

Señores

JUZGADO VEINTE (20) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

ccto20fbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

PROCESO.: VERBAL.
RADICADO: 110013103020-2021-00235-00
DEMANDANTES: FABIO ARDILA ROCHA Y OTRO
DEMANDADOS: CONSTRUCTORA AMAVIA S.A.S. Y ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA.
LLAMADA EN G: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA.

ASUNTO: CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá, identificado con la Cédula de Ciudadanía No.19.395.114 de Bogotá y portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de Apoderado Especial de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, entidad aseguradora dedicada a los seguros generales, organizada como cooperativa, que tiene el carácter de institución auxiliar del cooperativismo, sin ánimo de lucro, sometida al Control y Vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, con NIT 860524654-6 según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que se anexa a la presente. De manera respetuosa y encontrándome dentro del término legal, manifiesto comedidamente que procedo en primer lugar a **CONTESTAR LA DEMANDA** presentada por Fabio Ardila Rocha y, en segundo lugar, a **CONTESTAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** formulado

por la Constructor AMAVIA S.A.S. anunciando desde ahora que me opongo a la totalidad de las pretensiones formuladas en la demanda y en el llamamiento en garantía, de conformidad con las siguientes consideraciones de orden fáctico y jurídico:

CAPÍTULO I
CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS

AL HECHO 1 y 1.1: Es cierto que los señores Fabio Ardila Rocha y la señora Sandra Pulido suscribieron un contrato de obra el 11 de enero de 2019. En consecuencia, me atengo al tenor literal de dicho documento.

AL HECHO 1.1.1: No es un hecho sino una aparente transcripción de una disposición contractual del Contrato de Obra Civil No. COC-AMAVIA-2018-01. En consecuencia, me atengo a lo que se encuentre consignado en el texto completo del documento.

AL HECHO 1.1.2: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

Sin embargo, el análisis de las pruebas obrantes en el proceso deja ver que no es cierto lo manifestado por la demandante en este hecho respecto del incumplimiento de AMAVIA S.A.S. Puesto que, si bien el término estipulado por las partes fue de cinco meses contados a partir de la

firma del contrato, es decir el 11 de enero de 2018. Lo cierto es que quien incumplió la disposición contractual fue justamente la parte contratante, en tanto no cumplió con los pagos de cortes mensuales a efectos de que el contrato se ejecutara en el término previsto.

FECHA	VALOR	CONCEPTO	
22/01/2018	\$ 60,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	ANTICIPO
22/01/2018	\$ 60,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	ANTICIPO
16/03/2018	\$ 78,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 1
26/01/2019	\$ 50,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 2
4/02/2019	\$ 54,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 2
22/02/2019	\$ 50,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 3
11/03/2019	\$ 38,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 3
30/04/2019	\$ 47,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 4
13/05/2019	\$ 37,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 5
16/05/2020	\$ 24,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 5
14/06/2019	\$ 30,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 6
TOTAL	\$ 528,000,000		

Como se evidencia en la tabla anterior, entre el primer y el segundo corte pasaron más de diez meses. Término durante el cual la constructora AMAVIA S.A.S. tuvo que asumir los costos de la obra por cuanto la parte Contratante no realizó los cortes mensuales de la manera contractualmente establecida. Fue solo hasta el 26 de enero de 2019 (10 meses después) cuando la parte contratante

se sirvió realizar el segundo corte que fue pagado en dos proporciones una por valor de \$50.000 y otra por valor de \$54.000 realizada el 04 de febrero de 2019. De manera que no es cierto que la contratista haya incumplido el término contractual, sino que fue la contratante quien injustificadamente incumplió en los pagos mensuales que indefectiblemente retrasaron la ejecución de la obra.

AL HECHO 1.1.3: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

No obstante, una vez revisado el contrato suscrito entre las partes se observa que es cierto que en la cláusula tercera se estableció la suma de \$600.000.000 incluido el IVA sobre utilidad, con un anticipo de 30% y pagos mensuales según el avance de la obra. Sin embargo, la parte contratante incumplió con lo contenido en esta cláusula, dado que entre el primer y el segundo pago pasaron diez meses, pese a que la ejecución de la obra se encontraba avanzando.

AL HECHO 1.1.4: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

No obstante, debe confirmarse que la cláusula penal a que hace referencia este hecho es indiferente para la Aseguradora, como quiera que se trata de un riesgo expresamente excluido de amparo según el condicionado general de la póliza de seguro de cumplimiento No. 360 45 994000008495.

AL HECHO 1.2: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, se observa que las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta de que efectivamente las partes contratantes suscribieron Otrosí No. 01 el día 21 de marzo de 2019.

AL HECHO 1.2.1: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, se observa que las pruebas obrantes en el expediente indican que es cierto que el Otrosí No. 01 modificó la cláusula tercera adicionando al valor inicial del contrato la suma de \$159.759.877.122.

Sin embargo, la parte demandada incumplió dicha cláusula como quiera que únicamente pagó \$143.000.000 pese a que la obra se encontraba ejecutada en el 98.62%. De modo que, injustificadamente, la parte contratante incumplió lo pactado en el Otro sí No. 01 del contrato de obra, adeudando a la fecha aún \$14.672.123 a favor del contratista.

AL HECHO 1.2.2: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, se observa que las pruebas obrantes en el expediente indican que es cierto que el Otrosí No. 01 adicionó las actividades correspondientes a construcción de un tercer nivel de columnas y un tercer nivel de viga de arriostramiento para colocación de canal en lámina.

AL HECHO 1.2.3: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

AL HECHO 1.2.4: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

AL HECHO 1.3: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, las pruebas obrantes en el expediente indican que es cierto que las partes del contrato suscribieron Otrosí No. 02 el día 13 de junio de 2019.

AL HECHO 1.3.1: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, las pruebas obrantes en el expediente indican que es cierto que el Otro sí No. 02 adicionó la suma de \$1.132.916.358.

Así mismo, es cierto que el valor total del contrato es la suma de \$1.892.793.480 discriminados así: \$600.000.000 por el valor inicial del contrato, \$1.132.916.358 por valor del Otro sí No. 01 y la suma de \$1.132.916.358 por concepto del Otro sí No. 02. Sin embargo, la Demandante omite indicar que a la fecha aún adeuda \$76.872.063 a favor del contratista, tal como se evidencia en la siguiente tabla enviada del contratista a la contratante en oficio del 07 de julio de 2020.

	VALOR A FAVOR DE CONTRATISTA	VALOR A FAVOR DE CONTRATANTE
COC-AMAVIA-2018-01	\$ 72,000,000	
OTRO SI No 01 - COC-AMAVIA-2018-01	\$ 14,672,123	
OTRO SI No 02 - COC-AMAVIA-2018-01		\$ 30,545,224
ACTIVIDADES ADICIONALES	\$ 20,745,164	
TOTAL	\$ 107,417,287	\$ 30,545,224
SALDO TOTAL A FAVOR DE AMAVIA	\$ 76,872,063	

Dicho lo anterior, desde ya debe tenerse en cuenta que la Contratante aún adeuda a la contratista AMAVIA S.A.S. la suma de \$76.872.063. Pues en el hipotético evento en que hubiere lugar a indemnización alguna a favor de la parte Demandante, ésta deberá ser reducida en proporción a los saldos adeudados al contratista, según lo establecido en la cláusula octava de la Póliza de Seguro de cumplimiento en la que se indicó:

“Cláusula octava. Reducción de la indemnización.

Si el asegurado al momento de verificarse el incumplimiento o en cualquier momento posterior a este, fuere deudor del contratista por cualquier concepto, la indemnización a cargo de Aseguradora Solidaria de Colombia E. C. se disminuirá

en el monto de dicha deuda siempre y cuando la compensación no se oponga a las leyes vigentes”

De tal suerte que, en caso de una eventual indemnización a cargo de Aseguradora Solidaria, ésta deberá disminuirse en el monto de \$76.872.063, pues este es el valor que le adeuda el contratante a la constructora contratista.

AL HECHO 1.3.2: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, las pruebas obrantes en el expediente indican que es cierto que las actividades adicionadas al contrato son las contenidas en el anexo 1, en el que se indica el valor y la descripción de cada uno de los ítems.

AL HECHO 1.3.3: No es un hecho sino una aparente transcripción de una disposición contractual del Contrato de Obra Civil No. COC-AMAVIA-2018-01. En consecuencia, me atengo a lo que se encuentre consignado en el texto completo del documento.

AL HECHO 1.3.4: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. Por tanto, me atengo a lo que se encuentre probado en el proceso.

AL HECHO 1.3.5: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. Por tanto, me atengo a lo que se encuentre probado en el proceso.

AL HECHO 1.3.6. No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, debe decirse que no es cierto lo indicado en este hecho por parte de la Demandante, puesto que el valor pagado a la contratista es de 1.705.500.000, como se evidencia:

VALOR CANCELADO CONTRATO INICIAL	\$ 528,000,000
VALOR CANCELADO OTRO SÍ No. 01	\$ 143,000,000
VALOR CANCELADO OTRO SÍ No. 02	\$ 1,034,500,000

De manera que no es cierto que la Demandante hubiese pagado la suma que indica en este hecho, cuando los únicos valores cancelados son los descritos en la tabla anterior.

AL HECHO 2: Es cierto que la constructora AMAVIA S.A.S. suscribió con Aseguradora Solidaria de Colombia la póliza de seguro No. 360-45-994000008495 con el fin de amparar el contrato y sus otros modificatorios. Sin embargo, vale la pena indicar que dicha póliza no podrá ser afectada en este caso como quiera que no ha nacido obligación indemnizatoria por parte de la aseguradora, toda vez que de la mera lectura de la póliza podemos concluir que el riesgo asegurado no se realizó. Mediante la póliza en virtud de la cual se vinculó a mi procurada al presente litigio, la Aseguradora cubre los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable al contratista. Quedando claro para poder tener derecho a una indemnización con cargo a la póliza de seguro es indispensable que por parte del contratante se haya dado cabal, íntegro y oportuno cumplimiento de sus obligaciones contractuales, de tal suerte que por su conducta no se hubiere inducido al contratista al incumplimiento. Situación que no se presenta en este caso, toda vez que como se expondrá a profundidad más adelante, la ejecución del Contrato de Obra se detuvo por causas únicamente atribuibles al contratante, quien no cumplió con sus obligaciones contractuales respecto del suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus funciones. Además de encontrarse pagos realizados de manera tardía con lapsos de hasta 10 meses de

duración e incluso adeudando a la fecha \$76.872.063 a favor del contratista. Razón por la cual la mencionada póliza no podrá ser afectada en este proceso.

AL HECHO 2.1: Es cierto que el objeto de la obra es el objeto de la presente póliza es garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista derivadas del contrato de obra civil no cpc-amavia-2018-01 de fecha 11/01/2018 celebrado entre las partes.

Sin embargo, también es cierto que el amparo de cumplimiento es claro en establecer que la Aseguradora cubre los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable al contratista. Quedando claro para poder tener derecho a una indemnización con cargo a la póliza de seguro es indispensable que por parte del contratante se haya dado cabal, íntegro y oportuno cumplimiento de sus obligaciones contractuales. De tal suerte que por su conducta no se hubiere inducido al contratista al incumplimiento. Situación que no se presenta en este caso, toda vez que como se expondrá a profundidad más adelante, la ejecución del Contrato de Obra se detuvo por causas únicamente atribuibles al contratante, quien no cumplió con sus obligaciones contractuales respecto del suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus funciones. Además de encontrarse pagos realizados de manera tardía con lapsos de hasta 10 meses de duración e incluso adeudando a la fecha \$76.872.063 a favor del contratista. Razón por la cual la mencionada póliza no podrá ser afectada en este proceso.

Por otro lado, resulta necesario aclarar que es cierto que Aseguradora Solidaria de Colombia expidió la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 360-74-994000005136. Sin embargo, dicha póliza no podrá afectarse en este proceso puesto que únicamente ampara responsabilidad de índole extracontractual y no contractual como la que se discute en este proceso. Por tanto, desde ahora debe establecerse que la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 360-74-994000005136 no tiene cobertura material para los hechos base de este litigio por tratarse este caso de una responsabilidad contractual y no extracontractual.

AL HECHO 2.2.: No es un hecho sino una afirmación de la existencia de dos pólizas expedidas por la Aseguradora Solidaria de Colombia. Frente a lo cual se indica que efectivamente existen dos pólizas de seguro en las cuales se encuentra asegurado el señor Fabio Ardila Rocha y que las mismas corresponden a la Póliza de Cumplimiento No. 360-45-994000008495 y la póliza de responsabilidad extracontractual No. 360-74-994000005136.

No obstante, debe aclararse que la Póliza No. 360-74-994000005136 no podrá ser afectada por los hechos de este caso puesto que la misma únicamente ampara la responsabilidad de índole extracontractual y no contractual como la que se discute en este proceso. Por tanto, desde ahora debe establecerse que la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 360-74-994000005136 no tiene cobertura material para los hechos base de este litigio por tratarse este caso de una responsabilidad contractual y no extracontractual.

AL HECHO 2.3.: No es un hecho sino una afirmación de la existencia de dos pólizas expedidas por la Aseguradora Solidaria de Colombia. Frente a lo cual se indica que efectivamente existen dos pólizas de seguro en las cuales se encuentra asegurado el señor Fabio Ardila Rocha y que las mismas corresponden a la Póliza de Cumplimiento No. 360-45-994000008495 y la póliza de responsabilidad extracontractual No. 360-74-994000005136.

No obstante, debe aclararse que la Póliza No. 360-74-994000005136 no podrá ser afectada por los hechos de este caso puesto que la misma únicamente ampara la responsabilidad de índole extracontractual y no contractual como la que se discute en este proceso. Por tanto, desde ahora debe establecerse que la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 360-74-994000005136 no tiene cobertura material para los hechos base de este litigio por tratarse este caso de una responsabilidad contractual y no extracontractual.

Ahora bien, tampoco debe perderse de vista que en este caso operó la terminación automática del contrato de seguro en los términos del artículo 1060 del Código de Comercio, que señala expresamente que cuando se presenten circunstancias que alteren el estado del riesgo, se debe notificar oportunamente al asegurador, so pena de que su omisión en la notificación produzca la terminación del contrato de seguro.

AL HECHO 2.3.1: No es un hecho sino una extracción de la póliza de seguro No. 360-45-994000008495. En cualquier caso, vale la pena aclarar que dicho amparo no podrá ser afectado en este proceso pues como bien se indicó en la objeción de fecha 30 de septiembre de 2020. Para afectar válidamente el amparo de cumplimiento, es indispensable que por parte del contratante se haya dado cabal, íntegro y oportuno cumplimiento de sus obligaciones contractuales. De tal suerte que por su conducta no se haya generado o inducido al contratista al incumplimiento.

Así las cosas, analizado el material probatorio aportado al proceso, se observa que la ejecución del Contrato de Obra se detuvo por causas únicamente atribuibles al contratante, quien no cumplió con sus obligaciones contractuales respecto del suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus funciones. Además de encontrarse pagos realizados de manera tardía con lapsos de hasta 10 meses de duración e incluso adeudando a la fecha \$76.872.063 a favor del contratista. Razón por la cual no podrá afectarse el amparo de cumplimiento, como quiera que en este caso se encuentra claro que el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratante es la causa única por la cual se presenta una inejecución del 7.03% del contrato.

AL HECHO 2.3.2: No es un hecho sino una extracción de la póliza de seguro No. 360-45-994000008495. En cualquier caso, vale la pena aclarar que dicho amparo no se encuentra en discusión en este proceso por cuanto el litigio no versa sobre usos indebidos de anticipos desembolsados por la contratante. Adicionalmente, en este caso es improcedente afectar el amparo de buen manejo del anticipo como quiera que en este caso está probada la ejecución de la

obra casi en su totalidad, por lo que es lógico concluir que el anticipo se utilizó de la manera adecuada.

AL HECHO 2.3.3: No es un hecho sino una extracción de la póliza de seguro No. 360-45-994000008495. En cualquier caso, vale la pena aclarar que dicho amparo no se encuentra en discusión en este proceso por cuanto el litigio no versa sobre el pago de salarios o prestaciones sociales.

AL HECHO 2.3.4: No es un hecho sino una extracción de la póliza de seguro No. 360-45-994000008495. En cualquier caso, vale la pena aclarar que dicho amparo no se encuentra en discusión en este proceso por cuanto el litigio no versa sobre la estabilidad de la obra. Adicionalmente, vale la pena resaltar que dicho amparo no podrá ser afectado en este caso como quiera que éste no ha entrado en vigencia por cuanto la obra no ha sido recibida. Y adicionalmente, porque este amparo es excluyente del amparo de cumplimiento que se pretende afectar.

AL HECHO 3. No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, debe decirse que según los documentos arrimados al proceso la ejecución del Contrato de Obra se detuvo por causas únicamente atribuibles al contratante, quien no cumplió con sus obligaciones contractuales respecto del suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus funciones. Además de encontrarse pagos realizados de manera tardía con lapsos de hasta 10 meses de duración e incluso adeudando a la fecha \$76.872.063 a favor del contratista.

AL HECHO 3.1. No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio

de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

No obstante, vale la pena indicar que el contratista cumplió con el 100% de sus obligaciones logrando una ejecución contractual del 92.07%. Toda vez que el restante porcentaje dejado de ejecutar obedece única y exclusivamente a las conductas de la parte contratante quien no cumplió con sus obligaciones contractuales respecto del suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus funciones. Además de encontrarse pagos realizados de manera tardía con lapsos de hasta 10 meses de duración e incluso adeudando a la fecha \$76.872.063 a favor del contratista.

AL HECHO 3.2. No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia, compañía aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos.

AL HECHO 3.3: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, debe resaltarse que el único ítem contractual del Otro sí No. 01 que no pudo ser ejecutado por parte de la contratista es el relativo a las ménsulas como bien lo indica el relato del hecho. Ítem contractual que no se logró ejecutar como consecuencia de factores netamente atribuibles a la entidad contratante.

Frente a este hecho también debe decirse que no es cierto que la constructora abandonara totalmente la obra, sino que ejecutó hasta la medida de sus posibilidades encontrando que no fue posible ejecutar el 7.03% del contrato. Lo anterior, en razón al incumplimiento de las obligaciones

contractuales de la parte contratante, quien se rehusó a suministrar la información requerida para el efectivo desarrollo de las obligaciones del contratista.

AL HECHO 4. No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia, compañía aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. Sin embargo, una vez analizados los documentos obrantes en el expediente se observa que los ítems que no fueron ejecutados responden en su mayoría a temas relacionados con las redes eléctricas, cuya ejecución no pudo realizarse como consecuencia de las conductas de la parte contratante. Quien no suministró toda la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus funciones, específicamente respecto de la autorización para la conexión al punto CD87778 del predio Lote 140 y la entrega de carta de “Solicitud permiso para la conexión al punto CD87778 – Lote 140 - Celta Trade Park”. Así como tampoco se suministró la Carta emitida por el Parque Industrial Celta en donde se indique la compra proyectada de la RMU. Información que resultaba completamente necesaria para el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista.

Adicionalmente debe decirse que si bien es cierto los términos de ejecución fueron retrasados, lo cierto es que dicha situación obedeció única y exclusivamente a las conductas del contratante, quien realizaba los pagos de cortes mensual de manera tardía y, de hecho, a la fecha aún adeuda la suma de \$76.872.063. Tan cierto es lo indicado en este hecho que en la ejecución del contrato inicial alcanzaron a pasar diez meses desde el 16 de marzo de 2018, fecha en que se desembolsó el primer pago de corte y el 26 de enero de 2019, fecha en que se realizó el pago por el segundo corte. Es decir, durante 10 meses la constructora AMAVIA S.A.S. no recibió dinero por parte de la Contratante aun cuando la obra continuaba ejecutándose, lo que indica que la inobservancia de tiempos obedece exclusivamente al retraso en los pagos por parte de la contratante.

AL HECHO 5. No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia, compañía

aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. No obstante, debe aclararse que las pruebas obrantes en el plenario del proceso dejan ver que contrario a lo relatado por la parte Demandante en este hecho, el aparente incumplimiento se debe exclusivamente a las actuaciones del contratante. Puesto que la inejecución de la obra en un 7.03% obedece a que la contratante no suministró toda la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus funciones, específicamente respecto de la autorización para la conexión al punto CD87778 del predio Lote 140 y la entrega de carta de “Solicitud permiso para la conexión al punto CD87778 – Lote 140 - Celta Trade Park”.

Así como tampoco se suministró la Carta emitida por el Parque Industrial Celta en donde se indique la compra proyectada de la RMU. Información que resultaba completamente necesaria para el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista. Además de encontrarse pagos realizados de manera tardía con lapsos de hasta 10 meses de duración e incluso adeudando a la fecha \$76.872.063 a favor del contratista. Por lo cual, no es de recibo lo relatado por la Demandante en este hecho, dado que en este proceso está plenamente establecido que el aparente incumplimiento se debió únicamente a las conductas de la parte Contratante.

AL HECHO 6: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. Por tanto, me atengo a lo que se encuentre probado en el proceso.

AL HECHO 6.1: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. Por tanto, me atengo a lo que se encuentre probado en el proceso.

AL HECHO 6.2: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. Por tanto, me atengo a lo que se encuentre probado en el proceso.

AL HECHO 6.3. No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia, compañía aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. Sin embargo, del relato de este hecho se observa que los Demandantes indican que la realización de trámites por parte de los contratantes no está estipulada en el contrato, pero desconoce que una de las obligaciones que se encuentran a su cargo dentro del contrato es la de entregar toda la información que solicite el contratista para desarrollar sus labores:

“Cuarta. Obligaciones del CONTRATANTE- EL CONTRATANTE se obliga a:

- 1. Cancelar los valores fijados al CONTRATISTA, según la forma que se pactó dentro del término debido.*
- 2. **Entregar toda la información que solicite el CONTRATISTA para poder desarrollar con normalidad su labor independiente.***
- 3. Cumplir con lo estipulado en las demás cláusulas y condiciones del presente contrato.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

De modo que la obligación de entregar la Autorización para la conexión al punto CD87778 del predio Lote 140, la carta de Solicitud permiso para la conexión al punto CD87778 – Lote 140 - Celta Trade Park y la Carta emitida por el Parque Industrial Celta en donde se indique la compra proyectada de la RMU, eran netamente del contratante. Documentos que fueron solicitados en insistentes oportunidades por parte del contratista y que nunca fueron recibidos, incumpliendo claramente las obligaciones contractuales de la Contratante.

AL HECHO 6.4: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

AL HECHO 6.5. No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia, compañía aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. Sin embargo, en los documentos obrantes en el proceso se encuentra un oficio enviado por constructora AMAVIA S.A.S. a la parte contratante, en el que no aceptan el incumplimiento del contrato en los siguientes términos:

1.5 Perjuicios ocasionados: Los mismos son rechazados por cuanto el incumplimiento es propio de la contratante, conforme se ha plasmado en líneas anteriores, pues no solo incurre en mora en el pago de las sumas dinerarias pactadas y debidamente ejecutadas, sino que además su tardía intervención a las solicitudes del contratista, evidencian la falta de ejecución al no aportar los medios necesarios para que el contratista logrará ejecutar la obra de manera definitiva.

Habiéndose presentado varios retrasos en los pagos por la contratante conforme a labores ejecutadas, CONSTRUCTORA AMAVIA SAS, a fin de no ralentizar el cabal cumplimiento, seguía ejecutando su labor, inclusive realizando solicitudes de obra diferentes y por solicitud del contratante, para poder continuar con las obras incluidas en los contratos, ello se ve reflejado en la ejecución de las

*siguientes actividades que no habían sido valorizadas dentro de los contratos.
(...)*

Fatigados de los insistentes correos, llamadas y reuniones, nos vimos obligados inclusive a recordarle al contratista mediante misiva fechada del día 14 de julio de 2020, documento en el cual, nos permitimos insistir en la necesidad de la colaboración del contratante en darle las herramientas necesarias para poder continuar, inclusive solicitando la terminación, por su incumplimiento.

*4.- Confirmación de la terminación del contrato: **No aceptamos la aseveración de incumplimiento de la constructora,** sin embargo, aceptamos la terminación del contrato e invitamos nuevamente a una salida consensuada que permita la solución a un conflicto jurídico.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

De manera que dicho escrito tuvo una objeción por parte de la constructora, que deberá ser tenida en cuenta por parte del Despacho a efectos de resolver el presente caso. Pues en este escrito se confirma que los aparentes incumplimientos de la contratista únicamente obedecen al incumplimiento inicial de la parte demandante.

AL HECHO 7: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

AL HECHO 7.1: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia.

Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

No obstante, vale la pena resaltar que los rubros señalados en este hecho no sólo no se encuentran amparados en la póliza de seguro, sino que también se encuentran expresamente excluidos de cobertura según el contrato de seguro que en el acápite 2 correspondiente a exclusiones, que establece:

“2. Exclusiones.

El presente seguro no ampara.

2.9. El lucro cesante de la entidad contratante, así como los perjuicios diferentes a los directos sufridos por la entidad contratante como consecuencia del incumplimiento del contratista, tales como los perjuicios indirectos, morales, inciertos, futuros, consecuenciales o subjetivos.”

En ese sentido, queda claro que las sumas a las que hace referencia este hecho se encuentran expresamente excluidas de cobertura en la póliza de seguro expedida por mi representada.

AL HECHO 7.2: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, la parte actora deberá acreditar su dicho debida y suficientemente, conforme a los medios de pruebas útiles, conducentes y pertinentes para el efecto y en las oportunidades procesales previstas para ello.

No obstante, vale la pena resaltar que los rubros señalados en este hecho no sólo no se encuentran amparados en la póliza de seguro, sino que también se encuentran expresamente excluidos de cobertura según el contrato de seguro que en el acápite 2 correspondiente a exclusiones, que establece:

“2. Exclusiones.

El presente seguro no ampara.

2.9. El lucro cesante de la entidad contratante, así como los perjuicios diferentes a los directos sufridos por la entidad contratante como consecuencia del incumplimiento del contratista, tales como los perjuicios indirectos, morales, inciertos, futuros, consecuenciales o subjetivos.”

En ese sentido, queda claro que las sumas a las que hace referencia este hecho se encuentran expresamente excluidas de cobertura en la póliza de seguro expedida por mi representada.

AL HECHO 7.3.: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, resulta necesario aclarar que no es cierto que la constructora dejara de ejecutar la suma de \$133.111.317 (7.3% del contrato) por abandono e incumplimiento. Por el contrario, lo que se demostrará en este proceso es que la inejecución de dicha suma obedeció únicamente al incumplimiento de las obligaciones contractuales de la parte contratante, quien se rehusó a suministrar la información requerida para el efectivo desarrollo de las obligaciones del contratista. Máxime, cuando a la fecha la parte contratante adeuda a la contratista la suma de \$76.872.063 por concepto de actividades ejecutadas y no pagadas.

Adicionalmente, debe aclararse que no es cierto que dicho pago deba ser cancelado de manera solidaria por la Compañía Aseguradora de Colombia, puesto que para poder tener derecho a una indemnización con cargo a la póliza de seguro es indispensable que por parte del contratante se haya dado cabal, íntegro y oportuno cumplimiento de sus obligaciones contractuales. De tal suerte que por su conducta no se hubiere inducido al contratista al incumplimiento. Situación que no se presenta en este caso, toda vez que como se expondrá a profundidad más adelante, la ejecución del Contrato de Obra se detuvo por causas únicamente atribuibles al contratante, quien no cumplió con sus obligaciones contractuales respecto del suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus funciones. Además de encontrarse pagos realizados de manera tardía con lapsos de hasta 10 meses de duración e incluso adeudando a la fecha \$76.872.063 a favor del contratista.

AL HECHO 7.4.: No me consta lo afirmado en este hecho por la parte Demandante, pues se trata de circunstancias totalmente ajenas y desconocidas por Aseguradora Solidaria de Colombia. Compañía Aseguradora sin relación alguna con los hechos expuestos. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la cláusula penal es un riesgo expresamente excluido de cobertura en la póliza de seguro, como se constata en el acápite 2 relativo a las exclusiones:

“2. Exclusiones.

El presente seguro no ampara.

2.3. Las cláusulas penales, multas y cualquier sanción pecuniaria impuestas al contratista, las cuales serán de su cargo exclusivo.”

En ese sentido, queda claro que las sumas a las que hace referencia este hecho se encuentran expresamente excluidas de cobertura en la póliza de seguro expedida por mi representada.

AL HECHO 8.1: Es cierto que en escrito del 08 de septiembre de 2020 la parte demandante expuso un aparente incumplimiento contractual por parte de la Constructora Demandada. Así como también es cierto que el amparo de cumplimiento con vigencia desde el 11 de enero de 2018 hasta el 14 de enero de 2020 tiene un límite asegurador de \$378.558.626. Sin embargo, lo cierto de este caso es que la póliza No. 360-45-994000008495 no podrá ser afectada, como quiera que como bien se indicó al demandante, el amparo de cumplimiento únicamente podría afectarse en el evento en que el incumplimiento del contratista no hubiese acaecido como consecuencia de las actuaciones del contratante, como se observa:

*“Para afectar válidamente el amparo de cumplimiento, es deber acreditar que el objeto de contrato no fue ejecutado por el contratista de acuerdo con las especificaciones técnicas expresamente pactadas en el contrato y dentro de los tiempos acordados; de igual forma la existencia, naturaleza y cuantía de los perjuicios que el incumplimiento le generó al asegurado, para lo cual es necesario aportar copia de la liquidación del contrato garantizado, documento que deberá contener el balance final de ejecución y financiero, porcentaje del contrato ejecutado, los pagos efectuados al contratista, las retenciones realizadas, las devoluciones del anticipo de acuerdo a lo acordado contractualmente, etc., documento que a su vez debe venir acompañado de los documentos que sirvan de soporte; **es importante recordar que para efectos de poder tener derecho a la indemnización es indispensable que por parte del contratante se haya dado cabal, íntegro y oportuno cumplimiento de sus obligaciones contractuales, de tal suerte que por su conducta no se haya generado o inducido al contratista al incumplimiento.**” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Lo anterior, se ratifica en esta contestación indicando que en este caso no procederá reconocimiento indemnizatorio a la parte demandante, como quiera que se encuentra plenamente acreditado que

no cumplió con sus obligaciones contractuales relativas al suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo normal de sus actividades. Lo que incidió de manera consecencial en la aparente inejecución del 7.03% del contrato. Así lo ha manifestado el contratista en todas las misivas dirigidas a los señores Fabio Ardila Rocha y Sandra Pulido, en las que ha sido claro en indicar que la ejecución de la obra tuvo que detenerse como quiera que los mencionados no suministraron la información relacionada con la Autorización para la conexión al punto CD87778 del predio Lote 140 y la entrega de carta de “Solicitud permiso para la conexión al punto CD87778 – Lote 140 - Celta Trade Park”. Así como tampoco se suministró la Carta emitida por el Parque Industrial Celta en donde se indique la compra proyectada de la RMU. Información que resultaba completamente necesaria para el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista.

Así mismo, en diferentes informes del estado de ejecución del contrato, se observa que el contratante incumplió sus obligaciones contractuales respecto de los pagos oportunos al contratista, dado que a la fecha se encuentra aun adeudando \$76.872.063 a favor del contratista. Quedando claro entonces que el contratante no ha dado cabal, íntegro y oportuno cumplimiento a sus obligaciones contractuales, generando perjuicios a la ejecución de la obra y al contratista. Razón suficiente para que desde este momento se desestime el reconocimiento de indemnización alguna a favor de la parte demandante.

AL HECHO 8.2: Es cierto que la Aseguradora solidaria de Colombia manifestó que el objeto de la indemnización son los perjuicios directos que se lleguen a ocasionar, los cuales han de estar debidamente demostrados.

Adicionalmente, la Aseguradora Solidaria de Colombia manifestó que a efectos de poder tener derecho a una indemnización es indispensable que por parte del contratante se haya dado cabal, íntegro y oportuno cumplimiento de sus obligaciones contractuales. De tal suerte que por su conducta no se hubiere inducido al contratista al incumplimiento. Situación que no se presenta en

este caso, toda vez que como se expondrá a profundidad más adelante, la ejecución del Contrato de Obra se detuvo por causas únicamente atribuibles al contratante, quien no cumplió con sus obligaciones contractuales respecto del suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus funciones. Además de encontrarse pagos realizados de manera tardía con lapsos de hasta 10 meses de duración e incluso adeudando a la fecha \$76.872.063 a favor del contratista. Por tanto, una vez más Aseguradora Solidaria de Colombia reafirma lo dicho en la respuesta dada al contratista, indicando que no procederá indemnización alguna por encontrarse probado que la inejecución del porcentaje pendiente de la obra obedece exclusivamente al incumplimiento inicial del contratista en sus obligaciones contractuales.

AL HECHO 9: Es cierto.

PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES

Me opongo a la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda, por cuanto las mismas carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que hagan viable su prosperidad. Como quiera que al hacer la narración de los supuestos hechos se pretende imputar un incumplimiento al contratista AMAVIA S.A.S., el cual como se establecerá dentro del proceso, no es imputable a éste. Toda vez que la inejecución del 7.03% de la obra obedece únicamente al incumplimiento contractual del contratante, quien se rehusó a suministrar la información requerida por el contratista para la adecuada ejecución del contrato.

OPOSICIÓN FRENTE A TODAS LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS

OPOSICIÓN FRENTE A LA PRETENSION 1: ME OPONGO a que se declare el incumplimiento del contrato No. COC-AMAVIA-2018 de fecha 11 de enero de 2018, celebrado entre las partes, SANDRA PATRICIA PULIDO GAVIRIA y FABIO ARDILA ROCHA. Como quiera que (i) El contratista

cumplió con sus obligaciones contractuales y (ii) El porcentaje de inejecución es atribuible únicamente a los contratantes.

En primer lugar, las pruebas del proceso dan cuenta del efectivo cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Contratista AMAVIA S.A.S. quien se encargó de ejecutar los ítems contractuales pactados en el contrato inicial y sus Otrosíes adicionales, en la medida que dicho cumplimiento se ve reflejado en el 92.97% de la obra.

En segundo lugar, se observa que en gracia de discusión si se encuentra una aparente inejecución de obligaciones del 7.3% del contrato, debe analizarse que dicha inejecución obedeció única y exclusivamente a las actuaciones del contratante. Lo que permite aplicar íntegramente la disposición consagrada en el artículo 1609 del C.C. Puesto que no cumplió con sus obligaciones contractuales respecto del suministro de la información relacionada con la Autorización para la conexión al punto CD87778 del predio Lote 140 y la entrega de carta de “Solicitud permiso para la conexión al punto CD87778 – Lote 140 - Celta Trade Park”. Así como tampoco se suministró la Carta emitida por el Parque Industrial Celta en donde se indique la compra proyectada de la RMU. Información que resultaba completamente necesaria para el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista. Así mismo, en diferentes informes del estado de ejecución del contrato, se observa que el contratante incumplió sus obligaciones contractuales respecto de los pagos oportunos al contratista, dado que a la fecha se encuentra aún adeudando \$76.872.063 a favor del contratista. Quedando claro entonces que el contratante no ha dado cabal, íntegro y oportuno cumplimiento a sus obligaciones contractuales, generando perjuicios a la ejecución de la obra y al contratista.

OPOSICIÓN FRENTE A LA PRETENSION 2: ME OPONGO a que se declare que Aseguradora Solidaria de Colombia es responsable de cancelar los perjuicios derivados del incumplimiento, por las siguientes razones:

En primer lugar, debe manifestarse que si bien es cierto que la Aseguradora Solidaria de Colombia expidió la póliza de seguro No. 360-45-994000008495, en la que funge como tomador la Constructora AMAVIA S.A.S. y como asegurado el señor Fabio Ardila Rocha. Lo cierto es que dicha póliza no podrá ser afectada en este caso como quiera que el amparo de cumplimiento es claro en establecer que para poder tener derecho a una indemnización con cargo a la póliza de seguro es indispensable que por parte del contratante se haya dado cabal, íntegro y oportuno cumplimiento de sus obligaciones contractuales. De tal suerte que por su conducta no se hubiere inducido al contratista al incumplimiento. Situación que no se presenta en este caso, toda vez que como se expondrá a profundidad más adelante, la ejecución del Contrato de Obra se detuvo por causas únicamente atribuibles al contratante, quien no cumplió con sus obligaciones contractuales respecto del suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus funciones. Además de encontrarse pagos realizados de manera tardía con lapsos de hasta 10 meses de duración e incluso adeudando a la fecha \$76.872.063 a favor del contratista. Razón por la cual la mencionada póliza no podrá ser afectada en este proceso.

Adicionalmente, en este caso se encuentra patente el incumplimiento de las cargas de que trata el artículo 1077 del Código de Comercio, dado que (i) La parte actora no demostró la realización del riesgo asegurado, pues no se ha presentado un evento en el cual haya sido declarado el incumplimiento imputable al contratista. Al contrario, se observa que lo que operó en el presente caso fue la excepción de contrato no cumplido, en tanto que la aparente inexecución del 7.3% del valor de la obra, obedeció únicamente al incumplimiento contractual de la parte contratante como se indicó en líneas precedentes. Por otro lado, respecto a la acreditación de la cuantía de la supuesta pérdida, resulta necesario señalar que los perjuicios deprecados por la parte demandante no se encuentran debidamente soportados. De esa forma, como se incumplieron las cargas de que trata el artículo 1077 del C.Co, es claro que no ha nacido la obligación condicional del Asegurador.

Ahora bien, tampoco debe perderse de vista que en este caso operó la terminación automática del contrato de seguro en los términos del artículo 1060 del Código de Comercio, que señala

expresamente que cuando se presenten circunstancias que alteren el estado del riesgo, se debe notificar oportunamente al asegurador, so pena de que su omisión en la notificación produzca la terminación del contrato de seguro.

OPOSICIÓN FRENTE A TODAS LAS PRETENSIONES DE CONDENA

OPOSICIÓN FRENTE A LA PRETENSION 1: ME OPONGO a que se condene a la Constructora AMAVIA S.A.S. al pago de suma alguna por concepto de daños y perjuicios, Lo anterior, por sustracción de materia, en tanto que resulta consecencial a la primera pretensión, y al ser improcedente, esta también debe ser desestimada frente al extremo pasivo.

OPOSICIÓN FRENTE A LA PRETENSION 1.1. ME OPONGO a que se condene a la Constructora AMAVIA S.A.S. al pago de suma alguna por concepto de Daño emergente, como quiera que el mismo no se encuentra probado en el proceso y como consecuencia, no podrá ser reconocido a favor de la parte Demandante.

OPOSICIÓN FRENTE A LAS PRETENSIONES 1.2. ME OPONGO a que se condene a la Constructora AMAVIA S.A.S. al pago de suma alguna por concepto de Lucro cesante, como quiera que el mismo no se encuentra probado en el proceso y como consecuencia, no podrá ser reconocido a favor de la parte Demandante.

OPOSICIÓN FRENTE A LAS PRETENSIONES 1.2.2. ME OPONGO al reconocimiento de intereses de mora como quiera que los mismos únicamente podrán causarse a partir de la ejecutoria del fallo judicial que da certeza a la obligación. Frente al momento en el que se empiezan a causarse los intereses moratorios, la Corte Suprema de Justicia ha establecido en distintas oportunidades que éstos empiezan a causarse a partir de la ejecutoria del fallo judicial que da certeza a la obligación. Específicamente, en la reciente sentencia del 26 de mayo de 2021, en la que se indicó textualmente:

“Respecto del momento a partir del cual procedía disponer el pago de intereses moratorios, conforme al análisis que se dejó consignado al estudiarse el cargo segundo del recurso extraordinario de casación, al que se hace remisión expresa, se colige el desacierto de la fecha fijada por el a quo con tal fin -6 de septiembre de 2010-, misma señalada por el Tribunal, la cual, por ende, deberá modificarse, para disponer que la eventual causación de los indicados réditos, será a partir de la ejecutoriadel presente fallo”¹

Lo anterior, deja claro que la pretensión del Demandante en este caso no tiene vocación de prosperidad, puesto que los intereses moratorios podrían empezar a causarse solo hasta que el fallo judicial brinde certeza sobre la obligación. Toda vez que antes de proferirse el fallo, no existe certeza sobre la obligación de indemnizar.

OPOSICIÓN FRENTE A LAS PRETENSIONES 1.2.2., 1.2.3., 1.2.3.1., 1.2.3.2., y .1.2.4. ME OPONGO a que se condene a la Constructora AMAVIA S.A.S. .al pago de suma alguna por concepto de daños y perjuicios, Lo anterior, por sustracción de materia, en tanto que resulta consecencial a la primera pretensión, y al ser improcedente, esta también debe ser desestimada frente al extremo pasivo.

Además, me opongo las pretensiones contenidas en estos numerales como quiera que ninguna de estas pretensiones se encuentra amparada por la póliza de seguro. Máxime cuando varias de ellas se encuentran expresamente excluidas de cobertura en la póliza de seguro expedida por mi representada. Como se observa:

“2. Exclusiones.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC1947-2021. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. 26 de mayo de 2021.

El presente seguro no ampara.

2.3. Las cláusulas penales, multas y cualquier sanción pecuniaria impuestas al contratista, las cuales serán de su cargo exclusivo.

2.9. El lucro cesante de la entidad contratante, así como los perjuicios diferentes a los directos sufridos por la entidad contratante como consecuencia del incumplimiento del contratista, tales como los perjuicios indirectos, morales, inciertos, futuros, consecuenciales o subjetivos.”

En ese sentido, queda claro que las sumas a las que hace referencia la Demandante en estas pretensiones se encuentran expresamente excluidas de cobertura en la póliza de seguro expedida por mi representada, por cuanto se tratan de perjuicios **indirectos** aparentemente sufridos por la contratante y efectividad de cláusulas penales excluidas de amparo.

OPOSICIÓN FRENTE A LA PRETENSION 2: ME OPONGO a que se condene a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA al pago de indemnización alguna con cargo a la póliza No. 360-45-994000008495 y No. 360-74-994000005136 por las siguientes razones:

Respecto de la póliza No. 360-45-994000008495: En primer lugar, debe indicarse que no procederá reconocimiento indemnizatorio con cargo a la póliza de seguro mencionada, por cuanto en este caso no se ha realizado el riesgo asegurado como quiera que no ha existido incumplimiento imputable al contratista AMAVIA S.A.S. Sino que por el contrario, se encuentra patente la excepción de contrato no cumplido según la cual, si una parte incumple, la exigibilidad de la obligación de la otra se suspende, actuando como una genuina excusa de cumplimiento para la otra parte afectada.

En segundo lugar, me opongo a la afectación de la póliza de seguro No. 360-45-994000008495 Por encontrarse patente el incumplimiento de las cargas de que trata el artículo 1077 del Código de

Comercio, dado que (i) La parte actora no demostró la realización del riesgo asegurado, pues no se ha presentado un evento en el cual haya sido declarado el incumplimiento imputable al contratista. Al contrario, se observa que lo que operó en el presente caso fue la excepción de contrato no cumplido, en tanto que la aparente inejecución del 7.3% del valor de la obra, obedeció únicamente al incumplimiento contractual de la parte contratante como se indicó en líneas precedentes. Por otro lado, respecto a la acreditación de la cuantía de la supuesta pérdida, resulta necesario señalar que los perjuicios deprecados por la parte demandante no se encuentran debidamente soportados. De esa forma, como se incumplieron las cargas de que trata el artículo 1077 del C.Co, es claro que no ha nacido la obligación condicional del Asegurador.

Ahora bien, tampoco debe perderse de vista que en este caso operó la terminación automática del contrato de seguro en los términos del artículo 1060 del Código de Comercio, que señala expresamente que cuando se presenten circunstancias que alteren el estado del riesgo, se debe notificar oportunamente al asegurador, so pena de que su omisión en la notificación produzca la terminación del contrato de seguro.

Respecto de la póliza No. 360-74-994000005136: En cualquier caso, la póliza mencionada no podrá ser afectada por los hechos base del presente litigio, como quiera que es una póliza de responsabilidad civil extracontractual que nada tiene que ver con los perjuicios derivados del incumplimiento contractual. Puesto que la misma únicamente ampara la responsabilidad de índole extracontractual y no contractual como la que se discute en este proceso. Por tanto, resulta claro que la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 360-74-994000005136 no tiene cobertura material para los hechos base de este litigio por tratarse este caso de una responsabilidad contractual y no extracontractual. Máxime, cuando la póliza en mención no contempla entre sus coberturas el amparo de cumplimiento que pretende afectar la parte Demandante en este proceso.

OPOSICIÓN FRENTE A LA PRETENSION 2.2: ME OPONGO a esta pretensión, en tanto que resulta consecencial a las anteriores pretensiones y como quiera que no tienen vocación de

prosperidad por resultar improcedentes, esta también debe ser desestimada frente a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

Frente al momento en el que se empiezan a causarse los intereses moratorios, la Corte Suprema de Justicia ha establecido en distintas oportunidades que éstos empiezan a causarse a partir de la ejecutoria del fallo judicial que da certeza a la obligación. Específicamente, en la reciente sentencia del 26 de mayo de 2021, en la que se indicó textualmente:

“Respecto del momento a partir del cual procedía disponer el pago de intereses moratorios, conforme al análisis que se dejó consignado al estudiarse el cargo segundo del recurso extraordinario de casación, al que se hace remisión expresa, se colige el desacierto de la fecha fijada por el a quo con tal fin -6 de septiembre de 2010-, misma señalada por el Tribunal, la cual, por ende, deberá modificarse, para disponer que la eventual causación de los indicados réditos, será a partir de la ejecutoria del presente fallo”²

Lo anterior, deja claro que la pretensión del Demandante en este caso no tiene vocación de prosperidad, puesto que los intereses moratorios podrían empezar a causarse solo hasta que el fallo judicial brinde certeza sobre la obligación. Toda vez que antes de proferirse el fallo, no existe certeza sobre la obligación de indemnizar.

OPOSICIÓN FRENTE A LA PRETENSION 3: ME OPONGO a la condena en costas y agencias en derecho, por sustracción de materia, en tanto que resulta consecencial a las anteriores pretensiones, y al ser improcedente, esta también debe ser desestimada frente al extremo pasivo. En su lugar, solicito condena en costas y agencias en derecho para la parte demandante.

² Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC1947-2021. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. 26 de mayo de 2021.

OPOSICIÓN FRENTE A LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS: ME OPONGO a las pretensiones subsidiarias solicitadas por la Demandante, como quiera que en este caso no hay incumplimiento y como consecuencia las mismas no pueden prosperar. Sin embargo, resulta necesario aclarar que la póliza de seguro expedida por mi representada no ampara la cláusula penal. Es más, las cláusulas penales y demás multas o sanciones se encuentran expresamente excluidas de cobertura según lo establecido en el numeral 2.3. del acápite de exclusiones.

OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

Objeto el juramento estimatorio presentado por el Demandante de conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso. En cuanto a la categoría de daños patrimoniales o materiales, específicamente la suma de \$133.111.317 solicitados en la demanda por concepto de “sumas dejadas de ejecutar”. Objeto su cuantía en atención a que la parte Demandante no cumplió su carga probatoria establecida en el artículo 167 del Código General del Proceso, puesto que no aportó prueba detallada del perjuicio cuya indemnización deprecia.

No resulta procedente lo solicitado respecto del reconocimiento y pago en favor de la parte Demandante de \$133.111.317, toda vez que no hay prueba dentro del expediente que justifique la suma solicitada. En efecto debe aclararse que los documentos aportados al plenario del proceso en las cuales se fundamenta dicha solicitud, no brindan la claridad necesaria para que se efectúe dicho reconocimiento. Por el contrario, se trata de un informe que no se encuentra soportado mediante ningún documento que sirva como sustento de lo allí contenido, es decir, no se indica la metodología utilizada para hacer el análisis, ni el trabajo de campo realizado para determinar las sumas dejadas de ejecutar, ni mucho menos se acredita algún tipo de idoneidad de la sociedad que emite el informe de ejecución del contrato.

En este orden de ideas, es preciso reiterar que la parte Demandante tenía entre sus mandatos toda la carga probatoria sobre los perjuicios deprecados en la demanda. Por lo tanto, cada uno de los

daños por los cuales está exigiendo una indemnización deberán estar claramente probados a través de los medios idóneos que la ley consagra en estos casos. Esta teoría ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, debido a que sobre este particular ha establecido lo siguiente:

*“(...) aun cuando en la acción de incumplimiento contractual es dable reclamar el reconocimiento de los perjuicios, en su doble connotación de daño emergente y lucro cesante, no lo es menos que para ello resulta ineludible que el perjuicio reclamado tenga como causa eficiente aquel incumplimiento, **y que los mismos sean ciertos y concretos y no meramente hipotéticos o eventuales, teniendo el reclamante la carga de su demostración,** como ha tenido oportunidad de indicarlo, de manera reiterada.”³ (Subrayado fuera del texto original)*

Bajo esta misma línea, en otro pronunciamiento también ha indicado que la existencia de los perjuicios en ningún escenario se puede presumir, tal y como se observa a continuación:

*“Ya bien lo dijo esta Corte en los albores del siglo XX, al afirmar que “(...) **la existencia de perjuicios no se presume en ningún caso;** [pues] no hay disposición legal que establezca tal presunción (...)”⁴(Subrayado fuera del texto original)*

En conclusión, no es procedente el reconocimiento de la suma de \$133.111.317, por cuanto no existe prueba cierta que indique que esta fue la suma que se dejó de ejecutar en el contrato de obra suscrito entre la Demandante y AMAVIA S.A.S. De modo tal, que al no encontrarse probados los perjuicios que alega en el juramento estimatorio, es jurídicamente improcedente su reconocimiento. Tal y como lo han señalado los pronunciamientos jurisprudenciales citados en líneas precedentes.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de febrero de 2018. Mp. Margarita Cabello Blanco. EXP: 2007-0299 .

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de junio de 2018. Mp Luis Armando Tolosa Villabona. EXP: 2011-0736.

Por las razones antes expuestas, me opongo enfáticamente al juramento estimatorio de la demanda.

CAPÍTULO III
EXCEPCIONES DE FONDO FRENTE A LA DEMANDA

En primer lugar, es preciso poner en conocimiento del Honorable Juez que la defensa se abordará con la formulación de medios exceptivos divididos en dos grupos. Por un lado, se formularán las excepciones relacionadas con los medios de defensa propuestos con ocasión al inexistente incumplimiento contractual por parte del Contratista y posteriormente, se abordarán los medios exceptivos que guardan profunda relación con los contratos de seguro. Por lo anterior, se formularán las siguientes excepciones:

**EXCEPCIONES DE FONDO FRENTE AL INEXISTENTE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL
POR PARTE DEL CONTRATISTA.**

**1. CUMPLIMIENTO TOTAL DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES A CARGO DEL
CONTRATISTA.**

La constructora AMAVIA S.A.S. ha dado cumplimiento integral a las actividades pactadas dentro del contrato de obra No. COC-AMAVIA-2018-01. como en los Otrosíes No. 01 y No. 02, alcanzando un porcentaje de ejecución del 92.97%. Es importante destacar que el porcentaje de obra no ejecutado se debe a circunstancias atribuibles exclusivamente a los contratantes, lo que no puede ser usado para desvirtuar la correcta gestión del contratista. A lo largo del desarrollo del proyecto, AMAVIA S.A.S. ejecutó todas las fases del contrato conforme a las especificaciones técnicas, los tiempos y los requisitos acordados, cumpliendo de manera cabal con sus obligaciones. En consecuencia, no existe justificación alguna para las pretensiones de la parte demandante,

encaminadas a resolver el contrato y a reclamar presuntos perjuicios, ya que no se evidencia incumplimiento en la ejecución de las obras por parte de la constructora. Por lo tanto, el contrato fue ejecutado de acuerdo con los términos establecidos y en plena conformidad con las disposiciones contractuales aprobadas.

Para desarrollar esta excepción, será necesario separar los puntos de incumplimiento que equivocadamente señala el Demandante a efectos de aclarar el debido cumplimiento por parte de la contratista. De manera que se separa así: (i) Cumplimiento de las actividades pactadas en el contrato inicial COC-AMAVIA-2018-01 (ii) Cumplimiento de las actividades pactadas en el Otro sí No. 01 del 21 de marzo de 2019. (iii) Cumplimiento de las obligaciones pactadas en el Otro si No. 02 del 13 de junio de 2019. Lo anterior, con el fin de brindar claridad al Despacho sobre el inexistente incumplimiento por parte del Contratista AMAVIA S.A.S. dentro de la relación contractual con Fabio Ardila Rocha y Sandra Pulido.

(i) *Cumplimiento de las actividades pactadas en el contrato inicial COC-AMAVIA-2018-01*

En este punto resulta necesario señalar que dentro de las obligaciones del contrato de obra civil No. COC-AMAVIA-2018-01 del 11 de enero de 2018, suscrito entre los señores Sandra Pulido, Fabio Ardila Rocha y la constructora AMAVIA S.A.S. Esta última se obligó a construir la Bodega del Lote 137 A2, situado en el Parque Industrial Celta del municipio de Funza – Cundinamarca, por un valor inicial de Seiscientos millones de pesos M/cte (\$600.000.000). Convenio en el que se pactaron las siguientes actividades:

- Cerramiento de obra
- Comisión de topografía
- Campamento y baños
- Descapote y retiro de materia orgánica
- Compactación dinámica

- Reconstrucción de niveles con material de excavación seleccionado, extendido y nivelado.
- Bases granulares en recebo común 8200 con espesor total de 60 cm
- Céreo y compactación de recebo
- Excavaciones manuales y mecánicas para cimentación, muelles y redes, incluye cargue y retiro.
- Diseño eléctrico e hidráulico.
- Revisión al diseño arquitectónico y estructural existente
- Empalme y culminación del trámite de licencia de construcción
- Cimentación total
- Dos niveles de columnas y vigas de arriostramiento
- Redes hidrosanitarias por piso y cajas
- Redes eléctricas por piso y cajas.

En virtud de lo anterior, es dable señalar que el contratista ha dado cabal cumplimiento a sus obligaciones contractuales derivadas del contrato de obra No. COC-AMAVIA-2018-01, consistentes en la ejecución de las actividades descritas. Dicho cumplimiento se encuentra reflejado en las diferentes entregas parciales efectuadas por el contratista, materializadas en los informes de estado de ejecución. Particularmente en el informe rendido el 07 de julio de 2020, en el que se indica el estado de ejecución de las actividades correspondientes al contrato inicial, así:

EJECUCIÓN ACTIVIDADES- COC-AMAVIA-2018-01- CONTRATO						
ITEM	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANT	PRECIO	TOTAL	% EJECUTADO
1.01	CERRAMIENTO PROVISIONAL DE OBRA	ML	180.00	\$ 16,65	\$ 2,997,540	100.00%
1.02	COMISION TOPOGRAFICA	MES	6.00	\$ 3,811,007	\$ 22,866,042	100.00%
1.03	DESCAPOTE Y RETIRO DE	M2	1,800.00	\$ 8,50	\$ 15,300,000	100.00%

	MATERIA ORGANICA					
1.04	COMPACTACION DINAMICA	M2	1,800.00	\$ 27,00	\$ 48,600,000	100.00%
1.05	RECOMPOSICION DE NIVELES CON MATERIAL DE EXCAVACIÓN	M2	1,800.00	\$ 7,50	\$ 13,500,000	100.00%
1.06	DISEÑOS VARIOS	GL	1.00	\$ 20,000,000	\$ 20,000,000	100.00%
1.07	CAMPAMENTO, BAÑOS Y EQUIPOS	GL	1.00	\$ 6,500,000	\$ 6,500,000	100.00%
1.08	BASE GRANULAR RECEBO COMUN	M3	900.00	\$ 41,60	\$ 37,440,000	100.00%
1.09	EXCAVACIÓN MANUAL ZANJAS VIGAS CIMENTACIÓN. INCLUYE CARGUE Y RETIRO	ML	544.46	\$ 16,34	\$ 8,895,330	100.00%
1.10	EXCAVACIÓN MECANICA. INCLUYE CORTE, CARGUE Y RETIRO	M3	279.12	\$ 31,41	\$ 8,766,648	100.00%
1.11	EXCAVACIÓN MECANICA SIN RETIRO	M3	281.74	\$ 15,25	\$ 4,295,347	100.00%
1.12	RELLENO Y COMPACTACIÓN DE EXCAVACIÓN CON MATERIAL DE LA OBRA	M3	281.74	\$ 5,79	\$ 1,631,815	100.00%
1.13	PERFILADO DE EXCAVACIONES	M2	820.75	\$ 6,27	\$ 5,148,587	100.00%
1.14		M2	248.91	\$ 2,31	\$ 575,24	100.00%

	COMPACTACION SUBRASANTE					
2.01	CONCRETO DE LIMPIEZA EXCAVACIONES E=0.04M F'C=1500 PSI	M2	248.91	\$ 14,31	\$ 3,562,443	100.00%
2.02	ZAPATAS EN CONCRETO F'C=21 MPA" I	M3	65.36	\$ 548,78	\$ 35,869,502	100.00%
2.03	PEDESTALES F'C=21 MPA"	M3	18.78	\$ 605,97	\$ 11,382,787	100.00%
2.04	VIGAS DE CIMENTACION EN CONCRETO F'C=21 MPA"	M3	44.56	\$ 548,78	\$ 24,454,645	100.00%
2.11	VIGAS RIOSTRAS F'C=21 MPA"	M3	55.57	\$ 680,83	\$ 37,835,085	100.00%
2.13	CONCRETO COLUMNAS	M3	83.96	\$ 679,99	\$ 57,090,181	100.00%
2.20	ACERO DE REFUERZO FIGURADO	KG	39,352.30	\$ 3,45	\$ 135,765,429	100.00%
5.03	TUBERÍA NOVAFORT 6" (INCLUYE EXCAVACIÓN, CAMA, RELLENO)	ml	18.42	\$ 62,34	\$ 1,148,266	100.00%
5.04	TUBERÍA NOVAFORT 8" (INCLUYE EXCAVACIÓN, CAMA, RELLENO)	ml	14.21	\$ 63,46	\$ 901,78	100.00%
5.05	TUBERÍA NOVAFORT 10" (INCLUYE EXCAVACIÓN, CAMA RELLENO)	ml	26.14	\$ 77,44	\$ 2,024,203	100.00%

5.06	TUBERÍA NOVAFORT 12" (INCLUYE EXCAVACIÓN, CAMA, RELLENO)	ml	7.75	\$ 98,32	\$ 762,01	100.00%
5.08	CAJA DE INSPECCIÓN (0,80 X 0,80)	un	10.00	\$ 656,19	\$ 6,561,870	100.00%

Como se observa, cada una de las actividades descritas en el Contrato de Obra fueron ejecutadas a cabalidad por el contratista al 100%. De modo que no es de recibo el argumento de la parte Demandante en el que indica que a la fecha la constructora no ha hecho entrega a satisfacción de ninguna de las etapas contratadas. Cuando las pruebas que reposan en el expediente dejan ver que la obra se ejecutó al 100% en las actividades pactadas en el contrato inicial. Tanto así, que la liquidación de los valores pagados y los efectivamente ejecutados deja ver que al contratista AMAVIA S.A.S. aún se le deben \$72.000.000, puesto que únicamente se le pagó hasta el corte número 6. Pese a que la totalidad de actividades consignadas en el contrato inicial se encuentran ejecutadas al 100% según el anexo aportado por el Demandante en el que la Constructora realiza un informe del estado de liquidación de la obra.

FECHA	VALOR	CONCEPTO	
22/01/2018	\$ 60,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	ANTICIPO
22/01/2018	\$ 60,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	ANTICIPO
16/03/2018	\$ 78,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 1
26/01/2019	\$ 50,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 2
4/02/2019	\$ 54,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 2
22/02/2019	\$ 50,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 3

11/03/2019	\$ 38,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 3
30/04/2019	\$ 47,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 4
13/05/2019	\$ 37,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 5
16/05/2020	\$ 24,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 5
14/06/2019	\$ 30,000,000	COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 6
TOTAL	\$ 528,000,000		

Obsérvese como el anticipo consistió únicamente en el desembolso de \$120.000.000 correspondientes al 20% del valor del contrato. Pese a que la cláusula tercera estableció con total claridad que el desembolso del anticipo sería del 30% del valor del contrato, es decir, de \$180.000.000. Lo cual denota un primer incumplimiento por parte de la Contratante que deberá ser tenido en cuenta por parte del Despacho para la decisión que se tome en este litigio:

Tercera. Valor y Forma de Pago. – El valor de la obra es la suma de SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$600.000.000,00) INCLUIDO IVA SOBRE UTILIDAD, y su forma de pago es un ANTICIPO del TREINTA POR CIENTO (30%) y pagos mensuales según el avance de obra con cortes de obra y amortización del anticipo, dejando una retención de garantía del 5% contra entrega a satisfacción de la I Etapa.

Documento: Contrato

Transcripción parte esencial: “El valor de la obra es la suma de SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$600.000.000) incluido IVA sobre utilidad, y su forma de pago es un ANTICIPO DEL TREINTA POR CIENTO (30%) y **pagos mensuales según el avance de obra con cortes de obra** y amortización, dejando una retención de garantía del 5% contra entrega a satisfacción de la I Etapa”
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, también se evidencia que el 16 de marzo de 2018, es decir, 24 días después del desembolso del anticipo se realizó el primer corte del contrato, en el que se pagó una suma de \$ 78,000,000 y solo diez meses después, esto es, el 26 de enero de 2019 se realizó el segundo corte del contrato. De modo que pasaron diez meses durante los cuales la constructora AMAVIA S.A.S. tuvo que asumir los costos de la obra por cuanto la parte Contratante no realizó los cortes mensuales de la manera contractualmente establecida. Fue solo hasta el 26 de enero de 2019 (10 meses después) cuando la parte contratante se sirvió realizar el segundo corte que fue pagado en dos proporciones. Una por valor de \$50.000 y otra por valor de \$54.000 realizada el 04 de febrero de 2019. A partir de dicho momento se encuentran cortes y pagos mensuales tal como quedó contractualmente establecido, lo que refleja un efectivo cumplimiento por parte de AMAVIA S.A.S. Toda vez que, de haberse observado incumplimiento alguno o inejecución de alguna de las actividades, los cortes y los pagos correspondientes no se hubiesen efectuado sistemáticamente.

Dicho de otro modo, el incumplimiento contractual que alega la parte Demandante es inexistente puesto que sus pagos mensuales a partir del 04 de febrero de 2019 denotan una correcta ejecución de la obra. Como quiera que, de no presentarse avances en la misma, claramente el Contratante se hubiese negado a realizar los pagos correspondientes a cada uno de los cortes. Es decir, que para el 14 de junio de 2019 no solo se había ejecutado el 100% de la obra en su fase inicial, sino que adicionalmente, para dicha fecha ya se habían suscrito dos Otrosíes adicionando valores y obras al contrato. Situación que no tendría lugar en caso de haberse observado algún incumplimiento contractual por parte del contratista y/o alguna actividad indebidamente ejecutada.

De modo que aún cuando la ejecución de la obra alcanzó el 100% el Contratante únicamente canceló la suma de \$528.000.000, es decir, el 88% del valor del contrato. Pese a que el costo final del contrato fue de \$600.000.000 valor que fue debidamente ejecutado y justificado así: valor de ejecución de actividades por \$513.874.750 más los gastos administrativos (8%) por valor de \$41.109.980, más los imprevistos (4%) por valor de 20.554.990 más la utilidad (4%) por valor de

\$20.554.990 más el IVA (19%) sobre la utilidad por valor de 3.905.448. Lo que suma un total de \$600.000.158. Sin embargo, la Contratante únicamente pagó \$528.000.000, adeudando a la fecha la suma de Setenta y dos millones de pesos \$72.000.000 a favor del contratista:

SUB-TOTAL S/ IVA	513,874,750.00	
ADMINISTRATIVOS	8.00%	41,109,980.00
IMPREVISTOS	4.00%	20,554,990.00
UTILIDAD	4.00%	20,554,990.00
IVA / UTILIDAD	19.00%	3,905,448.00
TOTAL	600,000,158.00	

COC-AMAVIA-2018-01	
VALOR EJECUTADO	\$ 600,000,000
VALOR CANCELADO	\$ 528,000,000
VALOR A FAVOR DE CONTRATISTA	\$ 72,000,000

Sin embargo, aún cuando la Contratante no ha pagado la totalidad del contrato inicial, las actividades correspondientes a éste se ejecutaron cabalmente logrando una ejecución total del 100% como se evidenció en tablas anteriores. En las que se discriminó cada una de las actividades ejecutadas, su valor y su porcentaje de ejecución. Todo lo anterior, a efectos de concluir que las actividades pactadas en el contrato de obra COC-AMAVIA-2018-01 suscrito el 11 de enero de 2018 se ejecutaron al 100% como se expuso en líneas anteriores y como se comprobó con los pagos mensuales efectuados por el Contratista que son prueba fehaciente de que la obra se ejecutó conforme a lo pactado en el contrato. Es decir, que dicho cumplimiento se ha realizado a satisfacción de la parte contratante y materializado en los pagos realizados con ocasión de los cortes parciales.

- (ii) **Cumplimiento de las actividades pactadas en el Otro sí No. 01 del 21 de marzo de 2019.**

El 21 de marzo de 2019 se suscribió el Otro sí No. 01 del Contrato de obra COC-AMAVIA-2018-01, en el cual se modificaron las cláusulas tercera y segunda del contrato inicial respecto del valor y duración de la adición contractual. En las que se pactó que el valor de la adición sería de \$159.877.122 y dos actividades adicionales a las contractualmente pactadas al inicio, consistentes en: construir un tercer nivel de columnas y tercer nivel de viga de arriostramiento para colocación de canal en lámina, como se observa:

Primera. *Modificar la cláusula tercera: Valor y forma de Pago: El valor de esta adición es de CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL CIENTO VEINTIDÓS pasos INCLUIDO IVA SOBRE UTILIDAD, y su forma de pago es un ANTICIPO del TREINTA POR CIENTO (30%) y pagos mensuales según el avance de obra con cortes de obra y amortización del anticipo, dejando una retención de garantía del 5% contra entrega a satisfacción. De común acuerdo se establecerán cortes adicionales o se incluirán dentro de los cortes de la I Etapa. El valor inicial del Contrato es de SEICIENTOS MILLONES DE PESOS, más la adición arroja un VALOR TOTAL DE SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL CIENTO VEINTIDÓS PESOS M/CTE (\$759.877.122)*

Segunda: *Modificar el PARÁGRAFO SEGUNDO de la Cláusula Tercera: Las actividades que se ejecutarán en la Adición son las siguientes:*

- *Tercer nivel de columnas.*
- *Tercer nivel de viga de arriostramiento para colocación de canal en lámina.”*

En primer lugar, vale la pena resaltar que el Otrosí No. 01 se suscribió el 21 de marzo de 2019. En dicha fecha además se pactó el desembolso del anticipo del 30% del valor de la adición con el fin de apalancar la obra y dar inicio a las actividades adicionadas por medio de dicho documento. Sin embargo, el desembolso únicamente se efectuó hasta el 12 de abril de 2019, es decir 22 días

después de celebrado el Otrosí. Por lo cual no podría alegarse un incumplimiento temporal en la ejecución de las actividades adicionadas por el Otrosí, cuando desde el principio existió incumplimiento por parte de la Contratante en el desembolso del anticipo.

Ahora bien, respecto de las actividades contractuales adicionadas por el Otrosí No. 01, debe decirse que las mismas fueron ejecutadas a cabalidad por parte del Contratista AMAVIA S.A.S., quien se encargó de construir las vigas tensoras en concreto en las calidades y cantidades aprobadas. Además, también se encargó de construir las vigas de arriostramiento, realizar la limpieza de las vigas, construir las columnas en concreto, realizar la limpieza de las columnas y efectuar los anclajes estructurales de las vigas de cimentación. Actividades que tuvieron un costo total de 134.722.991.00, es decir, \$ 2.205.000 menos de lo previsto, debido a que no se logró ejecutar lo relativo a las ménsulas por circunstancias meramente atribuibles a los contratantes. Sin embargo, dicha inejecución relativa a las ménsulas alcanza únicamente el 1.38% del valor del Otrosí contractual. De modo que no implica una afectación mayor como quiera que todas las demás actividades fueron ejecutadas en debida forma:

ACTIVIDADES - OTRO SI No 01 - COC-AMAVIA-2018-01						
DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANT	PRECIO	TOTAL	% EJECUCIÓN	TOTAL EJECUTADO
VIGAS TENSORAS EN CONCRETO F'C=21 MPA	M3	14.48	\$ 604,26	\$ 8,748,534	100.00%	\$ 8,748,534
VIGAS ARRIOSTRAMIENTO F'C=21 MPA"	M3	32.15	\$ 680,83	\$ 21,889,365	100.00%	\$ 21,889,365
LIMPIEZA VIGAS	ML	883.26	\$ 3,62	\$ 3,192,985	100.00%	\$ 3,192,985
CONCRETO COLUMNAS	M3	22.00	\$ 679,99	\$ 14,959,670	100.00%	\$ 14,959,670
	ML	828.24	\$ 3,62	\$ 2,994,088	100.00%	\$ 2,994,088

LIMPIEZA COLUMNAS						
ACERO DE REFUERZO FIGURADO	KG	19,000.00	\$ 4,00	\$ 75,905,000	100.00%	\$ 75,905,000
ANCLAJES ESTRUCTURALES VIGAS DE CIMENTACIÓN D=3/4 L=0,17M	UN	216.00	\$ 14,79	\$ 3,193,560	100.00%	\$ 3,193,560
ANCLAJES ESTRUCTURALES VIGAS DE CIMENTACIÓN D=3/8 L=0,20M	UN	216.00	\$ 17,78	\$ 3,839,789	100.00%	\$ 3,839,789
MENSULAS (0,50 X 0,70 X 0,30)	M3	1.47	\$ 1,500,000	\$ 2,205,000	0.00%	\$ -
SUB-TOTAL S/ IVA		136,927,991.00				
				134,722,991.00		
ADMINISTRATIVOS			8.00%	10,954,239.00	8.00%	10,954,239.00
IMPREVISTOS			4.00%	5,477,120.00	4.00%	5,477,120.00
UTILIDAD			4.00%	5,477,120.00	4.00%	5,477,120.00
IVA / UTILIDAD			19.00%	1,040,653.00	19.00%	1,040,653.00
TOTAL		159,877,123.00				
				157,672,123.00		

De la tabla anterior, se concluye que aún cuando la ejecución de la obra alcanzó el 98.62% el Contratante únicamente canceló la suma de \$143.000.000, es decir, el 90% del valor del contrato. Pese a que el costo final del contrato fue de \$157.672.123 valor que fue debidamente ejecutado y justificado así: valor de ejecución de actividades por \$134.722.991 más los gastos administrativos (8%) por valor de \$10.954.239, más los imprevistos (4%) por valor de \$5.477.120 más la utilidad (4%) por valor de \$5.477.120 más el IVA (19%) sobre la utilidad por valor de \$1.040.653. Lo que suma un total de \$157.672.123. Sin embargo, la parte Contratante únicamente pagó \$143.000.000,

adeudando a la fecha la suma de Catorce millones seiscientos setenta y dos mil ciento veintitrés pesos \$14.672.123 a favor del contratista:

OTRO SI No 01 - COC-AMAVIA-2018-01	
VALOR EJECUTADO	\$ 157,672,123
VALOR CANCELADO	\$ 143,000,000
VALOR A FAVOR DE CONTRATISTA	\$ 14,672,123

No obstante, se encuentra probada la ejecución del Otrosí contractual en un 98.62%, puesto que los pagos realizados con ocasión a los cortes, son prueba fehaciente de que el contratante ratificaba la debida ejecución de la obra. Pues los avances se confirmaron con cada uno de los pagos del corte número 1, el primero realizado el 31 de mayo de 2019 por valor de 25.000.000 y el segundo se realizó el 19 de julio de 2019 por valor de \$70.000.000. Dejando entrever que el Contratante se encontraba conforme con los avances de la obra y los recibió a satisfacción materializando los pagos:

FECHA	VALOR	CONCEPTO	
12/04/2019	\$ 48,000,000	OTRO SI No 01 - COC-AMAVIA-2018-01	ANTICIPO
31/05/2019	\$ 25,000,000	OTRO SI No 01 - COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 1
19/07/2019	\$ 70,000,000	OTRO SI No 01 - COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 1
TOTAL	\$ 143,000,000		

Todo lo anteriormente esgrimido confirma que no existe incumplimiento respecto del Otrosí No. 01 del 21 de marzo de 2019, como quiera que las actividades adicionadas mediante el mismo se ejecutaron en un 98.62%, es decir que la inejecución no alcanza el 2%. Por lo cual resulta improcedente solicitar la declaratoria de incumplimiento del contrato de obra en cuestión, dado que

la inejecución no tiene la entidad para afectar significativamente el contrato. Máxime, cuando el valor de la actividad dejada de ejecutar, es decir \$2.205.000, no se cobró al Contratante sino que se descontó del valor total adeudado por éste al contratista AMAVIA S.A.S.

En conclusión, se encuentra probado el cumplimiento de las obligaciones por parte del Contratista y la ejecución a cabalidad de las actividades contractuales adicionadas por el Otro sí No. 01 del 21 de marzo de 2019. Resultando jurídicamente improcedente la declaratoria de incumplimiento del contrato cuando se encuentra establecida una ejecución del 98.62% del Otrosí modificatorio de contrato. Aclarando, que la inejecución del 7.3% restante no se logró por circunstancias exclusivamente atribuibles a las personas contratistas.

(i) Cumplimiento de las actividades pactadas en el Otro sí No. 02 del 13 de junio de 2019.

El 13 de junio de 2019 se suscribió Otrosí No. 02 al contrato de I ETAPA CONSTRUCCIÓN DE BODEGA UBICADA EN EL LOTE 137 A2 DEL PARQUE INDUSTRIAL CELTA, en el que se realizaron modificaciones relativas al valor del contrato y a las actividades de éste. Adicionándose \$1.132.916.358 al valor inicial del contrato y las actividades contenidas en los siguientes ítems contractuales

- 1.0 Preliminares
- 2.0 Concreto
- 3.0 Pisos Industriales
- 4.0 Instalaciones hidrosanitarias
- 5.0 Salidas iluminación
- 6.0 Acabados generales bodegas 1-2
- 7.0 Andenes y rampas
- 8.0 Equipos especiales

9.0 Aseo

10.0 Acabados generales bodega 1

Debe decirse que los ítems contractuales fueron ejecutados por el contratista, como quiera que se realizaron las actividades de comisión topográfica, excavación mecánica incluido el corte, cargue y retiro de muelles, perfilado de excavaciones de muelles, la compactación subrasante, construcción de base granular, construcción de pedestales y vigas de cimentación y muelles para pantallas en concreto, la construcción de viga de arriostamiento y la limpieza de las mismas, la construcción de columnas de concreto y limpieza de columnas, la construcción de una placa maciza en concreto para subestaciones, fosos en concreto para rampas niveladoras, muros de contención de muelles de descarga y mallas electrosoldadas, acero de refuerzo figurado, anclajes estructurales de vigas de entepiso, placa contrapiso oficinas.

Respecto de los pisos industriales se ejecutaron todas las actividades de la recomposición de pisos y rama para muelles, así como todas las actividades de la red aguas lluvias consistentes en suministro e instalación de bajantes y sifón, construcción de desagües sanitarios y redes de ventilación, las redes de suministro de agua fría, entre otras. También fueron ejecutadas todas las actividades relacionadas con las salidas de tomacorrientes normales y las acometidas generales de baja tensión, la ubicación de ductería y cajas telefónicas, así como la mampostería, las impermeabilizaciones de muros y fachadas. Además, debe resaltarse que se ejecutaron todas las actividades relacionadas con la construcción de muros interiores de la bodega 2, los pisos de la bodega 2, el cielo raso de la bodega 2, los aparatos de los baños, la carpintería en madera y la carpintería metálica.

Teniendo en cuenta lo anterior, para el 14 de noviembre de 2019 la obra presentaba un avance del 91.3%, pues ya se encontraban pagos realizados por valor de \$1.034.500.000. Correspondientes a cinco cortes mensuales desde el 17 de junio de 2019 hasta el 14 de noviembre de 2019, como se observa:

FECHA	VALOR	CONCEPTO	
17/06/2019	\$ 340,000,000	OTRO SI No 02 - COC-AMAVIA-2018-01	ANTICIPO
19/07/2019	\$ 100,000,000	OTRO SI No 02 - COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 1
9/08/2019	\$ 200,000,000	OTRO SI No 02 - COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 2
13/09/2019	\$ 10,000,000	OTRO SI No 02 - COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 3
13/09/2019	\$ 85,000,000	OTRO SI No 02 - COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 3
11/10/2019	\$ 100,000,000	OTRO SI No 02 - COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 4
19/10/2019	\$ 86,000,000	OTRO SI No 02 - COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 4
14/11/2019	\$ 113,500,000	OTRO SI No 02 - COC-AMAVIA-2018-01	CORTE No 5
TOTAL	\$ 1,034,500,000		

Lo anterior evidencia que durante cinco cortes el contratante pagó \$1.034.500.000 correspondientes a los avances que demostraba la obra que al menos alcanzaban un 88.6%. Es decir, que el contratista ejecutó todos los ítems contractuales que le fue posible ejecutar, sin lograr el restante porcentaje de ejecución como consecuencia de conductas exclusivamente atribuibles al contratante como se explicará a profundidad en la siguiente excepción.

Adicionalmente, debe decirse que según el informe rendido por AMAVIA S.A.S. el 25 de septiembre de 2020, se encuentra que la razón de la suspensión en la ejecución de la obra obedeció a que el contratante no suministró los cables requeridos para la conexión de la energía provisional, ni mucho

menos la autorización para la conexión al punto CD87778 en predio Lote 140 – Celta Trade Park, como se observa:

Seguidamente se pactó un tercer acuerdo, el cual se plasmó en el Otro Si No 2° el día 13 de junio de 2019, por un valor de \$ 1.132.916.358.59, del presente acuerdo las obras se alcanzaron a realizar en un 88.6% del total de la ejecución, pero nos vimos obligados a parar la obra hasta tanto el contratante:

- **Provisional de energía:** Suministre el cable requerido para la conexión de la provisional de energía, razón por la cual la obra civil no se podía finalizar dado que si la obra civil se terminaba la empresa prestadora del servicio de electricidad no aprobaría trámites para provisional de energía.

- **Energía definitiva:**
 - Autorización del predio Lote 140 para la conexión al punto CD87778; entrega de carta de "Solicitud permiso para la conexión al punto CD87778 – Lote 140 - Celta Trade Park"
 - Carta emitida por el Parque Industrial Celta en donde se indique la compra proyectada de la RMU.
 - La aceptación y pago de los siguientes valores que corresponden a labores ejecutadas por AMAVIA S.A.S.

	VALOR A FAVOR DE CONTRATISTA	VALOR A FAVOR DE CONTRATANTE
COC-AMAVIA-2018-01	\$ 72,000,000	
OTRO SI No 01 - COC-AMAVIA-2018-01	\$ 14,672,123	
OTRO SI No 02 - COC-AMAVIA-2018-01		\$ 30,545,224
ACTIVIDADES ADICIONALES	\$ 20,745,164	
TOTAL	\$ 107,417,287	\$ 30,545,224
SALDO TOTAL A FAVOR DE AMAVIA	\$ 76,872,063	

En conclusión y teniendo en cuenta todo lo anterior, el contratista ha dado cabal cumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato de obra No. COC-AMAVIA-2018-01, por cuanto la obra total presenta un porcentaje de ejecución del 92.97%. Sin dejar de indicar que el porcentaje dejado de ejecutar es atribuible exclusivamente a los contratantes, por lo que no puede desvirtuarse la gestión

total de cumplimiento por parte de la constructora. En consecuencia, el contrato se ha ejecutado con sujeción a todos los requisitos y especificaciones contractualmente aprobadas, tanto en la fase inicial del contrato como en las adiciones incorporadas al mismo a través de los Otrosí No. 01 y Otrosí No. 02. Razón suficiente para que el Juez desestime todas las pretensiones de la demanda encaminadas a resolver el contrato y cobrar presuntos perjuicios cuando es claro que no existe incumplimiento en este caso.

Por las razones expuestas, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

2. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO – ARTÍCULO 1609 C.C.

La presente excepción se formula debido a que no existe incumplimiento por parte de la CONSTRUCTORA AMAVIA S.A.S. en calidad de contratista afianzado, toda vez que la falta de finalización de la obra es un evento únicamente atribuible al Demandante, quien no cumplió con sus obligaciones contractuales respecto del suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus funciones. Además de encontrarse pagos realizados de manera tardía con lapsos de hasta 10 meses de duración e incluso adeudando a la fecha \$76.872.063 a favor del contratista. Por tal motivo, el Honorable Despacho deberá aplicar la excepción de contrato no cumplido expresamente consagrada en el artículo 1609 del Código Civil.

En primer lugar, es necesario señalar que el ordenamiento jurídico colombiano adoptó la excepción de contrato no cumplido en el artículo 1609 del Código Civil. Regla legal fundamentada en la equidad que orienta los contratos sinalagmáticos y que permite a la parte de un contrato no ejecutar su obligación mientras su contratante no ejecute las propias. Por ende, como regla general y tratándose de compromisos que deben ejecutar las partes simultáneamente, es menester, para la prosperidad del reclamo del Demandante, que éste haya asumido una conducta acatadora de sus débitos, es decir, que haya cumplido. Porque de lo contrario, no podrá exigir el cumplimiento de su

contraparte contractual y mucho menos solicitar perjuicios vía judicial por una inejecución que tiene como causa su propia conducta.

Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de abril 20 de 2018, según la cual es indispensable que la parte que pretende una declaración de incumplimiento, haya acatado las obligaciones que se encontraban a su cargo de conformidad con la excepción de contrato no cumplido establecida en el artículo 1609 del Código Civil:

*“En tratándose de compromisos que deben ejecutar las partes simultáneamente, **es menester, para el buen suceso del reclamo del demandante, que este haya asumido una conducta acatadora de sus débitos, porque de lo contrario no podrá incoar la acción resolutoria prevista** en el aludido precepto, en concordancia con la excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus) regulada en el canon 1609 de la misma obra, a cuyo tenor ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”⁵ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)*

Así las cosas, vale la pena recordar que todo contrato bilateral obliga a ambas partes recíprocamente, generando obligaciones interdependientes entre sí. La obligación que nace para una de las partes encuentra su causa en la obligación correlativa de la otra, al punto que ninguna de ellas se explica sin la otra. Así las cosas, es claro que si una parte incumple, la exigibilidad de la obligación de la otra se suspende, actuando como una genuina excusa de cumplimiento para la otra parte afectada.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de abril 20 de 2018. Rad. 11001-31-03-025-2004- 00602-01. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Aterrizando lo anterior al caso concreto, encontramos que el contratista cumplió al 100% con sus obligaciones contractuales, logrando únicamente un porcentaje de ejecución del 92.97%, como quiera que no se logró el restante porcentaje de ejecución por causas únicamente atribuibles al contratante, quien primigeniamente incumplió sus obligaciones contractuales en tanto que no suministró toda la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus funciones, específicamente respecto de la autorización para la conexión al punto CD87778 del predio Lote 140 y la entrega de carta de “Solicitud permiso para la conexión al punto CD87778 – Lote 140 - Celta Trade Park” Así como tampoco se suministró la Carta emitida por el Parque Industrial Celta en donde se indique la compra proyectada de la RMU. Información que resultaba completamente necesaria para el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista. Y adicionalmente, no cumplió con los pagos oportunos de cortes mensuales, puesto que los realizó de manera tardía y de hecho, a la fecha aún adeuda la suma de \$76.872.063. Lo que claramente impidió que el contratista afianzado finalizara la obra.

El incumplimiento palmario de la parte contratante se fundamenta en dos ítems esenciales (i) Incumplimiento de la obligación de suministrar y entregar toda la información que requiera el contratista para el desarrollo de sus actividades. (ii) Incumplimiento del Contratante relativo a los pagos retrasados y/o no realizados. Ítems que serán desarrollados a continuación a efectos de brindar al Despacho claridad sobre el fundamento de esta excepción:

(i) Incumplimiento de la obligación de suministrar y entregar toda la información que requiera el contratista para el desarrollo de sus actividades

En primer lugar, debe aclararse que el contratista AMAVIA S.A.S. se vio en la necesidad de detener la ejecución de las obras como consecuencia de las conductas del contratante, quien incumplió sus obligaciones contractuales relacionadas con la entrega de la información solicitada por el contratista para desarrollar con normalidad su labor. Esto por cuanto en reiteradas oportunidades AMAVIA S.A.S. solicitó al contratante el suministro del cable requerido para terminar la instalación de energía

provisional, así como las autorizaciones de conexión que se requerían para la instalación de energía definitiva. Por lo anterior, resulta necesario analizar la cláusula contractual en la que se establecieron las obligaciones a cargo de la parte contratante:

Cuarta. Obligaciones del CONTRATANTE.- EL CONTRATANTE se obliga a:

1. Cancelar los valores fijados al CONTRATISTA, según la forma que se pacto dentro del término debido.
2. Entregar toda la información que solicite el CONTRATISTA para poder desarrollar con normalidad su labor independiente.
3. Cumplir con lo estipulado en las demás cláusulas y condiciones del presente contrato.

Documento: Contrato No. COC-AMAVIA-2018-01

Transcripción parte esencial:

“Cuarta. Obligaciones del CONTRATANTE- EL CONTRATANTE se obliga a:

- 4. Cancelar los valores fijados al CONTRATISTA, según la forma que se pacto dentro del término debido.*
- 5. Entregar toda la información que solicite el CONTRATISTA para poder desarrollar con normalidad su labor independiente.***
- 6. Cumplir con lo estipulado en las demás clausulas y condiciones del presente contrato.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Como se observa, la cláusula cuarta del contrato obliga al contratante a entregar al contratista toda la información que requiera para el desarrollo de sus actividades. Sin embargo, la parte contratante fue renuente a entregar información completamente necesaria para continuar con la ejecución del contrato, puesto que en repetidas oportunidades se le solicitó que suministrara el cable requerido para la conexión de energía provisional a efectos de que la empresa prestadora del servicio de electricidad aprobara los trámites para suministrar energía provisional. Así como también se le solicitó una carta en la que se manifestara la autorización para la conexión al punto CD87778 en el predio Lote 140, solicitudes que no fueron atendidas por los señores Fabio Ardila Rocha y la señora

Sandra Pulido. Así lo confirma el oficio enviado por AMAVIA S.A.S. a los contratantes, el día 25 de septiembre de 2020, en el que se indica textualmente:

“Seguidamente se pactó un tercer acuerdo, el cual se plasmó en el Otro Si No 2” el día 13 de junio de 2019, por un valor de \$ 1.132.916.358.59, del presente acuerdo las obras se alcanzaron a realizar en un 88.6% del total de la ejecución, pero nos vimos obligados a parar la obra hasta tanto el contratante:

- Provisional de energía: Suministre el cable requerido para la conexión de la provisional de energía, razón por la cual la obra civil no se podía finalizar dado que si la obra civil se terminaba la empresa prestadora del servicio de electricidad no aprobaría trámites para provisional de energía.

- Energía definitiva:

- Autorización del predio Lote 140 para la conexión al punto CD87778; entrega de carta de “Solicitud permiso para la conexión al punto CD87778 – Lote 140 - Celta Trade Park” - Carta emitida por el Parque Industrial Celta en donde se indique la compra proyectada de la RMU. - .”

Desde este punto se puede evidenciar claramente el incumplimiento de la parte Contratante respecto de sus obligaciones pactadas en el contrato, específicamente en lo relativo a las conexiones eléctricas. Dado que la falta de ejecución de las actividades contractuales relacionadas con energía y/o electricidad obedecen únicamente a que el contratante no suministró el cable que AMAVIA S.A.S. requería para la conexión de energía provisional. Así como tampoco cumplió con la autorización para conexión al punto CD87778 en el Lote 140- Celta Trade Park.

(ii) Incumplimiento del Contratante relativo a los pagos retrasados y/o no realizados.

La parte Contratante solicita en este proceso la resolución de contrato por incumplimiento de las obligaciones del contratista por la inejecución de las obras pactadas en el contrato COC-AMAVIA-2018-01. Sin embargo, omite indicarle al Despacho que la parte contratista detuvo la ejecución de las actividades contractuales cuando ya se encontraba ejecutado el 92.97% del contrato, justamente como consecuencia del incumplimiento del Contratante. Es decir, la inejecución de las actividades contractuales alegadas por la Demandante obedece a que los contratantes incumplieron con el desembolso oportuno de los anticipos, así como la realización de los pagos pactados en el contrato y sus Otrosíes. Dicha situación se indicó claramente en la misiva enviada por AMAVIA S.A.S. a los señores Fabio Rocha y Sandra Pulido el 25 de septiembre de 2020, en la que se manifestó:

“En primera medida entre las partes CONSTRUCTORA AMAVIA S.A.S, en su calidad de contratista y FABIO ARDILA y SANDRA PATRICIA PULIDO, en sus calidades de contratantes, se pactó el contrato de obra civil COC- AMAVIA- 2018- 01 de fecha 11 de enero de 2018, contrato que ascendió a la suma de SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$600.000.000).

*Hay que dejar claro, tal como se informó en el acta de liquidación presentada el día 7 de julio de 2020 **que a la fecha los señores FABIO ARDILA y SANDRA PATRICIA PULIDO, se han rehusado a completar siquiera los pagos de este primer acuerdo, por cuanto las obras que correspondían a este primer pacto ya fueron 100% ejecutadas**, empero, a la fecha, al contratista de este primer contrato se le adeuda una suma SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$72.000.000), suma que de manera temeraria el accionante olvida mencionar, pues ya de entrada se vislumbra su incumplimiento.”⁶ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

⁶ Informe enviado por AMAVIA S.A.S. a Sandra Pulido y Fabio Rocha el 25 de septiembre de 2020, página 2.

Como se indicó, los contratantes Fabio Rocha y Sandra Pulido no realizaron el pago por \$72.000.000 pese a que las actividades pactadas en el contrato inicial se encontraban ejecutadas al 100%. Evidenciando claramente un incumplimiento por parte de la parte contratante, quienes se rehusaron a realizar dicho pago pese a que conocían el estado de la obra con todas las actividades ejecutadas. En el mismo documento manifestó:

“Ahora bien, entre las partes se pacta un segundo acuerdo, el cual se plasmó en el Otro Si No 1” el día 21 de marzo de 2019, por un valor de \$159,877,123.00, habiendo pactado un valor entre las partes y ejecutado casi un 99%, de este nuevo pacto, se le informó al contratante que se realizó un cómputo de las actividades realmente ejecutadas, arrojando un valor a pagar de \$157.672.123, nuevamente adeudándole al contratista la suma de CATORCE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL CIENTO VEINTIRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 14,672,123), valor que fue solicitado por el contratista y que nuevamente se vislumbra su falta de pago.”

De manera que no podría alegarse un incumplimiento, cuando el contratante no cumplió inicialmente con su obligación de pagar los valores de ejecución del contrato en los términos acordados por las partes, entorpeciendo así el cumplimiento de las obligaciones del contratista. De tal suerte, que en tanto no fue posible para el contratista continuar soportando los reiterados incumplimientos de la parte Contratante, no puede ahora solicitar la resolución del contrato por incumplimiento y adicionalmente solicitar reconocimiento de perjuicios. Cuando previamente no cumplió con su obligación de suministrar toda la información requerida por el contratista para el adecuado desarrollo de sus obligaciones y tampoco cumplió con su obligación de realizar los pagos de manera oportuna.

Tanto así, que a la fecha aún se encuentra adeudando una suma de \$72.000.000 a los contratistas por concepto de actividades ejecutadas y no pagadas. En ese sentido, no resulta procedente

declarar el incumplimiento del contrato y mucho menos el reconocimiento de los perjuicios solicitados, sin que la parte demandante acredite plenamente el cumplimiento de sus obligaciones a cargo respecto de los dos ítems anteriormente descrito. Puesto que declarar la resolución del contrato y el reconocimiento de perjuicios en este caso, conllevaría una condena injusta e irregular, en tanto está plenamente establecido que la inejecución del 7.3% obedeció al incumplimiento de las obligaciones del contratante.

En conclusión, en este caso no procede el reconocimiento de indemnización alguna a favor de la parte Demandante, como quiera que se configuró la excepción de contrato no cumplido. En tanto que los señores Fabio Ardila Rocha y Sandra Pulido fueron quienes incumplieron sus obligaciones contractuales relativas a suministrar y entregar toda la información que requiera el contratista para el desarrollo de sus actividades y a los pagos contractualmente pactados con el contratista. Lo que correlativamente derivó en la imposibilidad de cumplimiento por parte del contratista AMAVIA S.A.S. Razón por la cual, resulta improcedente reconocer cualquier tipo de indemnización a la parte Demandante.

Ruego señor Juez declarar probada esta excepción.

3. INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL PORCENTAJE PENDIENTE DE EJECUCIÓN Y LA ACTUACIÓN DEL CONTRATISTA.

Esta excepción se funda, en el hecho de que no existe prueba alguna que acredite relación de causalidad entre el supuesto perjuicio alegado y la actuación de los demandados en este proceso. Como quiera que si bien existe un porcentaje de inejecución de 7.3% del contrato, lo cierto es que dicho porcentaje de inejecución es atribuible única y exclusivamente a las conductas de la parte Contratante, quien fue la gestora del incumplimiento en tanto que no suministró toda la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus funciones, específicamente respecto de la autorización para la conexión al punto CD87778 del predio Lote 140 y la entrega de carta de

“Solicitud permiso para la conexión al punto CD87778 – Lote 140 - Celta Trade Park” Así como tampoco se suministró la Carta emitida por el Parque Industrial Celta en donde se indique la compra proyectada de la RMU. Información que resultaba completamente necesaria para el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista a efectos de que se hubiese logrado ejecutar el 100% del contrato. Adicionalmente debe decirse que si bien es cierto los términos de ejecución fueron retrasados, lo cierto es que dicha situación obedeció única y exclusivamente a las conductas del contratante, quien realizaba los pagos de cortes mensual de manera tardía y, de hecho, a la fecha aún adeuda la suma de \$76.872.063.

Es decir, que no existe nexo de causalidad entre el perjuicio que supuestamente se le ocasionó a la parte Demandante como consecuencia del porcentaje dejado de ejecutar por la contratista, puesto que la causa única de la inejecución del 7.3% del contrato, es justamente la propia conducta de la Demandante, quien se rehusó a cumplir sus obligaciones contractuales conduciendo a la contratista a la imposibilidad de cumplir con el 100% de la ejecución. Pues de no haber mediado las conductas negativas de la contratante, el contrato hubiese alcanzado su total ejecución.

Así las cosas, en el caso que nos ocupa encontramos que la contratista AMAVIA S.A.S. cumplió al 100% con la ejecución de las actividades que le fue posible llevar a cabo, desvirtuando así que la causa del incumplimiento sea imputable a acciones u omisiones del Demandando, quien se encargó de ejecutar diligentemente las obligaciones contractuales que se encontraban a su cargo, sin que le fuese posible ejecutar en su totalidad el contrato por cuando medió la conducta del Contratante quien es el único responsable de que exista una inejecución del 7.3%. Encontrando suficientemente probada la ruptura de un nexo causal entre las conductas de la constructora demandada y el incumplimiento alegado por la actora.

En conclusión, bajo ninguna circunstancia el porcentaje de inejecución del contrato puede ser atribuido a la CONSTRUCTORA AMAVIA S.A.S., pues se encuentra probado que dicha inejecución únicamente es atribuible a la parte contratante quien no suministró los cables requeridos para la

conexión de la energía provisional, ni mucho menos la autorización para la conexión al punto CD87778 en predio Lote 140 – Celta Trade Park. En ese orden de ideas resulta claro que la causa del incumplimiento exclusivamente recae sobre los contratantes Fabio Ardila Rocha y Sandra Viviana Pulido. Razones por las cuales el Despacho deberá exonerar de toda responsabilidad a los demandados en el presente caso.

Ruego tener como probada esta excepción.

4. INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL DAÑO EMERGENTE

En este caso es completamente improcedente reconocimiento alguno a título de daño emergente, por cuanto no existe prueba cierta, clara y suficiente que acredite las sumas solicitadas por el Demandante. Es claro que la parte Demandante tenía entre sus mandatos como parte actora, toda la carga probatoria sobre los perjuicios deprecados en la demanda. Por lo tanto, la cuantía de los daños por los cuales se está exigiendo una indemnización deberán estar claramente probados a través de los medios idóneos que la ley consagra en estos casos. La honorable Corte suprema de justicia ha definido el daño emergente en los siguientes términos:

“De manera, que el daño emergente comprende la pérdida misma de elementos patrimoniales, las erogaciones que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales se trata de deducirse la responsabilidad.

Dicho en forma breve y precisa, el daño emergente empobrece y disminuye el patrimonio, pues se trata de la sustracción de un valor que ya existía en el patrimonio del damnificado; en cambio, el lucro cesante tiende a aumentarlo,

corresponde a nuevas utilidades que la víctima presumiblemente hubiera conseguido de no haber sucedido el hecho ilícito o el incumplimiento.”⁷

Con fundamento de lo anterior, podemos concluir que el daño emergente comprende la pérdida de elementos patrimoniales, causada por los hechos de los cuales se trata de deducirse el incumplimiento. Ahora bien, la parte Demandante manifiesta que con ocasión al presunto incumplimiento de AMAVIA S.A.S. se causó un daño emergente por valor de CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO ONCE MIL TRESCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$133.111.317). Sin embargo, no obran en el expediente elementos demostrativos que permitan determinar que dicha suma es la no ejecutada por el Contratista. Cuando por el contrario existen actividades ejecutadas por valor de 1.792.172.123 y el valor total pagado fue de 1.705.500.000, como se puede observar en las siguientes tablas:

COC-AMAVIA-2018-01	
VALOR EJECUTADO	\$ 600,000,000
VALOR CANCELADO	\$ 528,000,000
VALOR A FAVOR DE CONTRATISTA	\$ 72,000,000

OTRO SI No 01 - COC-AMAVIA-2018-01	
VALOR EJECUTADO	\$ 157,672,123
VALOR CANCELADO	\$ 143,000,000
VALOR A FAVOR DE CONTRATISTA	\$ 14,672,123

OTRO SI No 02 - COC-AMAVIA-2018-01	
VALOR EJECUTADO	\$ 1,003,954,776
VALOR CANCELADO	\$ 1,034,500,00

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 07 de diciembre de 2017. M.P. Margarita Cabello Blanco. SC20448-2017

	0
VALOR A FAVOR DE CONTRATANTE	\$ 30,545,22
	4

Resultando claro que a la fecha el valor ejecutado por el contratista es mayor al valor cancelado por parte de la contratante, siendo claramente improcedente la solicitud de reconocimiento por daño emergente. Cuando a la fecha aún se le adeuda a AMAVIA S.A.S. una suma de \$72.000.000 por las actividades efectivamente ejecutadas.

COC-AMAVIA-2018-01 (Valores totales)	
VALOR EJECUTADO	\$ 600,000,000
VALOR CANCELADO	\$ 528,000,000
VALOR A FAVOR DE CONTRATISTA	\$ 72,000,000

Entendiendo que las actividades ejecutadas corresponden a un valor mayor al cancelado por la Contratante, no hay lugar entonces a que solicite reconocimiento de emolumentos a cargo de la contratista AMAVIA S.A.S., quien ejecutó en debida forma las actividades del contrato aún por valores mayores a los efectivamente pagados por la contratante. Razón por la cual resulta improcedente su reconocimiento. En este orden de ideas, es fundamental que el Despacho tome en consideración que las pruebas aportadas al expediente no pueden acreditar un daño emergente. De manera que no se debe perder de vista que la carga de la prueba de acreditar los supuestos perjuicios reside única y exclusivamente en cabeza de la parte Demandante. En este sentido, si dicha parte no cumple con su carga, y en tal virtud, no acredita debida y suficientemente sus aparentes daños, es jurídicamente improcedente reconocer cualquier suma por dicho concepto. Esta teoría ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, debido a que, sobre este particular, ha establecido lo siguiente:

“(...) aun cuando en la acción de incumplimiento contractual es dable reclamar el reconocimiento de los perjuicios, en su doble connotación de daño emergente y

*lucro cesante, no lo es menos que para ello resulta ineludible que el perjuicio reclamado tenga como causa eficiente aquel incumplimiento, **y que los mismos sean ciertos y concretos y no meramente hipotéticos o eventuales, teniendo el reclamante la carga de su demostración,** como ha tenido oportunidad de indicarlo, de manera reiterada.”⁸ (Subrayado fuera del texto original)*

Bajo esta misma línea, en otro pronunciamiento también ha indicado que la existencia de los perjuicios en ningún escenario se puede presumir, tal y como se observa a continuación:

*“Ya bien lo dijo esta Corte en los albores del siglo XX, al afirmar que “(...) **la existencia de perjuicios no se presume en ningún caso;** [pues] no hay disposición legal que establezca tal presunción (...)”⁹ (Subrayado fuera del texto original)*

En conclusión, en relación a la carga probatoria que recae en este caso en la parte Demandante, se puede observar que en el expediente no obra prueba alguna que acredite los perjuicios estimados en CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO ONCE MIL TRESCIENTOS DIECISIETE MIL PESOS (\$133.111.317) suma que supuestamente dejó de ejecutar AMAVIA S.A.S. como contratista. Por el contrario, se encuentra suficientemente establecido que la Contratista ejecutó actividades por valores incluso superiores a los cancelados por la Demandante. En efecto, la consecuencia jurídica a la falta al deber probatorio en cabeza del Demandante es sin lugar a dudas la negación de la pretensión.

5. COMPENSACIÓN.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de febrero de 2018. MP. Margarita Cabello Blanco. EXP: 2007-0299

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de junio de 2018. MP Luis Armando Tolosa Villabona. EXP: 2011-0736.

En este punto resulta necesario señalar que en tanto en este caso existen saldos adeudados al contratista, no puede verse afectada la Póliza por cuanto habrá operado la compensación. Es decir, en el hipotético e improbable evento en que el Despacho considerara que sí existe obligación indemnizatoria por parte **del contratista**, de todas maneras deberá tener en cuenta que dicha indemnización deberá compensarse con los saldos adeudados al mismo. En otras palabras, de la eventual indemnización deberán descontarse primero los saldos que le adeuda el contratante al contratista, haciendo uso de la figura jurídica de la compensación. Figura jurídica en que se extingue la obligación total o parcialmente cuando dos personas son deudoras una de la otra. En ese sentido, es necesario traer a colación el artículo 1714 del Código Civil que señala lo siguiente:

*“**COMPENSACIÓN.** Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”.*

De igual forma la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 16 de septiembre de 2005, ha señalado:

*“**Requisitos legales de la compensación.** La Sala considera que se dan los requisitos legales de la compensación, que según los artículos 1714 y 1715 del Código Civil son:*

- 1. Que dos personas sean deudoras una de otra.*
- 2. Que las deudas sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.*
- 2. Que ambas deudas sean líquidas.*
- 3. Que ambas sean actualmente exigibles.*

(...)

*Para que opere la compensación debe haber obligaciones mutuas y previas e identidad de partes, lo cual excluye la existencia de la obligación de un tercero, **de manera que cumplidos los requisitos de la compensación se extinguen ambas obligaciones**¹⁰*

De manera que, al encontrarse saldos adeudados por el contratante al contratista, y ante el cumplimiento total de los requisitos del artículo 1715 del Código Civil, es claro que deberán compensarse dichos saldos de la eventual indemnización que debiera pagar el contratista. Por todo lo anterior, ruego al señor juez declarar probada esta excepción a efectos de que ante la eventual e improbable obligación indemnizatoria del contratista, opere la compensación sobre los saldos que a éste se le adeudan por parte de la Contratante. Es decir, que de la eventual obligación de indemnizar deberán descontarse primero los saldos adeudados por compensación como mecanismo de extinción de las obligaciones.

EXCEPCIONES DE FONDO FRENTE AL CONTRATO DE SEGURO

1. FALTA TOTAL DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 360 74 994000005136 POR CUANTO ELLA AMPARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

En primer lugar, debe manifestarse que en este caso no existe cobertura material de la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 360 74 994000005136 por cuanto si bien, la póliza mencionada también fue expedida por mi representada en virtud del contrato de ejecución de obra COC-AMAVIA-2018-01, lo cierto es que la misma únicamente ampara los perjuicios derivados de la responsabilidad civil extracontractual y no de la responsabilidad contractual. De manera que, al tratarse este caso de un asunto meramente contractual, puesto que justamente se discute el incumplimiento contractual, es claro que la póliza No. 360 74 994000005136 no brinda cobertura

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de septiembre de 2005. Rad. 1998-13220. M.P.: Jaime Alberto Arruba Palcar.

material para lo que se discute en este litigio, por cuanto la misma únicamente ampara responsabilidad de índole extracontractual.

Dicho de otro modo, las controversias se susciten en marco de una relación contractual no podrán ser amparadas por la Póliza de Responsabilidad Extracontractual, como quiera que se trata de asuntos netamente contractuales que se discuten por el incumplimiento de un contrato de obra a cargo de la contratista. Por lo cual no podrán en ningún caso ser solicitadas y muchos menos reconocidas con cargo a la póliza de seguro de responsabilidad contractual. La Corte Suprema de Justicia se ha encargado de hacer dicha distinción en pronunciamientos en los que indica que la responsabilidad extracontractual no se extiende al área contractual:

*“Ese razonamiento -se insiste- **solo está circunscrito a la responsabilidad extracontractual que terceros endilgan a la persona jurídica por actos de sus administradores y empleados, y no se extiende al área contractual** o a la forma como se desarrollan las relaciones intra societarias, es decir, a los actos de tales funcionarios que causan daño a la sociedad y por los cuales están llamados a responderle a ésta, la cual se rige por preceptos diferentes al artículo 2341 de la codificación civil.”¹¹ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

En ese sentido, entendiendo que la póliza de responsabilidad civil extracontractual no se extiende a los asuntos meramente contractuales como lo es la discusión sobre el cumplimiento o incumplimiento del contrato, resulta menester analizar cuáles fueron los amparos determinados en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 360 74 994000005136:

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil No. 2010-00703. C.P. Ariel Salazar Ramírez. SC18594-2016.

1. AMPAROS BASICOS:

- 1.1. PREDIOS, LABORES Y OPERACIONES
- 1.2. GASTOS MEDICOS
- 1.3. GASTOS DE DEFENSA DE LA ENTIDAD ASEGURADA DE EVENTOS CUBIERTOS EN LA POLIZA.

Documento: Póliza No. 360 74 994000005136

Transcripción parte esencial: 1. Amparos Básicos

- 1.1. *Predios, labores y operaciones.*
- 1.2. *Gastos Médicos*
- 1.3. *Gastos de defensa de la entidad asegurada de eventos cubiertos en la póliza.”*

Es decir, que la responsabilidad de la aseguradora se limita a lo determinado en la póliza de seguro, motivo por el cual, si allí no está expresamente amparado, no podrá ampliarse el límite de coberturas previamente delimitado por las partes. Puesto que ello implicaría crear obligaciones no pactadas, resquebrajándose así el principio de obligatoriedad de los contratos. Como se observa, en ninguna de las coberturas de la póliza se amparó el cumplimiento del contrato que se reclama en este proceso, sino que únicamente se trata de coberturas propias de la responsabilidad civil extracontractual.

En conclusión, la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 360 74 994000005136 No presta cobertura material para los hechos base de este litigio, como quiera que lo que se encuentra en gracia de discusión es un asunto meramente contractual y no extracontractual. Razón por la cual, no podrá hacerse solicitarse ni mucho menos reconocerse emolumento alguno con cargo a dicha póliza como quiera que dentro de sus amparos en ningún momento se encuentra el cumplimiento contractual sobre el que versa el presente proceso.

2. NO SE ENCUENTRA PROBADA LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO DERIVADO DEL AMPARO DE CUMPLIMIENTO, NI LA CUANTÍA DE LOS PERJUICIOS EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1077 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Es necesario aclarar que 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 demostró la realización del riesgo asegurado, por cuanto el incumplimiento que alega la parte Demandante no es imputable al contratista, sino justamente a las conductas de la parte contratante, no procederá afectación a la póliza de seguro. Además, la parte demandante tampoco demostró la cuantía de su supuesta pérdida, como quiera que no existe en el expediente un solo elemento de juicio del que se desprenda el aparente sobrecosto que se requiere para terminar la obra.

Así entonces, para efectos de solicitudes de indemnización por los riesgos amparados, la carga probatoria gravita sobre la parte Demandante, quien en la relación contractual tiene la calidad de asegurado. En ese sentido, el artículo 1077 del Código de Comercio, estableció:

“ARTÍCULO 1077. CARGA DE LA PRUEBA. *Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.*

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.” (subrayado y negrilla fuera del texto original)

El cumplimiento de tal carga probatoria respecto de la ocurrencia del siniestro, esto es, del incumplimiento imputable al contratista, así como de la cuantía de la pérdida, es fundamental para que se haga exigible la obligación condicional derivada del contrato de seguro, tal como lo ha indicado doctrina respetada sobre el tema:

“Es asunto averiguado que en virtud del negocio asegurativo, el asegurador contrae una obligación condicional que el artículo 1045 del código de comercio califica como elemento esencial del contrato, cuyo objeto se concreta a pagar la indemnización cuando se realice el riesgo asegurado. Consecuente con esta concepción, el artículo 1054 de dicho estatuto puntualiza que la verificación del riesgo -como suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador- “da origen a la obligación del asegurado” (se resalta), lo que significa que es en ese momento en el que nace la deuda y, al mismo tiempo, se torna exigible (...)”

“(...) Luego la obligación del asegurador nace cuando el riesgo asegurado se materializa, y cual si fuera poco, emerge pura y simple.

*Pero hay más. Aunque dicha obligación es exigible desde el momento en que ocurrió el siniestro, **el asegurador, ello es medular, no está obligado a efectuar el pago hasta tanto el asegurado o beneficiario le demuestre que el riesgo se realizó y cuál fue la cuantía de su pérdida.** (...) Por eso el artículo 1080 del Código de Comercio establece que “el asegurador estará obligado a efectuar el pago...[cuando] el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077”. Dicho en breve, el asegurador sabe que tiene un deber de prestación, pero también sabe que mientras el acreedor no cumpla con una carga, no tendrá que pagar (...)”*

“(...) Se dirá que el asegurado puede acudir al proceso declarativo, y es cierto; pero aunque la obligación haya nacido y sea exigible, la pretensión fracasará si no se atiende la carga prevista en el artículo 1077 del Código de Comercio, porque sin el cumplimiento de ella el asegurador no debe “efectuar el pago” (C. de CO., art. 1080)¹²” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

¹² ÁLVAREZ GÓMEZ Marco Antonio. “Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen I. Hipoteca, Fiducia mercantil, Prescripción, Seguros, Filiación, Partición de bienes en vida y otras cuestiones sobre obligaciones y contratos”. Segunda Edición.

La importancia de la acreditación probatoria de la ocurrencia del siniestro, de la existencia del daño y su cuantía, se circunscribe a la propia filosofía resarcitoria del seguro. Consistente en reparar el daño acreditado y nada más que este. Puesto que, de lo contrario, el asegurado o beneficiario podría enriquecerse sin justa causa, al indemnizarle un daño inexistente. En esta línea ha indicado la Corte Suprema de Justicia:

“2.1. La efectiva configuración del riesgo amparado, según las previsiones del artículo 1054 del Código de Comercio, “da origen a la obligación del asegurador”.

2.2. En consonancia con ello, “[e]l asegurado o el beneficiario [están] obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro” (art. 1075, ib.), información que en el caso de la póliza de que se trata, debía verificarse “dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia de un tratamiento de las enfermedades de Alto Costo relacionada en la Cláusula Primera, así no afecte la Cobertura provista mediante la presente póliza” (cláusula décima, condiciones generales, contrato de seguro).

2.3. Pero como es obvio entenderlo, no bastaba con reportar el siniestro, sino que era necesario además “demostrar [su] ocurrencia (...), así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso” (art. 1077, ib.).

2.4 Esos deberes acentúan su importancia en los seguros de daños, como el que es base de la acción, toda vez que ellos, “[r]especto del asegurado”, son “contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento” (art. 1088, ib.), de modo que “la indemnización no excederá, en ningún caso, el valor real del interés asegurado en el momento de siniestro, ni del

Editorial Temis, Bogotá, 2018. Pág. 121-125.

Cali – Av. 6A Bis #35N-100, Oficina 212, Cali, Valle del
Cauca, Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Carrera 11A No. 94A - 23 Oficina 201
+57 3173795688 - 601-7616436



GHA
ABOGADOS & ASOCIADOS

Página 71 | 169

*monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario”
(art. 1089, ib.)¹³”.*

La Corte Suprema de Justicia, ha establecido la obligación del asegurado en demostrar la cuantía de la pérdida:

“(…) Se lee en las peticiones de la demanda que la parte actora impetra el que se determine en el proceso el monto del siniestro. Así mismo, no cuantifica una pérdida. De ello se colige con claridad meridiana que la demandante no ha cumplido con la carga de demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía que le imponen los artículos 1053 y 1077 del C. de Comercio. En consecuencia y en el hipotético evento en que el siniestro encontrare cobertura bajo los términos del contrato de seguros, la demandante carece de derecho a demandar el pago de los intereses moratorios¹⁴” (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

De lo anterior, se infiere que en todo tipo de seguros, cuando el asegurado quiera hacer efectiva la garantía deberá demostrar la ocurrencia del siniestro y de ser necesario, también deberá demostrar la cuantía de la pérdida. Para el caso en estudio, debe señalarse como primera medida que la parte Demandante no cumplió con la carga de la prueba consistente en demostrar la realización del riesgo asegurado y la cuantía de la pérdida, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 1077 del C. Co. Según las pruebas documentales obrantes en el plenario, no se han probado estos factores por lo que, en ese sentido, no ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional del Asegurador. A efectos de aclararle al Despacho las razones por las que no se encuentran cumplidas las cargas del artículo 1077 del C.Co, divido la excepción en dos subcapítulos, que permitirán un mejor entendimiento del argumento.

¹³ Sentencia SC2482-2019 de 9 de julio de 2019, Radicación n.º 11001-31-03-008-2001-00877-01. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. MP: ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil M.P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 1100131030241998417501

(i) La no realización del Riesgo Asegurado.

Sin perjuicio de las excepciones de la contestación de la demanda, se formula esta de conformidad con lo estipulado en las condiciones específicas la Póliza de Cumplimiento No. 360 45 994000008495. Toda vez que de la mera lectura podemos concluir que el riesgo asegurado no se realizó. Mediante la póliza en virtud de la cual se vinculó a mi procurada al presente litigio, la Aseguradora cubre los perjuicios directos que se deriven del incumplimiento imputable al contratista. Sin embargo, en este caso encontramos que el aparente incumplimiento contractual no es atribuible al contratista, pues la inejecución del 7.03% del contrato obedece única y exclusivamente a las conductas del contratante quien no cumplió con sus obligaciones contractuales relativas al suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo normal de sus actividades. Lo que incidió de manera consecencial en la aparente inejecución del 7.03% del contrato.

Así lo ha manifestado el contratista en todas las misivas dirigidas a los señores Fabio Ardila Rocha y Sandra Pulido, en las que ha sido claro en indicar que la ejecución de la obra tuvo que detenerse como quiera que los mencionados no suministraron la información relacionada con la Autorización para la conexión al punto CD87778 del predio Lote 140 y la entrega de carta de “Solicitud permiso para la conexión al punto CD87778 – Lote 140 - Celta Trade Park”. Así como tampoco se suministró la Carta emitida por el Parque Industrial Celta en donde se indique la compra proyectada de la RMU. Información que resultaba completamente necesaria para el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista.

Así mismo, en diferentes informes del estado de ejecución del contrato, se observa que el contratante incumplió sus obligaciones contractuales respecto de los pagos oportunos al contratista, dado que a la fecha se encuentra aún adeudando \$76.872.063 a favor del contratista. Quedando claro entonces que el contratante no ha dado cabal, íntegro y oportuno cumplimiento a sus

obligaciones contractuales, generando perjuicios a la ejecución de la obra y al contratista. Por lo anterior, es claro que no se ha realizado el riesgo asegurado en la póliza de seguro, en tanto que el incumplimiento en este caso no es imputable al contratista CONSTRUCTORA AMAVIA S.A.S.

En virtud de lo anterior, la Aseguradora deberá ser absuelta de cualquier responsabilidad indemnizatoria. Pues al tenor del amparo contratado, se estipuló que mi representada cubre los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable al contratista. Sin embargo, las pruebas del proceso demuestran que en insistentes oportunidades los contratistas dirigieron solicitudes al contratante a efectos de que se sirviera dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales y suministrara la información requerida. Así como también, para que realizara los pagos que adeudaba. Así las cosas, se torna imposible acceder a reconocimientos económicos que deba asumir la aseguradora, pues el riesgo amparado no se configuró. El riesgo fue descrito dentro de las condiciones del contrato de seguros, de la siguiente manera:

“1.4. Amparo de cumplimiento del contrato

*EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CUBRE A LAS ENTIDADES CONTRATANTES POR LOS PERJUICIOS DIRECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO **IMPUTABLE AL CONTRATISTA** TOMADOR DEL SEGURO DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO CUYA EJECUCIÓN SE AMPARA.”*

Dicho lo anterior, es claro que en el presente caso no se ha realizado el riesgo asegurado, toda vez que nos encontramos ante una situación en la que no existe incumplimiento atribuible al contratista, sino que se trata de inejecución de obligaciones imputable únicamente al incumplimiento de las obligaciones contractuales de la parte contratante. Por tanto, no se realizó el riesgo asegurado en la póliza.

(ii) Acreditación de la cuantía de la pérdida.

Es claro que en el presente caso no procede el reconocimiento de indemnización alguna por los perjuicios solicitados por el Demandante respecto de la Compañía Aseguradora, toda vez la parte demandante solicita el reconocimiento de indemnización por valor de \$133.111.317 con cargo al amparo de cumplimiento. Como suma que aparentemente dejó de ejecutar la sociedad constructora AMAVIA S.A.S. Sin embargo, dicha suma no podrá ser reconocida como quiera que lo único que supuestamente la acredita es el informe rendido por la sociedad ARQUITECTURA & SOLUCIONES INTEGRADAS BN S.A.S. que no da cuenta de la metodología utilizada para realizar el informe de estado de ejecución de la obra. Así como tampoco aporta ningún tipo de soporte documental, fotográfico o videográfico que permita evidenciar que se realizó un trabajo de campo estructurado en el que se identificó que dicha suma era la suma efectivamente dejada de ejecutar por parte de la constructora. Por tanto, dicho informe no sirve de soporte para acreditar la cuantía de la pérdida por carecer de soportes para acreditar lo contenido en el documento.

De modo que al encontrarse claro que en este proceso no existe una sola prueba fehaciente y suficiente que demuestre los supuestos sobrecostos a los que hace referencia la parte Demandante, es claro que no será procedente el reconocimiento de indemnización alguna con cargo a la póliza de seguro como quiera que no se ha demostrado la cuantía de la pérdida y como consecuencia, no se han cumplido las cargas de que trata el artículo 1077.

En conclusión, para el caso en estudio debe señalarse en primera medida, que la parte actora no demostró la realización del riesgo asegurado, pues el incumplimiento que reclama no es imputable al contratista. Al contrario, se observa que la inejecución del 7.03% de la obra obedece únicamente al incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de la Contratante. Por otro lado, respecto a la acreditación de la cuantía de la supuesta pérdida, quedó claro que los documentos aportados al proceso no cumplen la carga de demostrar la cuantía de la pérdida toda vez que el informe rendido por la sociedad Arquitectura & soluciones integradas S.A.S. no allega ningún tipo de soporte de

metodología que permita dar credibilidad a lo indicado en su informe. De esa forma, como se incumplieron las cargas de que trata el artículo 1077 del C.Co, es claro que no ha nacido la obligación condicional del Asegurador.

Por las razones expuestas, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

3. IMPROCEDENCIA DE AFECTACIÓN DEL AMPARO DEL BUEN MANEJO DEL ANTICIPO.

Sin perjuicio de que en este caso no se solicite la afectación del amparo de anticipo, vale la pena aclarar que en cualquier caso es improcedente la afectación de este amparo, como quiera que en este caso se encuentra probado que la obra está ejecutada en al menos un 92.97% y así lo ha reconocido el contratista. De modo que, es perfectamente lógico concluir que los anticipos pagados con ocasión al Contrato de obra inicial y a los siguientes dos Otrosí que se adicionaron al contrato, se utilizó en debida forma. Toda vez que el porcentaje de anticipo pactado en los tres documentos fue del 30% del valor del contrato y en este caso se encuentra probada una ejecución del 92.97% del valor del contrato.

Frente al amparo de anticipo, la jurisprudencia ha establecido que el anticipo es un mecanismo de financiación para que se ejecute la parte inicial de la obra, que se entregan al contratista para que éste sufrague determinados costos y gastos imprescindibles para la ejecución del cargo y que dicho pago inicial, hace surgir en el contratante una expectativa primaria de ejecución:

“3.2. Preciado lo anterior, debe señalarse que si bien el anticipo carece de definición legal, ha sido concebido por la jurisprudencia y la doctrina patrias como un mecanismo de financiación, propio de los contratos en los que la remuneración está supeditada a la entrega –total o parcial– de la obra, en virtud del cual el contratante entrega al contratista dinero u otros bienes, con el compromiso de

que este último los utilice para sufragar determinados costos y gastos imprescindibles para la ejecución del encargo.

Por vía de ejemplo, el dinero dado en anticipo puede proveer la liquidez inicial que requiere el contratista para costear la compra de insumos y equipos, el pago de honorarios del personal, el levantamiento de campamentos de obra y, en general, cualquier otra erogación preestablecida convencionalmente, orientada a viabilizar el inicio de las construcciones.

Con base en ello, y sin perder de vista lo que al respecto estipulen las partes, el contratista podrá exigir el pago que corresponda al avance –total o parcial– del objeto negocial, previa compensación con el importe recibido a título de anticipo; en consecuencia, la amortización de dicho anticipo, entendida como su retorno al patrimonio del contratante, estará directamente vinculada con la progresión de la ejecución de la obra.

3.3. En el escenario expuesto, la entrega del adelanto hace surgir para el contratante una expectativa primaria, consistente en que esos recursos se empleen para cubrir las expensas de la obra, en los términos señalados en el contrato; y si ello ocurre, aflorará para aquel una expectativa secundaria: la de recomponer su acervo patrimonial, mediante la efectiva amortización del anticipo.”¹⁵

De manera que, si dichos recursos se emplean para cubrir las expensas de la obra en los términos señalados en el contrato, es claro que se habrá correcta utilización al anticipo pagado por el Contratante y como consecuencia, no habrá lugar a solicitar la afectación del amparo de buen

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 2015-00826 Sentencia SC3893-2020 M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

manejo del anticipo. Así lo ha confirmado la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia del 19 de octubre de 2020 en la que indicó:

“Expresado de otro modo, si el asegurador hizo suyos únicamente los riesgos de apropiación e incorrecta inversión del anticipo, de manera implícita exceptuó de protección a los quebrantos económicos cuyo origen fuera diferente. Y, en ese supuesto, si el contratista utiliza íntegramente el anticipo para cubrir erogaciones propias de la obra, atendiendo las precisas pautas de inversión señaladas en el clausulado correspondiente, cesa la posibilidad de que se produzca el siniestro, siendo irrelevante si, con posterioridad, ese rubro no es amortizado, causándole pérdidas al contratante.”¹⁶ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Aterrizando lo anterior al caso concreto, se observa que la póliza de seguro expedida por mi representada amparó el buen manejo de anticipo, a efectos de proteger a la entidad contratante contra los perjuicios sufridos con ocasión al mal manejo o apropiación indebida que el contratista hiciera de los dineros:

1.2 AMPARO DE BUEN MANEJO DEL ANTICIPO
EL AMPARO DE BUEN MANEJO DEL ANTICIPO CUBRE A LAS ENTIDADES CONTRATANTES, CONTRA LOS PERJUICIOS SUFRIDOS CON OCASIÓN DEL USO O APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA TOMADOR DEL SEGURO HAGA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO EN CALIDAD DE ANTICIPO, PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO. EN TAL SENTIDO SE ENTENDERÁ QUE EXISTE USO O APROPIACIÓN INDEBIDA DE LOS DINEROS O BIENES ENTREGADOS A TÍTULO DE ANTICIPO EN EL EVENTO EN QUE TALES DINEROS O BIENES NO SEAN UTILIZADOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

*Documento: Póliza No. 360 45 994000008495 Condicionado General.
Transcripción parte esencial: “1.2 AMPARO DEL BUEN MANEJO DEL ANTICIPO.*

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 2015-00826 Sentencia SC3893-2020 M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

El amparo de buen manejo del anticipo cubre a las entidades contratantes, contra los perjuicios sufridos con ocasión del uso o apropiación indebida que el contratista tomador del seguro haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo, para la ejecución del contrato. en tal sentido se entenderá que existe uso o apropiación indebida de los dineros o bienes entregados a título de anticipo en el evento en que tales dineros o bienes no sean utilizados en la ejecución del contrato.”

De manera que, es claro en este caso que se amparó el buen manejo del anticipo pagado por la contratante al contratista, en caso de que el mismo no se utilizara de manera debida. Situación que claramente no ocurrió en el caso de marras como quiera que se encuentra probada la ejecución de más del 92.97% de la obra, por lo que sería a todas luces incoherente afectar el amparo de anticipo cuando está probado que la obra se encuentra totalmente ejecutada.

En conclusión, sin perjuicio de que la demanda no pretende hacer efectivo el amparo de anticipo y de que, de afectarse se transgrediría el principio de congruencia que rige las actuaciones procesales, no sobra aclarar que en cualquier caso es improcedente afectar el amparo de buen manejo del anticipo como quiera que en este caso está probada la ejecución de la obra casi en su totalidad, por lo que es lógico concluir que el anticipo se utilizó de la manera adecuada.

4. IMPROCEDENCIA DE AFECTACIÓN DEL AMPARO DE ESTABILIDAD DE LA OBRA

Sin perjuicio de que en este caso no se solicite la afectación del amparo de estabilidad de la obra, vale la pena aclarar que en cualquier caso es improcedente la afectación de este amparo, como quiera que en este caso no ha entrado en vigencia el amparo, puesto que éste solo puede ser afectado una vez se haya recibido la obra a entera satisfacción. Para el efecto, resulta necesario atender al tenor literal del amparo de estabilidad de la obra estipulado en la póliza:

1.6 AMPARO DE ESTABILIDAD DE LA OBRA

EL AMPARO DE ESTABILIDAD DE LA OBRA CUBRE A LAS ENTIDADES CONTRATANTES A PARTIR DE LA ENTREGA A SATISFACCIÓN Y DURANTE EL TIEMPO ESTIPULADO Y EN CONDICIONES NORMALES DE USO Y MANTENIMIENTO, CONTRA LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE LOS DETERIOROS DE LA OBRA IMPUTABLES AL CONTRATISTA TOMADOR DEL SEGURO, QUE IMPIDAN EL SERVICIO PARA EL CUAL SE EJECUTO.

Documento: Póliza No. 360 45 994000008495 Condicionado General.

Transcripción parte esencial: “1.6 AMPARO DEL BUEN MANEJO DEL ANTICIPO.

El amparo de estabilidad de la obra cubre a las entidades contratantes a partir de la entrega a satisfacción y durante el tiempo estipulado y en condiciones normales de uso y mantenimiento, contra los perjuicios derivados de los deterioros de la obra imputables al contratista tomador del seguro, que impidan el servicio para el cual se ejecutó.”

Obsérvese como es clara la póliza en establecer que el amparo de estabilidad de la obra cubre a los contratantes únicamente a partir de que la obra se entrega a satisfacción, lo que de contera ya deja claro que no podrá afectarse la póliza sin que la obra haya sido recibida por los contratantes a entera satisfacción. Es más, el amparo de estabilidad de la obra es excluyente del amparo que pretende afectar el Demandante en la demanda que es el amparo de Cumplimiento. Así lo ha confirmado en reiteradas oportunidades la jurisprudencia, cuando diferencia con total claridad que el amparo de estabilidad de la obra es la cobertura post contractual de la obra que únicamente entra en vigencia cuando la obra ha sido recibida:

“El amparo de estabilidad de la obra es aquella cobertura destinada a indemnizar los perjuicios causados a la entidad contratante en virtud del incumplimiento por parte del contratista de la obligación de garantizar que “la obra realizada no se destruirá o amenazará ruina por vicio de construcción, o del suelo, o de los materiales, que el contratista ha debido conocer en razón de su profesión u oficio”.

Éste es un amparo post contractual, pues su vigencia sólo entra a operar una vez la obra ha sido recibida a satisfacción por la entidad contratante. Bajo esa perspectiva, resultaría anti técnico e improcedente solicitar que este amparo esté activo durante el plazo contractual. La póliza se podrá hacer efectiva con cargo al amparo de estabilidad y calidad cuando la entidad contratante establezca que la obra presentó deterioros que impiden su uso adecuado, o que la misma ha perdido las condiciones de seguridad y firmeza de su estructura por causas imputables al contratista y no al simple deterioro causado por el paso del tiempo o por un inadecuado uso.

En este orden de ideas, al no constar que las obras parcialmente efectuadas fueran recibidas a satisfacción por la entidad contratante, es claro que el amparo de estabilidad de la obra no podía ser afectado, tal y como lo propone la sociedad impugnante.”¹⁷

De lo anterior se colige, que únicamente se afectará este amparo cuando la obra haya sido recibida por parte de la contratante, situación que no ocurre en el caso de marras como quiera que la obra no ha sido recibida. Máxime cuando el amparo que se pretende afectar en este caso es el amparo de cumplimiento, lo que de facto excluye la posibilidad de afectar la cobertura de estabilidad de la obra.

En conclusión, sin perjuicio de que la demanda no pretende hacer efectivo el amparo de estabilidad de la obra y de que, de afectarse se transgrediría el principio de congruencia que rige las actuaciones procesales, no sobra aclarar que en cualquier caso es improcedente afectar el amparo de estabilidad de la obra como quiera que éste no ha entrado en vigencia por cuanto la obra no ha

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. C.P Guillermo Vargas Ayala. 2005-00216.

sido recibida. Y adicionalmente, porque éste amparo es excluyente del amparo de cumplimiento que se pretende afectar.

5. FALTA TOTAL DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA No. 360-45-994000008495, POR TRATARSE DE RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS DE AMPARO

En este análisis, se establece claramente que la póliza No. 360-45-994000008495 carece de cobertura material para el caso en cuestión. Este hecho se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, quienes, al celebrar el contrato de seguro, acordaron de manera expresa una serie de riesgos que quedarían excluidos de la cobertura en situaciones específicas. En este sentido, se han configurado tres exclusiones de cobertura: (i) el seguro no ampara los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas cuando exista una causal de exoneración de responsabilidad del contratista; (ii) no cubre las cláusulas penales, multas y cualquier sanción pecuniaria impuesta al contratista; y (iii) no ampara el lucro cesante ni ningún perjuicio indirecto sufrido por la entidad contratante como consecuencia del incumplimiento. Dado que se ha evidenciado la aplicación de la excepción de contrato no cumplido y las solicitudes de reconocimiento de cláusulas penales y perjuicios indirectos, resulta lógico concluir que no se puede afectar la póliza de seguro ni solicitar indemnización alguna a través de la misma, ya que se manifiesta de manera clara la falta de cobertura material por tratarse de riesgos excluidos en el condicionado general de la póliza.

En materia de seguros, el asegurador según el Artículo 1056 del C.Co podrá a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés asegurado. Por lo tanto, es en el conjunto de las condiciones que contiene el respectivo contrato donde se determinan o delimitan contractualmente los riesgos, su alcance o extensión, el ámbito temporal y geográfico en el que el amparo opera, las causales de exclusión, o en general, las de exoneración. Por tanto, son esos los parámetros a los que se tiene que sujetarse el sentenciador al resolver cualquier pretensión que se base en la correspondiente póliza. Luego, obviamente el asegurador tiene la facultad de delimitar

contractualmente los riesgos que asume, conforme a lo normado en el artículo 1056 Código de Comercio. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“reiteró esta Corporación la necesidad de individualizar y determinar los riesgos que el asegurador toma sobre sí:

*<<y que por lo tanto, en este campo rige el principio según el cual la responsabilidad asumida en términos generales como finalidad del contrato no puede verse restringida sino por obra de cláusulas claras y expresas, “...El Art. 1056 del C de Com , en principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, otorga al asegurador facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado..”, agregando que es en virtud de este amplísimo principio “que el asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que de no cumplirse impiden que se configure el siniestro; ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, **quedan sin embargo excluidos de la protección que se promete por el contrato.** Son estas las llamadas exclusiones, algunas previstas expresamente en la ley...” (Cas. Civ. de 7 de octubre de 1985, sin publicar), exclusiones que por su propia índole, limitativa de los riesgos asumidos por el asegurador, requieren ser interpretadas con severidad en una concienzuda tarea que se oriente, de una parte, a establecer su justificación técnica, y de la otra a precisar el alcance de dichos riesgos conforme a reglas de carácter legal o convencional, **luego no le es permitido al intérprete “...so pena de sustituir indebidamente a los contratantes, interpretar aparentemente el contrato de***

seguro para inferir riesgos que no se han convenido, ni para excluir los realmente convenidos; ni tampoco hacer interpretaciones de tales cláusulas que conlleven a resultados extensivos de amparo de riesgos a otros casos que no sólo se encuentren expresamente excluidos sino que por su carácter limitativo y excluyente, son de interpretación restringida.....” (Cas Civ. de 23 de mayo de 1988, sin publicar) (Este pasaje fue reiterado, entre otras, en CSJ SC4574-2015 rad. n°. 11001-31-03-023-2007-00600-02)>>¹⁸. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Bajo esa misma interpretativa, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de diciembre 13 de 2019, indicó que las exclusiones de tipo convencional estipuladas en los contratos de seguro no comprometen la responsabilidad del asegurador, en virtud de la facultad prevista en el artículo 1056 del Código de Comercio:

*“Las exclusiones de tipo convencional deben entenderse, como es apenas obvio, como aquellas pactadas por las partes o, cuando menos, **en las que existe consentimiento respecto de las indicadas en el clausulado preestablecido, en los denominados acuerdos de adhesión y que, siendo origen del siniestro o consecuencia del mismo, no comprometen la responsabilidad del asegurador.**”*

Esas cláusulas son válidas, inicialmente, en tanto se sustentan en el principio de la libre autonomía de las partes, cuyos límites son el orden público y las buenas costumbres; de ahí que el artículo 1056 consagre la posibilidad del asegurador de, «a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado»¹⁹ (Subrayado y negrilla en el texto original)

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 4527 -2020. Noviembre 23 de 2020

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia. Expediente 2008-00193-01. Diciembre 13 de 2019.

De igual forma, la jurisprudencia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

*“(…) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual **se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado**”.*

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato aseguraticio. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) ²⁰“.
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el

20 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00.

evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. De forma que, en el caso de la ocurrencia de riesgos excluidos, no nace a la vida jurídica la obligación indemnizatoria del asegurador y en ese orden de ideas, no hay lugar a que su responsabilidad se vea comprometida.

De las normas que regulan la delimitación de los riesgos asumidos por el asegurador (arts. 1056 y 1127 del C. de Co.), se infiere lógicamente que la autonomía que otorgan esas normas a los sujetos contratantes está circunscrita no sólo a la relación riesgo- causa sino a la relación riesgo-efecto. Es decir, que resulta válido delimitar los efectos de la materialización del riesgo y el carácter patrimonial del mismo, asumiendo o no las consecuencias que ello genere, en todo o en parte, conforme al desarrollo jurisprudencial del Derecho de Daños. En virtud de lo anterior, es menester señalar que la Póliza de Cumplimiento a favor de entidades particulares No. 360-45-994000008495 en sus Condiciones Generales señala una serie de exclusiones que deberán ser tomadas en consideración por el Despacho. Por cuanto es claro que la póliza de seguro no ampara los hechos materia de litigio al estar ante varios riesgos expresamente excluidos de cobertura.

De manera que, una vez efectuado el análisis de las exclusiones que presenta la póliza de seguro, encontramos que en este caso se configuran tres exclusiones de cobertura por las cuales no habrá lugar a indemnización, que se explicarán y desarrollarán para claridad del Despacho en el siguiente orden: **(i)** El presente seguro no ampara los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas cuando exista una causal de exoneración de responsabilidad del contratista **(ii)** El presente seguro no ampara las cláusulas penales, multas y cualquier sanción pecuniaria impuesta al contratista **(iii)** El presente seguro no ampara el lucro cesante de la entidad contratante, ni ningún otro perjuicio indirecto sufrido por la contratante como consecuencia del incumplimiento. En ese sentido procederemos a explicar y desarrollar la configuración de cada una de las mencionadas exclusiones en el presente caso.

- (i) ***El presente contrato de seguro no ampara los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas cuando exista una causal de exoneración de responsabilidad del contratista***

Lo primero que debe establecerse en este caso es que se encuentra configurada la causal número 2.1 de las exclusiones establecidas en la póliza de seguro, relacionada con la configuración de una causal de exoneración de responsabilidad del contratista deudor, como se lee

“2. Exclusiones

El presente seguro no ampara:

2.1 Los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas cuando exista fuerza mayor, caso fortuito o cualquier otra causal de exoneración de responsabilidad del contratista deudor.”

Frente a lo anterior, debe decirse que en este caso se encuentra configurada la causal de exoneración de responsabilidad denominada “Excepción de contrato no cumplido” según la cual, si una parte incumple, la exigibilidad de la obligación de la otra se suspende, actuando como una genuina excusa de cumplimiento para la otra parte afectada. Como quiera que el incumplimiento de las obligaciones del contratante respecto de la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus actividades, así como de los pagos parciales que debía hacer con corte mensual, suspendió la obligación de cumplimiento para el contratista, puesto que la información requerida resultaba trascendental para la ejecución de los ítems contractuales relativos a las redes eléctricas. Así como también, el pago del dinero adeudado impidió que AMAVIA S.A.S. continuara ejecutando sus obligaciones en debida forma. Es claro que se configuró la excepción de contrato no cumplido como causal de exoneración de responsabilidad del contratista deudor.

Es decir, que las conductas del contratante relacionadas con la omisión de entrega de información y pagos tardíos o no realizados, claramente facultó al contratista para suspender el cumplimiento de su obligación, en tanto le resultaba imposible continuar ejecutando sus actividades contractuales sin que el contratante diera cumplimiento a las suyas inicialmente, como quiera que al tratarse de obligaciones recíprocas el cumplimiento de unas depende consecuentemente del cumplimiento de las otras. En este caso, el cumplimiento de las obligaciones del contratista en la ejecución del 100% de sus actividades contractuales dependía necesariamente del cumplimiento de las obligaciones del contratante en el pago oportuno de los cortes y anticipos, así como la obligación de suministrar toda la información requerida.

De modo que por encontrarse configurada la situación fáctica descrita en el numeral 2.1. del acápite “2. Exclusiones”, la póliza de seguro no podrá ser afectada en tanto la situación se encuentra inmersa en una exclusión de cobertura. Así las cosas, por la configuración de la mentada exclusión no puede existir obligación indemnizatoria en cabeza de la Compañía Aseguradora, por cuanto el juez no puede ordenar la afectación de la póliza No. 360-45-994000008495. Pues las partes en virtud de su autonomía acordaron pactar tal exclusión. En consecuencia, en virtud de la exclusión ya mencionada, la póliza no cubre ninguna solicitud de indemnización por lo que deberán denegarse las pretensiones de la demanda en contra de la Compañía de seguros.

- (ii) ***El presente seguro no ampara las cláusulas penales, multas y cualquier sanción pecuniaria impuesta al contratista***

En segundo lugar, encontramos la configuración de la exclusión descrita en el numeral 2.2. del acápite 2 “Exclusiones” relacionada con las cláusulas penales y multas impuestas al contratista. En la que claramente se estableció que la póliza de seguro no cubre las cláusulas penales, multas o sanciones que deba pagar el contratista, como se observa:

“2. Exclusiones

El presente seguro no ampara:

2.2. Las cláusulas penales, multas y cualquier sanción pecuniaria impuestas al contratista, las cuales serán de su cargo exclusivo.”

Así entonces, deberá analizarse la pretensión contenida en el numeral 1 en la que se solicita que se condene a la Constructora AMAVIA S.A.S. al pago del 10% del valor total del contrato por concepto de cláusula penal, que textualmente solicita: *“Que teniendo en cuenta el incumplimiento de la constructora, para el caso de que las principales de condena no prosperen, con relación a la demandada CONSTRUCTORA AMAVIA SAS se le condene, de conformidad con la cláusula sanción consagrada en el parágrafo primero de la cláusula novena del contrato primigenio a cancelar el 10% sobre la suma total contratada, que responde a la suma de \$1.892.793.480.00, siendo el 10% de dicha suma, la cantidad de \$189.279.348.00”*

Sin perjuicio de que esta pretensión no se encaminó contra Aseguradora Solidaria de Colombia, vale la pena aclarar que en cualquier caso no se encuentra amparada bajo la póliza de seguro por la cual fue vinculada mi representada al presente proceso judicial. Como quiera que el pago de cláusulas penales, multas y sanciones a que sea condenado el contratista es un riesgo expresamente excluido de cobertura en el numeral 2.2. del acápite exclusiones.

Por todo lo expuesto en líneas precedentes, es claro que en este caso no procederá reconocimiento alguno a título indemnizatorio por la evidente configuración de la exclusión de cobertura descrita en el numeral 2.2. del acápite de exclusiones relacionado con las cláusulas penales, sanciones o multas a que sea condenado el contratista. Razón por la cual no procederá indemnización en este caso por encontrarse establecido que la póliza de seguro no ampara el pago de dichas cláusulas, sanciones o multas, sino que éstas serán a cargo exclusivo del contratista.

- (iii) *El presente seguro no ampara el lucro cesante de la entidad contratante, ni ningún otro perjuicio indirecto sufrido por la contratante como consecuencia del incumplimiento.***

Sin perjuicio de la configuración de las dos exclusiones desarrolladas anteriormente, debe establecerse que en este caso se presenta la configuración de una tercera exclusión de amparo, descrita en el numeral 2.8 del acápite denominado “*Exclusiones*”. Relacionada con el lucro cesante y demás perjuicios indirectos sufridos por la entidad contratante. En la que claramente se estableció que la póliza de seguro no ampara el lucro cesante de la entidad contratante, ni los perjuicios indirectos, morales, inciertos, futuros, y consecuenciales, como se observa:

“2. Exclusiones

El presente seguro no ampara:

2.8. El lucro cesante de la entidad contratante, así como los perjuicios diferentes a los directos sufridos por la entidad contratante como consecuencia del incumplimiento del contratista tales como los perjuicios indirectos, morales, inciertos, futuros, consecuenciales, o subjetivos.

Es decir que sin perjuicio de que las pretensiones contenidas en el numeral 1, 1.1, 1.2, 1.2.1, 1.2.2, 1.2.3, 1.2.3.1, 1.2.3.2 y 1.2.4 no fueron incoadas contra la Compañía Aseguradora, debe aclararse que, en todo caso, las mismas no se encuentran amparadas por la póliza de seguro expedida por mi representada. Dicho de otro modo, si bien las pretensiones no vinculan a Aseguradora Solidaria de Colombia, vale la pena resaltar que de todas maneras los conceptos de dichas pretensiones no son amparados en la póliza y, por lo tanto, no generan una obligación indemnizatoria para la aseguradora.

La parte Demandante solicita en sus pretensiones reconocimiento y pago por arriendos de la bodega uno dejados de percibir (pretensión 1.2.2) por el aparente incumplimiento de la

Constructora contratista, riesgo que no se encuentra cubierto por la póliza de seguro por cuanto se trata de un perjuicio indirecto derivado del cumplimiento que no fue amparado por Aseguradora Solidara de Colombia. Así como tampoco podrá reconocerse ningún emolumento por concepto de indemnización por no recibir la suma derivada de la compraventa de la bodega dos (pretensión 1.2.3) en el tiempo en que se tenía establecido, puesto que ocurre la misma situación, es un perjuicio indirecto e incierto, aparentemente derivado del cumplimiento y por el cual no podrá responder la Aseguradora Solidaria de Colombia por tratarse de un riesgo expresamente excluido de cobertura.

Idéntica situación ocurre con las pretensiones en las que se solicita reconocimiento por interés comercial sobre las sumas dejadas de percibir (pretensión 1.2.1 y 1.2.3.1), dado que se trata de perjuicios indirectos consecuenciales al aparente incumplimiento del contratista y por los cuales no procede reconocimiento alguno con cargo a la póliza de seguro, como quiera que se excluyeron de amparo por expresa disposición de la póliza. Mucho menos podrá reconocerse la suma que presuntamente generó el alquiler de una planta eléctrica para la bodega dos (pretensión 1.2.3.2) puesto que claramente es un perjuicio indirecto ocasionado presuntamente como consecuencia de la inexecución del contrato. Razón por la cual no podrá solicitarse en ningún caso reconocimiento alguno con cargo a la póliza de seguro expedida por mi representada.

Dicho de otro modo, los conceptos de daño emergente y lucro cesante, intereses moratorios, valores dejados de percibir por arrendamientos, valores pagados por alquileres de plantas, indemnización por ganancias futuras dejadas de percibir y todos los demás conceptos contenidos en las pretensiones 1, 1.1, 1.2, 1.2.1, 1.2.2, 1.2.3, 1.2.3.1, 1.2.3.2 y 1.2.4 no podrán ser cubiertos por la póliza de seguro No. 360 45 994000008495 como quiera que se trata de perjuicios indirectos que fueron expresamente excluidos de cobertura por las partes en la póliza de seguro.

En conclusión, la póliza No. 360-45-994000008495 NO presta cobertura material para el caso de marras, toda vez que las partes en virtud de la autonomía de la voluntad que les asiste, pactaron

en la póliza expresamente una serie de riesgos que quedarían excluidos de cobertura en caso de efectuarse. En efecto, entendiendo que en este caso se configuraron tres exclusiones de cobertura a saber: **(i)** El presente seguro no ampara los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas cuando exista una causal de exoneración de responsabilidad del contratista **(ii)** El presente seguro no ampara las cláusulas penales, multas y cualquier sanción pecuniaria impuesta al contratista **(iii)** El presente seguro no ampara el lucro cesante de la entidad contratante, ni ningún otro perjuicio indirecto sufrido por la contratante como consecuencia del incumplimiento. De manera que al encontrarse claro que en este caso se configuró la excepción de contrato no cumplido, se solicita el reconocimiento de cláusulas penales y se solicita el reconocimiento por perjuicios indirectos derivados del aparente incumplimiento, es lógico concluir que no procede afectación a la póliza de seguro. En ese sentido, es evidente que no podrá afectarse la póliza en cuestión, ni mucho menos solicitar indemnización alguna con cargo a la misma. Toda vez que se encuentra patente la falta de cobertura material por tratarse de riesgos excluidos expresamente en el condicionado general de la póliza.

6. TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO DE SEGURO QUE DA ORIGEN A LA POLIZA DE SEGURO No. 360-45-994000008495 - APLICACIÓN ARTÍCULO 1060 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

En este caso operó la terminación automática del contrato de seguro que dio origen a la póliza de seguro No. 360-45-994000008495 como quiera que el contratista tomador de la póliza no notificó por escrito a la aseguradora en el término del artículo 1060 del código de comercio, las circunstancias que agravaron el estado del riesgo en la ejecución del contrato asegurado como lo fueron: el retraso injustificado en el pago por parte de los Contratantes; el pago incompleto de anticipo en el contrato inicial; la negación de autorizaciones por parte del contratante; la negación del suministro de cableado por parte del contratante, entre otras.

Frente a lo anterior debe tenerse en cuenta que el hecho de no recibir los pagos oportunos por parte de la Contratante es una circunstancia que claramente agravó el estado del riesgo y de lo cual debió conocer la Compañía Aseguradora dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que se presentó por primera vez esta circunstancia. Dado que el riesgo de incumplimiento claramente se hizo más gravoso ante esta situación, como quiera que es mucho más probable que las actividades contractuales no se ejecuten o se ejecuten de manera tardía ante la circunstancia de que el contratante no pague a tiempo lo pactado contractualmente.

Así mismo, la negación del contratante de suministrar información y/o autorizaciones al contratista, que resultaban completamente necesarias para el correcto desarrollo de sus actividades, es una circunstancia que agrava el estado del riesgo en tanto que aumenta la posibilidad de incumplimiento por imposibilidad de ejecutar ciertos ítems contractuales. Situación que necesariamente debió haber sido notificada a la Compañía Aseguradora en el término de 10 días. Sin que ello ocurriera, dando lugar inevitablemente a la terminación automática del contrato de seguro que dio origen a la póliza por no dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 1060 del Código de Comercio.

La jurisprudencia ha sido clara en establecer que el asegurado o el tomador, según sea el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. Así entonces, durante la vigencia del contrato se deberá notificar al asegurador todo aquello que pueda modificar el riesgo, en su agravación o variación de su identidad, so pena de producirse la terminación del contrato. En este sentido, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección “B” magistrada ponente: Stella Conto Díaz del Castillo en sentencia del 22 de febrero de 2016, expuso:

“En cuanto a la conservación del riesgo, es de anotar que, en los términos del artículo 1039 del Código de Comercio, al asegurado le corresponden las obligaciones que no pueden ser cumplidas más que por él mismo, motivo por el cual le es oponible la obligación consagrada en el artículo 1060 de la misma normativa, respecto de la conservación del riesgo y la notificación de cambios. Las normas en cita son del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 1039. SEGURO POR CUENTA DE UN TERCERO Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES. El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable. En tal caso, al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.

No obstante, al asegurado corresponden aquellas obligaciones que no puedan ser cumplidas más que por él mismo.

ARTÍCULO 1060. MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS. El asegurado o el tomador, según el caso, están 25 Exp. 34226 Actor: Confianza S.A. obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella".

Como se observa, esta última norma consagra dos efectos jurídicos a saber: i) si se cumple con la notificación oportuna de la modificación del riesgo, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste de la prima; ii) en caso contrario se produce la terminación del contrato. El cumplimiento de las obligaciones que le corresponden al asegurado o al beneficiario en caso de siniestro, pueden conllevar a deducir del monto de la indemnización de los perjuicios causados a la asegurada, en los términos del artículo 1078 del Código de Comercio.

Según el artículo 1060 transcrito, el asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad.

Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas (artículo 1074 C. Ció.). El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes (artículo 1075 *ibídem*) (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Por otro lado, en cuanto a la modificación del estado del riesgo en el contrato de seguro, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 28 de febrero de 2007, referencia 00133-01 magistrado ponente: Carlos Ignacio Jaramillo, dispuso:

“La Corte acierta en su decisión, acogiendo los argumentos establecidos por el Tribunal respecto a la aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio, en el cual se establece la obligación que tiene el tomador o asegurado de notificar al asegurador todos los hechos o circunstancias posteriores a la celebración del contrato que signifiquen una agravación del riesgo.

(...)

Estas circunstancias de agravación inciden en la obligación condicional del asegurador, quien es el que asume el riesgo, por lo tanto tiene el derecho a ser informado de todo tipo de eventualidades, para que de acuerdo a la situación y a las nuevas condiciones pueda revocar el contrato o hacer algún tipo de ajuste, sobre todo en lo relacionado con la prima.

*Por consiguiente **“El régimen de agravación del estado del riesgo, encuentra su razón de ser en que las nuevas circunstancias que lo alteran, aumentan la probabilidad de ocurrencia del siniestro, o de la intensidad de sus consecuencias, sin que el asegurador deba soportar esa variación por un mal entendimiento del carácter aleatorio del contrato, pues aunque es claro que asumió la contingencia de la materialización del riesgo, lo hizo sobre la base de unas específicas condiciones,** de tal manera que si ellas cambian por el advenimiento de circunstancias no previsibles, en línea de principio deben cambiar las reglas que gobiernan la relación contractual, o dársele fin a ella.”*

Al respecto el artículo 1060 del Código de Comercio dispone:

“ARTÍCULO 1060. <MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS>. *El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. **En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no***

previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella”.

Así como el artículo 1060 del Código de Comercio hace referencia a la carga de información del tomador del seguro previo a la celebración de un contrato, de igual forma, la normatividad regula taxativamente las cargas de información adicionales que el tomador, el asegurado, o el beneficiario según sea el caso, deben cumplir con posterioridad a la suscripción del contrato de seguro, y aún después de la ocurrencia del siniestro. Ahora bien, la carga de informar sobre la agravación del

estado del riesgo, según lo prevé el artículo 1060 del Código de Comercio, opera en el presente asunto, so pena de terminar automáticamente el contrato de seguro²¹.

En ese sentido, el Código de Comercio señala expresamente que cuando se presenten circunstancias que alteren el estado del riesgo, se debe notificar oportunamente al asegurador, so pena de que su omisión en la notificación produzca la terminación del contrato de seguro.

En virtud de lo anterior, las circunstancias de agravación en que incurrió el contratista, incidieron en la obligación del asegurador, quien es el que asume el riesgo. Bajo ese entendido, el asegurador debe ser informado de cualquier eventualidad que incida en el régimen de agravación del estado del riesgo. Dicho de otro modo, el régimen de agravación del estado del riesgo, encuentra su razón de ser en cualquier circunstancia que lo altere, sin que el asegurador deba soportar tal variación, por cuanto la asunción del riesgo la realiza con base en ciertas condiciones que no pueden ser alteradas sin su notificación.

Así las cosas, vale la pena resaltar que el contratista en su calidad de tomador de la póliza de seguro en favor de entidades particulares, tenía la obligación de mantener el estado del riesgo. No obstante lo anterior, y de acuerdo a las pruebas allegadas al plenario, no se logra evidenciar la notificación por escrito, dentro del término señalado en el artículo 1060 del Código de Comercio, notificación alguna respecto de los hechos que sobrevinieron con posterioridad a la celebración del contrato y que claramente implican una agravación del riesgo, como lo fueron: el retraso injustificado en el pago por parte de los Contratantes; el pago incompleto de anticipo en el contrato inicial; la negación de autorizaciones por parte del contratante; la negación del suministro de cableado por parte del contratante, entre otras. Es por lo anterior que, en virtud de la normatividad precitada, se produce la terminación del contrato de seguro, no pudiendo en este proceso exigir ningún emolumento con cargo a la póliza de seguro.

²¹ <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/596/562>

Por ende, la falta de notificación constituye una negación indefinida, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil ha dispuesto:

*“Es decir, existe un deber ex lege de comunicar hechos que inciden en la estructura y dinámica del riesgo previamente amparado. En el caso del artículo 1061, en lo que respecta a su origen o fuente, al mismo tiempo que a su teleología, la prestación es enteramente diferente, puesto que **la garantía constituye una promesa de conducta (hacer o no hacer), o de afirmación o negación que otorga el tomador o asegurado en relación con la existencia de un determinado hecho, lo que supone, invariablemente, una declaración ex voluntate y, por ende, de claro contenido negocial, la que en tal virtud no se puede inferir o presumir, menos si se tiene en cuenta las drásticas secuelas derivadas de su inobservancia o quebrantamiento.** Ello explica que sea menester que aflore o se evidencie “...la intención inequívoca de otorgarla”²² (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Asimismo, respecto de las negaciones indefinidas, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

“(...) que éstas se dividen en definidas e indefinidas, siendo las primeras aquéllas que tienen por objeto hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente, las segundas, en cambio, no implican, ni indirecta ni implícitamente, la afirmación de hecho concreto y contrario alguno”.

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2007. Exp. 2000-133. MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

para las [definidas], el régimen relacionado con el deber de probarlas continúa intacto 'por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical'; las [indefinidas], 'son de imposible demostración judicial, desde luego que no implican la aseveración de otro hecho alguno', de suerte que éstas no se pueden demostrar, no porque sean negaciones, sino porque son indefinidas (...)"²³

De otro lado y con respecto al cumplimiento de las garantías y los requisitos de las mismas, que trata el artículo 1061 del Código de Comercio, mediante sentencia del 8 de noviembre de 2005, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, magistrado ponente Silvio Fernando Trejos Bueno, expediente (00304), dispuso:

*"Al respecto, se menciona que conforme al artículo 1061 del Código de Comercio, **la garantía, definida como la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa o afirma cierta situación,** tiene las siguientes características señaladas en distintos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia a saber:*

*1. **Deben constar por escrito en la póliza o en los documentos accesorios, esta característica,** en nuestro concepto, provee de mayor fundamento la decisión de la Corte, pues resulta inaceptable que por el hecho de aparecer la garantía en un anexo pierda su carácter o la razón por la que fue concebida la misma en el contrato de seguro en cuestión.*

2. Expresarse en cualquier forma que indique el propósito manifiesto e inequívoco: Sobre esta característica, el Tribunal de Arbitramento del 22 de abril de 2014 se pronunció sobre el incumplimiento de las garantías por parte del asegurado y los requisitos para que se entiendan aquellas como tal cuestionándose si una

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de julio de 2005, exp. 00126 citada el 20 de enero de 2006, exp. 1999-00037

declaración contractual puede llegar a corresponder o tener el alcance de una garantía. El Tribunal analizó el caso y concluyó que aun cuando la garantía se encontraba en el anexo de la póliza y se hablaba de informar sobre cierta conducta, lo cierto es que realmente se estaba hablando de una promesa o compromiso de el asegurado por lo que el sentido mismo de la estipulación correspondía a una conducta que aun cuando se exigía de forma posterior a la celebración del contrato, existía un tiempo prudencial para cumplirla. Al ser la garantía del caso aquella clasificada como de conducta, daba derecho a la compañía de seguros a eximirse del pago de la indemnización una vez ocurrido el siniestro procediendo para el efecto la terminación del contrato.

3. Puede ser sustancial o insustancial respecto del riesgo asegurado.

4. No debe existir relación entre la garantía o su incumplimiento y el siniestro, es decir, que las consecuencias del incumplimiento serán procedentes aun cuando dicho incumplimiento no tenga relación con el siniestro.

5. Debe ser sería evitando constituir tipos de garantía que resulten abusivas frente al consumidor.

6. Deben ajustarse a la ley y cumplirse estrictamente so pena de producirse la nulidad del contrato o la terminación desde la infracción.

Con lo atrás señalado y aun cuando la Corte no se detiene o profundiza en el examen del cumplimiento de la garantía, se resalta la importancia de que la misma cumpla con las características anteriores pues de lo contrario no podrá la compañía de seguros hacerla exigible ni podrá por ello acudir a la nulidad o terminación que invoca la norma” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, la falta de notificación es una negación indefinida que a la luz de los artículos 1060, 1061 del Código de Comercio, y de la jurisprudencia señalada no requiere de prueba. En consecuencia, y al no evidenciarse la notificación al asegurador de las modificaciones en la situación del riesgo, como lo fueron: el retraso injustificado en el pago por parte de los Contratantes; el pago incompleto de anticipo en el contrato inicial; la negación de autorizaciones por parte del contratante; la negación del suministro de cableado por parte del contratante, entre otras. Se terminó automáticamente el contrato de seguro de conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio, razón por la cual no puede hacerse efectivo.

En conclusión, se produjo la terminación automática del contrato de seguro No. 360-45-994000008495, ya que el tomador no notificó a la aseguradora, dentro del plazo establecido por el artículo 1060 del Código de Comercio, sobre las circunstancias que agravaron el riesgo, como el retraso injustificado en los pagos, el pago incompleto del anticipo, y la negativa a proporcionar autorizaciones y suministros necesarios para la ejecución del contrato. La jurisprudencia establece que es obligación del asegurado mantener el estado del riesgo y comunicar cualquier modificación o circunstancia que lo altere; su incumplimiento da lugar a la terminación del contrato. Así, al no haberse realizado la notificación correspondiente, se configura una falta que conlleva la extinción del vínculo contractual y, por ende, la imposibilidad de reclamar indemnización alguna derivada de la póliza.

7. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN COMO CONSECUENCIA DE SALDOS ADEUDADOS AL CONTRATISTA

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto en las excepciones precedentes, es necesario señalar que, en el improbable y remoto evento de que el Despacho considere procedente la afectación a la póliza de seguro expedida por mi representada y, como consecuencia, ordene el reconocimiento de una indemnización, esta deberá ser reducida en proporción a los saldos adeudados por el

asegurado contratante al contratista. Así lo establece la cláusula octava de las condiciones generales del Contrato de Seguro instrumentado en la Póliza de Seguro de Cumplimiento, que estipula claramente que si el asegurado es deudor del contratista en el momento de verificarse el incumplimiento, la indemnización a cargo de Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa se disminuirá en el monto de dicha deuda. En este sentido, considerando que los contratantes adeudan a AMAVIA S.A.S. la suma de setenta y seis millones ochocientos setenta y dos mil sesenta y tres pesos (\$76.872.063), esta cantidad deberá ser compensada de la eventual indemnización que se determine.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta la cláusula octava establecida en las condiciones generales del Contrato de Seguro instrumentado en la Póliza de Seguro de Cumplimiento en favor de entidades particulares, se deberá dar aplicación a los valores adeudados, disminuyendo así el monto de la indemnización:

“CLÁUSULA OCTAVA. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. Si el asegurado al momento de verificarse el incumplimiento o en cualquier momento posterior a este, fuere deudor del contratista por cualquier concepto, la indemnización a cargo de Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa se disminuirá en el monto de dicha deuda, siempre y cuando la compensación no se oponga a las leyes vigentes. los montos así compensados se disminuirán del valor de la indemnización.”

En conclusión, si en el presente asunto llegare a producirse un saldo a favor del contratista, la Póliza de Cumplimiento, no podrá verse afectada, en tanto se debe aplicar lo estipulado en la cláusula octava del Condicionado General, la cual fue precisa en señalar que si al momento de verificarse el incumplimiento, el asegurado fuese deudor del contratista, la indemnización a cargo de Aseguradora Solidaria debe reducirse en el monto de dicha deuda. En este caso, los contratantes adeudan a AMAVIA S.A.S. la suma de Setenta y seis millones ochocientos setenta y

dos mil sesenta y tres pesos (\$76.872.063) dicha suma deberá ser compensada de la eventual indemnización a que hubiere lugar.

8. CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO QUE REVISTEN LOS CONTRATOS DE SEGUROS.

En el caso concreto se vulnera el carácter indemnizatorio del contrato de seguro, toda vez que se pretende afectar el contrato de seguro contenido en la póliza No. 360-45-994000008495, sin que se haya acreditado fidedignamente cuáles serían los costos en que incurriría el asegurado para terminar las obras. Lo anterior, por cuanto el extremo actor se limita a presentar un valor que es resultado de una estimación carente de fundamentos técnicos y contables, aparentemente único que respaldada en un informe rendido por la sociedad ARQUITECTURA & SOLUCIONES INTEGRADAS BN S.A.S. que no da cuenta de la metodología utilizada para realizar el informe de estado de ejecución de la obra. Así como tampoco aporta ningún tipo de soporte documental, fotográfico o videográfico que permita evidenciar que se realizó un trabajo de campo estructurado en el que se identificó que dicha suma era la suma efectivamente dejada de ejecutar por parte de la constructora. Por tanto, dicho informe no sirve de soporte para acreditar la cuantía de la pérdida por carecer de soportes para acreditar lo contenido en el documento.

Es un principio que rige el contrato de seguro de daños, el carácter indemnizatorio del mismo, esto es, que el contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo. De modo que la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065, dispuso:

“Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la tolerancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato.”²⁴

Se puede concluir entonces que el Contrato de Seguro tiene un carácter meramente indemnizatorio y por tal motivo, tiene como finalidad llevar a la víctima al estado anterior, más no enriquecerla. Es por ello que aterrizando al caso en cuestión no es de recibo indemnizar el incumplimiento tal y como fue pretendido por la parte Demandante, más aún, teniendo en cuenta que la suma supuestamente dejada de ejecutar no se encuentra acreditada. En tal sentido, el artículo 1088 del Código de Comercio estableció lo siguiente:

“Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, el carácter de los seguros de daños y en general de cualquier seguro es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el asegurado/beneficiario con el pago de la indemnización, es decir no puede nunca pensarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento. Conforme a ello, en caso de pagarse suma alguna que no esté debidamente

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065

acreditada por la parte accionante, se estaría contraviniendo el citado principio de mera indemnización del contrato de seguro. En efecto, se estaría supliendo la carga probatoria de la parte actora frente a los presupuestos de demostrar el incumplimiento imputable al contratista, así como su cuantía y eventualmente enriqueciendo a los accionantes.

No puede perderse de vista que el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento y que el mismo tiene a un carácter meramente indemnizatorio. Así las cosas, de efectuar cualquier pago por concepto de aparentes sumas no ejecutadas que no han sido debidamente probadas, implicaría un enriquecimiento para los Demandantes. Como quiera que el incumplimiento que se reclama en este caso fue tasado por la sociedad Arquitectura & Soluciones S.A.S., sin que se indicara cual fue la metodología utilizada para analizar la cuantía de la ejecución, así como tampoco se allega ningún soporte que acredite lo dicho en el informe presentado por la demandante. De modo que reconocer emolumento alguno por este concepto enriquecería a la parte Demandante puesto que vulneraría el carácter indemnizatorio que rige los contratos de seguro.

Por todo lo anterior y teniendo en cuenta que dentro del plenario no se demostró que la suma indicada por la Demandante sea la que efectivamente se dejó de ejecutar en el contrato de obra, su reconocimiento claramente vulneraría el principio indemnizatorio. Lo anterior, por cuanto es inviable reconocer una suma que no se encuentra probada dentro del proceso. Máxime, cuando dicho incumplimiento no es atribuible al contratista sino únicamente a las conductas de la contratante. En consecuencia, reconocer los perjuicios tal y como fueron solicitados, transgrediría el carácter meramente indemnizatorio que reviste a los contratos de seguro.

9. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO

En el remoto e improbable evento en que el Despacho considere que sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. en virtud de la Póliza

vinculada. Exclusivamente bajo esta hipótesis, el Juzgado deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. *El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.*

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

*“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, **el valor de la prestación a cargo de la aseguradora**, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, **se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado**, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus*

*significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización*²⁵ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda debido a la porción de riesgo asumido. Así las cosas, el límite de la responsabilidad de la Aseguradora corresponde a la suma asegurada individual indicado en la carátula de la Póliza, así:

DESCRIPCION	AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
CONTRATO	CUMPLIMIENTO	11/01/2018	11/09/2018	120,000,000.00

Documento: Póliza de Seguro No. 360 45 994000008495

Transcripción parte esencial: Suma asegurada 120.000.000,00

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al Honorable Despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis Aseguradora Solidaria de Colombia no puede ser condenada por un mayor valor que el expresamente establecido en la Póliza. En todo caso, dicha póliza contiene unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por el Juzgado en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

10. IMPROCEDENCIA TOTAL DEL COBRO DE INTERESES MORATORIOS.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

Se formula presente excepción teniendo en cuenta que es improcedente la causación de los intereses de mora en los términos del artículo 1080 del Código de Comercio. Lo anterior, teniendo en cuenta que en virtud del artículo 1080 del Código de Comercio, la compañía de seguros se obliga a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el Asegurado o Beneficiario acredite su derecho ante la aseguradora. Es decir, cuando cumpla con las cargas del artículo del 1077 del Código de Comercio, consistentes en acreditar la cuantía de la pérdida y la ocurrencia del siniestro.

Frente al momento en el que se empiezan a causarse los intereses moratorios, la Corte Suprema de Justicia ha establecido en distintas oportunidades que éstos empiezan a causarse a partir de la ejecutoria del fallo judicial que da certeza a la obligación. Específicamente, en la reciente sentencia del 26 de mayo de 2021, en la que se indicó textualmente:

“Respecto del momento a partir del cual procedía disponer el pago de intereses moratorios, conforme al análisis que se dejó consignado al estudiarse el cargo segundo del recurso extraordinario de casación, al que se hace remisión expresa, se colige el desacierto de la fecha fijada por el a quo con tal fin -6 de septiembre de 2010-, misma señalada por el Tribunal, la cual, por ende, deberá modificarse, para disponer que la eventual causación de los indicados réditos, será a partir de la ejecutoria del presente fallo²⁶

El momento determinante del cómputo de los intereses moratorios, es aquel cuando la reclamación se ha presentado en debida forma. Este asunto ha sido abordado también en la doctrina como del profesor Hernán Fabio López Blanco, en su libro Comentarios al Contrato de Seguro, página 345, en los siguientes términos:

“(…) La formulación de la reclamación que, a diferencia del aviso del siniestro, huérfano de toda prueba, requiere fundamento probatorio, marca el importante

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC1947-2021. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. 26 de mayo de 2021.

momento en el cual comienza a contarse para la aseguradora el plazo que le concede el num. 3º del art. 1053, en concordancia con el art. 1080 del C. de Co., para pagar las pérdidas ocasionadas por el siniestro u objetar fundadamente y luego de un mes de presentada, determina el momento a partir del cual incurre el asegurador en mora para derivar la sanciones de qué trata el art. 1080 del D. de Co., que adelante se estudian.

De ahí que soy preciso en señalar que sólo cuando la reclamación se ha presentado completa es cuando empieza a correr ese plazo, pues en múltiples casos se allegan apenas parcialmente las pruebas necesarias para acreditar la existencia del siniestro y su cuantía, o sólo se demuestra uno de esos aspectos, sin que empiece a correr el término para pagar u objetar, porque únicamente frente a una reclamación cabal es cuando se inician esos cálculos (...).”

En virtud de lo anterior, sólo podrá iniciar el cómputo de intereses moratorios desde el momento en que se haya acreditado el derecho a recibir la indemnización, es decir, en gracia de discusión cuando que en el transcurso del proceso se llegue eventualmente a cumplir con los presupuestos del artículo 1077 del Código de Comercio.

Lo anterior, se aduce en vista de que, el accionante no acreditó haber formulado una reclamación formal a mi mandante bajo los presupuestos del artículo 1077 ibídem, conforme ya se explicó en líneas precedentes en el pronunciamiento frente a los hechos, y en ese sentido, para eventualmente calcular el cobro de intereses, no puede tenerse en cuenta para la hipotética liquidación de intereses de mora, la fecha invocada por el asegurado. El punto de partida lo constituye la fecha de la ejecutoria del fallo. Así lo explicó la H. Corte:

*“(...) En el sublite, entonces, **la acreditación de la existencia del siniestro y la cuantía de la pérdida que exige el Art. 1080 del C. de Co. como detonante de***

la mora del asegurador, solo puede entenderse satisfecha en la fase de valoración de la prueba, no antes, pues solo en desarrollo de esa labor de juzgamiento resulta posible determinar lo que se tuvo por probado en el proceso.

Antes de ello es imposible, sobre todo si dicho demandado (la aseguradora llamada en garantía), o los dos, discuten la responsabilidad endilgada a aquél y/o el monto de los perjuicios solicitados, pues, se itera, únicamente hasta cuando el debate judicial quede zanjado por sentencia en favor de la víctima (...)²⁷ – (Subrayado y negrilla por fuera de texto)

Lo anterior, deja claro que la pretensión del Demandante en este caso no tiene vocación de prosperidad, puesto que los intereses moratorios podrían empezar a causarse solo hasta que el fallo judicial brinde certeza sobre la obligación. Toda vez que antes de proferirse el fallo, no existe certeza sobre la obligación de indemnizar. De manera que los intereses de mora únicamente podrán ser cobrados a partir de la ejecutoria del fallo judicial que de brinde certeza sobre la obligación que se discute en este proceso.

En conclusión, no procederá reconocimiento de intereses de mora en este caso como quiera que los mismos solo podrán empezar a contarse a partir del fallo que resuelva la controversia que nos convoca, pues así lo ha confirmado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamientos en los que se indica que la eventual causación de intereses será a partir de la ejecutoriedad del fallo. Por lo anterior, solicito a su honorable Despacho se sirva desestimar las pretensiones de la demanda relacionadas con el cobro de intereses moratorios, pues es claro que los mismos no se han causado.

11. GENÉRICA O INNOMINADA

²⁷ CORT SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia SC1947-2021. M.P. Dr. Álvaro Ferrando García Restrepo.

Solicito declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, ya sea frente a la demanda o ante el llamamiento en garantía, según lo preceptuado en el artículo 282 del Código General del proceso, el cual indica que, el juez deberá reconocer oficiosamente en la sentencia las excepciones que se prueben dentro del marco del proceso atendiendo a lo que se origine en la Ley o en el contrato que con el que se convocó a mi poderdante, incluida la de caducidad y la de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro contemplada en el artículo 1081 del C.Co.

CAPÍTULO VI
CONTESTACIÓN AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR LA
CONSTRUCTORA AMAVIA S.A.S.

I. FRENTE A LOS HECHOS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Frente al hecho 1. Es cierto en lo relacionado con la suscripción de la Póliza de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 994000008495, entre la Constructora AMAVIA S.A.S. y ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, a favor del asegurado y beneficiario de la Póliza quien es el señor Fabio Ardila Rocha. Con la finalidad de garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista derivadas del contrato de obra civil no cpc-amavia-2018-01 de fecha 11/01/2018 celebrado entre las partes.

No obstante, lo que deberá tener en cuenta el Despacho es que el amparo de cumplimiento es claro en establecer que la Aseguradora cubre los perjuicios directos derivados del incumplimiento **imputable al contratista**. Quedando claro que para poder tener derecho a una indemnización con cargo a la póliza de seguro expedida por mi representada es indispensable que por parte del contratante se haya dado cabal, íntegro y oportuno cumplimiento de sus obligaciones contractuales. De tal suerte que por su conducta no se hubiere inducido al contratista al incumplimiento. Situación que no se presenta en este caso, toda vez que como se expuso a profundidad en el curso de esta

contestación, la ejecución del Contrato de Obra se detuvo por causas únicamente atribuibles al contratante, quien no cumplió con sus obligaciones contractuales respecto del suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus funciones. Además de encontrarse pagos realizados de manera tardía con lapsos de hasta 10 meses de duración e incluso adeudando a la fecha \$76.872.063 a favor del contratista. Razón por la cual la mencionada póliza no podrá ser afectada en este proceso.

Frente al hecho 2. Es cierto que la sociedad CONSTRUCTORA AMAVIA S.A.S. tomo en calidad de afianzado la Póliza de Cumplimiento a favor de Entidades Particulares No. 360 45994000008495, Así como también es cierto que el amparo de cumplimiento tuvo vigencia desde el 11 de enero de 2018 hasta el 14 de enero de 2020.

Sin perjuicio de lo anterior, frente a este hecho lo que debe tenerse en cuenta es que en el improbable evento en el que mi representada fuera condenada a pagar indemnización alguna dentro de este proceso, previamente se tendría que comprobar o establecer que se cumplió la condición de la que pendía la obligación de indemnizar, es decir si se produjo el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad Constructora AMAVIA S.A.S. que ciertamente corresponda a la cobertura que se otorgó y que además no emerja causal alguna legal o contractual de exoneración. En ese hipotético evento en que resultara probado un incumplimiento imputable al Contratista, Constructora AMAVIA S.A.S. como sociedad afianzada en la póliza referida, está obligada a pagar directamente a Fabio Ardila Rocha, o en subsidio a mi procurada, el valor total de la indemnización que a la Aseguradora eventualmente se le imponga. Pues es claro que el afianzado tiene el deber jurídico de reembolsar o pagar directamente el valor íntegro de la indemnización que se le vaya a cobrar a la aseguradora, conforme al derecho de subrogación que puede ejercer ésta en contra del afianzado incumplido.

Frente al hecho 3. Es cierto que en la Póliza de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 360-45-994000008495, funge como asegurado y beneficiario el señor Fabio Ardila Rocha. Así como también es cierto que el objeto de la póliza es garantizar el pago de los perjuicios

derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista derivadas del contrato de obra civil no cpc-amavia-2018-01 de fecha 11/01/2018 celebrado entre las partes.

Sin embargo, también es cierto que el amparo de cumplimiento contenido en la mencionada póliza es claro en establecer que la Aseguradora cubre los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable al contratista. Quedando claro para poder tener derecho a una indemnización con cargo a la póliza de seguro es indispensable que por parte del contratante se haya dado cabal, íntegro y oportuno cumplimiento de sus obligaciones contractuales. De tal suerte que por su conducta no se hubiere inducido al contratista al incumplimiento. Situación que no se presenta en este caso, toda vez que como se expondrá a profundidad más adelante, la ejecución del Contrato de Obra se detuvo por causas únicamente atribuibles al contratante, quien no cumplió con sus obligaciones contractuales respecto del suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus funciones. Además de encontrarse pagos realizados de manera tardía con lapsos de hasta 10 meses de duración e incluso adeudando a la fecha \$76.872.063 a favor del contratista. Razón por la cual la mencionada póliza no podrá ser afectada en este proceso.

Por otro lado, resulta necesario aclarar que en el hipotético e improbable evento en que resultara probado un incumplimiento imputable al contratista, Constructora AMAVIA S.A.S. como sociedad afianzada en la póliza referida, está obligada a pagar directamente a Fabio Ardila Rocha, o en subsidio a mi procurada, el valor total de la indemnización que a la Aseguradora eventualmente se le imponga. Pues es claro que el afianzado tiene el deber jurídico de reembolsar o pagar directamente el valor íntegro de la indemnización que se le vaya a cobrar a la aseguradora, conforme al derecho de subrogación que puede ejercer ésta en contra del afianzado incumplido. En otras palabras, si como consecuencia del incumplimiento por parte AMAVIA S.A.S. de las obligaciones derivadas del Contrato de Obra COC-AMAVIA-2018-01 se profiere una eventual sentencia condenatoria en contra de mi representada en calidad de garante del contrato mencionado, es evidente que le corresponderá a la Constructora AMAVIA S.A.S., como sociedad afianzada, responder y reembolsar a la aseguradora todo lo indemnizado por ella, o en su defecto,

pagar directamente las sumas que se declaren a favor de los señores Fabio Ardila Rocha y Sandra Pulido.

Frente al hecho 4. Es cierto que mediante la Póliza de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 360-45-994000008495 se amparó al señor Fabio Ardila Rocha frente a los eventuales perjuicios que pudieran derivarse del incumplimiento imputable a la Constructora AMAVIA S.A.S. de las obligaciones contenidas en el Contrato de Obra No. COCAMAVIA-2018-01. No obstante, también es cierto que el amparo de cumplimiento contenido en la mencionada póliza es claro en establecer que la Aseguradora cubre los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable al contratista. Quedando claro que para poder tener derecho a una indemnización con cargo a la póliza de seguro es indispensable que por parte del contratante se haya dado cabal, íntegro y oportuno cumplimiento de sus obligaciones contractuales. De tal suerte que por su conducta no se hubiere inducido al contratista al incumplimiento. Situación que no se presenta en este caso, toda vez que como se expondrá a profundidad más adelante, la ejecución del Contrato de Obra se detuvo por causas únicamente atribuibles al contratante, quien no cumplió con sus obligaciones contractuales respecto del suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus funciones. Además de encontrarse pagos realizados de manera tardía con lapsos de hasta 10 meses de duración e incluso adeudando a la fecha \$76.872.063 a favor del contratista. Razón por la cual la mencionada póliza no podrá ser afectada en este proceso.

Por otro lado, resulta necesario aclarar que en el hipotético e improbable evento en que resultara probado el incumplimiento imputable al contratista, Constructora AMAVIA S.A.S. como sociedad afianzada en la póliza referida, está obligada a pagar directamente a Fabio Ardila Rocha, o en subsidio a mi procurada, el valor total de la indemnización que a la Aseguradora eventualmente se le imponga. Pues es claro que el afianzado tiene el deber jurídico de reembolsar o pagar directamente el valor íntegro de la indemnización que se le vaya a cobrar a la aseguradora, conforme al derecho de subrogación que puede ejercer ésta en contra del afianzado incumplido.

Dicho de otro modo, si como consecuencia del incumplimiento por parte AMAVIA S.A.S. de las obligaciones derivadas del Contrato de Obra COC-AMAVIA-2018-01 se profiere una eventual sentencia condenatoria en contra de mi representada en calidad de garante del contrato mencionado, es evidente que le corresponderá a la Constructora AMAVIA S.A.S., como sociedad afianzada, responder y reembolsar a la aseguradora todo lo indemnizado por ella, o en su defecto, pagar directamente las sumas que se declaren a favor de los señores Fabio Ardila Rocha y Sandra Pulido.

Frente al hecho 5. No es cierto. Si bien no está en discusión que el señor Fabio Ardila Rocha presentó demanda declarativa en la que pretende el reconocimiento y pago de perjuicios, y que dicho proceso es conocido y adelantado por el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá. Lo que debe tenerse en cuenta es que no es cierto que Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. esté llamada a responder por las sumas a las que eventualmente pudiera ser condenada la Constructora Amavia S.A.S. por varias razones:

Primero, por cuanto en este caso no se encuentra probada la realización del riesgo asegurado, pues mediante la Póliza de Cumplimiento No. 360 45 994000008495 la Aseguradora cubre los perjuicios directos que se deriven del incumplimiento imputable al contratista. Sin embargo, en este caso encontramos que el aparente incumplimiento contractual no es atribuible al contratista, pues la inejecución del 7.03% del contrato obedece única y exclusivamente a las conductas del contratante quien no cumplió con sus obligaciones contractuales relativas al suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo normal de sus actividades. Además de encontrarse pagos realizados de manera tardía con lapsos de hasta 10 meses de duración e incluso adeudando a la fecha \$76.872.063 a favor del contratista. Razón por la cual la mencionada póliza no podrá ser afectada en este proceso.

Aunado a ello, Aseguradora Solidaria de Colombia tampoco estará llamada a responder con cargo a la Póliza No. 360-45-994000008495, como quiera que en este caso se configuran tres exclusiones

de cobertura establecidas en la Póliza, a saber: **(i)** La póliza de seguro no ampara los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas cuando exista una causal de exoneración de responsabilidad del contratista, como en este caso, la excepción de contrato no cumplido. **(ii)** La póliza de seguro no ampara las cláusulas penales, multas y cualquier sanción pecuniaria impuesta al contratista, según la exclusión No. 2.2. del acápite de exclusiones. **(iii)** La póliza de seguro no ampara el lucro cesante de la entidad contratante, ni ningún otro perjuicio indirecto sufrido por la contratante como consecuencia del incumplimiento, según lo establecido en la exclusión No. 2.8 de las condiciones de la póliza.

Ahora bien, tampoco debe perderse de vista que en este caso operó la terminación automática del contrato de seguro en los términos del artículo 1060 del Código de Comercio, que señala expresamente que cuando se presenten circunstancias que alteren el estado del riesgo, se debe notificar oportunamente al asegurador, so pena de que su omisión en la notificación produzca la terminación del contrato de seguro. En este caso particular, se presentaron circunstancias que ciertamente alteraron el estado del riesgo en la ejecución del contrato asegurado como lo fueron: el retraso injustificado en el pago por parte de los Contratantes; el pago incompleto de anticipo en el contrato inicial; la negación de autorizaciones por parte del contratante; la negación del suministro de cableado por parte del contratante, entre otras. Sin que dichas circunstancias fueran comunicadas a la Aseguradora, causando la terminación automática del contrato de seguro a la luz del Artículo 1060 del Código de Comercio.

Por otro lado, y sin perjuicio de lo anterior, resulta necesario aclarar que en el hipotético e improbable evento en que resultara probado el incumplimiento imputable al contratista, la Constructora AMAVIA S.A.S. como sociedad afianzada en la póliza referida, está obligada a pagar a mi procurada, el valor total de la indemnización que a la Aseguradora eventualmente se le imponga. Pues es claro que el afianzado tiene el deber jurídico de reembolsar o pagar directamente el valor íntegro de la indemnización que se le vaya a cobrar a la aseguradora, conforme al derecho de subrogación que puede ejercer ésta en contra del afianzado incumplido. Dicho de otro modo, si como consecuencia del incumplimiento por parte AMAVIA S.A.S. de las obligaciones derivadas del

Contrato de Obra COC-AMAVIA-2018-01 se profiere una eventual sentencia condenatoria en contra de mi representada en calidad de garante del contrato mencionado, es evidente que le corresponderá a la Constructora AMAVIA S.AS., como sociedad afianzada, responder y reembolsar a la aseguradora todo lo indemnizado por ella, o en su defecto, pagar directamente las sumas que se declaren a favor de los señores Fabio Ardila Rocha y Sandra Pulido.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. no está llamada a responder en virtud del presente llamamiento en garantía, como quiera que el mismo es totalmente improcedente, dado que la CONSTRUCTORA AMAVIA no está legitimada en causa para llamar en garantía a mi representada. Ello por cuanto en los términos del Artículo 64 del Código General del Proceso, el llamamiento en garantía se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual que vincula a llamante y llamado, para que el primero llame al segundo para que haga parte del proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como producto de la sentencia. No obstante, en este caso la CONSTRUCTORA AMAVIA no tiene un derecho legal o contractual que la habilite para formular el llamamiento, pues tal como se definió en la carátula de la póliza el único facultado para exigirle la indemnización del perjuicio es el beneficiario de la misma, quien es el señor Fabio Ardila Rocha y no la constructora AMAVIA. En ese sentido, emerge claro que el llamamiento en garantía es totalmente improcedente al haberse efectuado por el afianzado, quien no tiene derecho legal ni contractual de deprecar prestación alguna con base en el contrario de seguro, y mucho menos, pretender eximirse de su eventual obligación de indemnizar perjuicios a la parte contratante en virtud de ese llamamiento.

II. FRENTE A LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

ME OPONGO a la totalidad de las pretensiones incoadas en el llamamiento en garantía, por cuanto no se vislumbran los elementos *sine qua non* para predicar, como exigible, la obligación indemnizatoria y, sobre todo, condicional, de parte de ASEGURADORA SOLIDARIA DE

COLOMBIA en el caso concreto. Lo anterior, por cuanto no se ha realizado el riesgo asegurado en la póliza; se configuraron tres exclusiones de cobertura pactadas en las condiciones de la póliza y adicionalmente, no es procedente el llamamiento en garantía efectuado por la sociedad AMAVIA S.A.S dado que la misma no se encuentra legitimada en causa para llamar en garantía a mi representada, pues su calidad es de afianzada y no de beneficiaria o asegurada.

Oposición frente a la pretensión 1: En efecto, **ME OPONGO** a la prosperidad de la primera pretensión del llamamiento en garantía por varias razones.

En primer lugar, si bien es cierto que ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA celebró con Constructora AMAVIA S.A.S. el contrato de seguro instrumentado en la Póliza de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 994000008495, a favor del asegurado y beneficiario de la Póliza quien es el señor Fabio Ardila Rocha. Con la finalidad de garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista derivadas del contrato de obra civil no cpc-amavia-2018-01 de fecha 11/01/2018 celebrado entre las partes. De todas maneras, dicha póliza no puede verse afectada en este caso particular por cuanto (i) No se ha realizado el riesgo asegurado en la Póliza y (ii) En este caso se presenta una patente falta de cobertura material por tratarse de riesgos expresamente excluidos de cobertura.

No se ha realizado el riesgo asegurado en la Póliza de Cumplimiento: En este caso no se encuentra probada la realización del riesgo asegurado, pues mediante la Póliza de Cumplimiento No. 360 45 994000008495 la Aseguradora cubre los perjuicios directos que se deriven del incumplimiento imputable al contratista. Sin embargo, en este caso encontramos que el aparente incumplimiento contractual no es atribuible al contratista, pues la inejecución del 7.03% del contrato obedece única y exclusivamente a las conductas del contratante quien no cumplió con sus obligaciones contractuales relativas al suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo normal de sus actividades. Además de encontrarse pagos realizados de manera

tardía con lapsos de hasta 10 meses de duración e incluso adeudando a la fecha \$76.872.063 a favor del contratista.

Falta de cobertura material de la póliza por tratarse de riesgos expresamente excluidos de

cobertura: Aseguradora Solidaria de Colombia tampoco estará llamada a responder con cargo a la Póliza No. 360-45-994000008495, como quiera que en este caso se encuentra patente la falta de cobertura material de la mencionada póliza, por cuanto se configuran tres exclusiones de cobertura establecidas en la Póliza, a saber: **(i)** La póliza de seguro no ampara los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas cuando exista una causal de exoneración de responsabilidad del contratista, como en este caso, la excepción de contrato no cumplido. **(ii)** La póliza de seguro no ampara las cláusulas penales, multas y cualquier sanción pecuniaria impuesta al contratista, según la exclusión No. 2.2. del acápite de exclusiones. **(iii)** La póliza de seguro no ampara el lucro cesante de la entidad contratante, ni ningún otro perjuicio indirecto sufrido por la contratante como consecuencia del incumplimiento, según lo establecido en la exclusión No. 2.8 de las condiciones de la póliza.

Falta de legitimación en la causa de CONSTRUCTORA AMAVIA S.A.S. para llamar en garantía

a mi representada: Aunado a todo lo expuesto, debe tenerse en cuenta que en este caso se encuentra patente la carencia de legitimación en la causa de la CONSTRUCTORA AMAVIA S.A.S. para llamar en garantía a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, por cuanto a la primera no le asiste ningún derecho a deprecar la afectación del seguro dado que ésta no es la beneficiaria, ni la asegurada del mismo. Es decir, la Constructora AMAVIA S.A.S. tiene la calidad de afianzada en la Póliza de seguro que expidió mi representada, lo que de contera implica que la misma no se encuentra legitimada para exigir obligaciones a mi representada a través de la figura del llamamiento en garantía, pues no puede pretender que con la afectación del contrato de seguro quede relevada de indemnizar los perjuicios que eventualmente llegaren a demostrarse en el proceso, pues es claro que en el eventual caso en que se llegue a afectar la póliza de seguro, ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., tiene la facultad de subrogarse en el monto indemnizado y cobrar

lo pagado en virtud del artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el artículo 1096 del Código de Comercio.

Oposición frente a la pretensión 2: En efecto, **ME OPONGO** a la prosperidad de la segunda pretensión del llamamiento en garantía por varias razones.

ME OPONGO a que se condene a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA al pago de indemnización alguna con cargo a la póliza No. 360-45-994000008495 por cuanto en este caso no se ha realizado el riesgo asegurado, pues mediante la Póliza de Cumplimiento No. 360 45 994000008495 la Aseguradora cubre los perjuicios directos que se deriven del incumplimiento imputable al contratista. Sin embargo, en este caso encontramos que el aparente incumplimiento contractual no es atribuible al contratista, pues la inejecución del 7.03% del contrato obedece única y exclusivamente a las conductas del contratante quien no cumplió con sus obligaciones contractuales relativas al suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo normal de sus actividades. Además de encontrarse pagos realizados de manera tardía con lapsos de hasta 10 meses de duración e incluso adeudando a la fecha \$76.872.063 a favor del contratista.

En segundo lugar, debe aclararse Aseguradora Solidaria de Colombia tampoco estará llamada a responder con cargo a la Póliza No. 360-45-994000008495, como quiera que en este caso se encuentra patente la falta de cobertura material de la mencionada póliza, por cuanto se configuran tres exclusiones de cobertura establecidas en la Póliza, a saber: **(i)** La póliza de seguro no ampara los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas cuando exista una causal de exoneración de responsabilidad del contratista, como en este caso, la excepción de contrato no cumplido. **(ii)** La póliza de seguro no ampara las cláusulas penales, multas y cualquier sanción pecuniaria impuesta al contratista, según la exclusión No. 2.2. del acápite de exclusiones. **(iii)** La póliza de seguro no ampara el lucro cesante de la entidad contratante, ni ningún otro perjuicio

indirecto sufrido por la contratante como consecuencia del incumplimiento, según lo establecido en la exclusión No. 2.8 de las condiciones de la póliza.

Y finalmente, no deberá perderse de vista que mi representada tampoco podrá ser llamada a responder en este caso, como quiera que resulta claro que operó la terminación automática del contrato de seguro en los términos del artículo 1060 del Código de Comercio, que señala expresamente que cuando se presenten circunstancias que alteren el estado del riesgo, se debe notificar oportunamente al asegurador, so pena de que su omisión en la notificación produzca la terminación del contrato de seguro. En este caso particular, se presentaron circunstancias que ciertamente alteraron el estado del riesgo en la ejecución del contrato asegurado como lo fueron: el retraso injustificado en el pago por parte de los Contratantes; el pago incompleto de anticipo en el contrato inicial; la negación de autorizaciones por parte del contratante; la negación del suministro de cableado por parte del contratante, entre otras. Sin que dichas circunstancias fueran comunicadas a la Aseguradora, causando la terminación automática del contrato de seguro a la luz del Artículo 1060 del Código de Comercio.

Por otro lado y sin perjuicio de lo anterior, resulta necesario aclarar que en el hipotético e improbable evento en que esta pretensión prospere pese a las alegaciones expuestas en esta contestación y en ese evento, mi representada fuese llamada a responder por el eventual incumplimiento, Constructora AMAVIA S.A.S. como sociedad afianzada en la póliza referida, está obligada a pagar a mi procurada, el valor total de la indemnización que a la Aseguradora eventualmente se le imponga. Pues es claro que el afianzado tiene el deber jurídico de reembolsar o pagar directamente el valor íntegro de la indemnización que se le vaya a cobrar a la aseguradora, conforme al derecho de subrogación que puede ejercer ésta en contra del afianzado incumplido. Dicho de otro modo, si como consecuencia del incumplimiento por parte AMAVIA S.A.S. de las obligaciones derivadas del Contrato de Obra COC-AMAVIA-2018-01 se profiere una eventual sentencia condenatoria en contra de mi representada en calidad de garante del contrato mencionado, es evidente que le corresponderá a la Constructora AMAVIA S.A.S., como sociedad afianzada, responder y reembolsar

a la aseguradora todo lo indemnizado por ella, o en su defecto, pagar directamente las sumas que se declaren a favor de los señores Fabio Ardila Rocha y Sandra Pulido.

Oposición frente a la pretensión 3: ME OPONGO a la condena en costas y agencias en derecho, por sustracción de materia, en tanto que resulta consecencial a las anteriores pretensiones, y al ser improcedente, esta también debe ser desestimada frente a mi representada.

III. EXCEPCIONES DE FONDO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE LA CONSTRUCTORA AMAVIA S.A.S. PARA LLAMAR EN GARANTÍA A ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA

La falta de legitimación de AMAVIA S.A.S. para presentar una demanda a través del llamamiento en garantía contra mi representada se deriva de varias circunstancias clave. En primer lugar, AMAVIA S.A.S. no tiene la calidad de beneficiaria en el contrato de seguro, ya que esa condición recae exclusivamente en el señor Fabio Ardila Rocha. Dado que el beneficiario es el único facultado para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la póliza, AMAVIA S.A.S., en su calidad de afianzada, no puede pretender equipararse al asegurado para reclamar prestaciones a la aseguradora. En segundo lugar, el llamamiento en garantía, conforme al artículo 64 del Código General del Proceso, solo puede ejercerse por quien tenga un derecho legal o contractual para exigir una indemnización, lo cual no aplica a AMAVIA S.A.S., ya que no existe una relación jurídica que le permita reclamar indemnización alguna en virtud de la póliza. Por último, es importante recalcar que la constitución de una póliza en garantía de cumplimiento no exime al afianzado de su obligación contractual, ni de la eventual responsabilidad de indemnizar, lo cual significa que AMAVIA S.A.S. sigue siendo responsable por los posibles perjuicios derivados de su actuación contractual, independientemente de la existencia de una póliza.

No obstante, antes de esbozar dichos argumentos resulta necesario aclarar que la legitimación en la causa es el primer presupuesto que se debe revisar antes de realizar cualquier estudio sobre un caso concreto. En un sentido material, la legitimación en la causa implica la relación verdadera que tiene la parte convocada con los hechos que dieron lugar al litigio. Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que:

“(…) la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra (…)”²⁸.
(subrayado y negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, la legitimación en la causa puede ser activa o pasiva, y ambas son un presupuesto procesal para que se dicte una sentencia de fondo favorable a las pretensiones. En palabras del Consejo de Estado:

“Pues bien, la legitimación en la causa, corresponde a la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por cuanto

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección A, sentencia del veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010), Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado: 05001-23-31-000-2000-02571-01(1275-08).

es sujeto de la relación jurídica sustancial. En otros términos, **consiste en la posibilidad que tiene la parte demandante de reclamar el derecho invocado en la demanda -legitimación por activa- y de hacerlo frente a quien fue demandado -legitimación por pasiva-**, por haber sido parte de la relación material que dio lugar al litigio. **Corresponde a un presupuesto procesal de la sentencia de fondo favorable a las pretensiones**, toda vez que constituye una excepción de fondo, entendida ésta como un hecho nuevo alegado por la parte demandada para enervar la pretensión, puesto que tiende a destruir, total o parcialmente, el derecho alegado por el demandante (...)”²⁹ (subrayado y negrilla fuera del texto original)

En otra oportunidad, esa corporación afirmó que:

“(…) la legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado (...)”³⁰.

Es más, en el mismo sentido que el Consejo de Estado, la Corte Constitucional definió la falta de legitimación en la causa como una cualidad subjetiva de las partes, derivada de la relación de las mismas con el interés sustancial que se discute en el proceso. Al respecto, el tenor literal de la sentencia expuso:

“2.1. La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. **En resumen, la legitimación en**

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2001. Expediente No.13.356. M.P. María Elena Giraldo Gómez.

³⁰ Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 20 de septiembre 2001 C.P María Elena Giraldo, Rad: 10973

la causa es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.” (subrayado y negrilla fuera del texto original)³¹

Con todo lo anterior, se puede concluir que, si no existe una relación entre quien llama en garantía y quien es llamado, que le permita al llamante exigir obligación alguna al llamado, no tiene entonces ninguna legitimación para deprecar una solicitud indemnizatoria. Bajo ese presupuesto, se debe reiterar que el contrato de seguro vinculado al presente proceso corresponde a una garantía que respalda las obligaciones de la entidad que se postuló en la Póliza de Seguro como el contratista afianzado en el eventual caso que su incumplimiento generara perjuicios a la parte contratante que se erige como asegurado y beneficiario del seguro. Lo que de contera significa, que a pesar de la existencia de una garantía de las obligaciones derivadas del contrato amparado, el contratista / afianzado no se releva de cumplir con las prestaciones del contrato, y mucho menos, se releva de la obligación de indemnizar. Circunstancia que desde este momento debe advertirse, pues es claro que la constitución de una póliza en garantía de cumplimiento, no exime al afianzado de su obligación contractual, ni tampoco de su obligación de indemnizar. Tan cierto es lo indicado, que incluso el Decreto 1082 de 2015 que regula la forma de constitución de las garantías, permite inferir que el requerimiento inicial para el resarcimiento de los perjuicios se dirige en contra del directo obligado y en caso de no ser posible el resarcimiento de los perjuicios por parte de este, subsidiariamente se dirige la pretensión a la Compañía de seguros, sin que ello implique en alguna medida afectar el derecho de subrogación que en todo caso le asiste a la Aseguradora.

Aunado a lo anterior, es evidente la falta de legitimación en la causa de la constructora AMAVIA S.A.S. por el simple hecho de que dicha constructora no tiene la calidad de beneficiaria en el contrato de seguro, pues tal calidad radica de forma exclusiva en el señor Fabio Ardila. Por tanto,

31 Corte Constitucional, Sentencia T 1001 de 2006. Mp. Jaime Araujo Renteria.

no puede la sociedad AMAVIA pretender equiparar la calidad de beneficiario, como sujeto habilitado para exigir el cumplimiento de las obligaciones, a la calidad de afianzado que tiene en la póliza, pues esta última únicamente implica que la Aseguradora afianza el cumplimiento de las obligaciones sin que ello afecte el derecho de subrogación que le asiste. Esta falta de legitimación de la sociedad afianzada para llamar en garantía a mi representada, se entiende en mejor medida a la luz del Artículo 64 del Código General del Proceso, que dispone en su tenor literal:

*“ARTÍCULO 64. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. **Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir** o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

El precitado artículo permite entender que el llamamiento en garantía se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante y llamado y permite al primero traer a este último como interviniente para que haga parte del proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como producto de la sentencia. Dicho de otro modo, la norma en cita es clara en determinar el sujeto que se encuentra habilitado para ejercer el llamamiento en garantía, que no es otro, sino quien ostente un derecho legal o contractual de exigir a otro la indemnización por perjuicios que resulte de la sentencia. Lo que desde ya permite concluir que el llamamiento en garantía formulado por AMAVIA S.A.S a mi representada ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA es totalmente improcedente, pues no puede la sociedad afianzada exigir indemnización alguna a la Compañía Aseguradora, en tanto que no tiene la calidad de beneficiario o asegurado en la póliza, como se observa:

DATOS DEL ASEGURADO Y BENEFICIARIO			
ASEGURADO:	FABIO ARDILA ROCHA	IDENTIFICACIÓN:	CC 17.122.898
BENEFICIARIO:	FABIO ARDILA ROCHA	IDENTIFICACIÓN:	CC 17.122.898

Como se observa, la calidad de beneficiario y asegurado en la Póliza de seguro recae única y exclusivamente en el señor Fabio Ardila Rocha, quien en virtud de su calidad es el único habilitado para deprecar obligación alguna a mi representada. De modo que, emerge claro que el llamamiento en garantía es totalmente improcedente al haberse efectuado por el afianzado, quien no tiene derecho legal ni contractual de deprecar prestación alguna con base en el contrato de seguros. Y mucho menos pretender eximirse en virtud de dicha figura, de su eventual obligación de indemnizar perjuicios a la Demandante.

En conclusión no puede pretender la constructora AMAVIA S.A.S. quedar relevada de indemnizar los perjuicios que eventualmente lleguen a demostrarse en el proceso, llamando en garantía a mi procurada en virtud del contrato de seguro, pues claramente ésta no tiene la calidad de asegurado y/o beneficiario en el contrato de seguro, por lo que no puede exigirle a la Compañía Aseguradora con base en un llamamiento en garantía, una obligación indemnizatoria dado que ésta únicamente tiene la calidad de afianzada en la póliza. Máxime cuando en el eventual caso en que se llegare a afectar el contrato de seguro, ello no exime a la afianzada de su obligación de indemnizar, pues es bien sabido que en virtud del Artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Artículo 1096 del Código de comercio, la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. tiene la facultad de subrogarse en el monto indemnizado y cobrar lo pagado al perjudicado.

Por lo anterior, solicito respetuosamente a su Despacho declarar probada la presente excepción.

2. EN ESTE CASO NO SE HA REALIZADO EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE ENTIDADES PARTICULARES

Sin perjuicio de las excepciones de la contestación de la demanda, se formula esta de conformidad con lo estipulado en las condiciones específicas la Póliza de Cumplimiento No. 360 45 994000008495. Toda vez que de la mera lectura podemos concluir que el riesgo asegurado no se realizó. Mediante la póliza en virtud de la cual se vinculó a mi procurada al presente litigio, la Aseguradora cubre los perjuicios directos que se deriven del incumplimiento imputable al contratista. Sin embargo, en este caso encontramos que el aparente incumplimiento contractual no es atribuible al contratista, pues la inexecución del 7.03% del contrato obedece única y exclusivamente a las conductas del contratante quien no cumplió con sus obligaciones contractuales relativas al suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo normal de sus actividades. Lo que incidió de manera consecencial en la aparente inexecución del 7.03% del contrato.

Así lo ha manifestado el contratista en todas las misivas dirigidas a los señores Fabio Ardila Rocha y Sandra Pulido, en las que ha sido claro en indicar que la ejecución de la obra tuvo que detenerse como quiera que los mencionados no suministraron la información relacionada con la Autorización para la conexión al punto CD87778 del predio Lote 140 y la entrega de carta de “Solicitud permiso para la conexión al punto CD87778 – Lote 140 - Celta Trade Park”. Así como tampoco se suministró la Carta emitida por el Parque Industrial Celta en donde se indique la compra proyectada de la RMU. Información que resultaba completamente necesaria para el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista.

Así mismo, en diferentes informes del estado de ejecución del contrato, se observa que el contratante incumplió sus obligaciones contractuales respecto de los pagos oportunos al contratista, dado que a la fecha se encuentra aún adeudando \$76.872.063 a favor del contratista. Quedando claro entonces que el contratante no ha dado cabal, íntegro y oportuno cumplimiento a sus obligaciones contractuales, generando perjuicios a la ejecución de la obra y al contratista. Por lo

anterior, es claro que no se ha realizado el riesgo asegurado en la póliza de seguro, en tanto que el incumplimiento en este caso no es imputable al contratista CONSTRUCTORA AMAVIA S.A.S.

En virtud de lo anterior, la Aseguradora deberá ser absuelta de cualquier responsabilidad indemnizatoria. Pues al tenor del amparo contratado, se estipuló que mi representada cubre los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable al contratista. Sin embargo, las pruebas del proceso demuestran que en insistentes oportunidades los contratistas dirigieron solicitudes al contratante a efectos de que se sirviera dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales y suministrara la información requerida. Así como también, para que realizara los pagos que adeudaba. Así las cosas, se torna imposible acceder a reconocimientos económicos que deba asumir la aseguradora, pues el riesgo amparado no se configuró. El riesgo fue descrito dentro de las condiciones del contrato de seguros, de la siguiente manera:

“1.4. Amparo de cumplimiento del contrato

*EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CUBRE A LAS ENTIDADES CONTRATANTES POR LOS PERJUICIOS DIRECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO **IMPUTABLE AL CONTRATISTA** TOMADOR DEL SEGURO DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO CUYA EJECUCIÓN SE AMPARA.”*

Dicho lo anterior, es claro que en el presente caso no se ha realizado el riesgo asegurado, toda vez que nos encontramos ante una situación en la que no existe incumplimiento atribuible al contratista, sino que se trata de inejecución de obligaciones imputable únicamente al incumplimiento de las obligaciones contractuales de la parte contratante. Por tanto, no se realizó el riesgo asegurado en la póliza.

En conclusión, para el caso en estudio debe señalarse en primera medida, que en este caso no se ha realizado el riesgo asegurado en la póliza, pues el incumplimiento que reclama no es imputable al contratista. Al contrario, se observa que la inejecución del 7.03% de la obra obedece únicamente al incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de la Contratante, respecto del suministro de toda la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus funciones. Además de encontrarse pagos realizados de manera tardía con lapsos de hasta 10 meses de duración e incluso adeudando a la fecha \$76.872.063 a favor del contratista. De esa forma, al no encontrarse realizado el riesgo asegurado es claro que no ha nacido la obligación condicional del Asegurador.

Por las razones expuestas, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

3. IMPROCEDENCIA DE AFECTACIÓN DEL AMPARO DEL BUEN MANEJO DEL ANTICIPO.

Sin perjuicio de que en este caso no se solicite la afectación del amparo de anticipo, vale la pena aclarar que en cualquier caso es improcedente la afectación de este amparo, como quiera que en este caso se encuentra probado que la obra está ejecutada en al menos un 92.97% y así lo ha reconocido el contratista. De modo que, es perfectamente lógico concluir que los anticipos pagados con ocasión al Contrato de obra inicial y a los siguientes dos Otrosí que se adicionaron al contrato, se utilizó en debida forma. Toda vez que el porcentaje de anticipo pactado en los tres documentos fue del 30% del valor del contrato y en este caso se encuentra probada una ejecución del 92.97% del valor del contrato.

Frente al amparo de anticipo, la jurisprudencia ha establecido que el anticipo es un mecanismo de financiación para que se ejecute la parte inicial de la obra, que se entregan al contratista para que éste sufrague determinados costos y gastos imprescindibles para la ejecución del cargo y que dicho pago inicial, hace surgir en el contratante una expectativa primaria de ejecución:

“3.2. Precisado lo anterior, debe señalarse que si bien el anticipo carece de definición legal, ha sido concebido por la jurisprudencia y la doctrina patrias como un mecanismo de financiación, propio de los contratos en los que la remuneración está supeditada a la entrega –total o parcial– de la obra, en virtud del cual el contratante entrega al contratista dinero u otros bienes, con el compromiso de que este último los utilice para sufragar determinados costos y gastos imprescindibles para la ejecución del encargo.

Por vía de ejemplo, el dinero dado en anticipo puede proveer la liquidez inicial que requiere el contratista para costear la compra de insumos y equipos, el pago de honorarios del personal, el levantamiento de campamentos de obra y, en general, cualquier otra erogación preestablecida convencionalmente, orientada a viabilizar el inicio de las construcciones.

Con base en ello, y sin perder de vista lo que al respecto estipulen las partes, el contratista podrá exigir el pago que corresponda al avance –total o parcial– del objeto negocial, previa compensación con el importe recibido a título de anticipo; en consecuencia, la amortización de dicho anticipo, entendida como su retorno al patrimonio del contratante, estará directamente vinculada con la progresión de la ejecución de la obra.

3.3. En el escenario expuesto, la entrega del adelanto hace surgir para el contratante una expectativa primaria, consistente en que esos recursos se empleen para cubrir las expensas de la obra, en los términos señalados en el contrato; y si ello ocurre, aflorará para aquel una expectativa secundaria: la de recomponer su acervo patrimonial, mediante la efectiva amortización del anticipo.”³²

³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 2015-00826 Sentencia SC3893-2020 M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

De manera que, si dichos recursos se emplean para cubrir las expensas de la obra en los términos señalados en el contrato, es claro que se habrá correcta utilización al anticipo pagado por el Contratante y como consecuencia, no habrá lugar a solicitar la afectación del amparo de buen manejo del anticipo. Así lo ha confirmado la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia del 19 de octubre de 2020 en la que indicó:

*“Expresado de otro modo, si el asegurador hizo suyos únicamente los riesgos de apropiación e incorrecta inversión del anticipo, de manera implícita exceptuó de protección a los quebrantos económicos cuyo origen fuera diferente. Y, en ese supuesto, **si el contratista utiliza íntegramente el anticipo para cubrir erogaciones propias de la obra, atendiendo las precisas pautas de inversión señaladas en el clausulado correspondiente, cesa la posibilidad de que se produzca el siniestro**, siendo irrelevante si, con posterioridad, ese rubro no es amortizado, causándole pérdidas al contratante.”³³ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Aterrizando lo anterior al caso concreto, se observa que la póliza de seguro expedida por mi representada amparó el buen manejo de anticipo, a efectos de proteger a la entidad contratante contra los perjuicios sufridos con ocasión al mal manejo o apropiación indebida que el contratista hiciera de los dineros:

1.2 AMPARO DE BUEN MANEJO DEL ANTICIPO
EL AMPARO DE BUEN MANEJO DEL ANTICIPO CUBRE A LAS ENTIDADES CONTRATANTES, CONTRA LOS PERJUICIOS SUFRIDOS CON OCASIÓN DEL USO O APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA TOMADOR DEL SEGURO HAGA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO EN CALIDAD DE ANTICIPO, PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO. EN TAL SENTIDO SE ENTENDERÁ QUE EXISTE USO O APROPIACIÓN INDEBIDA DE LOS DINEROS O BIENES ENTREGADOS A TÍTULO DE ANTICIPO EN EL EVENTO EN QUE TALES DINEROS O BIENES NO SEAN UTILIZADOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 2015-00826 Sentencia SC3893-2020 M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

Documento: Póliza No. 360 45 994000008495 Condicionado General.
Transcripción parte esencial: “1.2 AMPARO DEL BUEN MANEJO DEL ANTICIPO.

El amparo de buen manejo del anticipo cubre a las entidades contratantes, contra los perjuicios sufridos con ocasión del uso o apropiación indebida que el contratista tomador del seguro haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo, para la ejecución del contrato. en tal sentido se entenderá que existe uso o apropiación indebida de los dineros o bienes entregados a título de anticipo en el evento en que tales dineros o bienes no sean utilizados en la ejecución del contrato.”

De manera que, es claro en este caso que se amparó el buen manejo del anticipo pagado por la contratante al contratista, en caso de que el mismo no se utilizara de manera debida. Situación que claramente no ocurrió en el caso de marras como quiera que se encuentra probada la ejecución de más del 92.97% de la obra, por lo que sería a todas luces incoherente afectar el amparo de anticipo cuando está probado que la obra se encuentra totalmente ejecutada.

En conclusión, sin perjuicio de que la demanda no pretende hacer efectivo el amparo de anticipo y de que, de afectarse se transgrediría el principio de congruencia que rige las actuaciones procesales, no sobra aclarar que en cualquier caso es improcedente afectar el amparo de buen manejo del anticipo como quiera que en este caso está probada la ejecución de la obra casi en su totalidad, por lo que es lógico concluir que el anticipo se utilizó de la manera adecuada.

4. IMPROCEDENCIA DE AFECTACIÓN DEL AMPARO DE ESTABILIDAD DE LA OBRA

En el presente caso, aunque no se busca la afectación del amparo de estabilidad de la obra, es importante señalar que dicha afectación sería improcedente, ya que este amparo aún no ha entrado en vigencia. Conforme a lo estipulado en la póliza No. 360-45-994000008495, el amparo de

estabilidad de la obra solo puede activarse una vez que la obra ha sido recibida a satisfacción por la entidad contratante. Además, este amparo es excluyente del amparo de cumplimiento que se pretende afectar, por lo que resulta antitécnico e inaplicable en las circunstancias actuales del caso.

Vale la pena aclarar que en cualquier caso es improcedente la afectación de este amparo, como quiera que en este caso no ha entrado en vigencia el amparo, puesto que éste solo puede ser afectado una vez se haya recibido la obra a entera satisfacción. Para el efecto, resulta necesario atender al tenor literal del amparo de estabilidad de la obra estipulado en la póliza:

1.6 AMPARO DE ESTABILIDAD DE LA OBRA
EL AMPARO DE ESTABILIDAD DE LA OBRA CUBRE A LAS ENTIDADES CONTRATANTES A PARTIR DE LA ENTREGA A SATISFACCION Y DURANTE EL TIEMPO ESTIPULADO Y EN CONDICIONES NORMALES DE USO Y MANTENIMIENTO, CONTRA LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE LOS DETERIOROS DE LA OBRA IMPUTABLES AL CONTRATISTA TOMADOR DEL SEGURO, QUE IMPIDAN EL SERVICIO PARA EL CUAL SE EJECUTO.

Documento: Póliza No. 360 45 99400008495 Condicionado General.
Transcripción parte esencial: “1.6 AMPARO DEL BUEN MANEJO DEL ANTICIPO.

El amparo de estabilidad de la obra cubre a las entidades contratantes a partir de la entrega a satisfacción y durante el tiempo estipulado y en condiciones normales de uso y mantenimiento, contra los perjuicios derivados de los deterioros de la obra imputables al contratista tomador del seguro, que impidan el servicio para el cual se ejecutó.”

Obsérvese como es clara la póliza en establecer que el amparo de estabilidad de la obra cubre a los contratantes únicamente a partir de que la obra se entrega a satisfacción, lo que de contera ya deja claro que no podrá afectarse la póliza sin que la obra haya sido recibida por los contratantes a entera satisfacción. Es más, el amparo de estabilidad de la obra es excluyente del amparo que pretende afectar el Demandante en la demanda que es el amparo de Cumplimiento. Así lo ha confirmado en reiteradas oportunidades la jurisprudencia, cuando diferencia con total claridad que

el amparo de estabilidad de la obra es la cobertura post contractual de la obra que únicamente entra en vigencia cuando la obra ha sido recibida:

“El amparo de estabilidad de la obra es aquella cobertura destinada a indemnizar los perjuicios causados a la entidad contratante en virtud del incumplimiento por parte del contratista de la obligación de garantizar que “la obra realizada no se destruirá o amenazará ruina por vicio de construcción, o del suelo, o de los materiales, que el contratista ha debido conocer en razón de su profesión u oficio”.

Éste es un amparo post contractual, pues su vigencia sólo entra a operar una vez la obra ha sido recibida a satisfacción por la entidad contratante. Bajo esa perspectiva, resultaría anti técnico e improcedente solicitar que este amparo esté activo durante el plazo contractual. La póliza se podrá hacer efectiva con cargo al amparo de estabilidad y calidad cuando la entidad contratante establezca que la obra presentó deterioros que impiden su uso adecuado, o que la misma ha perdido las condiciones de seguridad y firmeza de su estructura por causas imputables al contratista y no al simple deterioro causado por el paso del tiempo o por un inadecuado uso.

En este orden de ideas, al no constar que las obras parcialmente efectuadas fueran recibidas a satisfacción por la entidad contratante, es claro que el amparo de estabilidad de la obra no podía ser afectado, tal y como lo propone la sociedad impugnante.”³⁴

De lo anterior se colige, que únicamente se afectará este amparo cuando la obra haya sido recibida por parte de la contratante, situación que no ocurre en el caso de marras como quiera que la obra no ha sido recibida. Máxime cuando el amparo que se pretende afectar en este caso es el amparo

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. C.P Guillermo Vargas Ayala. 2005-00216.

de cumplimiento, lo que de facto excluye la posibilidad de afectar la cobertura de estabilidad de la obra.

En conclusión, sin perjuicio de que la demanda no pretende hacer efectivo el amparo de estabilidad de la obra y de que, de afectarse se transgrediría el principio de congruencia que rige las actuaciones procesales, no sobra aclarar que en cualquier caso es improcedente afectar el amparo de estabilidad de la obra como quiera que éste no ha entrado en vigencia por cuanto la obra no ha sido recibida. Y adicionalmente, porque éste amparo es excluyente del amparo de cumplimiento que se pretende afectar.

5. FALTA TOTAL DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA No. 360-45-994000008495, POR TRATARSE DE RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS DE AMPARO

En el presente caso, es evidente la falta de cobertura de la póliza No. 360-45-994000008495, debido a la aplicación de exclusiones pactadas expresamente por las partes en el contrato de seguro. Bajo el principio de autonomía de la voluntad, las partes acordaron que ciertos riesgos no serían objeto de cobertura, configurándose en este caso tres exclusiones fundamentales: **(i)** no cubre perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas cuando exista una causal de exoneración de responsabilidad del contratista; **(ii)** no cubre cláusulas penales, multas o sanciones pecuniarias impuestas al contratista; y **(iii)** no cubre lucro cesante ni perjuicios indirectos sufridos por la entidad contratante como consecuencia del incumplimiento. Dado que en este caso se plantea una excepción de contrato no cumplido, así como la solicitud de cláusulas penales y perjuicios indirectos, se concluye que no procede la afectación de la póliza ni indemnización alguna, ya que estos riesgos se encuentran excluidos de manera clara en el condicionado general de la póliza.

En materia de seguros, el asegurador según el Artículo 1056 del C.Co podrá a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés asegurado. Por lo tanto, es en el conjunto de las condiciones que contiene el respectivo contrato donde se determinan o delimitan

contractualmente los riesgos, su alcance o extensión, el ámbito temporal y geográfico en el que el amparo opera, las causales de exclusión, o en general, las de exoneración. Por tanto, son esos los parámetros a los que se tiene que sujetarse el sentenciador al resolver cualquier pretensión que se base en la correspondiente póliza. Luego, obviamente el asegurador tiene la facultad de delimitar contractualmente los riesgos que asume, conforme a lo normado en el artículo 1056 Código de Comercio. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“reiteró esta Corporación la necesidad de individualizar y determinar los riesgos que el asegurador toma sobre sí:

*<<y que por lo tanto, en este campo rige el principio según el cual la responsabilidad asumida en términos generales como finalidad del contrato no puede verse restringida sino por obra de cláusulas claras y expresas, “...El Art. 1056 del C de Com , en principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, otorga al asegurador facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado..”, agregando que es en virtud de este amplísimo principio “que el asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que de no cumplirse impiden que se configure el siniestro; ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, **quedan sin embargo excluidos de la protección que se promete por el contrato.** Son estas las llamadas exclusiones, algunas previstas expresamente en la ley...” (Cas. Civ. de 7 de octubre de 1985, sin publicar), exclusiones que por su propia índole, limitativa de los riesgos asumidos por el asegurador, requieren ser interpretadas con severidad en una concienzuda*

*tarea que se oriente, de una parte, a establecer su justificación técnica, y de la otra a precisar el alcance de dichos riesgos conforme a reglas de carácter legal o convencional, **luego no le es permitido al intérprete “...so pena de sustituir indebidamente a los contratantes, interpretar aparentemente el contrato de seguro para inferir riesgos que no se han convenido, ni para excluir los realmente convenidos; ni tampoco hacer interpretaciones de tales cláusulas que conlleven a resultados extensivos de amparo de riesgos a otros casos que no sólo se encuentren expresamente excluidos sino que por su carácter limitativo y excluyente, son de interpretación restringida.....”** (Cas Civ. de 23 de mayo de 1988, sin publicar) (Este pasaje fue reiterado, entre otras, en CSJ SC4574-2015 rad. n°. 11001-31-03-023-2007-00600-02)>>³⁵. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Bajo esa misma interpretativa, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de diciembre 13 de 2019, indicó que las exclusiones de tipo convencional estipuladas en los contratos de seguro no comprometen la responsabilidad del asegurador, en virtud de la facultad prevista en el artículo 1056 del Código de Comercio:

*“Las exclusiones de tipo convencional deben entenderse, como es apenas obvio, como aquellas pactadas por las partes o, cuando menos, **en las que existe consentimiento respecto de las indicadas en el clausulado preestablecido, en los denominados acuerdos de adhesión y que, siendo origen del siniestro o consecuencia del mismo, no comprometen la responsabilidad del asegurador.**”*

Esas cláusulas son válidas, inicialmente, en tanto se sustentan en el principio de la libre autonomía de las partes, cuyos límites son el orden público y las buenas costumbres; de ahí que el artículo 1056 consagre la posibilidad del asegurador de,

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 4527 -2020. Noviembre 23 de 2020

*«a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado»³⁶
(Subrayado y negrilla en el texto original)*

De igual forma, la jurisprudencia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

*“(…) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual **se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado**”.*

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato aseguraticio. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención

36 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia. Expediente 2008-00193-01. Diciembre 13 de 2019.

específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) ³⁷“.
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. De forma que en el caso de la ocurrencia de riesgos excluidos, no nace a la vida jurídica la obligación indemnizatoria del asegurador y en ese orden de ideas, no hay lugar a que su responsabilidad se vea comprometida.

De las normas que regulan la delimitación de los riesgos asumidos por el asegurador (arts. 1056 y 1127 del C. de Co.), se infiere lógicamente que la autonomía que otorgan esas normas a los sujetos contratantes está circunscrita no sólo a la relación riesgo-causa sino a la relación riesgo-efecto. Es decir, que resulta válido delimitar los efectos de la materialización del riesgo y el carácter patrimonial del mismo, asumiendo o no las consecuencias que ello genere, en todo o en parte, conforme al desarrollo jurisprudencial del Derecho de Daños. En virtud de lo anterior, es menester señalar que la Póliza de Cumplimiento a favor de entidades particulares No. 360-45-994000008495 en sus Condiciones Generales señala una serie de exclusiones que deberán ser tomadas en consideración por el Despacho. Por cuanto es claro que la póliza de seguro no ampara los hechos materia de litigio al estar ante varios riesgos expresamente excluidos de cobertura.

De manera que, una vez efectuado el análisis de las exclusiones que presenta la póliza de seguro, encontramos que en este caso se configuran tres exclusiones de cobertura por las cuales no habrá lugar a indemnización, que se explicarán y desarrollarán para claridad del Despacho en el siguiente orden: **(i)** El presente seguro no ampara los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas cuando exista una causal de exoneración de responsabilidad del contratista **(ii)** El presente seguro no ampara las cláusulas penales, multas y cualquier sanción

37 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00.

pecuniaria impuesta al contratista *(iii)* El presente seguro no ampara el lucro cesante de la entidad contratante, ni ningún otro perjuicio indirecto sufrido por la contratante como consecuencia del incumplimiento. En ese sentido procederemos a explicar y desarrollar la configuración de cada una de las mencionadas exclusiones en el presente caso.

(iv) El presente contrato de seguro no ampara los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas cuando exista una causal de exoneración de responsabilidad del contratista

Lo primero que debe establecerse en este caso es que se encuentra configurada la causal número 2.1 de las exclusiones establecidas en la póliza de seguro, relacionada con la configuración de una causal de exoneración de responsabilidad del contratista deudor, como se lee

“2. Exclusiones

El presente seguro no ampara:

2.2 Los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas cuando exista fuerza mayor, caso fortuito o cualquier otra causal de exoneración de responsabilidad del contratista deudor.”

Frente a lo anterior, debe decirse que en este caso se encuentra configurada la causal de exoneración de responsabilidad denominada “Excepción de contrato no cumplido” según la cual, si una parte incumple, la exigibilidad de la obligación de la otra se suspende, actuando como una genuina excusa de cumplimiento para la otra parte afectada. Como quiera que el incumplimiento de las obligaciones del contratante respecto de la información requerida por el contratista para el desarrollo de sus actividades, así como de los pagos parciales que debía hacer con corte mensual, suspendió la obligación de cumplimiento para el contratista, puesto que la información requerida resultaba trascendental para la ejecución de los ítems contractuales relativos a las redes eléctricas.

Así como también, el pago del dinero adeudado impidió que AMAVIA S.A.S. continuara ejecutando sus obligaciones en debida forma. Es claro que se configuró la excepción de contrato no cumplido como causal de exoneración de responsabilidad del contratista deudor.

Es decir, que las conductas del contratante relacionadas con la omisión de entrega de información y pagos tardíos o no realizados, claramente facultó al contratista para suspender el cumplimiento de su obligación, en tanto le resultaba imposible continuar ejecutando sus actividades contractuales sin que el contratante diera cumplimiento a las suyas inicialmente, como quiera que al tratarse de obligaciones recíprocas el cumplimiento de unas depende consecucionalmente del cumplimiento de las otras. En este caso, el cumplimiento de las obligaciones del contratista en la ejecución del 100% de sus actividades contractuales dependía necesariamente del cumplimiento de las obligaciones del contratante en el pago oportuno de los cortes y anticipos, así como la obligación de suministrar toda la información requerida.

De modo que por encontrarse configurada la situación fáctica descrita en el numeral 2.1. del acápite “2. Exclusiones”, la póliza de seguro no podrá ser afectada en tanto la situación se encuentra inmersa en una exclusión de cobertura. Así las cosas, por la configuración de la mentada exclusión no puede existir obligación indemnizatoria en cabeza de la Compañía Aseguradora, por cuanto el juez no puede ordenar la afectación de la póliza No. 360-45-994000008495. Pues las partes en virtud de su autonomía acordaron pactar tal exclusión. En consecuencia, en virtud de la exclusión ya mencionada, la póliza no cubre ninguna solicitud de indemnización por lo que deberán denegarse las pretensiones de la demanda en contra de la Compañía de seguros.

- (v) ***El presente seguro no ampara las cláusulas penales, multas y cualquier sanción pecuniaria impuesta al contratista***

En segundo lugar, encontramos la configuración de la exclusión descrita en el numeral 2.2. del acápite 2 “Exclusiones” relacionada con las cláusulas penales y multas impuestas al contratista. En

la que claramente se estableció que la póliza de seguro no cubre las cláusulas penales, multas o sanciones que deba pagar el contratista, como se observa:

“2. Exclusiones

El presente seguro no ampara:

2.2. Las cláusulas penales, multas y cualquier sanción pecuniaria impuestas al contratista, las cuales serán de su cargo exclusivo.”

Así entonces, deberá analizarse la pretensión contenida en el numeral 1 en la que se solicita que se condene a la Constructora AMAVIA S.A.S. al pago del 10% del valor total del contrato por concepto de cláusula penal, que textualmente solicita: *“Que teniendo en cuenta el incumplimiento de la constructora, para el caso de que las principales de condena no prosperen, con relación a la demandada CONSTRUCTORA AMAVIA SAS se le condene, de conformidad con la cláusula sanción consagrada en el párrafo primero de la cláusula novena del contrato primigenio a cancelar el 10% sobre la suma total contratada, que responde a la suma de \$1.892.793.480.00, siendo el 10% de dicha suma, la cantidad de \$189.279.348.00”*

Sin perjuicio de que esta pretensión no se encaminó contra Aseguradora Solidaria de Colombia, vale la pena aclarar que en cualquier caso no se encuentra amparada bajo la póliza de seguro por la cual fue vinculada mi representada al presente proceso judicial. Como quiera que el pago de cláusulas penales, multas y sanciones a que sea condenado el contratista es un riesgo expresamente excluido de cobertura en el numeral 2.2. del acápite exclusiones.

Por todo lo expuesto en líneas precedentes, es claro que en este caso no procederá reconocimiento alguno a título indemnizatorio por la evidente configuración de la exclusión de cobertura descrita en el numeral 2.2. del acápite de exclusiones relacionado con las cláusulas penales, sanciones o multas a que sea condenado el contratista. Razón por la cual no procederá indemnización en este

caso por encontrarse establecido que la póliza de seguro no ampara el pago de dichas cláusulas, sanciones o multas sino que éstas serán a cargo exclusivo del contratista.

- (vi) ***El presente seguro no ampara el lucro cesante de la entidad contratante, ni ningún otro perjuicio indirecto sufrido por la contratante como consecuencia del incumplimiento.***

Sin perjuicio de la configuración de las dos exclusiones desarrolladas anteriormente, debe establecerse que en este caso se presenta la configuración de una tercera exclusión de amparo, descrita en el numeral 2.8 del acápite denominado “Exclusiones”. Relacionada con el lucro cesante y demás perjuicios indirectos sufridos por la entidad contratante. En la que claramente se estableció que la póliza de seguro no ampara el lucro cesante de la entidad contratante, ni los perjuicios indirectos, morales, inciertos, futuros, y consecuenciales, como se observa:

“2. Exclusiones

El presente seguro no ampara:

2.8. El lucro cesante de la entidad contratante, así como los perjuicios diferentes a los directos sufridos por la entidad contratante como consecuencia del incumplimiento del contratista tales como los perjuicios indirectos, morales, inciertos, futuros, consecuenciales, o subjetivos.

Es decir que sin perjuicio de que las pretensiones contenidas en el numeral 1, 1.1, 1.2, 1.2.1, 1.2.2, 1.2.3, 1.2.3.1, 1.2.3.2 y 1.2.4 no fueron incoadas contra la Compañía Aseguradora, debe aclararse que en todo caso, las mismas no se encuentran amparadas por la póliza de seguro expedida por mi representada. Dicho de otro modo, si bien las pretensiones no vinculan a Aseguradora Solidaria de Colombia, vale la pena resaltar que de todas maneras los conceptos de dichas pretensiones no son amparados en la póliza y por lo tanto, no generan una obligación indemnizatoria para la aseguradora.

La parte Demandante solicita en sus pretensiones reconocimiento y pago por arriendos de la bodega uno dejados de percibir (pretensión 1.2.2) por el aparente incumplimiento de la Constructora contratista, riesgo que no se encuentra cubierto por la póliza de seguro por cuanto se trata de un perjuicio indirecto derivado del cumplimiento que no fue amparado por Aseguradora Solidara de Colombia. Así como tampoco podrá reconocerse ningún emolumento por concepto de indemnización por no recibir la suma derivada de la compraventa de la bodega dos (pretensión 1.2.3) en el tiempo en que se tenía establecido, puesto que ocurre la misma situación, es un perjuicio indirecto e incierto, aparentemente derivado del cumplimiento y por el cual no podrá responder la Aseguradora Solidaria de Colombia por tratarse de un riesgo expresamente excluido de cobertura.

Idéntica situación ocurre con las pretensiones en las que se solicita reconocimiento por interés comercial sobre las sumas dejadas de percibir (pretensión 1.2.1 y 1.2.3.1), dado que se trata de perjuicios indirectos consecuenciales al aparente incumplimiento del contratista y por los cuales no procede reconocimiento alguno con cargo a la póliza de seguro, como quiera que se excluyeron de amparo por expresa disposición de la póliza. Mucho menos podrá reconocerse la suma que presuntamente generó el alquiler de una planta eléctrica para la bodega dos (pretensión 1.2.3.2) puesto que claramente es un perjuicio indirecto ocasionado presuntamente como consecuencia de la inejecución del contrato. Razón por la cual no podrá solicitarse en ningún caso reconocimiento alguno con cargo a la póliza de seguro expedida por mi representada.

Dicho de otro modo, los conceptos de daño emergente y lucro cesante, intereses moratorios, valores dejados de percibir por arrendamientos, valores pagados por alquileres de plantas, indemnización por ganancias futuras dejadas de percibir y todos los demás conceptos contenidos en las pretensiones 1, 1.1, 1.2, 1.2.1, 1.2.2, 1.2.3, 1.2.3.1, 1.2.3.2 y 1.2.4 no podrán ser cubiertos por la póliza de seguro No. 360 45 994000008495 como quiera que se trata de perjuicios indirectos que fueron expresamente excluidos de cobertura por las partes en la póliza de seguro.

En conclusión, la póliza No. 360-45-994000008495 NO presta cobertura material para el caso de marras, toda vez que las partes en virtud de la autonomía de la voluntad que les asiste, pactaron en la póliza expresamente una serie de riesgos que quedarían excluidos de cobertura en caso de efectuarse. En efecto, entendiendo que en este caso se configuraron tres exclusiones de cobertura a saber: **(i)** El presente seguro no ampara los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas cuando exista una causal de exoneración de responsabilidad del contratista **(ii)** El presente seguro no ampara las cláusulas penales, multas y cualquier sanción pecuniaria impuesta al contratista **(iii)** El presente seguro no ampara el lucro cesante de la entidad contratante, ni ningún otro perjuicio indirecto sufrido por la contratante como consecuencia del incumplimiento. De manera que al encontrarse claro que en este caso se configuró la excepción de contrato no cumplido, se solicita el reconocimiento de cláusulas penales y se solicita el reconocimiento por perjuicios indirectos derivados del aparente incumplimiento, es lógico concluir que no procede afectación a la póliza de seguro. En ese sentido, es evidente que no podrá afectarse la póliza en cuestión, ni mucho menos solicitar indemnización alguna con cargo a la misma. Toda vez que se encuentra patente la falta de cobertura material por tratarse de riesgos excluidos expresamente en el condicionado general de la póliza.

6. TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO DE SEGURO QUE DA ORIGEN A LA POLIZA DE SEGURO No. 360-45-994000008495 - APLICACIÓN ARTÍCULO 1060 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

En este caso operó la terminación automática del contrato de seguro que dio origen a la póliza de seguro No. 360-45-994000008495 como quiera que el contratista tomador de la póliza no notificó por escrito a la aseguradora en el término del artículo 1060 del código de comercio, las circunstancias que agravaron el estado del riesgo en la ejecución del contrato asegurado como lo fueron: el retraso injustificado en el pago por parte de los Contratantes; el pago incompleto de

anticipo en el contrato inicial; la negación de autorizaciones por parte del contratante; la negación del suministro de cableado por parte del contratante, entre otras.

Frente a lo anterior debe tenerse en cuenta que el hecho de no recibir los pagos oportunos por parte de la Contratante es una circunstancia que claramente agravó el estado del riesgo y de lo cual debió conocer la Compañía Aseguradora dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que se presentó por primera vez esta circunstancia. Dado que el riesgo de incumplimiento claramente se hizo más gravoso ante esta situación, como quiera que es mucho más probable que las actividades contractuales no se ejecuten o se ejecuten de manera tardía ante la circunstancia de que el contratante no pague a tiempo lo pactado contractualmente.

Así mismo, la negación del contratante de suministrar información y/o autorizaciones al contratista, que resultaban completamente necesarias para el correcto desarrollo de sus actividades, es una circunstancia que agrava el estado del riesgo en tanto que aumenta la posibilidad de incumplimiento por imposibilidad de ejecutar ciertos ítems contractuales. Situación que necesariamente debió haber sido notificada a la Compañía Aseguradora en el término de 10 días. Sin que ello ocurriera, dando lugar inevitablemente a la terminación automática del contrato de seguro que dio origen a la póliza por no dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 1060 del Código de Comercio.

La jurisprudencia ha sido clara en establecer que el asegurado o el tomador, según sea el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. Así entonces, durante la vigencia del contrato se deberá notificar al asegurador todo aquello que pueda modificar el riesgo, en su agravación o variación de su identidad, so pena de producirse la terminación del contrato. En este sentido, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección “B” magistrada ponente: Stella Conto Díaz del Castillo en sentencia del 22 de febrero de 2016, expuso:

“En cuanto a la conservación del riesgo, es de anotar que, en los términos del artículo 1039 del Código de Comercio, al asegurado le corresponden las obligaciones que no pueden ser cumplidas más que por él mismo, motivo por el cual le es oponible la obligación consagrada en el artículo 1060 de la misma

normativa, respecto de la conservación del riesgo y la notificación de cambios. Las normas en cita son del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 1039. SEGURO POR CUENTA DE UN TERCERO Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES. El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable. En tal caso, al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.

No obstante, al asegurado corresponden aquellas obligaciones que no puedan ser cumplidas más que por él mismo.

ARTÍCULO 1060. MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS. El asegurado o el tomador, según el caso, están 25 Exp. 34226 Actor: Confianza S.A. obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella".

Como se observa, esta última norma consagra dos efectos jurídicos a saber: i) si se cumple con la notificación oportuna de la modificación del riesgo, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste de la prima; ii) en caso contrario se produce la terminación del contrato. El cumplimiento de las obligaciones que le corresponden al asegurado o al beneficiario en caso de siniestro, pueden conllevar a deducir del monto de la indemnización de los perjuicios causados a la asegurada, en los términos del artículo 1078 del Código de Comercio.

Según el artículo 1060 transcrito, el asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad.

Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas (artículo 1074 C. Ció.). El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes (artículo 1075 ibídem) (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Por otro lado, en cuanto a la modificación del estado del riesgo en el contrato de seguro, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 28 de febrero de 2007, referencia 00133-01 magistrado ponente: Carlos Ignacio Jaramillo, dispuso:

“La Corte acierta en su decisión, acogiendo los argumentos establecidos por el Tribunal respecto a la aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio, en el cual se establece la obligación que tiene el tomador o asegurado de notificar al asegurador todos los hechos o circunstancia posteriores a la celebración del contrato que signifiquen una agravación del riesgo.

(...)

Estas circunstancias de agravación inciden en la obligación condicional del asegurador, quien es el que asume el riesgo, por lo tanto tiene el derecho a ser informado de todo tipo de eventualidades, para que de acuerdo a la situación y a las nuevas condiciones pueda revocar el contrato o hacer algún tipo de ajuste, sobre todo en lo relacionado con la prima.

*Por consiguiente **“El régimen de agravación del estado del riesgo, encuentra su razón de ser en que las nuevas circunstancias que lo alteran, aumentan la probabilidad de ocurrencia del siniestro, o de la intensidad de sus consecuencias, sin que el asegurador deba soportar esa variación por un mal entendimiento del carácter aleatorio del contrato, pues aunque es claro que asumió la contingencia de la materialización del riesgo, lo hizo sobre la base de unas específicas condiciones, de tal manera que si ellas cambian por el advenimiento de circunstancias no previsibles, en línea de principio deben cambiar las reglas que gobiernan la relación contractual, o dársele fin a ella.”***

Al respecto el artículo 1060 del Código de Comercio dispone:

“ARTÍCULO 1060. <MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS>. *El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. **En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.***

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. *Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.*

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella”.

Así como el artículo 1060 del Código de Comercio hace referencia a la carga de información del tomador del seguro previo a la celebración de un contrato, de igual forma, la normatividad regula

taxativamente las cargas de información adicionales que el tomador, el asegurado, o el beneficiario según sea el caso, deben cumplir con posterioridad a la suscripción del contrato de seguro, y aún después de la ocurrencia del siniestro. Ahora bien, la carga de informar sobre la agravación del estado del riesgo, según lo prevé el artículo 1060 del Código de Comercio, opera en el presente asunto, so pena de terminar automáticamente el contrato de seguro³⁸.

En ese sentido, el Código de Comercio señala expresamente que cuando se presenten circunstancias que alteren el estado del riesgo, se debe notificar oportunamente al asegurador, so pena de que su omisión en la notificación produzca la terminación del contrato de seguro.

En virtud de lo anterior, las circunstancias de agravación en que incurrió el contratista, incidieron en la obligación del asegurador, quien es el que asume el riesgo. Bajo ese entendido, el asegurador debe ser informado de cualquier eventualidad que incida en el régimen de agravación del estado del riesgo. Dicho de otro modo, el régimen de agravación del estado del riesgo, encuentra su razón de ser en cualquier circunstancia que lo altere, sin que el asegurador deba soportar tal variación, por cuanto la asunción del riesgo la realiza con base en ciertas condiciones que no pueden ser alteradas sin su notificación.

Así las cosas, vale la pena resaltar que el contratista en su calidad de tomador de la póliza de seguro en favor de entidades particulares, tenía la obligación de mantener el estado del riesgo. No obstante lo anterior, y de acuerdo a las pruebas allegadas al plenario, no se logra evidenciar la notificación por escrito, dentro del término señalado en el artículo 1060 del Código de Comercio, notificación alguna respecto de los hechos que sobrevinieron con posterioridad a la celebración del contrato y que claramente implican una agravación del riesgo, como lo fueron: el retraso injustificado en el pago por parte de los Contratantes; el pago incompleto de anticipo en el contrato inicial; la negación de autorizaciones por parte del contratante; la negación del suministro de cableado por parte del contratante, entre otras. Es por lo anterior que, en virtud de la normatividad precitada, se produce

³⁸ <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/596/562>

la terminación del contrato de seguro, no pudiendo en este proceso exigir ningún emolumento con cargo a la póliza de seguro.

Por ende, la falta de notificación constituye una negación indefinida, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil ha dispuesto:

*“Es decir, existe un deber ex lege de comunicar hechos que inciden en la estructura y dinámica del riesgo previamente amparado. En el caso del artículo 1061, en lo que respecta a su origen o fuente, al mismo tiempo que a su teleología, la prestación es enteramente diferente, puesto que **la garantía constituye una promesa de conducta (hacer o no hacer), o de afirmación o negación que otorga el tomador o asegurado en relación con la existencia de un determinado hecho, lo que supone, invariablemente, una declaración ex voluntate y, por ende, de claro contenido negocial, la que en tal virtud no se puede inferir o presumir, menos si se tiene en cuenta las drásticas secuelas derivadas de su inobservancia o quebrantamiento.** Ello explica que sea menester que aflore o se evidencie “...la intención inequívoca de otorgarla”³⁹ (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Asimismo, respecto de las negaciones indefinidas, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

“(...) que éstas se dividen en definidas e indefinidas, siendo las primeras aquéllas que tienen por objeto hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho de igual naturaleza, el cual resulta

³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2007. Exp. 2000-133. MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

afirmado implícita o indirectamente, las segundas, en cambio, no implican, ni indirecta ni implícitamente, la afirmación de hecho concreto y contrario alguno”.

para las [definidas], el régimen relacionado con el deber de probarlas continúa intacto ‘por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical’; las [indefinidas], ‘son de imposible demostración judicial, desde luego que no implican la aseveración de otro hecho alguno’, de suerte que éstas no se pueden demostrar, no porque sean negaciones, sino porque son indefinidas (...)”⁴⁰

De otro lado y con respecto al cumplimiento de las garantías y los requisitos de las mismas, que trata el artículo 1061 del Código de Comercio, mediante sentencia del 8 de noviembre de 2005, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, magistrado ponente Silvio Fernando Trejos Bueno, expediente (00304), dispuso:

*“Al respecto, se menciona que conforme al artículo 1061 del Código de Comercio, **la garantía, definida como la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa o afirma cierta situación**, tiene las siguientes características señaladas en distintos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia a saber:*

*1. **Deben constar por escrito en la póliza o en los documentos accesorios, esta característica**, en nuestro concepto, provee de mayor fundamento la decisión de la Corte, pues resulta inaceptable que por el hecho de aparecer la garantía en un anexo pierda su carácter o la razón por la que fue concebida la misma en el contrato de seguro en cuestión.*

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de julio de 2005, exp. 00126 citada el 20 de enero de 2006, exp. 1999-00037

2. Expresarse en cualquier forma que indique el propósito manifiesto e inequívoco: Sobre esta característica, el Tribunal de Arbitramento del 22 de abril de 2014 se pronunció sobre el incumplimiento de las garantías por parte del asegurado y los requisitos para que se entiendan aquellas como tal cuestionándose si una declaración contractual puede llegar a corresponder o tener el alcance de una garantía. El Tribunal analizó el caso y concluyó que aun cuando la garantía se encontraba en el anexo de la póliza y se hablaba de informar sobre cierta conducta, lo cierto es que realmente se estaba hablando de una promesa o compromiso de el asegurado por lo que el sentido mismo de la estipulación correspondía a una conducta que aun cuando se exigía de forma posterior a la celebración del contrato, existía un tiempo prudencial para cumplirla. Al ser la garantía del caso aquella clasificada como de conducta, daba derecho a la compañía de seguros a eximirse del pago de la indemnización una vez ocurrido el siniestro procediendo para el efecto la terminación del contrato.

3. Puede ser sustancial o insustancial respecto del riesgo asegurado.

4. No debe existir relación entre la garantía o su incumplimiento y el siniestro, es decir, que las consecuencias del incumplimiento serán procedentes aun cuando dicho incumplimiento no tenga relación con el siniestro.

5. Debe ser sería evitando constituir tipos de garantía que resulten abusivas frente al consumidor.

6. Deben ajustarse a la ley y cumplirse estrictamente so pena de producirse la nulidad del contrato o la terminación desde la infracción.

Con lo atrás señalado y aun cuando la Corte no se detiene o profundiza en el examen del cumplimiento de la garantía, se resalta la importancia de que la misma cumpla con las características anteriores pues de lo contrario no podrá la compañía de seguros hacerla exigible ni podrá por ello acudir a la nulidad o terminación que invoca la norma” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, la falta de notificación es una negación indefinida que a la luz de los artículos 1060, 1061 del Código de Comercio, y de la jurisprudencia señalada no requiere de prueba. En consecuencia, y al no evidenciarse la notificación al asegurador de las modificaciones en la situación del riesgo, como lo fueron: el retraso injustificado en el pago por parte de los Contratantes; el pago incompleto de anticipo en el contrato inicial; la negación de autorizaciones por parte del contratante; la negación del suministro de cableado por parte del contratante, entre otras. Se terminó automáticamente el contrato de seguro de conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio, razón por la cual no puede hacerse efectivo.

En conclusión, la terminación automática del contrato de seguro relacionado con la póliza No. 360-45-994000008495 se produjo debido a la falta de notificación oportuna por parte del tomador (contratista) a la aseguradora, sobre las circunstancias que agravaron el riesgo durante la ejecución del contrato asegurado, conforme a lo estipulado en el artículo 1060 del Código de Comercio. Estas circunstancias incluyeron: retraso injustificado en los pagos por parte de los contratantes, pago incompleto del anticipo en el contrato inicial, negación de autorizaciones y del suministro de cableado por parte del contratante, entre otros factores que impactaron el riesgo asegurado.

7. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN COMO CONSECUENCIA DE SALDOS ADEUDADOS AL CONTRATISTA

Sin perjuicio de lo anteriormente esgrimido en las excepciones precedentes, resulta necesario indicar que en el improbable y remoto evento en que el Despacho encontrara procedente la

afectación a la póliza de seguro expedida por mi representada y como consecuencia ordenara el reconocimiento de una indemnización, ésta tendría que ser reducida en la proporción de los saldos adeudados por el asegurado contratante al contratista, pues así quedó establecido en el Condicionado General de la póliza de seguro y por tanto deberá ser acatado en el presente caso.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta la cláusula octava establecida en las condiciones generales del Contrato de Seguro instrumentado en la Póliza de Seguro de Cumplimiento en favor de entidades particulares, se deberá dar aplicación a los valores adeudados, disminuyendo así el monto de la indemnización:

“CLÁUSULA OCTAVA. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. Si el asegurado al momento de verificarse el incumplimiento o en cualquier momento posterior a este, fuere deudor del contratista por cualquier concepto, la indemnización a cargo de Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa se disminuirá en el monto de dicha deuda, siempre y cuando la compensación no se oponga a las leyes vigentes. los montos así compensados se disminuirán del valor de la indemnización.”

En conclusión, si en el presente asunto llegare a producirse un saldo a favor del contratista, la Póliza de Cumplimiento, no podrá verse afectada, en tanto se debe aplicar lo estipulado en la cláusula octava del Condicionado General, la cual fue precisa en señalar que si al momento de verificarse el incumplimiento, el asegurado fuese deudor del contratista, la indemnización a cargo de Aseguradora Solidaria debe reducirse en el monto de dicha deuda. En este caso, los contratantes adeudan a AMAVIA S.A.S. la suma de Setenta y seis millones ochocientos setenta y dos mil sesenta y tres pesos (\$76.872.063) dicha suma deberá ser compensada de la eventual indemnización a que hubiere lugar.

8. CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO QUE REVISTEN LOS CONTRATOS DE SEGUROS.

En el caso concreto se vulnera el carácter indemnizatorio del contrato de seguro, toda vez que se pretende afectar el contrato de seguro contenido en la póliza No. 360-45-994000008495, sin que se haya acreditado fidedignamente cuáles serían los costos en que incurriría el asegurado para terminar las obras. Lo anterior, por cuanto el extremo actor se limita a presentar un valor que es resultado de una estimación carente de fundamentos técnicos y contables, aparentemente único que respaldada en un informe rendido por la sociedad ARQUITECTURA & SOLUCIONES INTEGRADAS BN S.A.S. que no da cuenta de la metodología utilizada para realizar el informe de estado de ejecución de la obra. Así como tampoco aporta ningún tipo de soporte documental, fotográfico o videográfico que permita evidenciar que se realizó un trabajo de campo estructurado en el que se identificó que dicha suma era la suma efectivamente dejada de ejecutar por parte de la constructora. Por tanto, dicho informe no sirve de soporte para acreditar la cuantía de la pérdida por carecer de soportes para acreditar lo contenido en el documento.

Este es un principio que rige el contrato de seguro de daños, el carácter indemnizatorio del mismo, esto es, que el contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo. De modo que la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065, dispuso:

“Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la

clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la tolerancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato.”⁴¹

Se puede concluir entonces que el Contrato de Seguro tiene un carácter meramente indemnizatorio y por tal motivo, tiene como finalidad llevar a la víctima al estado anterior, más no enriquecerla. Es por ello que aterrizando al caso en cuestión no es de recibo indemnizar el incumplimiento tal y como fue pretendido por la parte Demandante, más aún, teniendo en cuenta que la suma supuestamente dejada de ejecutar no se encuentra acreditada. En tal sentido, el artículo 1088 del Código de Comercio estableció lo siguiente:

“Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, el carácter de los seguros de daños y en general de cualquier seguro es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el asegurado/beneficiario con el pago de la indemnización, es decir no puede nunca pensarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento. Conforme a ello, en caso de pagarse suma alguna que no esté debidamente acreditada por la parte accionante, se estaría contraviniendo el citado principio de mera indemnización del contrato de seguro. En efecto, se estaría supliendo la carga probatoria de la parte actora frente a los presupuestos de demostrar el incumplimiento imputable al contratista, así como su cuantía y eventualmente enriqueciendo a los accionantes.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065

No puede perderse de vista que el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento y que el mismo tiene a un carácter meramente indemnizatorio. Así las cosas, de efectuar cualquier pago por concepto de aparentes sumas no ejecutadas que no han sido debidamente probadas, implicaría un enriquecimiento para los Demandantes. Como quiera que el incumplimiento que se reclama en este caso fue tasado por la sociedad Arquitectura & Soluciones S.A.S., sin que se indicara cual fue la metodología utilizada para analizar la cuantía de la ejecución, así como tampoco se allega ningún soporte que acredite lo dicho en el informe presentado por la demandante. De modo que reconocer emolumento alguno por este concepto enriquecería a la parte Demandante puesto que vulneraría el carácter indemnizatorio que rige los contratos de seguro.

Por todo lo anterior y teniendo en cuenta que dentro del plenario no se demostró que la suma indicada por la Demandante sea la que efectivamente se dejó de ejecutar en el contrato de obra, su reconocimiento claramente vulneraría el principio indemnizatorio. Lo anterior, por cuanto es inviable reconocer una suma que no se encuentra probada dentro del proceso. Máxime, cuando dicho incumplimiento no es atribuible al contratista sino únicamente a las conductas de la contratante.

En conclusión, teniendo en cuenta que la parte demandante no acreditó, a través de elementos probatorios útiles, conducentes y pertinentes la cuantía y ni la existencia de perjuicios, no puede haber una condena porque ello conllevaría inmersa una violación al carácter indemnizatorio de las pólizas, pues no se probó que el demandante deba incurrir en un sobre costo para terminar las obras. Dicho de otro modo, la correcta valoración del daño persigue una efectiva reparación frente al perjuicio que se alega, por eso, una inadecuada valoración de los perjuicios se constituye en fuente de enriquecimiento, poniendo en entredicho la reparación misma de los perjuicios y el carácter indemnizatorio del contrato de seguro.

9. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO

En el remoto e improbable evento en que el Despacho considere que la Póliza que hoy nos ocupa sí presta cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. Exclusivamente bajo esta hipótesis, el Juzgado deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, **el valor de la prestación a cargo de la aseguradora**, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, **se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado**, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”⁴² (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda debido a la porción de riesgo asumido. Así las cosas, el límite de la responsabilidad de la Aseguradora corresponde a la suma asegurada individual indicado en la carátula de la Póliza, así:

DESCRIPCION AMPAROS CONTRATO	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
CUMPLIMIENTO	11/01/2018	11/09/2018	120,000,000.00

Documento: Póliza de Seguro No. 360 45 994000008495

Transcripción parte esencial: Suma asegurada 120.000.000,00

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

En este punto, resulta de la mayor trascendencia que su Despacho tenga presente que la póliza expedida por mi representada tiene la suma de \$120.000.000,00. De manera que en ninguna circunstancia podrá ser llamada a responder por suma mayor a esta, pues es claro que el asegurador únicamente está llamado a responder hasta la concurrencia de la suma asegurada.

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al Honorable Despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis Aseguradora Solidaria de Colombia no puede ser condenada por un mayor valor que el expresamente establecido en la Póliza. En todo caso, dicha póliza contiene unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por el Juzgado en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

10. IMPROCEDENCIA TOTAL DEL COBRO DE INTERESES MORATORIOS.

Se formula presente excepción teniendo en cuenta que es improcedente la causación de los intereses de mora en los términos del artículo 1080 del Código de Comercio. Lo anterior, teniendo en cuenta que en virtud del artículo 1080 del Código de Comercio, la compañía de seguros se obliga a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el Asegurado o Beneficiario acredite su derecho ante la aseguradora. Es decir, cuando cumpla con las cargas del artículo del 1077 del Código de Comercio, consistentes en acreditar la cuantía de la pérdida y la ocurrencia del siniestro.

Frente al momento en el que se empiezan a causarse los intereses moratorios, la Corte Suprema de Justicia ha establecido en distintas oportunidades que éstos empiezan a causarse a partir de la ejecutoria del fallo judicial que da certeza a la obligación. Específicamente, en la reciente sentencia del 26 de mayo de 2021, en la que se indicó textualmente:

“Respecto del momento a partir del cual procedía disponer el pago de intereses moratorios, conforme al análisis que se dejó consignado al estudiarse el cargo segundo del recurso extraordinario de casación, al que se hace remisión expresa,

se colige el desacierto de la fecha fijada por el a quo con tal fin -6 de septiembre de 2010-, misma señalada por el Tribunal, la cual, por ende, deberá modificarse, para disponer que la eventual causación de los indicados réditos, será a partir de la ejecutoria del presente fallo⁴³

Lo anterior, deja claro que la pretensión del Demandante en este caso no tiene vocación de prosperidad, puesto que los intereses moratorios podrían empezar a causarse solo hasta que el fallo judicial brinde certeza sobre la obligación. Toda vez que antes de proferirse el fallo, no existe certeza sobre la obligación de indemnizar. De manera que los intereses de mora únicamente podrán ser cobrados a partir de la ejecutoria del fallo judicial que de brinde certeza sobre la obligación que se discute en este proceso.

En conclusión, no procederá reconocimiento de intereses de mora en este caso como quiera que los mismos solo podrán empezar a contarse a partir del fallo que resuelva la controversia que nos convoca, pues así lo ha confirmado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamientos en los que se indica que la eventual causación de intereses será a partir de la ejecutoriedad del fallo. Por lo anterior, solicito a su honorable Despacho se sirva desestimar las pretensiones de la demanda relacionadas con el cobro de intereses moratorios, pues es claro que los mismos no se han causado.

11. GENÉRICA O INNOMINADA

Solicito declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, ya sea frente a la demanda o ante el llamamiento en garantía, según lo preceptuado en el artículo 282 del Código General del proceso, el cual indica que, el juez deberá reconocer oficiosamente en la sentencia las excepciones que se prueben dentro del marco del proceso atendiendo a lo que se origine en la Ley o en el contrato que con el que se convocó a mi poderdante, incluida la de caducidad y la de

⁴³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC1947-2021. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. 26 de mayo de 2021.

prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro contemplada en el artículo 1081 del C.Co.

CAPÍTULO IV
MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

1. DOCUMENTALES

- 1.1. Copia de la Póliza de Seguro de Cumplimiento en favor de entidades particulares No. 360-45-994000008495, con su respectivo condicionado particular y general.
- 1.2. Copia de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 360 74 994000005136, con su respectivo condicionado particular y general.
- 1.3. Informe de ejecución del contrato rendido por AMAVIA S.A.S. el 07 de julio de 2020.
- 1.4. Oficio enviado por AMAVIA S.A.S. el 25 de septiembre de 2020.
- 1.5. Objeción presentada por Aseguradora Solidaria de Colombia el 30 de septiembre de 2020.

2. INTERROGATORIO DE PARTE.

- 2.1. Comedidamente solicito se cite para que absuelva interrogatorio de parte al señor **FABIO ARDILA ROCHA**, en su calidad de Demandante, a fin de que conteste el cuestionario que se le formulará frente a los hechos de la demanda, de la contestación, y en general, de todos los argumentos de hecho y de derecho expuestos en este litigio. El señor Ardila Rocha podrá ser citado en la Calle 163 No. 21-44 o en la dirección electrónica fabioardila@yahoo.com
- 2.2. Comedidamente solicito se cite para que absuelva interrogatorio de parte a la señora **SANDRA PATRICIA PULIDO GAVIRIA**, en su calidad de Demandante, a fin de que conteste el cuestionario que se le formulará frente a los hechos de la demanda, de la contestación, y en general, de todos los argumentos de hecho y de derecho expuestos en

este litigio. La señora Pulido Gaviria podrá ser citada en la Calle 163 No. 21-44 o en la dirección electrónica sppulido@hotmail.com

- 2.3. Comedidamente solicito se cite para que absuelva interrogatorio de parte al representante legal de la constructora **AMAVIA S.A.S.** en su calidad de Demandado, a fin de que conteste el cuestionario que se le formulará frente a los hechos de la demanda, de la contestación, y en general, de todos los argumentos de hecho y de derecho expuestos en este litigio. El Representante Legal de la constructora podrá ser citado en la Carrera 57B No. C-59 o en la dirección electrónica gerencia@amavia.com.co

3. DECLARACIÓN DE PARTE

Al tenor de lo preceptuado en el artículo 198 del Código General del Proceso, respetuosamente solicito ordenar la citación del Representante Legal **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C** para que sea interrogado por el suscrito, sobre los hechos referidos en la contestación de la demanda y especialmente, para exponer y aclarar los amparos, exclusiones, términos y condiciones de la Póliza de Seguro No. 360 45 994000008495 y la Póliza de seguro No. 360 74 994000005136.

4. TESTIMONIALES

- 4.1. Solicito se sirva citar a la ingeniera **CATALINA FUQUEN GUERRERO**, quien es la ingeniera civil a cargo del control de costos de la Constructora **AMAVIA S.A.S.**, con el objeto de que se pronuncie sobre los hechos narrados en la demanda, así como de las excepciones planteadas frente a la misma.

Este testimonio es conducente, pertinente y útil, ya que puede ilustrar al Despacho acerca de los hechos narrados en la demanda y la contestación de la demanda, en tanto que la Ingeniera Fuquen quien estuvo presente en el curso de la ejecución del contrato suscrito

con los demandados. El testigo podrá ser citado en la Carrera 57B No. 127 C- 49 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico presupuestos@amavia.com.co

- 4.2. Solicito se sirva citar a la doctora **MARIA CAMILA AGUDELO ORTIZ**, asesora externa de mi representada con el objeto de que se pronuncie sobre los hechos narrados en la demanda, así como de los fundamentos de hecho y derecho sobre la Póliza de Seguro. Este testimonio se solicita igualmente para que deponga sobre las condiciones particulares y generales de la Póliza, y en general, sobre las excepciones propuestas frente a la demanda.

Este testimonio es conducente, pertinente y útil, ya que puede ilustrar al Despacho acerca de las características, condiciones, tratativas preliminares, vigencia, coberturas, entre otros, del Contrato de Seguro objeto del presente litigio. El testigo podrá ser citado en la Carrera 72 C No. 22 A – 24, Conjunto Residencial Los Cerros de la ciudad de Bogotá D.C. o en el correo electrónico: camilaortiz27@gmail.com

CAPÍTULO V **ANEXOS**

1. Pruebas relacionadas en el acápite de pruebas.
2. Poder especial otorgado al suscrito.
3. Certificado de existencia y representación legal de Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. expedido por la Cámara de Comercio de Cali.

CAPITULO VII **NOTIFICACIONES**

La parte actora en el lugar indicado en la demanda.

Mi representada ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, recibirá notificaciones en la Calle 100 No. 9-A – 45 Piso 12, de la ciudad de Bogotá, correo electrónico: notificaciones@solidaria.com.co

El suscrito en la Carrera 11A No. 94A - 23 Oficina 201 de la ciudad de Bogotá D.C. **Correo electrónico:** notificaciones@gha.com.co

Del Señor Juez, respetuosamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA
C.C. No 19.395.114 de Bogotá D.C.
T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.