

LAUDO TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1.995).

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, se procede a pronunciar en derecho el Laudo que finaliza el proceso arbitral entre la sociedad MITSUI DE COLOMBIA S.A., de una parte, y la sociedad COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, de la otra, ambas domiciliadas en Santafé de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1.- Mitsui de Colombia S.A. formuló demanda ordinaria contra la Compañía Aseguradora de Fianzas - CONFIANZA - S.A., que en el reparto correspondía al Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá. Contestada dicha demanda con oposición a la prosperidad de todas las pretensiones, en la audiencia de conciliación prevista por el art. 101 del c. de p.c., las partes convinieron en someter sus diferencias a tribunal de arbitramento que allí mismo integraron.

2.- El Tribunal se instaló, y luego de asumir competencia, adelantó el proceso habiendo decretado y practicado íntegras las pruebas pedidas por ambas partes, a cuyos apoderados oyó en audiencia de alegación.

3.- Mitsui de Colombia S.A. pidió proferir las siguientes declaraciones y condenas:

1ª. Que el siniestro amparado por la póliza de seguro de cumplimiento a favor de particulares No.03-002-3763442 expedida el 22 de enero de 1.992 por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., - CONFIANZA -, en la que figura como tomador la Sociedad Manufacturas Metal Eléctricas Ltda. - Metalec -, y como asegurado - beneficiario Mitsui de Colombia S.A., ocurrió el 13 de marzo de 1.992.

2ª. Que la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. debe responder por el pago del siniestro amparado por la póliza mencionada, a Mitsui de Colombia S.A., quien tiene allí la calidad de beneficiario-asegurado.

3ª. Que la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. se encuentra en mora de pagar a Mitsui la suma asegurada desde el 27 de julio de 1.992.

4ª. Que la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. debe pagar a Mitsui de Colombia S.A.: 1). la suma de seiscientos catorce millones trescientos noventa y un mil cuatrocientos cincuenta pesos (\$614'391.450.00), que es el valor asegurado por la póliza mencionada; y 2) Los intereses moratorios de esa suma, liquidados a la tasa más alta que legalmente fuere posible aplicar al momento de liquidarse la condena, desde el 27 de julio de 1.992.

5a. Que la demandada debe pagar las costas del proceso.

4.- Los hechos en que se fundan tales pretensiones se resumen así:

4.1.- Mitsui de Colombia S.A. celebró contrato con Manufacturas Metal Eléctricas Ltda. - Metalec - el 11 de julio de 1.989, para el "diseño, suministro, transporte e instalación de las torres autosoportadas y riendadas y obras civiles de casetas y bases para arreglos solares, para el proyecto equipos de microondas 032/86 grupos II y III de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones"

4.2.- Conforme a la cláusula 2a. de dicho contrato, Metalec se comprometió para con Mitsui a diseñar, fabricar, transportar, suministrar e instalar todos los bienes y servicios necesarios para el cabal cumplimiento del contrato y de acuerdo con las condiciones y estipulaciones del mismo.

4.3.- El valor de dicho contrato fue de tres millones trescientos tres mil ochenta y un dólares americanos (US\$3.303.081.00), más una suma estimada para transportes de doscientos sesenta y dos mil ochocientos sesenta y cuatro dólares (US\$262.864.00).

4.4.- El precio de los bienes y servicios se dividió en: un millón cuatrocientos setenta y siete mil setecientos treinta y dos dólares (US\$1.477.732.00), por concepto de bienes, y un millón ochocientos veinticinco mil trescientos cuarenta y nueve dólares (US\$1.825.349.00) por concepto de servicios, ambas sumas pagaderas en pesos colombianos.

4.5.- En el Anexo 2 del contrato, el valor de los servicios se fraccionó en: 1. Troncal: quinientos mil sesenta y seis dólares (US\$500.066.00) por el grupo II, red troncal; y 2. Rural: un millón trescientos veinticinco mil doscientos ochenta y dos dólares (US\$1.325.282.00) distribuidos en setecientos ochenta y tres mil trescientos treinta y nueve dólares (US\$783.339.00), grupo II, red rural; cuatrocientos cincuenta mil ciento setenta y ocho dólares (US\$450.178.00), grupo III, red rural; y noventa y un mil setecientos sesenta y cinco dólares (US\$91.765.00), adecuaciones, para un valor total del rubro de servicios de un millón ochocientos veinticinco mil trescientos cuarenta y nueve dólares (US\$825.349.00).

4.6.- Mitsui se comprometió a pagar a Metalec el valor de los servicios, así: 1.15% como anticipo, con la presentación de la cuenta y de las pólizas; 2. "50% dentro de los 21 días siguientes a la iniciación de los servicios"; 3. El 35% restante, a la terminación confirmada de cada servicio.

4.7.- En lo que respecta a garantías, "el contratista (Metalec) debía suministrar póliza de buen manejo del anticipo por el ciento por ciento del valor del anticipo y el pago del inicio del servicio".

4.8.- Entre el 13 y el 18 de junio de 1.989, Mitsui pagó a Metalec doscientos setenta y tres mil ochocientos dos dólares con treinta y cinco centavos (US\$273.802.35), para cubrir el 15% del anticipo, y el 22 de septiembre del mismo año, novecientos doce mil seiscientos setenta y cuatro dólares con cincuenta centavos (US\$912.674.50), por concepto de anticipo al inicio de los servicios, cantidades convertidas a moneda nacional. El 65% pactado y pagado como anticipo del valor del contrato ascendió a un millón ciento ochenta y seis mil cuatrocientos setenta y seis dólares con ochenta y cinco centavos (US\$1.186.476.85). Metalec entregó a Mitsui dos pólizas de cumplimiento expedidas a favor de esta por Seguros Universal en cuanto a ese 65% de anticipo por concepto de servicios: a). una por ciento cinco millones setenta y un mil seiscientos cincuenta pesos (\$105.071.650.00), valor de los US\$273.802.35 a la tasa de \$383.75; y b). una por trescientos sesenta y ocho millones trescientos dieciocho mil novecientos veintiún pesos con veintidós centavos (\$368.318.921.22), equivalentes a US\$912.674.50, al cambio de \$403.56 por dólar.

4.9.- Esas garantías estuvieron vigentes entre el 11 de julio de 1.989 y el 11 diciembre de 1.990.

4.10.- Para enero de 1.992, pendiente de justificación un anticipo por valor de ochocientos sesenta y un mil cuatrocientos treinta y tres dólares con treinta centavos (US\$861.433.30) y vencidas las garantías expedidas por Seguros Universal "Mitsui le solicitó a Metalec que, para cumplir lo estipulado en la cláusula 12a. del contrato, le presentara póliza de seguro que amparara el anticipo aún no justificado de los servicios".

4.11.- A carta suya de 22 de enero de 1.992, dirigida a Mitsui, Metalec acompañó la póliza solicitada expedida por Confianza S.A., por valor asegurado de seiscientos catorce millones trescientos noventa y un mil cuatrocientos cincuenta pesos (\$614.391.450.00), con vigencia de 22 de enero de 1.992 a 22 de enero de 1.993, cuyo objeto era garantizar la correcta inversión del anticipo para servicios aún no efectuados para los grupos II y III torres autosoportadas y riendadas para el proyecto de microondas 032/86", con nota de que "el

valor asegurado corresponde a US\$861.433.30, liquidados al cambio de US\$713.22 pesos col..."

4.12.- Habiéndose descontado el anticipo justificado para los servicios de la red troncal, el valor restante, asegurado por esa póliza, era menor.

4.13.- Mitsui no intervino en la celebración del contrato de seguro, que Metalec gestionó por conducto de la agencia de seguros Incolseg, que es agencia que representa a la aseguradora.

4.14.- El 13 de marzo de 1.992, Mitsui le comunicó por escrito a Metalec, alegando justa causa, la terminación del contrato, que no tuvo ulterior ejecución, y la requirió para la devolución del anticipo no invertido.

4.15.- El 25 de junio de 1.992 Mitsui formuló reclamación a Confianza con base en la póliza mencionada, por intermedio de los Dres. Ramón Eduardo Madriñán y Rafael H. Martínez.

4.16.- El 24 de julio de 1.992 Confianza rechazó dicha reclamación, con razones a las que Mitsui replicó en escrito de 20 de agosto siguiente.

4.17.- En el mes de septiembre de ese año, tanto aseguradora, como beneficiaria del seguro, pusieron el caso en conocimiento de la Superintendencia Bancaria, que hizo algunas consideraciones útiles para su definición judicial.

4.18.- Mientras, se adelantaba proceso arbitral planteado por Mitsui frente a Metalec, con solicitud de condena a esta a devolverle "el anticipo de US\$641.433.30 entregado para la ejecución de los servicios de la red rural", que no se habían ejecutado por cuanto dio por terminado unilateralmente el contrato, proceso en el que la convocada reconvino con súplica de declarar resuelto el contrato por incumplimiento de Mitsui.

4.19.- Dicho Tribunal, en laudo de 7 de septiembre de 1.993, condenó a Metalec a devolverle a Mitsui \$886.880.672.97, valor del anticipo no empleado, con corrección monetaria.

4.20.- Mitsui puso ese laudo en conocimiento de la aseguradora, que de nuevo rehusó el pago del siniestro.

5.- Confianza S.A., como se indicó, se opuso a la prosperidad de la demanda y adujo las excepciones de "inexistencia del contrato de seguro, nulidad del contrato de seguro, prescripción, caducidad de la acción, contrato garantizado no cumplido por parte del demandante", fundándolas en que el riesgo no puede depender "exclusivamente de la voluntad del beneficiario (Mitsui)..." además de que, "habiéndose producido desde antes de la expedición de la póliza el incumplimiento del contrato y específicamente de la obligación contractual de amortizar el anticipo, el riesgo ya se había producido y, de consiguiente, no existían interés asegurable ni riesgo asegurable, por cuanto el suceso asegurado del incumplimiento ya había sucedido". En el presente caso, precisó la demandada, "el riesgo de no amortización del anticipo se produjo el 11 de diciembre de 1.990, fecha de expiración del subcontrato celebrado entre Mitsui y Metalec. Y según el hecho sexto de la demanda, el anticipo había sido entregado desde julio y septiembre de 1.989".

II.- NATURALEZA Y REGIMEN DEL CONTRATO.

1.- El seguro de correcta inversión del anticipo tiene su respaldo legal en la ley 225 de 1.938, destinada a proveer al "establecimiento del seguro de manejo y cumplimiento", cuya expedición se hizo indispensable para superar el obstáculo legal surgido de que el Código de Comercio de 1.887, aparte de referirse exclusivamente a los seguros de cosas¹ y de identificar los conceptos de caso fortuito y riesgos², prohibía al asegurador "constituirse responsable de los hechos personales del asegurado"³, vedando así asegurar el evento del

incumplimiento de un determinado deudor, en la medida de que tal incumplimiento, además de no poderse tener como caso fortuito, era en si mismo ilícito y constituía fuente de responsabilidad civil.

2.- Según lo prevé esta ley, el seguro en cuestión "tiene por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes y contratos" 4. Este estatuto especial no debe entenderse derogado por el Código de Comercio de 1.971, por cuanto el último, lejos de regular íntegramente la materia referente al seguro de manejo y cumplimiento, sólo se refirió a el en el segundo inciso del artículo 1099, simplemente refrendatorio de lo previsto sobre subrogación en el artículo 4º. de la Ley 225 de 1.938. La normatividad propia del seguro de manejo y cumplimiento se encuentra en la ley 225 y en las "disposiciones legales pertinentes sobre compañías de seguros... y contratos de seguros"5.

3. Se lee en la ponencia que el Capítulo de Bogotá presentó sobre el seguro de cumplimiento al IX Encuentro Nacional celebrado en la ciudad de Pereira que, "por esa época, no se veía claro quien era el asegurado. Si el acreedor, titular de un derecho personal contra el deudor, o el mismo deudor, interesado en precaver las consecuencias que causara su propio incumplimiento. Al validar la ley 225 de 1.938 los seguros de cumplimiento, previó que se regirían por las disposiciones legales pertinentes sobre contratos de seguros y que las personas que otorgaran las pólizas correspondientes estarían gobernadas por las normas sobre compañías de seguros y sociedades anónimas. De esta manera, por expresa afirmación de la ley, los seguros de cumplimiento son seguros y no fianzas, aunque en la práctica se les llame seguros de fianza por parecerse a estas garantías...".

"La ley 225 de 1.938 es una ley de contenido especial. Fue expedida para permitir un seguro destinado a servir de garantía a los acreedores de obligaciones nacidas del contrato y de la ley, pero enmarcado por las características propias del contrato de seguro y formando parte de la actividad empresarial y masiva de las compañías aseguradoras. En los seguros de cumplimiento no puede ser asegurado sino el acreedor, titular de un derecho personal contra el deudor y única persona que puede invocar la existencia de un interés asegurable de contenido económico y plenamente lícito, como lo confirma el decreto 1348 que reglamentó aquella ley. El deudor no puede ser jamás asegurado. No tiene por definición intereses asegurables puesto que es el obligado, es decir, la persona sometida a su acreedor por el vínculo jurídico nacido de la ley o del contrato, y suponiendo que pudiera tener ese interés, no sería tampoco un interés lícito, dado que es ilícito todo incumplimiento que genere responsabilidad. En los seguros de cumplimiento, tales como fueron creados por la ley 225 de 1.938 y lo ratifica el decreto reglamentario, el riesgo es la posibilidad futura e incierta del incumplimiento del deudor...".

"En los seguros de cumplimiento de obligaciones es asegurado el acreedor y es riesgo la conducta del deudor, quien puede cumplir o no su obligación. En ellos el asegurador se obliga a indemnizar al acreedor el daño o perjuicio que le cause el incumplimiento del deudor, sea el emergente por la privación de la prestación prometida por el deudor, sea el lucro cesante si se ha asumido expresamente por el asegurador (art. 1088 C. de Co.). Por el contrario, hay otra clase de seguros en que el asegurador no se compromete a indemnizar al acreedor el perjuicio que le cause el incumplimiento del deudor, sino que se obliga a pagar, en lugar del deudor, lo mismo que este ha prometido al acreedor. Son los seguros llamados de crédito...Como es obvio, mientras que en los seguros de cumplimiento el acreedor tiene que demostrar ante el asegurador que el incumplimiento del deudor le ha causado perjuicio y cuanto vale este perjuicio, en los seguros llamados de crédito bastaría afirmar que el deudor no ha cumplido para que el asegurador tenga que pagar lo mismo que se obligó el deudor".

"Diciendo la ley expresamente que los seguros de cumplimiento están gobernados por las reglas propias a los contratos de seguros (art.70, Ley 225 de 1.938) y, por su naturaleza

misma, obligándose por ellos el asegurador a indemnizar al acreedor el daño o perjuicio que le cause el incumplimiento de la obligación, no están regidos por las reglas legales referentes a los seguros de personas..., sino que son variedad de los seguros de daños, sometidos plenamente al principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, a cuyo tenor "respecto del asegurado, los seguros de daños son contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento". Visto que los seguros de cumplimiento son obligaciones que creó la ley 225 de 1.938 no pueden ser confundidos con los seguros de crédito, y están sujetos por tanto al principio de la indemnización. Como variedad de los seguros de daños, el acreedor asegurado esta compelido, en caso de incumplimiento del deudor, a demostrar ante el asegurador no solo la ocurrencia del siniestro (incumplimiento de la obligación) sino también que este incumplimiento le ha causado un menoscabo patrimonial. Lo anterior significa, conforme a las reglas generales sobre los caracteres del daño o perjuicio para que de lugar a reparación, que el acreedor asegurado tiene que demostrar, judicial o extrajudicialmente, la existencia, certidumbre o carácter directo del daño cuya indemnización deba hacer el asegurador en virtud del incumplimiento del deudor. Si el perjuicio no existe porque el incumplimiento del deudor no causó daño alguno al acreedor, o resulta ser un daño meramente hipotético, o suponiéndolo probado no tiene una relación causal con el incumplimiento, el asegurador no esta obligado a indemnizar al acreedor asegurado, pues en los seguros de daños la obligación del asegurador no es la de pagar suma cierta o líquida de dinero al asegurado sido la de reparar a este el daño que le haya cuando el incumplimiento del deudor."

4. El seguro de cumplimiento es contrato en virtud del cual el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado el perjuicio que el deudor de éste cause a dicho asegurado, como consecuencia del incumplimiento de obligación nacida de otro contrato. Se denomina asegurador, en aquel contrato, la compañía que asume el riesgo, asegurado el acreedor que lo traslada y "afianzado el deudor cuyo eventual incumplimiento constituye el riesgo. El objeto de la obligación del asegurador es, pues, garantizar al asegurado que, de sufrir daño por el incumplimiento de una obligación contractual asumida por su deudor, dicho daño le será resarcido por el asegurador, hasta concurrencia de la suma asegurada.

5.- Conviene reiterar que el de cumplimiento, como especie que es de los seguros de daños, más precisamente de los patrimoniales es, respecto del asegurado, contrato de mera indemnización y que, por ende, jamás puede constituir para él fuente de enriquecimiento. La suma asegurada representa, de otra parte, el limite máximo de la responsabilidad del asegurador⁷, por lo que, de ocurrir el siniestro, el asegurado debe demostrar al asegurador, judicial o extrajudicialmente, además de tal ocurrencia, el perjuicio que le haya ocasionado el asegurado con el incumplimiento de su obligación de invertir correctamente el anticipo⁸, sin que pueda éste pretextar que la suma asegurada en cuestión representa, sin mas, la cuantía de la pérdida. La obligación del asegurador en el seguro en comento no es la de afianzar la intangibilidad del anticipo o su devolución en caso de no invertirse correctamente, pues este contrato no es seguro de crédito sino, preciso es recalcarlo, de cumplimiento de una de las obligaciones específicas que el deudor asume en los contratos de obra, cual es la de destinar el anticipo para los fines que le fue concedido. Garantiza, en consecuencia, la indemnización de los perjuicios que el deudor afianzado cause al acreedor asegurado y que puedan considerarse consecuencia del incumplimiento aludido. La carga de la prueba de la ocurrencia del siniestro (incumplimiento), de la cuantía del perjuicio y del nexo causal entre incumplimiento y daño incumbe, como en los restantes seguros de daños, al asegurado, según los principios comunes relativos a los requisitos necesarios para configurar la responsabilidad civil del deudor afianzado.

VICISITUDES DEL CONTRATO DE OBRA Y SU REPERCUSION EN EL CONTRATO DE SEGURO

1. .- Se ha precisado que en esta clase de seguro el incumplimiento del deudor afianzado es verdadera conditio sine qua non de la eventual responsabilidad del asegurador frente a la reclamación del asegurado, lo cual pone de presente la pertinencia de analizar algunos

antecedentes de las relaciones entre Mitsui y Metalec porque, según resulta debidamente establecido en los autos, ocurrieron ciertos sucesos que afectaron el contrato Mitsui-Metalec de fecha 11 de julio de 1.989 con causa en el cual fue expedida la póliza de seguro de cumplimiento de Confianza que la entidad asegurada pretende hacer efectiva mediante el presente proceso, sucesos que, en lo que respecta a la obligación cuyo cumplimiento fue garantizado, proyectan sus consecuencias jurídicas sobre el contrato de seguro de que aquí se trata, en razón de lo más arriba expuesto.

2.- En efecto, sucedió que a raíz de que Mitsui, afirmando hacer efectivos derechos que dijo le confería el citado contrato de 11 de julio de 1.989, hiciera saber a Metalec, mediante comunicación de fecha 13 de marzo de 1.992, su decisión de ponerle fin y dar por terminado el citado contrato, surgieron entre las partes diferencias que dieron lugar a la convocatoria de un tribunal de arbitramento que las definiera y decidiera, todo de conformidad con la cláusula compromisoria estipulada en aquel contrato. Ante dicho Tribunal formuló Mitsui las siguientes pretensiones que, en lo que aquí interesa, transcribió o resumió este Fallador así:

"Primera pretensión: Que el Tribunal declare que entre Mitsui de Colombia S.A. y Metalec, Manufacturas Metal Eléctricas Ltda., existió un contrato de derecho privado, en el que la primera sociedad era la parte contratante y la segunda la parte contratista, contrato que se suscribió en Bogotá el 11 de julio de 1.989.

"Segunda pretensión: Que Mitsui de Colombia S.A. terminación en forma unilateral y por justa causa el anterior contrato, el día 13 de marzo de 1.992.

"Tercera pretensión: Que como consecuencia de la declaración anterior, se liquide el contrato celebrado entre Mitsui de Colombia S.A. y Metalec, Manufacturas Metal Eléctricas Ltda., esto es, se establezca su balance, es decir, lo que cada una de las partes le debe a la otra al día 13 de marzo de 1.992, suma que Mitsui de Colombia S.A. declara en pesos US1.395.843.00 o su equivalente en pesos colombianos, por lo menos.

"Pretensión Tercera Bis: Que en la suma total a que se refiere la petición tercera, esto es, que en US\$395.843.00 están incluidos US\$861.433.30, suma que recibió Metalec a título de anticipo para servicios para los grupos II y III, torres autosoportadas y riendadas, para el proyecto de microondas 032, y que no fue invertido ni utilizado con esa destinación y que Metalec debe restituir a Mitsui

"Cuarta Pretensión: Que como consecuencia de la declaración inmediatamente anterior (aclara el Tribunal la contenida en la tercera pretensión), se ordene a Metalec, Manufacturas Metal Eléctricas Ltda. pagar en favor de Mitsui de Colombia S.A. las sumas de dinero que resulten en favor de ésta al día 13 de marzo de 1.992, sumas que deben actualizarse hasta el día de su pago efectivo con el cargo de intereses moratorios a la tasa máxima que fuere aplicable a operaciones comerciales, según lo certifique la Superintendencia Bancaria.

"Quinta Pretensión: Que se declare que la conducta contractual de Metalec Manufacturas Metal Eléctricas Ltda., que dio origen a que Mitsui de Colombia S.A. terminara por justa causa el contrato a que se refieren las peticiones primera y segunda, que causó perjuicios a Mitsui de Colombia S.A. (daño emergente y lucro cesante), que la sociedad contratista debe indemnizar...".

A su turno, en demanda de reconvención, Metalec formuló sus propias pretensiones, que fueron, transcritas o resumidas por el Tribunal y en lo que aquí importa, las siguientes:

"Primera pretensión: Que el Tribunal declare que Mitsui es contractualmente responsable de todos los perjuicios sufridos por Metalec durante la ejecución del Contrato 321-88 celebrado entre las partes el 11 de julio de 1.989.

"Segunda pretensión: Que los perjuicios sufridos por Metalec durante la ejecución del contrato, son imputables a Mitsui a título de culpa o a título de abuso del derecho, o porque tratándose de circunstancias externas, como eventuales incumplimientos o abusos de parte de Telecom, le son objetivamente atribuibles, por cuando (sic) no es mi representada la que debe padecer los resultados de las acciones u omisiones del propietario de la obra frente a Mitsui.

"Tercera pretensión....

"Cuarta pretensión: Que Mitsui está en la obligación de cumplir las obligaciones contractuales que en la fecha tiene pendientes frente a Metalec...".

3.- Con fecha 7 de septiembre de 1993 el Tribunal expidió el laudo respectivo, en conciencia, como había sido pactado en la cláusula compromisoria, laudo que impugnado ante el Tribunal Superior del D. J. de Santafé de Bogotá, mediante recurso de anulación, interpuesto por Metalec, salió intacto de tal prueba, conforme a sentencia de 12 de septiembre de 1.994. En el referido laudo quedaron resueltas las pretensiones de las partes en los siguientes términos, que se transcriben en lo que puede ser aquí de interés:

"Segundo: Declárase terminado por culpa contractual recíproca y equivalente de las dos partes, el contrato mencionado bajo el numeral anterior (se alude al del 11 de julio de 1.989 ya conocido).

"En consecuencia, niégase la solicitud de declarar que dicho contrato fue terminado unilateralmente y por justa causa por Mitsui de Colombia S.A.

"Tercero: Por cuanto existió culpa de ambas partes, niéganse las peticiones de perjuicios presentadas en la demanda y en su reconvención, así como en las respectivas modificaciones de éstas.

"Cuarto: Condénase a Metalec, Manufacturas Metal Eléctricas Ltda., a restituir a Mitsui de Colombia S.A, el anticipo recibido para los servicios de la denominada en el contrato, red rural...".

"Quinto: ...

"Sexto: Niéganse todas las demás peticiones de la demanda formulada por Mitsui de Colombia S.A.

"Séptimo: Niéganse las peticiones contenidas en la demanda de reconvención presentada por Metalec...

"Octavo: ...

"Noveno: En cuanto a las excepciones, declárase probada únicamente la de culpa contractual, pero en la modalidad de culpa recíproca y equivalente.

"Décimo:

"Undécimo...

4.- Considera este Tribunal que conciernen especialmente a este proceso porque, como quedó dicho, sus efectos jurídicos alcanzan al contrato de seguro de cumplimiento contenido en la póliza en que Mitsui funda sus pretensiones, las declaraciones de que dan cuenta los numerales segundo, tercero y noveno de la parte resolutive del laudo de 7 de septiembre de 1.993, antes transcritos, por las razones que habrán de expresarse más adelante, una vez se

explique previamente por qué hay lugar a tener en cuenta aquí un laudo cuya fuerza de cosa juzgada es ajena al presente proceso.

5.- La explicación radica en que si bien el principio de la relatividad de la cosa juzgada impone que la sentencia respectiva sólo puede producir efectos inmediatos entre quienes fueron parte en el proceso en que se profiere, paralelamente a lo que ocurre en el plano contractual, en el cual los contratos sólo producen efectos entre quienes los celebran, de todos modos ellos y sus efectos existen respecto de todo el mundo, y no sólo eso, sino que son susceptibles de generar efectos reflejos oponibles a ciertos terceros. En lo que toca con las sentencias judiciales, sucede que si entre la situación jurídica que fue materia de una sentencia y otra situación de la cual es sujeto un tercero, media una relación de conexidad jurídica, por efectos reflejos ineludibles lo que se disponga en aquella está llamado a repercutir sobre el tercero. Es, en términos generales, la situación presentada en el art. 52, inciso primero, del C. de P.C., para legitimar la intervención del tercero en el proceso cuya sentencia puede llegar a afectarlo.

6.- Pero esta explicación requiere un comentario adicional, dado que el laudo proferido en el proceso Mitsui-Metalec fue dictado en conciencia por los árbitros integrantes del Tribunal, lo que acaso pudiera suscitar alguna objeción contra la aplicabilidad aquí del mismo. Pero tal objeción no sería razonable, porque en materia arbitral nuestra legislación, al admitir la posibilidad del fallo en conciencia, lo hace sin establecer diferenciación alguna entre ese tipo de fallo y el que se dicta en derecho, de suerte que ambos tienen ante la ley la misma fuerza e idéntica eficacia. Lo cual es, por lo demás, enteramente razonable, visto que, como lo destaca el tratadista Chiovenda, la sentencia es tal en virtud del acto de voluntad manifestado en el mandato dispuesto por el juez en la parte resolutive o dispositiva de aquella, que es donde está su esencia, nunca en la motivación o juicio lógico aducido para fundamentarla, juicio que en sí mismo puede ser actividad posible a cualquier persona. Se compagina con esta concepción el art. 304 del C. de P.C., al ordenar que precisamente en el umbral de la parte dispositiva de toda sentencia diga el juez que obra "Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley". Corolario de todo lo anterior es, entonces, que no importa si el juez falla en conciencia, cuando está facultado para obrar de ese modo, y que lo así decidido, como antes se hizo notar, tiene tanta fuerza ante la ley, y ante el Estado, como lo que decida actuando en derecho.

7.- Dicho lo anterior, se vuelve ahora sobre los puntos en que el laudo proferido en el proceso Mitsui-Metalec está llamado a repercutir en el contrato de seguro de aquí se trata. Esos puntos son:

a). El de que da cuenta el numeral 2o. de la parte resolutive del laudo, el cual, como se recordará, declara terminado el contrato de obra celebrado entre Mitsui y Metalec con fecha 11 de julio de 1.989. Según se lee en la parte motiva del laudo, el juzgador no encontró que fuera válida la cláusula de dicho contrato, o sea la decimocuarta, en la cual Mitsui se reservó el derecho de ponerle fin unilateralmente al contrato en caso de incumplimiento de sus obligaciones por Metalec, y consecuentemente le negó también validez al ejercicio efectivo de tal derecho que hizo Mitsui y que puso en conocimiento de Metalec mediante la comunicación de fecha 13 de marzo de 1.992 que obra en los autos. Con base en esos argumentos e interpretando el querer de ambas partes, el laudo en el numeral de su parte resolutive que se comenta, prácticamente hizo tabla rasa de la terminación dispuesta por Mitsui en su citada comunicación de 13 de marzo de 1.992, para sustituirla por la declaración de terminación impartida en el aludido numeral 2o. Como bien se ve, se trata de una determinación judicial de tipo constitutivo cuyo acatamiento es aquí forzoso, de modo que para todos los efectos legales hay que entender que el contrato Mitsui-Metalec apenas expiró con la ejecutoria del laudo de 7 de septiembre de 1.993, siendo de observar que la circunstancia de haberse interpuesto contra él el recurso de anulación, no suspendió sus efectos según puede deducirse de lo que dispone el inciso final del art. 35 del decreto-ley 2279 de 1 989.

Cáigase en la cuenta, entonces, de que lo dispuesto en el numeral 2o. de la parte resolutive del laudo Mitsui-Metalec se contrapone abiertamente a la pretensión primera de las formuladas por Mitsui en la demanda que dio lugar al presente proceso arbitral contra Confianza, pretensión mediante la cual se solicita que este Tribunal declare que el siniestro amparado por la póliza de seguro de fianza o cumplimiento de cuya efectividad aquí se trata, ocurrió el día 13 de marzo de 1.992, es decir, con ocasión de la terminación del contrato dispuesta en la comunicación de esa misma fecha dirigida por Mitsui a Metalec, con apoyo en la cláusula decimocuarta del contrato de obra a que tantas veces se ha hecho aquí referencia.

b). El otro punto por el cual el laudo de 7 de septiembre de 1.993 trasciende al contrato de seguro de cumplimiento objeto del presente proceso, y de manera decisiva a juicio de este Tribunal, está expresado en los numerales 2o., 3o. y 9o. de la parte resolutive de dicho laudo, y versa sobre la declaración expresa que se hace en dichos numerales acerca de que el contrato Mitsui-Metalec tantas veces nombrado fue incumplido por ambas partes, simultáneamente y en el mismo nivel de importancia, circunstancia que es precisamente la allí tomada en cuenta para ordenar la terminación del contrato, básicamente, y en virtud de ello, para negar la condena al pago de perjuicios formulada por cada parte contra la otra. En ese tópico el laudo en referencia hace un detenido examen de la conducta contractual observada por las partes durante la ejecución del contrato, y con base en las pruebas allí aportadas, que fueron en general trasladadas a este proceso, llega a la conclusión de que tanto Mitsui como Metalec fueron descuidadas y negligentes en el cumplimiento de sus respectivos deberes contractuales; que siempre estuvieron más atentas a discrepar que a colaborar entre sí y prestarse el recíproco apoyo que la ejecución del contrato exigía; y que en ello radicó la causa fundamental para que la relación contractual llegara al extremo de fracaso a que llegó. Tras considerar que no puede decirse que la conducta anticontractual de una de las partes haya sido anterior a la de la otra, ni que ese comportamiento anómalo lo haya observado una de ellas en grado mayor al de su cocontratante, al equiparar de esa suerte los respectivos incumplimientos hubo de atribuirles igual responsabilidad, y de ahí que se hubiera visto en la necesidad de absolver a cada una de la condena en perjuicios que contra ella pidió la otra.

8- Salta a la vista, entonces, la decisiva trascendencia que en el caso de autos tiene esta decisión judicial acerca de que las partes del contrato Mitsui-Metalec incurrieron en recíproco incumplimiento de las obligaciones que contrajeron en virtud del mismo, y que ello sucedió al mismo nivel de gravedad. Porque, en esas circunstancias, la declaración de incumplimiento predicada de ambas partes significa que cada una de ellas estaba facultada para abstenerse de cumplir con lo suyo, para anteponer su propio interés al de su acreedor o cocontratante. Miradas las cosas no más allá de la superficie de la relación sinalagmática, en el evento comentado cada parte aparece incumpliendo aquello a que está obligada; pero vistas a profundidad, la idea de incumplimiento se disipa y esfuma, desde luego que se advierte que cada parte dispone de un derecho o prerrogativa que la faculta para no cumplir, es decir, que está colocada en una situación especial que hace lícita y conforme a derecho su conducta; dicho en otras palabras, en una situación que si bien confrontada con el contrato y objetivamente considerada muestra al deudor en el estado formal propio de un incumplimiento, en realidad no es tal deudor incumplido por cuanto, al menos provisionalmente, el acreedor está enervado para exigirle el cumplimiento, precisamente porque él, a su vez, ha dejado de cumplir. Razones de elemental equidad, recogidas por el derecho positivo y consideradas allí como aplicación natural de la teoría de la causa, explican que la interdependencia de las obligaciones, connatural a un contrato bilateral, permita a cada parte sofrenar su propio deber de cumplir si su contraparte ha faltado al suyo.

9.- En síntesis, pues, mejor que hablar de incumplimiento o sea incumplimiento recíproco, fórmula en la cual la palabra "incumplimiento" suelta un desagradable sabor a ilicitud, es hablar de derecho o simple facultad de no cumplir. Esta sustitución de términos verbales hace más claro, fácil y directo, en un caso como el de autos, el acceso a la conclusión de que

cuando se está en aquellas hipótesis y la obligación del contratante ha sido amparada con un seguro de cumplimiento, tal como aquí sucedió con la obligación de Metalec de hacer la inversión en servicios del anticipo, el acreedor, o sea Mitsui, no puede hacer efectivo el seguro contra el asegurador, en este caso Confianza, alegando incumplimiento del deudor, por cuanto, como se ha dejado demostrado, no cabe allí hablar de incumplimiento en el sentido técnico-jurídico de este término, que es en el que por contraste se emplea cuando se habla de un seguro de cumplimiento, pues lo realmente sucedido en ese evento es que el deudor está protegido con la facultad legal o derecho negativo de abstenerse de cumplir. Cabría decir, en terminología adecuada al campo del contrato de seguro, que en caso como ese no se ha realizado el riesgo que el seguro está llamado a cubrir, por lo cual no es procedente el cobro de la indemnización respectiva.

10.- Desde luego, es apenas natural entender que en la situación que se ha venido analizando, la dispensa, exoneración o exención concedida al deudor, no tiene un carácter permanente y definitivo, sino que apenas es ocasional y transitoria y está por lo tanto destinada a tener una duración pasajera, a cesar una vez que el acreedor cumpla lo que conforme a su relación sinalagmática con el deudor le corresponda. Pero en el caso preciso de autos, sin embargo, la posibilidad de que sobrevenga normalidad contractual en aquel sentido es necesario darla por descartada, sencillamente porque, como en su momento se hizo notar atrás, el laudo a que se ha venido haciendo referencia declaró definitivamente terminado el contrato de obra que sirvió de soporte al contrato de seguro cuya efectividad se quiere hacer valer aquí.

11.- Las repercusiones que el laudo de 7 de septiembre de 1.993 tiene sobre el contrato de seguro objeto del presente proceso no puede ser ignorada aquí por cuanto, en el seguro de cumplimiento, el asegurador contrae la obligación de indemnizar al acreedor o asegurado el daño que sufra por causa de que el respectivo deudor incumpla la obligación a su cargo. La realización de tal hecho -el del incumplimiento-, constituye por lo tanto la verificación del riesgo objeto del seguro. Para que haya incumplimiento es necesario que el deudor no haya observado la conducta que se comprometió a guardar al contraer la obligación, del modo y en el término previsto, y que esa inobservancia le sea imputable a él. El incumplimiento debe presentarse en forma tal, que de inmediato haya de admitirse que el acreedor dispone de la acción pertinente para exigir la ejecución de lo debido. La mera inexecución de la prestación no significa de suyo incumplimiento, porque bien puede estar justificada la conducta del deudor por un caso fortuito o fuerza mayor, o por una disposición de ley, o por la propia conducta de la otra parte en los contratos bilaterales (art. 1.609, C.C.). En éstos no se incurre en violación de derecho alguno del acreedor, ni cabe decir que este haya sufrido daño causado por el deudor; en otras palabras, que la conducta negativa del deudor es legítima ante la ley.

12.- Siendo esta la situación del deudor de obligación amparada por un seguro de cumplimiento, no es posible afirmar que en ese caso se haya realizado el riesgo, que haya tenido ocurrencia el suceso futuro e incierto al cual está condicionada la responsabilidad del asegurador, es decir, el siniestro, y por lo mismo el acreedor asegurado no puede haber sufrido daño alguno, ni en consecuencia está en condiciones que lo autoricen para solicitar del asegurador la indemnización del caso. Mucho menos si, como en el caso de autos, esa situación defensiva del deudor ha sido objeto de declaración judicial. Al declarar el laudo de 7 de septiembre de 1.993 que tanto Mitsui como Metalec incumplieron el contrato de obra de 11 de julio de 1.989, y negar por virtud de ello las declaraciones de condena formuladas por cada parte contra la otra, está afirmando que ninguna puede exigirle nada a la otra, que la conducta anticontractual de cada parte autorizaba a la otra para no satisfacer sus compromisos, y que ninguna indemnización podían reclamarse entre sí. En otras palabras, que cada parte era merecedora de lo que padeció, por haber sometido a su contraparte a igual padecimiento. Sea el caso de reiterar aquí la observación hecha atrás al examinar en detalle el laudo de 7 de septiembre de 1.993: Que si bien el incumplimiento recíproco tiene sanciones provisionales, porque de por sí no resuelve el contrato, en el presente caso las

consecuencias fueron definitivas, por cuanto el laudo declaró terminado y extinguido el contrato y abrió camino a su liquidación total.

13.- Hasta aquí se ha hecho énfasis sobre la influencia que el cumplimiento o incumplimiento del contrato de obra habrá de tener en la decisión con la cual culminará este laudo. No sobra sin embargo analizar, así fuere de manera sucinta y desde una perspectiva más propia de los seguros, la manera como se desarrollaron los hechos que dieron origen a este litigio. El seguro de correcta inversión del anticipo fue originalmente otorgado por Seguros Universal, previamente a la entrega del adelanto a Metalec. Simultáneamente con la finalización del término estipulado para la ejecución de la obra (diciembre 11 de 1990), expiró la vigencia de la póliza de Universal sin que Mitsui hubiera puesto en su conocimiento incumplimiento alguno de Metalec. Transcurrió así casi todo el año de 1991, en tanto que la Superintendencia Bancaria tomaba posesión, para liquidarla, de Seguros Universal y sin que se conozca que Mitsui hubiera dado señas de inquietud por un eventual incumplimiento de Metalec ni por los efectos que la mala situación de su aseguradora pudiera acarrearle, de verse en la necesidad de exigir la garantía concedida. Al finalizar 1991, Mitsui recuerda a Metalec que hay un pago disponible en sus oficinas cuando haya establecido o prorrogado la póliza de correcta inversión del anticipo para servicios aún no efectuados, por lo que Metalec la obtiene de Confianza y la remite a Mitsui con carta del 22 de enero de 1992, en el entendido de que, a su recibo, esta procedería a pagar las facturas que aquella le había presentado y advirtiendo que la prima sería de cargo de la asegurada, promesa que no fue cumplida por Mitsui. El 13 de Marzo siguiente, 49 días después de expedida la póliza, Mitsui, aduciendo incumplimiento de Metalec, termina el contrato de manera unilateral y, acto seguido, cobra a Confianza el valor del anticipo garantizado. Entre el 11 de diciembre de 1990, fecha en que expiró la vigencia de la póliza expedida por Seguros Universal, y el 22 de diciembre de 1992, fecha de expedición de la póliza de Confianza, el riesgo de correcta inversión del anticipo estuvo sin amparo.

14.- Anticipo, de otra parte, significa avance, adelanto, dinero anticipado o entregado con antelación al tiempo regular en que hubiera debido ser dado, por lo que no es difícil entender la extrañeza de que la póliza destinada a ampararlo hubiera sido gestionada transcurridos algo más de 13 meses de cumplido el plazo para ejecutar la obra. Podría aducirse, sin embargo que, a condición de que el incumplimiento no haya ya ocurrido, el seguro de correcta inversión del anticipo puede otorgarse antes, coetáneamente o con posterioridad a la entrega o desembolso de anticipo y, en este último caso, por el mismo asegurador inicial o por uno diferente, y, seguramente, sería raciocinio difícil de rebatir. No obstante ello, lo ordinario, lo corriente es que la póliza se expida con antelación al pago del anticipo. Lo extraordinario, lo raro, es que el amparo se conceda después de que el afianzado haya recibido el adelanto y que lo haga un asegurador distinto al que originalmente garantizó la inversión del anticipo, tal como aconteció en el caso sub judice.

15.- Lo acontecido entre Mitsui, Metalec y Confianza es aún más extraño y exótico, pues la primera exigió el seguro a la segunda tiempo después de haberse cumplido el término de 17 de meses acordados para ejecutar la obra (diciembre 11/90); Metalec lo gestionó con Confianza algo más de 13 meses después del vencimiento de este plazo, según se vio; y la aseguradora lo otorgó cuando ya habían pasado 2 años y 4 meses de la entrega total de los anticipos (septiembre 22/89) y algo más de 13 meses de haberse vencido el plazo estipulado en el contrato de obra (enero 22/92).

16.- Repárese, según ya se anotó y dentro de este mismo orden de ideas, en que el riesgo de correcta inversión estuvo sin seguro durante más de 13 meses (diciembre 11/90 a enero 22/92), todos ellos posteriores a la finalización del término, para ejecutar el contrato de obra y, por ende, para invertir el anticipo; así como en que en un contrato en el que el anticipo hubiera debido invertirse en dos períodos claramente delimitados, el primero de 2 años y 4 meses, comprendido entre el 22 de septiembre de 1989, fecha en que se terminó de entregar el anticipo, y el 22 de enero de 1992, fecha de expedición de la póliza por Confianza, y uno segundo de 49 días, entre esta última fecha y la terminación unilateral del contrato por parte

de Mitsui, no es de sorprenderse de las inferencias que se han hecho sobre en cual de esas dos épocas se omitió destinar el anticipo para los fines propios del contrato, si es que hubo tal omisión.

IV. CONCLUSIONES

Observa el Tribunal:

1.- Es obvio que para que pueda afirmarse que el asegurador debe indemnizar el perjuicio que el acreedor asegurado reclama haber sufrido por el incumplimiento del deudor afianzado, es indispensable, ante todo, que dicho acreedor suministre la prueba del incumplimiento de su deudor pues, de no comprobarse, judicial o extrajudicialmente⁹, tal incumplimiento, nada deberá al asegurado el asegurador garante del afianzado. Es bien sabido, de otra parte, que para que un deudor sea compelido a indemnizar el perjuicio que su acreedor alega haber sufrido por el incumplimiento de una obligación a cargo del primero y a favor del segundo, es indispensable que se acredite dicha obligación; que compruebe el daño y el valor del mismo; que pruebe el nexo de causalidad entre el incumplimiento que imputa al deudor y el perjuicio cuya indemnización reclama; y, por último que aparezca demostrado el incumplimiento, en la acepción jurídica del vocablo.

2.- Aquí, la obligación nacida del contrato de seguro de cumplimiento está acreditada con la póliza No. 03-002-3763442, expedida por Confianza el 22 de enero de 1992, con vigencia de un año comprendido entre la fecha de expedición y el 22 de enero de 1993 y cuyo objeto era "garantizar la correcta inversión del anticipo para servicios aún no efectuados para los grupos II y III Torres autosoportadas y riendadas para el proyecto de equipos de microondas 032/86".

3.- En el seguro de cumplimiento de una obligación contractual específica que es la hipótesis prevista en dicha póliza el acreedor asegurado logra precaver el daño o perjuicio que está expuesto a sufrir en caso de que el deudor incumpla la obligación de futuro contraída por él. Vale decir, que el incumplimiento del deudor constituye el siniestro en que se realiza el riesgo asegurado, de suerte que en la hipótesis comentada el incumplimiento es elemento llamado a ser valorado en su significación jurídica. Ahora bien, así como el pago es la prestación de lo que se debe (C.C. art. 1626) y es equivalente al cumplimiento, pago o cumplimiento que se supone realizado en los términos exactos en que fue contraída la obligación, miradas las cosas en sentido inverso es correcto afirmar que el incumplimiento consiste en no satisfacer lo debido con acatamiento de las modalidades de conformidad con las cuales se contrajo el compromiso respectivo. En las obligaciones positivas, como es la obligación de hacer resultante de un contrato de obra, cumplimiento e incumplimiento están referidos a un término, es decir, a la oportunidad dentro de la cual se ha de ejecutar la obligación, sea ella determinada por las partes sea que resulte del tiempo indispensable para ejecutarla. Por lo mismo, no puede hablarse de incumplimiento sino en razón de la mora del deudor, como tampoco cabe indemnización de perjuicios sin dicha mora.

4.- Lo anterior encuentra respaldo legal en los siguientes textos del Código Civil: en el art. 1553, que consagra la regla general de que el cumplimiento de una obligación de futuro no puede exigirse antes de expirar el término suspensivo para hacerlo; en el art. 1.608, que determina los eventos en que el deudor queda constituido en estado de mora; en el art. 1.610, conforme al cual, cuando la obligación es de hacer, que es el tipo de obligación de interés aquí, y el deudor se encuentra en mora, el acreedor puede pedir, por vía de cumplimiento, una de las tres cosas allí señaladas, y además la indemnización moratoria correspondiente; y en el art. 1.615, en virtud del cual el deudor de obligación de dar o de hacer, no es obligado a indemnizar perjuicios sino a partir de quedar constituido en mora de cumplir.

5.- Quiere decir todo lo anterior, entonces, que en el campo del seguro de cumplimiento, en la carga de la prueba del incumplimiento constitutivo del siniestro que desata la obligación del

asegurador, -carga que según el art. 1.077 del Código de Comercio recae sobre el asegurado-, está comprendida la prueba de que el respectivo deudor se puso o fue puesto en mora de cumplir la obligación objeto del seguro. Sin la prueba de la constitución en mora de dicho deudor, no hay lugar a hablar de incumplimiento por parte de este, de un lado, ni de que el acreedor haya sufrido los perjuicios que la póliza estaba destinada a precaver.

6.- En el caso concreto de que aquí se trata, sostiene Mitsui, como asegurada que el siniestro ocurrió el 13 de marzo de 1992, que es la fecha en que la misma Mitsui declaró terminado el contrato con Metalec, alegando incumplimiento por parte de esta. Al respecto observa el Tribunal de entrada, que, aparte de que esa declaración unilateral de incumplimiento fue tenida como ilegal y tácitamente invalidada por el laudo proferido en el proceso arbitral que se ventiló entre Mitsui y Metalec, que en copia obra en autos, está la consideración de que no es lo mismo el incumplimiento de un contrato que el de la obligación específica nacida del mismo que haya sido objeto de un seguro de cumplimiento. Y adicionalmente a esas dos circunstancias, a propósito de la obligación materia del contrato de seguro, debe tenerse muy singularmente en cuenta que, conforme al contrato Mitsui-Metalec, aquella debió haber sido cumplida, a la par que el contrato en su totalidad, a más tardar el 11 de diciembre de 1990, cuando expiró el término contractual, pero como aparece evidenciado en los autos, ello no sucedió así. En efecto, sin declaración alguna, como por inercia, las partes siguieron ejecutando el contrato, a contentamiento mutuo, durante más de un año y, valga destacarlo sin haber fijado plazo o límite de tiempo alguno. Al respecto téngase en cuenta que el representante de Mitsui al ser interrogado sobre el particular, apremiado por el Presidente del Tribunal y después de traducciones, consultas y reflexiones, se limitó a responder: "el plazo no se ha definido específicamente". En esas circunstancias pues, es evidente que el incumplimiento amparado por ella, que forzosamente consistía o habría de manifestarse en un estado de mora del deudor no quedó dependiendo de plazo definido. Siguiendo la norma del artículo 1608 del Código Civil podría pensarse en el plazo natural, llamado tácito por el artículo 1551 ibídem, esto es, el indispensable para ejecutar lo debido, pero es evidente que acá no se demostró ni se intentó hacerlo, cuál habría sido el tiempo máximo para ejecutar los trabajos a los cuales debía destinarse el anticipo. A lo que se agrega que tampoco medió requerimiento judicial. De todo lo cual se concluye que Metalec no se constituyó ni fue constituida en mora, y, por consiguiente, que no puede afirmarse que haya incumplido la obligación de correcta inversión del anticipo, que fue la asegurada por la póliza. Y sin que valga argumentar que el hecho de que Metalec no hubiera invertido un solo centavo del anticipo en cuestión en la ejecución del contrato y de que el laudo arbitral la hubiera condenado a restituirlo significa, de plano, incumplimiento suyo de la obligación asegurada y, por lo mismo, ocurrencia del siniestro, toda vez que la inversión del anticipo esencialmente ha de hallarse enmarcada dentro de un término, que el incumplimiento depende de la mora y que acá no se estableció término como tampoco mora. A lo que se agrega que el seguro de cumplimiento, como ya se dijo, no convierte al asegurador en codeudor ni fiador.

7.- Una vez más: la póliza garantizaba a Mitsui el resarcimiento de los perjuicios que pudiera causarle la incorrecta inversión del anticipo dado por ella a Metalec, y no el anticipo mismo. La inversión del anticipo es obligación de hacer: ejecutar la obra. Toda obligación de hacer ha de estar sometida a un término que lo definen las partes, o resulta de la naturaleza de la prestación o, en últimas, lo fija el juez y, mientras no haya expirado el término que sea, el deudor no está en mora, no ha incumplido, no puede decirse que haya incumplido la obligación y, mucho menos, que haya causado un daño indemnizable (C.C. arts. 1608 y 1615).

8.- El laudo en el arbitramento Mitsui-Metalec declaró terminado el contrato de la referencia y consecuentemente, ordenó la restitución del anticipo en poder de Metalec, con la elemental consideración de que, de no hacerlo así, propiciaría un enriquecimiento sin causa. Es incuestionable el razonamiento de que a la terminación anormal de un contrato como fue el caso, deben hacerse las restituciones mutuas a que haya lugar, o sea que la obligación restitutoria a que fue condenada Metalec obedece a ese principio. Tanto más, si se tiene en

cuenta que el Tribunal expresamente denegó las pretensiones de perjuicios presentadas en la demanda, y en la demanda de reconvención. Cabe entonces preguntar si en razón del contrato de seguro que se ha venido estudiando, la aseguradora se encuentra obligada a cumplir la obligación de restituir el anticipo a que fue condenada Metalec en el laudo. Y para responder es preciso tener en cuenta, de nuevo, que el objeto de su obligación es totalmente diferente. Si llegara a ser condenada, se le estaría tomado como responsable del anticipo en calidad de codeudora o fiadora, que no asumió.

V - COSTAS

El punto tocante con costas y agencias en derecho, ellas se impondrán a la parte vencida y para la determinación de las primeras se seguirán los parámetros que sobre el particular preveen los artículos 392 y 393 del C.P.C en lo pertinente. En relación con las agencias en derecho, el Tribunal fija por este concepto, una suma igual al honorario de uno de los árbitros, esto es el valor de veinticinco millones de pesos (\$25.000.000)

Por concepto de costas el Tribunal las liquida así:

Honorarios de los Arbitros más IVA	\$ 41.000.000	Honorarios de la secretaria	6.250.000
Gastos de funcionamiento y administración más IVA (Cámara de Comercio)			1.014.600
Honorarios de los Peritos (pagados 70% por Mitsui y 30% por Confianza)	1.200.000	Gastos Peritos (pagados por mitades por las partes)	75.000
	75.000	Costos estimados de protocolización	500.000
		Total Costas	75.114.600

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1o. Niéganse las pretensiones de la demanda.
- 2o. Absuélvese a la COMPAÑIA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A., CONFIANZA, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por Mitsui de Colombia S.A.
- 3o. No es el caso de hacer pronunciamiento alguno en relación con las excepciones propuestas por la parte demandada.
- 4o. Condénase a MITSUI DE COLOMBIA S.A. a pagar en favor de la COMPAÑIA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA la suma de \$75.114.600 por concepto de costas del proceso, según liquidación efectuada en la parte motiva de este Laudo.
- 5o. Expídanse las copias auténticas con las constancias de ley, de conformidad con los artículos 115 del C. de P.C. y 33 del decreto 2279 de 1989.
- 6o. Protocolícese el expediente en una Notaría del Círculo de Santafé de Bogotá D.C. efectuada la protocolización del expediente, cuyos costos serán de cargo de la sociedad vencida en juicio, el remanente que quede de la provisión de gastos será devuelto por el Presidente del Tribunal a las partes.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

CESAR GOMEZ ESTRADA Presidente FERNANDO HINESTROSA Arbitro WILLIAM SALAZAR LUJAN Arbitro FLORENCIA LOZANO REVEIZ Secretaria

El presente Laudo queda notificado en estrados y deberá cumplirse a partir de su ejecutoria.

Para dar traslado de las solicitudes de aclaración, corrección o complementación, si las hubiere, cítase a audiencia a este Tribunal el dos (2) de noviembre próximo, a las tres y treinta de la tarde (3:30 p.m.) decisión que queda notificada a los apoderados en audiencia.

El Presidente dio por concluida la audiencia, previa firma del Acta por quienes intervinieron en la actuación.

De ella se entregaron en la fecha sendas copias a los apoderados de las partes.

CESAR GOMEZ ESTRADA Presidente FERNANDO HINESTROSA Arbitro WILLIAM SALAZAR LUJAN Arbitro No asistió GILBERTO PEÑA CASTRILLON Apoderado ALFONSO BELTRAN GARCIA Apoderado FLORENCIA LOZANO DE REVEIZ Secretaria

_____ 1. Contemplada también los seguros de vida, previstos en el art. 686 y reglamentados en los arts. 693 y ss. 2 "Se entiende por riesgo la eventualidad de todo caso fortuito, que pueda causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados", disponía el art. 635, Inc. 2º. del derogado C. de Co. 3 Art. 678 del derogado estatuto. 4 Ley 225 de 1938, art. 2º. 5 Ley 225 de 1938, art. 7º. 6 C. de Co. art. 1088 7 C. de Co. art. 1079 8 C. de Co. art. 1077 9 C. de Co. art. 1080