

TEMA: AMPAROS DE CUMPLIMIENTO - cubre al asegurado por los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable al tomador/garantizado de las obligaciones emanadas del contrato garantizado, quiere decir, que solo se garantiza si hay mal uso o la apropiación indebida de dineros entregados como anticipo para la ejecución del objeto contractual. /

HECHOS: La demandante solicita se declare que la demandada Procil S.A.S., incumplió el contrato de construcción por administración delegada lo que causó a la demandante perjuicios; solicita se declare que Seguros del Estado S.A., expidió la póliza de cumplimiento con los amparos de Anticipo, como garantía para el contrato de administración delegada, celebrado entre Procil S.A.S., y la sociedad demandante, que en vigencia de la póliza ocurrió el riesgo asegurado, en cada uno de los amparos que reclama, condene a la compañía de seguros a pagar a la demandante, indemnizaciones, se declare que la compañía de seguros quedó en mora de pagar la indemnización por cada uno de los reseñados amparos y, condene a pagar intereses comerciales desde que inició la mora hasta el pago de cada uno de los riesgos. En primera instancia se declaró probada la existencia del contrato de administración delegada para la construcción entre la sociedad demandante Consultores Y Emprendimientos SAS y la vinculada Procil SA en liquidación; se declaró probado el incumplimiento del contrato antes referido por parte de Procil SA En Liquidación, para efectos de la reclamación de pago del seguro; se declaró imprósperas las excepciones de mérito alegadas por la demandada; se declaró la existencia de un contrato de seguro entre Seguros Del Estado y Procil SA en liquidación y como beneficiario Consultoria Y Emprendimiento SAS, con póliza; se declaró que los amparos de cumplimiento, buen manejo del anticipo y salarios y prestaciones sociales, ocurrieron como siniestros; se condenó a seguros del ESTADO S.A. a la indemnización de los amparos al demostrarse el incumplimiento del contrato asegurado y en favor de Consultoria Y Emprendimiento SAS; se condeno al pago de interés moratorio a aquel certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria, aumentado en la mitad, desde que se presentó la demanda como acto de reclamación judicial, por los dos riesgos reconocidos en esta sentencia; y se denegó el amparo por cumplimiento por no acreditarse la cuantía del mismo. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si se deben acoger las pretensiones de la demanda o las excepciones propuestas están llamadas a prosperar.

TESIS: (...) Al efecto, el Tribunal observa que en el contrato objeto de amparo, sobre los pagos al fondo rotatorio, entre otros aspectos, se acordó: “Los reembolsos al citado fondo rotatorio se harán quincenalmente, de acuerdo con los egresos necesarios para la ejecución de la obra, consultando los requerimientos del proyecto según las actividades que se estén ejecutando y en consonancia con la relación de gastos proyectados presentada por El Contratista. Para el efecto, El Contratista enviará una relación de los pagos a El Contratante y éste producirá los desembolsos necesarios previa aprobación de la interventoría”; este acuerdo no se cumplió a cabalidad porque en comunicado del 15 de febrero de 2017, remitido por el contratante a Procil S.A.S., Interventoría Asesorías y Construcción S.A.S., y MHN Contralorías Internacionales S.A., sobre el reembolso del anticipo, requiere al primero para que “realice la liquidación de actas de los meses de octubre 2016, noviembre 2016, diciembre de 2016 y enero de 2017”; lo que pone de presente que los desembolsos se estaban realizando sin cumplir los requisitos establecidos y, sin garantizar el debido manejo de los mismos; lo que torna improcedente la reclamación del pago del amparo. (...) Aunado a lo anterior, llama la atención de la Sala, que en el documento fechado el 26 de febrero de 2017, denominado “Conciliación fondo rotatorio Constructor Obra Civil – Procil S.A.S.”, el extremo activo informó a Procil que conforme a lo acordado en la reunión llevada a cabo el 20 de febrero de 2017,

la gerencia del proyecto asumiría el manejo del fondo rotatorio, debido a los tiempos para la liquidación de las actas, lo que está generando atrasos en los pagos a proveedores y que la gerencia procedería a realizar las gestiones pertinentes, toda vez, que... “desde la semana del 20 al 26 de febrero de 2017 la responsabilidad de pago de los principales contratistas ha estado a cargo de la Gerencia”; no obstante, en el hecho séptimo de la demanda, en el recuadro, donde constan los movimientos del fondo rotatorio, en el periodo de febrero de 2017, que corresponde al valor que se reclama, consigna que para el 16 de febrero existía un saldo en el fondo de \$181.579.675,00, y el día 21 de febrero de 2017, cuando ya la gerencia del proyecto había asumido el manejo del anticipo, se realizaron dos pagos por \$27.075.805,00 y \$91.344.520,00, para completar los \$300.000.000,00, monto máximo del anticipo acordado en el contrato y que corresponde al valor que se reclama a la compañía de seguros como siniestro por este amparo; dejando sin soporte la reclamación y lo pretendido en la demanda por este concepto. Se itera, que esos desembolsos inexplicablemente se consignaron a la cuenta manejada por Procil, cuando la administración del fondo rotatorio ya había sido asumida por la gerencia del proyecto desde el 20 de febrero de 2017; no obstante, que en la reclamación presentada a la compañía de seguros, indica que la dirección se hizo efectiva a cargo de ésta a partir del 01 de marzo de 2017; a más, que como se acreditó en el plenario, los malos manejos por parte de Procil se venían presentando desde tiempo atrás. (...) Consecuente con lo anterior, se revocarán los numerales segundo, tercero, quinto, sexto, séptimo y noveno de la parte resolutive de la sentencia de primer grado y, en su lugar, se revocarán las pretensiones sobre los amparos de buen manejo del anticipo y, salarios y prestaciones sociales; los demás numerales de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, quedarán incólumes.

M.P: LUIS ENRIQUE GIL MARÍN

FECHA: 26/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



Proceso	Verbal
Demandante	Consultorías y Emprendimientos S.A.S.
Demandados	Seguros del Estado S.A.
Radicado	No. 05001-31-03-009-2019-00113-01
Procedencia	Juzgado 9° Civil del Circuito de Oralidad de Medellín
Instancia	Segunda
Ponente	Luis Enrique Gil Marín
Asunto	Sentencia No. 006
Decisión	Revoca parcialmente
Tema	Responsabilidad civil contractual
Subtemas	Contrato de seguros. Amparos reclamados. Contrato asegurado. Reconocimiento de la reclamación. Incumplimiento de obligaciones.

TRIBUNAL SUPERIOR

SALA SEGUNDA DE DECISION CIVIL

Medellín (Ant.), veintiséis de abril de dos mil veinticuatro

I. OBJETO

Se decide el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte demandante como por la demandada, en contra de la sentencia proferida por el **JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN**, en el proceso verbal instaurado por **CONSULTORIAS Y**

EMPRENDIMIENTOS S.A.S., contra **SEGUROS DEL ESTADO S.A. y PROCIL S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

Pretensiones: La demandante solicita se declare que la demandada PROCIL S.A.S., incumplió el contrato de construcción por administración delegada, celebrado el 14 de julio de 2016, para realizar la remodelación del Centro Comercial Monterrey en la ciudad de Medellín; lo que causó a la demandante los siguientes perjuicios: i) \$300.000.000,00 por mal uso y apropiación indebida del Fondo Rotatorio para la ejecución del contrato; ii) \$38.474.654.767,00 para la terminación del proyecto a raíz del incumplimiento del contrato y, iii) \$60.931.213,00 por el no pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales.

Así mismo, solicita se declare que Seguros del Estado S.A., expidió el 19 de julio de 2016, la póliza de cumplimiento No. 65-45-101035882 con los amparos de Anticipo; cumplimiento y, salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, como garantía para el contrato de administración delegada, celebrado entre PROCIL S.A.S., y la sociedad demandante; que en vigencia de la póliza ocurrió el riesgo asegurado, en cada uno de los amparos que reclama; condene a la compañía de seguros a pagar a la demandante, como asegurada y beneficiaria, las siguientes indemnizaciones: a) \$300.000.000,00 por la apropiación indebida y mal uso del Fondo Rotatorio "*Anticipo*", con

actualización monetaria desde el 21 de febrero de 2017, cuando PROCIL manifestó que no tenía recursos en el Fondo Rotatorio, cuando debía contar con un saldo de \$300.000.000,00, o subsidiariamente, desde el 17 de agosto de 2017, cuando PROCIL abandonó el contrato y no restituyó o justificó los recursos del Fondo Rotatorio; b) \$389.096.862,00 por sobrecosto para la terminación del proyecto, por no haber entregado la obra civil contratada; c) \$60.931.213,00 por el no pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a empleados contratados por PROCIL S.A.S., para la ejecución del contrato, con actualización monetaria desde cada uno de los pagos hasta que inicie la mora de la aseguradora, y desde allí se causarán intereses moratorios comerciales hasta el pago de la indemnización; de conformidad con el art. 1080 del C. de Comercio, se declare que la compañía de seguros quedó en mora de pagar la indemnización por cada uno de los reseñados amparos, desde el 28 de marzo de 2019 o desde la notificación del auto admisorio de la demanda y, condene a pagar intereses comerciales desde que inició la mora hasta el pago de cada uno de los riesgos.

Elementos fácticos: El 14 de julio de 2016, la sociedad demandante, CONSULTORIAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S. y PROCIL S.A.S., celebraron un contrato de construcción por administración delegada, donde la segunda se obligó a realizar la remodelación del Centro Comercial Monterrey de la ciudad de Medellín; como plazo de ejecución se acordó 20 meses, contados desde el 16 de agosto de 2016 hasta el 16 de abril de 2018; igualmente, acordaron crear un fondo

rotatorio, donde la contratante consignaría \$300.000.000,00 en la cuenta de PROCIL S.A.S. y reponer esta suma en la medida que se cubrieran los gastos y costos de la construcción menores a \$50.000.000,00; para amparar la convención, PROCIL con Seguros del Estado S.A., celebró contrato de seguro - póliza de cumplimiento No. 65-45-101035882, expedida el 19 de julio de 2016, donde constan los amparos, vigencias y valores asegurados; la pretensora consignó en el fondo rotario \$300.000.000,00 el 25 de julio de 2016; de los cuales pasa a relacionar las sumas que se mantuvieron durante la ejecución del contrato, conforme con el dictamen pericial que aporta.

El 15 de febrero de 2017, la actora solicitó a PROCIL liquidar las actas pendientes para realizar el reembolso al fondo rotatorio; el 21 de ese mes y año, realizó dos reembolsos por \$27.075.805,00 y \$91.344.520,00, para que el fondo quedara con los \$300.000.000,00; pero como en esa fecha PROCIL manifestó que no tenía los recursos para avanzar con la obra, la actora solicitó los extractos, movimientos y datos del fondo rotatorio para verificar el correcto uso de los recursos, los que no fueron entregados; en vista del incumplimiento contractual de PROCIL S.A.S., el 26 de febrero de 2017, la demandante comunicó que tomaba el control de los pagos y los realizaría directamente; el 17 de agosto de 2017 PROCIL S.A.S., informó a la pretensora que no estaba ejecutando los contratos, que en el lugar de la obra no se encontraba ningún funcionario y que retiraría *“los elementos de protección personal, mobiliario, equipo de oficinas, equipos de fabricación, andamios, insumos y demás*

elementos pertenecientes a PROCIL S.A.S."; además, no hizo entrega de las actas para justificar la inversión de los recursos del fondo rotatorio, que para esa fecha debían ascender a \$300.000.000,00, ni los ha restituido a la contratante; se configuró el siniestro cubierto en la póliza de seguros bajo el "*amparo de anticipo*", como lo certificó la Interventoría y lo constató el dictamen de RSM; el plazo para la ejecución del contrato terminó el 16 de abril de 2018, sin que PROCIL cumpliera con sus obligaciones, según lo certificó la Interventoría el 29 de noviembre adiado.

Para terminar la ejecución del proyecto fue necesario concertar con otro contratista e incurrir en sobrecostos por el paso del tiempo y el mayor valor de la nueva negociación; perjuicio que cuantificó el dictamen de RSM en un total de \$22.286.114.521,00 y \$16.188.540.246,00, por costos directos e indirectos, respectivamente; conforme las condiciones, rubros y valores que pasa a detallar y que debe indemnizar la aseguradora con sujeción al valor asegurado para este amparo por un monto de \$389.096.862,00.

El 08 de mayo de 2017, cuando estaba reunido el comité del proyecto, se presentaron varios empleados de PROCIL, que laboraban en la ejecución del contrato y manifestaron que no les cancelaron las cesantías del año 2016; la demandante solicitó la lista de los empleados que estuvieron vinculados a la obra, cuyas cesantías estuvieran en mora, a pesar de que PROCIL presentó 7 actas para el pago de nómina, entre agosto de 2016 y febrero de 2017 por \$231.458.150,00, canceladas por la actora, quedando a paz y salvo hasta

febrero de 2017; amén, que los trabajadores que reclamaban el pago de las cesantías coincidían con los relacionados en esas actas; la demandante para evitar condenas judiciales canceló a los trabajadores los salarios y cesantías que se les adeudaba; lo que configura el siniestro amparado y que se denomina "*pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de naturaleza laboral*"; el informe allegado establece como valores cancelados por prestaciones sociales \$55.945.849,00; por nómina \$3.780.426,00 y, por indemnizaciones \$1.204.938,00, para un total de \$60.931.213,00; los cuales relaciona. El 07 de junio de 2017, dio aviso del siniestro a la aseguradora y solicitó la designación de un ajustador; el 13 de julio adiado, recibió respuesta solicitando formalizar la reclamación y adjuntar las pruebas y soportes; la compañía de seguros no asistió a la audiencia previa de conciliación, como consta en la certificación expedida por el Centro de Conciliación de UNAULA, quedó en mora de pagar las indemnizaciones el 28 de marzo de 2019, cuando venció el término previsto en el art. 1080 del C. de Comercio; desde esta fecha la aseguradora debe pagar los intereses comerciales hasta que verifique el pago.

Admisión de la demanda y réplica: Se admitió el 11 de marzo de 2019 y notificado a SEGUROS DEL ESTADO S.A., la replicó, se opuso a las pretensiones y como medios de defensa formuló: ***i) inexistencia de perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguro en su amparo de cumplimiento con sustento en los documentos obrantes en la demanda; ii) falta de***

acreditación del perjuicio reclamado; iii) culpa exclusiva del asegurado; iv) imposibilidad de reconocimiento de intereses moratorios; v) límite de la responsabilidad y, vi) la genérica.

La codemandada PROCIL S.A.S., una vez notificada, no realizó pronunciamiento alguno.

Sentencia: Se profirió el 14 de diciembre de 2020, con la siguiente resolución:

“PRIMERO: Declarar probada la existencia del contrato de administración delegada para la construcción de la ampliación, remodelación y actualización de Monterrey Gran Centro Comercial P.H. entre la sociedad demandante CONSULTORES Y EMPRENDIMIENTOS SAS y la vinculada PROCIL SA en liquidación.

“SEGUNDO: Declarar probado el incumplimiento del contrato antes referido por parte de PROCIL SA EN LIQUIDACIÓN (sic), para efectos de la reclamación de pago del seguro.

“TERCERO: Declarar imprósperas las excepciones de mérito alegadas por la demandada denominada INEXISTENCIA DE PERJUICIO INDEMNIZABLE, FALTA DE ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO RECLAMADO, CULPA EXCLUSIVA DEL ASEGURADO, IMPOSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO DE INTERESES DE MORA - LÍMITE DE RESPONSABILIDAD por lo expuesto en la parte motiva.

“CUARTO: Declarar la existencia de un contrato de seguro entre SEGUROS DEL ESTADO y PROCIL SA en liquidación y como beneficiario CONSULTORIA Y EMPRENDIMIENTO SAS, con póliza nro. 6545101035882

“QUINTO: Declarar que los amparos de cumplimiento, buen manejo del anticipo y salarios y prestaciones sociales, ocurrieron como siniestros.

“SEXTO: Condenar seguros del ESTADO S.A. a la indemnización de los amparos por buen manejo Del anticipo y salarios y prestaciones sociales, al demostrarse el incumplimiento del contrato asegurado y en favor de CONSULTORIA Y EMPRENDIMIENTO SAS., en las siguientes sumas:

Por pago de anticipo \$300'000.000.

Por pago de salarios y prestaciones la suma de \$60'931.213

“SEPTIMO: Se condena al pago de interés moratorio a aquel certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria, aumentado en la mitad, desde que se presentó la demanda como acto de reclamación judicial, por los dos riesgos reconocidos en esta sentencia.

“OCTAVO: Se deniega el amparo por cumplimiento por no acreditarse la cuantía del mismo.

“NOVENO: Se condena en costas a la parte demandada a favor de los demandantes. Líquidense por la secretaría del Despacho conforme lo dispone el artículo 366 de Código General del Proceso. Las agencias se fijarán por auto y se considerarán en tal liquidación.

“DECIMO: decisión notificada por estrados”.

En este caso el riesgo asegurado estaba constituido por la eventualidad del incumplimiento del deudor PROCIL S.A.S., hoy en liquidación, de los compromisos adquiridos en el contrato de construcción de administración delegada, que celebró con la sociedad demandante, como asegurada y beneficiaria y donde fungen como tomador PROCIL S.A.S., y aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A.; valor total asegurado \$9.530.242.237,80, especificados así: Cumplimiento \$389.096.862,00; buen manejo del anticipo \$300.000.000,00; salarios y prestaciones sociales \$194.548.431,00, que corresponden a los reclamados y, frente al riesgo de estabilidad de la obra \$8.646.596.094,80, que no hacen parte de la reclamación.

Para verificar si se presentó incumplimiento en la relación jurídica asegurada; se allegó las siguientes pruebas: Copia del contrato de administración delegada; copia del comunicado enviado por la demandante a PROCIL S.A.S., hoy en liquidación, el 15 de febrero de 2017, solicitando liquidar las actas pendientes para el fondo rotatorio; copia del escrito del 26 de febrero de 2017, que la pretensora remitió, informando a PROCIL que tomaría el control de los pagos a

los proveedores, sub-comisionistas y empleados vinculados a la obra civil; certificación de la interventoría Asesoría y Construcción S.A.S., donde consta que PROCIL no justificó la destinación de los recursos del fondo rotatorio, de fecha 29 de noviembre de 2018; comunicado enviado por PROCIL a la compañía demandante, el 17 de agosto de 2017, informando que no estaba ejecutando los contratos, que en la obra no estaba presente ningún funcionario suyo y, que retiraría los elementos de protección, mobiliarios, equipos de oficina, andamios, etc.; escrito del 23 de noviembre de 2017, de la pretensora a PROCIL S.A.S., donde deja constancia del incumplimiento del contrato por parte de la última y, finalmente, dictamen pericial que da cuenta del incumplimiento del contrato y del surgimiento del riesgo asegurado por el mal manejo de anticipo y no pago de salarios; informe sobre los acuerdos de transacción, las liquidaciones de prestaciones sociales no canceladas; que dan cuenta de la ocurrencia del riesgo amparado bajo la denominación de salarios y prestaciones sociales, dado que la demandante asumió su pago para no generar un mayor detrimento patrimonial, dadas las sanciones económicas que se pueden imponer por su no pago; de lo que dio fe la profesional del derecho Juliana Salazar, encargada de asesorar laboralmente a la demandante, en cuanto al pago de estas acreencias; incluso, señaló los documentos que tuvo en su poder, que negoció con los trabajadores de la obra y, de uno o dos casos que no llegaron a ningún acuerdo, los procesos están en trámite.

Indica que PROCIL dio un manejo injustificado al anticipo denominado fondo rotativo, incumpliendo con las obligaciones contraídas en el contrato de construcción por administración delegada; el monto acordado fue de \$300.000.000,00, como lo da a entender el experto Cesar Mauricio Ochoa Pérez, al afirmar que ese monto se entregó por concepto de fondo rotatorio; lo que corroboran las actas de reembolso de la fiducia; para enero de 2017, el contratista omitió entregar los soportes de su destinación, lo que fue corroborado por el testigo Juan Esteban Gómez, quien aseguró que el anticipo no se vio reflejado en la obra y no se devolvió. En la declaración que rindió el interventor Jorge Rojas, no solo refirió al incumplimiento general de PROCIL, sino, que además aludió al manejo irregular del fondo o anticipo, en la medida que no se presentaron los últimos soportes de ejecución de obra, quien no indicó donde fueron invertidos los dineros y en algunas oportunidades quedaron pendientes para ser soportados al mes siguiente; evento que fue más notorio para inicios del 2017 y que prendió las alarmas; aunque al inicio no fue muy dicente porque se estaba ejecutando la obra, se unió con otras circunstancias y dio origen a la auditoria que constató los malos manejos; a más de los reclamos de proveedores y trabajadores a la demandante, por la falta de pago; hechos acaecidos entre marzo y abril de 2017 y que dan cuenta del incumplimiento contractual y, de la ocurrencia de los riesgos enunciados; los testigos, igualmente refirieron al pago de las prestaciones sociales, precisando que la gerencia del proyecto certificó sobre los trabajadores que participaron en la obra y con quienes la abogada Juliana Salazar, realizó los acuerdos de

pago o transacciones; lo que está respaldado en los documentos que dan cuenta de los giros que realizó la fiduciaria y en las actas que contienen las negociaciones.

En torno al riesgo denominado sobre costo de la obra, adujo que el extremo activo trajo como anexo de la demanda un informe sometido a contradicción, donde el experto señaló el valor del riesgo del contrato de la obra civil; no obstante, que en el dictamen se mezcló los dos contratos; esto es, el contrato de la parte estructural y el de la obra civil; pero el perito alude a que solo refiere al contrato de obra civil; reseñando que se presenta un incremento del valor inicial, lo que resulta lógico por el retraso en la terminación de las obras y, para cuya culminación se tiene que contratar a otras personas, a más del incremento de los costos por el paso del tiempo; aspectos que tienen que estar plenamente demostrados ante la aseguradora al momento de la reclamación.

Como la demandante dio aviso del siniestro y judicialmente probó su ocurrencia; se debe analizar si la cuantía de los daños opera para que sea posible la indemnización.

En este caso, el siniestro denominado buen manejo de anticipo, en cuanto al desembolso de \$300.000.000.00, valor acordado; con la prueba testimonial y el dictamen se verificó que para febrero del año 2017, se giró esa suma, lo que se deduce de las cuentas de cobro aportadas con la demanda, la orden del giro y los extractos bancarios; igualmente, del dictamen elaborado por el experto y traído por la parte actora

y la prueba testimonial; en la declaración el testigo Jorge Rojas interventor de la obra señaló que el dinero se encontraba en la cuenta del contratista para su manejo; que para esa fecha no existían pendientes soportados contablemente, que los \$300.000.000,00 tenían que estar en la cuenta para el manejo del anticipo; suma que no reembolsó el contratista a la contratante cuando abandonó la obra; lo que permite concluir no le dio un buen manejo, que es el elemento esencial para configurar el riesgo; por lo que se debe reconocer e indemnizar.

Como el riesgo reclamado por salarios y prestaciones sociales, está probado con las transacciones realizadas por la demandante, con los giros efectuados por la entidad fiduciaria y el testimonio referido de la asesora que adelantó el proceso de indagación y negociación con los trabajadores y dan fe de la cuantía prevista para el riesgo asegurado; valor que luego del análisis de los documentos asciende a \$60.931.213,00 y, como el riesgo se generó y no existe elemento de prueba que lo desvirtúe, debe ser indemnizado por la compañía de seguros.

Como se indicó y acreditó un pago adicional para adelantar la construcción, dado el incumplimiento del contrato por parte del contratista, se debe analizar la cuantía del sobrecosto, correspondiendo a la parte actora su acreditación; del informe que aportó, lo primero que se advierte es que habla de un sobrecosto de la obra, dejando claro que el presupuesto para su terminación es de \$69.111.728.744,00; adicionalmente, en el documento del

29 de noviembre de 2018, consta el valor de \$16.940.143.764,00 cancelado por el Fideicomiso Ampliación Monterrey a PROCIL S.A.S., por estructura metálica y \$3.168.566.261,00 por obra civil; además, la demanda afirma que se pretendió como sobrecosto de la obra \$38.474.654.764,00; a lo que la experticia indica que: *“El contrato de construcción por administración delegada tenía un valor de \$43.232.984.000,00, adicional el valor del contrato de suministro e instalación de la estructura metálica por un valor de \$23.701.339.524,00, por lo que el total del proyecto de ampliación ascendía a \$66.934.324.248,00; el total de la obra que ejecutó se le pagó a PROCIL, ascendió a \$20.108.710.025,00; la constructora CONVEL presentó un presupuesto para la terminación de la ampliación del Centro Comercial Monterrey, por un costo de \$69.111.728.744,00; por su parte la firma Ingeniería y Vivienda S.A.S., presentó un presupuesto de costos indirectos.*

“Con los anteriores datos el dictamen pericial de RSM, calculó el sobre costo del proyecto de la siguiente manera: 1) Se calcula el valor actual de la obra sumando el valor total cancelado a PROCIL, y el presupuesto de CONVEL, una vez determinado el valor anterior, se resta el valor contratado inicialmente a PROCIL y se tiene el valor de sobrecosto del proyecto, dado que PROCIL no terminó la obra”; esta operación es insuficiente para establecer el sobrecosto de la obra porque incluye el valor de los dos contratos; esto es, de obra civil y de estructura; si bien es cierto que son inescindibles para la construcción como se ha planteado, para efectos de la asegurabilidad del riesgo, no se puede predicar

lo mismo porque los contratos se aseguraron de manera independiente; siendo necesario escindirlos para determinar el sobrecosto de la obra civil, toda vez, que sobre esta se hace la reclamación del incumplimiento del contrato conforme a la póliza allegada; además, como los representantes legales de las partes y los testigos, informaron que existe otra póliza que ampara el riesgo de la infraestructura, no se puede tomar el sobrecosto de ambos contratos como se hizo en el dictamen, careciendo la experticia de claridad para establecer esa parte del patrimonio de la demandante que se vio afectado y, denominado como sobrecosto por el incumplimiento del contrato; toda vez, que solo se podía analizar el contrato asegurado en la póliza que se trajo con la demanda y que corresponde a la obra civil; siendo ese sobrecosto el que se debió establecer; de donde colige, que la pretensión debe ser desestimada, toda vez, que no se acreditó debidamente la cuantía del daño por el riesgo de incumplimiento.

Se declarará imprósperas las excepciones formuladas por la demandada, denominadas inexistencia del perjuicio indemnizable, falta de acreditación del perjuicio reclamado, culpa exclusiva del asegurado; al no existir una oposición o una excluyente de responsabilidad por parte de la pasiva, conforme con el art. 1080 del C. de Comercio, la indemnización se pagará dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia; vencido el cual la aseguradora reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario sobre el importe de las reseñadas obligaciones, un interés moratorio a la tasa que certifique la Superintendencia Financiera, desde

que se presentó la demanda como acto de reclamación judicial, por los riesgos reconocidos; lo que conlleva a que no se acojan las excepciones de imposibilidad de reconocimiento de intereses de mora y límite de responsabilidad.

En este caso, se objetó por el extremo pasivo la estimación juramentada, pero la misma carece de las exigencias del art. 206 del C.G.P., porque el objetante debió referir a cada concepto, especificando en que eventos y por qué razones era inexacto, o no estaba especificado, aportando los elementos de convicción del caso; nótese que la demandada se limitó a indicar: *“Dentro del libelo demandatorio se tiene que la parte demandante está pretendiendo la condena y pago por concepto de lucro cesante, las multas y la cláusula penal, intereses financieros, préstamos bancarios y el reconocimiento de interés moratorio; sin embargo, pretensiones que no están cubiertas por el alcance de las pólizas de cumplimiento particular, ya que en estas está delimitado el condicionado general del contrato de seguros”*.

Se aludió a una serie de situaciones que no hicieron parte del juramento estimatorio, ante la falta de claridad y concreción en la objeción, el Despacho está impedido para imponer las sanciones previstas.

Apelación: Lo interpuso tanto la parte demandante como la demandada.

Al efecto, el extremo pasivo como reparos expuso: Se dio por probada la existencia del contrato de seguros, el cual fue

aceptado y no estaba dentro de las pretensiones de la demanda; el Juzgado declara imprósperas las excepciones formuladas, lo que es incongruente con las consideraciones de la sentencia, porque niega el límite de la responsabilidad de la compañía, lo que resulta conforme con el art. 1089 del C. de Comercio; declarando impróspero ese medio de defensa a pesar de estar regulado legalmente; desestimó la excepción de inexistencia de perjuicios indemnizables, a pesar que no se demostró la cuantía en lo que tiene que ver con el amparo de cumplimiento; en torno a la declaratoria del siniestro de salarios y prestaciones sociales, advierte que si bien existe el testimonio de la asesora que acompañó a la asegurada para el pago de estos conceptos, no se puede desconocer que en las pruebas documentales que aportó la demandante, más allá del testimonio y de los pagos realizados, se observa una lista de personas empleadas para la ejecución del contrato; pero, se tiene que acreditar los contratos escritos como lo ordena el numeral 1.5 del clausulado; no existe prueba de que éstos trabajadores fueron utilizados exclusivamente para la ejecución del contrato; se debe tener presente como lo argumentó la juzgadora, que los dos contratos se mezclaron y, por esta razón, se negó lo concerniente al amparo de cumplimiento; frente al amparo de salarios y prestaciones sociales, no se acreditó que los trabajadores hayan sido vinculados exclusivamente para la ejecución del contrato garantizado; se presenta confusión porque existen dos contratos entre el asegurado y el contratista, con distintas pólizas; en el amparo de buen manejo del anticipo, se debe tener presente que era obligación del interventor para reembolsar los

dineros a la cuenta del fondo rotatorio, verificar la ejecución de la obra; lo que no hizo y, a pesar de ello, se hizo pagos al contratista inyectando capital al fondo rotatorio; pagos que no se verificaron y, es por eso, que se debe acoger la excepción de culpa exclusiva del asegurado, por reembolsar los dineros al fondo rotatorio, sin verificar la ejecución del cumplimiento de la obra contratada.

Dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia de instrucción y juzgamiento adujo que, para que opere la afectación del amparo de cumplimiento de salarios y prestaciones sociales, es necesario que los perjuicios sean determinados o determinables con las pruebas allegadas; además, que el asegurado acredite un detrimento patrimonial real que conlleve al reconocimiento de la indemnización; en el presente caso, al igual que en la reclamación presentada, se echan de menos los soportes probatorios del perjuicio patrimonial solicitado, que cumplan con los requisitos del clausulado de la póliza, porque si bien se aportaron unas actas de transacción, no se trajeron los contratos de trabajo que certifiquen la exclusividad para el contrato garantizado de administración delegada, solo se tiene el mero dicho de un testigo de la parte actora; en el aparte del informe de salarios y prestaciones, los contratos no fueron individualizados; es decir, se analizaron el de suministro de bienes y administración delegada; lo que refuerza la teoría de no saber qué trabajador se destinó para cada uno; circunstancia que se pretende acreditar con afirmaciones carentes de sustento legal o contractual; los perjuicios en relación a los valores cancelados por

indemnización moratoria, no gozan de cobertura en el amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, porque se trata de sanciones (art. 64 C.S.T.).

En este caso, la demanda simplemente relata una versión de lo que supuestamente correspondió al incumplimiento del tomador de la póliza, soportado en las reclamaciones a la compañía de seguros; sin demostrar el siniestro o los perjuicios causados, y si debido a ello se pagaron sobrecostos frente al contrato garantizado, sin estar soportados los mismos y, a la vez como valor del amparo de salarios y prestaciones sociales, simplemente se relacionan una serie de posibles perjuicios, que no hacen parte de la cobertura y se pretenden determinar contablemente aportando contratos de transacciones voluntarias por Consultorías, reconociendo de mera liberalidad los valores solicitados por los supuestos trabajadores; como no se encuentran determinados ni cuantificados los perjuicios reclamados es improcedente una condena contra la aseguradora; los únicos perjuicios indemnizables son los causados por el incumplimiento del tomador de la póliza, debidamente soportados y que gozaban de cobertura, o que en su defecto, la aseguradora asintió el pago de esos ítems; lo que no aconteció en el presente caso; todo lo anterior, conforme a lo previsto en los arts. 1088 y 1089 del C. de Comercio y en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuyos apartes transcribe.

En relación a la inexistencia de un perjuicio indemnizable frente al amparo de buen manejo de anticipo, trae como

fundamento lo previsto en el art. 1077 del C. Mercantil y la sentencia del 15 de noviembre de 2005, de la Sala de Casación Civil, M.P. Dr. Julio Cesar Valencia Copete, expediente No. 11001-31-03-1993-7143-01; amén, que no es posible la afectación del amparo, porque la reclamación no se formalizó judicial o extrajudicialmente, toda vez, que no se demostró la apropiación indebida o el mal uso de los dineros de anticipo o fondo rotatorio; no se soportaron en debida forma los pagos, reembolsos y descuentos hechos al anticipo por la demandante, ni las justificaciones e informes que entregaba la interventoría para aprobar cada pago y realizar el reembolso; todo lo anterior con fundamento en lo pactado en la póliza de seguros; además, se debe tener presente que, el amparo de anticipo es precontractual y consiste en un dinero que se entrega al contratista para apalancar la obra, el cual tiene que ser devuelto en los cortes de obra conforme con un porcentaje que se estipula en el respectivo contrato, pero como en el presente caso, ello no sucedió, no está demostrado el uso indebido del anticipo; amén de lo previsto en el art. 1060 del C. de Comercio; además, en el interrogatorio que absolvió el representante legal de la sociedad demandante, afirmó que todo dinero que se depositaba en el fondo rotario debía estar soportado y aprobado por el interventor; no está demostrado que no se compraron materiales o que fueron invertidos en la obra porque como igualmente lo afirmó el absolvente, una parte de la obra fue ejecutada. Por estas razones, solicita se revoque la condena impuesta a la compañía de seguros y, en su lugar, se acojan las excepciones propuestas y, condene en costas a la demandante.

Al descorrer el traslado en segunda instancia para sustentar el recurso de apelación, en síntesis, volvió sobre los mismos argumentos que vienen de extractarse.

Sobre esta sustentación, el extremo activo se pronunció en los siguientes términos: Solicita se declare desierto el recurso de apelación porque ni en el escrito contentivo de los reparos concretos, ni en la sustentación presentada indica los motivos de inconformidad contra la sentencia de primer grado, pues en forma genérica se limita a reiterar las defensas presentadas, sin establecer los límites de competencia del Tribunal, trayendo como soporte algunos apartes de lo indicado en algunas decisiones de ésta Corporación y de la Corte Constitucional.

Además, señaló que la aseguradora en sus planteamientos alude a referencias generales del contrato de seguro y la carga de la prueba. En torno a los argumentos que trajo sobre el amparo de salarios y prestaciones, advierte que la póliza cubre los pagos que tuvo que hacer el asegurado a los empleados de PROCIL, en virtud de la solidaridad legal laboral; la pretensora contrató una profesional especialista en derecho laboral, quien declaró en el proceso indicando como verificó que los reclamantes tenían contrato laboral con PROCIL y que estaban asignados al contrato de obra civil; liquidó el monto de las reclamaciones conforme a las normas legales y, conceptuó que la demandante debía celebrar las transacciones porque era clara la solidaridad laboral, y así evitar cuantiosas sanciones por la mora en los pagos; el

dictamen explicó el sustento documental probatorio, para cuantificar los pagos efectuados por las deudas laborales de los trabajadores de PROCIL por \$60.931.213,00; pruebas que demuestran que se transaron reclamaciones de trabajadores de PROCIL, legalmente impuestas a los contratantes; si bien la aseguradora se defendió indicando que la solidaridad no ha sido declarada por sentencia judicial; la póliza no contiene tal exigencia ni lo podría hacer porque basta que se den los supuestos de la solidaridad legal; además, la experta que se contrató analizó el cómo y por qué se daban los supuestos de la solidaridad y, que pueden corroborarse, toda vez, que la actora fungía como contratante, se dedica a la promoción y ejecución de obras civiles, que corresponde a la misma actividad de PROCIL, que era la de contratista; por lo tanto, la demandante era la garante legal de los salarios y prestaciones sociales (Art. 34 CST); y si no se hubieran atendido los reclamos la compañía de seguros habría aducido que la asegurada dejó agravar el siniestro por la causación de las sanciones laborales.

En torno a los cuestionamientos de la recurrente sobre el amparo de cumplimiento, advierte que no corresponde a un motivo de inconformidad porque la sentencia desestimó las pretensiones del amparo de incumplimiento; además, el dictamen aportado cuantificó los sobrecostos del proyecto, que constituyen el perjuicio acaecido por la demandante por el incumplimiento de PROCIL; perjuicio cubierto por el amparo de cumplimiento; el Juzgador de primer grado indicó acertadamente que, el perjuicio no consiste en las erogaciones ya efectuadas por la pretensora a otro

contratista, sino, por el mayor valor que tiene que ejecutar con otro contratista, por el abandono de la obra por parte de PROCIL; sobrecostos sustentados en el dictamen.

A los cuestionamientos del recurrente sobre el amparo de buen manejo de anticipo, pone de presente que la sentencia para condenar por este amparo, se basó en el dictamen pericial y en los testimonios de Juan Esteban Gómez y Jorge Rojas; sobre el funcionamiento del fondo rotario de \$300.000.000,00; el perito basado en los movimientos contables del fondo rotatorio y sus soportes, confirmó que con la última consignación (llamada reembolso), que realizó la pretensora el 21 de febrero de 2017, PROCIL quedó en poder de \$300.000.000,00 y, finalmente afirma que *“ese valor no fue devuelto al proyecto”*; PROCIL abandonó la obra y no justificó la inversión del último saldo según lo constató el experto y, nunca lo restituyó a la demandante; configurando un perjuicio para ésta cubierto por el amparo de buen manejo del anticipo; la aseguradora aduce una culpa de la pretensora porque PROCIL hizo pagos superiores a \$50.000.000,00 con dineros del fondo; lo que no está demostrado porque según las actas PROCIL hizo varios pagos individuales superiores a dicho valor, lo que es distinto; además, no existe nexo causal entre el monto de cada uno de los gastos durante la ejecución del contrato y la no restitución del saldo final del fondo; puesto que PROCIL se apropió del último saldo por \$300.000.000,00, que quedó en su poder después del reembolso del 21 de febrero de 2017, según lo constató el perito.

Por último, la demandante refiere a dos circunstancias adicionales que se deben tener presente; esto es, realiza una cronología de la reclamación a la compañía de seguros desde el aviso del siniestro (7 de junio de 2017), la respuesta recibida, la solicitud de conciliación donde aportó prueba del siniestro y su cuantía, la audiencia de conciliación a la que no asistió la aseguradora y cuya justificación no comparte, porque considera que, dicho actuar genera un indicio grave en contra de la compañía de seguros, que se debe tener en cuenta al analizar los medios de defensa propuestos, la constitución en mora a la aseguradora (28 de marzo de 2019) y la causación de intereses comerciales desde esa fecha; además, la aseguradora no objetó el juramento estimatorio de los perjuicios, pues solo se limitó a decir que "*dentro de la demanda no se prueban los perjuicios*", a pesar del dictamen aportado; no denunció ni explicó ningún error en la cuantificación bajo juramento, como lo exige el C.G.P., siendo la estimación juramentada por sí sola prueba de los perjuicios (Art. 206 Ib.). Por estas razones, solicita declarar desierto el recurso de apelación de Seguros del Estado y, desestimar los argumentos de carácter general que contiene.

Por su parte, el demandante dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia de instrucción y juzgamiento, esgrimió como reparos: Acorde con la jurisprudencia y el art. 283 del C.G.P., acreditado el perjuicio y, en caso de dificultades para establecer la cuantía, no se puede absolver a la compañía de seguros; en este caso, el Juzgado encontró probado el perjuicio, los sobrecostos de la obra y tuvo presente la pericia que los cuantificó, pero encontró una

dificultad para precisar la cuantía, no siendo procedente la absolución de la aseguradora, pues debió acudir a los criterios legales y jurisprudenciales para establecer una cuantía equitativa, partiendo del informe del experto y, teniendo en cuenta los criterios de causalidad y equidad, echando mano de las pruebas allegadas como la pericial, testimonial y la póliza, en armonía con el art. 283 del C.G.P., para lo cual expone lo definido sobre dichos criterios y lo relativo a las pruebas que estima pertinentes.

Además, considera que se debe aplicar a los sobrecostos una proporción a partir del valor de cada uno de los contratos, así:

“(i) Aplicar a los sobrecostos una proporción a partir del valor de cada uno de los dos contratos.

“El valor total de la obra encargada a Procil (\$66.934.324.248,00) se discrimina así: valor del contrato de obra civil (\$43.232.984.724,00) y valor del contrato de estructura metálica (\$23.701.339.524,00).

“El contrato de obra civil corresponde al 64,59% del costo total de la obra y el contrato de estructura metálica corresponde al 35,41%.

“Con estos porcentajes se distribuye el sobrecosto:

*“Sobrecostos totales de obra: \$22.286.114.521,00 (100%)
Sobrecosto contrato estructura metálica: \$7.891.513.151,89*

(35,41%).

Sobrecosto contrato obra civil: \$14.394.601.369,11 (64,59%)”

Igualmente, frente a la aplicación de una proporción a partir del incumplimiento de cada contrato, expuso:

“El valor del incumplimiento de Procil se calcula sumando el valor no ejecutado del contrato de obra civil (valor no ejecutado del contrato) y el valor no ejecutado del contrato de estructura metálica (valor no ejecutado del contrato).

Contrato	Valor total	Valor ejecutado	Valor no ejecutado
Obra Civil	\$43.232.984.724,00	\$3.168.566.261,00	\$40.064.418.463,00
Estructura metálica	\$23.701.339.524,00	\$8.951.358.045,00	\$14.749.981.479,00
Total	\$66.934.324.248,00	\$12.119.924.306,00	\$54.814.399.942,00

*“Del incumplimiento total de Procil (\$54.814.399.942,00), **el 73,86% corresponde al incumplimiento del contrato de obra civil (\$40.064.418.463,00)** y el 26,14% restante, al incumplimiento del contrato de estructura metálica (\$14.749.981.479,00).*

“Para establecer el porcentaje del sobrecosto atribuible al Incumplimiento del contrato civil, se pudo tomar el porcentaje que representa el incumplimiento del contrato de obra civil del valor total del incumplimiento de Procil y aplicarlo al valor del sobrecosto, así:

“Sobrecostos totales de obra: \$22.286.114.521,00

(100,00%)

Sobrecosto contrato estructura metálica: \$5.997.193.417,60

(26,14%)

Sobrecosto contrato obra civil: \$16.288.921.103,40

(73,86%)

“(iii) En ambos casos, la Juez debió considerar el valor del amparo de cumplimiento acordado (\$389.096.862,00) que es una parte mínima de la cuantía del perjuicio que resulta probada con cualquiera de los criterios posibles”.

Sobre la prueba del perjuicio, la aseguradora no objetó en debida forma el juramento estimatorio, como lo estimó el Juzgado; pero, a pesar de ello no aplicó la consecuencia prevista en el art. 206 del C.G.P.; además, la compañía de seguros conoció tanto el juramento estimatorio como el dictamen que sirvió de sustento a la cuantificación y no objetó la estimación juramentada ni expresó ninguna inconformidad frente al informe; siendo plena prueba de la cuantía de los perjuicios, los cuales sin duda se causaron; debiéndose reconocer \$389.096.862,00, límite del amparo del seguro.

La aseguradora no compareció a la audiencia previa de conciliación y como excusa expresó que uno de sus representantes legales tenía a esa misma hora una audiencia; sin embargo, como en el certificado de existencia y representación de esa época, aparecen al menos 10 representantes legales judiciales registrados, la excusa es infundada; el Juzgado consideró que no podía dar efectos a

esa inasistencia porque no sabía si la excusa fue admitida; pero el centro de conciliación anexó la excusa y, por esta razón, el Despacho debió apreciar que la excusa es injustificada y, dar aplicación al art. 22 de la Ley 640 de 2001. Por estas razones, solicita se revoque el fallo en cuanto absolvió a la demandada de pagar los perjuicios cubiertos por el amparo de cumplimiento de la póliza.

En segunda instancia, al descorrer el traslado para sustentar el recurso de apelación, en suma, volvió sobre los argumentos que vienen de sintetizarse; agregando lo referente al laudo arbitral proferido para el contrato de estructura metálica, en el proceso promovido por Consultorías y Emprendimientos contra Mapfre Seguros; pasando a transcribir las conclusiones allí vertidas y, aportando copia de esta decisión.

La compañía de seguros, al descorrer el traslado de esta sustentación, adujo que para que tenga lugar la afectación de los amparos cubiertos en la póliza y los perjuicios sean reconocidos, es necesario que sean determinados o determinables; se debe anexar prueba idónea con la reclamación; lo que realmente implica acreditar un detrimento patrimonial que conlleve al reconocimiento de la indemnización; al efecto, con las pruebas aportadas con las reclamaciones, así como en la demanda, no es posible encontrar soportes que demuestren la existencia de un perjuicio patrimonial indemnizable; solo refieren a una serie de posibles perjuicios sin soportar su ocurrencia y cuantía y,

frente a cada uno de los amparos reclamados precisa lo siguiente:

Frente al amparo de salarios y prestaciones sociales, la demandante aportó unos contratos de transacción que no corresponden a contratos de trabajo; ni certifican la exclusividad para el contrato garantizado de administración delegada; el dictamen aportado con la demanda no individualiza los contratos celebrados con los trabajadores y que en forma exclusiva ejecutaron el contrato garantizado; como se adujo en la sentencia de primer grado y se reconoció por la pretensora, el dictamen mezcla los dos contratos celebrados con PROCIL, uno de obra civil y otro de infraestructura metálica, garantizados con pólizas diferentes expedidas por distintas aseguradoras; lo que ofrece confusión sobre los perjuicios realmente padecidos y su cuantía; no existe prueba de los contratos de trabajo celebrados con las personas con quienes se celebraron las transacciones, como lo exige el numeral 1.5 del clausulado general del contrato de seguro; frente a los contratos de transacción celebrados con los presuntos empleados del tomador por parte de la demandante, no existe cobertura en el citado amparo porque su naturaleza no conlleva a garantizarlos ni a indemnizarlos y, mucho menos, a reconocer valores cancelados por mera liberalidad; así como los montos pagados por indemnización moratoria que no gozan de cobertura porque se trata de sanciones.

Del amparo de cumplimiento, precisa que como lo reconoció la sentencia de primer grado, los sobrecostos que se

pretendían acreditar con el dictamen, no fueron identificados porque no resulta aplicable en materia de seguros como se hace en el sector de la construcción, donde la infraestructura metálica y la obra civil son inescindibles, que como se trata de contratos diferentes, cada uno fue asegurado en forma independiente; lo que hace necesario individualizar cada contrato para determinar, en este caso, el sobrecosto de la obra civil; siendo improcedente que la parte actora en la sustentación del recurso intente diferenciar e identificar los sobrecostos de cada contrato y, en el mismo sentido, pretenda hacer valer un laudo proferido en un proceso adelantado contra otra compañía de seguros y con relación a otro contrato; ya que se trata de contratos independientes entre sí; además, la demanda se limita a señalar el presunto incumplimiento por parte del tomador de la póliza, soportado en reclamaciones que fueron presentadas a la aseguradora, sin que se evidencien los sobrecostos en que se incurrió para la ejecución del contrato y finalización de la obra a cargo de PROCIL; ya que no existe prueba de la celebración de un nuevo contrato con el mismo objeto que el celebrado con PROCIL; considera que los únicos perjuicios indemnizables son los directamente causados por el incumplimiento del tomador, pagados en forma libre y voluntaria por la sociedad demandante; quien debe acreditar que gozaban de cobertura, o en su defecto, que la compañía de seguros asintió en su pago, lo que no ocurrió, como se evidencia de las comunicaciones emitidas por Seguros del Estado S.A.

En torno al amparo de buen manejo del anticipo, aduce que la demandante no formalizó judicial o extrajudicialmente la

reclamación que pretendía adelantar, al no demostrar la indebida apropiación o el mal manejo de los dineros del anticipo denominado "*Fondo rotatorio*"; amén, que este amparo es precontractual, porque es un mecanismo propio de los contratos en los que la remuneración está supeditada a la entrega total o parcial de una obra, dando lugar a una amortización a cargo del contratista y, el incumplimiento implicaría una apropiación indebida o mal uso del anticipo; amortización que no fue pactada en el contrato asegurado, no siendo clara ni evidente la conducta a la que refiere la demandante y, a partir de la cual pretende hacer efectivo el amparo.

Según lo afirmado al absolver interrogatorio por el representante legal de la pretensora, todo dinero depositado en el fondo rotatorio debía estar soportado y aprobado por la interventoría de la obra, lo que implica que cualquier movimiento de los dineros que realizara PROCIL, era conocido por la sociedad demandante; quien realizó pagos al contratista inyectando capital al fondo rotatorio, lo que constituye una culpa exclusiva del asegurado por hacer reembolsos sin verificar el cumplimiento de la obra contratada; para lo cual trae a colación lo consignado en la cláusula tercera del contrato de "*Administración Delegada para la Construcción de la Ampliación, Remodelación y Actualización de Monterrey Gran Centro Comercial PH*".

Continúa indicando que acorde con el dictamen allegado, el contratista retiró valores por más de \$50.000.000,00, y al legalizar esta suma, era cancelada por el asegurado, lo que

implica un desconocimiento de las cláusulas del contrato que establecían que PROCIL, no podía hacer uso de los \$300.000.000,00 del fondo, en gastos superiores a los \$50.000.000,00 para la ejecución del contrato de administración delegada; donde el asegurado fue quien dio paso a los perjuicios que reclama, como consecuencia de su propia y exclusiva conducta; la finalidad de la póliza no es la de indemnizar el simple incumplimiento de las obligaciones del contrato, sino resarcir los perjuicios derivados del mismo, por causas imputables al tomador de la póliza; toda vez, que por tratarse de un seguro de carácter patrimonial, tiene una función netamente indemnizatoria al tenor de los arts. 1088 y 1089 del C. de Comercio; teniendo como límite el valor asegurado; la sociedad demandante pretende hacer valer a toda costa el juramento estimatorio, para que se tenga como prueba de la cuantía de los perjuicios que reclama; dejando de lado que no es la única prueba que obra en el expediente; el Despacho debe fallar con lo acreditado en el plenario, esto es, si está determinado que un amparo no debe ser afectado por ausencia de prueba que dé certeza de la existencia del perjuicio y su cuantía, a ello debe estarse, so pena de que se presente un enriquecimiento sin justa causa. Por estas razones, solicita revocar la sentencia de primer grado y, en su lugar, declarar la prosperidad de las excepciones propuestas y, condenar en costas a la parte demandante.

III. CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos: El recurso de apelación de cara a la sentencia de primer grado, plantea los siguientes problemas

jurídicos que la Sala debe resolver: ¿se deben acoger las pretensiones de la demanda o, por el contrario, las excepciones propuestas están llamadas a prosperar?

El caso concreto: Con base en la póliza No. 65-45-101035882, expedida por Seguros del Estado S.A., el 19 de julio de 2016, se acordó los siguientes amparos: Anticipo; cumplimiento y, salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato de administración delegada celebrado entre PROCIL S.A.S., y la sociedad demandante, el 14 de julio de 2016 y, como ocurrió el riesgo asegurado, se peticiona condenar a la compañía de seguros a cancelar a la demandante como asegurada y beneficiaria, las siguientes indemnizaciones: a) \$300.000.000,00 por apropiación indebida y mal uso del Fondo Rotatorio "*Anticipo*"; con actualización monetaria desde el 21 de febrero de 2017, cuando PROCIL manifestó que no tenía recursos en el Fondo Rotatorio y debía contar con un saldo de \$300.000.000,00, o subsidiariamente, desde el 17 de agosto de 2017, cuando PROCIL abandonó el contrato y no restituyó o justificó los recursos del Fondo Rotatorio; b) \$389.096.862,00 por la no entrega de la obra civil, que corresponde al sobrecosto para la terminación del proyecto y, c) \$60.931.213,00 por el no pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a empleados contratados por PROCIL S.A.S., para la ejecución del contrato, con actualización monetaria desde cada uno de los pagos hasta que se inicie la mora de la aseguradora y desde allí se causarán intereses moratorios comerciales hasta el pago de la indemnización.

Al efecto, como anexo de la demanda se trajo copia de la póliza No. 65-45101035882, expedida el 19 de julio de 2016, para garantizar... *“el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de administración delegada celebrado entre las partes...”* y, entre otros amparos, consignó el de buen manejo del anticipo por \$300.000.000,00, sobre el cual estableció en el clausulado general:

“Este amparo cubre al asegurado por los perjuicios económicos sufridos con ocasión de la falta de amortización, el mal uso o la apropiación indebida que el tomador/garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo, para la ejecución del contrato.

“El presente amparo no cubre anticipos que hayan sido entregados en efectivo o por medios diferentes al cheque o transferencias bancarias electrónicas de dinero.

“Este amparo no se extiende a cubrir el uso de los dineros entregados como pago anticipado al tomador/garantizado”

Igualmente, trajo copia del contrato garantizado y denominado *“Contrato de administración delegada para la construcción de la ampliación, remodelación y actualización de Monterrey Gran Centro Comercial P.H.”*; en el párrafo 5 del numeral 3.2, sobre el fondo rotatorio o anticipo, consigna:

“Fondo Rotatorio: EL CONTRATANTE, con el fin de cubrir los gastos y costos de construcción, de menor cuantía, que de manera individualizada no superen un valor de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000), mantendrá un fondo rotatorio administrado por EL CONTRATISTA, por la suma de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS M.L.C (\$300.000.000) con el fin de atender los gastos de obra para un período de quince (15) días. Esta suma se depositará previa presentación de la garantía de buen manejo del fondo rotatorio prevista en la cláusula Décima de este contrato. Los reembolsos al citado fondo rotatorio se harán quincenalmente, de acuerdo con los egresos necesarios para la ejecución de la obra, consultando los requerimientos del proyecto según las actividades que se estén ejecutando y en consonancia con la relación de gastos proyectados presentada por EL CONTRATISTA. Para el efecto, EL CONTRATISTA enviará una relación de los pagos a EL CONTRATANTE y éste producirá los desembolsos necesarios previa aprobación de la interventoría. Las partes podrán ampliar la cuantía de dicho fondo rotatorio, lo cual sería definido posteriormente entre las partes y de acuerdo a las necesidades de la obra previa presentación del flujo de inversión de Fondos, y en últimas a la decisión del CONTRATANTE. De cualquier forma, EL CONTRATANTE se obliga a mantener a disposición de EL CONTRATISTA, el CINCUENTA (50%) del valor del Fondo Rotatorio. Los gastos financieros del manejo del fondo rotatorio serán asumidos por el CONTRATANTE, igualmente le pertenecerán los rendimientos generados por los recursos allí depositados.”

Para todos los efectos de funcionamiento del fondo rotatorio, EL CONTRATISTA dará apertura a una cuenta bancaria con una entidad financiera, que será exclusivamente para el manejo de los recursos objeto del presente contrato, esta cuenta podrá ser auditada en cualquier momento por la auditoría, gerencia e interventoría del proyecto. Por tal razón, el CONTRATISTA dará instrucción a la entidad financiera para que se matriculen los correos electrónicos de los funcionarios de dichas entidades para que se les envíe el extracto mensual.

“PARÁGRAFO: Si por razones de agilidad o economía EL CONTRATISTA considera pertinente cubrir con sus recursos cualquier costo directo o indirecto de la construcción u otro necesario para cumplir con el objeto del presente contrato, podrá hacerlo con la debida justificación y autorización de EL CONTRATANTE. Posteriormente, EL CONTRATISTA podrá obtener el reembolso de estos recursos con los dineros depositados en el fondo rotatorio o mediante el envío de una factura al CONTRATANTE en la forma establecida en el párrafo tercero del numeral 3.2 de la cláusula tercera de este contrato”.

La reclamación que por este amparo, se presentó a la compañía de seguros, indica:

“3. Aviso de siniestro del mal manejo del Fondo Rotatorio por parte de PROCIL.

“El aviso de siniestro se basa en lo siguiente:

“3.1 Mediante comunicación del 15 de febrero de 2017 CYE solicitó a PROCIL liquidar las actas pendientes para reembolso al Fondo Rotatorio.

“3.2 En ese momento (15 de febrero de 2017), de acuerdo con el seguimiento administrativo hecho por CYE, el fondo rotatorio tenía un saldo a favor por \$208.655.480 y se habían reembolsado 8 actas.

“3.3 A pesar de que CYE tenía en sus registros que había un saldo de \$208.655.480 en el Fondo Rotatorio, PROCIL manifestaba no tener fondos para seguir con el avance de obra.

“3.4 PROCIL presentó acta de reembolso # 9 por \$91.344.520, la cual fue aprobada por la interventoría y reembolsada por CYE el 16 de febrero de 2014, pago que, según los cálculos de CYE, dejaba el fondo rotatorio con un saldo de \$300.000.000,00.

“3.5 Sin embargo, PROCIL seguía manifestando verbalmente a CYE que no tenía cómo avanzar con la obra aduciendo que reembolsos los utilizaba para hacer pagos pendientes.

“3.6 El contrato establece que CYE está facultado para solicitar a PROCIL los extractos y movimientos de la cuenta destinada al fondo rotatorio. En varias oportunidades (verbalmente y por escrito, a través de la Auditoría del proyecto), se les solicitó dicha información, pero nunca fue

entregada con los datos requeridos para verificar el correcto uso de los recursos”.

En comunicación anexa a la reclamación, fechada el 15 de febrero de 2017, dirigida a PROCIL S.A.S., Interventoría Asesorías y Construcción S.A.S., y MHN Contralorías Internacionales S.A., en torno al *“reembolso fondo rotatorio constructor obra civil – Monterrey Ampliación”*, señaló:

“1. Solicitamos al constructor PROCIL S.A.S, realizar la liquidación de las actas de reembolso de fondo rotatorio del constructor para el contrato de obra civil que se encuentran pendientes. Esa solicitud se hace luego de una conversación con el Ing. Juan Carlos Cadavid el día 13 de febrero de 2017, donde solicitó que el Fideicomiso Monterrey Ampliación realice los pagos del concreto para vaciados de columnas por un valor aproximado de \$80.000.000 (Ochenta millones de pesos) manifestado que en el fondo rotatorio no hay recursos suficientes para asumir estos pagos.

“En el documento anexo (ANEXO 1) se relacionan los movimientos del fondo rotatorio, los pagos de actas anteriores y el saldo actual, donde se evidencia que hay recursos suficientes para asumir pagos. En caso de que el saldo real no concuerde con estos valores, es necesario que PROCIL S.A.S realice la liquidación de actas de los meses de octubre 2016, noviembre 2016, diciembre de 2016 y enero de 2017 que a la fecha tendrían un valor de \$208.665.480, según el ANEXO 1.

“En consecuencia, le pedimos a las firmas de Interventoría IAYC S.A.S y de Auditoría MHM S.A, darle prioridad a la revisión de las actas que entregue PROCIL S.A.S. siguiendo y respetando los procedimientos definidos para esto”.

En el comunicado del 26 de febrero de 2017, dirigido a PROCIL S.A.S. y que anuncia como asunto: *“Conciliación fondo rotatorio Constructor OBRA CIVIL – PROCIL S.A.S.”*, precisó:

“El día 20 de febrero de 2017 en las oficinas de Consultorías y Emprendimientos S.A.S se llevó a cabo una reunión del Proyecto Monterrey Ampliación entre los señores, Darío Aramburo Misas, Martín Posse Arias de Consultorías y Emprendimientos S.A.S, Gabriel Cadavid, Juan Carlos Cadavid de Procil S.A.S y Jorge Andrés Rojas Cadavid de IAYC.

“Dentro de los temas de la reunión, estuvo ratificar la decisión del Comité de Gerencia del 20 de Febrero de 2017, donde se propuso trasladar el fondo rotatorio del constructor a la Gerencia del proyecto, debido a que los tiempos de respuesta de Procil para la liquidación de actas está generando atrasos en los pagos a proveedores, lo que repercute directamente en la gestión financiera del proyecto.

“Los compromisos adquiridos fueron los siguientes:

“- Procil debe entregar la conciliación del fondo por \$300 millones que actualmente administra a más tardar el lunes 6 de febrero de 2017.

“- Procil entregará a la Gerencia e Interventoría del proyecto las funciones del cargo que hoy hace la gestión administrativa y de pagos del fondo rotatorio. Esta información se debe entregar antes del 28 de febrero de 2017.

“- Gerencia contratará a la persona que se encargará de realizar las labores administrativas y de pagos en el fondo rotatorio. Esta contratación se debe hacer en el menor tiempo posible, ya que desde la semana del 20 al 26 de febrero de 2017 la responsabilidad de pago de los principales contratistas ha estado a cargo de la Gerencia.

“- Gerencia debe coordinar las modificaciones a los contratos y el esquema jurídico para asumir la administración del fondo rotatorio”.

En respuesta a la solicitud, en escrito del 13 de julio de 2017, la compañía de seguros en lo pertinente puntualizó:

“Sobre el particular y tal y como usted lo refiere en su comunicación se debe indicar que su misiva constituye un “aviso de siniestro” para Seguros del Estado S.A., ya que si su intención es la de formalizar una reclamación ante esta aseguradora respecto de la póliza de Seguro de Cumplimiento Particular mencionada en el asunto, se debe acreditar por cualquier medio probatorio que se encuentre a

su alcance, tanto la ocurrencia del siniestro, como la cuantía de la pérdida, según lo dispuesto en el artículo 1077 del Código de Comercio, ...

“Por lo expuesto, y en cuanto a la posible afectación del amparo de buen manejo del anticipo o lo que usted refiere como “Buen Manejo del Fondo Rotatorio”, se indica que aún no se encuentra formalizada la reclamación por lo siguiente:

“En primer término, no se allega medios de prueba que demuestren la apropiación indebida o el mal uso de los dineros que fueron entregados como anticipo y/o que hacían parte del “Fondo Rotatorio”, por lo expuesto solicitamos profundizar más en los hechos relacionados en cuanto a la intervención que hizo CYE en febrero de 2017, la razón por la que la compañía de Seguros no fue avisada del control de pagos realizado el 01 de marzo de 2017, el funcionamiento de dicho “fondo” la forma de pago que se realizó y la forma de aprobar los reembolsos y pagos que hacían con cargo al “Fondo Rotatorio”

“En segundo lugar, Agradecemos soportar los pagos, reembolsos y descuentos hechos al “fondo Rotatorio” por parte de CYE y las justificaciones e informes que entregaba la interventoría para aprobar cada pago y reembolso realizado por PROCIL, aportando para ello documentos tales como: Estado Financiero y técnico del Contrato, Actas de Avance, Aprobaciones De Interventoría, Informes de Interventoría, soportes de pago a la Administración Delegada, Certificaciones del Revisor Fiscal de CYE, y o

cualquier otro documento que estime pertinente para demostrar que el Tomador dio mal uso o la apropiación indebida a los dineros dados en anticipo o que ingresaron al "fondo Rotatorio".

"Lo anterior cobra mayor relevancia y pertinencia, cuando a la luz del amparo otorgado por Seguros Del Estado S.A, solo se garantiza el mal uso o la apropiación indebida de dineros entregados como anticipo para la ejecución del objeto contractual, para mayor ilustración citamos el amparo referido: ..."

Al efecto, el Tribunal observa que en el contrato objeto de amparo, sobre los pagos al fondo rotatorio, entre otros aspectos, se acordó: *"Los reembolsos al citado fondo rotatorio se harán quincenalmente, de acuerdo con los egresos necesarios para la ejecución de la obra, consultando los requerimientos del proyecto según las actividades que se estén ejecutando y en consonancia con la relación de gastos proyectados presentada por EL CONTRATISTA. Para el efecto, EL CONTRATISTA enviará una relación de los pagos a EL CONTRATANTE y éste producirá los desembolsos necesarios previa aprobación de la interventoría"*; este acuerdo no se cumplió a cabalidad porque en comunicado del 15 de febrero de 2017, remitido por el contratante a PROCIL S.A.S., Interventoría Asesorías y Construcción S.A.S., y MHN Contralorías Internacionales S.A., sobre el reembolso del anticipo, requiere al primero para que *"realice la liquidación de actas de los meses de octubre 2016, noviembre 2016, diciembre de 2016 y enero de 2017"*; lo que pone de presente

que los desembolsos se estaban realizando sin cumplir los requisitos establecidos y, sin garantizar el debido manejo de los mismos; lo que torna improcedente la reclamación del pago del amparo.

Aunado a lo anterior, llama la atención de la Sala, que en el documento fechado el 26 de febrero de 2017, denominado "*Conciliación fondo rotatorio Constructor OBRA CIVIL – PROCIL S.A.S.*", el extremo activo informó a PROCIL que conforme a lo acordado en la reunión llevada a cabo el 20 de febrero de 2017, la gerencia del proyecto asumiría el manejo del fondo rotatorio, debido a los tiempos para la liquidación de las actas, lo que está generando atrasos en los pagos a proveedores y que la gerencia procedería a realizar las gestiones pertinentes, toda vez, que... "*desde la semana del 20 al 26 de febrero de 2017 la responsabilidad de pago de los principales contratistas ha estado a cargo de la Gerencia*"; no obstante, en el hecho séptimo de la demanda, en el recuadro, donde constan los movimientos del fondo rotatorio, en el periodo de febrero de 2017, que corresponde al valor que se reclama, consigna que para el 16 de febrero existía un saldo en el fondo de \$181.579.675,00, y el día 21 de febrero de 2017, cuando ya la gerencia del proyecto había asumido el manejo del anticipo, se realizaron dos pagos por \$27.075.805,00 y \$91.344.520,00, para completar los \$300.000.000,00, monto máximo del anticipo acordado en el contrato y que corresponde al valor que se reclama a la compañía de seguros como siniestro por este amparo; dejando sin soporte la reclamación y lo pretendido en la demanda por este concepto. Se itera, que esos desembolsos

inexplicablemente se consignaron a la cuenta manejada por PROCIL, cuando la administración del fondo rotatorio ya había sido asumida por la gerencia del proyecto desde el 20 de febrero de 2017; no obstante, que en la reclamación presentada a la compañía de seguros, indica que la dirección se hizo efectiva a cargo de ésta a partir del 01 de marzo de 2017; a más, que como se acreditó en el plenario, los malos manejos por parte de PROCIL se venían presentando desde tiempo atrás.

En cuanto el amparo denominado pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de naturaleza laboral, como prueba, en el clausulado general del contrato de seguros, se estableció:

“Este amparo cubre al asegurado por el incumplimiento de las obligaciones de carácter laboral a cargo del tomador/garantizado con sus trabajadores, relacionadas con el personal vinculado mediante contrato de trabajo para participar en la ejecución del contrato garantizado y sobre las cuales sea solidariamente responsable el asegurado.

“Este amparo no se extiende a cubrir al personal de los subcontratistas o a aquellas personas vinculadas al tomador/garantizado bajo modalidades diferentes al contrato de trabajo, ni cubre el pago de obligaciones ante las entidades de la seguridad social ni obligaciones para fiscales”.

Y en el contrato objeto del seguro, en el párrafo 2 de la cláusula sexta, obligaciones del contratista, se acordó:

“Se obliga el contratista al cumplimiento de obligaciones laborales, parafiscales y de seguridad industrial y ocupacional como se indica a continuación: (i) EL CONTRATISTA se obliga a tener a su personal debidamente afiliado a alguna E.P.S., A.R.P. y fondo de pensiones y cesantías, mínimo 48 horas antes de ingresar a la obra para inicio de actividades. Será por su cuenta el cumplimiento de todas las obligaciones por concepto de salarios y prestaciones sociales con fundamento en las normas legales vigentes, así como las prestaciones extra legales que tenga establecidas o establezca con sus trabajadores en pactos o convenciones colectivas. (ii) se obliga igualmente a hacer los aportes parafiscales establecidos por la ley y la consignación mensual de FIC (Fondo de la Industria de Construcción) cuando la actividad económica de EL CONTRATISTA lo obligue. Los respectivos recibos de pago deben ser entregados a EL CONTRATANTE dentro de los primeros 10 días calendario de cada mes para revisión y visto bueno. De igual forma, EL CONTRATISTA deberá presentar conjuntamente con las afiliaciones a la seguridad social de su personal, el contrato de trabajo y los subcontratos suscritos con otros contratistas que de él dependan, cuando estos hayan sido autorizados por EL CONTRATANTE. ... (vi) Es obligación del CONTRATISTA proveer en forma completa, oportuna, todos los elementos, implementos, vestido y calzado necesarios para dar cumplimiento a las normas legales sobre seguridad industrial y acatar las disposiciones que a este respecto le imparta EL

CONTRATANTE. El director de obra y el encargado de seguridad industrial del CONTRATANTE podrá en cualquier momento, exigirle al CONTRATISTA que retire del lugar de los Trabajos a aquellos trabajadores que estén laborando en condiciones que atenten contra su seguridad personal o que no estén cumpliendo con las normas de salud ocupacional y protección ambiental. ..."

Igualmente, en la cláusula octava, se pactó:

"PERSONAL DE LA OBRA: LAS PARTES contratantes dejan expresa constancia de que los empleados, subcontratistas, y demás trabajadores empleados por EL CONTRATISTA en la ejecución del objeto de éste Contrato, no tienen relación jurídica directa ni indirecta, en particular de carácter laboral, con EL CONTRATANTE, sino con EL CONTRATISTA y que en consecuencia esta está obligada a atender el pago de salarios, prestaciones sociales, seguridad social (Salud, Pensiones y Riesgos Laborales) y aportes parafiscales (Caja de Compensación Familiar, I.C.B.F., FIC y SENA) y demás obligaciones que le impone la legislación laboral, así como lo de carácter civil con los subcontratistas.

"Queda expresamente entendido que EL CONTRATISTA no podrá reconocer ni pagar en ningún caso, bonificaciones, primas, derechos, ni prestaciones superiores a las previstas en las disposiciones legales o convenios colectivos de trabajo vigentes de EL CONTRATISTA, a los trabajadores que intervengan en la obra, salvo autorización escrita de EL

CONTRATANTE u orden judicial, por lo que la fijación de sueldos se hará de acuerdo con EL CONTRATANTE”.

De igual forma, en el párrafo 1º de la cláusula décimo segunda, se plasmó:

“PERSONAL: Queda claramente entendido que no existirá relación laboral alguna entre EL CONTRATANTE y EL CONTRATISTA, o el personal que éste utilice en la ejecución del objeto del presente contrato. Serán de cargo exclusivo de EL CONTRATISTA todos los salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones, afiliaciones y aportes a la seguridad social del personal que contrate para la ejecución del presente contrato”.

En la reclamación presentada a la compañía de seguros, frente a este amparo, indicó:

“5. Aviso de siniestro (amparo de salarios y prestaciones sociales). El 8 de mayo de 2017, cuando estaba reunido el Comité Obra del Proyecto Monterrey Ampliación, se presentaron varios empleados de PROCIL, que trabajaban en la ejecución de un contrato de suministro e instalación de estructura metálica (contrato separado e independiente del CONTRATO de Administración Delegada, para la misma obra de Ampliación de Monterrey, en el cual es contratante CYE y es contratista PROCIL) y manifestaron que PROCIL no pagó las cesantías correspondientes al año 2016.

“Por esta razón, CYE solicitó a PROCIL entregar el listado de empleados vinculados al Proyecto Monterrey Ampliación cuyas Cesantías estuvieran en mora.

“En respuesta, PROCIL entregó un listado de empleados que incluye personas vinculadas a la ejecución del contrato de Administración Delegada amparado en la póliza de seguro.

“Al revisarse las actas se encontró que PROCIL presentó entre Agosto de 2016 y Febrero de 2017 SIETE (7) actas de nómina por un valor total de \$231.458.150 que le fueron pagadas por CYE a PROCIL, lo que significa que a pesar de que CYE le pagó las actas por esos conceptos, PROCIL no pagó dichas prestaciones a sus trabajadores beneficiarios.

“Ante Las reclamaciones de los empleados, CYE debió pagar el monto de las Cesantías adeudadas, lo que constituye un siniestro amparado por la Póliza”.

Seguros del Estado S.A., luego de referir a lo pactado en las condiciones generales de la póliza, sobre esta reclamación, señaló:

“Clarificado lo anterior, y dada la naturaleza de la garantía otorgada (Póliza de Cumplimiento entre Particulares), la reclamación tiende a hacer efectiva dicha póliza en el amparo de (sic) anteriormente citado, debe ajustarse a lo preceptuado en el Código de Comercio, en el Código Laboral (Código Sustantivo del Trabajo) y en el clausulado de las pólizas en referencia”

“De lo anterior se deriva, que para declarar la efectividad de la Póliza de Cumplimiento No. 65-45-101035882 en su amparo de salarios, es de obligatoria observancia que la sociedad Asegurada (CYE) en primer término acredite la ocurrencia del siniestro (esto es, el incumplimiento en el pago de salarios, prestaciones sociales o indemnizaciones de carácter laboral, al personal utilizado por la empresa PROCIL, Tomador de la póliza, que haya sido empleado en la ejecución del contrato de “Administración Delegada”, y que queden a su cargo, al constituirse en deudor de obligaciones de carácter laboral, derivadas del contrato garantizado, únicamente)”.

Luego de referir a la jurisprudencia del Consejo de Estado, frente a la solidaridad por indemnizaciones de tipo laboral, adujo:

“De lo expuesto se desprende, con respecto a su solicitud lo siguiente:

“Para hacer efectiva una póliza se debe haber declarado la obligación laboral, contra CYE, y es así cuando tal sociedad se ve realmente perjudicada y puede reclamar la efectividad de la misma.

“Hasta el momento a CYE, no se le ha generado ningún perjuicio por este concepto.

“En el evento de generarse un perjuicio a CYE, entraría a operar la cobertura otorgada a su favor, en ningún otro evento ocurriría esto.

“Se aclara que además de presentarse pruebas de la existencia de obligaciones de carácter laboral incumplidas por el Tomador de la póliza, estas deben ser exigibles a CYE en virtud de la solidaridad patronal consagrada por el Código Sustantivo del Trabajo, siendo este uno de los elementos indispensables para que surja la obligación condicional a cargo de Seguros del Estado S.A., a la luz del contrato de seguro contenido en la póliza referida.”

Después de transcribir el art. 34 del Código Sustantivo del Trabajo, precisa:

“Ahora bien, podría hacerse que los reclamantes inicien las acciones pertinentes, ya que le corresponde cumplir con una carga probatoria, legal y jurisprudencialmente establecida, en atención a la pretensión de cobrar unas sumas de dinero derivadas de una solidaridad que no existe o al menos no está probada, y la misma no opera por ministerio de la ley, sino que por el contrario deber ser declarada.”

Trae apartes de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, el 08 de mayo de 1961 y, continúa señalando:

“Conforme a lo anterior, se aclara que los “Varios empleados” que realizan funciones de contratos diferentes al de Administración Delegada no son susceptibles de cobertura

por la póliza 65-45-101035882 al no haberse garantizado los mismos; y que los que sí hagan parte del contrato garantizado deberán probar de forma idónea su vinculación y la solidaridad de CYE frente a ellos.

“Por último en cuanto a la solicitud de ajustador para “cuantificar la pérdida y proceder al trámite de la reclamación” le informamos que:

“No resulta procedente su solicitud en el entendido que de hacerse una visita o reunión para conocer los pormenores del contrato, la misma no exonera al asegurado (CYE) de su obligación de demostrar los presupuestos del artículo 1077 del C. Co aquí referidos, sobre la anterior afirmación la Honorable Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en innumerables ocasiones, ...”

En el contrato objeto de seguro, se consignó que los trabajadores que hicieron parte de la obra estarían a cargo del contratista PROCIL S.A.S., y no tendrían ninguna vinculación directa o indirecta con la contratante - asegurado y, por lo tanto, la responsable del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones es la contratista, de donde la compañía de seguros no podía a motu proprio proceder al pago de los salarios y prestaciones sociales que como amparo se reclama porque no se acreditó responsabilidad alguna a nombre de la asegurada; se insiste, porque la responsabilidad recaía única y exclusivamente en cabeza de la contratista PROCIL S.A.S.; además, para acreditar la relación laboral que entre los trabajadores y

PROCIL existió, no era suficiente que ésta suministrara a la asegurada un listado de los trabajadores y que la jurídica verificara lo pertinente, cuando se acordó que todos y cada uno de los trabajadores se tenían que vincular mediante contrato escrito, los que brillan por su ausencia; amén, que la reclamación indicó que los empleados que solicitan el pago de los salarios, prestaciones legales e indemnizaciones *“trabajaban en la ejecución de un contrato de suministro e instalación de estructura metálica”*, obra que difiere de la que constituye el objeto del contrato de seguro a que se contrae la presente acción.

Además, como la demandante procedió a pagar a PROCIL las actas de nómina de agosto de 2016 a febrero 2017 por valor de \$231.458.150.00, cuando fueron presentadas por aquella, los desembolsos no los realizó directamente a los beneficiarios o trabajadores, lo que permite advertir que la asegurada no cumplió con sus obligaciones, porque conforme lo acordado en el contrato objeto de seguro, PROCIL tenía que entregar los recibos para su revisión y visto bueno a la contratante dentro de los primeros 10 días calendario de cada mes, lo que no aconteció en el presente caso, porque no existe constancia de que la pretensora exigió como era su deber, esos recibos suscritos por los trabajadores para su revisión y verificación y, proceder a confrontarlos para no realizar un doble pago, o en su momento, requerir a PROCIL por el no pago a pesar de que le fueron desembolsados; se colige que la reclamación a todas luces es improcedente.

Frente al amparo de cumplimiento del contrato, en el clausulado general de la póliza se concertó:

“Este amparo cubre al asegurado por los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable al tomador/garantizado de las obligaciones emanadas del contrato garantizado”.

Al respecto, la demanda afirma que PROCIL abandonó la ejecución de la obra el 17 de agosto de 2017 y, el plazo de ejecución del contrato terminó el 16 de abril de 2018, sin que hubiera cumplido con sus obligaciones contractuales, como lo certificó la Interventoría el 29 de noviembre adiado; por lo tanto, para terminar la ejecución del proyecto es necesario concertar con otro contratista e incurrir en sobrecostos por el paso del tiempo y el mayor valor de la nueva negociación; perjuicio que cuantifica el dictamen de RSM en \$22.286.114.521,00 por costos directos y \$16.188.540.246,00 por costos indirectos; que deben ser indemnizados por la compañía de seguros con sujeción al valor asegurado para este amparo de \$389.096.862,00.

Como prueba del valor de los perjuicios que se derivan del siniestro, por incumplimiento de contrato, la parte demandante allegó informe presentado por RSA, del que advirtió la Juzgadora de primer grado y lo aceptó la parte actora, se realizó en forma conjunta con los contratos de la estructura y obra civil, a pesar de que son disimiles e independientes y están asegurados con pólizas separadas y particulares según las características de la convención

garantizada; incluso, en la cláusula décimo primera del contrato objeto de amparo nominado "*Contrato de administración delegada para la construcción de la ampliación, remodelación y actualización de Monterrey Gran Centro Comercial P.H.*", se pactó:

"Se deja expresa constancia, que sobre el contrato de suministro de materiales, fabricación, transporte, montaje, ensayos no destructivos y pintura de la estructura metálica para de (sic) ampliación, actualización y remodelación de MOTERREY GRAN CENTRO COMERCIAL - P.H., CONSULTORIAS Y EMPRENDIMIENTOS S.A.S no le reconocerá ningún honorario a PROCIL S.A.S., toda vez que la remuneración de este último en dicho contrato es independiente a este vínculo contractual".

El presupuesto elaborado por "CONVEL" para la terminación de la obra en su totalidad, teniendo en cuenta tanto la estructura como la obra civil y tomando en forma general los diferentes ítems para ambos contratos, asciende a valor total de \$69.111.728.744,00; sin que se pueda determinar en forma separada el costo para cada contrato y, mucho menos, calcularlo realizando algún tipo de operación matemática como lo sugiere la parte demandante; toda vez, que para ello resulta forzoso la prueba técnica que dé cuenta en forma clara y contundente sobre el avance de la obra civil hasta el momento en que PROCIL la abandonó, el porcentaje que faltaba para su terminación, el valor de la mano de obra, materiales y elementos que se requerían, costos de carácter administrativo; además sin dejar de lado los diferentes ítems

que se deben tener en cuenta para su cálculo como costos, incrementos, anticipos, tiempo de la obra, imprevistos, seguros, etc.; como esta prueba brilla por su ausencia, el extremo activo – asegurado incumplió con la carga de la prueba prevista en el art. 1077 de la codificación mercantil, que establece:

“Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere del caso.

“El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”.

De donde se tiene, como acertadamente lo coligió la Juzgadora de primer grado; que no hay lugar al reconocimiento de dicho amparo.

Conclusión: Consecuente con lo anterior, se revocarán los numerales segundo, tercero, quinto, sexto, séptimo y noveno de la parte resolutive de la sentencia de primer grado y, en su lugar, se revocaran las pretensiones sobre los amparos de buen manejo del anticipo y, salarios y prestaciones sociales; los demás numerales de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, quedarán incólumes.

Se condenará al extremo activo a pagar las costas tanto de primera como de segunda instancia a favor de la parte demandada. Como agencias en derecho causadas en segunda instancia se fijará por el Magistrado Ponente la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS

(\$2.600.000.00), que equivalen a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Acuerdo PSAA16-10554, del 05 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura). Las agencias en derecho de primera instancia se fijarán por la señora Juez a quo, las cuales se liquidarán conjuntamente con las de segundo grado.

IV. RESOLUCIÓN

A mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

1. Por lo dicho en la parte motiva se revocan los numerales segundo, tercero, quinto, sexto, séptimo y noveno de la parte resolutive de la sentencia de primer grado y, en su lugar, se niega las pretensiones sobre los amparos de buen manejo del anticipo y, salarios y prestaciones sociales; se confirman los demás numerales de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia.

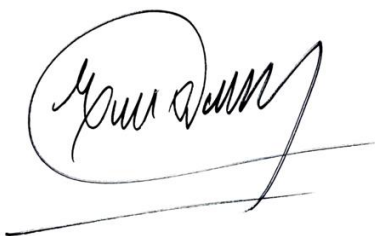
2. Se condena al extremo activo a pagar las costas tanto de primera como de segunda instancia a favor de la parte demandada. Como agencias en derecho causadas en segunda instancia se fija por el Magistrado Ponente la suma de **DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS** (\$2.600.000.00), que equivalen a dos (2) salarios mínimos

legales mensuales vigentes (Acuerdo PSAA16-10554, del 05 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura). Las agencias en derecho de primera instancia se fijarán por la señora Juez a quo, las cuales se liquidarán conjuntamente con las de segundo grado.

3. Devuélvase el expediente al lugar de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE:

Los Magistrados



LUIS ENRIQUE GIL MARÍN



MARTHA CECILIA LEMA VILLADA



RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ