

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



“Al servicio de la justicia y de la paz social”

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, tres (3) de noviembre de dos mil veintidós (2022)
-Discutida y aprobada en sesión virtual de la fecha-

PROCESO	VERBAL RCC
DEMANDANTE	MINEROS S.A.
DEMANDADO	COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. “CONFIANZA”
RADICADO	05001 31 03 008 2015 01262 04 INTERNO: 2022-079
PROCEDENCIA	JUZGADO OCTAVO CIVIL CIRCUITO DE MEDELLÍN
TEMAS Y SUBTEMAS	INCUMPLIMIENTO CONTRATO SEGURO DE CUMPLIMIENTO. AFIRMACIÓN Y PRUEBA DE LOS PERJUICIOS
SENTENCIA	N°126
DECISIÓN	CONFIRMA
MAGISTRADA	MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO
PONENTE	

Cumplido el periodo de traslado para sustentación del recurso y alegaciones en esta instancia, procede el Tribunal a decidir sobre la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia escrita proferida por el JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN el 24 de febrero del 2022 en el presente proceso. La decisión en esta instancia se profiere por escrito, en aplicación de la Ley 2213 de junio 13 de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto 806 de 2020.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

La parte actora pretende que a través del presente proceso se hagan las siguientes declaraciones y condenas, conforme la demanda (carpeta 01PrimeraInstancia/carpetaC01CuadernoPrincipal/archivo02CuadernoPrincipalEscaneado):

1. DECLÁRESE ocurrido el siniestro amparado en la póliza de cumplimiento No. CU061242 dentro del CONTRATO DE OBRA POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA celebrado entre LEASING BANCOLOMBIA como mandataria de MINEROS S.A. y el CONSORCIO MÉNSULA-TRADECO.
2. ORDÉNESE como consecuencia el reconocimiento de la suma asegurada a MINEROS S.A. en calidad de beneficiario dentro del contrato de seguro de cumplimiento contenido en la póliza No. CU061242, por \$2.500'000.000.
3. ORDÉNESE el reconocimiento de intereses moratorios desde el momento de la presentación del escrito contentivo de la reclamación hasta el momento del pago efectivo.
4. En SUBSIDIO de la anterior pretensión (No 3) ORDÉNESE la indexación de las sumas aseguradas desde el momento de la presentación de la reclamación hasta el pago efectivo.
5. CONDÉNESE en costas a la demandada.

Presenta el juramento estimatorio por \$5.823'027.509 como sanción penal pecuniaria y multas aplicables, \$15.604'671.767 como daño emergente y \$8.242'651.578 como lucro cesante, para un total de \$29.670'350.855.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LAS PRETENSIONES

En el escrito genitor la parte actora narra, como hechos relevantes, que celebró con **LEASING BANCOLOMBIA** un contrato de **Leasing de Infraestructura** sobre los activos que conforman el **Proyecto Central Hidroeléctrica Providencia III** y algunas obras anexas, por ello LEASING BANCOLOMBIA por instrucciones de MINEROS S.A. celebró el 15 de febrero de 2012 con el **Consortio MÉNSULA-TRADECO** un **Contrato de Construcción por Administración Delegada** en virtud del cual el consorcio se obligó a construir las obras del Proyecto Central Hidroeléctrica Providencia III y algunas obras anexas.

Señala que en la cláusula novena del contrato se estableció como valor base del presupuesto oficial la suma de \$35.394'939.139, por lo que *“todos los costos de la obra correspondientes a materiales, mano de obra, equipo de dotación, equipos de construcción comprados o alquilados, así como todos los costos indirectos gastos reembolsables y otros costos necesarios para la construcción serán por cuenta de la obra”*, por ello LEASING BANCOLOMBIA en calidad de mandataria de MINEROS S.A. se obligó a pagar al contratista por concepto de honorarios por administración delegada un porcentaje fijo del 8% + IVA sobre el costo directo de la obra.

Indica que, en la cláusula tercera, se pactó como plazo máximo 500 días calendario incluyendo la fase preparatoria, de ejecución y terminación de la obra (anexo 5- cronograma de obra e hitos del seguimiento contractual) suscribiendo acta de inicio del 6 de febrero de 2012 declarando como fecha de inicio de los trabajos el miércoles 01 de febrero de ese año.

Cuenta que, con otrosí de fecha 16 de marzo de 2012, las partes modificaron el inciso segundo del numeral cuarto de la cláusula dieciocho, relacionada con las multas y la cláusula diecinueve literales A y D relativo a las garantías. En otrosí No 2 del 20 de abril de 2012 se modificó el anexo 5- cronograma de obra e hitos del seguimiento contractual. Luego, con prórroga No 1 del 12 de julio de 2013 el plazo del contrato se extendió hasta el 19 de julio de 2013, debido a que la fecha no se habría cumplido y el contratista solicitó el plazo para definir asuntos pendientes del proyecto; el 19 de julio de 2013, con prórroga No 2, se extendió el plazo hasta el 26 de julio del mismo año a solicitud del contratista, finalmente con otrosí No 3 del 28 de agosto de 2013, las partes definieron como plazo final del contrato el 24 de septiembre de 2013 *“en atención a la ocurrencia de los diferentes hechos que se han presentado de manera discontinua a lo largo de la ejecución del contrato, constitutivos a la luz del mismo como causales de fuerza mayor y a pesar que no fueron solicitados por el contratista como tales para la suspensión del contrato, Mineros S.A. reconoció mediante comunicación enviada el 26 de julio, la suspensión discontinua del contrato para un total de 60 días”* y para esa fecha el contrato terminó por vencimiento del plazo, sin que las obras estuviesen terminadas en un importante porcentaje, por ello en esa fecha se materializó el

incumplimiento del consorcio MÉNSULA –TRADECO, lo que impidió dar por recibida la Central Hidroeléctrica al no encontrarse a punto para dar inicio a las operaciones de producción de energía.

Que el incumplimiento del consorcio como administrador delegado, al haber obrado con culpa en el ejercicio de sus obligaciones, contribuyó en forma eficiente a que el costo de la obra sufriera un alza relevante y llegado el plazo la obra no estuviera terminada.

Expone la demandante que en la cláusula décima del contrato se pactó como obligación a cargo del contratista (la transcribe), que este emplearía el personal necesario, calificado, y que harán parte del contrato el anexo 2 parte 3-condiciones generales del contrato, el anexo 4 manejo de recursos por el administrador delegado, y en la cláusula cuarta literal b se estableció como obligación del contratista (la transcribe) que mantendría en el sitio de trabajo el organigrama establecido, que el pago de los profesionales residentes estaría a cargo del contratista pero por cuenta del Leasing y se entiende incluida en la propuesta presentada por el contratista. Así, en los anexos del contrato se precisó la planta de personal necesaria para el cronograma técnico, detallando el valor de la nómina y número de empleados, cuya modificación requería de aprobación de la contratante y la falta de control por parte del contratista, conforme los términos del contrato, generó un indebido manejo que llevó a sobrecostos en la nómina, siendo más grave, que las obras de tunelería son en gran manera lineales y el déficit de personal en términos de oportunidad por parte del contratista, implicó gran retraso en las obras, suficiente para explicar el incumplimiento (refiere a concepto técnico que acompaña a la demanda).

Continúa diciendo que en el literal m) de la cláusula cuarta se estableció (transcribe) que el contratista debía atender el adecuado almacenamiento y conservación de los materiales, herramientas, etc., que se adquiriera o destine a la obra, debiendo nombrar un almacenista, entendiendo que el contratista es el responsable de los inventarios de la obra, avalúos para la venta de estos elementos, obligación también desatendida, como se evidencia en el informe adjunto.

Informa que el 26 de septiembre de 2013 comunicó al Consorcio la terminación del contrato ante la llegada del plazo (incorpora el escrito). Como consecuencia de la ausencia de conclusión de las obras MINEROS S.A. celebró un segundo contrato para terminar las obras. Y por este incumplimiento, la demandante incurrió en el pago de intereses frente a LEASING BANCOLOMBIA por \$10.408'630.192 y debió adquirir de EPM Medellín energía para su operación de minería por \$10.294'953.691.

Continúa narrando los hechos que tienen que ver con la suscripción del contrato de seguro de cumplimiento y su ejecución (h 22 y sig.) e indica que en la cláusula diecinueve se definió las garantías en especial la de cumplimiento; que en el otrosí del 16 de marzo de 2012 se modificó quedando: “A). *El fiel cumplimiento del contrato por un valor asegurado de dos quinientos millones de pesos (COP2.500.000.000), con una vigencia igual al término de duración del contrato y seis meses más...*”, ésta garantía fue expedida por la aseguradora CONFIANZA en la ciudad de Medellín a favor de MINEROS S.A. y de LEASING BANCOLOMBIA en calidad de aseguradas y beneficiarias de la póliza de seguro de cumplimiento 05 CU061242, certificado 05 CU117547, póliza que fue modificada para mantenerla actualizada frente a cada uno de los otrosí suscritos por las partes, concretamente la modificación que se hizo el 23 de agosto de 2013.

Señala que la aseguradora fue informada del incumplimiento en reunión realizada en el año 2013 y de la reclamación que se hizo al contratista; además, mediante comunicación del mes de agosto de 2015 MINEROS S.A. solicitó a la aseguradora definir el procedimiento para dar trámite a la reclamación de la póliza, quien no hizo reconocimiento de la suma asegurada, y por ello se convocó a conciliación prejudicial el 21 de septiembre de 2015, fecha que suspendió la prescripción del contrato de seguro hasta el 27 de noviembre de 2015 fecha en que se celebró la audiencia sin acuerdo; también se presentó reclamación directa a la aseguradora el 23 de septiembre de 2015, con la cual se interrumpió la prescripción de dicho contrato a la luz del artículo 90 del C.G.P.

3. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Admitida la demanda con auto de enero 15 de 2016, se notificó en forma personal a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA el 06 de mayo de 2016, entidad que da respuesta, como se sintetiza:

Manifiesta que los hechos relacionados con el contrato de obra por administración delegada le son ajenos pues no fue parte en él, deben probarse, y sobre los hechos relacionados con el contrato de seguro de cumplimiento; aclara que CONFIANZA expidió el seguro, se modificó en varias oportunidades desde la primera póliza que se expidió el 24 de febrero de 2012 por \$18.927'722.610, llamando la atención que la última modificación CU117547 del 23 de agosto de 2013, se hizo por el asegurado cuando ya conocía del presunto incumplimiento contractual; indica que fue informada del incumplimiento exactamente el 30 de abril de 2013, habiendo objetado la reclamación pues no se probó el siniestro ni la cuantía; asevera que para la fecha en que se convocó a audiencia prejudicial ya había operado la prescripción del contrato de seguro.

En su defensa se opone a las pretensiones y excepciona: 1. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO. Artículo 1081 del Código de Comercio. 2. AUSENCIA DE PRUEBA DEL SINIESTRO, SU CUANTÍA Y LOS PERJUICIOS IMPUTABLES AL GARANTIZADO. Prescrito el contrato de seguro la demandante pretende probar el siniestro y su cuantía con una simple certificación contable en la que señala la compra de energía a EPM y pago de intereses a LEASING BANCOLOMBIA por arrendamiento financiero. 3. INEXIGIBILIDAD DE CLÁUSULAS PENALES, MULTAS, LUCRO CESANTE Y PERJUICIOS INDIRECTOS POR EXPRESA EXCLUSIÓN. Cláusula segunda de las condiciones del seguro. 4. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. 5. INEXIGIBILIDAD DE INTERESES CON CARGO AL SEGURO. 6. EXCEPCIÓN GENÉRICA. Finalmente se opone al juramento estimatorio.

LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA

La demandada **CONFIANZA** llama a **MÉNSULA S.A.** (carpeta C03), con fundamento en que MINEROS S.A. y LEASING BANCOLOMBIA celebraron

Contrato de Leasing de Infraestructura sobre los activos que conforman el Proyecto Central Hidroeléctrica Providencia III, por lo cual LEASING BANCOLOMBIA celebró el 12 de febrero de 2012 con el CONSORCIO MÉNSULA-TRADECO un Contrato de Construcción por Administración Delegada; para asegurar el cumplimiento de este último contrato CONFIANZA expidió el seguro de cumplimiento en favor de particulares No. 05 CU061242; MINEROS S.A. en su condición de asegurado demandó a CONFIANZA con base en el presunto incumplimiento de las obligaciones en cabeza del consorcio y sus miembros.

Este llamamiento fue admitido, notificado y contestado, diciendo que lo relatado no son hechos, el primero no le consta, admitiendo el segundo y el numerado como sexto. Se opone al llamamiento y excepciona: 1. Inexistencia pretensión de incumplimiento contractual que impide que la sociedad MÉNSULA S.A. sea condenada a reembolso alguno. Explica que no hay pretensión que persiga la declaratoria de incumplimiento contractual por parte del consorcio, lo pedido es que se declare ocurrido el siniestro amparado en la póliza de cumplimiento CU061242. 2. Congruencia del llamamiento en garantía en la forma en que fue formulado de acuerdo a la solicitud realizada en el texto mismo. La finalidad del llamamiento, es que las sociedades del consorcio ejerzan su derecho de defensa.

Frente a la demanda responde que unos hechos son ciertos, otros no los son y algunos son interpretación del pacto contractual; señala que no es cierto que en la cláusula tercera se haya pactado plazo alguno, ni se suscribió documento relativo al plazo; señala que al vencimiento del plazo 24 de septiembre de 2013 sin terminar las obras en un gran porcentaje, se materializó el incumplimiento del consorcio, pero ello obedeció a la responsabilidad exclusiva de MINEROS S.A. Afirma que no es cierto que en el contrato se haya plasmado lo relacionado con la planta de personal, el valor de las nóminas y número de empleados y el contratista contrató el personal acordado para la ejecución de la obra; remite a la cláusula novena en la que se pactó un reembolso de los gastos y costos necesarios para la ejecución, de tal forma que el Consorcio realizaba una solicitud de reembolso y la contratante LEASING BANCOLOMBIA previa verificación de MINEROS S.A. procedía al pago o a la glosa y luego el

pago, por tanto no puede haber sobre costos; cuenta que el manejo del personal fue acordado con LEASING BANCOLOMBIA representada para asuntos técnicos por MINEROS S.A..

Afirma que las obras de tunelería tuvieron retrasos porque MINEROS S.A., en el afán de disminuir costos, ordenó modificar el método constructivo, eliminando una de las ventanas de construcción del túnel de conducción, así redujo los frentes de trabajo de seis (6) previstos inicialmente a cuatro (4), lo que implicó menor rendimiento y el contratista siempre contó con los recursos de personal disponible, suficiente y necesario para ejecutar la obra, por lo que el contratista no incumplió sus obligaciones.

Admite que el valor de los pagos por obra ejecutada fue de \$43.506'496.207, quedando un pendiente de pago y cancelado por MINEROS S.A. luego de terminar la obra de \$5.228'810.783 (h.19), lo que indica que se ejecutó el 137.7% del presupuesto pactado al vencimiento del plazo; narra que MINEROS S.A. celebró un segundo contrato pero omite decir que fue con MÉNSULA el cual tuvo que ser ampliado por fuerza mayor, suscribiendo contrato de transacción, en el que se declaró a MÉNSULA y a la aseguradora a paz y salvo.

Se opone a las pretensiones y excepciona a la demanda principal. 1. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO. Nunca se efectuó pago de honorarios al consorcio por parte de LEASING BANCOLOMBIA; no se suministró en debida forma la energía eléctrica necesaria para la operación de la maquinaria; hubo mora en los reembolsos que impactaron de manera negativa el proyecto, cláusulas 9 y 14. 2. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA POR ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO. MINEROS S.A. tomó decisiones que impactaron de manera negativa el rendimiento del contrato e impidieron su ejecución dentro del plazo. 3. FUERZA MAYOR EN LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL. 4. TRANSACCIÓN entre MÉNSULA y LEASING BANCOLOMBIA del contrato para continuar la obra. 5. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA DE LA SOCIEDAD MINEROS S.A., PARA PRETENDER, SIN LA PRESENCIA DE LA PARTE CONTRACTUAL LEASING BANCOLOMBIA S.A., MEDIANTE ACCIÓN DIRECTA LA COBERTURA

DEL AMPARO DE CUMPLIMIENTO- EXISTENCIA DE LITISCONSORCIO NECESARIO POR ACTIVA PARA PRETENDER ACCIÓN DIRECTA DEL CONTRATO DE SEGUROS. 6. INEXISTENCIA DE PRETENSIÓN DE DECLARATORIA CONTRACTUAL QUE PERMITA HACER EFECTIVO EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO-AUSENCIA DE COBERTURA DE CUMPLIMIENTO POR INEXISTENCIA DE PRETESION EN ESE SENTIDO. 7. INEXISTENCIA DE HECHO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL IMPUTABLE AL CONSORCIO MÉNSULA TRADECO EN LOS PERJUICIOS ALEGADOS POR MINEROS S.A. 8. MALA FE CONTRACTUAL. 9. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CONTRA LA DEMANDADA Y DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. 10. INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL CONTRATO. 11. INEXISTENCIA DE PRUEBA DE PERJUICIOS. 12. CUALQUIER OTRA PROBADA DENTRO DEL PROCESO, INCLUYENDO LAS DE COMPENSACIÓN, TRANSACCIÓN Y PRESCRIPCIÓN.

Finalmente, objeta el juramento estimatorio, conforme el artículo 206 del C.G.P.

También la demandada llamó en garantía a **TRADECO INFRAESTRUCTURA SUCURSAL COLOMBIA** (carpeta C04), con el mismo fundamento del anterior llamamiento.

Este llamamiento fue admitido, notificado y contestado por **TRADECO INFRAESTRUCTURA SUCURSAL COLOMBIA**, indica preliminarmente que en el contrato de construcción por administración delegada el consorcio se obligó a construir de acuerdo con las instrucciones, planos y especificaciones indicadas por la sociedad MINEROS S.A., y siendo por administración delegada el contratista desarrollaba el proyecto con las instrucciones del gestor y por su cuenta y riesgo, de tal forma que cualquier sobrecosto es responsabilidad del propietario y gestor del proyecto, quien tenía a cargo el manejo y control de la cadena de abastecimiento del proyecto, dirección y definición de la ejecución de los trabajos; menciona que el mayor tiempo de la obra obedeció a agentes externos, fuerza mayor, no imputables al contratista, que afectaron de manera negativa el plazo de ejecución, por lo que hubo tres prórrogas que no fueron suficientes; que a la fecha de vencimiento del plazo se había ejecutado un

135% del presupuesto y se contrató con MÉNSULA S.A. la terminación de la obra, lo cual requirió de prórrogas y se terminó por transacción.

Que la parte demandante no aporta prueba del incumplimiento y su pretensión se dirige a que se declare ocurrido el siniestro amparado por la póliza de cumplimiento artículo 1088 del Código de Comercio.

Sobre los hechos de la demanda, unos los admite como ciertos, otros, manifiesta no lo son. Expone que conforme la cláusula novena el valor del contrato fue de \$250'599.469 que correspondían a los honorarios del contratista que nunca fueron pagados, y si bien todos los costos y gastos serían por cuenta de la obra, ellos no eran por cuenta del consorcio, siendo muestra de la confusión que tiene la parte actora sobre la naturaleza del contrato; afirma que en la cláusula tercera no se definió plazo alguno, que si bien en un otrosí se modificó el plazo contractual, no se modificaron los hitos y cronogramas, como tampoco que dicha modificación haya sido por causa del consorcio, pues tuvo origen en situaciones exógenas tal como lo aceptó la parte contratante.

Responde que la no terminación de la obra dentro del plazo se debió a factores como mora en el suministro de energía, caída de un puente en la vía de acceso, crecientes del río, impedimentos de MINEROS S.A. en calidad de interventor para generar apertura de ventanas en la excavación del túnel, situaciones de orden público, dificultad para adquirir material explosivo, deficiencia de equipos que redujo el rendimiento, fallas geológicas inesperadas.

Sobre la contratación de personal, se contrató el acordado y conforme la cláusula novena se determinó un reembolso de los gastos y costos al consorcio por parte de LEASING BANCOLOMBIA, lo que impedía un sobre costo, ellos estaban por cuenta y riesgo del contratante.

Afirma que no es cierto lo dicho sobre la obligación que se pretende del literal m) cláusula cuarta, pues ésta fue cumplida a cabalidad, y lo cierto es que la contratante nunca pagó los honorarios y por ello legalmente no podría exigir

cumplimiento del contratista. Continúa manifestando que no incumplió obligación alguna, y lo dicho en relación con sobre costos no tiene sentido, pues los gastos no aprobados no eran pagados por ella, entonces ningún daño o perjuicio se le pudo haber causado, y los bajos rendimientos y frecuencias en los avances de la obra fueron responsabilidad de la mala gestión del contratante y con ocasión de fuerza mayor como se reconoce en las prórrogas del contrato.

Advierte que la demandante confunde los conceptos de inejecución y de incumplimiento, y si bien las obras no se ejecutaron en su totalidad, fue por causas no imputables al contratista, al punto que no se pretende se declare el incumplimiento del contrato.

Aclara que la póliza fue expedida a favor de LEASING BANCOLOMBIA no de MINEROS S.A. como se observa en las certificaciones aportadas por CONFIANZA con su respuesta; considera que no se presentó la interrupción de la prescripción con la información sobre el supuesto incumplimiento y para el 21 (23) de septiembre de 2015 cuando se hizo la reclamación ya había operado la prescripción de conformidad con el artículo 1081 del Código de Comercio.

Opone excepciones frente a la demanda principal: 1. CLÁUSULA COMPROMISORIA. Cláusula veintiséis del contrato. 2. FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. 3. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA, la demandante no es parte en el contrato de seguro y no es beneficiaria de la póliza. 4. TRANSACCIÓN entre demandante y MÉNSULA en el segundo contrato. 5. COSA JUZGADA. 6. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA. 7. AUSENCIA DE PRUEBAS SOBRE LOS SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS Y SUPUESTOS PERJUICIOS, ASI COMO SU CUANTIA FRENTE AL CONTRATO DE SEGURO Y LA INDEMNIZACIÓN SOLICITADA. 8. INEXISTENCIA DE PRETENSIÓN DE DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO. 9. IMPROCEDENCIA SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR INEXISTENCIA DE PRETENSIÓN DE INCUMPLIMIENTO. 10. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO E INEXISTENCIA DE HECHO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD. 11. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO. 12. EL DEMANDANTE NO ES CONTRATANTE CUMPLIDO-FALTA DE

LEGITIMACIÓN. 13. FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO. Finalmente objeta el juramento estimatorio a la luz del artículo 206 del C.G.P.

En relación con los hechos del llamamiento, dice que no le consta el contrato de leasing entre MINEROS S.A. y LEASING BANCOLOMBIA; que es cierto el Contrato de Construcción por Administración Delegada entre esta y el Consorcio MÉNSULA –TRADECO, denotando la falta de legitimación de la demandante, lo demás no son hechos o son resumen de la demanda principal.

En su defensa opone como excepciones al llamamiento: 1. CLÁUSULA COMPROMISORIA Y FALTA DE JURISDICCIÓN. Cláusula veintiséis del contrato. 2. INEXISTENCIA DE PRETENSIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

Integrada la relación jurídico-procesal, el *a quo* procede a proferir sentencia anticipada declarando configurada la excepción previa de transacción, decisión que fue objeto de recurso y por dicho trámite en esta instancia fue revocada, providencia en la que, además, se declaró no configuradas las otras excepciones previas formuladas.

En cumplimiento de la anterior decisión, el *a quo* dispuso correr traslado de las excepciones de mérito propuestas por la demandada, el cual fue descorrido por la actora.

Luego se convoca a la audiencia establecida en el artículo 372 del C.G.P., para diciembre 02 de 2019, en la cual se acuerda por las partes suspender el proceso hasta el 01 de marzo de 2020, vencido este plazo, el 09 de abril de 2021 se dispone la continuación de la audiencia para el 31 de agosto de 2021. Llegado el día fijado se agotan las etapas de conciliación, interrogatorios de parte, fijación del litigio, saneamiento del proceso y decreto de pruebas, fijando fecha para practicar la instrucción y fallo para el 15 de diciembre de 2021, en esta sesión se evacuaron algunos testimonios de los decretados y se suspende para continuar el 10 de febrero de 2022, donde se escuchó los alegatos finales y se indicó el sentido del fallo el cual sería proferido por escrito.

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (ESCRITA)

Agotado el trámite del proceso, y para resolver el asunto puesto a consideración de la jurisdicción, el juez profirió sentencia con fecha 24 de febrero de 2022, en la cual hace una síntesis de las alegaciones presentadas en audiencia por las partes y las llamadas en garantía, en sus consideraciones hace alusión a la demanda y defensas, luego plantea el problema jurídico, hace cita jurisprudencial sobre el contrato de seguro de cumplimiento. A continuación indica qué está probado, haciendo referencia a la póliza de cumplimiento No. 05 CU061242, certificado Cu117547 expedida por CONFIANZA S.A., entendiendo que si bien allí no aparece MINEROS S.A., LEASING BANCOLOMBIA funge como su delegatario.-cláusula diecinueve del contrato de construcción por administración delegada-, satisfaciendo la legitimación por activa.

Aborda el tema del incumplimiento del CONSORCIO MÉNSULA TRADECO y afirma que acorde con los términos del contrato entre LEASING BANCOLOMBIA y el CONSORCIO es claro que sí se presentó el incumplimiento, pues las obras no fueron culminadas y entregadas el 24 de septiembre de 2013, así se afirma en la demanda y se reconoce en la contestación, sin perjuicio de las excepciones propuestas. Resalta que el plazo se señaló en la cláusula trece del contrato, con las modificaciones que se hicieron en los otrosí en especial el No 3, en el que se estableció como fecha definitiva el 24 de septiembre de 2013 *“descontados los días de suspensión por fuerza mayor”*, sin que se cumpliera lo pactado. Señala que, acreditado el incumplimiento, se cumple con el requisito de probar el siniestro, siendo necesario probar el perjuicio y su cuantía de conformidad con lo establecido en el artículo 1077 del Código de Comercio.

Sobre el perjuicio, recuerda el hecho veintiuno de la demanda en el que indica la parte actora que tuvo que pagar intereses al LEASING BANCOLOMBIA, aportando certificación y prueba contable, anunciando que pagó \$10.408'30.192; que además tuvo que adquirir de EPM Medellín energía para su operación en minería por \$10.294'953.691. Para determinar si se probó este perjuicio, alude al concepto técnico del ingeniero JAIRO TALERO, que no es una certificación contable como se anunció, y lo asume como prueba

documental de contenido declarativo conforme el artículo 262 del C.G.P. sin que se hubiese solicitado ratificación. Sobre este elemento probatorio, afirma el *a quo* que no reúne los requisitos de una certificación contable, máxime que no la suscribe un contador ni está acompañada de los soportes que se exigen respecto de este medio de convicción, por ello, la valorará como prueba documental en forma similar a un testimonio. Valorado así, se afirma en la sentencia, que este medio no tiene la fuerza necesaria para acreditar los perjuicios que se reclaman, memora que el ingeniero en su intervención hizo un recuento de todo lo acaecido para la celebración del contrato de LEASING DE INFRAESTRUCTURA, su ejecución e inconvenientes, prórrogas, etc. lo que no tiene discusión; que presentó un cuadro en el que da cuenta de las obras no terminadas para la fecha de vencimiento del plazo, que sirve para la alegada mala administración y atraso de la obras, pero no ofrece elementos de convicción sobre la generación y concreción de los perjuicios y su cuantía. Pasa a analizar certificación suscrita por la firma DELOITTE como revisor fiscal de MINEROS S.A., con fecha 20 de diciembre de 2016, de la cual, dice el juez, tiene fundamento en los libros contables de la empresa, pero no se anexan los soportes contables pertinentes y por ello no es de recibo, resultando insuficiente para acreditar los perjuicios. Igual análisis hace sobre la certificación de fecha 27 de octubre de 2016, citando jurisprudencia sobre la valoración de este medio de prueba.

A continuación, se refiere a los demás medios de prueba allegados, para indicar que no tienen incidencia respecto del asunto de los perjuicios, refiriéndose en especial al informe financiero rendido por ANA MARÍA RÍOS PUERTA. Termina indicando, que no puede dejar pasar que, en las condiciones generales de la póliza, cláusula 2.8 y 2.10 expresamente se excluyó la cobertura del lucro cesante, cláusula penal y multas.

Advierte que no es necesario pronunciamiento sobre las excepciones ni los llamamientos en garantía.

Desestima entonces las pretensiones de la demanda, no se pronuncia sobre las excepciones ni llamamientos, ordena devolver caución a CONFIANZA, condena en costas a la demandante fijando agencias en derecho de esa instancia.

6. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

En escrito presentado en tiempo, advierte que lo único apelado es lo concerniente al punto de la prueba de los perjuicios, manteniendo incólume lo considerado en cuanto a la ocurrencia y prueba del incumplimiento imputable a los demandados.

Como reparos concretos formula los que se compendian (archivo 33 primera instancia), y que fueron sustentados en esta instancia en el momento procesal concedido para ello (archivo 05 segunda instancia):

1. VIOLACIÓN DE NORMA SUSTANCIAL POR INDEBIDA INTERPRETACIÓN.

El artículo 1077 del Código de Comercio señala que debe probarse la ocurrencia de siniestro y la cuantía de la pérdida; que el tipo de pérdida que se amparó en la póliza, debe ser articulado con el interés asegurable que estuvo en cabeza de MINEROS S.A. en virtud del cual ocupó la posición de asegurado, seguro de cumplimiento que tiene naturaleza patrimonial, por cuanto está llamado a proteger la afectación en el patrimonio del asegurado por el incumplimiento del deudor; que obra prueba que MINEROS S.A. canceló la totalidad de la obra en un valor superior al contratado por causa de las pérdidas de inventarios, falta de administración del contratista y sus atrasos recurrentes, afectando su patrimonio, lo que se probó con la certificación de LEASING BANCOLOMBIA que ni siquiera se mencionó en el fallo; que también se probó que MINEROS S.A. debió asumir la contratación de las mismas obras inconclusas con otro contratista, valor que afectó su patrimonio y aumentó su pasivo por el pago de intereses que debió asumir; que tampoco tuvo en cuenta el fallo la respuesta de LEASING BANCOLOMBIA con sus soportes, ni la estructura del leasing financiero, ni los documentos del 23 de julio de 2013, ni el dicho del representante legal de MÉNSULA S.A., ni la declaración de SANTIAGO CARDONA, ni el informe financiero que no fue objetado y que llama la atención que en el expediente virtual están descargadas las facturas que remitió LEASING BANCOLOMBIA, indicando que no fueron apreciadas.

2. AUSENCIA DE CONSIDERACIÓN DE LAS PRUEBAS RECAUDADAS EN EL PROCESO.

De la respuesta completa de LEASING BANCOLOMBIA; tampoco apreció las pruebas exhibidas por CONFIANZA, ni la certificación del revisor fiscal, ni el informe financiero.

3. INDEBIDA APRECIACION DE LOS MEDIOS PROBATORIOS. Indebida valoración de las certificaciones del revisor fiscal DELOITTE, al exigir soportes, pues son verdaderos dictámenes que dan cuenta de un hecho económico reflejado en una contabilidad. Ley 43 de 1990, art. 2, art. 777 ET.

Recibida la sustentación del recurso de apelación y corrido el traslado correspondiente, se recibió escrito de la llamada en garantía **TRADECO INFRAESTRUCTURA SUCURSAL COLOMBIA** (archivo 07 segunda instancia), quien expone que en el escrito de sustentación del recurso no se esgrime argumento que desvirtúe la apreciación y valoración probatoria conjunta y de acuerdo a la sana crítica que hizo el juzgado, por el contrario la disconformidad se contrae a estar en desacuerdo con la forma como fueron valoradas, porque el juez valoró todos los medios de prueba dándoles el que correspondía. Solicita se confirme la decisión de primer grado.

Por su parte, la también llamada en garantía **MÉNSULA S.A.** se pronunció, pero de forma extemporánea.

II. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Conforme la ley procedimental, el trámite de proceso se adelantó con el cumplimiento de los presupuestos necesarios que permiten dar validez a lo actuado, y es este Tribunal Superior a través de la Sala Tercera de Decisión Civil, competente para desatar el recurso de alzada interpuesto por la parte demandante, a quien le fue desfavorable el fallo emitido por el iudex a quo dentro del proceso de la referencia.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si como afirma la parte demandante y recurrente, existió error en la valoración probatoria realizada por el juez de primera instancia para determinar que no se acreditó el perjuicio y su cuantía y, por ende, si le asiste razón en los reparos planteados que se relacionan con que se probó el perjuicio y su extensión.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. EL CONTRATO DE SEGURO

La normatividad comercial nacional no ha definido el contrato de seguro por correr el riesgo de dejar por fuera de tal definición muchos aspectos que puedan estar involucrados en él atendiendo las diversas clases de seguro y los distintos riesgos que pueden llegar a protegerse, es así como ha sido la doctrina y la jurisprudencia quienes se han encargado de emitir definiciones o conceptos sobre lo que es el contrato de seguro, tenemos por ejemplo la de STIGLITZ Rubén, en su obra Derecho de Seguros, T.I, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, que lo define así: *“El contrato de seguro es un contrato por adhesión, por el cual una de las partes, el asegurador, se obliga contra el pago o la promesa de pago de premio efectuada por el asegurado, a pagar a éste o a un tercero la prestación convenida, subordinada a la eventual realización del riesgo tal como ha sido determinado, durante la duración material del contrato”*

Por su parte la Jurisprudencia, con base en la normativa que regula el contrato de seguro lo ha definido de la siguiente manera:

“El contrato de seguro es aquel negocio bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo 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. Salta a la vista, pues, que uno de los elementos esenciales en este esquema contractual es la obligación condicional contraída por el asegurador de ejecutar la prestación prometida si llegare a realizarse el riesgo asegurado, obligación que por lo tanto equivale al costo que ante la ocurrencia del siniestro debe aquel asumir, y significa así mismo la contraprestación a su cargo, correlativa al pago de la prima por parte del tomador” (Véase Sentencia 24 de Enero de 1994, expediente 4045).

El Código de Comercio regula el contrato de seguro en el Título V del libro cuarto, esto es a partir del artículo 1036 y hasta el artículo 1162, señalando en el artículo 1045 los elementos esenciales del contrato de seguro: i) El interés asegurable, ii) El riesgo asegurable, iii) La prima o precio del seguro, y iv) La obligación condicional del asegurador, la falta de uno de ellos hará que el contrato de seguro no produzca efecto alguno.

3.2. DEL DAÑO COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Para que se estructure la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, es necesario que se demuestre suficientemente la estructuración de los elementos de la responsabilidad civil que se aduce, entre los cuales se encuentra el elemento daño que ha sido denominado por la jurisprudencia como *“la estructura vertebral de la responsabilidad civil”*¹.

De conformidad con lo anterior, es posible afirmar que el daño es un elemento *sine qua non* de la responsabilidad civil, el que jurídicamente se define como la lesión, detrimento o destrucción de un derecho patrimonial o extrapatrimonial y que debe ser objeto de reparación integral. El daño además, debe reunir unas características para que pueda ser reparado o indemnizado y éstas son: *(i)* Ser directo; *(ii)* cierto y *(iii)* legítimo; en términos generales, la prueba de su existencia y cuantía le corresponde al promotor de la acción de responsabilidad civil, quien tiene la carga de demostrar los fundamentos de hecho que originan la afectación como su magnitud y en tratándose de perjuicios patrimoniales, su cuantía.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC16690-2016 de 17 de noviembre de 2016, con ponencia del Magistrado Álvaro Fernando García Restrepo, proferida dentro del expediente con radicado 11001 31 03 008 2000 00196 01, así se refirió al daño como elemento configurativo de la responsabilidad civil:

“1. El daño. Generalidades.

1.1. Como elemento estructural de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, el daño es *“todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad”*. Además, es el requisito *“más importante (...), al punto que sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna”* (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994- 26630-01).

1.2. Para que sea *“susceptible de reparación, debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’”* (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.º 6879).

1.3. La condición de ser directo exige, en el caso de la primera de las dos clases de responsabilidad atrás mencionada -contractual-, que él sea

¹ Véase por ejemplo sentencia del 4 de abril de 2001, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Referencia: Expediente No. 5502.

resultado de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno.

(...)

1.4. El otro requisito se refiere a la real existencia y veracidad del daño, temática respecto de la cual esta Corporación, entre muchos otros pronunciamientos, ha puntualizado:

No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia (v. gr.: intereses moratorios). (...).

Sobre este particular ha señalado la jurisprudencia de la Sala, ‘repitiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración’ (LVIII, pág. 113) (CSJ, SC del 25 de febrero de 2002, Rad. n.º 6623; negrillas fuera del texto).

1.5. Cabe añadir que, en ningún caso, es dable confundir el daño mismo y su comprobación, con la indemnización y la prueba de su *quantum*.”

De manera que corresponde a la parte demandante, probar la existencia del daño y la intensidad o cuantía del mismo, labor para la cual, naturalmente puede hacerse uso de cualquiera de los medios de prueba legalmente establecidos.

III. CASO CONCRETO

Conforme lo estipulado en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso el Tribunal se limitará a los puntos que han sido planteados como inconformidad en contra de la sentencia que es objeto de recurso, pues son

esos reparos concretos los que delimitan la competencia de la Corporación en este asunto, que arribó el 10 de mayo de 2022.

Teniendo en cuenta que las inconformidades de la parte demandante y recurrente en alzada están relacionadas con la negativa de las pretensiones por la falta de demostración del perjuicio y su cuantía, pertinente resulta, antes de entrar a analizar en detalle la valoración probatoria realizada por el *a quo* y los reparos que frente a esta presenta la parte inconforme, determinar con claridad cuáles son los perjuicios reclamados en este caso, esto, porque se evidencia que la demanda no tiene la claridad deseada en este aspecto, siendo indispensable precisar ello para poder continuar seguidamente, como se anteló, con el estudio probatorio correspondiente.

En el acápite denominado como pretensiones del libelo genitor, en lo relativo a la condena dineraria la parte demandante se limitó a pedir de forma general *“el reconocimiento de la suma asegurada a MINEROS S.A. en calidad de beneficiario dentro del contrato de seguro de cumplimiento contenido en la Póliza No. CU061242, en la cuantía de DOS MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$2.500'000.000)”*, más intereses moratorios o en su defecto indexación.

En el aparte del juramento estimatorio, expuso con un poco más de detalle, pero también de forma escueta, que la cuantía de las pretensiones se funda en los perjuicios sufridos por MINEROS S.A. que superan el monto de la suma asegurada, pormenorizándolos así: (i) Sanción penal pecuniaria y multas aplicables \$5.823.027.509; (ii) Daño Emergente \$15.604.671.767 y (iii) Lucro Cesante \$8.242.651.578, señalando más adelante que: *“MINEROS S.A. debió incurrir frente a LEASING BANCOLOMBIA en el pago de intereses comerciales por valor de DIEZ MIL CUATROCIENTOS OCHO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA MIL CIENTO NOVENTA Y DOS PESOS (\$10.408.630.192) y debió adquirir de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN por concepto de compra de energía para su operación de minería una cifra equivalente a DIEZ MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS (\$10.294.953.691), se encuentra incluida dentro de la liquidación del daño emergente que se razonó”*.

Y en el sustento fáctico de la demanda, en lo relacionado con los perjuicios expresó que el valor base del presupuesto oficial de la obra fue de \$35.394.939.139; que éste fue indebidamente manejado por el Consorcio contratado para la construcción de la hidroeléctrica; que por lo anterior, para el momento de terminación del contrato el presupuesto presentó el “comportamiento” que se describe como \$43.506.496.207 de pago de obras ejecutadas y \$5.228.810.783 pendientes de pago pero canceladas por MINEROS S.A. después de la terminación del contrato; que por la falta de terminación de la obra al momento de su entrega MINEROS S.A. debió pagar a LEASING BANCOLOMBIA intereses por la suma total de \$10.408.630.192 y, también debió comprar energía para su operación minera por un valor total de \$10.294.953.691.

La anterior reseña evidencia de entrada que la parte demandante se quedó bastante corta en su labor de determinar con claridad y detalle, en el libelo genitor, los perjuicios reclamados, pues además de que no afirma hechos básicos como por ejemplo, las fechas en las cuales pagó los intereses que reclama y las cuantías de cada pago, así como las fechas en que compró energía con causa imputable a la falta de entrega oportuna de la hidroeléctrica y cada uno de los pagos que por ello hizo; tampoco dice cuál es el concepto o conceptos que incluyó en el reclamo de lucro cesante; señala además, que la compra de energía y el pago de intereses a LEASING BANCOLOMBIA hacen parte del daño emergente reclamado, pero la sumatoria de estos dos conceptos no coincide con la suma pedida por daño emergente en el juramento estimatorio; no afirma con claridad si está reclamando o no por el mayor valor de la obra, lo que tampoco puede deducirse de la lectura de toda la demanda, porque realizada la cuenta de a cuánto asciende ese mayor valor según los datos del libelo genitor y que se obtiene de restarle al valor total de la obra **\$48.735.306.990²** el valor del presupuesto inicial **\$35.394.939.139**, para un total de sobrecosto de **\$13.340.367.851**, no se evidencia en cuál concepto de los señalados en el juramento estimatorio fue incluida dicha suma.

² Suma de \$43.506.496.207 pago de actas y obras ejecutadas y \$5.228.810.783 pendiente de pago y efectivamente canceladas por Mineros S.A. luego de la terminación del contrato, según el hecho décimo noveno de la demanda.

Por lo anterior, esta Sala, en un ejercicio de interpretación de la demanda como lo ha avalado y exigido nuestro máximo órgano de decisión civil³, pero sin entrar a afirmar valores que realmente no pueden entenderse como solicitados y sin que se esté anticipando que deban ser reconocidos, como tampoco que no tengan otras deficiencias en su sustentación, concluye que lo reclamado finalmente de forma clara y contundente en la demanda que da lugar a este proceso es: (i) Daño emergente comprendido por: \$10.408.630.192 por concepto de intereses pagados por MINEROS S.A. a LEASING BANCOLOMBIA y \$10.294.953.691 de compra de energía; (ii) lucro cesante por valor de \$8.242.651.78 y (iii) Sanción penal y multas por valor de \$5.823.027.509.

En cuanto al lucro cesante y las multas, concluyó el juez de primera instancia que, por estar excluidos expresamente dichos amparos en la póliza objeto de discusión, no había lugar ni siquiera al estudio de si se acreditaron esa clase de perjuicios, aspecto que además de no haber sido discutido en la sustentación de la alzada por la parte recurrente, debe confirmarse al coincidir esta Sala con el *a quo*; pues en efecto, claramente se concluye de la lectura de la mencionada póliza No. CU061242 y sus cláusulas, que de forma expresa, clara, contundente y debidamente plasmada (Folios 277 y 477 PDF 2 Cuaderno Principal) (Véase además SC2879-2022⁴ sobre la ubicación de las exclusiones en la póliza), se estableció en las cláusulas 2.8 y 2.10 la exclusiones del lucro cesante y sanciones pecuniarias o cláusulas penales; por manera que, sin entrar en otras consideraciones ya anticipadas, como por ejemplo la incompleta determinación de los conceptos incluidos en el lucro cesante y la falta de afirmación en la

³ Véase entre otras la sentencia del 19 de septiembre de 2009 M.P. William Namen Vargas

⁴ Con apoyo en los elementos hermenéuticos antes señalados, considera la Corte que una adecuada interpretación del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero exige su análisis armónico con la normativa que ha proferido la Superintendencia Financiera «para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el artículo 184 numeral 2° EOSF» y concretamente, la exigencia de la CE 029 de 2014 respecto a la ubicación de los amparos y exclusiones a partir de la primera página de la póliza, interpretación que no sólo permite cumplir con las exigencias de información y conocimiento del tomador sino también atender el principio general de prevalencia de la voluntad de las partes contratantes. Radicación n.º 11001-31-99-003-2018-72845-01 88 A juicio de la Sala, esta intelección se corresponde en mejor medida con las condiciones actuales del mercado asegurador, en el que se ha llegado a un grado de detalle en la delimitación del riesgo que, por lo general, haría imposible la inclusión de todas las coberturas y exclusiones únicamente en la primera página de la póliza –al menos en un formato legible, como es de rigor–. Sostener una interpretación contraria, es decir, exigir la consignación forzosa y exclusiva de las exclusiones en la primera página de la póliza, podría cercenar o restar efectos a la facultad de delimitación de riesgos legalmente otorgada al asegurador, en tanto castigaría con ineficacia las exclusiones consignadas de manera clara e ininterrumpida a partir de la primera página. Considera la Sala que la intención del legislador de garantizar la correcta y suficiente información del asegurado y su conocimiento de las coberturas y exclusiones del amparo contratado se cumple a cabalidad cuando éstas se consagran de forma continua, ininterrumpida y con caracteres destacados a partir de la primera página de la póliza, lo que permite una redacción clara y detallada que, a su vez, redunde en la adecuada comprensión que busca el artículo 184 del EOSF54.

demanda de los hechos que sustentan dicho perjuicio, basta coincidir con el *a quo* y no insistir en el estudio de esos tópicos, manteniendo su negativa.

Ahora, en punto al daño emergente, asunto álgido de discusión en la sustentación del recurso, también se anteló que su incompleta formulación hace muy difícil que se pueda establecer con certeza si se causaron o no los conceptos que se reclamaron como incluidos en dicha forma de daño, porque no se detallaron en la demanda aspectos fundamentales, como las fechas en que se pagaron los intereses reclamados o el momento en el cual MINEROS S.A. empezó a pagar intereses adicionales, esto, con el fin de establecer si estaban relacionados o no con el aumento del valor de la obra y con el retraso de ésta, pues acreditar únicamente que MINEROS S.A. pagó intereses a LEASING BANCOLOMBIA es insuficiente para entender dicho concepto como perjuicio derivado del contrato de construcción que dio lugar a la emisión de la póliza de cumplimiento aquí estudiada, toda vez que al tener MINEROS S.A. celebrado un contrato con LEASING BANCOLOMBIA, necesariamente debía pagar intereses, aunque no hubiese demora de las obras o aumento del presupuesto inicial, siendo determinante afirmar y luego demostrar entonces que, por la demora y aumento del presupuesto, se causaron unos intereses adicionales, así como acreditar el monto de los mismos. Y, en similar sentido, también se evidencia en la demanda insuficiencia del sustento fáctico relacionado con la compra de energía, porque tampoco se señalan fechas o periodos en los cuales se realizó compra de energía que fuese imputable a la demora de las obras como tampoco los montos de cada compra, conceptos éstos para los cuales, además de las deficiencias en su solicitud, el material probatorio recaudado es insuficiente para demostrarlos causados y acreditada la cuantía, como se pasará a detallar al resolver los reparos de la recurrente.

Alega la recurrente que, por el simple hecho de haberse demostrado con la certificación emitida por LEASING BANCOLOMBIA que el desembolso de dineros que ésta entidad realizó fue superior a lo establecido en el presupuesto inicial de la obra, así como por haberse acreditado que la construcción tuvo sobrecostos y que la demandante debió contratar para la terminación de las obras de la hidroeléctrica, es suficiente para demostrar el daño pretendido en ese aspecto, pues dice la inconforme, que de ello se deriva la lógica conclusión

de la existencia de un detrimento patrimonial para MINEROS S.A.; pero esa conclusión no se comparte, porque como se dijo al realizar la interpretación de la demanda, aquí no se solicitó reconocimiento y pago del sobre costo de la obra, como tampoco de lo pagado para la terminación de ésta; sino, los intereses que por esos sobre costos tuvo que pagar MINEROS S.A. a LEASING BANCOLOMBIA, siendo necesario para ello que se probara de forma clara, cuáles fueron los intereses adicionales que pagó MINEROS S.A. y su monto exacto, para lo que es insuficiente la certificación aludida y cuya valoración echa de menos la recurrente, en tanto la misma solo da cuenta de los montos que desembolsó LEASING BANCOLOMBIA por toda la obra, pero no detalla intereses, mucho menos los adicionales que puedan ser imputables al retraso de la construcción. Véase que los documentos arrimados por LEASING BANCOLOMBIA solo dan cuenta de las sumas desembolsadas para el proyecto, cuentas de cobro y pagos que ésta realizó al consorcio y luego a Ménsula (archivos:19RespuestaLeasingBancolombiaOficio592Del02Sept2021;20CopiadeSoportePagosMinerosAnexosRespuestaOficio592LeasingBancolombia;21FacturasAnexoRespuestaOficio592PorLeasingBancolombia, todos del Cuaderno 1), pero nada refieren a los intereses reclamados, información que realmente no le fue solicitada a LEASING BANCOLOMBIA en el oficio que le fue remitido (13OficioLeasingBancolombiaConstanciaRemisiónDiligenciamiento Cuaderno1) y que tampoco se puede obtener de la otra documentación que la recurrente dice no fue valorada, pues los contratos, otrosí, los documentos aportados con la demanda y con el pronunciamiento frente a las excepciones y los documentos exhibidos por MÉNSULA, evidencian la existencia de los contratos discutidos, las vicisitudes que se presentaron en la construcción de la hidroeléctrica, las discusiones entre las entidades contratantes sobre las dificultades presentadas en la ejecución del proyecto, las cuentas de cobro efectuadas por el consorcio y los desembolsos derivados de ellas, pero no permiten establecer con la contundencia necesaria los perjuicios específicos reclamados en la demanda.

La parte inconforme también reprocha que el *a quo* no valoró la declaración del testigo SANTIAGO CARDONA quien expresó incumplimiento en la terminación de las obras y mala gestión de recursos por parte del consorcio; ni el interrogatorio del representante legal de MÉNSULA al reconocer que para la fecha de la terminación del contrato faltaban obras por realizar; ni el informe

financiero que aportó con la demanda y del que dice da cuenta de los sobrecostos de la obra, como tampoco el contrato que posteriormente debió celebrar con MÉNSULA para la terminación de las obras, exigiendo además, que de dichas pruebas el juez deduzca la existencia de perjuicios y su cuantía, pero no le asiste razón en su reclamo, porque como se dijo, en la demanda no se pidió el pago de los sobrecostos de la obra, por lo menos no de forma clara y expresa que permita su reconocimiento y tampoco se reclamó el valor del contrato que posteriormente celebró para la terminación de la construcción, en tanto, solo se pidió claramente el pago de intereses adicionales por el contrato de leasing y la compra de energía que debió realizar para sus operaciones por no tener disponible oportunamente la hidroeléctrica, perjuicios para los cuales esas pruebas referidas por la inconforme no son propicias, porque, aunque el juez pueda inferir que, por haberse aumentado el valor de la obra la demandante pudo haber pagado más intereses, era necesario que para su reconocimiento se demostrara con contundencia y no por mera inferencia, el pago efectivo de los mismos y la cuantía, aspecto para el cual es exigua la demora de la construcción o la existencia de sobrecostos o de pago de obras adicionales.

Realmente, para establecer el valor de los intereses que aduce MINEROS S.A. pagó de más a LEASING BANCOLOMBIA y la compra de energía como el precio pagado, sí era muy importante, como dijo el fallador de primera instancia, que se arrimaran las facturas donde se evidenciara con claridad dichos pagos y los estados financieros de esa entidad y, aunque es verdad que para acreditar el daño y su cuantía no existe tarifa legal, tampoco puede desconocerse que sí existen pruebas más idóneas de cara al perjuicio que se quiere acreditar en cada caso; por ejemplo, para establecer que se realizó una compra, obviamente es más idónea la factura de compra o el documento donde se hace constar la compra realizada, que un testimonio, no significando lo anterior que se desprecie el testimonio; sino, que en casos como el presente, donde se reclaman pagos y compras por tan altas sumas de dinero, los testigos muchas veces no pueden dar, con la contundencia y precisión deseada, la información necesaria y suficiente que permita reconocer un perjuicio de este tipo, no siendo posible que el fallador establezca de unas afirmaciones generales efectuadas por los deponentes o extraídas de algunos documentos

como los ya enunciados, información precisa y detallada que no se desprende claramente del contenido de dichos medios de prueba.

Véase precisamente que el señor SANTIAGO CARDONA director de proyectos en MINEROS S.A. (Archivo 26 AudienciaInstrucciónYJuzgamiento1Parte minuto 0:21 en adelante), dio cuenta clara en su declaración del retraso de las obras por diferentes factores, unos atribuibles a la naturaleza, otros de orden público y también otros que dijo como imputables al Consorcio por indebida administración de los recursos humanos y económicos, como en la utilización de los bienes y herramientas de trabajo; también expuso la existencia de sobrecostos, daños y pérdidas de las herramientas; pero al referir al tópico central de discusión, pago de intereses y compra de energía, solo expresó el deponente de forma genérica e imprecisa que tuvieron que comprar energía por el orden de 8700 millones de pesos y que por intereses al leasing se pagaron entre 9 o 10 mil millones de pesos, ponencia que entonces es muy contundente para el tema de incumplimiento del contrato, pero muy genérica e insuficiente de cara a los perjuicios específicos reclamados.

Similar conclusión a la anterior se desprende de la declaración del señor HEBERT ZULUAGA SALAZAR cuyo dicho ni siquiera estaba relacionado con el incumplimiento del contrato ni con los perjuicios en modalidad de daño emergente discutidos; sino, con un eventual lucro cesante por la pérdida de venta de energía por parte de MINEROS S.A., pues éste hace parte de la empresa que se encarga de realizar la venta de energía que le queda de sobra a MINEROS S.A. luego de que le fuera entregada la hidroeléctrica (Archivo 28 AudienciaInstrucciónYJuzgamiento3Parte minuto 0:22 en adelante).

Realmente el único testigo de los que comparecieron a instancia de la parte demandante que dio cuenta de forma más detallada de los perjuicios reclamados fue la señora ANA MARÍA RÍOS PUERTA quien dijo laborar para la empresa demandante en el área financiera desde hace quince años y señaló que MINEROS S.A. debió pagar entre el 24 de septiembre de 2013 y el 15 de marzo de 2015, intereses por \$9.249.405.737 suma que afirmó se obtiene de multiplicar todos los sobrecostos por la tasa pactada del DTF + 3.5 y que tuvieron que comprar a EPM energía por la suma de \$8.771.936.939, pero ese

dicho, además que proviene de una dependiente de la empresa demandante, lo que de entrada le puede restar objetividad, por más preciso que sea en cuanto a las sumas señaladas, por si solo es insuficiente para lograr el convencimiento necesario que conlleve al reconocimiento de las altas sumas pedidas (Archivo 27 AudienciaInstruccionYJuzgamiento2Parte).

Como anexo de la demanda se aportó documento denominado “*CONCEPTO TÉCNICO EN TORNO A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA CELEBRADO ENTRE LEASING BANCOLOMBIA Y EL CONSORCIO MÉNSULA TRADECO*”, el cual, más allá de las discusiones formales sobre su alcance al pretender en cierta medida ser un dictamen que no fue arrimado como tal y, por la falta de comparecencia de su suscriptor a la audiencia, lo cierto es que también contiene relatos de situaciones relacionadas con el aducido incumplimiento del contrato por parte del consorcio, como la demora en contratación del personal; retraso en el inicio de la obra; posterior contratación de personal insuficiente; pagos de salarios superiores a los propuestos; mal manejo de los inventarios de bienes y, retraso en los trabajos y en la entrega de la obra, pero no tiene información relevante sobre la compra de energía ni del pago de intereses por el contrato de leasing, debiendo entonces coincidir esta Sala con la conclusión del *a quo* al valorarlo, relativa a que tendría relevancia de cara al incumplimiento del consorcio pero no en cuanto al tópico de los daños y su cuantía (Folios 54 a 77 PDF CuadernoPrincipalEscaneado del cuaderno 1 y Archivo28 AudienciaInstruccionYJuzgamiento).

La recurrente reclama que el juez de primera instancia no le dio el valor probatorio que considera adecuado, a las certificaciones emitidas por la firma encargada de hacer la revisoría fiscal de la sociedad demandante, esto es, DELOITTE, las que militan a folios 495 y 497 del PDF 2CuadernoPrincipalEscaneada y, reprocha porque esa prueba fue desestimada por el *a quo* con sustento en una sentencia que considera no resulta aplicable al caso concreto, diciendo la inconforme que las certificaciones emitidas por un revisor fiscal son prueba contable sin necesidad de que se acompañen de los estados financieros en que se sustentan, para cuyo efecto trajo a colación una sentencia del Consejo de Estado relativa a la importancia de las certificaciones

de contadores públicos y revisores fiscales en materia tributaria cuando no son desvirtuadas.

Sobre el anterior tópico precisa esta Sala que más allá del alcance de dichas certificaciones, sin estar acompañadas de los registros contables de la demandante, la verdad es que de las mismas tampoco se puede obtener la certidumbre necesaria en materia de los perjuicios reclamados y, en este punto, es de mayor relevancia lo que se ha venido diciendo sobre la falta de determinación con claridad y precisión de los tiempos en los que MINEROS S.A. pagó intereses adicionales como causa imputable a la demora de la hidroeléctrica y, también, los periodos en que debió comprar energía por dicho retraso. Véase que las certificaciones aludidas solo tienen de forma genérica y sin detalle alguno, por un lado, los montos que asumió MINEROS S.A. por compra de energía y, por otro, por pago de intereses del leasing, esto para los años 2013, 2014 y 2015, información de la que no se puede obtener con la convicción necesaria el perjuicio reclamado y su cuantía, pues si en la demanda se afirma que el plazo final para la entrega de la obra fue el 24 de septiembre de 2013, no es posible deducir que toda la compra de energía y pago de intereses realizada ese año es imputable a una demora en la entrega de la obra; en similar sentido, si en la demanda ni siquiera se narra la fecha en que MINEROS S.A. finalmente tuvo a su disposición y puso en marcha la hidroeléctrica, imposible resulta determinar hasta qué momento debió comprar energía por no poderla obtener directamente de su hidroeléctrica; si tampoco se cuenta en el líbelo genitor cuáles fueron los meses o periodos que el contrato de leasing se amplió y de ahí el pago de intereses derivado del retraso de la plurimencionada obra, imposible resulta extraer de dicha certificación cuáles son las sumas que MINEROS S.A. asumió por cuenta del retraso referido.

Se reitera que, esas afirmaciones faltantes en la demanda y que no se obtienen tampoco con certeza del material probatorio que es muy genérico y enfocado principalmente en el incumplimiento y retraso de la obra, no pueden ser conseguidas por el juez en forma de deducción de una información tan general como la que se narró en la demanda y se arrimó al plenario; sino que debieron

ser claramente plasmadas en el líbello genitor e igualmente claras y contundentes debieron ser las pruebas presentadas para demostrarlas.

Y es que en este caso, que es complejo por involucrar varios contratos de cuantías muy considerables; por la duración de la construcción; por los muchos procesos que implicaba la construcción como manejo de material, de empleados, reuniones y, por el valor del inmueble objeto de la construcción, entre otros, la acreditación del daño requería de un especial y esmerado detalle y contundencia en materia de los libres medios de convicción, que proporcionaran la cantidad y calidad requerida de elementos de conocimiento útiles para que el Juez pudiera adquirir certeza sobre la existencia y cuantía, lo que no ocurrió.

Los anteriores argumentos conllevan a que no prosperen los reproches de la parte demandante frente a la valoración probatoria del juez de primera instancia y, en consecuencia, a confirmar la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones.

COSTAS

Condenar en costas en esta instancia a la parte demandante únicamente en favor de TRADECO INFRAESTRUCTURA SUCURSAL COLOMBIA, por ser la única integrante de la parte pasiva que se pronunció oportunamente en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

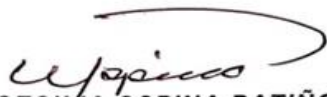
PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el 24 de febrero de 2022 por el **JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**.

SEGUNDO. CONDENAR a la parte demandante en costas en esta instancia en favor de TRADECO INFRAESTRUCTURA SUCURSAL COLOMBIA, por lo expuesto.

TERCERO: Como decisión de la ponente, por agencias en derecho en esta instancia se fija la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) en favor de lo llamada en garantía TRADECO INFRAESTRUCTURA SUCURSAL COLOMBIA.

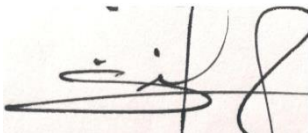
CUARTO. ORDENAR que por secretaría se devuelva el expediente al juzgado de origen, en firme esta decisión.

Los Magistrados,



MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO
Magistrada

Firma escaneada exclusiva para decisiones de la Sala Tercera de Decisión Civil Tribunal Superior de Medellín, conforme el artículo 105 del Código General del Proceso, en concordancia con las disposiciones de la Ley 2213 de 2022



JOSE GILDARDO RAMIREZ GIRALDO
Magistrado

(Firma escaneada exclusiva para decisiones de la Sala Tercera de Decisión Tribunal Superior de Medellín, conforme el artículo 105 del Código General del Proceso, en concordancia con las disposiciones de la Ley 2213 de 2022)



GLORIA PATRICIA MONTOYA ARBELÁEZ
Magistrada