

ANÁLISIS CASO PROMED QUIRURGICOS EU

RAD: A-20220816/0870

JUZGADO:	TRIBUNAL DE ARBITRAJE
ASUNTO:	CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN CÁMARA DE COMERCIO DE CALI
DEMANDANTE:	PROMED QUIRURGICOS EU
DEMANDADO:	LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S.
LLAMADO EN GARANTÍA:	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
TIPO DE VINCULACIÓN:	Llamados en garantía
FUNDAMENTO DE LA DEMANDA:	Incumplimiento contractual

I. HECHOS DE LA DEMANDA

De conformidad con los hechos de la demanda el de mayo de 2020, se celebró un contrato de compraventa entre Promed, en calidad de comprador y Logistics en calidad de vendedor, Logistics se obligó a venderle a Promed doscientas mil (200.000) unidades importadas de “Mascarillas KN95, Promed se obligó a pagar como precio de Mil Seiscientos Treinta Millones de Pesos (\$1.630.000.000). La parte actora manifestó que el 26 de mayo de 2020, Logistics anunció posibles retrasos en el cumplimiento de sus obligaciones, tras informar las fechas de posible arribo de los productos al país, donde previno a Promed de que *“que una vez las cargas arribadas a Colombia (SIC), deben pasar por procesos logísticos en zona franca para su posterior nacionalización y despacho a su compañía (SIC), una vez la mercancía (SIC) se encuentre en zona franca le será notificado para envío de funcionario de promed para su respectiva verificación”*.

II. PRETENSIONES

Las pretensiones de la demanda van encaminadas al reconocimiento de **\$652.000.000** por concepto de restitución, **\$489.000.000** por concepto de cláusula y el pago de costas y agencias en derecho

III. PÓLIZAS VINCULADAS Y ANÁLISIS DE COBERTURA

Con la demanda directa se vinculó la Póliza de Seguro de Cumplimiento a Favor de Particulares No. 2614929–1 vigente desde el 11 de mayo del 2020 al 15 de septiembre del 2020 (de acuerdo con amparos):

- **Retroactividad: N/A**
- **Amparo afectado: cumplimiento del contrato.**

S/DMMM

- **Tomador:** LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S
- **Asegurado:** PROMED QUIRURGICOS E U
- **Beneficiarios:** PROMED QUIRURGICOS E U
- **Modalidad cobertura:** por ocurrencia.
- **Deducible:** sin deducible

ILADO
SUPERINTENDENCIA DE ECONOMIA
DE COLOMBIA**TEXTOS Y ACLARACIONES ANEXAS**

AMPARAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PROPIAS Y DIRECTAS DEL OBJETO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA, DE ACUERDO CON LAS NORMAS LEGALES VIGENTES EN MATERIA DE SEGUROS. COMPRAVENTA DE DOSCIENTAS MIL (200.000) UNIDADES IMPORTADAS DE MASCARILLASKN95 DE 5 CAPAS CON OREJERAS ELÁSTICAS,

COBERTURAS DE LA PÓLIZA

COBERTURA	FECHA INICIAL	FECHA VENCIMIENTO	VALOR ASEGURADO
BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO	11-MAY-2020	15-JUN-2020	815.000.000,00
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	11-MAY-2020	15-AGO-2020	489.000.000,00
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES	11-MAY-2020	15-SEP-2020	163.000.000,00

IV. LIQUIDACIÓN OBJETIVA:

Como liquidación objetiva de perjuicios se llegó al total de: **\$1.279.211.000**

Por \$652.000.000, el cual sería el valor asegurado respecto del amparo denominado "CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO" que la parte actora pretende sea afectado + Intereses que, al 31 de enero del presente año ascienden a la suma de \$627.211.000 (contados conforme lo solicitan en el escrito de llamamiento, desde el 02 de octubre de 2020).

V. CALIFICACIÓN CONTINGENCIA:

La contingencia se califica como **EVENTUAL**.

Si bien el contrato de seguro presta cobertura temporal, consideramos que: (i) se configuró la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro; (ii) la póliza No. 2614929-1 no presta cobertura material ya que en la misma no se amparó el pago anticipado; y, (iii) la póliza No. 2614929-1 no presta cobertura material porque se configuran dos exclusiones pactadas en las condiciones generales: un evento de fuerza extraña y, la póliza NO cubre cláusula penal. No obstante, creemos que es prudente tener una postura conservadora y mantener la calificación eventual hasta tanto no se surta el debate probatorio.

S/DMMM

Ahora bien, según se observa del acervo probatorio y la situación fáctica se presentan las siguientes circunstancias que benefician a la aseguradora:

- A. Configuración de la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro**, comoquiera que la parte actora realiza solicitud de indemnización a la aseguradora el **14 de julio de 2020** y, por tanto, el término bienal previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio empezó a correr desde esa fecha, en consecuencia, feneció el **14 de julio de 2022**. A pesar de lo anterior, la acción que nos ocupa fue radicada solo hasta el **16 de agosto de 2022**, cuando evidentemente el término de prescripción ya se había consumado, por haber transcurrido más de dos años desde la solicitud elevada.
- B. No se cumplen los presupuestos del artículo 1077 del Código de Comercio respecto al amparo de cumplimiento** y, por ende, no puede afectarse el mismo.
- C. Falta de cobertura material de la póliza No. 2614929-1 respecto al pago anticipado** ya que, lo que se cubrió fue el anticipo (frente a lo cual, según se observa en el contrato de compraventa suscrito, la forma en la que se acordó el pago no corresponde con un anticipo).
- D. Falta de cobertura material de la póliza No. 2614929-1 por configurarse dos exclusiones**; 1. Un evento de causa extraña (fuerza mayor); y, 2. Se excluye cláusulas penales.
- E. Terminación automática del contrato de seguro por la alteración y/o agravación del estado del riesgo**. Sin embargo, atendiendo la etapa en la que se encuentra el proceso y, considerando que el afianzado también llamó en garantía a la aseguradora y que, además, llamamos también en garantía al afianzado, consideramos prudente mantener la calificación de la contingencia como eventual.

S/DMMM

DESARROLLO AUDIENCIA ART 373**22 DE NOVIEMBRE DEL 2023****ASISTENCIA DE LAS PARTES:**

Comparece Darlyn Muñoz en calidad de apoderada judicial sustituta. Se reconoce personería jurídica. El Dr. Herrera luego reasume poder.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Para efectos de presentar los alegatos de conclusión, será menester que el Despacho tenga en cuenta que en este caso no es procedente ordenar ningún tipo de obligación indemnizatoria en contra de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., por lo siguiente:

1. **Se configuró la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro en los términos del Art. 1081 del C. Co.** Deberá observar el Despacho que, la parte actora formuló su solicitud de indemnización a mí representada con ocasión a un supuesto incumplimiento del contrato de compraventa (objeto del presente proceso) por parte de la sociedad afianzada LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S. el **14 de julio de 2020**. Por tanto, el término bienal previsto en el citado artículo empezó a correr desde esa fecha, **feneciendo el 14 de julio de 2022**. Dicho esto, la acción que nos ocupa (llamamiento en garantía a SURA) fue radicada **solo hasta el 16 de agosto de 2022**, cuando evidentemente el término de prescripción ya se había consumado por haber transcurrido más de dos años desde la solicitud elevada.
2. **Es inexistente la cobertura material del seguro de cumplimiento a favor de particulares No. 2614929-1 respecto a la cláusula penal.** Ciertamente, de conformidad con las condiciones generales y particulares que rigen el contrato de seguro documentado en el SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE PARTICULARES No. 2614929-1, NO se pactó amparo respecto a la cláusula penal como mecanismo de tasación anticipada de perjuicios. Por ende, los hechos y pretensiones que fundan la demanda de la referencia, tal y como establece la póliza, no puede ser sujeto de amparo por parte de mí representada, bajo el entendido que, tanto la delimitación positiva del riesgo como la delimitación negativa, claramente permiten evidenciar que la cláusula penal no se amparó en la póliza. Como podrá comprobar el Despacho, en el contrato de seguro se excluyó expresamente el pago de cláusulas penales, es decir, no solamente desde la delimitación positiva del riesgo ese amparo no fue otorgado (tal como ya se indicó), sino que, desde la delimitación negativa fue expresamente excluido.

S/DMMM

SECCIÓN II – EXCLUSIONES

LOS SIGUIENTES EVENTOS Y CIRCUNSTANCIAS ESTÁN EXCLUIDOS DE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA:

1. LOS EVENTOS CONSTITUTIVOS DE CAUSA EXTRAÑA, ESTO ES, LA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, EL HECHO DE UN TERCERO O LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA Y, EN CUALQUIERA OTRA CAUSAL QUE A LA LUZ DE LA LEY O DEL CONTRATO EXONEREN DE RESPONSABILIDAD AL OFERENTE-GARANTIZADO O AL CONTRATISTA-GARANTIZADO.

2. SANCIONES, CLÁUSULAS PENALES O MULTAS IMPUESTAS AL CONTRATISTA-GARANTIZADO, BIEN SEA QUE ESTÉN CONTEMPLADAS EN EL CONTRATO GARANTIZADO O QUE SE DERIVEN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS O DE POLICÍA.

3. La demandante NO demostró que se le generó daño emergente alguno derivado de incumplimiento imputable al contratista afianzado respecto de las obligaciones establecidas en el contrato de compraventa celebrado el 08 de mayo de 2020, consecuentemente, NO puede verse afectado el amparo pretendido.

4. **Es improcedente la afectación del seguro por el no cumplimiento de las cargas establecidas en el artículo 1077 del código de comercio en relación con el amparo de CUMPLIMIENTO.** Para que nazca a la vida jurídica la obligación condicional del asegurador, es requisito que el solicitante del amparo demuestre tanto la realización del riesgo asegurado, como también la cuantía de la pérdida. En tal virtud, si no se prueban estos dos elementos (la realización del riesgo asegurado y la cuantía de la pérdida) la prestación condicional de la aseguradora no nace a la vida jurídica y no podrá hacerse efectiva la póliza. Dado que en el presente caso no se ha realizado el riesgo asegurado, en tanto:

- (i) **En ningún momento el contrato fue incumplido por el contratista**, LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S. Situación distinta se presenta respecto a PROMED QUIRURGICOS EU, pues resulta que ésta incumple con sus obligaciones debido al no pago del segundo valor acordado en el contrato, esto es, el 10% del valor total del precio (\$163.000.000). Suma pagadera al momento del embarque de la mercancía, es decir, el 26 de mayo de 2020, sin que a la fecha se hubiese recibido pago algo por parte de la demandante.

4. AMPARO DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO

ESTE AMPARO CUBRE AL ASEGURADO CONTRA EL DAÑO EMERGENTE DERIVADO DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA-GARANTIZADO DE LAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO GARANTIZADO.

S/DMMM

(ii) **NO se ha acreditado la cuantía de la pérdida**, toda vez que, no se demostró la existencia de un daño emergente sufrido por PROMED QUIRURGICOS EU. Se insiste en que la póliza NO cubre la cláusula penal, pues es un riesgo excluido conforme al condicionado general. Segundo, lo que cubre el contrato de seguro es el DAÑO EMERGENTE derivado del incumplimiento imputable al contratista garantizado y, tercero, como consecuencia de las dos anteriores precisiones, resulta necesario que para afectar el amparo pretendido por la demandante –“CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO”- se acredite la cuantía de la pérdida, esto significa, acreditar que ese incumplimiento por parte de la sociedad afianzada le generó un daño emergente a la demandante. Situación que, al NO haberla acreditado por parte de PROMED QUIRURGICOS EU, claramente NO puede afectarse el seguro.

5. **No hay cobertura material respecto al pago anticipado.** En el presente caso estamos evidentemente ante una situación o evento de pago anticipado, tal como se deriva, inclusive, de las confesiones hechas por parte de la sociedad demandada y demandante en sus respectivos escritos. Lo anterior entonces quiere decir que, al tratarse de un pago anticipado, este NO fue un riesgo cubierto por parte de mi representada a través del Seguro de Cumplimiento a favor de Particulares No. 2614929-1, pues esta póliza cubre es el anticipo y NO el pago anticipado como claramente sucede en este caso. Diferencia entre “amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo” y “Pago anticipado”:

AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO	PAGO ANTICIPADO
<u>ESTE AMPARO CUBRE AL ASEGURADO CONTRA EL DAÑO EMERGENTE DERIVADO DEL USO O APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA-GARANTIZADO HAGA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO A TÍTULO DE ANTICIPO.</u>	<u>ESTE AMPARO CUBRE AL ASEGURADO CONTRA EL DAÑO EMERGENTE DERIVADO DEL NO REINTEGRO POR PARTE DEL CONTRATISTA-GARANTIZADO, DEL SALDO A SU CARGO.</u>
SI EL OBJETO DEL CONTRATO GARANTIZADO SE CUMPLIÓ PARCIALMENTE, LA INDEMNIZACIÓN A QUE HUBIERE LUGAR SE LIQUIDARÁ DESCONTANDO AL VALOR RECIBIDO COMO ANTICIPO, EL VALOR DE LA REMUNERACIÓN O PAGO DEL TRABAJO O DEL SERVICIO REALIZADO POR EL CONTRATISTA-GARANTIZADO EQUIVALENTE A LA PARTE EJECUTADA DEL CONTRATO GARANTIZADO.	SI EL OBJETO DEL CONTRATO GARANTIZADO SE CUMPLIÓ PARCIALMENTE, LA INDEMNIZACIÓN A QUE HUBIERE LUGAR SE LIQUIDARÁ DESCONTANDO AL VALOR RECIBIDO COMO PAGO ANTICIPADO, EL VALOR DE LA REMUNERACIÓN O PAGO DEL TRABAJO O DEL SERVICIO REALIZADO POR EL CONTRATISTA-GARANTIZADO EQUIVALENTE A LA PARTE EJECUTADA DEL CONTRATO GARANTIZADO.
CUANDO SE TRATE DE BIENES ENTREGADOS COMO ANTICIPO, PARA QUE OPERE EL AMPARO, EL ASEGURADO Y EL CONTRATISTA GARANTIZADO DEBERÁN DE MUTUO ACUERDO TASARLOS EN DINERO.	EL PRESENTE AMPARO SÓLO CUBRE PAGOS ANTICIPADOS ENTREGADOS A TRAVÉS DE CHEQUE, PATRIMONIOS AUTÓNOMOS O TRANSFERENCIAS O CONSIGNACIONES BANCARIAS O ELECTRÓNICAS DE DINERO. SEGÚN LO ANTERIOR, SALVO ACEPTACIÓN EXPRESA DE SURAMERICANA, EL PRESENTE AMPARO NO CUBRIRÁ LOS PAGOS ANTICIPADOS ENTREGADOS EN DINERO EN EFECTIVO O EN TÍTULOS VALORES DIFERENTES AL CHEQUE.
EL PRESENTE AMPARO SÓLO CUBRE ANTICIPOS ENTREGADOS A TRAVÉS DE CHEQUE, PATRIMONIOS AUTÓNOMOS O TRANSFERENCIAS O CONSIGNACIONES BANCARIAS O ELECTRÓNICAS DE DINERO. SEGÚN LO ANTERIOR, SALVO ACEPTACIÓN EXPRESA DE SURAMERICANA, EL PRESENTE AMPARO NO CUBRIRÁ LOS ANTICIPOS ENTREGADOS EN DINERO EN EFECTIVO O EN TÍTULOS VALORES DIFERENTES AL CHEQUE	

S/DMMM

6. **No resulta procedente la afectación del seguro de cumplimiento por el no cumplimiento de las cargas establecidas en el artículo 1077 del código de comercio, respecto del amparo “buen manejo y correcta utilización del anticipo”.** En el presente caso no se ha realizado el riesgo asegurado, en tanto, (i) en este caso el dinero entregado inicialmente correspondiente al 40% del valor del contrato se trató de un pago anticipado y NO de un anticipo; y, consecuentemente, (ii) NO se ha acreditado la cuantía de la pérdida, toda vez que, no se demostró la existencia de un daño emergente sufrido por PROMED QUIRURGICOS EU; resulta consecuente entonces indicar que, la póliza No. 2614929-1 en virtud de la cual se vincula a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. no puede hacerse efectiva para este caso.
7. **No hay cobertura material respecto a los eventos constitutivos de causa extraña (fuerza mayor en este caso) por la configuración de una exclusión contractual pactada en el seguro.** Los eventos que constituyen causa extraña, que para este caso sería la configuración de un evento de fuerza mayor, NO son objeto de cobertura de dicha póliza. Al respecto, es preciso indicar que dicho evento se configuró desde el momento en que se emite la Alerta Sanitaria por parte del INVIMA (27 de mayo de 2020), lo cual generó una serie de retrasos por parte de LOGISTICS SOLUTIONS con ocasión a ese acto del Estado, constituyendo una causa extraña no amparada bajo el contrato de seguro. Por lo anterior, los hechos y pretensiones que fundan la demanda de la referencia, tal y como establecen las exclusiones, no pueden ser sujetos de amparo por parte de mí representada.

Sección 2 - Exclusiones

Sura no pagará los perjuicios causados directa o indirectamente por:

1. Los eventos constitutivos de causa extraña, esto es, la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima y, cualquiera otra causa que de acuerdo a la ley o al contrato exoneren de responsabilidad al oferente-garantizado o al contratista-garantizado.
8. **En este asunto se provocó la terminación automática del contrato de seguro y, en consecuencia, inexistencia de obligación indemnizatoria a cargo de suramericana por la agravación y/o alteración del estado del riesgo y la ausencia de notificación al asegurador, conforme lo establece el artículo 1060 del código de comercio.** En este caso, las implicaciones del cambio de facto de las condiciones y obligaciones del contrato garantizado, especialmente: (i) el incumplimiento de pago por parte de PROMED QUIRURGICOS EU del 10% del valor total del contrato conforme a lo pactado; (ii) la emisión por parte del INVIMA de una Alerta Sanitaria que obligó a retrasar la entrega de tapabocas; y, (iii) el cruce de correos entre PROMED QUIRURGICOS EU y LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S. en el cual se evidencia que las partes buscaron llegar a negociaciones para solucionar la situación presentada y resolver el posible incumplimiento en sus obligaciones; comportaron, sin lugar a dudas, una agravación del riesgo de cumplimiento pactado,

S/DMMM

configurándose la causal legal de la terminación automática del seguro, según lo estatuido en el Código de Comercio -artículo 1060. Lo anterior, debido a que esa variación del riesgo asegurado, incrementó ostensiblemente la posibilidad de realización de un siniestro, acentuándolo anormalmente porque, adicionalmente, no le fue informada tal potencialización de su peligrosidad a la aseguradora y, este es el presupuesto normativamente consagrado que genera tal efecto fulminante del contrato de seguro, que conlleva la exoneración del asegurador.

Lo anterior, claramente se deduce de las siguientes situaciones presentadas:

- (i) El 27 de mayo de 2020 el INVIMA emite una Alerta Sanitaria que, claramente resulta ser un evento de causa extraña -pues es exterior, imprevisible e irresistible- y genera una serie de retrasos por parte LOGISTICS SOLUTIONS ACI S.A.S.;
- (ii) PROMED QUIRURGICOS EU incumplió con sus obligaciones respecto del segundo pago acordado (Diez por ciento (10%) del valor total del precio, esto es Ciento Sesenta y Tres Millones de Pesos (\$163.000.000), suma pagadera al momento del embarque de la mercancía), el cual debió realizarse el 26 de mayo de 2020;
- (iii) Tanto la demandante como la demandada aportaron una copia de cruce de correos entre ambas en las que se evidencia que éstas buscaron llegar a negociaciones para solucionar la situación presentada y resolver el posible incumplimiento en sus obligaciones.

De las anteriores situaciones, NINGUNA fue notificada oportunamente a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., permitiendo concluir sin lugar a duda que, eran eventos que cambiaban las condiciones y obligaciones del contrato garantizado, de manera que, al incumplir con estas exigencias, que tienen su origen en lo contemplado en el artículo 1060 del código de comercio, se presentó en este caso la terminación automática del contrato de seguro.

Límites asegurados:

Sin perjuicio de todo lo indicado, comedidamente le solicito al Tribunal de arbitraje tomar en consideración que, la póliza No. 2614929-1 contiene unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por el operador jurídico en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada:

COBERTURAS DE LA PÓLIZA

COBERTURA	FECHA INICIAL	FECHA VENCIMIENTO	VALOR ASEGURADO
BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSION DEL ANTICIPO	11-MAY-2020	15-JUN-2020	815.000.000,00
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	11-MAY-2020	15-AGO-2020	489.000.000,00
PAGO DE SALARIOS,PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES	11-MAY-2020	15-SEP-2020	163.000.000,00

S/DMMM

PROMGRAMACIÓN AUDIENCIA PARA LECTURA DEL FALLO

Se programa audiencia para el **23 de enero del 2024 a las 2pm**

S/DMMM