por el Fideicomiso Ampliación Monterrey por concepto de almacenamiento y seguro de material metálico, entre los meses de enero y mayo del año 2018 suman \$100.934.538.”

De conformidad con el Contrato celebrado el precio incluye el costo o gasto para el almacenamiento de los bienes, enseres, equipos, materiales e implementos. Las facturas y órdenes de giro adjuntas al dictamen pericial acreditan los pagos realizados por concepto de almacenamiento del material metálico y, los contratos de transacción celebrados con Chala S.A.S. y Racional de Insumos S.A.S. claramente atañen al material depositado por Procil S.A.S. en sus bodegas y a la falta de pago de la contraprestación.

En consecuencia, se declarará que el incumplimiento del Contrato por Procil S.A.S. causó este perjuicio económico.

En respuesta a la pregunta v) RSM Assurance & Audit S.A. - César Mauricio Ochoa Pérez, estableció el “valor total de las deudas laborales del proyecto Ampliación Monterrey a empleados de Procil por prestaciones sociales, indemnizaciones y demás pagos laborales.”, así:

“El valor asumido por parte del Proyecto a empleados de Procil por concepto de Prestaciones sociales asciende a \$80.788.727 y por indemnizaciones fue de \$5.610.000, para un total de \$86.398.727.

CONCEPTO	VALOR
<i>Prestaciones sociales</i>	<i>80.788.727</i>
<i>Indemnizaciones</i>	<i>5.610.000</i>
Total	86.398.727

El valor asumido por parte del Proyecto a empleados de Procil por concepto de Prestaciones sociales asciende a \$80.788.727 y por indemnizaciones fue de \$5.610.000, para un total de \$86.398.727.

En el papel de trabajo 13 se anexan los “contratos de trabajo” de los empleados en cuestión, los “Acuerdos Transaccionales”, las “liquidaciones prestaciones sociales” y las copias de “extractos bancarios” u “órdenes de giro” hallados por nuestra Firma, documentos que se ponen a disposición del Juzgador como sustento de las partidas antes citadas.

Se concluye, que los costos laborales e indemnizaciones asumidos por el Proyecto Ampliación Monterrey, fueron por un monto total de \$86.398.727, cifra que será incluida en la “liquidación” o “Estado de cuenta de Procil” del presente informe de contradicción.”

Según el Contrato de suministro e instalación PROCIL S.A.S. es responsable del pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de su personal vinculado o destinado a la obra, el precio del suministro comprende este concepto, y el dictamen pericial soportado en los contratos de trabajos, los acuerdos transaccionales, las liquidaciones y los pagos efectuados, todos los cuales adjunta, ha cuantificado este perjuicio económico que será declarado como consecuencia del incumplimiento contractual en que incurrió.

La pretensión tercera de la demanda prospera en los precisos términos expresados.

6.4. CUARTA PRETENSIÓN: DECLARACIÓN DE UN CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO

La pretensión cuarta de la demanda solicita declarar la expedición por **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** el 19 de junio de 2015 de la póliza de cumplimiento No. 4205315000025, que amparaba los riesgos de apropiación indebida o mal uso del anticipo, incumplimiento imputable de las obligaciones del contratista y retardo o incumplimiento del contratista en el pago de las obligaciones laborales del contrato de suministro e instalación de la estructura metálica N°

AM300615-01, póliza que fue modificada mediante certificado del 17 de enero de 2017 expedido por esa Aseguradora.

CONSIDERACIONES

1. En la cuestión litigiosa, **PROCIL** contrató con **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** la póliza de cumplimiento No. 42005315000025 expedida el 19 de junio de 2015, que según su texto corresponde a un seguro de cumplimiento a favor de particulares asegurado y beneficiario es Ménsula S.A y cubre los siguientes amparos:

COBERTURAS	VIGENCIA DE LA COBERTURA	SUMA ASEGURADA
Manejo e inversión del anticipo	30 junio de 2015 a 23 octubre 2016	\$9.428.073.352
Cumplimiento	30 de junio de 2015 a 23 diciembre 2016	\$4.740.267.905
Pago de Salarios y prestaciones	30 junio de 2015 a 23 agosto 2019	\$2.370.133.952
Estabilidad de la obra	23 agosto 2016 a 23 agosto de 2021	\$7.110.401.857

El 2 de septiembre de 2016, **MAPFRE** expide el certificado número 1 de modificación a la Póliza número 42005315000025, que modifica “*el asegurado por cesión de contrato*”, el “Tomador” y “Afianzado”, es **PROCIL S.A.S PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.**, el “Asegurado y/o Beneficiario” **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, la vigencia de la póliza se comprende entre su iniciación desde las 00:00 horas del 24 de agosto de 2016 y su terminación a las 00:00 horas del 23 de agosto de 2021, con las siguientes coberturas:

COBERTURAS	VIGENCIA DE LA COBERTURA	SUMA ASEGURADA
Manejo e inversión del anticipo	30 junio de 2015 a 23 octubre 2016	\$9.428.073.352
Cumplimiento	30 de junio de 2015 a 23 diciembre 2016	\$4.740.267.905
Pago de Salarios y prestaciones	30 junio de 2015 a 23 agosto 2019	\$2.370.133.952
Estabilidad de la obra	23 agosto 2016 a 23 agosto de 2021	\$7.110.401.857

El 17 de enero de 2017, **MAPFRE** expide el certificado número 2 de modificación a la Póliza No. 42005315000025. De acuerdo con su texto, el “Tomador” y “Afianzado”, es **PROCIL S.A.S PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.**, el

“Asegurado y/o Beneficiario” **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**; vigencia de la póliza está comprendida entre su iniciación desde las 00:00 horas del 30 de junio de 2015 y su terminación a las 00:00 horas del 2 de septiembre de 2022, para un total de 2621 días, y la del certificado entre las 00:00 horas del 10 de septiembre de 2016 hasta las 00:00 horas del 2 de septiembre de 2022, para un total de 2183 días.

En Objeto del contrato, dice: “*Objeto contrato cumplimiento: garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del garantizado originados en virtud de la ejecución del contrato cuyo objeto es: Suministro de materiales, fabricación, transporte, montaje, instalación, ensayos no destructivos de la estructura metálica para la Ampliación, del Centro Comercial Monterrey Medellín, nombre de la obra: ampliación gran centro comercial monterrey P.H*”; se modifica el asegurado por cesión de contrato suscrito entre **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S. Y MÉNSULA S.A.**, firmado en Medellín a los 24 días del mes de agosto; según otrosí No. 1 al Contrato Suministro de materiales, fabricación, transporte, montaje, ensayos no destructivos y pintura de la estructura metálica para la Ampliación del Centro Comercial Monterrey de Medellín PH ubicado en la carrera 48#10-45 de la ciudad de Medellín, se amplía el plazo para el suministro e instalación completa de la estructura metálica, será de doce (12) meses contados a partir del 10 de septiembre de 2016 hasta el dos (2) de septiembre de 2017. Igualmente, aclara la vigencia del amparo de estabilidad, 5 años contados a partir del acta de entrega de la obra.

Las coberturas, vigencias y sumas aseguradas, son:

COBERTURAS	VIGENCIA DE LA COBERTURA	SUMA ASEGURADA
Manejo e inversión del anticipo	10 de septiembre 2016 a 2 de enero 2018	\$10.613.224.321
Cumplimiento	10 de septiembre 2016 a 2 de enero 2018	\$4.740.267.905
Pago de Salarios y prestaciones	10 de septiembre 2016 a 2 de septiembre 2022	\$2.370.133.952
Estabilidad de la obra	10 de septiembre 2016 a 2 de septiembre 2022	\$7.110.401.857

Las Condiciones Generales de la Póliza de cumplimiento a favor de particulares (documento 020412-1326-P-05-00000VTE032ABR/12), precisan el otorgamiento

por la Aseguradora de los amparos indicados expresamente en la carátula de la póliza durante la vigencia del seguro, según las condiciones generales.

En lo pertinente, a la controversia, enuncia, los siguientes:

“1. AMPAROS

[...]

1.2. ANTICIPO.

“La Aseguradora cubre al Asegurado, contra la apropiación indebida o el mal uso que el contratista haga de los dineros o bienes recibidos para la ejecución del contrato.”

1.3. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

La Aseguradora indemnizará los perjuicios económicos originados por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato garantizado imputables al contratista”.

1.4. PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES.

“Este amparo cubre al asegurado contra el detrimento patrimonial que sufra como consecuencia del retardo o incumplimiento del contratista en el pago de las obligaciones laborales, del personal vinculado por relación laboral directa para la ejecución del contrato garantizado [...].”

Además de las exclusiones contempladas en el Código de Comercio, la póliza no ampara, entre otros, la fuerza mayor o caso fortuito o cualquier otra causal de exoneración de responsabilidad del contratista; el pago de la cláusula penal, multas o sanciones pecuniarias impuestas al contratista deudor, los perjuicios causados por éste derivados de su responsabilidad extracontractual o del incumplimiento de la obligación de contratar (numeral 2).

La suma asegurada, se entiende como el “[m]onto máximo de responsabilidad para la Aseguradora estipulado para cada uno de los amparos especificados en la carátula de la póliza” y la “responsabilidad de la Aseguradora no excederá en ningún caso el límite fijado para cada cobertura”.

El pago de penales o multas disminuye la suma asegurada correspondiente al Amparo de Cumplimiento del Contrato” (numeral 3), quedando “entendido que esta póliza protege al Asegurado contra el incumplimiento de las obligaciones contractuales, y en ningún caso contra perjuicios de otro orden, aunque se originen directa o indirectamente en dicho incumplimiento” (numeral 4).

El siniestro se entiende causado cuando el contratista sea legalmente responsable de la obligación garantizada (numeral 5).

El pago de la indemnización se hará “dentro del mes siguiente a la fecha en que el Asegurado acredite la ocurrencia del siniestro y su cuantía” (numeral 6).

La “Aseguradora tiene derecho a ejercer la vigilancia en la ejecución del contrato garantizado, e intervenir directamente para lograr su cumplimiento”, y podrá inspeccionar los documentos del Asegurado o del contratista relacionados con el contrato garantizado (numeral 7).

El aviso a la Aseguradora de la ocurrencia del siniestro debe darse dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha en que se haya conocido o debido conocer (numeral 8).

En obligaciones del Asegurado y el Tomador, se contemplan las avisar a la Aseguradora la ocurrencia del siniestro dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha en que se haya conocido o debido conocer, evitar la extensión del siniestro y suspender los pagos al contratista mientras se defina su responsabilidad (numeral 9).

Las modificaciones al contrato garantizado requieren del consentimiento expreso de la Aseguradora, la póliza no podrá cederse sin éste, la prescripción se rige por las normas del Código de Comercio relativas al contrato de seguro, y no es susceptible de revocación unilateral por aquélla (numerales 10,11,12, 13 y 14).

Estando acreditada en el proceso la expedición el 19 de junio de 2015 de la póliza de seguro de cumplimiento No. 4205315000025 por **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** que ampara los riesgos de apropiación indebida o mal uso del anticipo, incumplimiento imputable de las obligaciones del contratista y retardo o incumplimiento del contratista en el pago de las obligaciones laborales del contrato de suministro e instalación de la estructura metálica N° AM300615-01, y su modificación, según el certificado de 17 de enero de 2017, la pretensión está llamada a prosperar y así se declarará en la parte resolutive.

6.5. QUINTA, SEXTA Y SÉPTIMA PRETENSIONES: DECLARACIÓN DE OCURRENCIA DEL RIESGO ASEGURADO, CONDENA AL PAGO DE LAS INDEMNIZACIONES, ACTUALIZACIÓN E INTERESES MORATORIOS

La pretensión quinta de la demanda solicita declarar que estando vigente los amparos de anticipo, cumplimiento y pago de obligaciones laborales de la póliza de cumplimiento No. 4205315000025 expedida por Mapfre, ocurrió el riesgo asegurado en cada uno de esos amparos (anticipo, cumplimiento y pago de obligaciones laborales), según los hechos narrados en esta demanda a los que se hizo referencia en la síntesis de la demanda.

En la pretensión sexta se solicita condenar a la aseguradora a pagar a Consultorías y Emprendimientos S.A.S como beneficiario de la póliza de cumplimiento No. 4205315000025, las indemnizaciones contempladas en cada uno de los amparos de anticipo, cumplimiento y pago de obligaciones laborales, así:

(i) Por la apropiación indebida y el mal uso del anticipo que recibió Procil para la ejecución del contrato, con cargo al amparo de "Anticipo", la suma de \$8.559.022.633,00, con actualización monetaria desde la fecha de vencimiento del plazo del contrato cuando Procil debió restituir el anticipo no amortizado (el 2 de septiembre de 2017) hasta el día en que se inicia la mora de la aseguradora, día a partir del cual se causarán intereses moratorios comerciales hasta el pago de la indemnización.

(ii) Por la no entrega de la estructura metálica contratada (una vez vencido el plazo contractual) y por los costos de almacenamiento del material abandonado por Procil, con cargo al amparo de "Cumplimiento del contrato", la suma de \$4.740.267.905,00

(iii) Por el no pago a empleados contratados por Procil para la ejecución del contrato, de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, con cargo al amparo de "Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones", la suma de \$86.398.727,00 con actualización monetaria desde la fecha de cada uno de los pagos hechos a los trabajadores de Procil y hasta el día en que se inicia la mora de la aseguradora, día a partir del cual se causarán intereses moratorios comerciales hasta el pago de la indemnización.

En la pretensión séptima solicita declarar que en las voces del artículo 1080 del Código de Comercio, la aseguradora quedó en mora de pagar la indemnización por cada uno de los amparos de anticipo, cumplimiento y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, desde el 28 de marzo de 2019, es decir, un día después de vencido un mes contado a partir de la audiencia de conciliación prejudicial, cuando se venció el término previsto en esa norma o, subsidiariamente, que está en mora desde la notificación del auto admisorio de la demanda, y en consecuencia, condenarla a pagar intereses de mora comerciales desde que quedó en mora y hasta el día del pago.

6.5.1. Posición de la Convocante.

La Convocante sustenta las pretensiones, en síntesis, en el incumplimiento por **PROCIL** de sus obligaciones derivadas del Contrato de Suministro e instalación expedición el 19 de junio de 2015, por **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A** de la póliza de seguro 42005315000025, su certificado de modificación número 2 emitido el 17 de enero de 2017, amparando los riesgos de manejo e inversión del anticipo, cumplimiento, pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones con las vigencias y valores estipulados, la ocurrencia del siniestro durante su vigencia que afectó cada uno de los amparos y coberturas, el aviso de siniestro, la solicitud de conciliación extrajudicial y su fracaso, el mal uso y apropiación indebida del anticipo no amortizado por la suma de \$8.559.022.633, el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal en cuantía de (\$86.389.727) y los perjuicios por sobrecostos (\$22.286.114.521), costos indirectos (\$16.188.540.246), bodegaje e indemnizaciones del material metálico (\$150.934.538), causados por el incumplimiento, según lo ya expresado en otros apartes de este laudo al decidir las pretensiones respectivas.

En su alegato de conclusión, destaca que los diseños y especificaciones fueron idóneos; el riesgo no se agravó, existían controles como las reuniones de los comités de obra permanentes, del comité fiduciario, coordinador de obra, interventoría y auditoría, se solicitaron los soportes y justificaciones a **PROCIL**, así en el Comité de Obra de 16 de enero de 2017 consta la solicitud, la entregó en febrero y luego en marzo de 2017, el Comité solicitó aclararla el 31 de marzo de 2017, el 3 de abril de 2017 la Interventoría entregó un informe sobre las falencias en la información, que originó al aviso de siniestro a la aseguradora el 5 de abril de 2017, al finalizar el plazo contractual, **PROCIL** debió restituir el anticipo no

amortizado, pero se apropió de él, Mapfre recibió el aviso de siniestro desde el 5 de abril de 2017 (5 meses antes de vencer el plazo del contrato) y se le pidió un ajustador, JC Lurduy contactó a **PROCIL** le pidió las cuentas y soportes, pero no pudo impedir la apropiación que según Mapfre habría podido evitarse; el incumplimiento imputable está probado, también el perjuicio que afecta el amparo de cumplimiento hasta el límite del valor asegurado por \$4.740.267.905 que “debe ser pagada con intereses comerciales de mora desde que se aportó la prueba pericial a la aseguradora del monto de estos perjuicios (a partir del 28 de enero de 2019, cuando se anexó el dictamen a la solicitud de conciliación)”, que aunque la aseguradora dice que no conoció, se aportó con la misma y consta en la solicitud los hechos y valores reclamados; los costos directos (\$22.286.114.521), indirectos (\$16.188.540.246), costos de almacenamiento de material metálico abandonado (\$150.934.538), salarios, prestaciones e indemnizaciones (\$86.389.727) hasta el límite de la asegurada (\$2.370.133.952), y que **MAPFRE** no objetó el juramento estimatorio.

6.5.2. Posición de la Convocada.

MAPFRE en su contestación se opuso a las pretensiones, protestó el incumplimiento imputable al afianzado garantizado que no le consta, tampoco el daño, las obligaciones de controlar la ejecución del contrato, inconsistencias en los diseños y especificaciones con la realidad física, invocó la falta de prueba del siniestro y su cuantía, de afectación de la póliza y de sus coberturas, conforme a la argumentación reseñada al tratar de las pretensiones relativas al incumplimiento y a los perjuicios económicos derivados.

En su alegato de conclusión, argumenta que la amortización del anticipo no está amparada en la póliza, que los hechos 12, 13, 14 y 17.2. de la demanda refieren a la falta de amortización, justificación, legalización o “mal uso” del anticipo sin decir nada sobre su apropiación indebida, aunque las pretensiones tercera y sexta procuran se declare la apropiación indebida y el mal uso al no haber restituido el anticipo no amortizado, y en el interrogatorio de parte del representante legal de la demandante confesó que lo pretende es la suma de \$8.559.022.633 por anticipo no amortizado (respuesta a la pregunta 20), el ingeniero Jorge Andrés Rojas de la Interventoría, los dictámenes aportados por la parte *“señalan en todo momento el valor no amortizado, y así se hace en todos y cada uno de los demás medios de prueba; ninguno de ellos hace siquiera alusión al anticipo indebidamente apropiado*

o mal usado”, por lo cual, se concluye “que el anticipo que intentó acreditar la actora (que tampoco lo logró) fue el anticipo NO AMORTIZADO, mientras que el anticipo asegurado lo fue el de Buen Manejo y Correcta Inversión del Anticipo”, y la póliza no incluyó el amparo de amortización ni el de restitución.

Precisa con cita de doctrina y jurisprudencia que los riesgos de buen manejo, correcta inversión, uso indebido, apropiación indebida y no amortización son diferentes, el anticipo puede que no haya amortizado pero si correctamente utilizado o invertido, el amparo no se destina a la devolución de la parte no amortizada salvo que se convenga, la ausencia de amortización no genera el incumplimiento del buen manejo del anticipo, y la apropiación indebida debe demostrarse no sobre la falta de amortización ni del mal uso.

Reitera la falta de prueba del incumplimiento imputable al afianzado garantizado, las inconsistencias entre los diseños y especificaciones con la realidad física, los incumplimientos del contratante garantizado, invocando la incertidumbre del daño e imposibilidad de concreción en el patrimonio de Consultorías y Emprendimientos S.A.S., quien en las *“calidades de Gerente de Proyecto y de contratante por administración delegada y al aceptar la cesión de Ménsula actuó por administración delegada al contratar a Procil”*, sin que pueda reclamar un daño a su patrimonio porque *“tiene que ser directo, personal y cierto, y ninguna de estas características recaen en la accionante”*, que *“no asumió ningún daño con cargo a SU patrimonio, no asumió anticipo, ni pagó prestaciones sociales, ni las transacciones de material metálico, ni sufrió lucro cesante en tanto de su patrimonio no ha salido dinero alguno en relación con dichos conceptos, ni se verá afectado por el no retorno o ingreso de ellos”*.

Aduce que esas calidades constan en distintos medios de pruebas, la comunicación fechada a 23 de noviembre de 2017 en la cual Juan José Aramburo, representante legal de Consultorías, dice actuar como *“...gerente del proyecto y que obra por cuenta de los fideicomitentes y beneficiarios del fideicomiso Monterrey ampliación”*, expresa *“4. Contrato de suministro e instalación de estructura metálica celebrado con Procil. De otro lado Ménsula obrando como constructor por administración delegada había celebrado distintos subcontratos para la ejecución de la obra incluido el contrato que celebró con Procil”*, y su interrogatorio de parte, en el que confiesa que Ménsula S.A. celebró el contrato de suministro como administrador delegado, por todo lo cual, al actuar como *“gerente de un proyecto, y como contratante bajo administración*

delegada, en ningún momento tuvo en riesgo su patrimonio” y carece de interés asegurable radicado en el Fideicomiso.

CONSIDERACIONES

1. La póliza número. 42005315000025 emitida por **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, corresponde a un seguro de cumplimiento a favor de particulares.

El de seguros, es contrato¹¹⁶, *rectius*, acuerdo dispositivo de intereses celebrado entre dos partes el “asegurador”, persona jurídica que debidamente autorizada por el Estado a cambio de una contraprestación cierta, asume los riesgos a los que está expuesto todo interés lícito susceptible de estimación dineraria de titularidad del asegurado, y ante cuya ocurrencia, se obliga a satisfacer la prestación asegurada en favor del beneficiario, y el “tomador”, persona natural o jurídica que, actuando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos (artículos 1036, 1037, 1045, 1054, 1072, 1077, 1080, 1083 C. de Co)¹¹⁷

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de enero de 1994, G.J. t. CCXXVIII, 2467, p. 30: “[...] por virtud del cual una persona -el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina ‘prima’, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al ‘asegurado’ los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de ‘daños’ o de ‘indemnización efectiva’, o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro” reiterada en sentencias de 22 de julio de 1999, S-026-99, exp. 5065; 27 de agosto de 2008, Exp. 14171; 19 de diciembre de 2008, Exp. 11001-3103-012-2000-00075-01; 13 de diciembre de 2018, rad. 68001-31-03-004-2008-0019301.

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de 16 de septiembre de 2003 Exp. 6704 y 21 de marzo de 2003, Exp. 6642: “[...] en lo que atañe a los distintos sujetos que intervienen –o pueden intervenir- en el seguro (conurrencia plural), *lato sensu*, se encuentra a tono con las normas legales que regulan el contrato de seguro, y que distinguen, en forma diáfana, entre el tomador, la persona –natural o jurídica- que, como parte del contrato, figuradamente traslada los riesgos al asegurador –persona jurídica-, que los asume –en sentido amplio- a cambio del pago de una determinada prima (art. 1037 C. de Co.); el asegurado, titular del interés asegurado –en los seguros de daños-, esto es, del vínculo –o relatio- que tiene con el bien jurídico amenazado *in potentia*, por la realización del riesgo cubierto (arts. 1045, nral. 1º, 1083 y 1137 ib. Vid. cas. civ. 21 de marzo de 2003, Exp. 6642), y el beneficiario –en su carácter prototípico de titular creditoris-, persona a quien se le atribuye, legal o convencionalmente, a título oneroso (como en los seguros de daños) o gratuito (como en los seguros de personas), el derecho a reclamar y recibir la prestación asegurada, una vez que se acredite la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, en los casos en que ello sea necesario, claro está (arts. 1077 y 1080 ib.). [...] El asegurado y el beneficiario, aunque interesados en el contrato, no son –ni serán- partes del negocio jurídico en comento, al contrario de lo que ocurre con el tomador, quien privativamente inviste dicho carácter, precisamente por ser el contratante –mejor aún cocontratante del asegurador”.

Es contrato “*consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución continuada*”¹¹⁸, cuyos elementos esenciales, sin los que “*no producirá efecto alguno*” (artículo 897, *ejusdem*), son el interés asegurable (artículos 1137, 1138, 1083, 1088 1127, 1137, C. de Co)¹¹⁹, el riesgo (artículo 1054, C. de Co), la prima o precio del seguro (artículo 1066, C. de Co) y la obligación condicional del asegurador (artículos 1080 y ss. C. de Co.).

El riesgo¹²⁰, es todo “suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador”, quien ceñido a las restricciones legales “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” (artículos 1053 y 1056, C. de Co).

La póliza, además de las condiciones generales del contrato, debe expresar “los riesgos que el asegurador toma a su cargo” (artículo 1047 [9], C. de Co.)¹²¹,

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 4 de marzo de 2106 ([SC2803-2016], rad. 05001-31-03-003-2008-00034-01; Sentencia de 27 de agosto de 2008, rad. 11001-3103-022-1997-14171-01: además, “*intuitus personae, con tipicidad legal, nominado, de o por adhesión, y, en algunos casos, forzado o impuesto, incluso con contenido mínimo legalmente impuesto, excluido a nivel de prohibición o dictado a través de ley, decreto o resolución (verbi gratia, el seguro ecológico, de accidentes personales, transporte, etc.)*”.

¹¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de marzo 2003, Exp. 6642: “*relación –relatio- de carácter económico que liga –o vincula- a una persona con una cosa, con una universalidad, consigo misma, etc., in potentia amenazadas por la realización del riesgo cubierto (arts. 1045, nral. 1º, 1083 y 1137 ib)*”.

¹²⁰ “*Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento*”. Consentine, F. Rischio, Teor, gen. Il Digesto Italiano, Torino, xx, 1916, p. 1044. “[...] en el lenguaje jurídico ‘riesgo’ es aquel peligro de naturaleza especial, a consecuencia del cual alguien está obligado a soportar la pérdida o el deterioro que una cosa sufre [...] de manera general se entiende por riesgo en los contratos las posibilidades de destrucción material o de deterioro de una cosa prometida. La destrucción parcial sigue las reglas de la total”: García Sarmiento, M.G. “La teoría del riesgo y la responsabilidad civil”, En: “Estudios de Derecho Privado”. Bogotá. Externado de Colombia, 1986, 201: “Por riesgo se entiende la contingencia de un daño, o sea, la posibilidad de que al obrar se produzca un daño, lo cual significa que el riesgo envuelve una noción de potencialidad referida esencialmente al daño”.

¹²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de 7 de octubre de 1985 y 29 de enero de 1998, Exp. 4894.

enunciar la cobertura¹²², riesgos cubiertos, excluidos, extensión¹²³, y el asegurador sujeto a las restricciones legales según dispone el artículo 1056 del Código de Comercio, puede a su arbitrio asumir uno, varios o múltiples.

Con arreglo al artículo 1082 del Código de Comercio, los seguros son de daños o personas, y los primeros, podrán ser reales o patrimoniales.

En los de daños, “tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo”, el cual “además de lícito” debe ser “susceptible de estimación en dinero” (artículo 1083, C. de Co)¹²⁴.

De su parte, los seguros de daños patrimoniales pueden ser de responsabilidad y de cumplimiento¹²⁵, los cuales son tipos diversos.

En los contratos de seguros de cumplimiento, el asegurador, a cambio del pago de una prima, ampara al asegurado los perjuicios patrimoniales causados por el incumplimiento imputable a su deudor “afianzado” de sus obligaciones legales o

¹²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de diciembre de 2018, rad. 68001-31-03-004-2008-00193-01: “La cobertura del riesgo no necesariamente involucra todos los eventos inciertos y dañosos. De ordinario, las pólizas delimitan cuáles riesgos están cubiertos y cuáles no, amén de la viabilidad de las pólizas multirriesgo, que amparan con cobertura universal. [...] De ese modo, es claro que las aseguradoras pueden estipular cuáles riesgos están dispuestas a cubrir”; Sentencia de 7 de octubre de 1985, Sentencia de 29 de enero de 1998, Exp. 4894:

¹²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de julio 2 de 2014, Rad. 76001-31-03-013-2002-00098-01: “Requisito ineludible para dotar de eficacia a cualquier póliza expedida en el marco de una relación asegurativa, es el de individualizar los riesgos cuya cobertura se obligan en virtud de la misma [...]”.

¹²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de diciembre de 2018, rad. 68001-31-03-004-2008-00193-01: “Sin embargo, la relación jurídico patrimonial que puede verse menoscabada no se supedita a la propiedad de un objeto, dado que puede referirse a vínculos de diversa naturaleza, como el usufructo, el arrendamiento, el uso, entre otros, y, como lo indica la doctrina citada, puede hallarse radicada en bienes corporales e incorporeales, presentes y futuros, determinados o indeterminados, y aun en inmateriales como la esperanza cierta o siquiera probable, pero fundada, de una garantía”.

¹²⁵ El artículo 1099 del Código de Comercio, menciona “los seguros de manejo, cumplimiento y crédito”. La Ley 225 de 1938, artículos 1º y 2º, expresamente refieren “al seguro de manejo o cumplimiento” para “garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confían a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos”. El E.O.S.F, Decreto 663 de 1993, artículo 203, previene que dentro “de los seguros de manejo o cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confían a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos”.

contractuales, hasta concurrencia del daño inferido, la suma asegurada y dentro de la cobertura, términos o condiciones estipulados en la póliza¹²⁶.

Al seguro de cumplimiento aplica la disciplina general del contrato de seguros, y en particular, de los seguros de daños, en lo pertinente y compatible con su tipología, características y función propias, incluida la relativa a la acción inherente al seguro contratado protege el patrimonio del asegurado, cubre los daños patrimoniales ocasionados por el incumplimiento del “afianzado” a sus obligaciones legales o contractuales.

Sobre el punto, ha señalado la jurisprudencia civil:

“[...] dicha modalidad aseguraticia, se nutre, por expresa disposición de la misma ley que la adoptó, de las disposiciones concernientes a los contratos de seguros (art.7 ib.), situación no extraña y, contrariamente, dada su naturaleza, de suyo inevitable, en razón a que hace parte del ramo de los amparos de daños, por ende, caracterizado como un mecanismo eminentemente indemnizatorio, deviene gobernado, en lo pertinente, por las reglas que gobiernan los contratos de esa especie.

(...) Empero, así mismo, teniendo en cuenta las características especiales de esta clase de contrato y su función económico-social, por conocido se tiene que algunos aspectos de él no resultan compatibles con los restantes moldes aseguraticios; por ejemplo, en asuntos como el riesgo involucrado en él, su agravación (art.1060 C. de Co.), la revocatoria (art.1159), el valor real del interés (art.1089), la terminación unilateral (art.1071), la terminación por mora en el pago de la prima (art.1068), entre otras, circunstancias que imponen algunas restricciones que aparejan un tratamiento disímil frente a la generalidad de los seguros, percepción tan cierta que para esa categoría de seguro se expidió, especialmente, una ley que, aunque de manera exigua, lo regenta (Ley 225 de 1938).”¹²⁷

¹²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de julio de 2006, Expediente 00191: “Por virtud de dicho pacto, el asegurador, previo el desembolso de la correspondiente prima, ampara al asegurado contra el incumplimiento de obligaciones de la clase señalada. Gracias a él se garantiza el pago de los perjuicios que experimente el acreedor por causa del incumplimiento total o parcial, de la obligación asegurada, en tanto imputable al deudor – llamado tradicionalmente “afianzado”-, es decir, no proveniente de un caso fortuito o de fuerza mayor –o en general de una causa extraña-, a menos que tales eventos hayan sido realmente asumidos por el asegurador. Bajo esta modalidad comercial, entonces, se asegura “...la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que si el contratante ‘afianzado’ no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inejecución prestacional, merced a su indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de los regulado por el art. 1110 del estatuto mercantil” (cas. civ. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670)”.

¹²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de agosto de 2008, Exp. No.1994 03216 01:

*"[...] esa forma contractual especial, prevista desde la ley 225 de 1938, que continuó vigente con la expedición del Código de Comercio, tiene unas reglas especiales para servir de garantía en la observancia de las obligaciones y cargas contractuales, [...], como también ha sentado la Corte, por su especialidad este seguro no debe confundirse con el contrato de fianza, ni con otros medios de aseguramiento, y que por asignación legal pertenece a los seguros de danos (SC, 2 mayo 2002 y 24 jul. 2006)"*¹²⁸

*Igualmente se ha mencionado, en torno a ese negocio jurídico, que al conservar vigencia la precitada ley -no obstante, la expedición del estatuto mercantil de 1971-, y habida cuenta de sus notas especiales más su función económica y social, en él no resultan compatibles algunos aspectos del actual Código de Comercio, tales como "en asuntos como el riesgo involucrado en él, su agravación (art. 1060 C. de Co.), la revocatoria (art. 1159), el valor real del interés (art. 1089), la terminación unilateral (Art. 1071), la terminación por mora en el pago de la prima (art. 1068), entre otras, circunstancias que imponen algunas restricciones que aparejan un tratamiento disímil frente a la generalidad de los seguros" (Resaltado a propósito, CSJ SC de 15 de agosto de 2008, Rad. 1994-03216-01., reiterada en fallo de 18 de diciembre de 2009, Rad. 2001-00389-01)".*¹²⁹

En los seguros de cumplimiento de obligaciones contractuales surgidas de un contrato diferente al seguro contratado, el asegurador, asume el riesgo de su incumplimiento por el contratante, deudor "afianzado" y la prestación de pagar hasta concurrencia de la suma asegurada la indemnización de los perjuicios patrimoniales causados al asegurado, quien es el acreedor, titular del crédito e interés patrimonial asegurable.

El riesgo, en este seguro es la eventualidad del incumplimiento de la obligación amparada, y el siniestro su ocurrencia.

¹²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC4659-2017, 3 de abril de 2017, rad. 11001-31-03-023-1996-02422-01.

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC296-2021, 15 de febrero de 2021, Radicación n.º 05001-31-03-013-2010-00006-01. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 22 de julio de 1999, Expediente 5065; 21 de septiembre de 2000, Expediente 6140; 2 de febrero de 2001, Expediente 5670; 26 de octubre de 2001, Expediente 5942; 2 de mayo 2002, Expediente 6785; 24 de julio de 2006, Expediente 00191; NARVAEZ BONNET, Jorge Eduardo "El seguro de cumplimiento – De obligaciones y contratos-", Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, 2011, p. 121, agrega, la reticencia o inexactitud en la declaración de asegurabilidad efectuada por el tomador (art. 1058); la imposibilidad de oponer al asegurado las excepciones que serían oponibles al tomador (art. 1044); la definición del riesgo asegurable como el hecho futuro e incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador (art. 1054) e inasegurabilidad del dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador (art. 1055).

La prestación de la aseguradora, *esentialia negotia* y *sub conditione* de pagar la prestación asegurada, está sujeta a la condición de ocurrencia del siniestro (artículos 1045 [4], 1054 y 1072 Código de Comercio).

En armonía, en el seguro de cumplimiento el riesgo asumido consiste en indemnizar al asegurado los perjuicios patrimoniales causados por el incumplimiento de las obligaciones del contratista afianzado, o sea, *“una deuda propia y no la deuda ajena del deudor garantizado [...]”*¹³⁰, y se cumple pagando la suma correspondiente al amparo afectado (artículo 1079, C. de Co) o ejecutando el contrato incumplido (artículo 1110, C. de Co).

La aseguradora adquiere la obligación de pagar el siniestro en la oportunidad legal, y el asegurado como acreedor de la obligación amparada¹³¹, tiene el derecho a obtener el pago de la prestación indemnizatoria mediante el ejercicio de una acción propia, inherente al seguro¹³².

La indemnización del siniestro, se rige por el principio indemnizatorio, excluye el enriquecimiento, no excede del daño patrimonial efectivamente causado, el valor real del interés asegurable ni de la suma máxima estipulada en el amparo.

Según dispone el artículo 1088 del Código de Comercio, los seguros de daños son *“contratos de mera indemnización”*, y, por consiguiente, los de cumplimiento, dentro de los límites pactados se rigen por el “principio indemnizatorio”, descartando todo enriquecimiento injusto¹³³.

El seguro de cumplimiento no es de valor admitido.

¹³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 26 de octubre de 2001, Exp. 5942.

¹³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 22 de julio de 1999, Expediente 5065; 21 de septiembre de 2000, Expediente 6140; 2 de febrero de 2001, Expediente 5670; 26 de octubre de 2001, Expediente 5942; 2 de mayo de 2002, Expediente 6785; 24 de julio de 2006, Expediente 00191.

¹³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 22 de julio de 1999, Expediente 5065; 21 de septiembre de 2000, Expediente 6140; 2 de febrero de 2001, Expediente 5670; 26 de octubre de 2001, Expediente 5942; 2 de mayo de 2002, Expediente 6785; 24 de julio de 2006, Expediente 00191.

¹³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 21 de agosto de 1978, G. J. T. CLVIII n.º 2399, p. 118 a 124; 29 de enero de 1998 (exp. 4894; sentencia de 22 de julio de 1999, Rad. 5065; 1 de agosto de 2002, Rad. 6907; 24 de mayo de 2005, SC-089-2005 [7495]); 27 de agosto de 2008. Expediente 1417; 11 de septiembre de 2000, S-158-2000 [6119]); 8 de septiembre de 2011, Rad. 2007-00456-01.

El asegurado tiene la carga probatoria del siniestro, esto es, el incumplimiento de la obligación, el perjuicio y el nexo de causalidad. No basta el simple incumplimiento de la prestación amparada¹³⁴, es menester probar el perjuicio patrimonial, el nexo causal y, la aseguradora, además de las defensas derivadas del seguro, está legitimada para controvertirlo conforme a la ley y el contrato.

La Corte Suprema de Justicia, ha explicado el seguro de cumplimiento entre particulares¹³⁵ en los siguientes términos:

“1. El contrato de seguro de cumplimiento, por el cual una compañía aseguradora se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones a cargo del tomador dimanantes de un contrato, clasifica en la especie de los seguros de daños, y, por ende, se aplica el principio de indemnización que los inspira, el cual se concreta en que, respecto del asegurado, “serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1088 del Código de Comercio; el riesgo lo constituye, entonces, la eventualidad del incumplimiento del deudor

2. Ahora bien, dada su naturaleza jurídica, el beneficiario del seguro de cumplimiento, ante el acaecimiento del siniestro, debe demostrar ante la compañía aseguradora, ya mediante reclamo extrajudicial o ya por vía judicial, la existencia del daño padecido y su cuantía, pues sólo hasta allá se extiende la responsabilidad de la compañía a quien, por razón de tal vínculo, le corresponde pagar, únicamente en esa medida, los perjuicios derivados para aquél por causa del incumplimiento de las obligaciones del tomador.

Obvio que, antes, la aseguradora puede resultar exonerada de pagar la indemnización si demuestra que las obligaciones por cuyo cumplimiento se comprometió a responder fueron satisfechas, o que si bien fueron incumplidas, fue porque primero correspondía al otro

¹³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 22 de julio de 1999, Expediente 05065: “Los seguros como el de cumplimiento —que por su naturaleza corresponden a los seguros de daños—, implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero, el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivos de un daño, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento para el asegurado, lo cual está prohibido para los seguros de daños en el artículo en cita. Es que el siniestro en los seguros de daños, tanto más cuando ellos sean de carácter patrimonial (Art. 1.082 del C. de Co.), invariablemente supone la materialización de un perjuicio de stirpe económico radicado en cabeza del asegurado, sin el cual no puede pretenderse que el riesgo materia del acuerdo de voluntades haya tenido lugar y, por ende, que se genere responsabilidad contractual del asegurador. No en vano, en ellos campea con vigor el principio indemnizatorio, de tanta relevancia en la relación asegurativa”.

¹³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC296-2021, 15 de febrero de 2021, Radicación n.º 05001-31-03-013-2010-00006-01: “[...]frente a este último seguro, es decir, el de cumplimiento respecto de contratos entre particulares, esta Sala de Casación de la Corte ha tenido la oportunidad de indicar que se trata de una especie de vínculo cuyo origen se remonta a la Ley 225 de 1938, y que se define como el “compromiso adquirido por una compañía de seguros de indemnizar, a cambio de una suma de dinero llamada prima, los perjuicios que sufra una persona por razón del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley o de un contrato” (CSJ SC de 15 de agosto de 2008, Rad. 1994-03216-01)”.

contratante acatar las suyas (excepción de contrato no cumplido); o, en fin, que la infracción se dio por mediar un motivo legítimo o una causa extraña; en pocas palabras, no puede entenderse que la aseguradora en todo caso responde por el cumplimiento de las obligaciones del tomador, así éste tuviera motivos válidos para desatenderlas”

3. En lo que toca con carga probatoria sobre el monto de los perjuicios debe decirse que su imposición y satisfacción por el asegurado se explica, de un lado, porque la aseguradora no hace las veces de fiador de deuda ajena, pues asume la propia estipulada en la póliza, de carácter condicional, por supuesto distinta de la que contrajo el deudor del contrato objeto de aseguramiento; y de otro lado, porque, contrario a lo que sostiene la censura, el seguro de cumplimiento de que aquí se trata no es un seguro de valor admitido que permita deducir que el valor de la indemnización a cargo del asegurador es igual al valor asegurado que aparece en la póliza.

En este caso, se hace más patente el alcance del seguro de cumplimiento, en consideración a que el texto que contiene las cláusulas respectivas, establece que el mismo únicamente tenía por objeto indemnizar al asegurado o beneficiario “el incumplimiento de las obligaciones contractuales y en ningún caso, contra perjuicios de otro orden”, y que corresponde al asegurado demostrar “la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida”, disposición contractual que no hace sino repetir lo que previene el artículo 1077 del C. de Comercio”.¹³⁶

En consonancia, ha precisado:

“1 El seguro de cumplimiento fue creado por la Ley 225 de 1938, con la autorización contenida en su artículo segundo para que el seguro de manejo allí instituido, se hiciese extensivo al “... cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos”.

Esta especie de contrato, que es una variante de los seguros de daños, tiene por objeto servir de garantía a los acreedores de obligaciones que tengan venero en el contrato o en la ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado.

Por virtud de él la parte aseguradora, mediante el pago de una prima, ampara al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de obligaciones de la estirpe señalada. En él, bajo la forma de seguro, se garantiza “... el cumplimiento de una obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurador toma a

¹³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia S-170-2000, de 21 de septiembre de 2000, Expediente 6140, reiterada en en Sentencia SC-076-2008 de 30 de julio de 2008, expediente No. 11001-3103-036-1999-01458-01: “tratándose como se mencionó, de un seguro de daños, regido por el principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, [...] 3. En lo que toca con carga probatoria sobre el monto de los perjuicios debe decirse que su imposición y satisfacción por el asegurado se explica, de un lado, porque la aseguradora no hace las veces de fiador de deuda ajena, pues asume la propia estipulada en la póliza, de carácter condicional, por supuesto distinta de la que contrajo el deudor del contrato objeto de aseguramiento; y de otro lado, porque, contrario a lo que sostiene la censura, el seguro de cumplimiento de que aquí se trata no es un seguro de valor admitido que permita deducir que el valor de la indemnización a cargo del asegurador es igual al valor asegurado que aparece en la póliza” (cas. civ. 21 de septiembre de 2000 [SC-170-200], exp. 6140).

su cargo “hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación” amparada. (C.S.J., Sent. del 15 de marzo de 1983).

Consecuentemente con su naturaleza y con el fin que está llamado a cumplir, en tal modalidad contractual el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico: que el riesgo que envuelve el convenio, quede garantizado.

El riesgo asegurado está constituido por la eventualidad de un incumplimiento por parte del deudor, quien por múltiples circunstancias puede desatender los compromisos adquiridos con ocasión del contrato.

Tratándose como se anticipó, de una variante de los seguros de daños, que se encuentran sometidos al principio indemnizatorio consagrado por el artículo 1088 del C. de Co., la obligación del asegurador consiste en resarcir al acreedor el daño o perjuicio que deriva del incumplimiento del deudor, hasta concurrencia de la suma asegurada.

Bajo tal perspectiva, acaecido el siniestro, con la realización del riesgo asegurado, es decir, con el incumplimiento de la obligación amparada, del cual dimana la obligación del asegurador, incumbe al asegurado demostrar ante el asegurador la ocurrencia del mismo, el menoscabo patrimonial que le irroga (perjuicio) y su cuantía, para que éste a su turno deba indemnizarle el daño padecido, hasta concurrencia del valor asegurado”.¹³⁷

Mas recientemente, reiterando pronunciamientos previos, ha dicho:

“[...] en virtud de la cobertura de cumplimiento, el asegurador toma a su cargo el riesgo de sufrir una pérdida económica derivada de la inobservancia, total o parcial, del negocio jurídico amparado, de manera que el siniestro –esto es, la realización del referido riesgo, acorde con el artículo 1072 del Código de Comercio– no lo constituiría propiamente la infracción de las estipulaciones del aludido convenio, sino el impacto negativo que ello genera en el patrimonio asegurado.

[...] De ahí que el surgimiento de la obligación condicional del asegurador se encuentre supeditado a la existencia de un agravio económico, ligado causalmente al incumplimiento negocial del tomador del seguro. Similarmente, la magnitud de ese perjuicio determinará el monto de la indemnización que corresponda, sin exceder los límites convenidos, según lo disponen los preceptos 1079 («El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada...») y 1088 del estatuto mercantil («los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento»).

[...] En suma, para demostrar el acaecimiento del siniestro en esta clase de seguros patrimoniales, el interesado deberá acreditar, de un lado, que el tomador desatendió las obligaciones que asumió en virtud del convenio garantizado, y de otro, que esa inobservancia lesionó el patrimonio asegurado, agravio cuya extensión exacta, además,

¹³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia S-080-2002, de 7 de mayo de 2002, Expediente 6185.

corresponderá a la cuantía de la indemnización, hasta concurrencia de la suma asegurada”¹³⁸

El seguro de cumplimiento es una categoría contractual singular de los contratos de seguros de daños, con su propia especificidad e individuación, autónoma y distinta a las otras modalidades de seguros y, en particular, del contrato del cual dimana la obligación garantizada.

2. **MAPFRE** en su alegato de conclusión, cuestiona el carácter cierto, directo y personal del perjuicio causado con el incumplimiento del Contrato de Suministro e instalación por **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S** , así como el interés asegurable en **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, porque a su juicio, no experimenta daño alguno en su patrimonio propio al actuar como Gerente del Proyecto y Administrador Delegado, pues quien lo experimenta y puede reclamarlo es el Fideicomiso Monterrey, en cuyo nombre actúa.

No obstante, a más de lo ya expresado en otros apartes de este laudo sobre la legitimación en la causa activa de **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, en su calidad de parte o sujeto contractual del Contrato de Suministro e Instalación para pretender la declaración del incumplimiento de la otra parte o sujeto contractual **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S.**, y de los perjuicios causados, el rasgo característico de la prestación esencial derivada de los denominados contratos de administración delegada, se proyecta en la asunción de la dirección técnica de la obra por el administrador delegado, y en tal virtud, de la responsabilidad inherente a los contratos o subcontratos que celebre para la ejecución del objeto contratado.

A este respecto, el Consejo de Estado, ha puntualizado:

“El contrato de obra pública por administración delegada no constituye una figura nueva en el derecho colombiano como que de él ya se ocupaba tanto el artículo 85 del decreto 150 de 1976, como los artículos 90 a 100 del decreto 222 de 1983. Este negocio jurídico es entendido como aquel en el que el contratista, por cuenta y riesgo de la entidad pública contratante se encarga de la ejecución del objeto convenido, o lo que es igual, bajo este sistema el contratista actúa a nombre y por cuenta del contratante delegante

Bajo este sistema la administración paga el costo real de la obra, más determinado porcentaje como retribución al contratista por concepto de honorarios de administración

¹³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC3893-2020, 19 de octubre 2020, Radicación n.º 11001-31-03-032-2015-00826-01

(en los que se incluyen costos de personal, oficinas, vehículos, desplazamientos etc.) y la utilidad, tal y como lo ha señalado la Sala de Consulta y Servicio Civil:

“Según lo expresado, los dos elementos del precio en el contrato de Administración delegada son: El costo de las obras y los honorarios del contratista. Ambos factores, que son asumidos por la entidad contratante, constituyen el valor del contrato. Así se expresó esta Sala en otra oportunidad

“(…) Por otra parte, el mismo Decreto establece que el administrador delegado toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra; que maneja también bajo su propia responsabilidad los fondos que la entidad contratante le suministra para el cumplimiento de sus funciones y obligaciones; que serán de cuenta del administrador delegado los daños que cause a terceros en desarrollo del contrato, así como los que ocasione el incumplimiento del contrato; y que tendrá la obligación de pagar con los fondos del contrato el valor de los salarios y prestaciones a que hubiere lugar.

“Toda esa gama de obligaciones contractuales que están a cargo del contratista, deben ser garantizados por él, con su propio peculio, sin que posteriormente la Administración esté obligada al reembolso de los gastos efectuados por dicho concepto. (7)¹³⁹” (subrayas fuera de texto original)

[...]

“Según la jurisprudencia del Consejo de Estado (sección tercera, sentencias de 12 de septiembre de 1994 y 23 de marzo de 1995), el sistema de administración delegada se realiza ‘por cuenta y riesgo del contratante’, por lo cual coloca al contratista en la posición de un representante que no contrae obligaciones a nombre propio sino del contratante, salvo en tratándose de subcontratos, o sea cuando el contratista encomienda la ejecución de parte del objeto del contrato a un tercero, pues en este evento el subcontratista se vincula en forma directa e independiente con el contratista”¹⁴⁰

Posteriormente, ha reiterado:

“El contrato de obra por administración delegada, es entendido como aquel negocio jurídico en el que el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio, a cambio de unos honorarios que pueden pactarse en forma de porcentaje sobre el valor de la obra o como precio fijo.

El administrador delegado, tiene como obligación esencial, la de tomar bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, de conformidad con las cláusulas del respectivo contrato, la cual es de propiedad de la entidad estatal.

¹³⁹ “CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto de 26 de octubre de 1988, Rad. 229, C. P. Javier Henao Hidrón”.

¹⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de junio de 2007, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Radicado 25000-23-31-000-12482-01 (17253)

En el evento de que el administrador delegado celebre subcontratos para efectos de la ejecución del objeto convenido, él será el único responsable de los mismos

En relación con lo anterior, el Consejo de Estado ha precisado(31) ¹⁴¹ De modo que el contrato de obra pública ejecutado por el sistema de administración delegada impone, en aras del principio de transparencia que debe orientar la contratación pública (art. 24 de la ley 80), meritoria claridad en la aplicación de los dineros y bienes oficiales a los trabajos cuyo desarrollo se ha encomendado al contratista, como delegado o intermediario de la entidad contratante, en tanto que por virtud de esta modalidad contractual a él se encomienda la ejecución por encargo oficial del gasto público destinado a la obra. Así lo puso de relieve la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al advertir: ‘Según la jurisprudencia del Consejo de Estado (sección tercera, sentencias de 12 de septiembre de 1994 y 23 de marzo de 1995), el sistema de administración delegada se realiza ‘por cuenta y riesgo del contratante’, por lo cual coloca al contratista en la posición de un representante que no contrae obligaciones a nombre propio sino del contratante, salvo en tratándose de subcontratos, o sea cuando el contratista encomienda la ejecución de parte del objeto del contrato a un tercero, pues en este evento el subcontratista se vincula en forma directa e independiente con el contratista (...).’(32)’¹⁴² (Subrayas ajenas al texto)

*“En términos generales, conforme con la naturaleza misma del contrato, el contratante debe determinar claramente la obra a ejecutar; suministrar al contratista todo lo necesario para el cumplimiento de sus funciones, como fondos económicos, o, si se pactaron, bienes muebles e inmuebles; y remunerar al administrador en la forma y periodos convenidos. [...] A su vez, el contratante toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, según las cláusulas contractuales; maneja los fondos que le entrega el contratante para la ejecución, invirtiéndolos en la forma que indique el contrato y rindiendo cuentas pormenorizadas, detalladas y documentadas sobre su manejo; conservar y devolver en buen estado los bienes que hubiere recibido para la ejecución del contrato, salvo el deterioro natural; escoger y elegir trabajadores necesarios para realizar la obra y pagarles los salarios y prestaciones sociales que correspondan, con los dineros suministrados por el contratante, actuando como intermediario de éste; subcontratar; pagar las indemnizaciones por los daños que la ejecución cause a terceros, por su culpa descuido o negligencia o por la del personal que contrató; y pagar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato”¹⁴³
La modalidad antes señalada es, por demás, acorde con el tipo de contrato, lo que implica que, por regla general, cada parte debe asumir los riesgos de su participación: quien financia la obra, asume el valor final de la misma; quien la construye, asume las aleas inherentes al*

¹⁴¹ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 junio de 2007, Exp. 17253, M.P. Ruth Stella Correa Palacio”

¹⁴² “[8] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto de 26 de octubre de 1988, Rad. 229, C. P. Javier Henao Hidrón”.

¹⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 16 de septiembre de 2010, Radicación número: 13001123-31-000-1999-90004-01(16605), agrega: “De acuerdo con esta perspectiva, es claro que la administración delegada entre particulares o entre éstos y entidades públicas, entraña la relación contractual propia del mandato, pues, a través de aquél, “una persona confía la gestión de uno más negocios a otra por cuenta y riesgo de la primera”, y, en ejercicio del mismo, el mandatario puede contratar en su propio nombre o en el del mandante, pero sí contrata en su propio nombre, no obliga al mandante respecto de terceros (Código Civil, artículos 2142 y 2177)”

proceso de administración y ejecución de la obra, con todos los elementos gerenciales que ello implica”¹⁴⁴

El administrador delegado, asume la dirección técnica y la responsabilidad por los contratos o subcontratos que celebre para la ejecución del contrato, así como por su cumplimiento, incumplimiento y los perjuicios que su éste ocasione.

Desde esta perspectiva, al administrador delegado le asiste el interés legítimo para pretender el incumplimiento de sus contratistas o subcontratistas a las obligaciones de los contratos o subcontratos celebrados para la ejecución de su gestión y la reparación de los perjuicios de los cuales es responsable frente a su contratante.

Por lo mismo, en el administrador delegado concurre el interés asegurable para contratar los seguros pertinentes a precaver la afectación de su patrimonio por la realización de un riesgo, y en particular, de los relativos al manejo e inversión del anticipo que entrega con los dineros recibidos para su gestión, el cumplimiento de los contratos que celebre con sus contratistas o subcontratistas, el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que utilizan, y la estabilidad de las obras, cuya dirección o gerencia técnica y responsabilidad asume en virtud de su contrato.

3.La póliza de seguro de cumplimiento No. 42005315000025 expedida el 19 de junio de 2015, modificada con el certificado número 1 de modificación expedido el 2 de septiembre de 2016 y el certificado número 2 de 17 de enero de 2017, tiene por “Tomador” y “Afianzado”, a **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S.**, “Asegurado y/o Beneficiario” **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, su vigencia se comprende entre su iniciación desde las 00:00 horas del 30 de junio de 2015 y terminación a las 00:00 horas del 2 de septiembre de 2022, para un total de 2621 días, y la del certificado 2, entre las 00:00 horas del 10 de septiembre de 2016 hasta las 00:00 horas del 2 de septiembre de 2022, para un total de 2183 días.

¹⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 20 de noviembre de 2020, Expediente No. 05001233100020020232301 (47.201). En el mismo sentido, Sección Tercera, Subsección A Sentencia del 1 de octubre de 2018. Exp. 57.897; Subsección B, Sentencia de 30 de enero de 2013, Radicación 110010326000200300026-01; 29 de marzo de 2013, Exp. 25178-01.

El certificado de modificación 2 de 17 de enero de 2017, consigna los siguientes amparos, coberturas, vigencias y sumas aseguradas:

COBERTURAS	VIGENCIA DE LA COBERTURA	SUMA ASEGURADA
Manejo e inversión del anticipo	10 de septiembre 2016 a 2 de enero 2018	\$10.613.224.321
Cumplimiento	10 de septiembre 2016 a 2 de enero 2018	\$4.740.267.905.
Pago de Salarios y prestaciones	10 de septiembre 2016 a 2 de septiembre 2022	\$2.370.133.952.
Estabilidad de la obra	10 de septiembre 2016 a 2 de septiembre 2022	\$7.110.401.857.

Las Condiciones Generales de la Póliza contenidas en el documento 020412-1326-P-05-00000VTE032ABR/12), definen el amparo de anticipo, en los siguientes términos:

“ 1. AMPAROS

[..]

1.2. ANTICIPO.

“La Aseguradora cubre al Asegurado, contra la apropiación indebida o el mal uso que el contratista haga de los dineros o bienes recibidos para la ejecución del contrato.”

La cobertura de “Manejo e inversión del Anticipo” contratada, cubre al asegurado concretamente los riesgos de “apropiación indebida” o “el mal uso” por el contratista de los dineros o bienes recibidos para ejecutar el contrato.

Cuando se trata del anticipo, y en particular de las Pólizas de Seguro de anticipo, la jurisprudencia ha precisado que el asegurador en las voces del artículo 1056 del Código de Comercio, podrá asumir todos o algunos de los riesgos y diferenciado los riesgos de apropiación indebida, mal uso o uso incorrecto y falta de amortización del anticipo.

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

[..]

si bien el anticipo carece de definición legal, ha sido concebido por la jurisprudencia y la doctrina patrias como un mecanismo de financiación (2)¹⁴⁵, propio de los contratos en los que la remuneración está supeditada a la entrega –total o parcial– de la obra, en virtud del cual el contratante entrega al contratista dinero u otros bienes, con el compromiso de que este último los utilice para sufragar determinados costos y gastos imprescindibles para la ejecución del encargo.

Por vía de ejemplo, el dinero dado en anticipo puede proveer la liquidez inicial que requiere el contratista para costear la compra de insumos y equipos, el pago de honorarios del personal, el levantamiento de campamentos de obra y, en general, cualquier otra erogación preestablecida convencionalmente, orientada a viabilizar el inicio de las construcciones.

Con base en ello, y sin perder de vista lo que al respecto estipulen las partes, el contratista podrá exigir el pago que corresponda al avance –total o parcial– del objeto comercial, previa compensación con el importe recibido a título de anticipo; en consecuencia, la amortización de dicho anticipo, entendida como su retorno al patrimonio del contratante, estará directamente vinculada con la progresión de la ejecución de la obra.

3.3. En el escenario expuesto, la entrega del adelanto hace surgir para el contratante una expectativa primaria, consistente en que esos recursos se empleen para cubrir las expensas de la obra, en los términos señalados en el contrato; y si ello ocurre, aflorará para aquel una expectativa secundaria: la de recomponer su acervo patrimonial, mediante la efectiva amortización del anticipo.

Similarmente, debe admitirse que la apropiación, la incorrecta inversión y la falta de amortización del anticipo, constituyen riesgos potenciales, que amenazan por sendas distintas el patrimonio del contratante; por consiguiente, este tiene interés en transferirlos lícitamente al asegurador, a través de la contratación de amparos especiales, que pueden incluirse como coberturas accesorias al seguro de cumplimiento.

3.4. Pero no puede obviarse que, en desarrollo de la comentada potestad de individualizar el riesgo asegurado, el asegurador está facultado para decidir si asume los riesgos de apropiación, incorrecta inversión o falta de amortización del anticipo; pero si opta por restringir el aseguramiento brindado a los dos primeros eventos, no podrá reclamársele indemnización alguna si se materializa el tercero, aun cuando –se reitera– por esa vía sufra mengua el patrimonio del contratante.

Téngase en cuenta que, si el asegurador asume las contingencias económicas que pudieran emerger de la ‘apropiación’, o ‘incorrecta inversión’ del anticipo, solo responderá por las pérdidas derivadas de la realización de esos eventos dañosos, y por lo mismo estará exonerado de cualquier carga indemnizatoria si el desmedro patrimonial deriva de causas distintas, como lo sería sin duda la restitución imperfecta del aludido rubro.

Expresado de otro modo, si el asegurador hizo suyos únicamente los riesgos de apropiación e incorrecta inversión del anticipo, de manera implícita exceptuó de protección a los quebrantos económicos cuyo origen fuera diferente. Y, en ese supuesto, si el contratista

¹⁴⁵ “(2) Cfr., entre otros, CE SCA SIII, 13 sep. 1999, rad. 10.607; CE SCA SIII, 22 jun. 2001, rad. 13436; CE SPC, 8 ago. 2001, rad. AC-10966 y AC-11.274; CE SCA SIII, 12 feb. 2014, rad. 31682; CE SCSC, 8 mar. 2017, rad. 2298, y CSJ SP3473-2019, 27 ago”

utiliza íntegramente el anticipo para cubrir erogaciones propias de la obra, atendiendo las precisas pautas de inversión señaladas en el clausulado correspondiente, cesa la posibilidad de que se produzca el siniestro, siendo irrelevante si, con posterioridad, ese rubro no es amortizado, causándole pérdidas al contratante”¹⁴⁶.

Desde esta perspectiva, la falta de amortización, la apropiación indebida y el mal uso del anticipo, constituyen riesgos diferentes.

El mal uso del anticipo cubre el riesgo de conductas contrarias a su buen manejo e inversión y la apropiación indebida, en su sentido genuino, consiste en apropiarse sin justificación jurídica del anticipo.

Difieren claramente de la no amortización del anticipo, la falta de redención o extinción total del valor entregado³⁴⁷, que puede darse aún en casos de buen uso o correcta inversión, por lo cual, cuando los recursos se utilizan en la ejecución del contrato según lo pactado, no equivalen a su mal uso ni a su apropiación indebida.

Compréndese, por lo tanto, que la no amortización de un anticipo es diferente a su apropiación indebida, y a su mal uso.

Por esto, la falta de amortización no configura de suyo su apropiación indebida. Tampoco su mal uso.

Empero, según la precisión realizada por el Tribunal la no devolución del anticipo no amortizado carece de justificación o atribución patrimonial, comporta no sólo el incumplimiento del contrato, sino su apropiación indebida, porque el valor entregado y recibido a ese título es del dominio o propiedad de quien lo da, se recibe a título de tenencia para destinarlo o aplicarlo a los fines estipulados y reintegrarlo cuando no se ha amortizado en su integridad, sin perjuicio de su eventual compensación.

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC3893-2020, 19 de octubre 2020, Radicación n.º 11001-31-03-032-2015-00826-01

En criterio del Tribunal el anticipo no es un préstamo (*rectius*, mutuo)¹⁴⁷, menos un pago anticipado¹⁴⁸

El anticipo, conforme a su significado prístino, es lo dado o entregado, trátase de dinero u otras cosas para la ejecución de un contrato, recibido a título de tenencia con cargo de custodia, aplicación exclusiva a los fines pactados, susceptible de redención progresiva, sucesiva, diferida o periódica según las pautas del título obligatorio y de indiscutible restitución o devolución cuando no se amortiza en su integridad, todo lo cual, es diferente a un préstamo. Por esto, el derecho de dominio o propiedad del anticipo permanece en quien lo entrega, y quien lo recibe no se hace dueño, ni ingresa a su patrimonio, menos aún, configura un pago anticipado de las prestaciones inherentes al contrato para cuya ejecución se entrega y recibe.

¹⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de junio de 2001, Expediente 13436: “En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, el cual habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución del objeto contratado. De ahí que se sostenga que es la forma de facilitarle al contratista la financiación de los bienes, servicios u obras que se le han encargado con ocasión de la celebración del contrato. (...) ... el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese título se hace en calidad de préstamo. Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública, [...]”.

¹⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 12 de febrero de 2014, Rad. 31682. “[...]la Sala concluye que el anticipo que por virtud de la celebración de un contrato estatal se entrega al contratista, lejos de corresponder a un préstamo, en realidad constituye una modalidad de pago ...”; Sección Tercera, Sentencia de 27 de enero de 2016, Radicación No. 05001-23-31-000-2007-03093-01; “El anticipo puede ser definido como aquel porcentaje del valor total del contrato celebrado que la Entidad Estatal en su calidad de contratante le entrega al contratista en su calidad de colaborador de la administración con el objeto de que éste pueda sufragar o cubrir los costos iniciales en los que deba incurrir para la ejecución de las obras. / De ésta forma, se ha entendido que los dineros que la administración entrega a título de anticipo pertenecen a la entidad contratante, son de carácter público u oficial y no ingresan efectivamente al patrimonio del contratista.”. Consejo de Estado, Sala Consulta y Servicio Civil, Concepto de 8 de marzo de 2017, Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00102-00(2298) “33. Con relación al concepto de anticipo en los contratos estatales, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha reseñado su calidad de “préstamo” para el contratista, lo cual implica, según la definición de mutuo del Código Civil y el carácter de bien fungible del dinero, la obligación del contratista de restituir el mismo género y la misma cantidad recibida. Sin embargo, para la Sala, como se expondrá, no resulta suficiente respaldar los efectos jurídicos del anticipo a partir de su tipificación como una modalidad de “préstamo”, pues la fundamentación jurídica de la entrega de los dineros por parte de la entidad de fomento al contratista, está determinada por su destinación específica, lo que determina su carácter objetivo funcional de recurso público. 34. Como ha sido afirmado ampliamente por la jurisprudencia del Consejo de Estado, los anticipos se configuran como recursos que la entidad contratante entrega al contratista, incluso antes de la ejecución del contrato, con el objetivo de financiar los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual y no como pago de los trabajos o labores realizadas; de ahí que los mismos se distingan de la figura del pago anticipado, donde los recursos entregados al contratista si están llamados a extinguir –aunque de manera anticipada- la obligación de la parte contratante frente al contratista y, por lo tanto, entran inmediatamente a su patrimonio. En este sentido pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 13 de septiembre de 1999 (Exp. 10.607); de 22 de junio de 2001 (Exp. 13.436) y de 29 de enero de 2004, Exp. 10.779”.

De consiguiente, no es la falta de amortización lo que constituye una apropiación indebida, sino la no devolución o restitución de la suma no amortizada, cuya propiedad es de quien lo entrega, sin que exista justificación jurídica.

De conformidad con la póliza número 42005315000025 la cobertura del seguro cubre *“al Asegurado, contra la apropiación indebida o el mal uso que el contratista haga de los dineros o bienes recibidos para la ejecución del contrato”*, la vigencia última del amparo de manejo e inversión del anticipo está comprendida entre el 10 de septiembre de 2016 y el 2 de enero de 2018, el Contrato de Suministro e Instalación terminó el 2 de septiembre de 2017 y **PROCIL** no reintegró ni ha reintegrado el anticipo no amortizado que según el dictamen pericial rendido el 20 de diciembre de 2018 por RSM Assurance & Audit S.A.-César Mauricio Ochoa Pérez, Contador Público es de \$8.559.022.633.

La ocurrencia del riesgo de apropiación indebida durante la vigencia de la póliza está acreditada en proceso, porque el Contratista afianzado no restituyó ni ha restituido a su dueño el valor no amortizado, teniendo la obligación de hacerlo. Del mal uso no existe prueba en el proceso.

Lo acreditado es que **PROCIL** a la terminación del contrato, el 2 de septiembre de 2017 no reintegró ni devolvió el anticipo no amortizado en cuantía de \$8.559.022.633 ni lo ha hecho con posterioridad.

Ahora la suma asegurada por este concepto es de \$10.613.225.321. **MAPFRE**, propuso la excepción de reducción de la indemnización solicitando en caso de acreditarse que el asegurado es deudor del afianzado por algún concepto del contrato, una vez declarada su responsabilidad, compensar o reducir el monto del valor del amparo afectado. El dictamen pericial de contradicción elaborado por RSM Assurance & Audit S.A.-César Mauricio Ochoa Pérez, Contador Público, en la página 28 de su dictamen de contradicción, presenta un estado de “Estado de cuenta” o “liquidación”, que incluye la deducción de los valores retenidos de las facturas pagadas, así:

Concepto	Valor RSM
Valor del Anticipo	12.976.909.171
Valor de las Amortizaciones	(2.445.621.464)
Factura 1992 OG 71	(216.000.920)
Factura 2001 OG 81	(72.783.191)
Factura 2010	0
Costos y gastos aprobados por la Interventoría	(2.521.971.988)
Inventario de material desviado	570.236.914
Valor factura 2039 - acta 02	(72.015.884)
Valor retenido factura 2039	(6.481.323)
Valor factura 2058 . Acta 04	(10.242.077)
Valor factura 2058 . Acta 04	(76.371.918)
Valor retenido factura 2074	(6.860.475)
Valor factura 2074 . Acta 05	(67.630.401)
Valor retenido factura 2084	(6.075.226)
Valor factura 2101 . Acta 06	(243.433.407)
Valor retenido factura 2101	(21.867.576)
Valor "adeudado" por Procil	7.779.790.235

Por consiguiente, con cargo al amparo del anticipo se condenará a **MAPFRE** a pagar la suma de \$7.779.790.235

En cuanto respecta al amparo de cumplimiento, según el certificado de modificación número 2 de 17 de enero de 2017, el "Tomador" y "Afianzado", es **PROCIL S.A.S PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.**, el "Asegurado y/o Beneficiario" **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, su vigencia de 10 de septiembre de 2016 a 2 de enero de 2018, la suma asegurada es de \$4.740.267.905, el "Objeto contrato cumplimiento: garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del garantizado originados en virtud de la ejecución del contrato cuyo objeto es: Suministro de materiales, fabricación, transporte, montaje, instalación, ensayos no destructivos de la estructura metálica para la Ampliación, del Centro Comercial Monterrey Medellín, nombre de la obra: ampliación gran centro comercial monterrey P.H"; se modifica el asegurado por cesión de contrato suscrito entre **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S. Y MÉNSULA S.A.**, firmado en Medellín a los 24 días del mes de agosto; según otrosí No. 1 al Contrato Suministro de materiales, fabricación,

transporte, montaje, ensayos no destructivos y pintura de la estructura metálica para la Ampliación del Centro Comercial Monterrey de Medellín PH ubicado en la carrera 48#10-45 de la ciudad de Medellín, se amplía el plazo para el suministro e instalación completa de la estructura metálica, será de doce (12) meses contados a partir del 10 de septiembre de 2016 hasta el dos (2) de septiembre de 2017”, y el amparo conforme a las Condiciones Generales de la Póliza, se define, así:

“1.3. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

La Aseguradora indemnizará los perjuicios económicos originados por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato garantizado imputables al contratista”.

De conformidad con los elementos probatorios valorados en su conjunto según la sana crítica, está demostrado el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de suministro e instalación garantizado imputable al contratista afianzado PROCIL, que este incumplimiento se produjo durante la vigencia de la póliza y causó perjuicios económicos cuyo valor estableció el dictamen pericial rendido el 20 de diciembre de 2018 por RSM Assurance & Audit S.A.-César Mauricio Ochoa Pérez, Contador Público.

En respuesta a la pregunta vii) cuantificó en \$22.286.114.521 el valor del sobrecosto de la obra del proyecto de Ampliación Monterrey, y en \$16.188.540.246 los costos indirectos, de los que según lo analizado en otro aparte de este laudo corresponde al contrato de suministro e instalación por la no entrega de la estructura metálica contratada al vencimiento del plazo contractual (2 de septiembre de 2017), la suma total de \$10.057.274.756, discriminada en \$5.825.590.335,78 a título de costos directos y en \$4.231.684.420,30 por costos indirectos.

En respuesta a la pregunta iv), el perito cuantificó el valor “*total pagado por concepto de arrendamiento para el almacenamiento y la indemnización producto del no cumplimiento del pago del almacenamiento de la estructura metálica, que no fue cancelada por Procil*”, en las sumas de \$50.000.000 (respaldadas en los contratos de transacción suscritos con Chala S.A.S. y Racional de Insumos S.A.S. que claramente atañen al material depositado por Procil S.A.S. en sus bodegas y a la falta de pago de la contraprestación, en las facturas y órdenes de giros respectivas) y \$100.934.538 (*pagos realizados por el Fideicomiso Ampliación Monterrey*

por concepto de almacenamiento y seguro de material metálico, entre los meses de enero y mayo del año 2018).

En consecuencia, con cargo al amparo de cumplimiento del contrato se condenará a **MAPFRE** a pagar la suma asegurada de \$4.740.267.905 porque el valor de los perjuicios económicos por este concepto es mayor, el seguro se rige por el principio indemnizatorio y no excede el monto real del perjuicio ni del límite máximo pactado.

Respecto del Pago de Salarios y prestaciones, según el certificado de modificación número 2 de 17 de enero de 2017, el “Tomador” y “Afianzado”, es **PROCIL S.A.S PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. - PROCIL S.A.S.**, el “Asegurado y/o Beneficiario” **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, su vigencia de 10 de septiembre de 2016 a 2 de septiembre de 2022, la suma asegurada es de \$2.370.133.952, y el amparo según las Condiciones Generales de la Póliza, se define, así:

*“1.4. PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES.
“Este amparo cubre al asegurado contra el detrimento patrimonial que sufra como consecuencia del retardo o incumplimiento del contratista en el pago de las obligaciones laborales, del personal vinculado por relación laboral directa para la ejecución del contrato garantizado [...]”*

En respuesta a la pregunta v) RSM Assurance & Audit S.A.-César Mauricio Ochoa Pérez, estableció el “valor total de las deudas laborales del proyecto Ampliación Monterrey a empleados de Procil por prestaciones sociales, indemnizaciones y pagos laborales, en la suma total de \$86.398.727, discriminada en \$80.788.727 por concepto de Prestaciones sociales y \$5.610.000 por indemnizaciones

Por lo tanto, con cargo al amparo de Pago de Salarios, Prestaciones Sociales e indemnizaciones se condenará a **MAPFRE** a pagar la suma de \$86.398.727 que es inferior a la asegurada de \$2.370.133.952.

3. Solicita la demandante la actualización monetaria de las suma resultante con cargo al amparo de anticipo “*desde la fecha de vencimiento del plazo del contrato cuando Procil debió restituir el anticipo no amortizado (el 2 de septiembre de 2017) hasta el día en que se inicia la mora de la aseguradora, día a partir del cual se causarán intereses moratorios comerciales hasta el pago de la indemnización*” y de la relativa al amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones “*desde la fecha de cada uno de los pagos hechos a los trabajadores de Procil y hasta el*

día en que se inicia la mora de la aseguradora, día a partir del cual se causarán intereses moratorios comerciales hasta el pago de la indemnización”.

Igualmente, pretende que conforme al artículo 1080 del Código de Comercio, la aseguradora quedó en mora de pagar la indemnización por cada uno de los amparos de anticipo, cumplimiento y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, desde el 28 de marzo de 2019, es decir, un día después de vencido 1 mes contado a partir de la audiencia de conciliación prejudicial, cuando se venció el término previsto en esa norma o, subsidiariamente, que está en mora desde la notificación del auto admisorio de la demanda, y en consecuencia, condenarla a pagar intereses de mora comerciales desde que quedó en mora y hasta el día del pago.

En los términos de las Condiciones Generales de la Póliza de cumplimiento No. 42005315000025 el siniestro se entiende causado cuando el contratista sea legalmente responsable de la obligación garantizada y el pago de la indemnización se hará *“dentro del mes siguiente a la fecha en que el Asegurado acredite la ocurrencia del siniestro y su cuantía”* (numerales 5 y 6).

En las voces del artículo 1080 del Código de Comercio modificado por el parágrafo del artículo 111 de la Ley 510 de 1999, el asegurador debe pagar el siniestro *“dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077”*, o sea, comprobada la *“ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso”*, y *“[v]encido este plazo el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad”*.

Acontecido el siniestro, o sea, *“la realización del riesgo asegurado”* (arts. 1054 y 1072, Código de Comercio), el asegurado o beneficiario debe dar aviso de su ocurrencia, *“dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer”*, y debe formular la reclamación para el pago de la indemnización demostrándolo con la cuantía de la pérdida.

La reclamación podrá formularse de manera extrajudicial o judicial. La reclamación extrajudicial, podrá contenerse en la solicitud de conciliación extrajudicial. Cuando

con la reclamación extrajudicial se acredite el siniestro y su cuantía, el asegurador debe pagar la indemnización dentro del mes siguiente a su comprobación, y a partir de su vencimiento además los intereses moratorios comerciales, sin perjuicio del derecho a objetarla.

Tales efectos no se generan cuando con la reclamación extrajudicial no se prueba el siniestro y su cuantía, en tanto “[I]a falta de una reclamación ajustada a la ley tendrá como consecuencia impedir la constitución en mora de la aseguradora, siendo necesario esperar a la reconvención judicial para alcanzar este afecto, por lo que hasta este momento no podrá ser obligada al pago de intereses o indemnizaciones suplementarias, en los términos del artículo 1080 del Código de Comercio, ya que ‘el monto liquidado de la prestación es presupuesto estructural de la obligación de pagar el capital asegurado y de la mora (in ilíquidis mora non fit), razón por la cual, en ausencia de comprobación, no es exigible ni la indemnización ni la sanción moratoria’ (SC, 27 ag. 2008, rad. n.º 1997-14171-01)”¹⁴⁹

La reclamación judicial se contiene en la demanda judicial contra la aseguradora (en su caso, la demanda de llamamiento en garantía), siempre que, por supuesto, acompañe las pruebas de la ocurrencia del siniestro y su cuantía (arts. 94 CGP y 1077 del Código de Comercio). En efecto, la demanda judicial contra la aseguradora es una verdadera reclamación, ya *ex novo* o por primera vez, ora en virtud de la objeción por la aseguradora a la presentada *ex antes* en forma extrajudicial.

Con arreglo al artículo 94 del Código General del Proceso, “[I]a notificación del auto admisorio de la demanda ... produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin..., si no se hubiere efectuado antes”.

¹⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de mayo de 2018, SC-1916-2018, rad. 2005-00346-01. En sentencia de 10 de julio de 1995, rad. 4540, memoró que la falta de certeza excluye la posibilidad legal de que la deudora se encuentre en mora de pagar la obligación, requisito éste que desde antaño exige la jurisprudencia de esta Corporación, como puede verse en sentencia de casación de 27 de agosto de 1930, en la cual en forma categórica se expresó que ‘la mora en el pago solo llega a producirse cuando existe en firme una suma líquida’, a cargo del deudor (G.J. T, XXXVIII, pág. 128); en sentencia de 14 de diciembre de 2010, rad. 2001-0148901,” reiteradas en sentencia de 3 de diciembre de 2019, Rad. n.º 2008-00102-01.

Este precepto en armonía con el artículo 1080 del Código de Comercio, ha suscitado diferentes interpretaciones. Una postura considera que el artículo 1080 del Código de Comercio disciplina en forma especial y prevalente la exigibilidad de la prestación asegurática y la causación de intereses moratorios, en cuanto dispone que el asegurador debe pagar la indemnización dentro del mes siguiente a la demostración de la ocurrencia del siniestro y su cuantía, “*aún extrajudicialmente*”, sin descartar su comprobación judicial¹⁵⁰, y ha vencido este plazo además los intereses moratorios. Otra, estima que la reclamación judicial tiene sus propias reglas, distintas a las previstas en el artículo 1080 del Código de Comercio, en cuyo caso tales efectos e producen desde la notificación del auto admisorio de la demanda¹⁵¹, y alguna considera que la mora pende de las pruebas del siniestro y su cuantía, de manera que, si la reclamación extrajudicial objetada o la judicial con la demanda las aporta, se producen sus consecuencias, y en caso contrario, cuando con las pruebas decretadas y practicadas en el proceso judicial se acreditan el siniestro y su cuantía, únicamente se generan con la sentencia.

Mas recientemente, la Corte Suprema de Justicia, con dos importantes salvedades de voto en cuestión referida a un seguro de responsabilidad, dijo “rectificar” su postura al respecto, en los siguientes términos:

¹⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de diciembre de 2019, SC5217-2019, rad. 2008-00102-01.

¹⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de diciembre de 2011, Exp. 6230: “Bajo este entendimiento, como no se presentó una típica reclamación extrajudicial al asegurador, mucho menos idónea, dirigida a obtener el pago de la prestación asegurada, fuerza concluir que aquel no se encontraba en mora para la fecha de la demanda, la que se erige, entonces, en solicitud de pago judicial. Pero como tal condición –la mora- es presupuesto ineludible para ordenar el reconocimiento de los señalados réditos, será necesario acudir a lo preceptuado en el inciso 2o del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, norma según la cual, “La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto de requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes”, lo que resulta entendible si se tiene en cuenta que, en ese específico momento, el demandado tiene la posibilidad de escoger entre asumir el pago que se demanda, o afrontar el proceso, de suerte que, en esta última hipótesis, en caso de acogerse la pretensión, los efectos de la sentencia, en lo que atañe a la mora, se retrotraen a la etapa de la litiscontestatio, es decir, al estadio procesal en que aquel asumió el riesgo de la litis, con todo lo que ello traduce. De esta manera, además, se atiende el propósito del legislador del año 1989, que al modificar el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, para incorporar –entre otros aspectos- la regla transcrita (num. 41, art. 1, Dec. 2282), pretendió darle certidumbre a la determinación del instante en que el deudor incurría en mora, cuando tal condición no se había configurado con anterioridad al proceso”. Posición reiterada en sentencias de 7 de julio de 2005, rad. n.º 1998-00174-01; 15 de junio de 2016, SC7814-2016, rad. n.º 2007-00072-01), 31 de mayo de 2018, SC1916, rad. n.º 2005-00346-01 y 19 de diciembre de 2018, SC5681-2018, rad. n.º 2009-00687-01.

*“ 7. Lo hasta aquí expuesto, impone a la Sala el deber de abandonar la tesis consistente en que, frente a la ausencia de una reclamación extrajudicial del seguro y la formulación, por ende, de la correspondiente demanda judicial, la mora del asegurador está determinada por su constitución en mora, surtida por la notificación del auto admisorio de ese último escrito, de conformidad con lo que en su momento preveía el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y que en la actualidad estatuye el artículo 94 del Código General del Proceso.
[...]*

Tal tesis, reiterada en el fallo del 9 de noviembre de 2004 (Rad. n.º 12798) y en la SC 7814 del 15 de junio de 2016 (Rad. n.º 2007-00072-01), es inadmisibles, por cuanto desconoce abiertamente la norma especial del artículo 1080 del Código de Comercio que, como se vio, disciplina suficientemente la obligación accesoria del asegurador de pagar intereses moratorios, fijando con claridad el momento a partir del cual acaece su causación, razón suficiente que impedía e impide recurrir a normas generales, carácter que tenían y tienen las atrás invocadas.

Fuera de lo anterior, hay que insistir en que la constitución en mora, según la transcrita previsión del artículo 1608 del Código Civil, debe estar expresamente prevista en las normas positivas, sin que en materia de seguros haya una que imponga la satisfacción de tal formalidad en el supuesto de que el asegurador no pague la prestación a su cargo, lo que descarta la aplicabilidad de las normas en precedencia especificadas.

Estimar que con la notificación del auto admisorio de la demanda en la que se reclama a la aseguradora la indemnización a su cargo, sobreviene la mora de esta última, como cuestión automática, comporta en un buen número de casos, anticipar indebidamente el momento en que ello tiene ocurrencia, pues como ya se analizó, la demostración del siniestro y de la cuantía de la pérdida puede ser resultado de la actividad probatoria cumplida en el proceso, incluso, en segunda instancia, comprobaciones que son necesarias para computar el mes previsto en el artículo 1080 del estatuto mercantil, cuyo vencimiento fija la mora del asegurador y, por ende, el momento desde el cual éste queda obligado al pago de intereses de tal linaje”¹⁵²

En este asunto está acreditado el aviso por Consultorías y Emprendimientos S.A. a Mapfre de un posible siniestro con cargo a la póliza de cumplimiento según comunicación de 5 de abril de 2017. En esta comunicación, informa sobre el “conocimiento del posible siniestro del mal manejo del anticipo” que el “31 de marzo de 2017, en una reunión del Comité Fiduciario del Proyecto se le solicitó a PROCIL entregar la información y los soportes contables que dieran cuenta de la inversión del anticipo que recibió por valor de \$12.976.909.172”, y que la información presentada “no arrojó certeza sobre la manera cómo invirtió el anticipo”, por lo cual es muy posible que se haya presentado un mal manejo. Adjunta la comunicación

¹⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 26 de mayo de 2021, SC1947-2021, Radicación n.º 54405-31-03-001-2009-00171-01

de la interventoría de 3 de abril de 2017, informa la posibilidad de presentarse un incumplimiento definitivo del contrato y la inobservancia por PROCIL en el pago de los salarios y prestaciones sociales del personal contratado para la ejecución de la obra.

Consultorías y Emprendimientos S.A., presentó ante el Centro de Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos de la Universidad Autónoma Latinoamericana UNAULA- solicitud de conciliación fechada a 30 de noviembre de 2018 con la cual anexó el dictamen pericial elaborado por RSM, y reclamó bajo la póliza de seguro de cumplimiento y las coberturas de anticipo \$8.559.022.633, de cumplimiento los perjuicios económicos por sobrecostos (\$22.286.114.521) y lucro cesante (\$3.692.452.116), y la de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones la suma de \$86.398.727. Se señaló fecha para la audiencia de conciliación el 27 de febrero de 2019, 8:00 am., oportunidad en ambas partes no llegaron a un acuerdo, declarándose frustrada se declaró frustrada la audiencia de conciliación.

La demandante solicita los intereses moratorios a partir del día siguiente al vencimiento del mes contado desde la fecha de la audiencia de conciliación, esto es, el 28 de marzo de marzo de 2019, porque en su sentir tuvo a disposición el dictamen con los soportes, y la aseguradora se opone argumentando que no lo conoció, además que sólo a partir del laudo podría definirse el incumplimiento imputable al afianzado y el valor de los daños. La solicitud de conciliación extrajudicial contiene la reclamación de la indemnización con las pruebas que soportan la ocurrencia del siniestro y su cuantía en cuanto hace a las coberturas de los amparos de anticipo, cumplimiento y pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, pues acompaña el dictamen pericial rendido el 20 de diciembre de 2018 por RSM Assurance & Audit S.A.-César Mauricio Ochoa Pérez, Contador Público que cuantifica en \$8.559.022.633 el valor del anticipo no amortizado objeto de apropiación indebida, en \$22.286.114.521 el valor del sobrecosto de la obra, los costos indirectos en \$16.188.540.246, el lucro cesante en \$3.692.452.116, y el valor de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, en la suma total de \$86.398.727. Desde este punto de vista, la reclamación extrajudicial contenida en la solicitud de conciliación extrajudicial acredita la ocurrencia del siniestro y su cuantía bajo la cobertura de amparo del anticipo (\$8.559.022.633) y la de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones (\$86.398.727), por lo que para el Tribunal la aseguradora debía pagar estas indemnizaciones dentro del mes siguiente a la

reclamación y vencido este plazo además los intereses moratorios a la tasa de interés moratorio bancario corriente tal como dispone el artículo 1080 del Código de Comercio, que en este caso, la demandante pide a partir del día siguiente al vencimiento del mes contado desde la fecha de la audiencia de conciliación, esto es, el 28 de marzo de marzo de 2019, y vencido este plazo además los intereses moratorios a la tasa de interés moratorio bancario corriente tal como dispone el artículo 1080 del Código de Comercio. Se reconocerán sobre estas sumas en la forma solicitada hasta el pago total.

En cuanto hace a la actualización monetaria solicitada se debe precisar que no procede respecto de las sumas relativas al anticipo, salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones sobre las cuales se reconocen los intereses moratorios, por cuanto la tasa de interés comercial contiene de suyo la actualización depreciada, según ha señalado reiteradamente la jurisprudencia civil, por lo cual, la pretensión en este aspecto será denegada¹⁵³.

¹⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de agosto de 2008, Expediente 11001-3103-022-1997-14171-01: “En lo relativo a los factores de cálculo de la tasa del interés comercial, sea remuneratorio (“bancario corriente”), sea moratorio (“una y media veces del bancario corriente”), en el estado actual, las fórmulas metodológicas contienen el costo puro del dinero, el riesgo de la operación y la depreciación monetaria o inflación, por lo cual, el interés remuneratorio comercial sirve al designio simultáneo de retribuir el capital debido a título de préstamo o precio de un bien o servicio, el riesgo de la operación y la desvalorización de la moneda y, el interés moratorio comercial, al propósito convergente de sancionar la mora del deudor, reparar los perjuicios derivados de ésta y mantener el poder adquisitivo del dinero, esto es, “incluye por principio el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero” (cas. civ. 30 de mayo de 1996, CCXL, n. 2479, primer semestre 1996, 707; 19 de noviembre de 2001), por lo cual, no obstante la absoluta y elemental distinción entre los intereses y la corrección monetaria –que tampoco es del caso examinar en el sub lite y que de ninguna manera constituye daño, perjuicio resarcible, daño emergente, lucro cesante, ni se asimila siquiera por aproximación a estos conceptos, a la mora o a los intereses remuneratorios o moratorios y en rigor se sustenta en la simetría, equilibrio, paridad y plenitud prestacional - “(...) cuando el pago, a manera de segmento cuantitativo, involucra el reconocimiento de intereses legales comerciales, no pueden los jueces, con prescindencia de toda consideración especial, ordenar igualmente el ajuste monetario de la suma adeudada, específicamente cuando los réditos que el deudor debe reconocer son de naturaleza comercial, puesto que, sean ellos remuneratorios o moratorios, el interés bancario corriente que sirve de base para su cuantificación (...), ya comprende, per se, la aludida corrección” (cas. civ. 19 noviembre 2001, Exp. 6094), o sea, la tasa de interés nominal comprende el costo del dinero, el riesgo de la operación y el índice de depreciación monetaria o inflación, esto es, no pueden acumularse en cuanto el cálculo de la tasa la contiene y no porque de suyo sean incompatibles, a diferencia de la tasa de interés real o interés puro, técnico o compensatorio del costo, precio o uso del dinero como el interés legal civil (C.C., art. 1617, num. 1º, inc. 2º, art. 2232, inc. 2º), que al no contener en su fórmula de cálculo la depreciación monetaria es acumulable con ésta, o sea, “nada obsta para que se disponga que el pago se realice incluyendo, además de dichos réditos, la corrección monetaria, pues en este evento la tasa en cuestión únicamente refleja el precio adeudado por el uso del dinero, sin miramiento a su poder adquisitivo” (cas. civ. 19 noviembre 2001, exp. 6094; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, Sentencias del 7 de marzo de 1980, exp. 5322; 6 de agosto de 1987, exp. 3886; 10 de mayo de 2001 – exp. 12719; 17 de mayo de 2001, exp. 13635; 7 de marzo de 2002, exp. 25000-23-26-000-1995-1425-01 [17785]).

Con relación al amparo de cumplimiento, si bien la reclamación acredita la ocurrencia del siniestro (el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de suministro imputable al contratista afianzado), y señala los mismos valores reclamados por sobrecostos y costos indirectos, la cuantía de la indemnización en la suma de \$10.057.274.756, discriminada en \$5.825.590.335,78 por costos directos, y \$4.231.684.420,30 por costos indirectos, en relación de causalidad con el incumplimiento del contrato de suministro e instalación¹⁵⁴, sólo se determina en este laudo, y los costos de almacenamiento del material metálico e indemnizaciones bajo los contratos de transacción no se contienen en la solicitud de conciliación extrajudicial, y su cuantía también se establece en este laudo. Sobre estos valores, no proceden, en consecuencia, los intereses moratorios en la forma pretendida, que se causarán conforme a la ley, ejecutoriada la sentencia, en caso de darse la mora.

En conclusión, prospera la pretensión quinta al estar acreditado en el proceso que durante la vigencia de los amparos de anticipo, cumplimiento y pago de obligaciones laborales de la póliza de cumplimiento No. 4205315000025 expedida por Mapfre, ocurrió el riesgo asegurado en cada uno de esos amparos.

La pretensión sexta prospera parcialmente, y se condenará a la aseguradora Mapfre, a pagar a Consultorías y Emprendimientos S.A.S., las indemnizaciones contempladas en la póliza de cumplimiento No. 4205315000025 en cada uno de los amparos de anticipo, cumplimiento y pago de obligaciones laborales, las siguientes sumas:

(i) Por el amparo de "Anticipo", cuya suma asegurada es de \$10.613.225.321, y por la apropiación indebida del anticipo que recibió Procil para la ejecución del contrato la suma de \$8.559.022.633.

Sin embargo, respecto esta pretensión prospera parcialmente la excepción de reducción de la indemnización interpuesta por Mapfre hasta concurrencia de la suma de \$779.232.398 conforme al "Estado de cuenta" o "liquidación" presentado

¹⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de octubre de 1945, G.J. t. LIX, pág. 748; Sentencia SC5516-2016, 29 de abril de 2016, Radicación n.º 08001-31-03-008-2004-00221-01; Sentencia de 18 de enero de 2007, Rad. n.º 1999-00173-01.

en la página 28 del dictamen pericial de contradicción elaborado por RSM Assurance & Audit S.A. - César Mauricio Ochoa Pérez, Contador Público, que incluye la deducción de los valores retenidos de las facturas pagadas, y que corresponde a la diferencia entre el valor del saldo insoluto del anticipo objeto de apropiación indebida por \$8.559.022.633,00 y la suma total de \$7.779.790.235 concluida por el experto. Por consiguiente, la condena neta es de la suma de \$7.779.790.235 equivalente al saldo insoluto después de aplicar los descuentos concluidos por el perito.

(ii) Por el amparo de “cumplimiento”, la suma de \$4.740.267.905 y por la no entrega de la estructura metálica contratada (una vez vencido el plazo contractual) y por los costos de almacenamiento del material abandonado por Procil.

Según el dictamen pericial de RSM, los perjuicios comprenden los sobrecostos o costos directos por la suma de \$22.286.114.521, los costos indirectos en cuantía de \$16.188.540.246.

De estos valores, el Tribunal, concluyó que la proporción correspondiente al incumplimiento del contrato de suministro e instalación y en relación de causalidad con éste, es del 26.14%, o sea, \$5.825.590.335,78 y 4.231.684.420,30, en su orden. Los costos de almacenamiento del material abandonado por Procil fueron cuantificados por el perito RSM en \$150.934.538, incluyendo las indemnizaciones pagadas.

(iii) Por el amparo de Salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, cuya suma asegurada es de \$2.370.133.952, y por el no pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a empleados contratados por Procil para la ejecución del contrato, la suma de \$86.398.727 valor debidamente soportado en el dictamen pericial de RSM.

No se reconoce la actualización monetaria de las sumas relativas a la apropiación indebida del anticipo (cuyo saldo insoluto después de aplicar los descuentos concluidos por el perito es de \$7.779.790.235), salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones (\$86.398.727), porque se reconocen los intereses moratorios sobre estos valores, desde el 28 de marzo de 2019, a partir del día siguiente al vencimiento del mes contado a partir de la audiencia de conciliación extrajudicial cuya solicitud contiene la reclamación con acreditación de la ocurrencia del siniestro

y cuantía de estos conceptos, y por ese el término legal dentro del cual la aseguradora debe pagar la indemnización según lo establecido en el artículo 1080 del Código de Comercio.

La pretensión séptima prospera por cuanto la aseguradora incurrió en mora de pagar la indemnización a partir del 28 de marzo de 2019, es decir, un día después de vencido 1 mes contado a partir de la audiencia de conciliación prejudicial, cuando se venció el término previsto en el Artículo 1080 C. de Co. y por consiguiente desde esa fecha será condenada a pagar intereses de mora comerciales, únicamente respecto de las sumas correspondientes a los amparos de anticipo por la apropiación indebida del anticipo (cuyo saldo insoluto después de aplicar los descuentos concluidos por el perito es de \$7.779.790.235), y de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones (\$86.398.727), más no respecto del amparo de cumplimiento, por las razones ya indicadas. Respecto de estos se condenará a pagar los intereses moratorios que procedan en caso de no cancelar las condenas impuestas en el término legal.

Como consecuencia, se liquidan los intereses moratorios causados desde el 28 de marzo de 2019 a la fecha de este laudo, así:

LIQUIDACIÓN INTERESES DE MORA CONDENA AMPARO ANTICIPO

Vigencia		Int. Cte. Bancario	Máxima Mensual	Tasa Int. Mora	LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO		
Desde	Hasta	Efec. Anual	Autorizada	Aplicable	Capital liquidable	Días	Intereses
28-mar-19	31-mar-19		1.5		7,779,790,235.00		0.00
28-mar-19	31-mar-19	19.37%	2.15%	2.148%	7,779,790,235.00	3	16,713,493.48
1-abr-19	30-abr-19	19.32%	2.14%	2.143%	7,779,790,235.00	30	166,749,970.86
1-may-19	31-may-19	19.34%	2.15%	2.145%	7,779,790,235.00	30	166,903,981.04
1-jun-19	30-jun-19	19.30%	2.14%	2.141%	7,779,790,235.00	30	166,595,927.84
1-jul-19	31-jul-19	19.28%	2.14%	2.139%	7,779,790,235.00	30	166,441,851.97
1-ago-19	31-ago-19	19.32%	2.14%	2.143%	7,779,790,235.00	30	166,749,970.86
1-sep-19	30-sep-19	19.32%	2.14%	2.143%	7,779,790,235.00	30	166,749,970.86
1-oct-19	31-oct-19	19.10%	2.12%	2.122%	7,779,790,235.00	30	165,053,688.21
1-nov-19	30-nov-19	19.03%	2.11%	2.115%	7,779,790,235.00	30	164,513,125.42
1-dic-19	31-dic-19	18.91%	2.10%	2.103%	7,779,790,235.00	30	163,585,503.97
1-ene-20	31-ene-20	18.77%	2.09%	2.089%	7,779,790,235.00	30	162,501,770.75
1-feb-20	29-feb-20	19.06%	2.12%	2.118%	7,779,790,235.00	30	164,744,844.73

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S. CONTRA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(RADICADO 2019 A 0007)

1-mar-20	31-mar-20	18.95%	2.11%	2.107%	7,779,790,235.00	30	163,894,843.53
1-abr-20	30-abr-20	18.79%	2.09%	2.091%	7,779,790,235.00	30	162,656,689.40
1-may-20	31-may-20	18.19%	2.03%	2.031%	7,779,790,235.00	30	157,994,606.67
1-jun-20	30-jun-20	18.12%	2.02%	2.024%	7,779,790,235.00	30	157,448,730.16
1-jul-20	31-jul-20	18.12%	2.02%	2.024%	7,779,790,235.00	30	157,448,730.16
1-ago-20	31-ago-20	18.29%	2.04%	2.041%	7,779,790,235.00	30	158,773,714.64
1-sep-20	30-sep-20	18.35%	2.05%	2.047%	7,779,790,235.00	30	159,240,776.01
1-oct-20	31-oct-20	18.09%	2.02%	2.021%	7,779,790,235.00	30	157,214,656.61
1-nov-20	30-nov-20	17.84%	2.00%	1.996%	7,779,790,235.00	30	155,261,084.80
1-dic-20	31-dic-20	17.46%	1.96%	1.957%	7,779,790,235.00	30	152,281,485.62
1-ene-21	31-ene-21	17.32%	1.94%	1.943%	7,779,790,235.00	30	151,180,627.83
1-feb-21	28-feb-21	17.54%	1.97%	1.965%	7,779,790,235.00	30	152,909,793.46
1-mar-21	31-mar-21	17.41%	1.95%	1.952%	7,779,790,235.00	30	151,888,515.04
1-abr-21	30-abr-21	17.31%	1.94%	1.942%	7,779,790,235.00	30	151,101,930.78
1-may-21	31-may-21	17.22%	1.93%	1.933%	7,779,790,235.00	30	150,393,270.49
1-jun-21	21-jun-21	17.21%	1.93%	1.932%	7,779,790,235.00	21	105,220,141.21
				Resultados			
				>>	7,779,790,235.00		4,282,213,696.41

LIQUIDACIÓN INTERESES DE MORA CONDENA AMPARO SALARIOS Y PRESTACIONES

Vigencia		Int. Cte. Bancario	Máxima Mensual	Tasa Int. Mora	LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO		
Desde	Hasta	Efec. Anual	Autorizada	Aplicable	Capital liquidable	Días	Intereses
28-mar-19	31-mar-19		1.5		86,398,727.00		0.00
28-mar-19	31-mar-19	19.37%	2.15%	2.148%	86,398,727.00	3	185,612.27
1-abr-19	30-abr-19	19.32%	2.14%	2.143%	86,398,727.00	30	1,851,847.51
1-may-19	31-may-19	19.34%	2.15%	2.145%	86,398,727.00	30	1,853,557.88
1-jun-19	30-jun-19	19.30%	2.14%	2.141%	86,398,727.00	30	1,850,136.78
1-jul-19	31-jul-19	19.28%	2.14%	2.139%	86,398,727.00	30	1,848,425.69
1-ago-19	31-ago-19	19.32%	2.14%	2.143%	86,398,727.00	30	1,851,847.51
1-sep-19	30-sep-19	19.32%	2.14%	2.143%	86,398,727.00	30	1,851,847.51
1-oct-19	31-oct-19	19.10%	2.12%	2.122%	86,398,727.00	30	1,833,009.39
1-nov-19	30-nov-19	19.03%	2.11%	2.115%	86,398,727.00	30	1,827,006.15
1-dic-19	31-dic-19	18.91%	2.10%	2.103%	86,398,727.00	30	1,816,704.42
1-ene-20	31-ene-20	18.77%	2.09%	2.089%	86,398,727.00	30	1,804,668.98
1-feb-20	29-feb-20	19.06%	2.12%	2.118%	86,398,727.00	30	1,829,579.52
1-mar-20	31-mar-20	18.95%	2.11%	2.107%	86,398,727.00	30	1,820,139.80

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

1-abr-20	30-abr-20	18.79%	2.09%	2.091%	86,398,727.00	30	1,806,389.44
1-may-20	31-may-20	18.19%	2.03%	2.031%	86,398,727.00	30	1,754,614.52
1-jun-20	30-jun-20	18.12%	2.02%	2.024%	86,398,727.00	30	1,748,552.27
1-jul-20	31-jul-20	18.12%	2.02%	2.024%	86,398,727.00	30	1,748,552.27
1-ago-20	31-ago-20	18.29%	2.04%	2.041%	86,398,727.00	30	1,763,266.93
1-sep-20	30-sep-20	18.35%	2.05%	2.047%	86,398,727.00	30	1,768,453.89
1-oct-20	31-oct-20	18.09%	2.02%	2.021%	86,398,727.00	30	1,745,952.76
1-nov-20	30-nov-20	17.84%	2.00%	1.996%	86,398,727.00	30	1,724,257.30
1-dic-20	31-dic-20	17.46%	1.96%	1.957%	86,398,727.00	30	1,691,167.26
1-ene-21	31-ene-21	17.32%	1.94%	1.943%	86,398,727.00	30	1,678,941.64
1-feb-21	28-feb-21	17.54%	1.97%	1.965%	86,398,727.00	30	1,698,144.95
1-mar-21	31-mar-21	17.41%	1.95%	1.952%	86,398,727.00	30	1,686,803.11
1-abr-21	30-abr-21	17.31%	1.94%	1.942%	86,398,727.00	30	1,678,067.67
1-may-21	31-may-21	17.22%	1.93%	1.933%	86,398,727.00	30	1,670,197.62
1-jun-21	21-jun-21	17.21%	1.93%	1.932%	86,398,727.00	21	1,168,525.88
				Resultados >>	86,398,727.00		47,556,270.92

RESUMEN

CONCEPTO- AMPARO	CAPITAL	INTERESES	TOTAL
ANTICIPO	\$7.779.790.235	4,282,213,696.41	\$12,062,003,931.41
CUMPLIMIENTO	\$4.740.267.905	-0-	
SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES	\$86.398.727	47,556,270.92	\$133,954,997.92

7. LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS

MAPFRE, en su contestación a la demanda interpuso las siguientes excepciones:

1. *NORMAS Y CLÁUSULAS QUE RIGEN EL CONTRATO DE SEGURO.*
2. *CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN.*
3. *NULIDAD RELATIVA POR INEXACTITUD O RETICENCIA.*
4. *AGRAVACIÓN OBJETIVA DEL ESTADO DEL RIESGO.*
5. *EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.*
6. *AUSENCIA DE REQUISITO PARA AFECTAR LA PÓLIZA.*
7. *AUSENCIA DE SINIESTRO Y SU CUANTÍA.*
8. *REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN.*
9. *PREVALENCIA DEL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO.*

10. IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES DE MORA.
11. LÍMITE DE VALOR ASEGURADO.
12. FALTA DE COMPETENCIA.
13. PACTO ARBITRAL INOPONIBLE A LA ASEGURADORA.
14. INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL.

CONSIDERACIONES

1. La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle efectos. Apunta pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose. A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiaridad de la excepción es, pues, manifiesta como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario se queda literalmente sin contendor. Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más explícitamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad”¹⁵⁵.

En armonía, la misma Corte Suprema de Justicia precisó:

“[...] la simple denominación de excepción que el demandado dé a la defensa que enarbola, es insuficiente para que aquélla necesariamente adquiera la condición de tal, pues como lo ha sostenido esta Corporación, ‘en su sentido propio el vocablo ‘excepción’ no es sinónimo de cualquier defensa opuesta a la pretensión del actor, habida cuenta que como lo enseñaron desde comienzos de siglo ilustres expositores encabezados por Chiovenda, se defiende el demandado que se circunscribe a negar el fundamento de la pretensión, al paso que el demandado excepciona cuando aduce hechos nuevos que impiden la protección jurídica del interés del demandante o que tienden a justificar la extinción de las consecuencias jurídicas en las que aquella pretensión vino cimentada. En otras palabras, la proposición de una excepción desplaza de suyo los términos fácticos de la controversia, amplía la materia litigiosa en tanto introduce en la discusión hechos diversos de aquéllos afirmados por el actor, alterando por ende el ámbito de la decisión y sus posibles límites...’ (Casación del 30 de enero de 1992)” (CSJ, SC del 31 de mayo de 2006, Rad. n.º 1997-00004-01; se subraya).

Y que ‘la excepción de mérito no es la mera negación de las súplicas de la demanda o de los hechos que las sustentan, aunque vislumbren alguna resistencia u oposición del demandado, pues, por el contrario, ella siempre envuelve un asunto novedoso que éste

¹⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 11 de junio de 2001, Expediente No. 6343.

incorpora a la controversia, tendiente a enervar los pedimentos del accionante' (CSJ, SC del 15 de enero de 2010, Rad. n.º 1998- 00181-01). En suma, es del caso destacar que toda excepción de mérito presupone '(...) la alegación de hechos nuevos, diversos a los postulados en la demanda, excluyentes de los efectos jurídicos de éstos, ya porque hayan impedido el nacimiento de tales efectos (hechos impeditivos), ya porque no obstante haber ellos nacido los nuevos hechos invocados los han extinguido (hechos extintivos). Cuando esto ocurre se está en el sector especial del derecho de defensa propio del concepto de excepción...' (G. J. T. CXXX, pág. 18, reiterada en Casación Civil del 11 de mayo de 1981 no publicada)' (CSJ, SC del 31 de mayo de 2006, ib.)'.

3.3. Con apoyo en las premisas generales que anteceden, propio es colegir que los argumentos defensivos propuestos por los demandados al contestar la demanda, bajo la denominación de "EXCEPCIONES", no son tales, en tanto que ellos se circunscribieron a controvertir los fundamentos fácticos de la acción, sin comportar la proposición de hechos distintos que sirvieran al propósito de desvirtuar el derecho reclamado por la actora, a ser indemnizada por los perjuicios que la partícipe gestora le ocasionó con la deficiente administración que hizo del contrato por ellas celebrado.

3.4. Siendo ese el genuino alcance de tales simples defensas, propio es notar que ellas quedaron completamente desvirtuadas con el estudio que se hizo de los elementos estructurales de la acción"¹⁵⁶.

De donde "en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró la excepción no tiene viabilidad (...) De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido 'y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen' (G. J. XLVI, 623; XCI, pág. 830)"¹⁵⁷

2. El Tribunal, estudió en precedencia, las excepciones nominadas "FALTA DE COMPETENCIA", "PACTO ARBITRAL INOPONIBLE A LA ASEGURADORA", "INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL" y "CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN", Y de acuerdo con el análisis efectuado, ha encontrado que no prosperan, por lo cual, se remite a las consideraciones motivadas expuestas.

3. En la excepción "NORMAS Y CLÁUSULAS QUE RIGEN EL CONTRATO DE SEGURO", se solicita tener en cuenta el tipo de seguro, las coberturas de la póliza, su texto con

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de diciembre de 2016, SC18156-2016, Radicación n.º 05001-31-03-016-2002-00007-01; Sentencia de 15 de enero de 2010, Rad. n.º 1998-00181-01.

¹⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 9 de diciembre de 2004. Expediente No. 6080- 01.

sus condiciones generales, particulares, garantías, exclusiones, limitaciones, estipulaciones legales contractuales, pues la aseguradora sólo estaría obligada a pagar la indemnización cuando se acaten tales requisitos y exigencias;

La excepción “AUSENCIA DE REQUISITOS PARA AFECTAR LA PÓLIZA” indica que la cláusula 1.3 del seguro de cumplimiento, únicamente se indemnizarán los perjuicios económicos originados en el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato garantizado, imputable al contratista. Este incumplimiento imputable al contratista no está acreditado y debe valorarse la conducta pasiva del asegurado, quien no presentó reclamación en debida forma pues el aviso del siniestro y la relación de perjuicios basados en el “dictamen” no se ajustan a la ley y al contrato. Las causas de los hechos reclamados parecen radicarse en el asegurado al no coincidir los diseños y planos con la realidad, de donde todo atraso, costo adicional u otra circunstancia es atribuible al demandante. Proferido el laudo se tendrá certeza sobre quien recaen las causas de los perjuicios, incertidumbre que excluye el reconocimiento de la suma asegurada y los intereses.

La excepción de “AUSENCIA DE SINIESTRO Y SU CUANTÍA” se sustenta en que de conformidad con el artículo 1077 del Código de Comercio el asegurado tiene la carga de probar el siniestro y su cuantía, lo que no está probado cuando en este proceso debe probarse si existió o no el daño, es imputable al afianzado y cuál es su cuantía; en la denominada “PREVALENCIA DEL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO”, pide aplicar el principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, y la proporcionalidad en todos y cada uno de los ítems reclamados; la de “LÍMITE DE VALOR ASEGURADO”, se sustenta en el límite de valor estipulado en el contrato de seguro, y la de “IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES DE MORA”, se apoya en que sólo a partir del laudo se determinará la existencia del incumplimiento, su imputabilidad y cuantía, no proceden los intereses, además por la incertidumbre de la obligación ante la falta de prueba del siniestro y su cuantía.

Con relación a estas excepciones denominadas “*NORMAS Y CLÁUSULAS QUE RIGEN EL CONTRATO DE SEGURO*”, “*AUSENCIA DE REQUISITOS PARA AFECTAR LA PÓLIZA*”, “*AUSENCIA DE SINIESTRO Y SU CUANTÍA*”, “*PREVALENCIA DEL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO*” “*LÍMITE DE VALOR ASEGURADO*”, el Tribunal, al estudiar las súplicas de la demanda, encontró con la valoración de los elementos probatorios en conjunto y la sana crítica la celebración del contrato de seguro, con las coberturas pactadas de manejo e inversión del anticipo, cumplimiento, salarios y prestaciones, la ocurrencia del

siniestro y su cuantía, la comprobación de los requisitos establecidos en la póliza y sus condiciones generales y particulares, la prestación de la aseguradora de pagar la indemnización con sujeción a las normas y cláusulas que rigen el contrato de seguro, pretendidos en la demanda con sujeción al principio indemnizatorio y el límite del valor asegurado, por todo lo cual estas excepciones se declararán no probadas.

4. La excepción de “NULIDAD RELATIVA POR INEXACTITUD O RETICENCIA”, se formula en los términos del artículo 1058 del Código de Comercio, conforme al cual cuando el tomador o asegurado conoció o debió conocer determinada situación de hecho anterior o coetánea al contrato de seguro o a su modificación que no informó o fue inexacto u omitió información real y completa, en particular al basarse la oferta en los diseños e información de los pliegos de condiciones facilitados por el contratante y al no corresponder con la realidad, naturalmente se genera la nulidad relativa por reticencia o inexactitud.

En su alegación de fondo indica que en la comunicación de 23 de noviembre de 2017, el representante de Consultorías y Emprendimientos S.A.S hace constar que *“En ambos contratos, Procil ha incumplido en el pago de sus contratistas y no ejecutó adecuadamente sus obligaciones, por lo que existen graves retrasos en la ejecución”*. *“9.5 Los graves incumplimientos de Procil, el indebido uso de los recursos que se le anticiparon, el incumplimiento en el pago a sus trabajadores y contratistas, etcétera, llevaron a Consultorías **con la autorización del comité fiduciario** a tomar el control de los recursos financieros del proyecto y efectuar directamente el pago a los proveedores y subcontratistas y empleados de Procil S.A.S. Esta decisión fue comunicada Procil S.A.S., el 26 de febrero de 2017 y se hizo efectiva a partir del primero de marzo de 2017”, y “dando lectura a la cláusula 5ª, parágrafo 4º. del otrosí (suscrito el 1º de septiembre de 2016), se encuentra la constancia de que las partes eran conscientes del grave retraso en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, lo que no tenían claro era quién era el incumplido, pero lo cierto era que ya el contrato estaba en sus estertores y era claro para la accionante que existían incumplimientos conocidos por ellos de tiempo atrás, como se advierte en la carta anterior”,* que al instante de la emisión del certificado No. 2 de la póliza, existían hechos relevantes sobre el incumplimiento y no amortización del anticipo, conocidos en su totalidad por el tomador, el asegurado y beneficiario, quienes a pesar de conocerlo, no lo pusieron en conocimiento de la Compañía, quien, con toda seguridad, de haber conocido todo lo sucedido en cuanto a los retrasos en la obra, el mal manejo del anticipo y el

no pago a los trabajadores del afianzado, no lo habría emitido, como no lo habría hecho ninguna otra aseguradora; además es extraño que a sólo 10 días de vencer el término del contrato de estructura metálica un contratante, experto en construcción, ante el conocimiento del ya consumado incumplimiento, decida no sólo otorgar un plazo adicional, sino además inyectarle sumas muy considerables, como los \$1.500 millones que dicen que eran anticipo, cuando lo razonable habría sido tomar las medidas de control, desde un inicio (o por lo menos desde el otrosí), e informar a la aseguradora de inmediato el incumplimiento para reclamar la indemnización, pero contrario a toda lógica, omite informarle todo lo sucedido y guarda silencio absoluto al requerirle la prórroga de la póliza, situación que permite incluso dar aplicación en este asunto al artículo 1078 del Código de Comercio, sin que pueda pretenderse como se ha querido, el que fuere la Compañía de seguros la que indagara sobre si existía alguna irregularidad en el desarrollo del contrato, desconociendo el principio de uberrima buena fe, pues el artículo 1058 no establece dicha carga; por el contrario, impone al tomador o asegurado informar, aún sin cuestionario del asegurador, todas las circunstancias relevantes en relación con el estado del riesgo, lo cual prima facie, se concluye fue desconocido por el tomador y el asegurado, no habiendo cumplido por demás este último el deber que el impone el artículo 1060 C. de Cio. y el contrato debe entenderse terminado desde el momento mismo de su prórroga, bien por el artículo 1060, o (si se acoge la teoría de su no aplicación en estos casos), por el artículo 1058, pues en el momento de la solicitud de ella se tenía la obligación de poner al tanto de la verdadera situación del contrato a la aseguradora y no se hizo, omisión de hechos conocidos y relevantes que dan al traste con el contrato de seguro.

En cuanto a la excepción de “*NULIDAD RELATIVA POR INEXACTITUD O RETICENCIA*”, preliminarmente es necesario analizar la argumentación propuesta por Consultorías en su alegato al indicar que quedó saneada por prescripción lo que impide proponerla aún como excepción, para concluir que la prescripción no operó en el presente caso. Posteriormente, se pasa a analizar de fondo dicha excepción, la cual, desde ya, se resalta que no tiene vocación de prosperidad.

Para empezar, como ya señaló, el artículo 1081 del Código de Comercio consagra la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguros en dos años contados “*desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción*” y la extraordinaria en cinco años,

que *“correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho”*.

La acción de nulidad relativa por reticencia o inexactitud y la de terminación por falta de notificación oportuna de la agravación del riesgo, prescribe en dos años desde el conocimiento real o presunto de los hechos, y en todo caso, en *“cinco años desde cuando se produjo el perfeccionamiento del contrato, que dio nacimiento al derecho a demandar la rescisión, según se reseñó.”*¹⁵⁸

De acuerdo con el precepto la prescripción de las acciones del seguro es ordinaria o extraordinaria; la primera, de dos años *“empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción”*, y la última, *“de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho”*¹⁵⁹, esto es, desde el conocimiento real o presunto del siniestro, o a partir del nacimiento o constitución del derecho.

Para la Corte Suprema de Justicia¹⁶⁰, la prescripción ordinaria *“implica el ‘conocimiento’ real o presunto por parte del titular de la respectiva acción, en concreto, de la ocurrencia del hecho que la genera, cuestión que dependerá, por tanto, no del acaecimiento del mismo, desde una perspectiva ontológica y, por ende, material, sino del instante en que el interesado se informó de dicho acontecer o debió saber de su realización, vale decir desde que se volvió cognoscible, o por lo menos pudo volverse (enteramiento efectivo o presuntivo, respectivamente). En cambio, [...] la prescripción extraordinaria irrumpirá a partir del surgimiento, en el cosmos jurídico, del respectivo derecho, independientemente de cualquier enteramiento que sobre su existencia tenga o no el titular; basta pues su floración, como tal, para que la prescripción extraordinaria empiece a correr. De ahí su*

¹⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de mayo de 2000. Exp. 5360.

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de 4 de julio de 1977, Exp.2396; 7 de julio de 1977, G.J. CLV,139; 18 de mayo de 1994, Rad. 4106; 3 de mayo de 2000, Exp.5360; 19 de febrero de 2002, Exp.6011; 31 de julio de 2002, Exp.7498; 19 de febrero de 2003, Exp.6571; 12 de febrero de 2007, Exp.1999-00749; 18 de diciembre de 2012, Expediente 2007-00071; 29 de junio de 2015, Rad. 1500131030022006-00343-01; 14 de diciembre de 2015, Radicación n° 1500131030022006-00343-01. Corte Constitucional, Sentencias C-388 de 1998, y T-662/2013.

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de noviembre 8 de 1999. Expediente 6185; Corte Constitucional, Sentencia T-662/2013.

*caracterizada y anunciada objetividad, que se contrapone, por completo, a la más mínima subjetividad. [...]*¹⁶¹.

En consonancia ha señalado que “*el término de la prescripción extraordinaria corre, según el evento, desde el día del siniestro, (cuando la acción ejercida es la de reconocimiento de la indemnización) o desde cuando se perfeccionó el contrato viciado por una reticencia o inexactitud (si se demanda la nulidad relativa del pacto), háyase o no tenido conocimiento real o presunto de su ocurrencia, y no se suspende en ningún caso, como sí sucede con la ordinaria (artículo 2530 del C.C.)*”, en forma que “[...] *juego de fenecido el quinquenio en referencia, la relación jurídica se tornará inescrutable, con todo lo que ello supone, como quiera que no podrá acudir, con éxito, al expediente prescriptivo, así se compruebe fehacientemente que el asegurador, por vía de elocuente ejemplo, no conoció el hecho detonante del surgimiento de su derecho impugnativo (la reticencia o la inexactitud), que autorizan la petición de nulidad relativa del contrato celebrado (art. 1058, del C. de Co.)*¹⁶², sino luego de expirado dicho período, en tal virtud fatal, concretamente cuando se le formuló la reclamación respectiva, acto éste que, de ordinario, es el que le permite enterarse al empresario, según las específicas circunstancias, de que su asentimiento fue arrancado en desarrollo de una declaración de asegurabilidad vacía de fidelidad o de sinceridad (art. 1.058, ibídem).[...] **Lo propio debe decirse en torno a la excepción de nulidad emergente de las citadas circunstancias, toda vez que ésta es disciplinada, igualmente, por el artículo 1081 del C. de Co., así la norma se refiera, lato sensu, a las acciones, vocablo dentro del cual, en línea**

¹⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de junio de 2007, Expediente No. 11001-31-03-009-1998-04690-01, agrega: “La Corte, en sentencia de 3 de mayo de 2000, en consonancia con el mencionado designio legislativo, expresó que ‘al contrario de lo que acontece en un apreciable número de naciones, el legislador colombiano, ex profeso, le dio carta de ciudadanía a una prescripción (la extraordinaria) fundada en razonamientos absolutamente objetivos, [...]...’ La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen...’, de todas ellas por igual, reitera la Corte, ‘podrá ser ordinaria y extraordinaria’. [...], y que, por tanto, la aplicación de una y otra de esas formas de prescripción extintiva depende de la persona que ejerza la respectiva acción o intente la efectividad de algún derecho y de la posición que ella tenga en relación, precisamente, con el hecho que motive la acción o con el derecho que persigue” (Se subraya; Cas. Cid., Sentencia de 19 de febrero de 2002)”.

¹⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 4 de marzo de 2016, Radicación n° 05001-31-03-003-2008-00034-01: “[...] Concretándose al cómputo de la prescripción que corre frente al asegurador, ya sea para demandar o excepcionar la nulidad relativa del contrato de seguro por reticencia o inexactitud, precisó la Sala que la ordinaria «operará a partir del momento en que el asegurador conoció o debió conocer el hecho generador de la rescisión del contrato, es decir la inexactitud o reticencia comentadas», mientras que la extraordinaria es «desde la fecha de materialización de la inexactitud o reticencia que, en sede contractual, será estrictamente aquella en la cual se perfeccione el contrato viciado por la mediación de tales irregularidades».”

de principio, deben quedar cobijadas este tipo de excepciones, pues conforme quedó expuesto en los antecedentes legislativos de la citada disposición transcritos al inicio de estas consideraciones, al vencerse el término de los cinco (5) años del asegurador "...ya no podrá alegar la nulidad del contrato por vicios en la declaración de asegurabilidad" ni por vía de acción ni de excepción, se agrega"¹⁶³(Subrayas ajenas al texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso no operó la prescripción extintiva extraordinaria toda vez que no transcurrieron más de cinco (5) años desde la celebración del Contrato de Seguro y hasta la presentación de la contestación de la demanda de MAPFRE, contentiva de la excepción de mérito de nulidad por reticencia.

En efecto, el Contrato de Suministro e Instalación" N° AM300615-01 fue suscrito por las sociedades Ménsula y Procil el 30 de junio de 2015 y la póliza de cumplimiento No. 4205315000025 fue expedida el 19 de junio de 2015. En este sentido, para que hubiere prescrito la excepción en mención habría sido necesario que se hubiera propuesto con posterioridad al 19 de junio de 2020, por ser cuando habrían transcurrido los cinco años desde la expedición de la póliza de cumplimiento y, en consecuencia, del contrato de seguro.

Ahora bien, como ya se ha indicado, Consultorías presentó solicitud de conciliación el 30 de noviembre de 2018, luego radicó la demanda el 28 de febrero de 2019 y, por su parte, **MAPFRE presentó la contestación de la demanda el 17 de**

¹⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de mayo de 2000, Expediente 5360, además debe establecerse "[...]en cada caso concreto la naturaleza de la prestación reclamada, pues ésta ha de determinar a su turno cuál "es el hecho que da base a la acción" (tratándose de la prescripción ordinaria) y en qué momento "nace el respectivo derecho" (cuando se invoque la prescripción extraordinaria); desde luego que esas acciones no siempre tienen su origen en un solo hecho o acontecimiento, pues éste varía conforme al interés de su respectivo titular (tomador, asegurado, beneficiario, o asegurador), y tampoco tienen siempre su fuente en el contrato mismo de seguro, sino algunas veces en la ley, como acontece con las acciones y las excepciones de nulidad relativa, la devolución de la prima etc. (...) Así, el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción (prescripción ordinaria), será distinto en cada caso concreto, según sea el tipo de acción a intentar, y quién su titular, y otro tanto es pertinente predicar del "momento en que nace el respectivo derecho", cuando se trate de la prescripción extraordinaria, pues en ésta ese momento tampoco es uno mismo para todos los casos, sino que está dado por el interés que mueve a su respectivo titular"; Sentencia SC5297-2018, de 6 de diciembre de 2018, Radicación n.º 76001-31-03-012-2007-00217-01.

noviembre de 2019, es decir, con anterioridad a que transcurrieran los cinco años de prescripción contados desde la celebración del contrato.

En consecuencia, es claro que en el presente caso no operó la prescripción extintiva en relación con la posibilidad de alegar la excepción bajo estudio.

Teniendo claro lo dicho, es necesario entonces entrar a analizar de fondo la excepción de nulidad por falta de reticencia, la cual, desde ya, debe anunciarse que no prospera debido a que no se acreditaron los requisitos para su configuración.

El artículo 1058 del Código de Comercio regula lo relacionado con la nulidad relativa del Contrato de Seguro por reticencia, así:

“ARTÍCULO 1058. <DECLARACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO Y SANCIONES POR INEXACTITUD O RETICENCIA>. El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160.

Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente.”

Sobre la nulidad por reticencia, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado lo siguiente:

“El tomador o el asegurado, en cumplimiento de la buena fe comercial, debe dar una información clara y fidedigna sobre el aspecto puntual que se le indaga, relativo al interés asegurable, pues si así no lo hace, conduce a la compañía a contratar con base en la creencia de hechos diversos a los que en verdad existen, esto es, la lleva a emitir el

consentimiento cimentado en el error, lo cual es, sin duda, un vicio del consentimiento generador de nulidad relativa. (...)

... si el tomador no oculta información o, lo que es lo mismo, si declara sincera y completamente el estado del riesgo fundado en la información objetiva que tiene sobre el mismo, no habría incumplimiento de sus deberes en la etapa precontractual, y ello descartaría la presencia de la mencionada causal de invalidez.”¹⁶⁴

Teniendo claro lo establecido en la ley y en la jurisprudencia, es necesario entrar a analizar cada uno de los argumentos de la Convocada en sustento de esta excepción.

En primer lugar, en su contestación, MAPFRE alegó que se configuró la nulidad relativa del contrato de seguro, habida cuenta de que la información suministrada por Ménsula a Procil, relacionada con los diseños y, en general, con los pliegos de condiciones, no correspondía con la realidad. En este sentido, de haberse conocido con anterioridad por MAPFRE y Procil que esta información no era correcta, no habrían contratado en las condiciones en que lo hicieron o habrían ofertado valores distintos.

De acuerdo con lo anterior, según MAPFRE, *“de acreditarse que el riesgo no correspondía con la información que debió suministrarse a la Compañía [Procil] por el tomador o el asegurado, necesariamente deberá reconocerse la nulidad relativa (sic) del contrato por reticencia o por la inexactitud.”*

Ahora bien, este argumento de MAPFRE no puede prosperar por el solo hecho de que, como ya se ha señalado, en el proceso no existe una prueba técnica demostrativa de cuáles serían las falencias o insuficiencias de los diseños y planos iniciales y, además, no existe prueba de que esas supuestas falencias fueran conocidas al momento de contratarse el seguro por parte del contratante.

Al respecto, es necesario traer a colación el testimonio del 6 de agosto de 2020 del ingeniero Jorge Andrés Rojas Cadavid, supervisor técnico del proyecto, quien declaró:

“PREGUNTADO: Gracias ingeniero. Finalmente, y por lo pronto, díganos lo que usted sabe con relación a los diseños y a las obras que parcialmente ejecutó PROCIL. ¿Esas obras

¹⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC5327-2018 de 13 de diciembre de 2018, Radicación n° 68001-31-03-004-2008-00193-01. Magistrado ponente LUIS ALONSO RICO PUERTA.

coincidían con esos diseños, no coincidían con los diseños; esos diseños eran adecuados; esas obras fueron ejecutadas según estándares de calidad o no lo fueron?

*CONTESTÓ: Bueno, en el primer contrato, que es el que se establece con MÉNSULA INGENIEROS, que es el contrato de obra civil por administración delegada, **para ese momento se entregaron los diseños completos, los diseños de estructuras metálicas, diseños de estructuras de concreto; se entregaron las memorias de cálculo, se entregó el estudio de vulnerabilidad sísmica que se había desarrollado previamente para establecer si Centro Comercial Monterrey existente era capaz estructuralmente de soportar esa ampliación; se entregaron estudios de suelos, se entregaron los informes de revisión que desarrollaron en su momento el ingeniero Gonzalo Jiménez y Oswaldo Jaramillo. Con esa información técnica entregada a varios proponentes, MÉNSULA revisa los diseños y acepta participar en el proyecto de remodelación, actualización y ampliación. Eso da fe que ellos conocían también los diseños y que para ellos técnicamente los diseños eran completos y cumplían con las expectativas del desarrollo del proyecto.** Posteriormente se hace un proceso de licitación en el primer trimestre del 2015, en el que se entrega la información completa a los diferentes proponentes de la estructura metálica. En esa también se entregaron los diseños de las estructuras de concreto que tenían relación directa, y los estudios de suelos. Es decir que en ese momento, y para la presentación de su oferta, **PROCIL conocía en detalle la información de diseño; eran unos diseños generales que constituían todos los elementos para desarrollar el proyecto.** Establecido el contrato con PROCIL, de las estructuras metálicas, **en ese contrato cuando celebra también o toma las pólizas con MAPFRE, se está aceptando que los diseños eran consistentes y que eran completos, porque es información de base que sirve para establecer el vínculo contractual.** Posteriormente con el tema de la solicitud de revisión de los diseños por parte de MÉNSULA, entró un revisor técnico, un auditor de diseños, así fue contratado por parte del fideicomiso. Entre los meses de mayo y junio estuvieron trabajando en la revisión nuevamente de esos diseños. Finalmente se entrega un informe del ingeniero Luis Gonzalo Mejía Cañas, y las respuestas pertinentes por parte de los ingenieros de diseño y de revisión estructural, **en el que concluyen que el proyecto es técnicamente viable y que la información es consistente**" (Se subraya)*

Adicionalmente, este argumento relacionado con los supuestos errores en los diseños y los pliegos tampoco puede prosperar pues no constituye un ocultamiento o una falsedad en la información sobre el interés asegurable y amparado por el contrato de seguro en cuestión.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia citada, para la configuración de la nulidad por reticencia la información que debe ser omitida es la relacionada con el interés asegurable. En el presente caso, los riesgos que fueron amparados fueron los siguientes, de conformidad con la póliza de cumplimiento No. 4205315000025:

Amparos
Manejo e inversión del anticipo
Cumplimiento
Pago de salarios y prestaciones sociales
Estabilidad de la obra

De acuerdo con lo anterior, los riesgos asegurados y los intereses asegurables corresponden a estos amparos y la información sobre los diseños y pliegos de condiciones entregados por Ménsula que se alega como incorrecta no permite concluir que se ocultó o se dio información errónea sobre cómo se realizaría el manejo e inversión del anticipo. Tampoco implica que se ocultaba información sobre el cumplimiento o no de parte del contratista a sus obligaciones contractuales, es decir, no se refiere a una conducta que este haya cometido o a una característica de éste que fuera conocida y que permitiera anunciar que incumpliría el contrato. Igualmente, los supuestos errores en esta información tampoco tenían relación alguna con una falta de pago de salarios y prestaciones sociales, ni frente a la estabilidad de la obra.

En todo caso, en el presente proceso la Convocante no elevó pretensiones relacionadas con el amparo de estabilidad de la obra, por lo que cualquier cuestión relacionada con este amparo carece de relevancia.

En segundo lugar, en su escrito de alegatos de conclusión, MAPFRE indicó que para *“el momento en que se solicitó la prórroga de la póliza, hechos muy relevantes sobre el incumplimiento y no amortización del anticipo se habían presentado, siendo conocidos en su totalidad por el tomador, el asegurado y beneficiario, quienes a pesar de conocerlo, no lo pusieron en conocimiento de la Compañía, quien, con toda seguridad, de haber conocido todo lo sucedido en cuanto a los retrasos en la obra, el mal manejo del anticipo y el no pago a los trabajadores del afianzado, nunca habría emitido el certificado Nro. 2 de la póliza, como no lo habría hecho ninguna otra aseguradora.”*

En especial, MAPFRE resaltó que resultaba *“extraño que, a escazos [sic] 10 días del vencimiento del término del contrato de estructura [sic] metálica (vía otrosí), un contratante, experto en construcción, ante el conocimiento del ya consumado incumplimiento, decida no sólo otorgar un plazo adicional, sino además inyectarle sumas muy considerables, como los \$1.500 millones que dicen que eran anticipo.”*

Además, indicó que el asegurado, “contrario a toda lógica, omite informarle todo lo sucedido y guarda silencio absoluto al requerirle la prórroga de la póliza (...) el artículo 1.058 (...) impone al tomador o asegurado informar, aún sin cuestionario del asegurador, todas las circunstancias relevantes en relación con el estado del riesgo, lo cual prima facie, **se concluye fue desconocido por el tomador y el asegurado, no habiendo cumplido por demás este último el deber que el impone el artículo 1.060 C Cio. y el contrato debe entenderse terminado desde el momento mismo de su prórroga, bien por el artículo 1.060, o (si se acoge la teoría de su no aplicación en estos casos), por el artículo 1058, pues en el momento de la solicitud de ella se tenía la obligación de poner al tanto de la verdadera situación del contrato a la aseguradora y no se hizo, omisión de hechos conocidos y relevantes que dan al traste con el contrato de seguro.**”

De acuerdo con lo anterior, el segundo argumento de MAPFRE se refiere a una etapa posterior a la celebración del contrato de seguro y que tuvo lugar en medio de su ejecución.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que “*si el tomador omite información relevante al momento de negociar un contrato de seguro, finalmente consolidado, se está en el escenario de la reticencia, que conduce a la invalidez relativa del convenio*”¹⁶⁵, es decir que la nulidad por reticencia necesariamente se genera en la etapa precontractual, y no con posterioridad a la celebración del contrato, en medio de su ejecución.

En cambio, en caso de que el ocultamiento de información se celebre con posterioridad a la celebración del contrato, tendrá aplicación no lo establecido en el artículo 1058 del Código de Comercio, sino la regulación relacionada con la agravación del estado de riesgo y la terminación del contrato contemplada en el artículo 1060 del Código de Comercio¹⁶⁶:

“... pero si se presenta en un momento posterior, ya no es la invalidez la que gobierna la situación, sino la terminación del contrato, como lo consagra el canon 1060 del C. de Co.,

¹⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC5327-2018 de 13 de diciembre de 2018, Radicación n° 68001-31-03-004-2008-00193-01. Magistrado ponente LUIS ALONSO RICO PUERTA.

¹⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC5327-2018 de 13 de diciembre de 2018, Radicación n° 68001-31-03-004-2008-00193-01. Magistrado ponente LUIS ALONSO RICO PUERTA.

cuando establece: «MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS. [...] La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada». (...)

... si el asegurado se reserva información respecto de circunstancias de agravación del riesgo, presentadas luego de la entrada en vigencia del seguro se está en causal de terminación del vínculo.»

En este sentido, los argumentos de MAPFRE contenidos en los alegatos de conclusión no permiten sustentar de ninguna manera la excepción de nulidad por reticencia, toda vez que los hechos que los fundamentan hacen referencia a una etapa posterior a la ejecución del contrato. En consecuencia, la excepción de nulidad por reticencia tampoco puede prosperar con base en estos argumentos y estos serán analizados al resolver sobre la siguiente excepción, correspondiente a la “AGRAVACIÓN OBJETIVA DEL ESTADO DEL RIESGO”.

Por lo expuesto, la excepción no está llamada a prosperar.

5. La excepción “AGRAVACIÓN OBJETIVA DEL ESTADO DEL RIESGO”, apoyada en el artículo 1060 del Código de Comercio, argumenta que el asegurado tenía la posibilidad de controlar, prever o evitar la materialización del riesgo y la obligación de tomar las medidas necesarias para colaborar con el garantizado en la superación de los obstáculos presentados durante el desarrollo del contrato, ejercía el control del desarrollo de la obra, la verificación y autorización de cada paso del contrato, Procil desde el inicio no suministró los soportes de inversión del anticipo y omitió adoptar medidas reales tendientes a evitar el aumento, la modificación u ocurrencia del riesgo, dejando transcurrir el tiempo hasta la culminación del plazo; además, la discordancia de los diseños u otras circunstancias con las condiciones físicas, excluyen la imputación del incumplimiento al contratista y lo radica en el contratante, al ser diferente la realidad informada a éste y a la aseguradora, a quien dejó de notificar e informar el estado del riesgo, las irregularidades, si bien existen comunicaciones en las que informa, debe verificarse su oportunidad y, si el asegurado a sabiendas tomó las medidas exigibles

La Convocada alega, con base en el artículo 1060 del Código de Comercio, que la Convocante tenía la posibilidad de controlar, prever o evitar la materialización del riesgo, y que incumplió su obligación de tomar las medidas necesarias para

colaborar con el garantizado en la superación de los obstáculos presentados durante el desarrollo del contrato.

Respecto de dicha excepción es preciso referirnos al artículo 1060 del Código de Comercio que establece:

“ARTÍCULO 1060. <MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS>. El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella.”

En este sentido, en virtud del artículo 1060 del Código de Comercio, surgen para el asegurado dos deberes, el primero, es mantener el estado de riesgo, y el segundo es notificar por escrito de hechos o circunstancias, no previsibles, que puedan agravar el riesgo.

Así, la Convocada alega en el trámite que la Convocante tuvo oportunidad de controlar, prever o incluso evitar la materialización del riesgo, es decir de mantener el estado de riesgo, además indicando que no se informó oportunamente a Mapfre sobre las circunstancias que hubieren podido permitir superar los obstáculos que se presentaran en desarrollo del contrato. Es decir, la Convocada alega el incumplimiento de los dos deberes que se derivan del artículo citado.

Frente a la obligación de conservar el estado de riesgo, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia indicando:

“Entre la declaración del estado del riesgo (art.1058 del C de Co.) y la conservación del estado del riesgo (art. 1060 ibidem), existen sustanciales diferencias que impiden que unos mismos hechos puedan ser invocados con referencia a una y otra situación indistintamente. A modo de ejemplo cabe hacer notar que en tanto la declaración del riesgo es un deber precontractual, la conservación del riesgo se impone como tal durante la vigencia del contrato de seguro. Por lo demás la declaración incumbe al tomador, mientras que la conservación corresponde al asegurado o al tomador, según sea éste o aquel el que cuente con la posibilidad de cumplir con el deber; la declaración es un deber de información y la conservación deber de conducta; el incumplimiento del deber de informar verazmente genera reducción del contrato o reducción de la prestación 141 asegurada y el incumplimiento del deber de conservar el estado del riesgo da lugar a la terminación del contrato...” (Énfasis añadido)

Además, sobre la consecuencia de no informar al asegurador, cuando las circunstancias ocurren con posterioridad a la entrada en vigencia del seguro se pronunció la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“En suma, si el tomador omite información relevante al momento de negociar un contrato de seguro, finalmente consolidado, se está en el escenario de la reticencia, que conduce a la invalidez relativa del convenio. Por su parte, si el asegurado se reserva información respecto de circunstancias de agravación del riesgo, presentadas luego de la entrada en vigencia del seguro se está en causal de terminación del vínculo.”¹⁶⁷

En los mismos términos ha determinado la Corte Suprema de Justicia, al analizar un caso de seguro de cumplimiento, que el seguro protege al asegurado, en la medida en la que no se introduzcan modificaciones en las condiciones sin el consentimiento expreso de la aseguradora, e informando que el asegurado en ese sentido asume la carga de notificar a la aseguradora por escrito de los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevinieran con posterioridad a la celebración del contrato y que implicaran agravación del riesgo.

“El cumplimiento de esa relación contractual, pactada en esos precisos términos, fue amparado por el seguro instrumentado en la póliza CU 1075702, conforme quedó consignado al describir su objeto (folio 12, C.1), bajo el compromiso de que durante su vigencia no se introducirían modificaciones a la misma, sin el consentimiento expreso de Seguros del Estado S.A., so pena de dar lugar a la terminación automática del seguro (cláusula sexta). En dicho seguro “El tomador o asegurado” asumió también la carga de notificar a la aseguradora por escrito los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevinieran con posterioridad a la celebración del contrato y que implicaran agravación del riesgo o variación de su identidad local, dentro de la oportunidad señalada (folio 14 vto,

¹⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC5327-2018 de 13 de diciembre de 2018, Radicación n° 68001-31-03-004-2008-00193-01. Magistrado ponente LUIS ALONSO RICO PUERTA.

C.1); e, igualmente, se obligó a suspender todos los pagos al afianzado y a retenerlos hasta cuando se definieran las responsabilidades consiguientes (cláusula décima)”¹⁶⁸

Respecto de la excepción planteada por la Convocada, la Convocante arguyó que dichas alegaciones no tenían sustento en la medida en la que el contrato tenía diseñados controles para velar por la ejecución y el avance del mismo, tales como reuniones de comité de obra permanentes, reuniones del comité fiduciario, un coordinador de obra, una interventoría y una auditoría, indicando además que a Procil se le pidieron soportes, justificaciones e información, que una vez evaluada, dio lugar al aviso del siniestro que se realizó el 5 de abril de 2017.

En este sentido, si la Convocada pretendía que se declarara la terminación del vínculo en atención a que no se controlaron, previeron o evitaron las circunstancias que supuestamente constituían una agravación objetiva del riesgo, debió probar que en efecto la Convocante no mantuvo el estado de riesgo, y en el presente caso, más allá de las alegaciones, no se evidenció que la Convocante no hubiere tomado las medidas necesarias para mantener el estado de riesgo, ni mucho menos que por sus propias conductas dicho estado se hubiera visto agravado, y que además no hubiere informado oportunamente.

Por el contrario, se puede evidenciar que, en efecto, si existían mecanismos de control que permitían monitorear el desarrollo de la obra. Y, más allá de ello, la Convocante si anunció las circunstancias que se estaban presentando en desarrollo y ejecución del contrato, en virtud de la información que recibió por parte de Procil, mediante el comunicado de fecha 5 de abril de 2017.

Con base en lo anterior, la excepción de agravación objetiva del riesgo no fue debidamente sustentada y probada en el trámite. Por el contrario, se evidenció que las situaciones de riesgo fueron oportunamente informadas a la Convocada.

Por lo expuesto, la excepción no está llamada a prosperar.

6. La EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO, sustentada en el artículo 1609 del Código Civil aduce la ausencia de acreditación del siniestro, su cuantía, y por tanto,

¹⁶⁸ Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 03 de Marzo, 2009, Exp. 11001 3103 039 1999 01682 01.

de reclamación, por lo cual no es exigible el pago de indemnización alguno, pues el incumplimiento debe ser imputable al contratista.

En su alegación de fondo destaca “algunas de las distintas situaciones que hacen recaer la culpa del “incumplimiento” en la actora, así como evidencian la ausencia de pruebas en disfavor de Procil: *(i) falta de diligencia en el control al contratista en sus inversiones; (ii) inoportuna respuesta para rechazar costos y gastos; (...) la modificación unilateral de los conceptos bajo los cuales decía entregar dineros (que avance de obra, que anticipo, que para flujo de caja, que por decisión de la gerencia, etc.); las contradicciones de las cartas de la misma interventoría en donde primero afirma no tener tiempo para revisar soportes y luego señala la inexistencia de ellos; (..) documentos donde se Ménsula y Consultorías afirman en una liquidación de contrato el reconocimiento unas actas de obra, que luego en el proceso Consultorías pretende no sea así; (...) de igual manera se comportan cuando afirman por escrito en el otrosí que los anticipos fueron recibidos a satisfacción por Procil y ahora se persigue el reconocimiento vía anticipo de dineros entregados con posterioridad al mismo; (...) en noviembre de 2020 se expide una nueva carta donde dicen explicar la cancelación de la factura 2010 (como reacción al dictamen de Mapfre), cuando ni la demanda, ni el dictamen inicial es tenida en cuenta en favor o en contra, entre otras tantas que se podrían mencionar”*

Para decidir esta excepción, es preciso anotar que el artículo 1609 del Código Civil establece que, *“[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro con lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”*.

En forma inveterada la jurisprudencia civil, según su origen, disciplina normativa y la doctrina común de los comentaristas, ha postulado como presupuestos o requisitos de la excepción de contrato no cumplido, la existencia de un contrato de prestaciones correlativas, esto es, un acuerdo dispositivo de dos o más partes, generatriz de obligaciones para ambas, a punto que la prestación adquirida por una es correlativa de la contraída por la otra, el cumplimiento o disposición a cumplir del contratante que la invoca y el incumplimiento o renuencia del otro, por cuanto, en tal caso no se encuentra en mora de cumplir, cuando la otra ha incumplido las suyas, es incumplida o renuente a cumplir.

Bajo este entendimiento, a la acción ejercida por uno de los contratantes, ya para la resolución del contrato, ora su cumplimiento con indemnización de perjuicios, la parte frente a quien se ejerce, podrá oponer la excepción de contrato no cumplido¹⁶⁹.

En análogo sentido, cuando se trata del seguro, en particular del seguro de cumplimiento, la aseguradora puede invocar la excepción de contrato no cumplido en los términos del pacto garantizado y del seguro contratado.

En la cuestión litigiosa como se estudió en precedencia, el asegurado beneficiario acreditó el siniestro y su cuantía conforme a las exigencias contempladas en el contrato de seguro y en la ley, sin que pueda predicarse incumplimiento de sus obligaciones derivadas del mismo.

De otra parte, el incumplimiento imputable al afianzado, según el análisis realizado al estudiar las respectivas pretensiones y la argumentación propuesta en su contra, está plenamente demostrado en el proceso, así como los perjuicios económicos causados, con los elementos probatorios apreciados en conjunto según la sana crítica, los que evidencian que el contratante garantizado tenía mecanismos de control, supervisión y vigilancia de los recursos entregados a título de anticipo, la ejecución del contrato, sin que exista en el proceso una prueba suficientemente demostrativa de su incuria o negligencia.

Por el contrario, las actas del Comité de Obra adjuntas al dictamen pericial y en la contestación de la demanda, y las distintas comunicaciones de la interventoría, acreditan un seguimiento, supervisión y control de las actividades, avances y estado de ejecución del contrato. Es que, a Procil se le solicitó los soportes y justificaciones del manejo e inversión del anticipo (Comité de Obra de enero 16 de 2017), los entregó en febrero y marzo de 2017, se le insistió por el Comité Fiduciario su aclaración el 31 de marzo de 2017, la interventoría los revisó anotando sus

¹⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de mayo de 2002, Exp. 6877: “[...] para que tenga cabida la excepción de inejecución, se requiere en primer lugar, que exista entre las partes una relación bilateral obligatoria, en la que la parte perseguida sea efectivamente deudora de una prestación emanada de esa relación, y al mismo tiempo acreedora de una contraprestación no efectuada aún por la otra. En segundo lugar, se requiere que el contratante a quien se demanda la ejecución, no se halle forzado por el contrato a satisfacer primero su obligación”. (G.J. Tomo CXLVII, pág. 163) Más recientemente la puntualizó que en caso de incumplimiento recíproco de ambos contratantes, ninguno está mora, podrán invocar la excepción de contrato no cumplido prevista en artículo 1609 del Código Civil, y ejercer la acción para la resolución o cumplimiento del contrato sin indemnización de perjuicios aplicándose por analogía el artículo 1546 del Código Civil.

deficiencias, el 5 de abril de 2017 se dio aviso temprano de un posible siniestro, y solicitó designar un ajustador, para cuyo efecto, Juan Carlos Lurduy Alsina DE JC Lurduy Asociados S.A.S. designado por la aseguradora, en su informe 1 JC-17-0749 de 8 de mayo de 2017, previa inspección técnica a la obra el 20 de abril de 2017 hace constar que “*el atraso a la obra es evidente*”, en el número 2, JC-17-1005 de 8 junio 8 de 2017, menciona otra inspección técnica realizada el 22 de mayo de 2017, en el 3, JC-17-1149 de 16 julio de 2017- relaciona las actas de obra 1 a 86-, constata el estado de ejecución del contrato y su frustración como se desprende de su informe final No. 4, JC-19-4550 de 26 febrero de 2019.

Por lo expuesto, y lo expresado al estudiar la pretensión de incumplimiento del contrato y los perjuicios ocasionados, la excepción no está llamada a prosperar,

7. La excepción “REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN”, expresa que debe analizarse el comportamiento contractual de Consultorías y Emprendimientos S.A.S. y Ménsula en el desarrollo del contrato, por cuanto habrían conocido de las irregularidades e incumplimientos en forma coetánea a su ocurrencia sin adoptar las medidas correctivas necesarias para evitar la ocurrencia, extensión y propagación del siniestro. Agrega que en la hipótesis de concluirse la existencia del siniestro atribuible al afianzado y de acreditarse su cuantía, conforme a los artículos 1074 y 1078 del Código de Comercio, solicita reducir de la indemnización los montos causados por incuria del asegurado, y de acreditarse que éste es deudor del afianzado por algún concepto del contrato, una vez declarada su responsabilidad, el monto debe compensarse o reducirse del valor del amparo afectado.

A propósito de esta excepción basada en el comportamiento contractual de Consultorías y Emprendimientos S.A.S. y Ménsula en el desarrollo del contrato, la falta de adopción de medidas necesarias para evitar la ocurrencia, extensión y propagación del siniestro no obstante conocer las irregularidades, el Tribunal, no encontró una prueba suficientemente demostrativa de estas circunstancias, tampoco un incumplimiento de sus deberes contractuales, como quedó expuesto en otros apartes de este laudo.

Sin embargo, la excepción prospera parcialmente en cuanto a la compensación o reducción del valor de cualquier acreencia a favor del afianzado, hasta concurrencia de la suma de \$779.232.398 conforme al “Estado de cuenta” o “liquidación” presentado en la página 28 del dictamen pericial de contradicción elaborado por

RSM Assurance & Audit S.A.-César Mauricio Ochoa Pérez, Contador Público, que incluye la deducción de los valores retenidos de las facturas pagadas y que corresponde a la diferencia entre el valor del anticipo objeto de apropiación indebida por \$8.559.022.633,00 y la suma total de \$7.779.790.235 concluida por el experto.

En tal sentido y con este alcance se declarará parcialmente probada y en lo demás no prospera.

8. En torno a la excepción de “IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES DE MORA” apoyada en que únicamente a partir del laudo se determinará la existencia del incumplimiento, su imputabilidad y cuantía, no proceden los intereses, además por la incertidumbre de la obligación ante la falta de prueba del siniestro y su cuantía, por lo ya expuesto al decidir las respectivas pretensiones de la demanda, el Tribunal encuentra que está llamada a prosperar parcialmente en cuanto hace a las indemnizaciones que afectan la cobertura de cumplimiento, más no frente a las atañederas a las de anticipo, salarios y prestaciones sociales.

Por lo tanto, se declarará probada en esos términos y en los demás se niega.

8. LA OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

Está fundada en ausencia de bases razonables para la cuantificación del monto de las pretensiones, las inconsistencias en los planos y diseños entregados por el contratante que no coincidían con la realidad física del sitio, de donde las cuantías estimadas no tienen génesis en un hecho del contratista sino del demandante, el desconocimiento de los pormenores de cómo se elaboró el dictamen, si se tuvo en cuenta la devolución del material hecho por el contratista, falta de correspondencia de los montos con los daños reclamados, los valores relativos al pago de salarios y prestaciones sociales por no existir prueba de la solidaridad entre el contratante y el contratista, al ser distintos sus objetos sociales, y la actora no es beneficiaria de la obra, además que contienen una cantidad de conceptos sin amparo alguno bajo la póliza.

La Convocante en su alegato de conclusión advierte la ausencia de objeción al no especificar razonadamente la inexactitud de la estimación de la cuantía, limitándose a controvertir la existencia de la obligación, por lo cual, solicita aplicar la

consecuencia en el sentido que el juramento hecho hace prueba del monto de los perjuicios.

El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, establece lo siguiente:

“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de La Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, a favor del Consejo Superior de La Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.”

La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Relativamente a la objeción del juramento estimatorio formulada a la estimación contenida en la demanda, debe anotarse que la misma comporta estrictamente un disentimiento respecto de la procedencia intrínseca de las pretensiones, y que como quedó demostrado en el proceso, los estimativos fueron razonables y fundados, a punto que las pretensiones declarativas y subsecuentes de condena prosperaron.

Por otra parte, el artículo 206 del Código General del Proceso establece la obligación de formular juramento estimatorio cuando se pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación, o el pago de frutos o mejoras. Adicionalmente, prevé entre sus consecuencias unas sanciones que pueden imponerse, en caso de que se adviertan pretensiones sobreestimadas o temerarias.

Esta institución contempla la posibilidad de condena para quien incurra en un exceso superior al cincuenta por ciento (50%) en la estimación de su pretensión, frente a aquello que se determine como lo efectivamente acreditado en el proceso. Igualmente, esta figura prevé una sanción equivalente al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda, cuando se niegan las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. No obstante, cabe precisar que estas dos sanciones contempladas en el mentado artículo 206 no son de naturaleza objetiva sino, todo lo contrario, de naturaleza subjetiva, tal como lo destacó, en un primer momento, la Corte Constitucional en la sentencia C-157 del 21 de marzo de 2013, con ponencia del magistrado Mauricio González Cuervo¹⁷⁰ y, posteriormente, el legislador con la modificación introducida a dicha disposición legal a través del artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. En efecto, la aplicación de las mencionadas sanciones está sujeta a la valoración de la conducta desplegada en el proceso por la parte que realizó la estimación, de suerte que la condena sólo será procedente en el evento en que el juez encuentre debidamente acreditado en el expediente que *“la causa de la falta de demostración de los perjuicios es imputable al actuar negligente o temerario de la parte”*.

En el presente trámite arbitral, la convocante formuló juramento estimatorio en su demanda, el cual fue objetado en la oportunidad respectiva por la parte contraria.

170 En la sentencia C-157 del 21 de marzo de 2013, con ponencia del magistrado Mauricio González Cuervo, la Corte Constitucional declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, “bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado”.

Conforme a los lineamientos trazados, de un lado, por la Corte Constitucional en la mencionada sentencia C-157 de 2013 y, de otro lado, en la modificación introducida por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014 al parágrafo único del artículo 206 del C.G.P., estima el Tribunal que en el actual proceso no se abre paso la objeción al juramento estimatorio, ni procede la imposición de la mencionada sanción para la parte Convocante, habida cuenta de la prosperidad de gran parte de las pretensiones declarativas y de condena, lo que, por supuesto, no permitiría advertir temeridad, mala fe o ligereza en la estimación realizada por **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, para efectos de la tasación de las indemnizaciones reclamadas en el litigio.

9. LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

La frase final del primer inciso del artículo 280 del Código General del Proceso, referente al contenido de las sentencias (aplicable en materia arbitral, y por consiguiente a los laudos arbitrales, artículo 1º del C.G.P.), establece que *“El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las Partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas”*.

Como quiera que el precepto conmina al juez a calificar siempre la conducta procesal de las partes, y de ser el caso deducir indicios de ella, el Tribunal pone de presente que tanto las partes como sus apoderados procuraron sustentar sus respectivas posturas respecto de los asuntos debatidos en el proceso y, si bien, como en todo trámite jurisdiccional, se presentaron momentos o circunstancias en donde se hicieron evidentes las diferencias existentes entre ellas, no cabe censura o reproche alguno, y menos la deducción de indicios en su contra.

10. LAS COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN

El artículo 361 del C.G.P. indica que *“Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”*.

A su turno, el artículo 365 del mismo Código dispone lo siguiente:

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.
(...)
2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.
(...)
5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.
(...)
8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
(...)"

El Tribunal encuentra que, como prosperaron parcialmente las pretensiones de la demanda, **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. y PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S-** deberán reconocer a **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, el 70% en materia de costas – gastos y honorarios del proceso, distribuidos en partes iguales, así:

Teniendo en cuenta lo anterior y de conformidad con el artículo 365 numeral 6 del C.G.P., **MAPFRE** pagará a **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS** a título de costas, la suma de **\$162.678.074**, del valor de los honorarios y gastos que le fue asignado a la Convocante.

Lo anterior por obrar en el proceso la acreditación del reembolso de los honorarios y gastos asumidos por la Convocante en nombre de **MAPFRE**.

En cuanto a la agencias en derecho, luego del estudio razonable de lo pretendido en la demanda, lo discutido en el proceso y la gestión realizada por el apoderado, el Tribunal fijará como agencias en derecho la suma de **\$130.000.000**, a cargo de **MAPFRE** y en favor de la Convocante.

Así las cosas, la totalidad de la condena en costas, incluidas las agencias en derecho, a cargo de **MAPFRE** y a favor de la Convocante, es de **\$292.678.074**.

De otro lado, **PROCIL S.A.S** pagará a **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS**, a título de costas, la suma de **\$162.678.074**, del valor de los honorarios y gastos que le fue fijado a la Convocante.

En cuanto a la agencias en derecho, luego del estudio razonable de lo pretendido en la demanda, lo discutido en el proceso y la gestión realizada, el Tribunal fijará como agencias en derecho la suma de **\$130.000.000**, a cargo de **PROCIL** y a favor de la Convocante.

Así las cosas, la totalidad de la condena en costas, incluidas las agencias en derecho, a cargo de **PROCIL** y a favor de la Convocante, es de **\$292.678.074**.

Finalmente, teniendo que **MAPFRE** asumió y consignó la totalidad del porcentaje que le correspondía de los honorarios y gastos a la parte demandada, esto es, la suma de **\$464.794.498**; de conformidad con lo previsto en el artículo 365 numerales 5 y 6 del C.G.P., el litisconsorte necesario **PROCIL** deberá reembolsarle la mitad de su valor, o sea la suma de **\$232.397.249**.

IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias patrimoniales surgidas entre **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, por una parte, y por la otra, **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - MAPFRE SEGUROS-** y **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S-** *litisconsorte necesario por pasiva*, administrando justicia por habilitación de las Partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en decisión unánime adoptada en derecho,

RESUELVE:

Primero. DECLARAR no probadas las excepciones denominadas “*NORMAS Y CLÁUSULAS QUE RIGEN EL CONTRATO DE SEGURO*”, “*CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN*”, “*NULIDAD RELATIVA POR INEXACTITUD O RETICENCIA*” “*AGRAVACIÓN OBJETIVA DEL ESTADO DEL RIESGO*”, “*EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO*”, “*AUSENCIA DE REQUISITOS PARA AFECTAR LA PÓLIZA*”, “*AUSENCIA DE SINIESTRO Y SU CUANTÍA*”, “*PREVALENCIA DEL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO*”, “*LÍMITE DE VALOR ASEGURADO*”, “*FALTA DE COMPETENCIA*”, “*PACTO ARBITRAL INOPONIBLE A LA ASEGURADORA*”, “*INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL*” interpuestas por **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - MAPFRE SEGUROS-** frente a la demanda arbitral formulada en su

contra por **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, en los términos y por lo expuesto en la parte motiva.

Segundo. DECLARAR parcialmente probadas las excepciones denominadas “*IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES DE MORA*” Y “*REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN*”, interpuestas por **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - MAPFRE SEGUROS-** frente a la demanda arbitral formulada en su contra por **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, en los precisos términos y por lo expuesto en la parte motiva, denegándose en los demás interpuestos.

Tercero. DECLARAR que el 30 de junio de 2015 se celebró un contrato entre **MÉNSULA S.A.** (en calidad de contratante) y **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S-** (en calidad de contratista), cuyo objeto era el "Suministro de materiales, fabricación, transporte, montaje, instalación, ensayos no destructivos de la estructura metálica para la Ampliación, Remodelación y Actualización de la planta física de Monterrey Gran Centro Comercial P.H" (identificado con el número AM300615-01), que fue modificado mediante "Otrosí No. 1" de septiembre 1° de 2016, en los términos y por lo expuesto en la parte motiva. En consecuencia, prospera la pretensión primera.

Cuarto. DECLARAR que el anterior contrato fue cedido por **MÉNSULA S.A** (Contratante) a **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.** mediante documento suscrito el 29 de agosto de 2016, y que esa cesión fue notificada a **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S-** en agosto de 2016, en los precisos términos y por lo expuesto en la parte motiva. En consecuencia, prospera la pretensión segunda.

Quinto. DECLARAR que el anterior contrato de suministro e instalación de la estructura metálica fue incumplido por **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.-** lo que causó los siguientes perjuicios patrimoniales (según el dictamen de RSM):

1. Por la apropiación indebida que recibió **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.-** para la ejecución del contrato, la suma de \$8.559.022.633,00.

Respecto de este valor, se declara probada parcialmente la excepción denominada “*REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN*”, interpuesta por **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - MAPFRE SEGUROS-** y extinguida la obligación por compensación

hasta concurrencia de la suma de \$779.232.398. En consecuencia, el valor neto del perjuicio por este concepto es de la suma de \$7.779.790.235.

2. Por la no entrega de la estructura metálica contratada al vencimiento del plazo contractual (2 de septiembre de 2017), la suma total de \$10.057.274.756, discriminada así:

2.1. Por costos directos para terminar la obra \$5.825.590.335,78.

2.2. Por costos indirectos para terminar la obra \$4.231.684.420,30.

3. Por los costos de almacenamiento del material abandonado por **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.-** la suma de \$150.934.538,00.

4. Por el no pago a varios de los empleados contratados para la ejecución del contrato, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, la suma de \$86.398.727,00.

En consecuencia, en los precisos términos y por lo expuesto en la parte motiva prospera parcialmente la pretensión tercera, y en lo demás se niega.

Sexto. DECLARAR que **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. -MAPFRE SEGUROS-** expidió el 19 de junio de 2015 la póliza de cumplimiento número 4205315000025, que amparaba los riesgos de apropiación indebida o mal uso del anticipo, incumplimiento imputable de las obligaciones del contratista y retardo o incumplimiento del contratista en el pago de las obligaciones laborales del contrato de suministro e instalación de la estructura metálica N° AM300615-01, póliza que fue modificada mediante certificado del 17 de enero de 2017 expedido por esa Aseguradora. En consecuencia, en los precisos términos y por lo expuesto en la parte motiva prospera la pretensión Cuarta.

Séptimo. DECLARAR que, estando vigente los amparos de anticipo, cumplimiento y pago de obligaciones laborales de la póliza de cumplimiento No. 4205315000025 expedida por **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - MAPFRE SEGUROS-** ocurrió el riesgo asegurado en cada uno de esos amparos (anticipo, cumplimiento y pago de obligaciones laborales). En consecuencia, en los precisos términos y por lo expuesto en la parte motiva prospera la pretensión Quinta.

Octavo. CONDENAR a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - MAPFRE SEGUROS-** a pagar a **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.** como beneficiario de la póliza de cumplimiento No. 4205315000025, las indemnizaciones contempladas en cada uno de los amparos de anticipo, cumplimiento y pago de obligaciones laborales, así:

1. Por la apropiación indebida que recibió **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.-** para la ejecución del contrato, con cargo al amparo de "Anticipo", la suma de \$8.559.022.633,00.

Respecto de este valor, se declara probada parcialmente la excepción denominada "REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN", interpuesta por **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. -MAPFRE SEGUROS-** y extinguida la obligación por compensación hasta concurrencia de la suma de \$779.232.398. En consecuencia, la condena neta que por este concepto debe pagar **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. -MAPFRE SEGUROS-** A **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, es de la suma de \$7.779.790.235

2. Por la no entrega de la estructura metálica contratada (una vez vencido el plazo contractual) y por los costos de almacenamiento del material abandonado por **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.-** con cargo al amparo de "Cumplimiento del contrato", la suma de \$4.740.267.905,00.

3. Por el no pago a empleados contratados por **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. - PROCIL S.A.S.-** para la ejecución del contrato, de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, con cargo al amparo de "Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones", la suma de \$86.398.727,00

En consecuencia, en los precisos términos y por lo expuesto en la parte motiva, prospera parcialmente la pretensión sexta y en lo demás se niega.

Noveno. DECLARAR que, conforme al Art. 1080 del Código de Comercio, **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - MAPFRE SEGUROS-** quedó en mora de pagar la indemnización por los amparos de anticipo y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, indicadas en el numeral resolutivo anterior, desde el 28 de marzo de 2019, es decir, un día después de vencido 1 mes contado a partir de la audiencia de conciliación prejudicial, cuando se venció el

término previsto en el mencionado precepto, y CONDENARLA a pagar a **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, los siguientes conceptos:

1. Los intereses moratorios comerciales a la tasa máxima legal permitida sobre la suma de \$7.779.790.235, desde el 28 de marzo de 2019 hasta la fecha del pago total y efectivo, y cuyo valor a la fecha de este Laudo es de la suma de \$4.282.213.696,41.

2. Los intereses moratorios comerciales a la tasa máxima legal permitida sobre la suma de \$86.398.727,00 desde el 28 de marzo de 2019 hasta la fecha del pago total y efectivo, y cuyo valor a la fecha de este Laudo es de la suma de \$47.556.270,92.

Los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida por la ley comercial se pagarán hasta la fecha del pago total y definitivo.

En consecuencia, en los precisos términos y por lo expuesto en la parte motiva, prospera parcialmente la pretensión séptima y en lo demás se niega.

Décimo. Por las razones expuestas en la parte motiva, negar todas las restantes pretensiones declarativas y de condena de la demanda arbitral presentada por **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**, sin lugar a pronunciamiento respecto de las subsidiarias, ni proceder la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, por lo expuesto en la parte motiva.

Décimo Primero. CONDENAR a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - MAPFRE SEGUROS-** a pagar a **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.** la suma de \$292.678.074 por concepto de costas y agencias en derecho, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

Décimo Segundo. CONDENAR a **PROYECTISTAS Y CIVILES S.A.S. -PROCIL S.A.S.** a pagar a **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.** la suma de \$292.678.074 por concepto de costas y agencias en derecho, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

Décimo Tercero. Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes, incluido el de la contribución arbitral.

Décimo Cuarto. Ordenar la liquidación final y, si a ello hubiere lugar, la devolución de las sumas no utilizadas de la partida "Gastos".

Décimo Quinto. Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley con destino a cada una de las Partes. La primera copia con constancia de ejecutoria y de mérito ejecutivo se entregará a **CONSULTORÍAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S.**

Décimo Sexto. Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín (artículo 47 de la Ley 1563 de 2012).

NOTIFÍQUESE



WILLIAM NAMÉN VARGAS
Árbitro- Presidente



IRMA ISABEL RIVERA RAMÍREZ
Árbitro



CHRISTIAN SALGADO MURILLO
Árbitro



JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ
Secretario