

76001 3103 016 2021 00322 00

carlos fernando forero sandoval <carlosffs@gmail.com>

Jue 09/06/2022 8:08

Para: Juzgado 16 Civil Circuito - Valle Del Cauca - Cali

<j16cccali@cendoj.ramajudicial.gov.co>;notificaciones@gha.com.co

<notificaciones@gha.com.co>;juansebastian

<juansebastian@naviaestradaabogados.com>;aecheverry@a2constructora.co

<aecheverry@a2constructora.co>;contabilidad@latcosa.com.co <contabilidad@latcosa.com.co>;Rodrigo

Javier Cruz Torres <gerencia@cpaprefabricados.com>

SEÑOR

JUEZ DIECISÉIS CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI

E. S. D.

Proceso: VERBAL DECLARATIVO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

Demandantes: CONSORCIO LATCO A2, LATINOAMERICANA DE LA CONSTRUCCION S.A. y A2 CONSTRUCTORA

S.A.S. Demandada: CPA CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A.

Radicado: 76001 3103 016 2021 00322 00

Referencia: contestación demanda

Me permito adjuntar a este correo electrónico:

1. Contestación de demanda
2. Poder
3. Certificado de vigencia de abogado

Cortésmente.

Carlos Fernando Foreo Sandoval

Apoderado judicial CPA CONSTRUCCIONES S.A.

SEÑOR
JUEZ DIECISÉIS CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI
E. S. D.

Proceso: VERBAL DECLARATIVO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandantes: CONSORCIO LATCO A2, LATINOAMERICANA DE LA CONSTRUCCION S.A. y
A2 CONSTRUCTORA S.A.S.
Demandada: CPA CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A.
Radicado: 76001 3103 016 2021 00322 00
Referencia: otorgamiento de poder especial para contestar demanda.

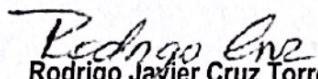
Rodrigo Javier Cruz Torres, mayor de edad, colombiano de nacimiento, residente y domiciliado en Santiago de Cali, identificado con cédula de ciudadanía **16.704.190**, email: **gerencia@cpaprefabricados.com**, obrando en nombre y representación a título de gerente y representante legal de **C.P.A. CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A.** sociedad comercial con NIT **800.188.665 - 7**, domiciliada en la carrera 1 TRANSV 1 LA DOLORES - La dolores del municipio de Palmira (Valle), con amplias facultades para otorgar poder especial conferidas por la Junta Directiva de la compañía, a través del presente escrito manifiesto que confiero poder especial, amplio y suficiente al profesional del derecho **Carlos Fernando Forero Sandoval**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía **13.720.651**, tarjeta profesional **145.518**, para que represente judicialmente a la compañía a la que gerenció y ejerza el derecho de defensa y contradicción dentro del proceso declarativo de mayor cuantía de responsabilidad civil contractual promovido por **CONSORCIO LATCO A2, LATINOAMERICANA DE LA CONSTRUCCION S.A. y A2 CONSTRUCTORA S.A.S.** o por quien haga sus veces, todo lo cual consta en los certificados de existencia y representación legal adjuntas a la demanda y en consecuencia formule las excepciones de mérito.

El apoderado queda ampliamente facultado para conciliar, transigir, desistir, sustituir, reasumir y demás facultades procesales requeridas para el éxito del mandato aquí conferido, de conformidad con lo previsto en el artículo 77 del CGP

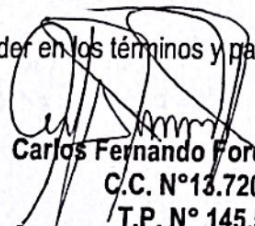
Sírvase Señor Juez reconocer personería al profesional del derecho en los términos y para los efectos previstos en este documento.

Del Señor Juez

Atentamente.


Rodrigo Javier Cruz Torres
C.C. No 16.704.190

Acepto el Poder en los términos y para los efectos aquí previstos.


Carlos Fernando Forero Sandoval
C.C. N° 13.720.651
T.P. N° 145.518



carlos fernando forero sandoval <carlosffs@gmail.com>

Fwd: Notificación Demanda Juzgado 16 Civil Circuito Cali

3 mensajes

Rodrigo Javier Cruz Torres <gerencia@cpaprefabricados.com>
Para: carlos fernando forero sandoval <carlosffs@gmail.com>

12 de mayo de 2022, 12:33

Buenas tardes Carlos

Adjunto correo recibido para su revision y analisis.

Cordialmente

Rodrigo Cruz

----- Forwarded message -----

De: JUAN SEBASTIAN NAVIA PENA /// <correoseguro@e-entrega.co>

Date: mié, 11 may 2022 a las 20:30

Subject: Notificación Demanda Juzgado 16 Civil Circuito Cali

To: Gerencia CPA <gerencia@cpaprefabricados.com>

Señor(a)**Gerencia CPA****Reciba un cordial saludo:**

Usted ha recibido un correo electrónico seguro y certificado de parte de **JUAN SEBASTIAN NAVIA PENA ///**, quien ha depositado su confianza en el servicio de correo electrónico certificado de e-entrega para hacer efectiva y oportuna la entrega de la presente notificación electrónica.

Con la recepción del presente mensaje de datos se entiende que el destinatario ha sido notificado para todos los efectos según las normas aplicables vigentes, especialmente los artículos 12 y 20 la Ley 527 de 1999 y sus normas reglamentarias.

Nota: Para leer el contenido del mensaje recibido, usted debe hacer click en el enlace que se muestra a continuación:



Ver contenido del correo electrónico
Enviado por JUAN SEBASTIAN NAVIA PENA ///

Correo seguro y certificado.

Copyright © 2022

Servientrega S. A..

Todos los derechos reservados.

¿No desea recibir más correos certificados?

IMPORTANTE: Por favor no responder este mensaje, este servicio es únicamente para notificación electrónica.

carlos fernando forero sandoval <carlosffs@gmail.com>
Para: Rodrigo Javier Cruz Torres <gerencia@cpaprefabricados.com>

7 de junio de 2022, 9:53

Dr Rodrigo buen día

Adjunto poder para que por favor lo imprima, firme y me lo envíe escaneado en PDF junto con un certificado de existencia y representación legal actualizado de CPA.

Atentamente

Carlos Fernando Forero Sandoval
Asesor jurídico
[El texto citado está oculto]

Reciba un cordial saludo



PODER CONTESTACIÓN DEMANDA.docx

15K

Rodrigo Javier Cruz Torres <gerencia@cpaprefabricados.com>
Para: carlos fernando forero sandoval <carlosffs@gmail.com>

7 de junio de 2022, 13:15

Buenas tardes Darlos

Adjunto poder debidamente firmado

Cordialmente,

Rodrigo Cruz
Representante Legal
CPA CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS SA

[El texto citado está oculto]



PODER CONTESTACIÓN DEMANDA.pdf

316K

312.541 94.9.1

Señores:

JUZGADO DIECISÉIS (16°) CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI (VALLE)

E.S.D.

REFERENCIA:	CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
PROCESO:	VERBAL RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
DEMANDANTES:	CONSORCIO LATCO A2
DEMANDADO:	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. Y OTRO
RADICACIÓN:	76001-3103-016-2021-00183-00

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor y vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, D.C., abogado titulado y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No.39.116 del C.S. de la J., obrando en calidad de Apoderado Especial de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, conforme documentación que se aporta, encontrándome dentro del término legal, a través de este acto procedo a **CONTESTAR** la Demanda Verbal de Responsabilidad Civil Contractual, incoada por el **CONSORCIO LATCO A2** conformado por las sociedades **LATINOAMERICANA DE LA CONSTRUCCION S.A.** y **A2 CONSTRUCCIONES S.A.S.**, en contra de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. Y OTRO**; para que en el momento en que se vaya a definir el litigio se tengan en cuenta los hechos y precisiones que se hacen en el presente escrito, según las pruebas que se practiquen, anticipando que me opongo a todas y cada una de las pretensiones sometidas a consideración de su Despacho, de conformidad con lo que se consigna a continuación:

I. PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL ACÁPITE DENOMINADO “LOS HECHOS QUE LE SIRVEN DE FUNDAMENTO A LAS PRETENSIONES DEBIDAMENTE DETERMINADOS, CLASIFICADOS Y NUMERADOS”.

FRENTE AL HECHO “PRIMERO”: a mi mandante no le consta de manera directa lo que se indica en este hecho en relación con que el Fondo de Adaptación seleccionó a Comfandi como Promotor de Vivienda del Plan Jarillón de Cali, para la provisión de vivienda de interés prioritario para los hogares elegibles y beneficiarios del Fondo Adaptación en el marco del “Plan Jarillón Rio Cauca y Obras Complementarias en el Municipio Santiago de Cali- PJAOC”; ni mucho menos le consta a mi prohijada el objeto de dicho programa. Estas son circunstancias completamente ajenas al conocimiento de mi prohijada, por ser extrañas al giro normal de sus negocios, y se observa además que contiene un concepto subjetivo que no es admisible como hecho, y de serlo, tendría que acreditarse.

FRENTE AL HECHO “SEGUNDO”: es cierto parcialmente, sólo en cuanto a que LATCO S.A. y A2 CONSTRUCTORA S.A.S. hacían parte de dicho Consorcio, de acuerdo con el Acta de Constitución aportada, y que su objeto contemplaba la ejecución de proyectos inmobiliarios. Pero falta y debe agregarse que, al respecto, el contrato de seguro de cumplimiento entre particulares, “de grandes beneficiarios”, contenido en la Póliza No. 2235271–6, fue tomado por dicho Consorcio, y mediante el mismo se garantizó “el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato No. 41455”, según las condiciones y coberturas expresamente estipuladas, incluidos los límites asegurados, exclusiones y las normas legales vigentes al momento de su celebración, que se entienden incorporadas en esa convención en virtud del artículo 38 de la ley 153 de 1887. Sin embargo, es menester que el

Página 1 de 117
S/DMMN -DH

Despacho tenga en consideración que, a pesar de que en el contrato de seguro se determinan tales partes, y que en el expediente obra el acta de la conformación del consorcio, no se observa el Registro Único Tributario, que es el documento idóneo para acreditar la existencia del consorcio; en esa medida, estas son circunstancias que, por estar pendientes, deben ser demostradas en esta contienda. Se recuerda que la parte demandante debe cumplir con la carga probatoria que le impone el artículo 167 del C.G.P., y en ese sentido allegar los elementos de convicción que acrediten cada una de sus aseveraciones.

FRENTE AL HECHO “TERCERO”: no le consta a mi representada que el CONSORCIO LATCO S.A. A2, le hubiera presentado a COMFANDI la propuesta económica para la construcción de 400 apartamentos VIP en el proyecto “Ciudadela Rio Cauca II”, ni que ésta hubiera sido efectivamente el antecedente, de la celebración del contrato de obra suscrito el 18 de julio del 2018 entre estas dos entidades. Solo se conoce que se celebró el contrato de obra No. 41455 entre el CONSORCIO LATCO A2 S.A. y la sociedad CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., el cual corresponde al negocio jurídico cuyo cumplimiento se garantizó mediante el comentado seguro de cumplimiento “de grandes beneficiarios”, Póliza No. 2235271–6, que da amparo sólo conforme a las condiciones y coberturas expresamente estipuladas, incluidos los límites asegurados de cada una, exclusiones, Etc., y las normas legales vigentes al momento de su celebración, que se entienden incorporadas al mismo en virtud del artículo 38 de la ley 153 de 1887.

FRENTE AL HECHO “CUARTO”: a mi mandante no le consta, nada de lo que se dice sobre las supuestas consideraciones de la demandante, ni del supuesto proceso de selección que alega haber realizado para contratar posteriormente con CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., ni bajo qué condiciones o factores la seleccionó, toda vez que la aseguradora fue ajena y no tiene manera de conocer ese supuesto proceso interno o de supuesta evaluación. Lo que le consta a mi representada respecto de este particular, es que CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. celebró contrato de obra No. 41455 con el CONSORCIO LATCO S.A. A2, porque es precisamente este el que es materia del seguro de cumplimiento de grandes beneficiarios, contenido en la Póliza No. 2235271–6.

Sin perjuicio de lo anterior, desde ya deberá tenerse en cuenta que, en todo caso la mencionada Póliza No. 2235271–6, establece que la obligación de mi mandante es condicional, que sólo nace a la vida jurídica si se realiza la condición suspensiva respectiva, cuál es el siniestro, definido en la ley mercantil como el acaecimiento del riesgo asegurado, pero de todos modos, ese efecto jurídico también depende de que no se configure una de las causales de exoneración que exima a la compañía de seguros, ya sea porque se presenten causales legales o convencionales de liberación para ella, como por ejemplo, la falta de amparo, o la configuración de una o más causales de exclusión, o de ineficacia o de inoponibilidad o de anulabilidad, o que hubiere dado lugar a la terminación del seguro o a la pérdida del supuesto derecho a un resarcimiento, o en general de cualquier otro motivo de inoperancia del seguro que hagan inviable su afectación. Junto a lo cual se destaca que además el contratante y el contratista garantizado, aparte de la eventual responsabilidad contractual de éste, como lo sostiene y lo debe probar aquel, con sus hechos o actos, conjunta o individualmente, no hubieren dado paso a consecuencias jurídicas eximentes para la aseguradora, incluso por infracción de los deberes jurídicos asociadas a las obligaciones secundarias de protección, seguridad, información, solidarismo, Etc., al igual que el contrato garantizado no sea encontrado viciado o invalido total o parcialmente.

Esto se indica en forma concreta, en vista que en este caso, la parte demandante, sin informarlo a la aseguradora obró en forma tal, y lo hizo en conjunto y con el obvio consentimiento de CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., que ambas terminaron modificando el contrato

garantizado, pues de facto cambiaron sus condiciones, entre otras extendieron su término por encima del pactado originalmente, lapso adicional durante el cual además se realizaron más pagos no acordados al contratista, y pese a que, como se sostiene en la demanda, él supuestamente estaría incurso en el incumplimiento de sus obligaciones convencionales, de esa manera se dio lugar a un cambio de las condiciones del contrato garantizado, alterando el negocio jurídico que inicialmente fue materia de la cobertura de cumplimiento, sin detrimento de otro hecho adicional, descubierto ahora, que se suma a dicho cambio de la convención amparada, específicamente que en ese contexto y en medio de ese conjunto de circunstancias, la alteración misma de lo acordado se aparejó de una agravación del estado del riesgo asegurado, que incidió negativamente en la potencialidad de incumplimiento de las obligaciones garantizadas del constructor, agravándose de forma evidente y sería la posibilidad de su realización.

Efectivamente, la situación crítica que estaba atravesando el contrato de obra, por la iliquidez e insolvencia del constructor, las dificultades para el cumplimiento del cronograma de ejecución de la obra, el desequilibrio que generaba la ejecución de sus condiciones, junto a otros factores, que lo estaban afectando, y que prudentemente debieron considerar y motivar a las partes, en vez de esto y de obrar en conjunto atendiendo tal realidad objetiva, del devenir de la convención, solucionando lo que ocurría, entre otras formas, adoptando medidas preventivas y cuidadosas, con miras a la contención de lo que estaba sucediendo, para evitar un real incumplimiento irremediable o efectivo, contrariamente, ignorando ese escenario, los contratantes no sólo no hicieron nada para mitigar la eventualidad de un incumplimiento, adoptando ajustes pertinentes, sino que cambiaron por su cuenta. sin reportar nada sobre el particular a la aseguradora, las condiciones de lo pactado inicialmente, pero así paradójicamente incrementaron el riesgo amparado de un incumplimiento, particularmente porque alteraron de facto los términos del plazo contractual, la forma, el tiempo y las cantidades de los pagos al contratista, los valores de estos, endeudando más al contratista, poniéndolo en condición de mayor apremio, so pretexto de solventar la falencia de caja, lo cual resultó contraproducente, dada la acumulación las obligaciones corrientes, que le eran inaplazables a él, para la ejecución, como la de salarios, prestaciones y demás. Así, de forma impensable optaron por medidas bilaterales que no ayudaron, sino que agravaron la crisis del proyecto, incrementando anormalmente la posibilidad de su fracaso por incumplimiento, ya que lo que hicieron fue volver más oneroso y tortuosa la posibilidad de que el constructor terminarla, incluso haciéndole pagos que evidentemente profundizaron, como efectivamente ocurrió, la problemática para la continuidad y sostenibilidad del trabajo convenido.

Esta situación descrita de forma amplia, constituyó la cierta agravación del riesgo asegurado, que no le fue informada al asegurador por parte de la contratante, ni por parte del contratista, y de esa forma se configuró el presupuesto normativo consagrado en el artículo 1060 del Código de Comercio, en virtud del cual, se surtió el efecto jurídico de la terminación automática del contrato de seguro, lo cual exime a mi procurada de cualquier obligación en este caso.

Siendo lo anterior fundamental, ya que dicho efecto fulminante del seguro, es dado por la omisión de información a la Aseguradora, de la propiciada agravación del estado del riesgo, concretada en este caso, por la introducción de modificaciones citadas de hecho a lo que se había convenido, en la medida que (i) alteraron las condiciones de la convención o de lo que era materia de la garantía de cumplimiento, toda vez que mi procurada no amparó y nunca emitió consentimiento alguno para hacerlo, porque desconocía las condiciones nuevas que de facto el demandante y el contratista, a espaldas de ella, introdujeron reformando el contrato, al ampliar el plazo de la obra, al establecer y efectuar más pagos extemporáneos y en medio de la crisis, al afectar negativamente el riesgo asegurado, agravándolo, en cuanto potencializaron la peligrosidad de que el mismo se produjera, lo cual permite confirmar, que los actos de las partes, que confirman

la conducta negocial conclusiva de cambiar de hecho lo que se había acordado, con una variación de las condiciones del contrato, mediante el conjunto de los actos propios de la demandante y de su contratista, cuando obraron acordemente entre sí, en esa dirección, en la que sustituyeron el alcance del contrato que respaldaba mi poderdante, que, por sustracción de materia, es diverso o no corresponde al acuerdo cuyo riesgo de violación estaba cubierto en un principio. Recuérdese, que conforme al artículo 1056 del estatuto de los comerciantes, la Aseguradora había asumido el riesgo de violación de un convenio diferente a lo que las partes en la práctica comenzaron a ejecutar, que es diferente al garantizado.

A lo cual se agrega, y sobresale el evidente efecto surgido por la norma del citado Artículo 1060 del C. de Co., porque, simultáneamente se produjo la agravación del riesgo asegurado, el que se le trasladó mediante la póliza, y que como semejante situación no le fue notificada a ella, también se produjo el citado efecto de la terminación del seguro.

FRENTE AL HECHO “QUINTO”: No es un hecho, porque solo recoge una serie de manifestaciones u opiniones subjetivas de la parte demandante, primero, respecto de una estimación suya de las calidades del contratista y sobre lo que, según aquella, constituiría la experticia de la misma; pero tales subjetividades y consideraciones están siendo presentadas como base, para una explicación de contenido técnico que mi representada no conoce ni comparte. Aunque no se tenga un conocimiento profundo del componente técnico de ingeniería, ya que se presenta a manera de explicación de un sistema técnico que, según la demanda, supuestamente se podría utilizar para obtener algunos beneficios o una optimización; todo esto, es de todos modos completamente extraño y resulta amañado formularlo especulativamente, para emplearlo como base de las pretensiones.

Consecuentemente no se acepta ese conjunto de supuestos, o especulaciones y aseveraciones respecto de beneficios o de bondades, que según los demandantes se obtendrían de un determinado sistema constructivo, que no aparece así convenido en el contrato garantizado. Lo cual se indica, sin perjuicio de reiterar que ello no le consta a mi representada que, como aseguradora, su objeto social es diverso al de la ingeniería civil, y no se acepta lo que en este hecho presenta subjetivamente la actora, lo cual tampoco tiene respaldo en el texto contenido del contrato garantizado por la aseguradora.

FRENTE AL HECHO “SEXTO”: en este numeral se efectúan varias manifestaciones, frente a las cuales hay que advertir que, no constituyen un hecho, sino que recogen consideraciones subjetivas, por supuesto amañadas e inferencias de lo que cree la parte demandante, y, por lo tanto, mi mandante no las acepta. Al igual que se señaló frente al hecho anterior, aquí nuevamente se aprecia que la parte demandante está haciendo una exposición, de lo que piensa que debiera ser la administración y planeación, que según su subjetiva opinión debiera observarse para la ejecución de un contrato como el garantizado, así plantea lo que a su juicio debiera hacerse, atendiendo las especificaciones de lo pactado en el contrato que emplea la actora para sostener sus pretensiones. Entonces, este hecho, no es más que una habilidosa presentación de sus criterios subjetivos y no de un real fundamento fáctico, hecho para tratar de justificar las supuestas razones, por las cuales unilateralmente la parte actora tomó la decisión de contratar, y con esto pretende explicar, su aparente rechazo de un cambio del sistema de construcción en medio de la ejecución de la obra.

No obstante, ese esfuerzo explicativo, que no está probado, por sí solo resulta insuficiente y estéril, y a esta altura es inaceptable, ya que esto no puede cambiar los efectos que se surten de los actos propios del consorcio y de las sociedades demandantes, consideradas individualmente, por cuanto de manera clara, durante el desarrollo del contrato, obraron sin excepción en la

dirección de consentir, estando debidamente informadas de todo lo que estaba acaeciendo, dentro de la ejecución del contrato, para que el mismo se desarrollara, precisamente, como lo estaba haciendo el contratista, es decir que se cumpliera tal y como efectivamente se hizo, por ende, no pueden, con se hace en la demanda, ahora desconocer la legítima confianza que la conducta de la parte actora y sus actos le dieron al contratista, respecto de la aceptación de lo que él estaba ejecutando, al punto que de esa forma, al unísono las partes, mutuamente, dada la forma en la que obraron, terminaron modificando las condiciones o especificidades de la manera en la que tenían que ejecutarse las obligaciones del constructor, y en consecuencia no puede ahora la accionante, dolerse o reclamar por lo que estima habría constituido un supuesto cambio del sistema constructivo y del tiempo requerido para su culminación, toda vez que sus actos en sentido contrario, la atan debido a la regla, según la cual nadie puede ir en contra de sus propios actos, por la regla *venire contra factum proprium non valet*; y este efecto jurídico vinculante, es el que efectivamente constituyó una mutación del alcance y particularidades de las obligaciones del contrato garantizado, como lo confiesa en este hecho la accionante, por lo tanto al haberse cambiado el contenido, características y especificidades de las obligaciones convencionales, cuyo cumplimiento estaba asegurándose, sin haberse informado ni contado con el previo consentimiento de la Aseguradora, por esto se concluye que esa modificación, cambió las obligaciones respaldadas con la póliza y en esa medida su infracción no está comprendida bajo la cobertura de cumplimiento.

Suramericana exclusivamente amparó el contrato, en la forma y condiciones en la que se estipuló originalmente por las partes, luego la alteración de las condiciones de la convención y de las obligaciones del contratista, quedó al margen de la protección y su eventual infracción no puede confundirse, porque obviamente no se encuentra comprendido en la cobertura dada por la Compañía, porque su cumplimiento no corresponde a la realización de la condición suspensiva requerida, y su ocurrencia no da nacimiento de la obligación de indemnizar. Esta alteración de la materia de la cobertura de la póliza de cumplimiento, resulta vital en este momento, en vista del principio que señala que el asegurador únicamente cubre los riesgos que a su exclusivo arbitrio consintió en aceptar, conforme a la norma del artículo 1056 del Código de Comercio, lo que confirma que las nuevas obligaciones, luego de la modificación de hecho efectuada, por supuesto están por fuera de lo que mi mandante aceptó que le fuera trasladado al perfeccionarse el aseguramiento.

Lo anterior se resume en que no hay cobertura para las obligaciones mutadas, por y al arbitrio de las partes del contrato garantizado, ya que nunca se consintió darle amparo a su eventual incumplimiento, y esto se opone, sin perjuicio del efecto adicional que se observó en este caso, específicamente, el hecho de que habiendo las partes alterado, con su recíproca, mutua y coincidente conducta, las obligaciones del contrato, esta situación aparejó colateralmente dichas consecuencias, concretamente, la agravación del riesgo asegurado de incumplimiento del contrato en la forma en la que había sido concebido en un principio por las partes, ya que acentuaron las circunstancias que podían dar paso a su colapso por el incremento de la peligrosidad de su incumplimiento, dadas las condiciones previstas en un comienzo para la ejecución de la obra, en cuanto al mutarse la forma de ejecución de las obligaciones, las partes terminaron introduciendo, a ciencia y paciencia de la demandante, y más aún con su consentimiento evidente y tácito, cambios en la forma de ejecución del objeto, que hicieron imposible, financiera y técnicamente, en la práctica, la ejecución del contrato en el plazo convenido primigeniamente.

FRENTE AL HECHO “SÉPTIMO”: no le consta a mi mandante, porque se refiere a una aseveración, de lo que estima subjetivamente la parte demandante, que dice hacerlo sosteniéndose en lo que se encuentra en un link de la web, cuyo contenido no conoce mi

representada, ni reconoce, por tratarse de un elemento ajeno al contrato garantizado, ya que en el mismo no hay ninguna condición que obligue a las partes, según lo que aparezca en tal link ni nada por el estilo. Además, se trataría de un hecho sin relación con las pretensiones del proceso, ya que en ninguna parte del contrato garantizado se refiere que hubieran concertado ceñidos a lo que apareciera en la web o el mundo virtual.

Respecto del contenido de las imágenes que aparecen en la demanda, se llama la atención porque no se conoce su origen, se trataría de mensajes de datos o documentos electrónicos, que no cumplen con las condiciones de la ley 527 de 1999, para ser tenidos como prueba dentro del proceso y en cuanto mi representada no le consta nada sobre el particular, no los puede aceptar, porque ella no tiene que ver con su actividad o esas supuestas publicaciones.

FRENTE AL HECHO “OCTAVO”: al igual que en el numeral anterior, repetidamente, lo que aquí se asevera no le consta a mi mandante, porque se refiere a una afirmación de lo que estima subjetivamente la parte demandante, quien dice hacerlo sosteniéndose en dicho link, cuyo contenido no conoce mi representada por tratarse de un elemento ajeno al contrato garantizado, ya que en el mismo no hay ninguna condición que obligue a las partes según lo que aparezca en tal link ni nada por el estilo. Además, se trataría de un hecho sin relación con las pretensiones del proceso, ya que en ninguna parte del contrato garantizado se refiere a que los contratantes hubieran concertado ceñidos a lo que apareciera en la web o el mundo virtual.

Respecto del contenido de las imágenes que aparecen en la demanda, se llama la atención porque no se conoce su origen, se trataría de mensajes de datos o documentos electrónicos que no cumplen con las condiciones de la ley 527 de 1999, para ser tenidos como prueba dentro del proceso y en cuanto mi representada no le consta nada sobre el particular, no los puede aceptar, porque ella no tiene que ver con su actividad o esas supuestas publicaciones.

FRENTE AL HECHO “NOVENO”: no es cierto en la forma que se expresa este hecho; por cuanto sólo se transcribe un aparte del contrato, y se deja fuera de contexto, en contravía de las reglas de interpretación de los contratos los cuales deben ser apreciados en su integridad. Por lo tanto, debe estarse al texto íntegro de la convención garantizada, ya que la totalidad de sus condiciones son las que lo definen, no sólo la cláusula primera; y sin perjuicio de las causales de invalidez o ineficacia, que obviamente también inciden frente al asegurador que respalda las obligaciones del contratista, en cuanto la invalidez de cualquiera de las estipulaciones de deberes, comporta también el mismo efecto liberados o la imposibilidad de hacer efectiva la garantía brindada mediante la póliza. Además de esto, se observan errores adjetivos de digitación, tales como el del número del contrato, ya que el que es materia del amparo de la póliza de cumplimiento, se distingue con el número 41455 y no 41555.

Igualmente, es preciso señalar que mi representada solo fue informada de uno de los cambios que las partes del contrato realizaron de mutuo acuerdo, específicamente a través del “OTROSÍ No. 1” del 09 de noviembre del 2019, y respecto del cual se destaca que este es el único acto del que sí solicitaron a la Aseguradora su amparo bajo la póliza, pero no por esto su tenor puede interpretarse exegéticamente, en la forma literal concebida, primero porque mantuvo condiciones que eran claramente abusivas del texto del contrato inicialmente pactado, e incorporó otras que de igual forma abusiva, se sumaron lesivamente a aquellas. En efecto, véase cómo, mientras que mutuamente plasmaron que, los ajustes se refieren principalmente al manejo del componente financiero, lo cual también implícitamente, en la práctica, comprendió un acuerdo según el cual extendieron y entendieron que la obra necesariamente requería de un tiempo mayor, al plazo acordado en un comienzo para su confección, como lo confirma la mera circunstancia de que el otrosí se firmó en dicha fecha, es decir varios meses después del plazo de entrega convenido

inicialmente, sin hacerse reproche o la definición de responsabilidad o de incumplimiento alguno del contratista, lo cual muestra que ahí las partes de manera tácita reconocieron que éste si venía cumpliendo, y por lo tanto es abusivo el pacto de la cláusula quinta del otrosí, que establece que no se cambian los plazos de entrega pactados originalmente, pese a que lo que pactaron obviamente indica lo contrario, y tampoco se están condonando o perdonando mutuamente incumplimientos y/o sanciones y/o multas que se hubiesen o pudiesen causar de lo convenido.

Por consiguiente, resulta abusivo que mientras se concierta para señalar cómo se continuaría con la financiación o apalancamiento de la ejecución, a partir del 09 de noviembre del 2019, arbitrariamente se le esté anunciado sanción al constructor, que obra lealmente motivándolo en el supuesto vencimiento del plazo contractual inicial, 10 de agosto del 2019, lo cual provocó una situación en el que las partes de mutuo acuerdo pactaron para que el contratista pudiera desarrollar la obra, sin que esto implicara incumplimiento suyo, desde el 09 de noviembre del 2019, lo cual torna en abusivo y arbitrario que ilógicamente se le endilgue por esa causa una responsabilidad, como si le fuera exigible la entrega final retroactivamente, en aquella fecha, cuando la contratante, al contrario, está dando su consentimiento para que siga haciéndolo, por supuesto bajo el entendido de que lo está realizando oportunamente. Resulta ilógico y paradójico ese pacto, si fuera posible entenderlo como pretende la demandante, primero, como un acuerdo para que con los cambios del componente financiero el contratista pudiera seguir la ejecución de la obra precisamente a partir de la suscripción del otrosí; y, a renglón seguido, se estuviera aceptando que la contratante, a su arbitrio, pudiera señalar como plazo para la entrega de una obra que reconoce que no se podría haber hecho antes, principalmente por causa de dificultades de caja, una fecha retroactiva.

Al fin y al cabo, es oportuno preguntar ¿pactaron o no que la ejecución continuaría siendo pertinente después del 09 de noviembre del 2019?; como obviamente la respuesta es afirmativa, cabe preguntar ¿si entonces puede predicarse incumplimiento por el vencimiento de la fecha de entrega, pese a que la contratante y acreedora contractual consintió, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, que el contratista pudiera continuar pertinentemente la confección de la obra después del 09 de noviembre del 2019?; la respuesta a este interrogante es negativa, toda vez que como la contratante aceptó que después de tal fecha se implementaría el ajuste que requería el contrato, en materia de financiación, para que pudiera ser posible su ejecución, lógicamente resulta incoherente y contrario a su propio actuar, aceptar lo que ahora está esbozando en sus pretensiones, en busca de una declaración de incumplimiento por la no entrega antes del 10 de agosto del 2019.

A lo anterior se agrega, que por esa vía abusivamente la contratante, se estaría erigiendo como la acreedora de un supuesto incumplimiento, a pesar de que no aparece este acreditado, y que al contrario se desvirtúa con el tenor literal del otrosí, máxime que para poder hablar de incumplimiento habría tenido que concertarse en ese sentido, en una especie de transacción, que no existe y definitivamente el otrosí no tiene ese alcance.

Sobre este particular, es dicente el contenido de los numerales tres y cuatro de las consideraciones del otrosí, por cuanto en ellas se habla sólo de dificultades de flujo de caja del contratista para cumplir, pero no se habla de incumplimiento suyo, toda vez que las partes de mutuo acuerdo, aquí expresamente terminaron justificando lo que en el tiempo de más estaba tomándose la ejecución de la obra, y este si fue un cambio del contrato que no había sido informado a mi representada, pues extendieron de hecho el plazo de la convención y tal modificación no era parte de lo que la aseguradora amparó. Aquí es importante recordar seguidamente lo que rezan dichas estipulaciones del otrosí:

3. Que el CONTRATISTA C.P.A. – CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., se encuentra inmerso en dificultades de flujo de caja para cumplir con sus compromisos financieros con sus contratistas y obreros. Esta situación de iliquidez temporal afecta el desarrollo y ejecución del presente contrato.
4. El CONSORCIO LATCO A2, por la necesidad de cumplir con los compromisos con el CONTRATANTE COMFANDI está dispuesto a obtener los flujos de caja necesarios e indispensables para culminar la obra que corresponde ejecutar al CONTRATISTA C.P.A. – CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. Cualquier costo financiero y/o GMF y/o impuesto que impliquen estos recursos que debe suministrar CONSORCIO LATCO A2 serán a buena cuenta del CONTRATISTA C.P.A. – CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A.

Esto sin perjuicio de otro efecto surgido, por los demás cambios, ya indicados, del contrato de obra, que de hecho las partes con sus actos bilaterales efectuaron en su negocio jurídico, y lo hicieron durante su ejecución, variándolo al introducir de facto, y sin informar de ello a la Compañía de seguros, casi desde el mismo inicio de la obra, mutaciones de las condiciones en las que debían cumplirse las obligaciones contraídas por el constructor garantizado, pues a sabiendas de que se venía cumpliendo, ambos contratantes resolvieron alterarlo en la práctica, así, (i) cambiando lo que era materia del amparo de cumplimiento, en la medida que la cobertura del seguro solo se contrae a las obligaciones y condiciones concertadas originalmente, y no se extiende a las mutadas de hecho por los contratantes, porque obviamente resultan ajenas a la cobertura otorgada, y (ii) porque además de la sustitución adicionalmente esta comportó una agravación del riesgo que se había asegurado, alteración de este carácter que no le fue informada a mi procurada, la cual por ende no tuvo la oportunidad de manifestar o decidir si asumía o no el riesgo así incrementado, lo cual la libera de cualquier responsabilidad u obligación indemnizatoria, conforme al Art. 1060 del C. de Co.; sin olvidar que nunca contrajo el deber de correr con el riesgo del cumplimiento de lo que de esas mutaciones se derivó para los contratantes, es decir, que los cambios así efectuados por las partes del contrato, resultan extrañas a la cobertura del seguro.

FRENTE AL HECHO “DÉCIMO”: No es cierto, puesto que la protección no está relacionada con los riesgos del contrato civil de obra, sino que se contrae al amparo del incumplimiento de este último, lo cual es muy diferente a lo que se afirma en este hecho.

Es oportuno reiterar, que por supuesto dentro de la cobertura del riesgo de incumplimiento por parte del contratista, no está incluida la eventualidad de que él incumpliera obligación alguna diferente o sujeta a circunstancias o condiciones distintas a las pactadas expresamente en el contrato y es por esto que, como las partes por su exclusiva cuenta y riesgo, a espaldas de la aseguradora, optaron bilateralmente por modificar la manera y el tiempo en la que el contratista tenía que ejecutar la obra, extendiéndolo de hecho más allá del término convencional, alterando la manera en que debían hacerse los pagos por parte del contratante, entre otras, endeudando al constructor, y en fin introduciendo una serie de condiciones que cambiaron las particularidades de la forma en la que se habían concebido las situaciones en las que se llevaría a cabo la obra, Etc.; se concluye que todo lo sucedido al respecto, en cuanto constituye una variación de la identidad de lo que era materia de la protección mediante la póliza, es decir de lo que se había pactado en un principio, no corresponde al riesgo que se le trasladó a mi representado y por ende su eventual ocurrencia, tampoco es el cumplimiento de la obligación suspensiva de la que pende la obligación de indemnizar.

Para finalizar, se retoma y reitera lo dicho atrás, sin perjuicio de lo que se acaba de indicar de los cambios contractuales y/o de las obligaciones garantizadas, que por ende son extrañas a la cobertura, la póliza tampoco cubre los riesgos que la parte demandante en este punto denomina impropiaamente “riesgos del contrato civil de obra” y ahora se cita lo que en síntesis interesa a los amparos que se otorgaron, que textualmente fueron lo siguientes:

COBERTURAS DE LA PÓLIZA**COBERTURA**

BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO
ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES

Sumado a lo anterior, desde ya téngase en cuenta que la referida póliza no puede ser afectada en esta contienda por cuanto:

- (i) El contrato de seguro terminó de manera automática por no haberse notificado oportunamente la modificación del riesgo asegurado. Ciertamente, conforme se informó al accionante mediante la objeción a la solicitud indemnizatoria por él presentada, que no era una reclamación formal, una vez iniciada la ejecución del contrato de obra, las partes modificaron de hecho los plazos y el cronograma en el que se ejecutaría la obra, es decir la oportunidad y manera en la que se haría la construcción y las condiciones del componente económico de la convención, sin informar ni contar para ello con la previa autorización o con el consentimiento de la Aseguradora, la cual se vio privada de la posibilidad de emitir su consentimiento sobre si aceptaba o no dar amparo a todas esas modificaciones; con ocasión de la mutación de los términos escritos del contrato y de la manera, oportunidad y condiciones en las que se debían ejecutar las obligaciones, que de hecho y consensuadamente introdujeron los contratantes, sin el concurso ni notificación a mi procurada, implicó que todo lo ocurrido desde entonces, difiere de lo que era objeto de la cobertura de la póliza, del objeto mismo de la protección otorgada, ya que el riesgo asegurado no era lo que la demandante y el constructor comenzaron a hacer mutuamente, por cuanto se sustrajo la esencia de lo que se encontraba cubierto inicialmente y en consecuencia, su eventual infracción resulta extraña al aseguramiento, al riesgo asegurado, a la obligación condicional del asegurador, quien por ende está exento, máxime cuando la entidad asegurada y contratante no obtuvo el consentimiento de la Compañía que procuro, para tener una garantía que cubriera los riesgos del eventual incumplimiento de esas nuevas condiciones contractuales, que incorporaron a la convención que se había pactado y cuyo texto literal es el único que se contempló en el aseguramiento. Todo esto, acorde con el precepto del artículo 1056 del Código de Comercio, en virtud del cual, el asegurador a su arbitrio es quien define, cuáles son los riesgos a los que está expuesto el interés asegurable, que amparará; por sustracción de materia, entonces, en el seguro de cumplimiento, si el contrato garantizado estipula las obligaciones que se están respaldando mediante la póliza, la sustitución de estas, su naturaleza, alcance, términos, tiempo de ejecución, forma de pago, Etc., comporta el reemplazo de aquellas que estaban amparadas contra el riesgo de incumplimiento y lógicamente, las obligaciones así variadas, las que quedan por acuerdo de las partes, que pueden ser expresado de facto o de hecho, evidentemente, determinan que la identidad de las nuevas condiciones del contrato garantizado, en cuanto han sido mutadas, son ajenas a la protección dada por la Compañía de Seguros.

Es así, como de acuerdo con la prueba documental en el expediente, la fecha de terminación pactada en el contrato de obra No. 41455 para la etapa I, era el **27 de abril de 2019**, para la etapa II, el **22 de junio de 2019**, y la última, es decir para la etapa III, el **10 de agosto de 2019**; no obstante, sin que se hubiera surtido ninguna comunicación al respecto hacía mi mandante, las partes del contrato garantizado por su cuenta y riesgo, decidieron de hecho cambiar lo pactado y en ese sentido consintieron en modificar el plazo

de ejecución del contrato, las condiciones en que se llevaría a cabo la obra restante, la manera y oportunidad en la que se entregaría, el componente económico requerido, la financiación, las obligaciones de carácter dinerario, los pagos al contratista, Etc., quien lo asumiría como una carga adicional, entre otras, y para ello consintieron recíprocamente mediante sus actos, es decir los que cada una de las partes cumplió, aún después de culminado el término inicial del contrato que se garantizó. Fue de esa manera en la que, mediante actos propios de ambos contratantes, desarrollados bilateralmente, evidenciados en sus respectivas y nuevas actividades, que el contrato se cambió.

Así se produjo la modificación del contrato que había sido respaldado con la póliza y ya en esa novísima convención, cambiada de facto, la hoy demandante incurrió en pagos, cuya realización tuvo lugar con una alteración de los criterios que inicialmente se habían concebido para la confección de los mismos, tal como la demandante lo confiesa en los hechos vigésimo segundo y vigésimo tercero del escrito introductor. Modificaciones éstas relacionadas sólo de manera enunciativa, que no fueron informadas a la Aseguradora, lo cual claramente sustituyó las condiciones del contrato garantizado, es decir aquellas bajo las cuales mi mandante inicialmente aceptó que se le trasladara el riesgo, o sea que se le cambió la identidad de lo que era materia de la cobertura y por ende extrañas al riesgo amparado y a la condición suspensiva que sujeta el nacimiento de la obligación de indemnizar, según los Arts. 1054, 1056, 1072, 1077 y 1080 del C. de Co.

Esto ocurrió, liberando a la aseguradora, y sin perjuicio de otra situación que colateralmente emergió, pues junto con la modificación de las condiciones del contrato, me refiero ahora a la modificación del estado del riesgo amparado, terminaron agravándolo, tal como se explicará en el numeral siguiente.

Pero antes ha de recordarse lo que ya mi representada le manifestó a los actores, mediante la carta de objeción respectiva, así:

*“(…) Bogotá D.C., 17 de febrero de 2021
CUM-02-0048*

*Señora
Ana Milena Hurtado Florez
CONSORCIO LATCO S.A. A2
Calle 17 Norte No. 9N – 23, Barrio Granada
Email: info@latcosa.com; gerencia.ana@latcosa.com
Teléfono (2) 6676759 – (2) 6676766 – (2) 6670552
Cali – Valle del Cauca*

*Asunto: Seguro de Cumplimiento de Grandes Beneficiarios No. 2235271-6
Expediente: 9200000278897
Contrato No. DO41455 - C.P.A. Construcciones Prefabricadas S.A.*

Cordial saludo,

Uno de nuestros compromisos en Sura es atenderle de manera oportuna y entregarle información clara sobre sus requerimientos.

En atención a la solicitud de indemnización presentada, como consecuencia del posible incumplimiento por parte de la sociedad C.P.A. CONSTRUCCIONES

Página **10** de **117**
S/DMMN -DH

PREFABRICADAS S.A. EN CONCORDATO, de las obligaciones en entregas de acuerdo al cronograma y la calidad del trabajo derivadas del contrato de obra civil DO41455, cuyo objeto es: "CONSTRUCCIÓN DE CIEN (400) APARTAMENTOS EN EL PROYECTO CIUDADELA RIO", Seguros Generales Suramericana S.A., lamenta informarle que no atenderá favorablemente su solicitud.

La anterior determinación se fundamenta en que, al analizar los soportes que reposan en el expediente, se observa que la fecha de terminación pactada para la etapa I, era el 27 de abril de 2019, la etapa II el 22 de junio de 2019 y la etapa III el 10 de agosto de 2019; sin embargo, las actividades contractuales se siguieron ejecutando posterior a las fecha en mención, incluso incurriendo el asegurado en pagos por los avances de obra realizados por fuera de la vigencia del contrato, modificaciones que no fueron informadas a la aseguradora, siendo esto, una exclusión en el contrato de seguro que se pretende afectar, configurándose, además, una agravación del estado del riesgo amparado.

Al respecto, en el condicionado de Seguro de Cumplimiento para Grandes Beneficiarios, según la forma F-01-12-087, señala:

"Sección II – Exclusiones

Sura no pagará los perjuicios causados directa o indirectamente por:

(...) 8. Los perjuicios derivados de las modificaciones introducidas al contrato garantizado, cuando no sean notificadas a SURA.

(...) Sección III – Otras condiciones

(...)

6. Terminación por agravación del estado del riesgo

Este seguro se termina si se hacen cambios al objeto, las obligaciones, la vigencia o al valor del contrato garantizado, si estos no son informados a SURA 10 días después de realizados para evaluar el nuevo riesgo y determinar si se cubren o no dichas modificaciones."

Sin perjuicio de lo anterior, es decir, las modificaciones no informadas a la aseguradora y la agravación del riesgo amparado, que hacen improcedente la afectación de la póliza que nos ocupa, en el evento de existir cobertura, no están dados los presupuestos previstos en la ley, para que surja la obligación de indemnizar, toda vez que, el artículo 1077 del Código de Comercio, prevé que: "Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso..."; presupuestos estos que deben concurrir, para que surja la obligación condicional de la Aseguradora, pues no basta con que se acredite el incumplimiento, sino que se requiere que, se acredite la prueba del daño y el monto del perjuicio. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado:

"... la obligación de indemnizar surge a cargo de la compañía aseguradora únicamente ante la prueba del daño y el monto del perjuicio, y que, por ende, el beneficiario carece de derecho a ser indemnizado con base en la prueba del simple incumplimiento del tomador".

Conforme a lo anteriormente expuesto, no existe obligación indemnizatoria con cargo al seguro de Cumplimiento de Grandes Beneficiarios No. 2235271-6. Por lo

anterior, Seguros Generales Suramericana S.A., objeto la solicitud presentada (...).”

- (ii) En efecto, como se anunció, las implicaciones del cambio de facto de las condiciones y obligaciones del contrato garantizado, a más de sustituir las obligaciones que eran objeto de garantía con la póliza, como se está explicando, adicionalmente comportaron una agravación del riesgo de incumplimiento, configurándose la causal legal de la terminación automática del seguro, según lo estatuido en el Código de Comercio, artículo 1060, debido a que esa variación del riesgo asegurado, incrementó ostensiblemente la posibilidad de realización de un siniestro, acentuándolo anormalmente, porque adicionalmente no le fue informada tal potencialización de su peligrosidad a la Aseguradora, y este es el presupuesto normativamente consagrado, que genera tal efecto fulminante del contrato de seguro, que conlleva la exoneración del asegurador.
- (iii) En ese mismo sentido, aparejando la citada norma del Art. 1060, la póliza reitera esa regla, aceptada por la actora, ya que al tomarse el seguro, también se pactó esa misma consecuencia, de la culminación del aseguramiento, repito pese a que por ministerio de la ley se produce *ipso jure* la finalización del aseguramiento en forma automática, como se lee en lo que fue explícitamente acordado en el seguro, en el numeral sexto de la sección tercera de las condiciones generales, que reza lo siguiente:

Sección III - Otras condiciones

6 Terminación por agravación del estado del riesgo

Este seguro se termina si se hacen cambios al objeto, las obligaciones, la vigencia o al valor del contrato garantizado, si estos no son informados a SURA 10 días después de realizados para evaluar el nuevo riesgo y determinar si se cubren o no dichas modificaciones.

Independientemente de lo expuesto en los numerales más atrás, sobre el cambio que de facto hicieron las partes, sin notificarlo a la Aseguradora, del contrato garantizado y de las repercusiones que esto implica, en cuanto se sustituyó la identidad de lo que era materia de la protección otorgada, de manera que mi mandante no puede ser obligada a pago alguno respecto de los nuevos términos del renovado de facto negocio jurídico, cuyas condiciones le son inoponibles a mi defendida y su eventual incumplimiento resulta inane, por ser diferente al cumplimiento del riesgo que se aseguró, lo que en este ítem se ha indicado, es que esa situación además dio lugar a que se produjera una agravación del estado del riesgo, incluso si se sostuviera que aquella mutación no significó un cambio del objeto del contrato, ya que de todas maneras sí se produjo una alteración respecto de los términos temporales, económicos, Etc., bajo los cuales se desarrollaría el contrato de obra, porque aparejó un notorio incremento en la peligrosidad de que se produjera el incumplimiento, es decir, agravando el riesgo, sin que las partes hubieran notificado a mi procurada dentro de los diez días posteriores a tal variación del estado del riesgo, de lo cual se derivó el efecto jurídico dispuesto en el mentado artículo 1060 del Código de Comercio¹, porque acrecentó de manera ostensible e irregular, el grado de exposición o la potencialidad del incumplimiento del constructor.

¹ De conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio: “(...) 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

Por lo tanto, se acentuó anormalmente la probabilidad de incumplimiento y el riesgo asumido por la Compañía, al momento de perfeccionarse el contrato de seguro, lo cual aparte de que perturba el equilibrio prestacional, que es, precisamente, lo que se protege con la notificación de las circunstancias constitutivas de la agravación del riesgo, para que la Aseguradora pueda o no consentir seguir dando el amparo pese a que con las nuevas características y condiciones en las que queda el riesgo que se le trasladó. La falta de notificación de esa modificación e incremento del riesgo es lo que la ley, y en este asunto la misma póliza, sancionan con la terminación automática del contrato de seguro, que efectivamente acaeció en el presente caso, ya que se trata de una especie positivamente consagrada de condición resolutoria.

Es importante tener en cuenta que esta agravación se deriva, del hecho mismo, de que las partes del contrato, a sabiendas de que el plazo contractual no se podía tener como tope, decidieron de facto cambiarlo, ampliando lo pactado y continuaron la ejecución del contrato, de financiar al constructor, pese a la situación en la que el constructor estaba experimentando problemas de liquidez y de solvencia; y sumado a ello, le siguieron efectuando pagos al contratista, le permitieron que prosiguiera con las obras; y así prolongaron anormal e irregularmente el contrato, varios meses después del 10 de agosto del 2019, sin que hubiera evidencia de la ocurrencia real de una situación de incumplimiento, tanto es así que la hoy demandante a ciencia y paciencia, con sus actos propios, permitió sin más que prosiguiera la ejecución de la obra y los propició haciendo pagos adicionales, lo cual contradice la lógica de cualquier contrato sinalagmático que entra en crisis, en el que, una mediana prudencia indicaría que no pueden proseguirse haciendo pagos a un deudor contractual, que (i) presuntamente está incumpliendo y menos (ii) si él estaba supuestamente en mora de cumplir, con lo que le correspondía hacer en el tiempo debido, esa situación fáctica, se suma a los factores que agudizaron la crisis convencional que se estaba viviendo, en la ejecución de la obra, y en esa medida lo que hicieron las partes contratantes fue, no sólo cambiar las condiciones contractuales iniciales, sino que también, agravaron las condiciones o peligrosidad del riesgo asegurado de incumplimiento. En ese sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, igual que el Consejo de Estado en su Sección Tercera, y particularmente el Tribunal Superior de Cali, mediante providencia dictada en el proceso declarativo de CALDERON INGENIEROS Vs. LIBERTY SEGUROS S.A.², precedente este que confirma, que en un caso como el presente, en el que se reúnen los presupuesto normativos, según las cuales las partes, primero, sin notificarlo a la Compañía cambiaron las condiciones o la convención que estaba garantizada mediante la póliza, y segundo, que lo hicieron, de suyo, dadas las novísimas circunstancias, a más de que son ajenas a la protección otorgada mediante el amparo, agravó el riesgo que se le había trasladado al asegurador, por ende mi representada está exenta de cualquier obligación en este caso.

Consecuentemente, sobresale de manera indiscutible, que la modificación del convenio en la forma indicada, potenció exponencialmente la posibilidad de que se produjera el incumplimiento y, en consecuencia, significó la agravación del riesgo. Véase que está demostrado en el plenario que las modificaciones al contrato de obra, sí se produjeron esa consecuencia, por cuanto, si se atendieran o aceptaran, en gracia de discusión, los

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 (...)". Negrita por fuera del texto original.

² Radicación 03-005-2006-00054-01 (10-203).

documentos adjuntos a la demanda, como si fueran prueba válida, y se concluyera que supuestamente estos versan en un cambio del plazo del contrato y el acuerdo respecto de pagos adicionales al contratista posteriores a la fecha de terminación del contrato garantizado y anteriores a la fecha en la que se suscribió el OTROSÍ, en verdad si comprueban que el contratante y el contratista por su exclusivo interés, sin notificar oportunamente a mi procurada, modificaron de facto y consensualmente las condiciones primigenias del negocio jurídico que mi mandante garantizó, lo cual sucedió a pesar de no haberse hecho por escrito, toda vez que, como lo ha reiterado la jurisprudencia y la doctrina más autorizada, se admite y reconoce que la conducta de las partes, que con su conducta negocial conclusiva, pueden y efectivamente hicieron un cambio de su contrato, que es ajena a la póliza, lo cual se dio en tal forma, porque comporta una modificación del contrato respectivo, cuando se surte, como en este caso, con la inequívoca e incuestionable voluntad bilateral de variar los términos o condiciones en los que se pactó por escrito originalmente.

Los actos propios de las partes del contrato, en una misma dirección, revelan lo que ellas voluntariamente quieren hacer y están haciendo, de forma que, si en ese sentido, sustituyen las condiciones escritas y ambas se muestran conformes con ello, dando o recibiendo lo que recíprocamente y de facto, decidieron hacer, se tiene que han sustituido lo que literalmente estaba escrito, es decir comportan una modificación consensual de un contrato escrito, que en este caso no tiene como requisito una solemnidad *ad sustanciam actus*.

Retomando lo expuesto sobre el efecto liberador del artículo 1060 citado, no puede echarse de menos que, el deber de mantener el estado del riesgo, no es una obligación *stricto sensu*, sino una carga que invariablemente “(...) *cumple el confesado propósito de preservar, durante la ejecución del contrato mismo, las condiciones esenciales que condujeron a que ese asentimiento fuera expresado, y, por tanto, a la contratación del seguro, de forma tal que en todo momento, en lo fundamental, se mantenga la ecuación necesaria entre el riesgo asegurado y el precio del contrato* (...)”³ (negrilla y Sublínea por fuera del texto original).

La agravación del riesgo, en este caso, como lo ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia, se dio por hechos o circunstancias que eran imprevisibles, sobrevinientes a la celebración del contrato y no solo eran conocidas real o presuntivamente por el tomador o asegurado, y el contratista garantizado, sino que sus características, como se ve palmario, que se encuentran demostradas y que, por lo tanto, produjeron la agravación del riesgo, y con ellas, al no haber sido notificadas oportunamente a la Aseguradora, causaron la terminación automática del contrato de seguro.

En primer lugar, el CONSORCIO LATCO S.A. A2 y el contratista no cumplieron con la carga de informar al asegurador que, **con posterioridad a la celebración del contrato de obra hizo modificaciones al mismo, en cuanto al incremento del plazo pactado, la realización de pagos en momentos en el que el contratista padecía de una situación de iliquidez, entre otros, hechos imprevisibles con influencia en el riesgo asegurado** pues alteraron negativamente las condiciones bajo las cuales fue asumido y desequilibran las prestaciones contractuales, que de ser conocidos por mi mandante, le habrían permitido sustraerse del contrato o exigir el reajuste del valor de la prima para

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de julio del 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

restablecer el equilibrio económico del negocio, o negarse a continuar asegurando el mismo dada la alteración de las condiciones del riesgo. En segundo lugar, claramente **fueron hechos conocidos por el asegurado, porque obedecieron a sus propias decisiones.** En tercer lugar, fueron imprevisibles, toda vez que no eran variables a considerar de forma natural y lógica por el asegurador al analizar el riesgo asegurable de acuerdo a la información entregada al declarar el estado del riesgo; de manera que, en definitiva, las modificaciones del estado del riesgo que se dieron aquí significaron la agravación del mismo, por ende, la violación del deber que imponía al asegurado la carga de informarlas al asegurador en los términos del artículo 1060 del Código de Comercio, y trajo la consecuencia de la terminación del seguro.

De otro lado, se resalta que, si bien la Compañía tenía conocimiento del otrosí suscrito entre los anteriormente mencionados, lo cierto es que, incluso bajo esa premisa, debe tenerse en cuenta que, dicho otrosí se suscribió el **09 de noviembre del 2019**, pero mi representada no fue informada de nada de lo que había ocurrido desde el 10 de agosto del 2019 y hasta dicha fecha, y, de acuerdo con lo que sostiene la demandante, el presunto incumplimiento que la actora reprocha, supuestamente se había producido, por parte de la sociedad CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., y que motivó la solicitud de afectación del contrato de seguro expedido por mi prohijada, habría iniciado desde antes del **06 de mayo del 2019, ni que las partes habían alterado el contrato garantizado.**

En efecto, de conformidad con el oficio identificado con No. LTA207-022-19, calendado del 06 de mayo del 2019, el señor Luciano Gómez, en su calidad de representante legal del CONSORCIO LATCO S.A. A2, documento cuyo contenido apenas se conoce ahora, informó al ingeniero Leonardo Gómez, gerente general de la sociedad CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., la supuesta trazabilidad frente a la ejecución del contrato de obra No. 41455, aseverando que, después de revisarse la programación y entrega de las unidades de vivienda del Proyecto Ciudadela Río Cauca, se advertía un supuesto incumplimiento por parte del contratista:

Santiago de Cali, 6 de mayo de 2019.
LTA207-022-19

Ingeniero
Leonardo Gómez
Gerente general
CPA Construcciones Prefabricadas S.A.
Ciudad.-

REFERENCIA: CONTRATO DO41455 CIMENTACIÓN Y ESTRUCTURA
ASUNTO: TRAZABILIDAD PROGRAMACIÓN DEL PROYECTO CIUDADELA RIO CAUCA II

Cordial saludo,

Durante el desarrollo de la obra y en relación con las actividades objeto del Contrato DO41455, se observa con gran preocupación que los compromisos adquiridos contractualmente y en las múltiples reuniones adelantadas con Ustedes para revisión de la programación y entrega de las unidades de vivienda del Proyecto Ciudadela Río Cauca II (cimentación, estructura en concreto y actividades complementarias de resanes), no se están cumpliendo por parte del contratista CPA Construcciones Prefabricadas S.A., razón por la cual en el presente comunicado se realiza una trazabilidad de dichos compromisos adquiridos antes y durante la ejecución de las obra contratadas, encadenando dicho incumplimiento:

CONSORCIO
LATCO
Latinoamericana de la Construcción

FAVOR REVOCAR
FIRMADO

En este punto, es claro que, si se le da crédito a los documentos referidos, cosa que no puede ser porque los mismos adolecen del poder demostrativo que se les quiere dar, de todos modos indicarían que la contratante supuestamente conocía del riesgo inminente de la consumación del alegado incumplimiento del contrato afianzado por mi mandante, y lo habría sabido por lo menos desde el 06 de mayo del 2019, puesto que, efectuado por la parte activa para esa data, el seguimiento del avance de la ejecución de la obra, la sociedad CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., presuntamente, no había cumplido con sus obligaciones en el porcentaje estipulado, y, que, en ese sentido, el accionante sabía que el estado del riesgo concertado en la póliza se había modificado sustancialmente, por hechos y circunstancias que habrían sobrevenido con posterioridad a la celebración del contrato de obra; y a pesar de ello, en vez de informar tal situación a mi mandante, lo que hizo fue de hecho cambiar o novar la convención y las obligaciones del constructor, mediante los cambios de facto del contrato, que de suyo, como ya se explicó agravaron el estado del riesgo, y además que demuestran, que contravinieron la obligación de evitar la propagación de un eventual siniestro, ya que al dar más financiación y plazo, estaban acrecentando el crédito contra la sociedad contratada y por eso los deberes de ella como contratista, que por supuesto estaría más expuesto a un colapso y de mayor magnitud, porque se tornaron cada vez más exigentes e impagables, y superiores al que se habría podido registrar, si fuera cierto y también se demostrara que desde entonces venía el incumplimiento del constructor, porque si se considera que luego los contratantes mutuamente cambiaron la convención, entre otras extendiendo sus tiempos de ejecución, endeudando más al constructor, haciéndole más difícil la satisfacción de sus deber novados o cambiados, obviamente se tradujeron en un impedimento del riesgo de incumplimiento.

En todo caso, se itera, la alteración de las condiciones bajo las cuales mi representada se obligó en virtud de la Póliza No. 2235271-6, y la inexistencia de la notificación oportuna frente a dicha situación y frente a las circunstancias que agravaban el riesgo y que, además, el contratista y el asegurado conocieron y no informaron a la Compañía, permiten concluir de forma indiscutible, que el referido aseguramiento terminó de manera automática desde el momento en que se venció la oportunidad que tenía el consorcio asegurado para notificar a la Compañía de dichas situaciones; o expresado de otra manera, desde el momento en que incurrió en mora en el cumplimiento de la carga que el artículo 1060 del Código de Comercio le imponía⁴, o en subsidio el mero cambio de las obligaciones convenciones, la alteración de facto de las obligaciones pactadas inicialmente, constituyó una mutación al contrato garantizado, que por supuesto resulta ajena a la protección brindada por mi representada.

- (iv) En el mismo sentido, convencionalmente también se libera mi representada, ya que lo expuesto fue igualmente estipulado, y se configuró una causal de exclusión de la obligación indemnizatoria pactada en el contrato de seguro que se pretende afectar. En efecto, en la sección II de exclusiones del condicionado de Seguro de Cumplimiento para Grandes Beneficiarios, forma F-01-12-087, se señala en el numeral octavo lo siguiente:

⁴ ANDRÉS ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004. Pág. 68.

Sección II - Exclusiones

Sura no pagará los perjuicios causados directa o indirectamente por:

- 8 Los perjuicios derivados de las modificaciones introducidas al contrato garantizado, cuando no sean notificadas a SURA.

En ese orden de ideas, de acuerdo con los argumentos anteriores, en el negocio jurídico inicialmente garantizado por mi mandante se introdujeron modificaciones que no fueron previa y oportunamente notificadas a la Aseguradora, respecto de la vigencia del contrato de obra, entre otras situaciones, que dan paso a la citada causal de exclusión, siendo imposible la afectación del contrato de seguro y por consiguiente, inexistente la obligación indemnizatoria que se pretender en contra de mi prohilada.

Por las razones expuestas, si bien no se desconoce que la aseguradora sí expidió la Póliza No. 2235271-6, lo cierto es que, las explicaciones y recuento fáctico anteriores imposibilitan la afectación de la misma, y aún ahora no lo permiten, trascendiendo inexistente el incumplimiento contractual que se deprecia en contra de mi prohilada en esta contienda, y por consiguiente la obligación indemnizatoria que a aquella se exige sin razón.

No puede olvidarse que la Póliza No. 2235271-6, contiene una obligación condicional, que solo nace a la vida jurídica si se realiza el riesgo asegurado, Art. 1054 Ib., es decir, el evento incierto al que se contrae el amparo otorgado, sin perjuicio de las causales de exoneración que eventualmente se produzcan, entre otras, es decir sin limitarse a, que no existan causales legales o convencionales de exoneración para mi procurada, como por ejemplo, la configuración de una o más causales de exclusión o de ineficacia o de inoponibilidad o de anulabilidad o de terminación del seguro o de pérdida del derecho a un resarcimiento, o en general de cualquier motivo de inoperancia del contrato que hagan inviable su afectación; y si el contratista garantizado es legal o contractualmente responsable por haber incurrido en incumplimiento de sus propias obligaciones contractuales, incluidas las asociadas a los deberes secundarios de protección, seguridad, información, Etc.

En este caso, la parte demandante, a espaldas de la Aseguradora obró en forma tal, en conjunto y con el consentimiento de CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., que ambas modificaron el contrato, extendiendo su término por encima del pactado originalmente, lapso adicional en el que se suma la realización de pagos a este último contratista, de manera que tuvo lugar no solo un cambio de las condiciones del contrato garantizado, alterando el negocio jurídico que fue materia inicialmente de la cobertura de cumplimiento, sino que a eso se suma que ese conjunto de circunstancias, alteraron el estado del riesgo asegurado, del incumplimiento de las obligaciones garantizadas del constructor, agravando de forma evidente y seria la posibilidad de su realización, toda vez que, el estado de cosas que estaba atravesando el contrato, dado que las dificultades para el cumplimiento del cronograma y ejecución de la obra, que prudentemente debieron considerar las partes, para obrar en conjunto atendiendo la realidad objetiva del devenir de la convención, entre otras, adoptando una conducta preventiva y cuidadosa, con miras a precaver un hecho de incumplimiento irremediable o efectivo, definitivamente fueron pasadas por alto, ignoradas, y por ende los contratantes, en vez de mitigar la eventualidad del incumplimiento que se podía producir, comunicando tal situación oportunamente a la Aseguradora, y especialmente redefiniendo los términos de plazo, de cantidades de obra, de valores de ésta, de evaluar la situación de caja del contratista, las obligaciones que le eran inaplazables a él para la

ejecución, como la de salarios, prestaciones y demás, de forma impensable optaron por medidas bilaterales que agravaron la crisis del proyecto, incrementando anormalmente la posibilidad de su fracaso, es decir agravando el riesgo de incumplimiento, ya que lo que hicieron fue volver más oneroso y tortuosa la posibilidad de que el constructor terminara, incluso haciéndole pagos que evidentemente profundizarían, como efectivamente ocurrió, la problemática para la continuidad y sostenibilidad del trabajo.

Esta situación descrita de forma amplia, que constituyó una agravación del riesgo asegurado, no le fue informada al asegurador por la contratante ni por el contratista y de esa forma se configuró el presupuesto normativo consagrado en el artículo 1060 del Código de Comercio, en virtud del cual, el contrato terminó automáticamente, eximiendo a mi procurada de cualquier obligación en este caso.

Siendo lo anterior fundamental, ya que este efecto fulminante del seguro es dado por la omisión de información a la Aseguradora, de una agravación del estado del riesgo, concretada en este caso, por la introducción de modificaciones de hecho a lo convenido, es decir alterando las condiciones de la convención o de lo que era materia de la garantía de cumplimiento, la parte actora y el contratista respectivo cambiaron también el negocio jurídico que fue objeto del aseguramiento, toda vez que mi procurada no amparó, y nunca emitió consentimiento alguno para hacerlo, las condiciones nuevas que de facto la demandante y la contratista, a espaldas de aquella, reformaron al ampliar el plazo, al establecer el pago en el momento de crisis, al afectar negativamente el riesgo asegurado agravándolo, en cuanto potencializaron la peligrosidad de que el mismo produjera, como efectivamente acaeció; permite confirmar, conclusivamente, que esa variación de las condiciones del contrato, consentidas mediante los actos propios de la demandante y de su contratista, cuando obraron acordemente entre sí, en esa dirección, terminaron sustituyendo el alcance del contrato que respaldaba mi poderdante, que, por sustracción de materia no corresponde al riesgo, que conforme al artículo 1056 del estatuto de los comerciantes, había asumido la Aseguradora. A lo cual se agrega el evidente surgimiento, simultáneo, de una agravación del riesgo que se le trasladó mediante la póliza y que como semejante situación no le fue notificada a ella, también se produce el citado efecto de la terminación del seguro.

FRENTE AL HECHO “UNDÉCIMO”: es cierto sólo en cuanto a lo que se refiere en este hecho respecto a los términos en los que se concertó el contrato de seguro contenido en la Póliza No. 2235271-6, sin embargo, se aclara que, la anotación en la que se indica: “(...) *SURAMERICANA TIENE CONOCIMIENTO DEL OTROSÍ No. 1 DEL 09 DE NOVIEMBRE DE 2019 EL CUAL MODIFICA EL MANEJO FINANCIERO DE LA OBRA, SE ACLARA QUE EL OTROSÍ NO MODIFICA VALOR Y PLAZO DEL CONTRATO (...)*”; **no implica que la Compañía haya tenido conocimiento de las modificaciones que se efectuaron a las condiciones del contrato, después del vencimiento de la fecha en la que la última etapa de este debía ejecutarse**, esto es, el **10 de agosto de 2019**; ni tampoco quiere decir que la Aseguradora haya sido informada oportunamente de los hechos y circunstancias que sobrevinieron durante la ejecución del contrato, que modificaban el estado del riesgo, y que fueron conocidos por el contratista desde el **06 de mayo del 2019**.

Por lo anterior, a pesar de que, en la póliza expedida por mi prohilada, sí se registran las anotaciones que en este hecho cita el actor, la misma ya había terminado de manera automática, en virtud de las modificaciones que el demandante y el contratista introdujeron al contrato de obra sin que se hubiera informado de ello a la Aseguradora, e igualmente, por la ausencia de notificación de la agravación del estado del riesgo, conforme ya se explicó.

FRENTE AL HECHO “DUODÉCIMO”: a mi mandante no le consta de manera directa que el extremo actor haya requerido a la demandada CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. en más de 26 ocasiones, exigiéndole sobre el cumplimiento del contrato de obra con ella convenido, en tanto que al expediente no se allegó la documentación que aquí refiere el accionante. Frente a las comunicaciones que se evidencian en el plenario, solamente se encuentran cuatro, con las siguientes fechas: 06 de mayo del 2019, 27 de mayo del 2019, 11 de julio del 2019 y 08 de febrero del 2020.

FRENTE AL HECHO “DÉCIMO TERCERO”: a mi prolijada no le constan de manera directa las presuntas dificultades que se habrían presentado, en relación con el cumplimiento del contrato de obra No. 41455; sin embargo, en lo que atañe a la celebración del otrosí del 09 de noviembre del 2019, se tiene que es cierto, de conformidad con la prueba obrante en el expediente. En todo caso, debe reiterarse que, la parte demandante, a espaldas de la Aseguradora, en conjunto y con el consentimiento de CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., modificaron el contrato, extendiendo su término por encima del pactado originalmente, lapso adicional en el que se suma la realización de pagos a este último contratista, de manera que tuvo lugar no solo un cambio de las condiciones del contrato garantizado, alterando el negocio jurídico que fue materia inicialmente de la cobertura de cumplimiento, sino que a eso se suma que ese conjunto de circunstancias, alteraron el estado del riesgo asegurado, del incumplimiento de las obligaciones garantizadas del constructor, agravando de forma evidente y seria la posibilidad de su realización, toda vez que, el estado de cosas que estaba atravesando el contrato, dado que las dificultades para el cumplimiento del cronograma y ejecución de la obra, que prudentemente debieron considerar las partes, para obrar en conjunto atendiendo la realidad objetiva del devenir de la convención, entre otras, adoptando una conducta preventiva y cuidadosa, con miras a precaver un hecho de incumplimiento irremediable o efectivo, definitivamente fueron pasadas por alto, ignoradas, y por ende los contratantes, en vez de mitigar la eventualidad del incumplimiento que se podía producir, comunicando tal situación oportunamente a la Aseguradora, y especialmente redefiniendo los términos de plazo, de cantidades de obra, de valores de ésta, de evaluar la situación de caja del contratista, las obligaciones que le eran inaplazables a él para la ejecución, como la de salarios, prestaciones y demás, de forma impensable optaron por medidas bilaterales que agravaron la crisis del proyecto, incrementando anormalmente la posibilidad de su fracaso, es decir agravando el riesgo de incumplimiento, ya que lo que hicieron fue volver más oneroso y tortuosa la posibilidad de que el constructor terminara, incluso haciéndole pagos que evidentemente profundizarían, como efectivamente ocurrió, la problemática para la continuidad y sostenibilidad del trabajo.

Esta situación descrita de forma amplia, que constituyó una agravación del riesgo asegurado, no le fue informada al asegurador por la contratante ni por el contratista y de esa forma se configuró el presupuesto normativo consagrado en el artículo 1060 del Código de Comercio, en virtud del cual, el contrato terminó automáticamente, eximiendo a mi procurada de cualquier obligación en este caso.

Siendo lo anterior fundamental, ya que este efecto fulminante del seguro es dado por la omisión de información a la Aseguradora, de una agravación del estado del riesgo, concretada en este caso, por la introducción de modificaciones de hecho a lo convenido, es decir alterando las condiciones de la convención o de lo que era materia de la garantía de cumplimiento, la parte actora y el contratista respectivo cambiaron también el negocio jurídico que fue objeto del aseguramiento, toda vez que mi procurada no amparó, y nunca emitió consentimiento alguno para hacerlo, las condiciones nuevas que de facto la demandante y la contratista, a espaldas de aquella, reformaron al ampliar el plazo, al establecer el pago en el momento de crisis, al afectar negativamente el riesgo asegurado agravándolo, en cuanto potencializaron la peligrosidad de que

el mismo produjera, como efectivamente acaeció; permite confirmar, conclusivamente, que esa variación de las condiciones del contrato, consentidas mediante los actos propios de la demandante y de su contratista, cuando obraron acordemente entre sí, en esa dirección, terminaron sustituyendo el alcance del contrato que respaldaba mi poderdante, que, por sustracción de materia no corresponde al riesgo, que conforme al artículo 1056 del estatuto de los comerciantes, había asumido la Aseguradora. A lo cual se agrega el evidente surgimiento, simultáneo, de una agravación del riesgo que se le trasladó mediante la póliza y que como semejante situación no le fue notificada a ella, también se produce el citado efecto de la terminación del seguro.

FRENTE AL HECHO “DÉCIMOCUARTO”: no es cierto. Si bien en el otrosí se indica que este tuvo por objeto la modificación de las condiciones en las que se manejarían los recursos del proyecto, se indicó que se aportaría un dinero adicional a título de anticipo y que, además, el contratista se obligó a realizar los pagos directamente a los proveedores, así como a la mano de obra, se recuerda que **las condiciones del contrato de obra No. 41455, ya habían sido objeto de modificación antes del 09 de noviembre del 2019**, luego que, como se explicó previamente, al analizar los soportes que reposan en el expediente, se observa que la fecha de terminación pactada para la etapa I, era el 27 de abril de 2019, para la etapa II, era el 22 de junio de 2019, y para la etapa III, era el 10 de agosto de 2019; sin embargo, las actividades contractuales se siguieron ejecutando posterior a las fecha en mención, incluso incurriendo el asegurado en pagos por los avances de obra realizados por fuera de la vigencia del contrato de obra.

Consecuentemente, las modificaciones en los términos del contrato garantizado por mi prohijada se efectuaron antes del mes de noviembre del 2019, puesto que, se reitera, aún después del 10 de agosto de 2019 (fecha de terminación de la última etapa del contrato), CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. seguía ejecutando el mismo, y el contratista efectuado pagos por los avances de la obra, es decir se habían efectuado modificaciones de facto al contrato de obra, escenario que no fue oportunamente informado a la Aseguradora y que implica la terminación automática del contrato. Además, se configuró una agravación del estado del riesgo amparado, el cual deriva en el mismo efecto fulminante en relación con el aseguramiento, y sumado a esto, se configuró la exclusión de la obligación indemnizatoria de la Aseguradora, pactada en el numeral octavo de la sección II del condicionado general del aseguramiento vinculado, conforme se explicó en líneas precedentes.

FRENTE AL HECHO “DÉCIMOQUINTO”: a mi mandante no le consta de manera directa cuáles fueron los riesgos que se asumieron por parte del accionante mediante la suscripción del otrosí, como quiera que mi prohijada es ajena a todo ello, en tanto que no intervino directamente en la ejecución del contrato de obra. Sin perjuicio de lo anterior, se resalta que, en que en este caso puede aplicarse el desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el ordenamiento jurídico en relación con la teoría de los actos propios, toda vez que, a pesar de que lo integrantes del Consorcio, decidieron libre y voluntariamente suscribir el otrosí al contrato de obra, bajo las condiciones que estimaron ajustadas, y, según aducen, financiaron de su propio peculio la obra, en este proceso, pretenden que se desconozca la naturaleza libre y espontánea de su consentimiento, y solicitan al Juzgador una indemnización en razón a los gastos en los que voluntariamente incurrieron, pese a que la situación actual de la que se duele obedece a su conducta negocial conclusiva y a las condiciones contractuales que previamente pactaron y a las cuales se sometieron, en consecuencia, no pueden desatarse de los efectos que se derivan de su propia conducta, además bilateral, para pretender ahora una declaración de incumplimiento de lo que ellos mismos a ciencia y paciencia propiciaron, ya que lo sucedido impone la liberación de los efectos vinculantes que recíprocamente las partes generaron para sí mismas, y por ende no es permisible que ahora obren en contravía de lo que expresaron sólo en lo literal de los contratos, sino especialmente,

de lo que con su actuar dieron por sentado, ya que para nadie es permitido, ir en contra de lo que han indicado con su proceder anterior, conforme al principio de *“venire contra factum proprium non vallet”*.

Claramente, el accionante pasa por alto que, el acto jurídico mencionado necesariamente debió haberse efectuado sin que haya mediado una fuerza externa y ajena a su voluntad; y lo anterior se respalda en que, precisamente, aquella manifestación de voluntad libre y espontánea es uno de los requisitos para que se perfeccionen este tipo de contratos, de otra forma, a los integrantes del Consorcio no les habría sido posible haber suscrito el mismo.

Recuérdese que al artículo 1505 del Código Civil señala como requisitos para la obligarse, esto es, para celebrar contratos, los siguientes: “(...) 1o.) *que sea legalmente capaz. 2o.) **que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.** 3o.) *que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) *que tenga una causa lícita (...)*” (negrita por fuera del texto original). Esto claramente implica que, para efectos de materializarse el OTROSÍ, irreparablemente, los integrantes del Consorcio debieron haber consentido la realización de tal acto bajo los términos en los que se acordó el mismo. No siendo posible que en esta instancia contradigan dicha aquiescencia y aseveren que la suscripción se realizó “bajo presión”, cuando, se insiste, el negocio jurídico fue libremente consentido por aquellos.**

FRENTE AL HECHO “DÉCIMOSEXTO”: en este hecho se efectúan varias manifestaciones, frente a las cuales me pronunciaré de la siguiente manera:

- A mi prohijada no le consta de manera directa cuáles fueron las razones que motivaron a los integrantes del Consorcio a suscribir el otrosí al contrato de obra No. 41455, por cuanto, mi prohijada no intervino directamente en la ejecución del contrato de obra. Sin perjuicio de lo anterior, como ya se advirtió, en que en este caso debe aplicarse la teoría de los actos propios, y tenerse en cuenta que, para efectos de materializarse el otrosí, irreparablemente, los integrantes del Consorcio debieron haber consentido la realización de tal acto bajo los términos en los que se acordó el mismo. No siendo posible que en esta instancia contradigan dicha aquiescencia y aseveren que la suscripción se realizó bajo circunstancias ajenas a su voluntad.
- A mi representada no le consta de manera directa lo referente a la imposibilidad en la que presuntamente se encontraba el contratante para cambiar al contratista, y las implicaciones que se hubieran derivado de tomar dicha decisión, toda vez que esta aseveración se circunscribe a circunstancias que no guardan relación con las actividades comerciales aseguráticas a las que se dedica mi prohijada, por lo que le resulta desconocido. No obstante, debe resaltarse que al plenario no se allegó ningún elemento de convicción que permita tener por cierta esta afirmación, por lo que no puede tenerse por cierta.

FRENTE AL HECHO “DÉCIMOSÉPTIMO”: lo que se indica en este numeral no es un hecho, es simplemente la transcripción de los numerales tercero y cuarto del acápite de consideraciones del otrosí, por lo que no es necesario efectuar pronunciamiento de fondo sobre el particular. En todo caso, se reitera que lo convenido en el otrosí, refleja únicamente el libre consentimiento de las partes de obligarse conforme lo ahí dispuesto, y no, a actos ajenos a su voluntad.

Además, como se advirtió previamente, sobre este particular, es diciente el contenido de los numerales tres y cuatro de las consideraciones del otrosí, por cuanto en ellas se habla sólo de dificultades de flujo de caja del contratista para cumplir, pero no se habla de incumplimiento suyo, toda vez que las partes de mutuo acuerdo, aquí expresamente terminaron justificando lo que en

el tiempo de más estaba tomándose la ejecución de la obra, y este si fue un cambio del contrato que no había sido informado a mi representada, pues extendieron de hecho el plazo de la convención y tal modificación no era parte de lo que la aseguradora amparó.

Esto sin perjuicio de otro efecto surgido, por los demás cambios, ya indicados, del contrato de obra, que de hecho las partes con sus actos bilaterales efectuaron en su negocio jurídico, y lo hicieron durante su ejecución, variándolo al introducir de facto, y sin informar de ello a la Compañía de seguros, casi desde el mismo inicio de la obra, mutaciones de las condiciones en las que debían cumplirse las obligaciones contraídas por el constructor garantizado, pues a sabiendas de que se venía cumpliendo, ambos contratantes resolvieron alterarlo en la práctica, así, (i) cambiando lo que era materia del amparo de cumplimiento, en la medida que la cobertura del seguro solo se contrae a las obligaciones y condiciones concertadas originalmente, y no se extiende a las mutadas de hecho por los contratantes, porque obviamente resultan ajenas a la cobertura otorgada, y (ii) porque además de la sustitución adicionalmente esta comportó una agravación del riesgo que se había asegurado, alteración de este carácter que no le fue informada a mi procurada, la cual por ende no tuvo la oportunidad de manifestar o decidir si asumía o no el riesgo así incrementado, lo cual la libera de cualquier responsabilidad u obligación indemnizatoria, conforme al Art. 1060 del C. de Co.; sin olvidar que nunca contrajo el deber de correr con el riesgo del cumplimiento de lo que de esas mutaciones se derivó para los contratantes, es decir, que los cambios así efectuados por las partes del contrato, resultan extrañas a la cobertura del seguro.

FRENTE AL HECHO “DÉCIMOCTAVO”: en este hecho se realizan varias apreciaciones, frente a las cuales me pronunciaré de la siguiente manera:

- De conformidad con lo que se observa en el otrosí, se tiene que es cierto que, para la fecha en la que se suscribe el mismo, el contrato de obra No.41455 no había sido ejecutado en su totalidad.
- No es cierto que en las condiciones del otrosí, haya quedado claro que al contratante le asistía el derecho de demandar de CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., los perjuicios derivados del incumplimiento contractual en el que este último incurriese, esta es una interpretación subjetiva por parte del actor que debe respaldarse; de las cláusulas del contrato y en concreto del acápite de consideraciones del OTROSÍ, solamente se extrae que “(...) cualquier costo financiero y/o GMF y/o impuesto que impliquen estos recursos que debe suministrar CONSORCIO LATCO A2 serán a buena cuenta del CONTRATISTA C.P.A.- CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. (...)”. Sin embargo, en el referido documento nada se dijo expresamente frente al “derecho de demandar los perjuicios derivados del incumplimiento contractual (...)”.

Finalmente, se resalta que, si bien en el otrosí no se menciona, el demandante y el contratista ya habían introducido modificaciones de facto al contrato de obra, en relación con los plazos y el cronograma en el que se ejecutaría la obra, el manejo financiero de los recursos destinados para la ejecución de la obra, entre otros escenarios, las cuales, se itera, no fueron informadas a la Aseguradora. Situaciones que se traducen en la imposibilidad de afectar la póliza vinculada, por cuanto la misma terminó, en virtud de las modificaciones que el demandante y el contratista introdujeron al contrato de obra sin que se hubiera informado de ello a la Aseguradora, e igualmente, por la ausencia de notificación de la agravación del estado del riesgo, conforme ya se explicó.

FRENTE AL HECHO “DÉCIMONOVENO”: en este hecho se efectúan varias apreciaciones, frente a las cuales me pronunciaré de la siguiente manera:

- No es cierto que, para la fecha en la que se suscribe el otrosí, se presentara un “posible incumplimiento” por parte de CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., como quiera que, como ya se explicó, ya se contaba con elementos para evidenciar el incumplimiento del contratista desde el 10 de agosto del 2019. Ciertamente, en esa data debía haberse efectuado la entrega de la última etapa del contrato de obra No. 41455, lo cual no ocurrió; así mismo lo constató el mismo accionante mediante el oficio remitido a mi mandante calendado del 18 de mayo del 2021:

Santiago de Cali, 18 mayo de 2021



Señor
MANUEL RICARDO MENDEZ ALFARO
Director Atención de Reclamos
SEGUROS SURA COLOMBIA
mrmendez@sura.com.co

Asunto: Su comunicación CUM-02-0048 del 17 de febrero de 2021
CONSORCIO LATCO S.A. A2
Seguro de cumplimiento de grandes beneficiarios No. 2235271-6
Expediente: 9200000278897
Contrato No. 41455 – CPA Construcciones Prefabricadas S.A.
Proyecto Ciudadela Rio Cauca II

- FECHA DE INCUMPLIMIENTO: Al contrario de lo que menciona la aseguradora, consideramos que el incumplimiento de CPA Construcciones Prefabricadas S.A. se configura desde el momento en que debió haberse entregado la última actividad del objeto del contrato, es decir del 10 de agosto de 2019.

En ese orden de ideas, no es cierto que cuando se suscribió el otrosí, se estuviera ante un “posible incumplimiento”, luego que, este ya se había consumado varios meses antes. Es por ello que, precisamente, la Aseguradora objeta la solicitud indemnizatoria que posteriormente se presenta por el Consorcio para afectar la póliza, en tanto que, posterior a esa fecha el contrato se siguió ejecutando y el contratante destinando dinero a la obra, es decir hubo una alteración de las condiciones inicialmente convenidas y garantizadas por mi mandante, sin que esto se haya informado oportunamente a la Compañía; circunstancia que imposibilita la afectación del aseguramiento, conforme ya se explicó anteriormente.

- De acuerdo con las documentales que se incorporan el plenario, y concretamente, de conformidad con lo que se desprende de la póliza emitida por mi mandante, se tiene que es cierto que la suscripción del otrosí fue informada a la Aseguradora, sin embargo, se insiste en que, el asegurado informó que con el otrosí no se efectuaban modificaciones frente a los plazos inicialmente concertados en el contrato de obra, lo cual no era cierto, por cuanto que dichos plazos ya estaban vencidos para cuando se suscribió el otrosí, por lo cual, los mismos evidentemente debían ser alterados.

FRENTE AL HECHO “VIGÉSIMO”: es cierto que la suscripción del otrosí fue informada a la Aseguradora, de conformidad con lo que se desprende de la póliza emitida por mi mandante, sin embargo, se insiste en que, el asegurado informó que con el otrosí no se efectuaban modificaciones frente a los plazos inicialmente concertados en el contrato de obra, sino solo respecto del manejo de los recursos, lo cual no era cierto, por cuanto que dichos plazos ya estaban vencidos para cuando este se suscribió, por lo cual, los mismos evidentemente debían ser alterados; por lo que, se itera, la póliza no puede ser afectada, por cuanto la misma terminó,

Página **23** de **117**
S/DMMN -DH

en virtud de las modificaciones que el demandante y el contratista introdujeron al contrato de obra sin que se hubiera informado de ello a la Aseguradora, e igualmente, por la ausencia de notificación de la agravación del estado del riesgo, conforme ya se explicó.

FRENTE AL HECHO “VIGÉSIMO PRIMERO”: a mi representada no le consta de manera directa lo que se indica en este hecho, por cuanto atañe a la ejecución *per se* de los compromisos adquiridos mediante el otrosí al contrato de obra, en la cual aquella no tuvo participación o injerencia directa. Sin embargo, se resalta que salvo por los requerimientos efectuados por CONSORCIO LATCO S.A. A2 a la codemandada, no se allegó ningún elemento técnico que acredite el incumplimiento bajo los términos indicados por el actor. En este orden de ideas, deberá acreditarse este particular mediante los elementos de convicción legalmente requeridos para el efecto.

FRENTE AL HECHO “VIGÉSIMO SEGUNDO”: no me consta, por cuanto mi prohilada no podía tener y efectivamente no tuvo, ninguna posibilidad de conocer o saber de la supuesta realización de los alegados perjuicios, como quiera que es completamente ajena a la actividad de la parte actora y a la del constructor. Además, se rechaza la afirmación, según la cual, subjetivamente, a juicio del Consorcio contratante, que existiría una supuesta relación de causalidad entre el, también supuesto atraso, con los alegados perjuicios, porque evidentemente se trata de una elucubración o, por lo menos, una inferencia carente de soportes fácticos y lógicos que puedan permitir su verificación. Es decir, que no se aprecia ni hay demostración de nexo de causalidad alguno al respecto, lo cual muestra que lo expuesto en la demanda es solo una aseveración infundada.

Sobresale también que, si se acreditara que efectivamente se produjeron unos supuestos perjuicios, lo cual en este momento es totalmente incierto, lo mismo debe decirse del nexo de causalidad alegado, cuya existencia necesariamente requiere su acreditación, ya que este no es susceptible de presunción, y por ende la afirmación contenida en este numeral, respecto de lo que estima la demandante, que es un detrimento, no sufre tales falencias; y tampoco puede reclamarse, en un caso como este, cualquier tipo de perjuicios, toda vez que en materia de responsabilidad civil contractual, la regla impone que únicamente se pueden pedir los perjuicios previstos, conforme a la norma del artículo 1616 del C.C., y obviamente, los conceptos a los que se refiere el Consorcio en este numeral, se trataría de supuestos perjuicios con el carácter de los no previstos, cuyo resarcimiento excepcionalmente podría tener lugar, si se demostrara mala fe del deudor contractual, y que se compruebe su ocurrencia o que son reales o ciertos, o sea que estén justificadamente soportados, ya que el solo hecho de los supuestos desembolsos por sí solo no configura un detrimento, pues la mera confección de un pago, no puede calificarse o traducirse como un perjuicio.

De otro lado, véase que los pagos que se alegan por los demandantes en este punto, tampoco pueden admitirse o cargarse al contratista o a mi representado, dados los efectos de la conducta negocial conclusiva, observada por las partes del contrato, y que era materia de la garantía de cumplimiento que otorgó la Aseguradora, en razón a que, sin perjuicio de lo expuesto atrás, el contratante y el constructor, por su exclusiva cuenta y riesgo, a espaldas de la aseguradora, introdujeron de facto, es decir, sin convenio escrito, pero obviamente con el consentimiento de ambos, una serie de alteraciones de las condiciones estipuladas y por ende de las obligaciones contraídas mediante la convención escrita, la cual, habiendo culminado por el fenecimiento del plazo de ejecución, con sus actuaciones sucesivas, en la práctica, lo ampliaron, es decir lo prolongaron, mientras que en ese interregno el contratista terminó asumiendo cargas superiores y más gravosas, que las que le correspondían originalmente; de manera que esa alteración no solo sustituyó la convención que era materia de la protección contra el riesgo de incumplimiento,

sino que colateralmente también comportó un peso obligacional mucho mayor que el que tenía en un principio el deudor contractual garantizado, según lo pactado inicialmente.

Además, sobresale que, con estas mutaciones de lo pactado, también desnaturalizaron, ya en la fase de ejecución del convenio, el alcance de las obligaciones que se habían concebido originalmente, generando con este proceder un desequilibrio sobreviniente entre las prestaciones y derechos que le correspondían al constructor, a quien en últimas, mediante estos ajustes contractuales, que no fueron informados a la aseguradora, finalmente le correspondió, asumir absoluta y desproporcionadamente, todos los riesgos que conlleva la ejecución de un contrato de construcción o de obra, sin tener a cambio la retribución o compensación proporcional adecuada, y sustrayéndole además de la facultad de ejercer el control y la gerencia del proyecto, tampoco la posibilidad de la provisión de los materiales, la confección del diseño, la facultad de tomar las decisiones de y durante la obra con independencia, Etc.. lo cual se radicó exclusivamente en cabeza de la hoy demandante, que así se revistió de facultades en exorbitantes, que resultan extrañas en el derecho privado, por lo que son improcedentes y vician de nulidad ese tipo de desigualdad de las partes de la convención, en razón a que contraría lo que ordinariamente se puede establecer en los contratos de obra a precio fijo único o global, conocidos también como llave en mano o como E.P.C. (*Engineering, Procurement and Construction*); toda vez que solo en un convenio en el que el contratista se reserve y efectivamente ostente de forma completa el control, con facultades, como la de, y sin limitarse a, la ingeniería, el diseño, la construcción, el manejo presupuestal, la gerencia, la administración, la provisión de insumos o materiales, la provisión de equipos, y por esa causa relegue de cualquier poder equivalente a la parte contratante, se justificaría que también sea el constructor quién corra por su cuenta con los riesgos del contrato, su desarrollo, Etc., y por supuesto en esa situación, la retribución del constructor debiera ser proporcionalmente adecuada ante esa significativa dosis de responsabilidades, que exceden las de la contratante.

En efecto, en este caso, la parte actora terminó, en la práctica, sustrayendo y apropiándose del control total del proyecto o de la obra, de la gerencia, de la administración, del presupuesto, del suministro de materiales, equipos, insumos, y sin embargo, los riesgos los dejaron en su totalidad sobre los hombros del contratista, a quien además, no se le compensó debidamente y en forma proporcional considerando el cúmulo de riesgos que comenzaron a correr por su exclusiva cuenta. Simplemente así lo impusieron las partes en las postrimerías del contrato, sin informarlo a la aseguradora, lo cual constituye una variación sustancial del mismo, en cuanto cambiaron el alcance del que era objeto de la garantía de cumplimiento.

De otro lado, se destaca que no puede hablarse de perjuicios de la demandante, y para ello basta observar que ni en el contrato inicial garantizado, ni en el otrosí No. 01, se estableció algo diferente respecto del objeto y duración del mismo, sin embargo, como se ha denunciado, bilateralmente las partes, con su obrar, de facto, y varios meses antes de dicho otrosí, pero encontrándose culminado el plazo de ejecución, en la práctica ampliaron el término para hacer la obra, y en esa medida lo concebido contractualmente *per se*, no revela ningún incumplimiento, ni siquiera en el supuesto de que los demandantes probaran, cosa que no podrán hacer, que las supuestas erogaciones, referidas en este hecho, efectivamente se efectuaron, ya que la obra o construcción de las 400 casas, culminó y efectivamente se hizo de manera completa y a satisfacción de la parte actora, como lo revela el contenido de su demanda, y se hicieron dentro de esa prórroga, consentida a espaldas de la aseguradora, que, como se dijo, hicieron de hecho, como lo refrendaron al perfeccionar el acuerdo contenido en aquel otrosí.

Por lo tanto, estamos en un escenario en el que la parte demandante implícitamente reconoció que la obra sí se ejecutó y entregó en forma debida y oportuna, pues, no puede tener otro

entendimiento, el contenido de dichas dos modificaciones de la convención, en las que ciertamente, convinieron y aceptaron que las casas edificadas se entregarían en el tiempo concertado, que inequívocamente fue el que extendieron 299 días más, contados desde la suscripción del otrosí del 09 de noviembre del 2019. Así los contratantes consintieron en esa modificación, incluido el apalancamiento o los préstamos, que adicionalmente el Consorcio les hizo y en tal virtud el desarrollo de la convención, de tracto sucesivo, en esos términos, no puede ser vista de manera distinta, a la revelación de que se dio estricto cumplimiento de las condiciones que concertaron, precisamente por los efectos de la conducta negocial conclusiva bilateral de los contratantes, que evidencia la satisfacción de lo que tenía que hacer e hizo el constructor.

En este orden de cosas, véase que lo acordado en el otrosí No. 01, sirve de base para confirmar que sí se dio cumplimiento a lo pactado, por parte del constructor, y reñiría con la lógica y la mutua actuación o conducta de las partes, que si el contratista ejecutó la obra en el tiempo concebido convencionalmente, al haberse llevado a cabo la construcción en ese término, ineludible es la conclusión de que desaparece la posibilidad de argüir que supuestamente se incurrió en mora, y en consecuencia, los alegados desembolsos, costos u otros, que de todos modos tendrían que demostrarse, efectuados por los demandantes, en verdad corresponden solamente a lo que, según lo pactado, tenía el deber jurídico de cancelar, como se desprende de lo siguiente:

- El CONSORCIO LATCO S.A. A2, se obligó a efectuar el manejo autocrático financiero de la obra, cosa que en la práctica venía realizando desde la misma celebración del contrato, a pesar de que no correspondía a lo pactado, ni a la intención de las partes.
- La parte actora, no solo se reservó, entonces el control total y gerencia de la obra, que en realidad siempre lo ejerció, incluido el manejo económico, sino que se amplió a cualquier otra clase de recursos, incluidos, entre otros, aquellos dineros acopiados a título de retención en garantía, que, de acuerdo con lo pactado, eran los que le había descontado, de los pagos que tenían que hacerle al contratista; pero, como si no fuera poco, adicionalmente, la demandante se atribuyó de facto, desde el inicio de la ejecución del contrato, la potestad de manejar a su exclusivo arbitrio, incluso los saldos pendientes de pagos adeudados al constructor por otros contratos diversos, junto con los recursos que le retenía en garantía, según lo mencionado atrás.
- En efecto, la parte demandante, no satisfecha con esa condición de desigualdad, también se hizo a la facultad, desde antes del acuerdo del otrosí, de manejar a su exclusivo arbitrio, otros recursos, extraños al contrato garantizado, que correspondían a saldos pendientes y a la retención en garantía de unos contratos diferentes al garantizado, y que habían celebrado aparte los mismos contratantes, para la ejecución, sin limitarse a la construcción de un proyecto denominado OBRA DE ROBLES. Lo cual consigo conlleva a la ineludible conclusión de que se presentó una agravación del estado del riesgo asegurado, como quiera que, al quitarle recursos al contratista del proyecto denominado OBRA DE ROBLES, para que de ellos dispusiera a su discreción el contratante, agravaron o colocaron a una situación más crítica al contratista, pues ello significó quitarle recursos necesarios para su operación, no solo frente a la construcción de las 400 viviendas, sino de las otras 100 que se concertaron en ese otro proyecto. Por esa razón, tan crítica fue la situación que terminó en el incumplimiento de ambos proyectos.
- Dentro del plazo ampliado bilateralmente, primero de hecho y luego mediante el otrosí, con todas esas fuentes, la demandante tomó el control total financiero, para hacer el pago de costos y gastos en la ejecución y cumplimiento del contrato garantizado por mi representada.
- Lo anterior significó, que pese a que se colocó al constructor la asunción de todos los riesgos del contrato, sin tener una remuneración proporcional o correlativa o equitativa, ni las facultades convencionales para ejecutar la obra de manera autónoma, ni independencia para

el diseño, ni la posibilidad de proveer los materiales, ni de gerenciar la obra, y además sujetándolo en todo a la voluntad del consorcio contratante, quien en todo lo tenía sometido a sus decisiones, que en la práctica se le sustrajo a aquel la posibilidad de pagar directamente a los proveedores, obreros, subcontratistas, Etc., terminó marginado sin la liquidez requerida, en cuanto se le privó del recibo de recursos que eran suyos, y el contrato se volvió leonino, pues mientras se le concedió un plazo superior para ejecutar la obra, ahora simultáneamente se le quiere sancionar por un supuesto retardo, que no es tal, ya que se está consintiendo que la entrega sea posterior, y eso sí guarda coherencia con la situación crítica en la que se coloca al contratista, que al verse marginado de los pagos, experimentó dificultades de liquidez, lo cual revela el desequilibrio generado al atribuir al contratante un poder absoluto respecto del manejo financiero, incluidos los recursos que necesitaba la obra y los que le adeudaba al constructor, por cualquier concepto.

- En el desarrollo de ese control absoluto administrativo, gerencial, financiero, los demandantes sometieron entonces al contratista a múltiples controles desmedidos, a la producción de informes, a una vigilancia que entorpecía el desarrollo mismo de la obra, a la aceptación incondicional de los cambios de diseño que le quisiera imponer el contratante, lo mismo que al suministro de los materiales que este le proveyera, de forma que toda la operación del contratista, lo cual va más allá de la financiación de la obra, fue sometida a unos obstáculos financieros, de gestión, de tiempo y administrativos, que no habían sido convenidos y estaban fuera de su control, porque dependían exclusivamente del arbitrio del Consorcio y en esa vía terminaron cambiando de facto la convención que era objeto del aseguramiento, acentuando o agravando el riesgo de su incumplimiento, Etc., porque en últimas, alteraron las posibilidades de la realización del objeto del contrato en la forma concebida por escrito, en cuanto dificultaron y prolongaron bilateralmente la ejecución de la obra, propiciado por ese conjunto de causas, que son atribuibles a la conducta de ambas partes, especialmente de los actores, y en consecuencia esto impide que lo esgriman como *causa petendi* de su pretensión indemnizatoria, lo cual vuelve injustificado el reclamo judicial por supuestos costos adicionales, que por supuesto debía asumir la contratante, en razón a lo que ella denomina “mayor tiempo en obra”.

Con la claridad de lo expuesto hasta el momento, ahora es oportuno señalar que, aunque las partes en el otrosí No. 1, cláusula segunda, consignaron de manera contraevidente que, supuestamente, la gerencia, el manejo administrativo, técnico y la responsabilidad de la obra, no se modificaban, en la práctica sí lo cambiaron, y no solo en ese momento, sino que lo venían haciendo de facto desde antes del fin del término inicial del convenio constructivo, en razón a que cualquiera de las actividades requeridas, exigía esencialmente la motivación, intervención y aprobación de los contratantes y de los desembolsos que a su arbitrio se debían efectuar, ya que se necesitaba su previo asentimiento, la provisión de los fondos que se precisaban y dependían de su voluntad, los cuales se obtenían sólo después de agotar o superar el farragoso trámite que le impusieron al constructor, a pesar de que eran los hoy actores quienes disponían lo que el contratista tenía que hacer y este se encontraba siempre dependiendo del empleo de recursos, que en realidad ellos le adeudaban a él. A lo cual se sumó el hecho, reconocido en la demanda, de que cualquier requerimiento de los contratantes le imponía aceptar la fórmula de aumentar su endeudamiento, en cuanto ellos unilateralmente terminaban gravándolo al trasladarle el costo de la mayor permanencia en la obra.

Ese procedimiento, implicó para que el contratista pudiera atender los requerimientos de los contratantes, tuviera que extender el tiempo de su trabajo, pero a costa propia. Este hecho, sólo se explica, por los actos de los demandantes y el sometimiento del contratista, que es ajeno a lo pactado, quienes sin informarlo a la aseguradora, es decir de hecho y en la práctica, cambiaron la manera como tenían que ejecutarse las prestaciones a cargo del constructor. Véase que el

citado otrosí, según su contenido, no establece que la parte demandante autocráticamente se beneficiaría, de los préstamos de los recursos líquidos que a su arbitrio diera, para que CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. cumpliera los requerimientos que le imponía, pero en realidad lo que hizo fue, simplemente, gerenciar, regir, administrar y disponer de los recursos que le adeudaba al Constructor, no sólo por esta obra en particular, sino también, por otro concepto o contrato, el de la construcción denominada OBRA DE ROBLES. Facultándose para disponer de los saldos pendientes en ambos contratos, aquel ajeno a mi procurada, al igual que de los recursos de los saldos insolutos de obra ejecutada, de los recursos retenidos en garantía de esos contratos, siendo que se trataba de dineros que le pertenecían al constructor. Lo cual consigo conlleva a la ineludible conclusión de que se presentó una agravación del estado del riesgo asegurado, como quiera que, al quitarle recursos al contratista del proyecto denominado OBRA DE ROBLES, para que de ellos dispusiera a su discreción el contratante, agravaron o colocaron a una situación más crítica al contratista, pues ello significó quitarle recursos necesarios para su operación, no solo frente a la construcción de las 400 viviendas, sino de las otras 100 que se concertaron en ese otro proyecto. Por esa razón, tan crítica fue la situación que terminó en el incumplimiento de ambos proyectos.

Lo anterior descarta la posibilidad de que los contratantes, hoy demandantes, puedan ahora, decir que los desembolsos que realizaron, los facultaban para cobrarlos al contratista, como si fueran mutuos de dinero, pues eran necesarios para el desarrollo de la obra, el tiempo que se requería emplear en su confección, y la satisfacción de sus requerimientos, en el tiempo que ambas partes convinieron hacerlo, de manera que no se trató de la concesión o entrega de dineros dados a título de mutuo, ya que eso sería tanto como aceptar que unilateralmente el contratante pudiera endeudar, a su discreción, al constructor, menos si se recuerda que muchos de los pagos que se efectuaron antes y luego del otrosí, se hicieron con recursos adeudados al contratista.

Sobresale, que además las partes del contrato introdujeron, mediante el citado otrosí, la institucionalización de un contralor de gastos y de ejecución de obras, que también haría las veces de auditor y supervisor designado por el CONSORCIO LATCO S.A. A2, cuyo costo, aunque no podría cargarse al contratista, de todos modos sí muestra el exorbitante nivel de control al que fue sometido el constructor.

En síntesis, en ese pacto, tanto en el contrato inicial, como cuando este feneció y las partes de facto lo ampliaron sin notificarlo a la aseguradora, y luego en el otrosí, se profundizó la asimetría injusta, que se observaba en la posición, derechos y obligaciones, que ocupaban, o tenían, las partes del contrato, y sus respectivos roles, notándose una clara abusividad convencional en contra del constructor, quien quedó en un lugar de indefensión y sujeto a la voluntad autónoma del contratante, por el sinnúmero de atribuciones que de todo orden se reservó para sí, mientras que, absolutamente todos los riesgos se colocaron, en forma ilegal, únicamente en cabeza del contratista, pese a que la ejecución de la obra dependía, en un porcentaje enorme e inusitado de los controles, del gobierno, de la intervención, de la discrecionalidad que tenían los contratantes, para decidir lo que podía o no hacer el contratista. Entonces todo dependía de lo que podía imponer el hoy accionante. Así se confirma que la ejecución de la obra pactada en la convención, en realidad, estaba sujeta al arbitrio exclusivo de la parte demandante quien, sin embargo, expresamente se eximía de cualquier responsabilidad por todo y cualquier cosa que pudiera acontecer.

El evidente desequilibrio, que de ello se generó en la interacción de las partes del contrato, se acentuó aún más con los hechos que de consuno introdujeron las partes, cuando, vencido el término de ejecución inicial o llegada la fecha de la finalización del contrato, el 10 de agosto del 2019, a instancia de la parte actora, optaron, a espaldas del asegurador, por introducir un cambio,

obviamente impuesto por la parte demandante, para que continuara la ejecución de la obra, ante lo cual el contratista continuó asumiendo las gravosas cargas, que se le impusieron desde un principio, en violación del convenio, obviamente porque los hoy actores, eran concededores de que no podían atribuir ningún incumplimiento al contratista; fue así como llegó el 9 de noviembre del 2019, cuando los contratantes, sin perjuicio de los efectos fulminantes para el seguro de cumplimiento, por la modificación que lo anterior implicó de la obligación garantizada, en la medida que agravó el riesgo asegurado, lo cual exime al asegurador, por el cambio que de hecho introdujeron de esa manera en el contrato, pactaron el otrosí No. 01, sin reportar a mi representada, lo que venía sucediendo.

En efecto, el contrato garantizado, incluida su modificación de facto, es abusivo y el otrosí aún más, pero especialmente los cambios que las partes hicieron sin pacto expreso, lo cual contradice la concepción de lo que debe ser un contrato bilateral o sinalagmático, a precio global y único, que corresponde a lo que en la práctica se conoce como los contratos llave en mano, o con la sigla en inglés E.P.C. (*Engineering, Procurement and Construction*), cuya característica principal es que si bien el contratista, asume la gran mayoría de los riesgos de la obra o su ejecución, a cambio tiene bajo su órbita de control el componente de ingeniería, la gerencia o procuración o administración, la construcción, ejecución y puesta en funcionamiento, con un precio normalmente proporcional a ese cúmulo de riesgos, más elevado, dada esa conjunción de responsabilidades, las cuales se basan en el principio de confianza y de la buena fe, por lo tanto sus costos deben ser reembolsables íntegramente, dada esa suficiencia de las obligaciones que contrae el artífice. De lo contrario, los riesgos deben estar distribuidos equitativa o proporcionalmente entre las partes, máxime si el imperio de la ejecución, como en el caso analizado, está en cabeza del contratante, quién por lo tanto, debe participar en la asunción de los mismos, en forma equivalente a las ventajas que recibe, a su injerencia o poder en la determinación de la obra, lo cual lo compromete, incluso al pago de todo lo que el contratista logre justificar, incluso el mayor tiempo en obra.

En dicho tipo de contratos, a precio fijo o llave en mano, a diferencia de lo que incoherentemente se aprecia y sucedió en nuestro caso, el contratante no debiera estar involucrado o interviniendo en el diseño, adquisición, construcción, gerencia, administración, Etc., ya que se supone que entrega todo el manejo y gobierno, desde la ingeniería, hasta los recursos, al contratista, entre otras cosas, sin limitarse a estas, para que él desarrolle sus actividades; lo cual sí explicaría que sea él, la parte que asume todos los riesgos, lo cual no se cumple en el caso de autos, en el que se le endilga injustamente toda la responsabilidad por lo que pase, a pesar de que el control de todo, lo tiene el contratante, lo cual hace incoherente o desigual la comparación de las cargas y derechos que asumieron, por un lado el contratante y por el otro el contratista, a través del contrato que sirve de base a las pretensiones.

Véase que pese a que en la convención, la realización de la obra se ató a un precio único y global, esto es incoherente con el hecho de que el contratante tenga licencia para la intervención discrecional en todo, desde el diseño, ingeniería, adquisición de materiales, dirección absoluta del manejo administrativo y financiero, Etc.; y esta tergiversación de los papeles que cumplen las partes en el caso concreto, comporta una contradicción liminar del negocio jurídico en cuestión, que contraría la buena fe y su validez, toda vez que no es justo, ni explicable, que absolutamente los riesgos en conjunto solo corran a cargo del contratista, mientras que el contratante es quien tiene en sus manos, el arbitrio exclusivo de disponer, en todo momento, lo que en su criterio estime adecuado, lo cual linda con la arbitrariedad, frente a la forma en la que se debe ejecutar la obra, el término, el componente de ingeniería, la forma en la que se costea, los derechos del contratista, la retención de sus pagos, Etc.

En consecuencia, el convenio de marras, resulta abusivo porque el peso de todas las actividades y de todos los riesgos, que puedan generarse en la ejecución, recaen exclusivamente sobre el constructor, y, por ende, todas las estipulaciones de ese acto que lo obligan de esa forma, desproporcionada, generando una desigualdad frente a lo que le toca al contratante, quien paradójicamente está exento, deben entenderse como ilegales, inaplicable y nulas, ya que los demandantes, no eran en el contrato unos simples espectadores de lo que haría el contratista, sino que eran determinadores de las actividades que él tenía que satisfacer o que le imponían, cuyo desarrollo por supuesto, estaba determinado por lo que la parte actora dispusiera, y en consecuencia ésta no puede estar exenta, y debe entenderse que lo sucedido compromete también su responsabilidad, estando viciadas de nulidad por abusividad, las cláusulas que lo liberan de tal responsabilidad, incluso la secuela del mayor tiempo en obra.

En ese sentido, recuérdese que el artículo 2060 del Código Civil, es la fuente positiva de los contratos llave en mano, y se ocupa de los mismos, también aplicable en este asunto, en cuanto indica la relación que debe existir, en la distribución de los riesgos, según los derechos y obligaciones de las partes, que imponen una mayor responsabilidad a las mismas si se trabaja en esas condiciones, en las que el artífice es quien controla mayoritariamente los factores, que sirven de base a la ecuación económica del convenio, por precio único. Contrario a lo que sucede en el asunto en litigio. Al contrastar el contenido del contrato con la regulación aludida, se aprecia que pese a la mención de precio global, en realidad, la intención de las partes, confirmada con la manera en la que obraron mutuamente, en una sana hermenéutica de ese negocio jurídico, concibieron una relación jurídica que colocó en una posición de desigualdad al contratista, y quien llevó el peso de todos los riesgos, mientras que se sometió al arbitrio exclusivo de la voluntad de los contratantes y lo hizo sin que se le reconociera un precio adecuado y justo para ello, y al contrario, se pretende ahora, aumentar la lesividad de la convención, imponiéndole los costos que eventualmente se generaran por la mayor permanencia del tiempo en obra, que fue causada, exclusivamente por los contratantes.

Ahora, se pasa a resaltar que en este caso, deben aplicarse los efectos de la teoría de los actos propios, toda vez que, los integrantes del Consorcio, primero, con el contratista, sin informar nada a la aseguradora, y cambiaron de hecho el contrato garantizado durante la ejecución y cuando feneció el término del convenio, introduciendo de modificaciones sustanciales sobre las obligaciones del contratista, y de la correlativa actividad que debían cumplir los contratantes, y, segundo, luego ambos contratantes decidieron libre y voluntariamente suscribir el otrosí al contrato de obra, bajo las condiciones que estimaron ajustadas, las cuales los ata. Actualmente, en este proceso, pretenden que se desconozcan los efectos de ese actuar por fuera de lo estipulado, y que se acojan como si pudiese aplicarse simple y llanamente la regla de que la literalidad del contrato es ley para las partes, con la tesis insostenible de que lo convenido en el otrosí puede servir de base, para obtener de la parte pasiva una indemnización por haberse ejecutado la obra, a pesar de que se hizo de la manera acordada, en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En efecto, no pueden valerse los demandantes, del argumento de que la ejecución de la obra requirió supuestamente de los 299 días subsiguientes al 09 de noviembre de 2019, cosa que tampoco está probada, para exigir una indemnización por el tiempo necesario para su confección, denominándolo “mayor tiempo en obra”, toda vez que tal convención incorpora de suyo el consentimiento para que la construcción se realizara precisamente en ese lapso, y en tal virtud, la manifestación, que con ese propósito produjo la contraparte, la obliga hoy a obrar con coherencia, aferrándola al deber jurídico de aceptar, que ese periodo obviamente corresponde a la oportunidad que convencionalmente comprendieron, para hacer la entrega del trabajo y, por ende, el costo respectivo, tiene que correr por cuenta exclusiva de los contratantes, que no

pueden ahora endilgarlo al constructor. En resumen los contratantes asumieron así el riesgo del valor requerido para la obra que encargaron, mediante el pacto del otrosí y no les es admisible ahora desdeñarlo del mismo.

Claramente, el accionante pasa por alto, que el acto jurídico mencionado necesariamente debió haberse efectuado sin que haya mediado una fuerza externa y ajena a su voluntad; y lo anterior se respalda en que, precisamente, aquella manifestación de voluntad libre y espontánea, es uno de los requisitos para que se perfeccionen este tipo de contratos, de otra forma, a los integrantes del Consorcio no les habría sido posible haber suscrito el mismo. Por ello, los requerimientos económicos que a esta altura efectúan no deben prosperar.

Debe tenerse en cuenta que el actor no puede cambiar los efectos que se surten de sus actos propios, por cuanto de manera clara, durante el desarrollo del contrato, obraron sin excepción en la dirección de consentir, estando debidamente informados de todo lo que estaba acaeciendo dentro de la ejecución del contrato, para que el mismo se desarrollara, precisamente, como lo estaba haciendo el contratista, es decir que se cumpliera tal y como efectivamente se hizo, por ende, no pueden ahora desconocer la legítima confianza que con su conducta dieron al contratista, respecto de la aceptación de lo que él estaba ejecutando y el tiempo requerido, al punto que de esa forma, al unísono las partes, mutuamente, dada la forma en la que obraron, no solo terminaron modificando las condiciones o especificidades, de la manera en la que tenían estipulado que debían ejecutarse las obligaciones del constructo, sino el tiempo que él necesitaba, y en consecuencia, no puede ahora reclamar por la supuesta producción de perjuicios que, aunque no está probados, estima se habría infligido por una alteración en el contrato de obra ellos mismos consintieron así.

Recuérdese que los actos de la demandante la atan debido a la regla, según la cual nadie puede ir en contra de sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*); y este efecto jurídico vinculante es el que, efectivamente, fue concomitante con la mutación del alcance y particularidades de las obligaciones del contrato garantizado, sustrayendo lo que había sido materia del amparo de cumplimiento, mediante el seguro, como se confesó en los hechos de la demanda, por lo tanto, al haberse cambiado el contenido del objeto de la garantía, características y especificidades de las obligaciones contractuales convencionales cuyo cumplimiento estaba asegurándose, sin haberse contado con el previo consentimiento de la aseguradora, a la cual, ni siquiera se le informó sobre el particular, se confirma que esa modificación cambió las obligaciones respaldadas con la póliza y en esa medida su infracción, en todo caso, no está comprendida bajo la cobertura de cumplimiento.

FRENTE AL HECHO “VIGÉSIMO TERCERO”: en este hecho se efectúan varias manifestaciones, frente a las cuales me pronunciaré de la siguiente manera:

- Se reitera que a mi representada no le consta de manera directa que el accionante haya incurrido o asumido los costos que en este hecho se indican, como quiera que se trata de circunstancias que en las que no intervino directamente, deberán ser demostradas en el debate probatorio.
- A mi prohilada no le consta de manera directa que los gastos en los que presuntamente incurrió el accionante, fuesen **valores no presupuestados**, ni quién fue el causante de que se tuviera que incurrir en los mismos, por cuanto mi prohilada no tuvo participación directa en la ejecución *per se* del contrato. Sin embargo, con fundamento en lo que se indica en este hecho, es claro que se trata de obligaciones económicas que no pueden ser asumidas por la Aseguradora. Si los gastos que se derivaron de la ejecución del contrato de obra No. 41455

Página **31** de **117**
S/DMMN -DH

o del otrosí, no fueron presupuestados correctamente por las partes contratantes de manera previa a la celebración de los mismos, las consecuencias de aquella ausencia de previsión no pueden ser asumidas por la Compañía.

Se recuerda que, de conformidad con el condicionado general de la póliza, las obligaciones de mi prohijada se limitan a pagar al asegurado los perjuicios, debidamente demostrados, que se le hayan causado, cuando el contratista-garantizado u oferente-garantizado, sea legal o contractualmente responsable por el incumplimiento de la **obligación cubierta**, durante la vigencia de este seguro.

Lo anterior implica que la cobertura de este seguro protege al asegurado solo por el incumplimiento de las obligaciones del contrato garantizado y **no por otra clase de perjuicios, aunque estos sean originados directa o indirectamente por dicho incumplimiento**. De manera que, los perjuicios derivados de la incorrecta elaboración del presupuesto que se designó para la ejecución del contrato de obra garantizado por mi prohijada, no pueden ser asumidos por aquella, por cuanto no obedecen *per se*, al incumplimiento que se reprocha al codemandado, sino a una omisión de los contratantes frente a la asignación del presupuesto necesario para la terminación de la obra.

Además, los requerimientos económicos que a esta altura efectúa el accionante son inaceptables, ya que no puede cambiar los efectos que se surten de los actos propios del consorcio y de las sociedades demandantes, consideradas individualmente, por cuanto de manera clara, durante el desarrollo del contrato, obraron sin excepción en la dirección de consentir, estando debidamente informadas de todo lo que estaba acaeciendo dentro de la ejecución del contrato, para que el mismo se desarrollara, precisamente, como lo estaba haciendo el contratista, es decir que se cumpliera tal y como efectivamente se hizo, por ende, no pueden ahora desconocer la legítima confianza que su conducta y actos le dieron al contratista, respecto de la aceptación de lo que él estaba ejecutando, al punto que de esa forma, al unísono las partes, mutuamente, dada la forma en la que obraron, terminaron modificando las condiciones o especificidades de la manera en la que tenían que ejecutarse las obligaciones del constructor, y en consecuencia, no puede ahora la parte activa reclamar la producción de los perjuicios que estima se habría constituido por una alteración en el contrato de obra que él mismo consintió.

Recuérdese que los actos de la demandada la atan debido a la regla, según la cual nadie puede ir en contra de sus propios actos, *venire contra factum proprium non valet*; y este efecto jurídico vinculante es el que, efectivamente, constituyó una mutación del alcance y particularidades de las obligaciones del contrato garantizado, como lo confesó en los hechos de la demanda el actor, por lo tanto, al haberse cambiado el contenido, características y especificidades de las obligaciones contractuales convencionales cuyo cumplimiento estaba asegurándose, sin haberse contado con el previo consentimiento de la Aseguradora, a la cual, ni siquiera se le informó sobre el particular, se concluye que esa modificación cambió las obligaciones respaldadas con la póliza y en esa medida su infracción, en todo caso, no está comprendida bajo la cobertura de cumplimiento.

FRENTE AL HECHO “VIGÉSIMO CUARTO”: a mi mandante no le consta de manera directa si con ocasión de los presuntos retrasos del proyecto, COMFANDI impuso dos multas al CONSORCIO LATCO S.A. A2, por los valores que en este hecho se indican, luego que la Aseguradora no intervino directamente en dicha actuación. No obstante, sobre este particular se destaca en primer lugar, que la póliza vinculada a este proceso no ampara el pago de multas, de

hecho, se excluye expresamente de las obligaciones asumidas por la Compañía con base en el aseguramiento; conforme se extrae del condicionado general de la misma:

Sección II - Exclusiones

Sura no pagará los perjuicios causados directa o indirectamente por:

- 2 Las sanciones, cláusulas penales o multas impuestas al contratista-garantizado, incluidas en el contrato o aquellas derivadas de sanciones administrativas o de policía.

De manera que el valor de la multa, si es que esta fue asumida por el demandante, no puede ser indemnizada por mi prohijada.

En segundo lugar, aunque se allegó al expediente la comunicación calendada del 24 de marzo del 2020 en la que se constata la imposición de las referidas multas, no obra prueba documental alguna que demuestre que el CONSORCIO LATCO S.A. A2, asumió el pago de tales conceptos; de manera que, a pesar de que en este hecho concretamente no se exprese, desde ya se afirma que, la pasiva de esta acción no puede asumir el pago de estas sanciones, luego que no está demostrado que el accionante efectivamente haya asumido el pago de aquellas.

FRENTE AL HECHO “VIGÉSIMO QUINTO”: a mi mandante no le consta de manera directa que el accionante haya proporcionado la suma de \$327.027.591, a título de anticipo, para la ejecución del otrosí al contrato de obra No. 41455, como quiera que en el plenario no se incorporó ningún elemento de prueba que permita tenerlo por cierto, de hecho, revisado el referido otrosí, se evidencia que no se pactó ninguna estipulación referente al anticipo que se proporcionaría por el contratante para la ejecución del mismo, ni frente a la forma en la que se entregaría dicha suma, esto es, mediante efectivo, cheque, transferencia, consignación bancaria, en bienes, etc. En todo caso, es un valor que no puede reconocerse por cuanto no hay prueba frente a cuál fue la suma que no se amortizó por el garantizado.

Los perjuicios alegados por la parte demandante, son en su totalidad unos supuestos efectos adversos, cuya indemnización no es procedente, por cuanto normativamente no está prevista su reparación, toda vez que se trata de un supuesto detrimento originado en perjuicios no previstos o previsibles, cuyo resarcimiento, únicamente puede reclamarse cuando el respectivo contratista o deudor contractual ha obrado de mala fe; y por supuesto, el constructor en este caso, siempre obró de buena fe y esta debe presumirse, de manera que quien alegue lo contrario tiene la carga demostrativa de probar la mala fe.

De otro lado, en gracia de discusión y sin que implique ningún reconocimiento de responsabilidad, debe tenerse en cuenta que, en el hipotético escenario en el que la póliza pudiese afectarse, el condicionado de la póliza explica que el amparo de “Buen manejo, correcta inversión del anticipo, amortización y devolución”, opera para anticipos entregados a través de cheque, patrimonios autónomos, transferencias, consignaciones bancarias o electrónicas de dinero. Según lo anterior, salvo aceptación expresa de la Compañía, no se cubren los anticipos entregados en dinero en efectivo o en títulos valores diferentes al cheque.

Por lo anterior, y únicamente en gracia de discusión en vista de que el contrato de seguro terminó de manera automática y desde el momento en que se venció la oportunidad que tenía el consorcio asegurado para notificar a la Compañía de las modificaciones que introdujo al contrato

garantizado, de acreditarse que el anticipo por la suma que en este hecho se indica, se efectuó en dinero en efectivo o en títulos valores diferentes al cheque, este amparo no podría afectarse, por configurarse una exclusión expresa consignada en la póliza.

FRENTE AL HECHO “VIGÉSIMO SEXTO”: se reitera que a mi mandante no le consta de manera directa que el accionante haya proporcionado la suma de \$327.027.591, a título de anticipo, para la ejecución del otrosí al contrato de obra No. 41455, ni que haya quedado un saldo pendiente por amortizar por el valor de \$73.725.208, como quiera que en el plenario no se incorporó ningún elemento de prueba que permita tenerlo por cierto, de hecho, revisado el referido otrosí, se evidencia que no se pactó ninguna estipulación referente al anticipo que se proporcionaría por el contratante para la ejecución del mismo, ni frente a la forma en la que se entregaría dicha suma, esto es, mediante efectivo, cheque, transferencia, consignación bancaria, en bienes, etc.

Ahora, sin perjuicio de lo anterior, se insiste en que, los perjuicios alegados por la parte demandante, son en su totalidad unos supuestos efectos adversos, cuya indemnización no es procedente, por cuanto normativamente no está prevista su reparación, toda vez que se trata de un supuesto detrimento originado en perjuicios no previstos o previsibles, cuyo resarcimiento, únicamente puede reclamarse cuando el respectivo contratista o deudor contractual ha obrado de mala fe; y por supuesto, el constructor en este caso, siempre obró de buena fe y esta debe presumirse, de manera que quien alegue lo contrario tiene la carga demostrativa de probar la mala fe.

De otro lado, en gracia de discusión y sin que implique ningún reconocimiento de responsabilidad, debe tenerse en cuenta que, en el hipotético escenario en el que la póliza pudiera afectarse, el condicionado de la póliza explica que el amparo de “Buen manejo, correcta inversión del anticipo, amortización y devolución”, opera para anticipos entregados a través de cheque, patrimonios autónomos, transferencias, consignaciones bancarias o electrónicas de dinero. Según lo anterior, salvo aceptación expresa de la Compañía, no se cubren los anticipos entregados en dinero en efectivo o en títulos valores diferentes al cheque.

Por lo anterior, de acreditarse que el anticipo se efectuó por la suma que en este hecho se indica y en dinero en efectivo o en títulos valores diferentes al cheque, en todo caso, este amparo no podría afectarse.

FRENTE AL HECHO “VIGÉSIMO SÉPTIMO”: no es cierto que a mi mandante le corresponda pagar al contratante y beneficiario indemnización alguna derivada de la póliza No. 2235271-7. En efecto, el contrato de seguro no puede ser afectada con el propósito de indemnizar al asegurado y aquí demandante, por cuanto:

- (i) El contrato de seguro terminó de manera automática por no haberse notificado oportunamente la modificación del riesgo asegurado. Ciertamente, conforme se informó al accionante mediante la objeción a la solicitud indemnizatoria por él presentada, que no era una reclamación formal, una vez iniciada la ejecución del contrato de obra, las partes modificaron de hecho los plazos y el cronograma en el que se ejecutaría la obra, es decir la oportunidad y manera en la que se haría la construcción y las condiciones del componente económico de la convención, sin informar ni contar para ello con la previa autorización o con el consentimiento de la Aseguradora, la cual se vio privada de la posibilidad de emitir su consentimiento sobre si aceptaba o no dar amparo a todas esas modificaciones; con ocasión de la mutación de los términos escritos del contrato y de la manera, oportunidad y condiciones en las que se debían ejecutar las obligaciones, que de hecho y consensuadamente introdujeron los contratantes, sin el concurso ni

notificación a mi procurada, implicó que todo lo ocurrido desde entonces, difiere de lo que era objeto de la cobertura de la póliza, del objeto mismo de la protección otorgada, ya que el riesgo asegurado no era lo que la demandante y el constructor comenzaron a hacer mutuamente, por cuanto se sustrajo la esencia de lo que se encontraba cubierto inicialmente y en consecuencia, su eventual infracción resulta extraña al aseguramiento, al riesgo asegurado, a la obligación condicional del asegurador, quien por ende está exento, máxime cuando la entidad asegurada y contratante no obtuvo el consentimiento de la Compañía que procuro, para tener una garantía que cubriera los riesgos del eventual incumplimiento de esas nuevas condiciones contractuales, que incorporaron a la convención que se había pactado y cuyo texto literal es el único que se contempló en el aseguramiento. Todo esto, acorde con el precepto del artículo 1056 del Código de Comercio, en virtud del cual, el asegurador a su arbitrio es quien define, cuáles son los riesgos a los que está expuesto el interés asegurable, que amparará; por sustracción de materia, entonces, en el seguro de cumplimiento, si el contrato garantizado estipula las obligaciones que se están respaldando mediante la póliza, la sustitución de estas, su naturaleza, alcance, términos, tiempo de ejecución, forma de pago, Etc., comporta el reemplazo de aquellas que estaban amparadas contra el riesgo de incumplimiento y lógicamente, las obligaciones así variadas, las que quedan por acuerdo de las partes, que pueden ser expresado de facto o de hecho, evidentemente, determinan que la identidad de las nuevas condiciones del contrato garantizado, en cuanto han sido mutadas, son ajenas a la protección dada por la Compañía de Seguros.

Es así, como de acuerdo con la prueba documental en el expediente, la fecha de terminación pactada en el contrato de obra No. 41455 para la etapa I, era el **27 de abril de 2019**, para la etapa II, el **22 de junio de 2019**, y la última, es decir para la etapa III, el **10 de agosto de 2019**; no obstante, sin que se hubiera surtido ninguna comunicación al respecto hacía mi mandante, las partes del contrato garantizado por su cuenta y riesgo, decidieron de hecho cambiar lo pactado y en ese sentido consintieron en modificar el plazo de ejecución del contrato, las condiciones en que se llevaría a cabo la obra restante, la manera y oportunidad en la que se entregaría, el componente económico requerido, la financiación, las obligaciones de carácter dinerario, los pagos al contratista, Etc., quien lo asumiría como una carga adicional, entre otras, y para ello consintieron recíprocamente mediante sus actos, es decir los que cada una de las partes cumplió, aún después de culminado el término inicial del contrato que se garantizó. Fue de esa manera en la que, mediante actos propios de ambos contratantes, desarrollados bilateralmente, evidenciados en sus respectivas y nuevas actividades, que el contrato se cambió.

Así se produjo la modificación del contrato que había sido respaldado con la póliza y ya en esa novísima convención, cambiada de facto, la hoy demandante incurrió en pagos, cuya realización tuvo lugar con una alteración de los criterios que inicialmente se habían concebido para la confección de los mismos, tal como la demandante lo confiesa en los hechos vigésimo segundo y vigésimo tercero del escrito introductor. Modificaciones éstas relacionadas sólo de manera enunciativa, que no fueron informadas a la Aseguradora, lo cual claramente sustituyó las condiciones del contrato garantizado, es decir aquellas bajo las cuales mi mandante inicialmente aceptó que se le trasladara el riesgo, o sea que se le cambió la identidad de lo que era materia de la cobertura y por ende extrañas al riesgo amparado y a la condición suspensiva que sujeta el nacimiento de la obligación de indemnizar, según los Arts. 1054, 1056, 1072, 1077 y 1080 del C. de Co.

Esto ocurrió, liberando a la aseguradora, y sin perjuicio de otra situación que colateralmente emergió, pues junto con la modificación de las condiciones del contrato,

me refiero ahora a la modificación del estado del riesgo amparado, terminaron agravándolo, tal como se explicará en el numeral siguiente.

- (ii) En efecto, como se anunció, las implicaciones del cambio de facto de las condiciones y obligaciones del contrato garantizado, a más de sustituir las obligaciones que eran objeto de garantía con la póliza, como se está explicando, adicionalmente comportaron una agravación del riesgo de incumplimiento, configurándose la causal legal de la terminación automática del seguro, según lo estatuido en el Código de Comercio, artículo 1060, debido a que esa variación del riesgo asegurado, incrementó ostensiblemente la posibilidad de realización de un siniestro, acentuándolo anormalmente, porque adicionalmente no le fue informada tal potencialización de su peligrosidad a la Aseguradora, y este es el presupuesto normativamente consagrado, que genera tal efecto fulminante del contrato de seguro, que conlleva la exoneración del asegurador.
- (iii) En ese mismo sentido, aparejando la citada norma del Art. 1060, la póliza reitera esa regla, aceptada por la actora, ya que al tomarse el seguro, también se pactó esa misma consecuencia, de la culminación del aseguramiento, repito pese a que por ministerio de la ley se produce *ipso jure* la finalización del aseguramiento en forma automática, como se lee en lo que fue explícitamente acordado en el seguro, en el numeral sexto de la sección tercera de las condiciones generales, que reza lo siguiente:

Sección III - Otras condiciones

6 Terminación por agravación del estado del riesgo

Este seguro se termina si se hacen cambios al objeto, las obligaciones, la vigencia o al valor del contrato garantizado, si estos no son informados a SURA 10 días después de realizados para evaluar el nuevo riesgo y determinar si se cubren o no dichas modificaciones.

Independientemente de lo expuesto en los numerales más atrás, sobre el cambio que de facto hicieron las partes, sin notificarlo a la Aseguradora, del contrato garantizado y de las repercusiones que esto implica, en cuanto se sustituyó la identidad de lo que era materia de la protección otorgada, de manera que mi mandante no puede ser obligada a pago alguno respecto de los nuevos términos del renovado de facto negocio jurídico, cuyas condiciones le son inoponibles a mi defendida y su eventual incumplimiento resulta inane, por ser diferente al cumplimiento del riesgo que se aseguró, lo que en este ítem se ha indicado, es que esa situación además dio lugar a que se produjera una agravación del estado del riesgo, incluso si se sostuviera que aquella mutación no significó un cambio del objeto del contrato, ya que de todas maneras sí se produjo una alteración respecto de los términos temporales, económicos, Etc., bajo los cuales se desarrollaría el contrato de obra, porque aparejó un notorio incremento en la peligrosidad de que se produjera el incumplimiento, es decir, agravando el riesgo, sin que las partes hubieran notificado a mi procurada dentro de los diez días posteriores a tal variación del estado del riesgo, de lo cual se derivó el efecto jurídico dispuesto en el mentado artículo 1060 del Código de Comercio⁵, porque acrecentó de manera ostensible e irregular, el grado de exposición o la potencialidad del incumplimiento del constructor.

⁵ De conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio: "(...) 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

Por lo tanto, se acentuó anormalmente la probabilidad de incumplimiento y el riesgo asumido por la Compañía, al momento de perfeccionarse el contrato de seguro, lo cual aparte de que perturba el equilibrio prestacional, que es, precisamente, lo que se protege con la notificación de las circunstancias constitutivas de la agravación del riesgo, para que la Aseguradora pueda o no consentir seguir dando el amparo pese a que con las nuevas características y condiciones en las que queda el riesgo que se le trasladó. La falta de notificación de esa modificación e incremento del riesgo es lo que la ley, y en este asunto la misma póliza, sancionan con la terminación automática del contrato de seguro, que efectivamente acaeció en el presente caso, ya que se trata de una especie positivamente consagrada de condición resolutoria.

Es importante tener en cuenta que esta agravación se deriva, del hecho mismo de que las partes, a sabiendas de que el plazo contractual no se podía tener como tope, decidieron cambiar lo pactado y continuaron la ejecución del contrato, de financiar, con una situación en la que el constructor estaba experimentando iliquidez; y sumado a ello los contratantes le siguieron efectuando pagos, permitieron que prosiguiera con las obras; y prolongaron anormal e irregularmente el contrato, varios meses después del 10 de agosto del 2019, sin que ocurriera en realidad una situación de incumplimiento, tanto es así que la hoy demandante a ciencia y paciencia, con actos propios suyos, permitió que prosiguiera la ejecución de la obra y los propició haciendo pagos adicionales, lo cual contradice la lógica de cualquier contrato sinalagmático que entra en crisis, en el que, una mediana prudencia indica que no pueden proseguirse haciendo pagos a un deudor contractual que presuntamente está incumpliendo y menos si él adicional está supuestamente en mora de cumplir con lo que le corresponde o de poder hacerlo en el tiempo debido, toda vez que eso suma factores que agudizarán la crisis que se está viviendo en la ejecución de la convención, y en esa medida lo que hicieron las partes contratantes fue, no sólo cambiaron las condiciones contractuales iniciales, sino que también, agravaron las condiciones de riesgo de incumplimiento, ya en ese sentido se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, igual el Consejo de Estado en su Sección Tercera, y particularmente del Tribunal Superior de Cali, mediante providencia en el proceso declarativo de CALDERON INGENIEROS Vs. LIBERTY SEGUROS S.A.⁶, precedente este que confirma que en este caso se reúnen los presupuesto normativos según las cuales las partes, primero, sin notificarlo a la Compañía cambiaron las condiciones o la convención que estaba garantizada mediante la póliza, y segundo, lo hicieron, de que de suyo las novísimas circunstancias ya son ajenas a la protección del amparo, agravando el riesgo que se le había trasladado al asegurador, por ende mi representada está exenta de cualquier obligación en este caso.

Consecuentemente, sobresale de manera indiscutible que, la modificación del convenio en la forma indicada, potenció exponencialmente la posibilidad de que se produjera el incumplimiento y, en consecuencia, significó la agravación del riesgo. A esto se suma que está demostrado en el plenario que las modificaciones al contrato de obra sí se produjeron, por cuanto, si se atendieran o aceptaran, en gracia de discusión, los documentos adjuntos a la demanda, como si fueran prueba válida, que en realidad no lo son, y se concluyera que supuestamente estos tratan de pagos de nómina posteriores a

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 (...)". Negrita por fuera del texto original.

⁶ Radicación 03-005-2006-00054-01 (10-203).

la fecha de terminación del contrato garantizado y anteriores a la fecha en la que se suscribió el otrosí, en verdad si sirven para comprobar que el contratante y el contratista a su exclusivo interés, sin notificar oportunamente a mi procurada, modificaron de facto y consensualmente las condiciones primigenias del negocio jurídico que mi mandante garantizó, lo cual es posible a pesar de haberse pactado inicialmente por escrito, como lo ha reiterado la jurisprudencia y la doctrina más autorizada, que admiten que la conducta de las partes o mediante ella, suele darse en tal forma que por sí sola comporta una modificación del contrato respectivo, cuando se surte, como en este caso, con la inequívoca e incuestionable voluntad bilateral de variar los términos o condiciones en los que se pactaron por escrito originalmente. Los actos propios de las partes del contrato en una misma dirección, revelan lo que ellas voluntariamente quieren hacer y están haciendo, de forma que, si en ese sentido, sustituyen las condiciones escritas y ambas se muestran conformes con ello, dando o recibiendo lo que reciprocamente y de facto sustituyendo lo que literalmente estaba escrito, comportan una modificación consensual de un contrato escrito.

Retomando lo expuesto sobre el efecto liberador del artículo 1060 citado, no puede echarse de menos que, el deber de mantener el estado del riesgo, no es una obligación *stricto sensu*, sino una carga que invariablemente “(...) *cumple el confesado propósito de preservar, durante la ejecución del contrato mismo, las condiciones esenciales que condujeron a que ese asentimiento fuera expresado, y, por tanto, a la contratación del seguro, de forma tal que en todo momento, en lo fundamental, se mantenga la ecuación necesaria entre el riesgo asegurado y el precio del contrato (...)*”⁷ (negrilla y Sublínea por fuera del texto original).

La agravación del riesgo, en este caso, como lo ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia, se dio por hechos o circunstancias que eran imprevisibles, sobrevinientes a la celebración del contrato y no solo eran conocidas real o presuntivamente por el tomador o asegurado, y el contratista garantizado, sino que sus características, como se ve palmario, que se encuentran demostradas y que, por lo tanto, produjeron la agravación del riesgo, y con ellas, al no haber sido notificadas oportunamente a la Aseguradora, causaron la terminación automática del contrato de seguro.

En primer lugar, el CONSORCIO LATCO S.A. A2 y el contratista no cumplieron con la carga de informar al asegurador que, **con posterioridad a la celebración del contrato de obra hizo modificaciones al mismo, en cuanto al incremento del plazo pactado, la realización de pagos en momentos en el que el contratista padecía de una situación de iliquidez, entre otros, hechos imprevisibles con influencia en el riesgo asegurado** pues alteraron negativamente las condiciones bajo las cuales fue asumido y desequilibran las prestaciones contractuales, que de ser conocidos por mi mandante, le habrían permitido sustraerse del contrato o exigir el reajuste del valor de la prima para restablecer el equilibrio económico del negocio, o negarse a continuar asegurando el mismo dada la alteración de las condiciones del riesgo. En segundo lugar, claramente **fueron hechos conocidos por el asegurado, porque obedecieron a sus propias decisiones.** En tercer lugar, fueron imprevisibles, toda vez que no eran variables a considerar de forma natural y lógica por el asegurador al analizar el riesgo asegurable de acuerdo a la información entregada al declarar el estado del riesgo; de manera que, en definitiva, las modificaciones del estado del riesgo que se dieron aquí significaron la

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de julio del 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

agravación del mismo, por ende, la violación del deber que imponía al asegurado la carga de informarlas al asegurador en los términos del artículo 1060 del Código de Comercio, y trajo la consecuencia de la terminación del seguro.

De otro lado, se resalta que, si bien la Compañía tenía conocimiento del otrosí suscrito entre los anteriormente mencionados, lo cierto es que, incluso bajo esa premisa, debe tenerse en cuenta que, dicho otrosí se suscribió el **09 de noviembre del 2019**, pero mi representada no fue informada de nada de lo que había ocurrido desde el 10 de agosto del 2019 y hasta dicha fecha, y, de acuerdo con lo que sostiene la demandante, el presunto incumplimiento que la actora reprocha, supuestamente se había producido, por parte de la sociedad CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., y que motivó la solicitud de afectación del contrato de seguro expedido por mi prohijsada, habría iniciado desde antes del **06 de mayo del 2019, ni que las partes habían alterado el contrato garantizado.**

En efecto, de conformidad con el oficio identificado con No. LTA207-022-19, calendado del 06 de mayo del 2019, el señor Luciano Gómez, en su calidad de representante legal del CONSORCIO LATCO S.A. A2, documento cuyo contenido apenas se conoce ahora, informó al ingeniero Leonardo Gómez, gerente general de la sociedad CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., la supuesta trazabilidad frente a la ejecución del contrato de obra No. 41455, aseverando que, después de revisarse la programación y entrega de las unidades de vivienda del Proyecto Ciudadela Río Cauca, se advertía un supuesto incumplimiento por parte del contratista.

En este punto, es claro que, si se le da crédito a los documentos referidos, cosa que no puede ser porque los mismos adolecen del poder demostrativo que se les quiere dar, de todos modos indicarían que la contratante supuestamente conocía del riesgo inminente de la consumación del alegado incumplimiento del contrato afianzado por mi mandante, y lo habría sabido por lo menos desde el 06 de mayo del 2019, puesto que, efectuado por la parte activa para esa data, el seguimiento del avance de la ejecución de la obra, la sociedad CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., presuntamente, no había cumplido con sus obligaciones en el porcentaje estipulado, y, que, en ese sentido, el accionante sabía que el estado del riesgo concertado en la póliza se había modificado sustancialmente, por hechos y circunstancias que habrían sobrevenido con posterioridad a la celebración del contrato de obra; y a pesar de ello, en vez de informar tal situación a mi mandante, lo que hizo fue de hecho cambiar o novar la convención y las obligaciones del constructor, mediante los cambios de facto del contrato, que de suyo, como ya se explicó agravaron el estado del riesgo, y además que demuestran, que contravinieron la obligación de evitar la propagación de un eventual siniestro, ya que al dar más financiación y plazo, estaban acrecentando el crédito contra la sociedad contratada y por eso los deberes de ella como contratista, que por supuesto estaría más expuesto a un colapso y de mayor magnitud, porque se tornaron cada vez más exigentes e impagables, y superiores al que se habría podido registrar, si fuera cierto y también se demostrara que desde entonces venía el incumplimiento del constructor, porque si se considera que luego los contratantes mutuamente cambiaron la convención, entre otras extendiendo sus tiempos de ejecución, endeudando más al constructor, haciéndole más difícil la satisfacción de sus deber novados o cambiados, obviamente se tradujeron en un impedimento del riesgo de incumplimiento.

En todo caso, se itera, la alteración de las condiciones bajo las cuales mi representada se obligó en virtud de la Póliza No. 2235271-6, y la inexistencia de la notificación oportuna

frente a dicha situación y frente a las circunstancias que agravaban el riesgo y que, además, el contratista y el asegurado conocieron y no informaron a la Compañía, permiten concluir de forma indiscutible, que el referido aseguramiento terminó de manera automática desde el momento en que se venció la oportunidad que tenía el consorcio asegurado para notificar a la Compañía de dichas situaciones; o expresado de otra manera, desde el momento en que incurrió en mora en el cumplimiento de la carga que el artículo 1060 del Código de Comercio le imponía⁸, o en subsidio el mero cambio de las obligaciones convenciones, la alteración de facto de las obligaciones pactadas inicialmente, constituyó una mutación al contrato garantizado, que por supuesto resulta ajena a la protección brindada por mi representada.

- (iv) En el mismo sentido, convencionalmente también se libera mi representada, ya que lo expuesto fue igualmente estipulado, y se configuró una causal de exclusión de la obligación indemnizatoria pactada en el contrato de seguro que se pretende afectar. En efecto, en la sección II de exclusiones del condicionado de Seguro de Cumplimiento para Grandes Beneficiarios, forma F-01-12-087, se señala en el numeral octavo lo siguiente:



En ese orden de ideas, de acuerdo con los argumentos anteriores, en el negocio jurídico inicialmente garantizado por mi mandante se introdujeron modificaciones que no fueron previa y oportunamente notificadas a la Aseguradora, respecto de la vigencia del contrato de obra, entre otras situaciones, que dan paso a la citada causal de exclusión, siendo imposible la afectación del contrato de seguro y por consiguiente, inexistente la obligación indemnizatoria que se pretender en contra de mi prohijada.

Por las razones expuestas, si bien no se desconoce que la aseguradora sí expidió la Póliza No. 2235271-6, lo cierto es que, las explicaciones y recuento fáctico anteriores imposibilitan la afectación de la misma, y aún ahora no lo permiten, trascendiendo inexistente el incumplimiento contractual que se deprecia en contra de mi prohijada en esta contienda, y por consiguiente la obligación indemnizatoria que a aquella se exige sin razón.

FRENTE AL HECHO “VIGÉSIMO OCTAVO”: no es cierto. En primer lugar, se aclara que la solicitud a la que hace alusión el demandante en este hecho no se trata de una verdadera reclamación, por cuanto la misma no cumplió con los requisitos formales que se predicen de este tipo de escenarios. De conformidad con el condicionado general de la póliza vinculada, se tiene que era deber del asegurado, cumplir con los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio⁹, y acreditar ante la Compañía, no sólo la ocurrencia del riesgo asegurado, sino también, el monto de la pérdida, así se indica en el mismo:

⁸ ANDRÉS ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004. Pág. 68.

⁹ CÓDIGO DE COMERCIO, 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 (...)”.

Sección III - Otras condiciones

8 Pago de la indemnización

SURA pagará la indemnización dentro del mes siguiente a la fecha en que usted acredite la ocurrencia del siniestro y su cuantía.

Por el contrario, para realizar la aludida solicitud indemnizatoria, a la actora sólo le bastó el envío de un escrito relacionando la trazabilidad de la ejecución del contrato de obra No. 41455 y del otrosí, sin el pleno cumplimiento de los requisitos exigidos; esto es, no aportó medios demostrativos sobre la ocurrencia de dichos hechos, y, principalmente, no aportó los elementos de convicción correspondientes frente la cuantía de la pérdida. Al respecto de esta carga demostrativa, ha indicado la H. Corte Suprema de Justicia, que,

“(…) Precisamente, los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio preceptúan que corresponderá al asegurado o beneficiario dar noticia del siniestro, dentro del término convencional, con la carga de «demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida». (...)

En concordancia, el numeral 7.1. ejusdem estableció que la reclamación se perfeccionará «mediante la presentación y entrega de los documentos básicos y los que LA AGRÍCOLA considere necesarios para la atención del siniestro», incluyendo «[d]os cotizaciones de reparación en los casos de daños al vehículo asegurado» (...)

Una interpretación armónica de estas directrices devela que el aviso del siniestro tendrá efectos jurídicos de reclamación cuando: (i) se comunique oportunamente el suceso dañoso a la aseguradora; (ii) precise el tipo de afectación y su cuantía; y (iii) se anexen los soportes que permitan adelantar el trámite de exacción.

Luego, la mera comunicación carece de la virtualidad de acrisolar un requerimiento indemnizatorio, pues para esto deberá acompañarse de las pruebas del demérito patrimonial, que en el sub examine consistían en dos (2) cotizaciones que dieran cuenta de su tasación, carga que no puede calificarse como imposible ni impeditiva del ejercicio de los derechos de los beneficiarios.

Recálquese, «la ley impone al asegurado o su beneficiario la obligación de demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía del perjuicio si es del caso, cuya contrapartida es la obligación que el asegurador tiene de efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario haya demostrado el cumplimiento de los requisitos que le impone el artículo 1077» (CSJ, SC, 19 dic. 2013, Rad. N.º 1998-15344-01) (...)»¹⁰ Negrita y Subrayado por fuera del texto original.

Adviértase señor Juez que, ante la omisión demostrativa de la aquí demandante, sumado a que la póliza no podía afectarse por haber terminado en vista de la modificaciones que se introdujeron al contrato garantizado sin que se hubiere notificado de ello a la Aseguradora, así como por la agravación del estado del riesgo inicialmente trasladado a la Compañía sin que tampoco se hubiera informado de tal situación al asegurador, y por la configuración de una de las causales de exclusión del condicionado general del aseguramiento, mi representada, se opuso al pago de la obligación exigida por el CONSORCIO LATCO S.A. A2, objeción que estaba plenamente justificada.

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia SC1916-2018. M.P.: Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Rad. No. 11001-31-03-011-2005-00346-01.

En ese tenor, la solicitud a la que se refiere el demandante no puede tenerse por formal, en tanto que, como ya se indicó, la misma desobedeció los requisitos exigidos en el artículo 1077 del Código de Comercio.

FRENTE AL HECHO “VIGÉSIMO NOVENO”: es cierto, y se agrega que, sumado a las manifestaciones que aquí se indican, la Aseguradora manifestó en la objeción calendada del 17 de febrero del 2021, que los hechos precedentes implicaban también la configuración de la causal de exclusión octava de la sección segunda de las condiciones generales del contrato; la cual indica que la Compañía no pagará los perjuicios derivados de las modificaciones introducidas al contrato garantizado, cuando no sean notificadas a SURAMERICANA, lo cual, de conformidad con los argumentos precedentes, efectivamente ocurrió en este caso.

FRENTE AL HECHO “TRIGÉSIMO”: no es cierto. De conformidad con lo que se desprende de la póliza emitida por mi mandante, se tiene que es cierto que la suscripción del otrosí fue informada a la Aseguradora, sin embargo, no puede pasarse por alto que, en primer lugar, el asegurado informó que con el OTROSÍ **no se efectuaban modificaciones frente a los plazos inicialmente concertados en el contrato de obra, lo cual no era cierto**, por cuanto que dichos plazos ya estaban vencidos desde el 10 de agosto del 2019, por lo cual, para el mes de noviembre del 2019, momento en el que se suscribió el otrosí, evidentemente se debían alterar los plazos de ejecución y entrega de la obra.

En segundo lugar, y de la mano de lo anterior, en el momento en el que se reportó tal actuación, **el incumplimiento ya se había materializado varios meses antes, y ello no fue informado oportunamente a la Aseguradora**; ciertamente, el incumplimiento ya se había materializado, al menos desde el **10 de agosto del 2019**. En esa data debía haberse efectuado la entrega de la última etapa del contrato de obra No. 41455, lo cual no ocurrió; esto lo constató el mismo accionante mediante el oficio remitido a mi mandante calendado del 18 de mayo del 2021:

Santiago de Cali, 18 mayo de 2021



Señor
MANUEL RICARDO MENDEZ ALFARO
Director Atención de Reclamos
SEGUROS SURA COLOMBIA
mrmendez@sura.com.co

Asunto: Su comunicación CUM-02-0048 del 17 de febrero de 2021
CONSORCIO LATCO S.A. A2
Seguro de cumplimiento de grandes beneficiarios No. 2235271-6
Expediente: 9200000278897
Contrato No. 41455 – CPA Construcciones Prefabricadas S.A.
Proyecto Ciudadela Rio Cauca II

- **FECHA DE INCUMPLIMIENTO:** Al contrario de lo que menciona la aseguradora, consideramos que el incumplimiento de CPA Construcciones Prefabricadas S.A. se configura desde el momento en que debió haberse entregado la última actividad del objeto del contrato, es decir del **10 de agosto de 2019**.

En ese orden de ideas, aunque, de acuerdo con el contenido de la póliza emitida por mi mandante, el otrosí se informó a la Compañía, no puede soslayarse que, en todo caso, el incumplimiento se había consumado varios meses antes. Es por ello que, precisamente, la Aseguradora objetó la solicitud indemnizatoria que posteriormente se presenta por el Consorcio para afectar la póliza,

Página **42** de **117**
S/DMMN -DH

en tanto que, el hecho de que no se haya informado oportunamente a la Compañía de las circunstancias que agravaban el estado del riesgo y que finalmente lo consumaron, imposibilita afectar el seguro por este haber terminado de manera automática, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1060 del Código de Comercio; sumado a que los hechos precedentes implican también la configuración de la causal de exclusión octava de la sección segunda de las condiciones generales del contrato; la cual indica que la Compañía no pagará los perjuicios derivados de las modificaciones introducidas al contrato garantizado, cuando no sean notificadas a SURAMERICANA, lo cual, de conformidad con los argumentos precedentes, efectivamente ocurrió en este caso.

FRENTE AL HECHO “TRIGÉSIMO PRIMERO”: no es cierto. De acuerdo con lo ya explicado, se tiene que, con el otrosí, sí se presentó una modificación de los plazos en los que ejecutaría y entregaría la obra para la cual se contrataron los servicios de la sociedad CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., lo cual comporta ineludiblemente una agravación del riesgo asegurado, porque acrecienta de manera irregular el grado de exposición asumida por la Compañía al momento de expedir la respectiva póliza de seguro, lo cual perturba el equilibrio prestacional, que es precisamente lo que se protege con la notificación de las circunstancias agravantes del riesgo, conforme ya se ha explicado densamente en este escrito.

En adición, ya se había materializado un incumplimiento contractual desde el 10 de agosto del 2019, lo cual, se insiste, fue ratificado por el mismo demandante mediante el oficio calendado del 18 de mayo del 2021 y los demás documentos que reposan en el plenario, de forma que, también es ajeno a la verdad que el otrosí buscaba evitar el incumplimiento del contratista; lo que éste buscaba era que la obra se entregara, pero, el incumplimiento de los términos inicialmente concertados en el contrato de obra No. 41455 ya se había consumado.

FRENTE AL HECHO “TRIGÉSIMO SEGUNDO”: no es cierto. Nuevamente se aclara que la solicitud a la que hace alusión el demandante en este hecho no fue una verdadera reclamación, por cuanto la misma no cumplió con los requisitos formales que se predicen de este tipo de escenarios. De conformidad con el condicionado general de la póliza vinculada, se tiene que era deber del asegurado, cumplir con los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio¹¹, y acreditar ante la Compañía, no sólo la ocurrencia del riesgo asegurado, sino también, el monto de la pérdida.

Por el contrario, para realizar la solicitud indemnizatoria, a la actora sólo le bastó el envío de un escrito relacionando la trazabilidad de la ejecución del contrato de obra No. 41455 y del otrosí, sin el pleno cumplimiento de los requisitos exigidos; esto es, no aportó medios demostrativos sobre la ocurrencia de dichos hechos, y, principalmente, **no aportó los elementos de convicción correspondientes frente la cuantía de la pérdida.**

Resáltese concretamente que, con la demanda no se anexó el acta de liquidación del contrato de obra, la que evidentemente resulta de gran importancia, en orden de conocer con certeza y en detalle qué obras fueron efectivamente ejecutadas, recibidas a satisfacción y los descuentos que se le hacen al contratista en relación con cada una de ellas.

Así las cosas, ante la omisión demostrativa de la aquí demandante, sumado a que la póliza no podía afectarse por haberse alterado la identidad del riesgo asegurado mediante las

¹¹ CÓDIGO DE COMERCIO, 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 (...)”.

modificaciones que de facto introdujeron al contrato garantizado, y por haber terminado en aplicación de los presupuestos del artículo 1060 del Código de Comercio y la configuración de una de las causales de exclusión del condicionado general del aseguramiento, mi representada, se opuso al pago de la obligación exigida por el CONSORCIO LATCO S.A. A2, objeción que estaba plenamente justificada.

En ese tenor, aclaro que a pesar de que es cierto que la actora realizó una solicitud a mi mandante para la afectación de la Póliza 2235271-6, esta no puede tenerse por formal, en tanto que, como ya se indicó, la misma desobedeció los requisitos exigidos en el artículo 1077 del Código de Comercio.

FRENTE AL HECHO “TRIGÉSIMO TERCERO”: lo indicado en este hecho no hace alusión al fondo del asunto, sino al agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial; empero, es preciso indicar que no es cierto que la audiencia de haya celebrado el 24 de junio del 2021, luego que, como consta en el acta de la audiencia de conciliación celebrada ante el Centro de Conciliación y Arbitraje FUNDASOLCO, la solicitud de la diligencia se presentó el 27 de mayo del 2021 y se celebró el 16 de julio del 2021.

FRENTE AL HECHO “TRIGÉSIMO CUARTO”: lo indicado en este numeral no corresponde a un hecho relativo al fondo del asunto, sino al otorgamiento del correspondiente mandato para la presentación de la demanda bajo análisis.

II. PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL ACÁPITE DENOMINADO “LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA EXPRESADOS CON PRECISIÓN Y CLARIDAD”.

FRENTE A LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS:

FRENTE A LA PRETENSIÓN “PRIMERO”: esta pretensión no está directamente dirigida en contra de mi prohijada, sin embargo, me opongo a la misma por cuanto al plenario no se allegaron elementos documentales que acrediten la referida relación contractual; concretamente, no se incorporó el contrato celebrado entre la Caja de Compensación COMFANDI y el accionante, por lo que, sin el respaldo probatorio correspondiente, no es posible acceder a esta pretensión.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “SEGUNDO”: no me opongo a esta pretensión como quiera que la existencia y el objeto del negocio jurídico al que hace referencia se acreditó mediante la incorporación del correspondiente contrato. Sin embargo, como ya se manifestó previamente y se abordará más densamente en el acápite de excepciones, las condiciones bajo las cuales inicialmente se concertó el contrato de obra, concretamente las relativas a los plazos y cronograma de la ejecución de la obra, fueron alteradas de facto por el demandante y el contratista, sin que estas modificaciones hubieran sido previamente informadas a mi representada; escenario que conlleva a la terminación del aseguramiento bajo el cual se garantizó el referido contrato de obra, sumado a la configuración de la exclusión de la obligación indemnizatoria de la Aseguradora, establecida en el numeral octavo del condicionado general de la póliza.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “TERCERO”: me opongo a esta pretensión como quiera que si bien la existencia del negocio jurídico y el objeto al que hace referencia se acreditó mediante la incorporación del correspondiente contrato, que concretamente se concertó para la construcción de 400 apartamentos, no se consignó en el mismo lo pertinente a las características de la

instalación y armado del sistema de construcción de placas alveolares, ni mucho menos que la codemandada CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., sea la única empresa en el suroccidente colombiano en utilizar dicho sistema, por lo que se trata de una aseveración, además de subjetiva, carente de respaldo probatorio que la justifique. Esta pretensión, por estar fundamenta en un conjunto de supuestos, especulaciones y aseveraciones respecto de que la codemandada es la única que podía suministrar el servicio solicitado a través del sistema de placas alveolares, y de que el contrato de obra se celebró con aquella bajo esa premisa, no puede ser declarada como probada y, por ende, debe negarse.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “CUARTO”: no me opongo a esta pretensión, exclusivamente bajo el entendido de que no se desconoce la existencia del aseguramiento al que se hace alusión. No obstante, es preciso aclarar desde ya que este contrato no puede resultar afectado por cuanto, **(i)** una vez iniciada la ejecución del contrato de obra, las partes modificaron de facto la forma en la que este debía desarrollarse, concretamente, en relación con los plazos y cronograma de ejecución de la obra, y al establecer el pago en el momento de crisis, sin informar ni contar con la previa autorización o consentimiento de la Aseguradora para alterar los términos bajo los cuales se garantizó dicho contrato de obra, lo cual constituye una modificación del riesgo asegurado en la póliza, y que provocan la terminación del contrato de seguro; **(ii)** la póliza terminó de manera automática por no haberse notificado oportunamente la agravación del riesgo asegurado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1060 del Código de Comercio, en efecto, las condiciones nuevas que de facto la demandante y la contratista, a espaldas de aquella, introdujeron al contrato obra y que en el punto anterior se indicaron, afectaron negativamente el riesgo asegurado agravándolo, en cuanto potencializaron la peligrosidad de que el mismo produjera, como efectivamente acaeció; **(iii)** se perfeccionó la causal de exclusión de la obligación indemnizatoria de la Aseguradora, señalada en el numeral octavo de la sección II de exclusiones del condicionado de Seguro de Cumplimiento para Grandes Beneficiarios, forma F-01-12-087 y que indica que la Compañía no pagará los perjuicios causados directa o indirectamente por: “(...) *las modificaciones introducidas al contrato garantizado, cuando no sean notificadas a SURA (...)*”; y **(iv)** el contratante conocía del riesgo inminente de la consumación del incumplimiento del contrato afianzado por mi mandante, desde antes del 06 de mayo del 2019, puesto que, haciéndose una trazabilidad de la ejecución de la obra advirtió que la sociedad CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., no había ejecutado las obras en el porcentaje estipulado, y, que, en ese sentido, el accionante sabía que el estado del riesgo concertado en la póliza se había modificado tangencialmente, por hechos y circunstancias que habían sobrevenido con posterioridad a la celebración del contrato de obra; y a pesar de ello, no informó tal situación a mi mandante ni solicitó oportunamente la afectación del aseguramiento.

Por las razones expuestas, si bien no se desconoce que mi prohijada sí expidió el aseguramiento contenido en la Póliza No. 2235271–6, lo cierto es que las circunstancias anteriores imposibilitaban la afectación de la misma, y aún ahora no lo permiten, trascendiendo inexistente la obligación indemnizatoria que a aquella se exige.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “QUINTO”: me opongo a esta pretensión en cuanto que, si bien en el contenido del otrosí se constata lo que aquí se manifiesta, en relación con que se efectuaría una modificación en la modalidad de financiamiento del proyecto, es importante recordar que, con el otrosí, necesariamente se introdujeron también modificaciones a los plazos y cronograma de ejecución y entrega de la obra para la cual se contrataron los servicios de CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., lo cual comporta ineludiblemente una modificación del riesgo asegurado, la configuración de la causal de exclusión de la obligación indemnizatoria de la Aseguradora, señalada en el numeral octavo de la sección II de exclusiones del condicionado de Seguro de Cumplimiento para Grandes Beneficiarios, forma F-01-12-087 y que indica que la

Compañía no pagará los perjuicios causados directa o indirectamente por: “(...) *las modificaciones introducidas al contrato garantizado, cuando no sean notificadas a SURA* (...)”; y, a su vez, una agravación del riesgo, porque las alteraciones al contrato garantizado acrecentaron de manera irregular el grado de exposición asumida por la Compañía al momento de expedir la respectiva póliza de seguro, lo cual perturba el equilibrio prestacional, que es precisamente lo que se protege con la notificación de las circunstancias agravantes del riesgo.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “SEXTO”: me opongo a esta pretensión, por cuanto que, aunque no se desconoce la existencia de la modificación que se introdujo al aseguramiento al que se hace alusión, lo cierto es que, en el momento en el que el demandante puso en conocimiento de mi prohijada el otrosí, no se le informó que, además del cambio en la modalidad de financiamiento del proyecto, también se habían alterado las condiciones relativas al plazo y cronograma de ejecución de la obra, y que, con posterioridad al vencimiento del plazo determinado para finalizar la tercera etapa de la obra, esto es, el 10 de agosto del 2019, el CONSORCIO LATCO S.A. A2 efectuó pagos al contratista en orden de que la obra continuara ejecutándose.

Por lo anterior, se insiste, la omisión en la que incurrió el accionante de informar a mi prohijada de las modificaciones que se introdujeron al contrato garantizado, implica que la póliza terminó y que, por lo tanto, no puede afectarse. Sumado a ello, dicho efecto fulminante respecto del aseguramiento también acaeció, al no haberse notificado oportunamente a la Compañía sobre la agravación del riesgo asegurado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1060 del Código de Comercio, luego que, en efecto, las condiciones nuevas que de facto la demandante y la contratista, a espaldas del asegurador, introdujeron al contrato obra, afectaron negativamente el riesgo asegurado agravándolo, en cuanto potencializaron la peligrosidad de que el mismo produjera, como efectivamente acaeció. Igualmente, conforme ya se advirtió, se perfeccionó la causal de exclusión de la obligación indemnizatoria de la Aseguradora, señalada en el numeral octavo de la sección II de exclusiones del condicionado de Seguro de Cumplimiento para Grandes Beneficiarios, forma F-01-12-087 y que indica que la Compañía no pagará los perjuicios causados directa o indirectamente por: “(...) *las modificaciones introducidas al contrato garantizado, cuando no sean notificadas a SURA* (...)”.

Como corolario de lo expuesto, las circunstancias anteriores imposibilitaban la afectación de la misma, y aún ahora no lo permiten, trascendiendo inexistente la obligación indemnizatoria que a aquella se exige en virtud de la misma.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “SÉPTIMO”: ni acepto ni me opongo a esta pretensión, por cuanto que, en primer lugar, se aclara que el contrato suscrito entre el CONSORCIO LATCO S.A. A2 y CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., no se identifica con el número 41.555, sino con el número 41455. En segundo lugar, y en todo caso, en vista de que mi prohijada no intervino directamente en lo que atañe a la ejecución *per se* de los compromisos adquiridos mediante dicho contrato de obra, no le consta lo que aquí se afirma, por lo que es menester que el fundamento fáctico que sustenta esta pretensión se acredite fehacientemente por el accionante. En este orden de ideas, debe demostrarse este particular mediante los elementos de convicción legalmente autorizados para el efecto.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “OCTAVO”: me opongo a esta pretensión, en vista de que, si bien mi prohijada no intervino directamente en lo que atañe a la ejecución *per se* de los compromisos adquiridos mediante el contrato de obra No. 41455, y que por ello no le consta lo que aquí se afirma en relación con los requerimientos que la accionante habría efectuado a CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. con el propósito de exigirle el cumplimiento del contrato garantizado por mi mandante, salvo por cuatro requerimientos escritos con fechas: 06

de mayo del 2019, 27 de mayo del 2019, 11 de julio del 2019 y 08 de febrero del 2020, no obra en el plenario ningún otro tipo de prueba documental que demuestre que el demandante agotó todos los medios otorgados en el contrato de obra para viabilizar la ejecución del contrato; por ejemplo, no se acredita que se hayan adelantado los comités de obra e informes mediante las actas respectivas, que, de acuerdo con la cláusula décima segunda del contrato de obra, debían realizarse semanalmente para evaluar la ejecución de las actividades objeto de dicho negocio jurídico, revisar los programas actualizados y acordar las medidas correctivas preventivas a que hubiera lugar. Por consiguiente, esta pretensión no puede ser declarada como probada y contrario a ello, debe negarse.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “NOVENO”: me opongo a esta pretensión por cuanto no se allegó ningún elemento de convicción que acredite que al accionante se le hayan ocasionado los perjuicios que se indican por concepto de multas, ni por costos administrativos de mayor permanencia; y como quiera que se trata de circunstancias que no están demostradas en el plenario deben tenerse como no ciertas, y negarse esta pretensión.

Los perjuicios alegados por la parte demandante, son en su totalidad unos supuestos efectos adversos, cuya indemnización no es procedente, por cuanto normativamente no está prevista su reparación, toda vez que se trata de un supuesto detrimento originado en perjuicios no previstos o previsibles, cuyo resarcimiento, únicamente puede reclamarse cuando el respectivo contratista o deudor contractual ha obrado de mala fe; y por supuesto, el constructor en este caso, siempre obró de buena fe y esta debe presumirse, de manera que quien alegue lo contrario tiene la carga demostrativa de probar la mala fe.

Además, los requerimientos económicos que a esta altura efectúa el accionante son inaceptables, ya que no puede cambiar los efectos que se surten de los actos propios del consorcio y de las sociedades demandantes, consideradas individualmente, por cuanto de manera clara, durante el desarrollo del contrato, obraron sin excepción en la dirección de consentir, estando debidamente informadas de todo lo que estaba acaeciendo dentro de la ejecución del contrato, para que el mismo se desarrollara, precisamente, como lo estaba haciendo el contratista, es decir que se cumpliera tal y como efectivamente se hizo, por ende, no pueden ahora desconocer la legítima confianza que su conducta y actos le dieron al contratista, respecto de la aceptación de lo que él estaba ejecutando, al punto que de esa forma, al unísono las partes, mutuamente, dada la forma en la que obraron, terminaron modificando las condiciones o especificidades de la manera en la que tenían que ejecutarse las obligaciones del constructor, y en consecuencia, no puede ahora la parte activa reclamar la producción de los perjuicios que estima se habría constituido por una alteración en el contrato de obra que él mismo consintió.

Recuérdese que los actos de la demandada la atan debido a la regla, según la cual nadie puede ir en contra de sus propios actos, *venire contra factum proprium non valet*; y este efecto jurídico vinculante es el que, efectivamente, constituyó una mutación del alcance y particularidades de las obligaciones del contrato garantizado, como lo confesó en los hechos de la demanda el actor, por lo tanto, al haberse cambiado el contenido, características y especificidades de las obligaciones contractuales convencionales cuyo cumplimiento estaba asegurándose, sin haberse contado con el previo consentimiento de la Aseguradora, a la cual, ni siquiera se le informó sobre el particular, se concluye que esa modificación cambió las obligaciones respaldadas con la póliza y en esa medida su infracción, en todo caso, no está comprendida bajo la cobertura de cumplimiento.

Dicho lo anterior, es importante también hacer hincapié sobre este particular en que, en primer lugar, que la póliza vinculada a este proceso no ampara el pago de multas, de hecho, se excluye

expresamente de las obligaciones asumidas por la Compañía con base en el aseguramiento; conforme se extrae del condicionado general de la misma:

Sección II - Exclusiones

Sura no pagará los perjuicios causados directa o indirectamente por:

- 2 Las sanciones, cláusulas penales o multas impuestas al contratista-garantizado, incluidas en el contrato o aquellas derivadas de sanciones administrativas o de policía.

De manera que el valor de la multa, si es que esta fue asumida por el demandante, no puede ser indemnizada por mi prohijada. No obstante, aunque se allegó al expediente la comunicación calendada del 24 de marzo del 2020 en la que se constata la imposición de tal sanción, no obra prueba documental alguna que demuestre que el CONSORCIO LATCO S.A. A2, asumió el pago de tales conceptos; de manera que, en todo caso, y sin perjuicio de la aplicabilidad de la causal excluyente antes indicada, mi prohijada no puede asumir el pago de multas, luego que no está demostrado que el accionante efectivamente haya asumido el pago de aquellas.

Por lo expuesto, esta pretensión debe negarse.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “DÉCIMO”: me opongo a esta pretensión, por cuanto que, en primer lugar, la póliza vinculada a este proceso no ampara el pago de multas, de hecho, se excluye expresamente de las obligaciones asumidas por la Compañía con base en el aseguramiento; conforme se extrae del condicionado general de la misma:

Sección II - Exclusiones

Sura no pagará los perjuicios causados directa o indirectamente por:

- 2 Las sanciones, cláusulas penales o multas impuestas al contratista-garantizado, incluidas en el contrato o aquellas derivadas de sanciones administrativas o de policía.

De manera que el valor de la multa, si es que esta fue asumida por el demandante, no puede ser indemnizada por mi prohijada.

En segundo lugar, en todo caso, aunque se allegó al expediente la comunicación calendada del 24 de marzo del 2020 en la que se constata la imposición de las referidas multas, no obra prueba documental alguna que demuestre que el CONSORCIO LATCO S.A. A2, asumió el pago de tales conceptos; de manera que, a pesar de que en este hecho concretamente no se exprese, desde ya se afirma que, mi prohijada no puede asumir el pago de estas sanciones, luego que no está demostrado que el accionante efectivamente haya asumido el pago de aquellas.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “UNDÉCIMO”: me opongo a la prosperidad de esta pretensión por cuanto que no hay prueba en el expediente que demuestre el presunto financiamiento que el accionante asumió para la ejecución de la obra, ni mucho menos que esto le habría generado un saldo negativo. En efecto, no se allegó de elemento de convicción alguno que acredite que el

CONSORCIO LATCO S.A. A2, incurrió en gastos de su propio patrimonio para financiar la obra, en todo caso, es preciso indicar que, en que en este particular puede aplicarse el desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el ordenamiento jurídico en relación con la teoría de los actos propios, toda vez que, a pesar de que lo integrantes del Consorcio, decidieron libre y voluntariamente suscribir el Contrato de obra No. 41455 y el respectivo OTROSÍ, bajo las condiciones que estimaron ajustadas, y, según aducen, financiaron de su propio peculio la obra, en este proceso, pretenden que se desconozca la naturaleza libre y espontánea de su consentimiento, y solicitan al Juzgador una indemnización en razón a los gastos en lo que voluntariamente incurrieron, de cara a las condiciones contractuales establecidas.

Claramente, el accionante pasa por alto que, el acto jurídico mencionado y las actuaciones que de este se derivaron, necesariamente debieron haberse efectuado sin que haya mediado una fuerza externa y ajena a su voluntad; y lo anterior se respalda en que, precisamente, aquella manifestación de voluntad libre y espontánea es uno de los requisitos para que se perfeccionen este tipo de contratos, de otra forma, a los integrantes del Consorcio no les habría sido posible haber suscrito el mismo.

Recuérdese que al artículo 1505 del Código Civil señala como requisitos para la obligarse, esto es, para celebrar contratos, los siguientes: “(...) 1o.) *que sea legalmente capaz. 2o.) **que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.** 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) que tenga una causa lícita (...)*” (negrita por fuera del texto original). Esto claramente implica que, para efectos de materializarse el contrato de obra y el OTROSÍ, y aplicarse las estipulaciones contractuales de los mismos, irreparablemente, los integrantes del Consorcio debieron haber consentido la realización de tal acto bajo los términos en los que se acordó el mismo. No siendo posible que en esta instancia contradigan dicha aquiescencia y aseveren que los gastos en los que debieron incurrir, habiendo sido previamente concertados en el OTROSÍ, fueron asumidos de forma ajena a su verdadera voluntad.

Por lo expuesto, solicito respetuosamente se niegue esta pretensión.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “DUODÉCIMO”: me opongo a esta pretensión por cuanto, ni en el contrato garantizado, ni en el otrosí No. 1, se estableció algo diferente respecto del objeto del contrato garantizado, en el que bilateralmente las partes acordaron una ampliación del término de ejecución, y en esa medida lo concebido contractualmente *per se*, no revela ningún incumplimiento, ni siquiera en el supuesto de que los demandantes probaran, cosa que no podrán hacer, que tales supuestas erogaciones efectivamente fueron efectuadas, ya que en ninguno de los fundamentos fácticos los actores niegan, simplemente porque no lo pueden hacer, que la obra o construcción de las 400 casas culminó efectivamente se hizo completamente y a satisfacción, por lo tanto estamos en un escenario en el que los demandantes implícitamente han reconocido que la obra si se ejecutó y entregó en forma debida; otra cosa es la relativa a la hipotética realización de una especie de apalancamiento o de préstamos, que es lo que trata de describir en este hecho, sin suficiencia, la demandante, lo cual no implica que el trabajo que se realizó no debiera pagarse.

En este orden de cosas, véase que **ni siquiera lo acordado en el otrosí No. 01, puede servir de base para argüir que se hubiera incurrido en incumplimiento por parte del constructor, con ocasión de los supuestos desembolsos, que repito no están probados,** y que se dice fueron efectuados por el CONSORCIO LATCO S.A. A2, como se desprende de lo siguiente:

- El CONSORCIO LATCO S.A. A2, se obligó a efectuar el manejo autocrático financiero de la obra, cosa que en la práctica venía realizando desde la misma celebración del contrato, a pesar de que no correspondía a lo pactado, ni a la intención de las partes.
- La parte actora, no solo se reservó, entonces el control total y gerencia de la obra, que en realidad siempre lo ejerció, incluido el manejo económico, sino que se amplió a cualquier otra clase de recursos, incluidos, entre otros, aquellos dineros acopiados a título de retención en garantía, que, de acuerdo con lo pactado, eran los que le había descontado, de los pagos que tenían que hacerle al contratista; pero, como si no fuera poco, adicionalmente, la demandante se atribuyó de facto, desde el inicio de la ejecución del contrato, la potestad de manejar a su exclusivo arbitrio, incluso los saldos pendientes de pagos adeudados al constructor por otros contratos diversos, junto con los recursos que le retenía en garantía, según lo mencionado atrás.
- En efecto, la parte demandante, no satisfecha con esa condición de desigualdad, también se hizo a la facultad, desde antes del acuerdo del otrosí, de manejar a su exclusivo arbitrio, otros recursos, extraños al contrato garantizado, que correspondían a saldos pendientes y a la retención en garantía de unos contratos diferentes al garantizado, y que habían celebrado aparte los mismos contratantes, para la ejecución, sin limitarse a la construcción de un proyecto denominado OBRA DE ROBLES.
- Dentro del plazo ampliado bilateralmente, primero de hecho y luego mediante el otrosí, con todas esas fuentes, la demandante tomó el control total financiero, para hacer el pago de costos y gastos en la ejecución y cumplimiento del contrato garantizado por mi representada.
- Lo anterior significó, que pese a que se colocó al constructor la asunción de todos los riesgos del contrato, sin tener una remuneración proporcional o correlativa o equitativa, ni las facultades convencionales para ejecutar la obra de manera autónoma, ni independencia para el diseño, ni la posibilidad de proveer los materiales, ni de gerenciar la obra, y además sujetándolo en todo a la voluntad del consorcio contratante, quien en todo lo tenía sometido a sus decisiones, que en la práctica se le sustrajo a aquel la posibilidad de pagar directamente a los proveedores, obreros, subcontratistas, Etc., terminó marginado sin la liquidez requerida, en cuanto se le privó del recibo de recursos que eran suyos, y el contrato se volvió leonino, pues mientras se le concedió un plazo superior para ejecutar la obra, ahora simultáneamente se le quiere sancionar por un supuesto retardo, que no es tal, ya que se está consintiendo que la entrega sea posterior, y eso sí guarda coherencia con la situación crítica en la que se coloca al contratista, que al verse marginado de los pagos, experimentó dificultades de liquidez, lo cual revela el desequilibrio generado al atribuir al contratante un poder absoluto respecto del manejo financiero, incluidos los recursos que necesitaba la obra y los que le adeudaba al constructor, por cualquier concepto.
- En el desarrollo de ese control absoluto administrativo, gerencial, financiero, los demandantes sometieron entonces al contratista a múltiples controles desmedidos, a la producción de informes, a una vigilancia que entorpecía el desarrollo mismo de la obra, a la aceptación incondicional de los cambios de diseño que le quisiera imponer el contratante, lo mismo que al suministro de los materiales que este le proveyera, de forma que toda la operación del contratista, lo cual va más allá de la financiación de la obra, fue sometida a unos obstáculos financieros, de gestión, de tiempo y administrativos, que no habían sido convenidos y estaban fuera de su control, porque dependían exclusivamente del arbitrio del Consorcio y en esa vía terminaron cambiando de facto la convención que era objeto del aseguramiento, acentuando o agravando el riesgo de su incumplimiento, Etc., porque en últimas, alteraron las posibilidades de la realización del objeto del contrato en la forma concebida por escrito, en cuanto dificultaron y prolongaron bilateralmente la ejecución de la obra, propiciado por ese conjunto de causas, que son atribuibles a la conducta de ambas partes, especialmente de los actores, y en consecuencia esto impide que lo esgriman como *causa petendi* de su pretensión indemnizatoria, lo cual vuelve injustificado el reclamo judicial por supuestos costos

adicionales, que por supuesto debía asumir la contratante, en razón a lo que ella denomina “mayor tiempo en obra”.

Con la claridad de lo expuesto hasta el momento, ahora es oportuno señalar que, aunque las partes en el otrosí No. 1, cláusula segunda, consignaron de manera contraevidente que, supuestamente, la gerencia, el manejo administrativo, técnico y la responsabilidad de la obra, no se modificaban, en la práctica sí lo cambiaron, y no solo en ese momento, sino que lo venían haciendo de facto desde antes del fin del término inicial del convenio constructivo, en razón a que cualquiera de las actividades requeridas, exigía esencialmente la motivación, intervención y aprobación de los contratantes y de los desembolsos que a su arbitrio se debían efectuar, ya que se necesitaba su previo asentimiento, la provisión de los fondos que se precisaban y dependían de su voluntad, los cuales se obtenían sólo después de agotar o superar el farragoso trámite que le impusieron al constructor, a pesar de que eran los hoy actores quienes disponían lo que el contratista tenía que hacer y este se encontraba siempre dependiendo del empleo de recursos, que en realidad ellos le adeudaban a él. A lo cual se sumó el hecho, reconocido en la demanda, de que cualquier requerimiento de los contratantes le imponía aceptar la fórmula de aumentar su endeudamiento, en cuanto ellos unilateralmente terminaban gravándolo al trasladarle el costo de la mayor permanencia en la obra.

Ese procedimiento, implicó para que el contratista pudiera atender los requerimientos de los contratantes, tuviera que extender el tiempo de su trabajo, pero a costa propia. Este hecho, sólo se explica, por los actos de los demandantes y el sometimiento del contratista, que es ajeno a lo pactado, quienes sin informarlo a la aseguradora, es decir de hecho y en la práctica, cambiaron la manera como tenían que ejecutarse las prestaciones a cargo del constructor. Véase que el citado otrosí, según su contenido, no establece que la parte demandante autocráticamente se beneficiaría, de los préstamos de los recursos líquidos que a su arbitrio diera, para que CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. cumpliera los requerimientos que le imponía, pero en realidad lo que hizo fue, simplemente, gerenciar, regir, administrar y disponer de los recursos que le adeudaba al Constructor, no sólo por esta obra en particular, sino también, por otro concepto o contrato, el de la construcción denominada OBRA DE ROBLES. Facultándose para disponer de los saldos pendientes en ambos contratos, aquel ajeno a mi procurada, al igual que de los recursos de los saldos insolutos de obra ejecutada, de los recursos retenidos en garantía de esos contratos, siendo que se trataba de dineros que le pertenecían al constructor.

Lo cual descarta la posibilidad de que los contratantes, hoy demandantes, puedan ahora, decir que los desembolsos que realizaron, los facultaban para cobrarlos al contratista, como si fueran mutuos de dinero, pues eran necesarios para el desarrollo de la obra, el tiempo que se requería emplear en su confección, y la satisfacción de sus requerimientos, en el tiempo que ambas partes convinieron hacerlo, de manera que no se trató de la concesión o entrega de dineros dados a título de mutuo, ya que eso sería tanto como aceptar que unilateralmente el contratante pudiera endeudar, a su discreción, al constructor, menos si se recuerda que muchos de los pagos que se efectuaron antes y luego del otrosí, se hicieron con recursos adeudados al contratista.

Sobresale, que además las partes del contrato introdujeron, mediante el citado otrosí, la institucionalización de un contralor de gastos y de ejecución de obras, que también haría las veces de auditor y supervisor designado por el CONSORCIO LATCO S.A. A2, cuyo costo, aunque no podría cargarse al contratista, de todos modos sí muestra el exorbitante nivel de control al que fue sometido el constructor.

En síntesis, en ese pacto, tanto en el contrato inicial, como cuando este feneció y las partes de facto lo ampliaron sin notificarlo a la aseguradora, y luego en el otrosí, se profundizó la asimetría

injusta, que se observaba en la posición, derechos y obligaciones, que ocupaban, o tenían, las partes del contrato, y sus respectivos roles, notándose una clara abusividad convencional en contra del constructor, quien quedó en un lugar de indefensión y sujeto a la voluntad autónoma del contratante, por el sinnúmero de atribuciones que de todo orden se reservó para sí, mientras que, absolutamente todos los riesgos se colocaron, en forma ilegal, únicamente en cabeza del contratista, pese a que la ejecución de la obra dependía, en un porcentaje enorme e inusitado de los controles, del gobierno, de la intervención, de la discrecionalidad que tenían los contratantes, para decidir lo que podía o no hacer el contratista. Entonces todo dependía de lo que podía imponer el hoy accionante. Así se confirma que la ejecución de la obra pactada en la convención, en realidad, estaba sujeta al arbitrio exclusivo de la parte demandante quien, sin embargo, expresamente se eximía de cualquier responsabilidad por todo y cualquier cosa que pudiera acontecer.

El evidente desequilibrio, que de ello se generó en la interacción de las partes del contrato, se acentuó aún más con los hechos que de consuno introdujeron las partes, cuando, vencido el término de ejecución inicial o llegada la fecha de la finalización del contrato, el 10 de agosto del 2019, a instancia de la parte actora, optaron, a espaldas del asegurador, por introducir un cambio, obviamente impuesto por la parte demandante, para que continuara la ejecución de la obra, ante lo cual el contratista continuó asumiendo las gravosas cargas, que se le impusieron desde un principio, en violación del convenio, obviamente porque los hoy actores, eran conocedores de que no podían atribuir ningún incumplimiento al contratista; fue así como llegó el 9 de noviembre del 2019, cuando los contratantes, sin perjuicio de los efectos fulminantes para el seguro de cumplimiento, por la modificación que lo anterior implicó de la obligación garantizada, en la medida que agravó el riesgo asegurado, lo cual exime al asegurador, por el cambio que de hecho introdujeron de esa manera en el contrato, pactaron el otrosí No. 01, sin reportar a mi representada, lo que venía sucediendo.

En efecto, el contrato garantizado, incluida su modificación de facto, es abusivo y el otrosí aún más, pero especialmente los cambios que las partes hicieron sin pacto expreso, lo cual contradice la concepción de lo que debe ser un contrato bilateral o sinalagmático, a precio global y único, que corresponde a lo que en la práctica se conoce como los contratos llave en mano, o con la sigla en inglés E.P.C. (*Engineering, Procurement and Construction*), cuya característica principal es que si bien el contratista, asume la gran mayoría de los riesgos de la obra o su ejecución, a cambio tiene bajo su órbita de control el componente de ingeniería, la gerencia o procuración o administración, la construcción, ejecución y puesta en funcionamiento, con un precio normalmente proporcional a ese cúmulo de riesgos, más elevado, dada esa conjunción de responsabilidades, las cuales se basan en el principio de confianza y de la buena fe, por lo tanto sus costos deben ser reembolsables íntegramente, dada esa suficiencia de las obligaciones que contrae el artífice. De lo contrario, los riesgos deben estar distribuidos equitativa o proporcionalmente entre las partes, máxime si el imperio de la ejecución, como en el caso analizado, está en cabeza del contratante, quién por lo tanto, debe participar en la asunción de los mismos, en forma equivalente a las ventajas que recibe, a su injerencia o poder en la determinación de la obra, lo cual lo compromete, incluso al pago de todo lo que el contratista logre justificar, incluso el mayor tiempo en obra.

En dicho tipo de contratos, a precio fijo o llave en mano, a diferencia de lo que incoherentemente se aprecia y sucedió en nuestro caso, el contratante no debiera estar involucrado o interviniendo en el diseño, adquisición, construcción, gerencia, administración, Etc., ya que se supone que entrega todo el manejo y gobierno, desde la ingeniería, hasta los recursos, al contratista, entre otras cosas, sin limitarse a estas, para que él desarrolle sus actividades; lo cual sí explicaría que sea él, la parte que asume todos los riesgos, lo cual no se cumple en el caso de autos, en el que

se le endilga injustamente toda la responsabilidad por lo que pase, a pesar de que el control de todo, lo tiene el contratante, lo cual hace incoherente o desigual la comparación de las cargas y derechos que asumieron, por un lado el contratante y por el otro el contratista, a través del contrato que sirve de base a las pretensiones.

Véase que pese a que en la convención, la realización de la obra se ató a un precio único y global, esto es incoherente con el hecho de que el contratante tenga licencia para la intervención discrecional en todo, desde el diseño, ingeniería, adquisición de materiales, dirección absoluta del manejo administrativo y financiero, Etc.; y esta tergiversación de los papeles que cumplen las partes en el caso concreto, comporta una contradicción liminar del negocio jurídico en cuestión, que contraría la buena fe y su validez, toda vez que no es justo, ni explicable, que absolutamente los riesgos en conjunto solo corran a cargo del contratista, mientras que el contratante es quien tiene en sus manos, el arbitrio exclusivo de disponer, en todo momento, lo que en su criterio estime adecuado, lo cual linda con la arbitrariedad, frente a la forma en la que se debe ejecutar la obra, el término, el componente de ingeniería, la forma en la que se costea, los derechos del contratista, la retención de sus pagos, Etc.

En consecuencia, el convenio de marras, resulta abusivo porque el peso de todas las actividades y de todos los riesgos, que puedan generarse en la ejecución, recaen exclusivamente sobre el constructor, y, por ende, todas las estipulaciones de ese acto que lo obligan de esa forma, desproporcionada, generando una desigualdad frente a lo que le toca al contratante, quien paradójicamente está exento, deben entenderse como ilegales, inaplicable y nulas, ya que los demandantes, no eran en el contrato unos simples espectadores de lo que haría el contratista, sino que eran determinadores de las actividades que él tenía que satisfacer o que le imponían, cuyo desarrollo por supuesto, estaba determinado por lo que la parte actora dispusiera, y en consecuencia ésta no puede estar exenta, y debe entenderse que lo sucedido compromete también su responsabilidad, estando viciadas de nulidad por abusividad, las cláusulas que lo liberan de tal responsabilidad, incluso la secuela del mayor tiempo en obra.

En ese sentido, recuérdese que el artículo 2060 del Código Civil, es la fuente positiva de los contratos llave en mano, y se ocupa de los mismos, también aplicable en este asunto, en cuanto indica la relación que debe existir, en la distribución de los riesgos, según los derechos y obligaciones de las partes, que imponen una mayor responsabilidad a las mismas si se trabaja en esas condiciones, en las que el artífice es quien controla mayoritariamente los factores, que sirven de base a la ecuación económica del convenio, por precio único. Contrario a lo que sucede en el asunto en litigio. Al contrastar el contenido del contrato con la regulación aludida, se aprecia que pese a la mención de precio global, en realidad, la intención de las partes, confirmada con la manera en la que obraron mutuamente, en una sana hermenéutica de ese negocio jurídico, concibieron una relación jurídica que colocó en una posición de desigualdad al contratista, y quien llevó el peso de todos los riesgos, mientras que se sometió al arbitrio exclusivo de la voluntad de los contratantes y lo hizo sin que se le reconociera un precio adecuado y justo para ello, y al contrario, se pretende ahora, aumentar la lesividad de la convención, imponiéndole los costos que eventualmente se generaran por la mayor permanencia del tiempo en obra, que fue causada, exclusivamente por los contratantes.

Ahora, se pasa a resaltar que en este caso, deben aplicarse los efectos de la teoría de los actos propios, toda vez que, los integrantes del Consorcio, primero, con el contratista, sin informar nada a la aseguradora, y cambiaron de hecho el contrato garantizado durante la ejecución y cuando feneció el término del convenio, introduciendo de modificaciones sustanciales sobre las obligaciones del contratista, y de la correlativa actividad que debían cumplir los contratantes, y, segundo, luego ambos contratantes decidieron libre y voluntariamente suscribir el otrosí al

contrato de obra, bajo las condiciones que estimaron ajustadas, las cuales los ata. Actualmente, en este proceso, pretenden que se desconozcan los efectos de ese actuar por fuera de lo estipulado, y que se acojan como si pudiese aplicarse simple y llanamente la regla de que la literalidad del contrato es ley para las partes, con la tesis insostenible de que lo convenido en el otrosí puede servir de base, para obtener de la parte pasiva una indemnización por haberse ejecutado la obra, a pesar de que se hizo de la manera acordada, en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En efecto, no pueden valerse los demandantes, del argumento de que la ejecución de la obra requirió supuestamente de los 299 días subsiguientes al 09 de noviembre de 2019, cosa que tampoco está probada, para exigir una indemnización por el tiempo necesario para su confección, denominándolo “mayor tiempo en obra”, toda vez que tal convención incorpora de suyo el consentimiento para que la construcción se realizara precisamente en ese lapso, y en tal virtud, la manifestación, que con ese propósito produjo la contraparte, la obliga hoy a obrar con coherencia, aferrándola al deber jurídico de aceptar, que ese periodo obviamente corresponde a la oportunidad que convencionalmente comprendieron, para hacer la entrega del trabajo y, por ende, el costo respectivo, tiene que correr por cuenta exclusiva de los contratantes, que no pueden ahora endilgarlo al constructor. En resumen los contratantes asumieron así el riesgo del valor requerido para la obra que encargaron, mediante el pacto del otrosí y no les es admisible ahora desdecir del mismo.

Claramente, el accionante pasa por alto, que el acto jurídico mencionado necesariamente debió haberse efectuado sin que haya mediado una fuerza externa y ajena a su voluntad; y lo anterior se respalda en que, precisamente, aquella manifestación de voluntad libre y espontánea, es uno de los requisitos para que se perfeccionen este tipo de contratos, de otra forma, a los integrantes del Consorcio no les habría sido posible haber suscrito el mismo. Por ello, los requerimientos económicos que a esta altura efectúan no deben prosperar.

Debe tenerse en cuenta que el actor no puede cambiar los efectos que se surten de sus actos propios, por cuanto de manera clara, durante el desarrollo del contrato, obraron sin excepción en la dirección de consentir, estando debidamente informados de todo lo que estaba acaeciendo dentro de la ejecución del contrato, para que el mismo se desarrollara, precisamente, como lo estaba haciendo el contratista, es decir que se cumpliera tal y como efectivamente se hizo, por ende, no pueden ahora desconocer la legítima confianza que con su conducta dieron al contratista, respecto de la aceptación de lo que él estaba ejecutando y el tiempo requerido, al punto que de esa forma, al unísono las partes, mutuamente, dada la forma en la que obraron, no solo terminaron modificando las condiciones o especificidades, de la manera en la que tenían estipulado que debían ejecutarse las obligaciones del constructo, sino el tiempo que él necesitaba, y en consecuencia, no puede ahora reclamar por la supuesta producción de perjuicios que, aunque no está probados, estima se habría infligido por una alteración en el contrato de obra ellos mismos consintieron así.

Recuérdese que los actos de la demandante la atan debido a la regla, según la cual nadie puede ir en contra de sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*); y este efecto jurídico vinculante es el que, efectivamente, fue concomitante con la mutación del alcance y particularidades de las obligaciones del contrato garantizado, sustrayendo lo que había sido materia del amparo de cumplimiento, mediante el seguro, como se confesó en los hechos de la demanda, por lo tanto, al haberse cambiado el contenido del objeto de la garantía, características y especificidades de las obligaciones contractuales convencionales cuyo cumplimiento estaba asegurándose, sin haberse contado con el previo consentimiento de la aseguradora, a la cual, ni siquiera se le informó sobre el particular, se confirma que esa modificación cambió las

obligaciones respaldadas con la póliza y en esa medida su infracción, en todo caso, no está comprendida bajo la cobertura de cumplimiento.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “DÉCIMOTERCERO”: me opongo a esta pretensión. Conforme ya se explicó, la obligación indemnizatoria que se deprecia en contra de mi prohilada es inexistente, por cuanto la Póliza No. 2235271-6 no puede ser afectada toda vez que: **(i)** una vez iniciada la ejecución del contrato de obra, las partes modificaron de facto la forma en la que este debía desarrollarse, concretamente, en relación con los plazos y cronograma de ejecución de la obra, y al establecer el pago en el momento de crisis, sin informar ni contar con la previa autorización o consentimiento de la Aseguradora para alterar los términos bajo los cuales se garantizó dicho contrato de obra, lo cual constituye una modificación del riesgo asegurado en la póliza, y que provocan la terminación del contrato de seguro; **(ii)** la póliza terminó de manera automática por no haberse notificado oportunamente la agravación del riesgo asegurado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1060 del Código de Comercio, en efecto, las condiciones nuevas que de facto la demandante y la contratista, a espaldas de aquella, introdujeron al contrato obra y que en el punto anterior se indicaron, afectaron negativamente el riesgo asegurado agravándolo, en cuanto potencializaron la peligrosidad de que el mismo produjera, como efectivamente acaeció; **(iii)** se perfeccionó la causal de exclusión de la obligación indemnizatoria de la Aseguradora, señalada en el numeral octavo de la sección II de exclusiones del condicionado de Seguro de Cumplimiento para Grandes Beneficiarios, forma F-01-12-087 y que indica que la Compañía no pagará los perjuicios causados directa o indirectamente por: “(...) *las modificaciones introducidas al contrato garantizado, cuando no sean notificadas a SURA (...)*”; y **(iv)** el contratante conocía del riesgo inminente de la consumación del incumplimiento del contrato afianzado por mi mandante, desde antes del 06 de mayo del 2019, puesto que, haciéndose una trazabilidad de la ejecución de la obra advirtió que la sociedad CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., no había ejecutado las obras en el porcentaje estipulado, y, que, en ese sentido, el accionante sabía que el estado del riesgo concertado en la póliza se había modificado tangencialmente, por hechos y circunstancias que habían sobrevenido con posterioridad a la celebración del contrato de obra; y a pesar de ello, no informó tal situación a mi mandante ni solicitó oportunamente la afectación del aseguramiento.

Por las razones expuestas, si bien no se desconoce que mi prohilada sí expidió el aseguramiento contenido en la Póliza No. 2235271-6, lo cierto es que las circunstancias anteriores imposibilitaban la afectación de la misma, y aún ahora no lo permiten, trascendiendo inexistente la obligación indemnizatoria que a aquella se exige.

FRENTE A LAS PRETENSIONES DE CONDENA:

FRENTE A LA PRETENSIÓN “DÉCIMOCUARTO”: me opongo a la prosperidad de esta pretensión por cuanto que, por un lado, el apoderado de la parte actora incurre en una falta de técnica jurídica al pretender que se declare la responsabilidad solidaria de la Aseguradora por el incumplimiento contractual que se deprecia. Se aclara que la vinculación de mi representada a esta contienda se deriva de la relación contractual surgida en virtud de la póliza de seguro por ella expedida, pero ello no implica que sea responsable por el presunto incumplimiento o los perjuicios derivados del mismo.

En efecto, mi mandante no tiene obligación alguna en esta causa, más allá de las que se derivan del contrato de seguro documentado en la **Póliza de Seguro No. 2235271-6**, por consiguiente, mi representada no puede ser condenada en forma alguna como responsable por el alegado incumplimiento contractual del contrato de obra No. 41455, y cuando menos, de los perjuicios derivados del mismo.

De igual forma, la Compañía no puede ser asemejada al contratista garantizado en términos de que entre los mismos exista solidaridad, puesto que ésta sólo tiene su fuente en la ley o en los contratos; sin que en la ley ni en el contrato de seguro expedido por mi representada, se haya establecido la misma.

De otro lado, se reitera que, en todo caso, a mi mandante no le asiste ninguna obligación indemnizatoria derivada de los hechos estudiados, en tanto que, la **Póliza de Seguro No. 2235271-6**, la cual la vincula a esta causa, no puede resultar afectada. Se recuerda que **(i)** una vez iniciada la ejecución del contrato de obra, las partes modificaron de facto la forma en la que este debía desarrollarse, concretamente, en relación con los plazos y cronograma de ejecución de la obra, y al establecer el pago en el momento de crisis, sin informar ni contar con la previa autorización o consentimiento de la Aseguradora para alterar los términos bajo los cuales se garantizó dicho contrato de obra, lo cual constituye una modificación del riesgo asegurado en la póliza, y que provocan la terminación del contrato de seguro; **(ii)** la póliza terminó de manera automática por no haberse notificado oportunamente la agravación del riesgo asegurado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1060 del Código de Comercio, en efecto, las condiciones nuevas que de facto la demandante y la contratista, a espaldas de aquella, introdujeron al contrato obra y que en el punto anterior se indicaron, afectaron negativamente el riesgo asegurado agravándolo, en cuanto potencializaron la peligrosidad de que el mismo produjera, como efectivamente acaeció; **(iii)** se perfeccionó la causal de exclusión de la obligación indemnizatoria de la Aseguradora, señalada en el numeral octavo de la sección II de exclusiones del condicionado de Seguro de Cumplimiento para Grandes Beneficiarios, forma F-01-12-087 y que indica que la Compañía no pagará los perjuicios causados directa o indirectamente por: “(...) *las modificaciones introducidas al contrato garantizado, cuando no sean notificadas a SURA (...)*”; y **(iv)** el contratante conocía del riesgo inminente de la consumación del incumplimiento del contrato afianzado por mi mandante, desde antes del 06 de mayo del 2019, puesto que, haciéndose una trazabilidad de la ejecución de la obra advirtió que la sociedad CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., no había ejecutado las obras en el porcentaje estipulado, y, que, en ese sentido, el accionante sabía que el estado del riesgo concertado en la póliza se había modificado tangencialmente, por hechos y circunstancias que habían sobrevenido con posterioridad a la celebración del contrato de obra; y a pesar de ello, no informó tal situación a mi mandante ni solicitó oportunamente la afectación del aseguramiento.

Por las razones expuestas, si bien no se desconoce que mi prohijada sí expidió el aseguramiento documentado en la Póliza No. 2235271-6, lo cierto es que las circunstancias anteriores imposibilitaban la afectación de la misma, y aún ahora no lo permiten, trascendiendo inexistente la obligación indemnizatoria que a aquella se exige.

Con todo, solicito respetuosamente se niegue esta pretensión.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “DÉCIMOQUINTO”: me opongo rotundamente a la prosperidad de esta pretensión, en la que el demandante solicita la suma de **\$180.860.550**, por concepto de **daño emergente**, por cuanto que, sumado a la imposibilidad de deprecar la existencia de solidaridad entre las codemandadas, y a la imposibilidad de afectar la póliza expedida por mi representada, se advierte que la póliza vinculada a este proceso no ampara el pago de multas, de hecho, se excluye expresamente de las obligaciones asumidas por la Compañía con base en el aseguramiento; conforme se extrae del condicionado general de la misma:

Sección II - Exclusiones

Sura no pagará los perjuicios causados directa o indirectamente por:

- 2 Las sanciones, cláusulas penales o multas impuestas al contratista-garantizado, incluidas en el contrato o aquellas derivadas de sanciones administrativas o de policía.

De manera que el valor de la multa, si es que esta fue asumida por el demandante, no puede ser indemnizada por mi prohijada.

En segundo lugar, en todo caso, aunque se allegó al expediente la comunicación calendada del 24 de marzo del 2020 en la que se constata la imposición de las referidas multas, no obra prueba documental alguna que demuestre que el CONSORCIO LATCO S.A. A2, asumió el pago de tales conceptos; de manera que, a pesar de que en este hecho concretamente no se exprese, desde ya se afirma que, mi prohijada no puede asumir el pago de estas sanciones, luego que no está demostrado que el accionante efectivamente haya asumido el pago de aquellas.

La jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia permite reconocer este concepto indemnizable cuando se acrediten los montos que salieron del patrimonio de la víctima, sin embargo, en este caso no tenemos ningún elemento de prueba que demuestre fehacientemente que el CONSORCIO LATCO S.A. A2 se vio menoscabado por este concepto.

De tal suerte, la ausencia de certidumbre sobre la causación del perjuicio se traduce en un obstáculo claramente insalvable para su reconocimiento, principiante cuando es apenas evidente la actitud reprochable de la actora por el afán de lucrarse por el lamentable resultado de los hechos analizados, obteniendo una indebida e injustificada utilidad del evento, lo que, se reitera, constituiría un enriquecimiento injustificado a su favor y en desmedro de la pasiva de esta acción.

Por lo anterior, solicito respetuosamente se niegue esta pretensión.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “DÉCIMOSEXTO”: frente a la petición de intereses de mora de las sumas anteriores, reitero al Despacho que me opongo a su prosperidad por resultar consecencial a los requerimientos previos. Se insiste en todo caso que, ante la insuficiencia de elementos de convicción que demuestren los perjuicios requeridos, sumado a la imposibilidad de deprecar la existencia de solidaridad entre las codemandadas, y a la imposibilidad de afectar la póliza expedida por mi representada, inverosímil resultaría la prosperidad de esta pretensión. Por lo que ruego respetuosamente al Juzgador se sirva tenerla como no demostrada y consecuentemente niegue la misma.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “DÉCIMOSÉPTIMO”: me opongo rotundamente a la prosperidad de esta pretensión, la cual es presentada por la suma de **\$992.663.580**, por concepto de gastos administrativos y demás derivados de la mayor duración del proyecto, por cuanto que, me opongo a esta pretensión por cuanto, ni en el contrato garantizado, ni en el otrosí No. 1, se estableció algo diferente respecto del objeto del contrato garantizado, en el que bilateralmente las partes acordaron una ampliación del término de ejecución, y en esa medida lo concebido contractualmente *per se*, no revela ningún incumplimiento, ni siquiera en el supuesto de que los demandantes probaran, cosa que no podrán hacer, que tales supuestas erogaciones efectivamente fueron efectuadas, ya que en ninguno de los fundamentos fácticos los actores niegan, simplemente porque no lo pueden hacer, que la obra o construcción de las 400 casas

culminó efectivamente se hizo completamente y a satisfacción, por lo tanto estamos en un escenario en el que los demandantes implícitamente han reconocido que la obra si se ejecutó y entregó en forma debida; otra cosa es la relativa a la hipotética realización de una especie de apalancamiento o de préstamos, que es lo que trata de describir en este hecho, sin suficiencia, la demandante, lo cual no implica que el trabajo que se realizó no debiera pagarse.

En este orden de cosas, véase que **ni siquiera lo acordado en el otrosí No. 01, puede servir de base para argüir que se hubiera incurrido en incumplimiento por parte del constructor, con ocasión de los supuestos desembolsos, que repito no están probados**, y que se dice fueron efectuados por el CONSORCIO LATCO S.A. A2, como se desprende de lo siguiente:

- El CONSORCIO LATCO S.A. A2, se obligó a efectuar el manejo autocrático financiero de la obra, cosa que en la práctica venía realizando desde la misma celebración del contrato, a pesar de que no correspondía a lo pactado, ni a la intención de las partes.
- La parte actora, no solo se reservó, entonces el control total y gerencia de la obra, que en realidad siempre lo ejerció, incluido el manejo económico, sino que se amplió a cualquier otra clase de recursos, incluidos, entre otros, aquellos dineros acopiados a título de retención en garantía, que, de acuerdo con lo pactado, eran los que le había descontado, de los pagos que tenían que hacerle al contratista; pero, como si no fuera poco, adicionalmente, la demandante se atribuyó de facto, desde el inicio de la ejecución del contrato, la potestad de manejar a su exclusivo arbitrio, incluso los saldos pendientes de pagos adeudados al constructor por otros contratos diversos, junto con los recursos que le retenía en garantía, según lo mencionado atrás.
- En efecto, la parte demandante, no satisfecha con esa condición de desigualdad, también se hizo a la facultad, desde antes del acuerdo del otrosí, de manejar a su exclusivo arbitrio, otros recursos, extraños al contrato garantizado, que correspondían a saldos pendientes y a la retención en garantía de unos contratos diferentes al garantizado, y que habían celebrado aparte los mismos contratantes, para la ejecución, sin limitarse a la construcción de un proyecto denominado OBRA DE ROBLES.
- Dentro del plazo ampliado bilateralmente, primero de hecho y luego mediante el otrosí, con todas esas fuentes, la demandante tomó el control total financiero, para hacer el pago de costos y gastos en la ejecución y cumplimiento del contrato garantizado por mi representada.
- Lo anterior significó, que pese a que se colocó al constructor la asunción de todos los riesgos del contrato, sin tener una remuneración proporcional o correlativa o equitativa, ni las facultades convencionales para ejecutar la obra de manera autónoma, ni independencia para el diseño, ni la posibilidad de proveer los materiales, ni de gerenciar la obra, y además sujetándolo en todo a la voluntad del consorcio contratante, quien en todo lo tenía sometido a sus decisiones, que en la práctica se le sustrajo a aquel la posibilidad de pagar directamente a los proveedores, obreros, subcontratistas, Etc., terminó marginado sin la liquidez requerida, en cuanto se le privó del recibo de recursos que eran suyos, y el contrato se volvió leonino, pues mientras se le concedió un plazo superior para ejecutar la obra, ahora simultáneamente se le quiere sancionar por un supuesto retardo, que no es tal, ya que se está consintiendo que la entrega sea posterior, y eso sí guarda coherencia con la situación crítica en la que se coloca al contratista, que al verse marginado de los pagos, experimentó dificultades de liquidez, lo cual revela el desequilibrio generado al atribuir al contratante un poder absoluto respecto del manejo financiero, incluidos los recursos que necesitaba la obra y los que le adeudaba al constructor, por cualquier concepto.
- En el desarrollo de ese control absoluto administrativo, gerencial, financiero, los demandantes sometieron entonces al contratista a múltiples controles desmedidos, a la producción de informes, a una vigilancia que entorpecía el desarrollo mismo de la obra, a la aceptación incondicional de los cambios de diseño que le quisiera imponer el contratante, lo mismo que

al suministro de los materiales que este le proveyera, de forma que toda la operación del contratista, lo cual va más allá de la financiación de la obra, fue sometida a unos obstáculos financieros, de gestión, de tiempo y administrativos, que no habían sido convenidos y estaban fuera de su control, porque dependían exclusivamente del arbitrio del Consorcio y en esa vía terminaron cambiando de facto la convención que era objeto del aseguramiento, acentuando o agravando el riesgo de su incumplimiento, Etc., porque en últimas, alteraron las posibilidades de la realización del objeto del contrato en la forma concebida por escrito, en cuanto dificultaron y prolongaron bilateralmente la ejecución de la obra, propiciado por ese conjunto de causas, que son atribuibles a la conducta de ambas partes, especialmente de los actores, y en consecuencia esto impide que lo esgriman como *causa petendi* de su pretensión indemnizatoria, lo cual vuelve injustificado el reclamo judicial por supuestos costos adicionales, que por supuesto debía asumir la contratante, en razón a lo que ella denomina “mayor tiempo en obra”.

Aunque las partes en el otrosí No. 1, en la cláusula segunda, consignaron contraevidentemente que el manejo administrativo, técnico y la responsabilidad de la obra no se modificaba, en la práctica sí lo hicieron, y lo venían haciendo de facto, en razón a que cualquiera de las actividades requería de la provisión previa de fondos que dependían del contratante, que por supuesto se obtenían luego del farragoso trámite ante él, pese a que se trataba de recursos que en realidad los demandantes adeudaban al constructor, lo cual se sumó al hecho de que ellos, como ahora lo están manifestando, al hacer una solicitud motivada supuestamente en una especie de endeudamiento del contratista, por la mayor permanencia en obra, pero eso no explica cómo fue posible ese hecho, dado que a través del otrosí no se pactó que la parte demandante prestaría o daría en mutuo recursos a CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., sino que simplemente gobernaría o regiría, administraría y dispondría de los recursos que le adeudaba al propio constructor no sólo por esta obra, sino también, por la construcción de otra denominada OBRA DE ROBLES, facultándose para disponer de los saldos pendientes en ambos contratos, aquel ajeno a mi procurada, igual de los recursos de los saldos insolutos por obras ejecutadas, de los recursos retenidos en garantía de esos contratos, dineros todos estos que le pertenecían al constructor. Lo cual descarta la posibilidad de que el contratante hoy demandante pudiera, estar desembolsando recursos, a título de mutuo, endeudando unilateralmente al constructor, ya que no estaba concebido el otorgamiento de una financiación para la obra y lo pactado al respecto en el otrosí número uno, es ajeno a la cobertura que garantiza el cumplimiento de la ejecución de la obra, y no al pago de deudas o créditos de los que sea titular la parte accionante.

En el mismo sentido indicado, las partes del contrato además introdujeron mediante el citado otrosí, la institucionalización de un contralor de gastos y de ejecución de obras, que además haría las veces de auditor y supervisor designado por el CONSORCIO LATCO S.A. A2, cuyo costo no puede cargársele al contratista, pero que corresponde a una figura que muestra el nivel de control y de gerencia al que fue sometido el constructor.

En síntesis, en ese pacto, tanto en el contrato inicial, como también en el otrosí, se profundizó la asimetría injusta, que se observaba en la posición que ocupaban las partes del contrato, y sus respectivos roles, denotándose una clara abusividad convencional en contra del constructor, quien quedó en un lugar de indefensión y sujeto a la voluntad autónoma del contratante, por el sinnúmero de atribuciones que de todo orden se reservó este último, mientras que, absolutamente todos los riesgos se colocaron, en forma ilegal, únicamente sobre los hombros del contratista, pese a que la ejecución de la obra dependía en un porcentaje inusitado de los controles, del gobierno, de la intervención, de la discrecionalidad que tenían los contratantes para decidir lo que podía o no hacer el contratista. Entonces todo dependía de lo que podía imponer el contratante; luego, así se confirma que la ejecución de la obra pactada en la convención, en realidad, estaba sujeta

al arbitrio exclusivo de la parte demandante quien, sin embargo, expresamente se eximía de cualquier responsabilidad por todo y cualquier cosa que pudiera acontecer.

El evidente desequilibrio, que de ellos se generó en la interacción de las partes del contrato, se acentuó aún más con los hechos que de consuno introdujeron las partes, cuando, vencido el término de ejecución inicial o llegada la fecha de la finalización del contrato, el 10 de agosto del 2019, a instancia de la parte actora, las partes optaron, a espaldas del asegurador, por introducir un cambio, obviamente impuesto por la parte demandante, para que continuara la ejecución de la obra, ante lo cual el contratista continuó asumiendo las gravosas cargas que se le impusieron desde un principio, obviamente porque los hoy actores eran conocedores que no podían atribuir ningún incumplimiento al contratista; fue así como llegó el momento del 09 de noviembre del 2019, en el que los contratantes, sin perjuicio de los efectos fulminantes para el seguro de cumplimiento, por la modificación que lo anterior implicó de la obligación garantizada, lo cual exime al asegurador, por el cambio que de hecho habían introducido en el contrato, ahora pactaron el otrosí No. 01, mediante el cual, explícitamente, ampliaron la desigualdad y el desequilibrio de las partes del contrato sometiendo al contratista a la absoluta voluntad del contratante.

En efecto, el contrato garantizado es abusivo y el otrosí aún más, lo cual contradice la concepción de lo que es un contrato a precio global y único, que corresponde a lo que en la práctica y en el derecho comparado, se refiere a los contratos de llave en mano o E.P.C., que corresponde a la sigla *Engineering, Procurement and Construction*, cuya característica principal es que el contratista tiene a su cargo todo el componente de ingeniería, la gerencia o procuración o administración, la construcción, ejecución y puesta en funcionamiento, que obviamente se basa en el principio de confianza y de buena fe, cuyos costos son reembolsables como parte de la forma de pago, por lo tanto, el contratante debe estar dispuesto a asumir el riesgo de pagar todo lo que el contratante logre justificar.

En este tipo de contratos, a diferencia de lo que incoherentemente sucedió en el caso, el contratante, no debiera estar involucrado o interviniendo en el diseño, adquisición y construcción, ya que entrega toda al contratista que debe desarrollarla entre sus actividades.

Véase cómo en este caso, pese a que la convención se ata a un precio único y global, el contratante tiene licencia para la intervención en todo, desde el diseño, adquisición de materiales, y luego la dirección absoluta del manejo financiero; esta tergiversación de los papeles que cumplen las partes en el caso concreto, comporta una contradicción liminar, toda vez que no es explicable que absolutamente todos los riesgos corran a cargo del contratista, si el contratante es el que tiene en sus manos el arbitrio exclusivo de disponer en todo momento lo que en su criterio estime adecuado, frente a la forma en la que se ejecuta la obra, el componente de ingeniería, la forma en la que se costea, Etc. En consecuencia, resulta abusivo que el peso de todas las actividades y los riesgos que puedan generarse en la ejecución recaigan exclusivamente sobre el constructor, y, por ende, todas las estipulaciones que lo obligan de esa forma desproporcionada, generando una desigualdad frente a lo que le toca al contratante, quien está exento, debe entenderse como inaplicable y nulo, ya que los hoy demandantes no eran en el contrato unos simples espectadores de lo que haría el contratista sino que eran determinadores de las actividades de él, cuyo desarrollo por supuesto, estaba determinado por lo que la parte demandante dispusiera, y en consecuencia el contratante no está exento, y debe entenderse que lo sucedido compromete también su responsabilidad estando viciadas de nulidad por ser abusivas las cláusulas que lo liberan de tal responsabilidad.

En adición, se resalta que, en que en este caso puede aplicarse el desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el ordenamiento jurídico en relación con la teoría de los actos propios, toda vez que, a pesar de que lo integrantes del Consorcio, decidieron libre y voluntariamente suscribir el otrosí al contrato de obra, bajo las condiciones que estimaron ajustadas; en este proceso, pretenden que se desconozca la naturaleza libre y espontánea de su consentimiento, y solicitan al Juzgador una indemnización en razón a la materialización de los riesgos que ellos mismos asumieron.

Claramente, el accionante pasa por alto que, el acto jurídico mencionado necesariamente debió haberse efectuado sin que haya mediado una fuerza externa y ajena a su voluntad; y lo anterior se respalda en que, precisamente, aquella manifestación de voluntad libre y espontánea es uno de los requisitos para que se perfeccionen este tipo de contratos, de otra forma, a los integrantes del Consorcio no les habría sido posible haber suscrito el mismo. Por ello, los requerimientos económicos que a esta altura efectúa el accionante son inaceptables.

Debe tenerse en cuenta que el actor no puede cambiar los efectos que se surten de los actos propios del consorcio y de las sociedades demandantes, consideradas individualmente, por cuanto de manera clara, durante el desarrollo del contrato, obraron sin excepción en la dirección de consentir, estando debidamente informadas de todo lo que estaba acaeciendo dentro de la ejecución del contrato, para que el mismo se desarrollara, precisamente, como lo estaba haciendo el contratista, es decir que se cumpliera tal y como efectivamente se hizo, por ende, no pueden ahora desconocer la legítima confianza que su conducta y actos le dieron al contratista, respecto de la aceptación de lo que él estaba ejecutando, al punto que de esa forma, al unísono las partes, mutuamente, dada la forma en la que obraron, terminaron modificando las condiciones o especificidades de la manera en la que tenían que ejecutarse las obligaciones del constructor, y en consecuencia, no puede ahora la parte activa reclamar la producción de los perjuicios que estima se habría constituido por una alteración en el contrato de obra que él mismo consintió.

Recuérdese que los actos de la demandada la atan debido a la regla, según la cual nadie puede ir en contra de sus propios actos, *“venire contra factum proprium non valet”*; y este efecto jurídico vinculante es el que, efectivamente, constituyó una mutación del alcance y particularidades de las obligaciones del contrato garantizado, como lo confesó en los hechos de la demanda el actor, por lo tanto, al haberse cambiado el contenido, características y especificidades de las obligaciones contractuales convencionales cuyo cumplimiento estaba asegurándose, sin haberse contado con el previo consentimiento de la Aseguradora, a la cual, ni siquiera se le informó sobre el particular, se concluye que esa modificación cambió las obligaciones respaldadas con la póliza y en esa medida su infracción, en todo caso, no está comprendida bajo la cobertura de cumplimiento.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “DÉCIMO OCTAVO”: frente a la petición de intereses de mora de las sumas anteriores, reitero al Despacho que me opongo a su prosperidad por resultar consecencial a los requerimientos previos. Se insiste en todo caso que, ante la insuficiencia de elementos de convicción que demuestren los perjuicios requeridos, sumado a la imposibilidad de deprecar la existencia de solidaridad entre las codemandadas, y a la imposibilidad de afectar la póliza expedida por mi representada, inverosímil resultaría la prosperidad de esta pretensión. Por lo que ruego respetuosamente al Juzgador se sirva tenerla como no demostrada y consecuentemente niegue la misma.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “DÉCIMO NOVENO”: me opongo rotundamente a la prosperidad de esta pretensión, la cual se eleva por la suma de **\$73.725.208** por concepto de “saldo negativo del contratista en estado del contrato”, por cuanto que, en adición a la imposibilidad de deprecar

la existencia de solidaridad entre las codemandadas, y a la imposibilidad de afectar la póliza expedida por mi representada, se advierte que no hay prueba en el expediente que demuestre el presunto financiamiento que el accionante asumió para la ejecución de la obra, ni mucho menos que esto le habría generado un saldo negativo.

En efecto, no se allegó de elemento de convicción alguno que acredite que el CONSORCIO LATCO S.A. A2, incurrió en gastos de su propio patrimonio para financiar la obra, en todo caso, es preciso indicar que, en que en este particular puede aplicarse el desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el ordenamiento jurídico en relación con la teoría de los actos propios, toda vez que, a pesar de que lo integrantes del Consorcio, decidieron libre y voluntariamente suscribir el Contrato de obra No. 41455 y el respectivo otrosí, bajo las condiciones que estimaron ajustadas, y, según aducen, financiaron de su propio peculio la obra, en este proceso, pretenden que se desconozca la naturaleza libre y espontánea de su consentimiento, y solicitan al Juzgador una indemnización en razón a los gastos en lo que voluntariamente incurrieron, de cara a las condiciones contractuales establecidas.

Claramente, el accionante pasa por alto que, el acto jurídico mencionado y las actuaciones que de este se derivaron, necesariamente debieron haberse efectuado sin que haya mediado una fuerza externa y ajena a su voluntad; y lo anterior se respalda en que, precisamente, aquella manifestación de voluntad libre y espontánea es uno de los requisitos para que se perfeccionen este tipo de contratos, de otra forma, a los integrantes del Consorcio no les habría sido posible haber suscrito el mismo.

Recuérdese que al artículo 1505 del Código Civil señala como requisitos para la obligarse, esto es, para celebrar contratos, los siguientes: “(...) 1o.) *que sea legalmente capaz. 2o.) **que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) que tenga una causa lícita (...)***” (negrita por fuera del texto original). Esto claramente implica que, para efectos de materializarse el contrato de obra y el otrosí, y aplicarse las estipulaciones contractuales de los mismos, irreparablemente, los integrantes del Consorcio debieron haber consentido la realización de tal acto bajo los términos en los que se acordó el mismo. No siendo posible que en esta instancia contradigan dicha aquiescencia y aseveren que los gastos en los que debieron incurrir, habiendo sido previamente concertados en el otrosí, fueron asumidos de forma ajena a su verdadera voluntad.

Por lo expuesto, solicito respetuosamente se niegue esta pretensión.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “VIGÉSIMO”: frente a la petición de intereses de mora de las sumas anteriores, reitero al Despacho que me opongo a su prosperidad por resultar consecuencial a los requerimientos previos. Se insiste en todo caso que, ante la insuficiencia de elementos de convicción que demuestren los perjuicios requeridos, sumado a la imposibilidad de deprecar la existencia de solidaridad entre las codemandadas, y a la imposibilidad de afectar la póliza expedida por mi representada, inverosímil resultaría la prosperidad de esta pretensión. Por lo que ruego respetuosamente al Juzgador se sirva tenerla como no demostrada y consecuentemente niegue la misma.

FRENTE A LA PRETENSIÓN “VIGÉSIMO PRIMERO”: en lo que atañe a la petición de condena en costas del proceso, reitero mi oposición, toda vez que, se repite, la demandada no tiene ninguna obligación indemnizatoria derivada de los hechos descritos en el escrito genitor, como quiera que, es inexistente la presencia de elementos que permitan estructurar la responsabilidad civil contractual en contra del sujeto pasivo de la acción que nos convoca.

En adición a lo anterior, es menester advertir, que no se encuentran en el caso de marras, fundamentos jurídicos ni fácticos para la prosperidad de las anteriores pretensiones, de manera que no puede aspirarse con éxito que se materialice una condena en contra del sujeto pasivo de esta litigio, ni mucho menos que se le exija el pago de costas procesales; por la orfandad probatoria de la responsabilidad civil que se pretende endilgar, no habría obligación de indemnizar, y mucho menos podría estar obligada dicha parte a pagar costas frente a un proceso en el que es probable que no salga vencida en juicio.

En ese orden de ideas, solicito respetuosamente al Despacho se sirva declarar como no probada esta pretensión y negar la misma. Adicionalmente, solicito que, en vista de que no se identifica ninguna actuación que refleje la necesidad de un reproche jurídico por parte de la accionada, se condene en costas a la demandante, pues sometió al extremo pasivo y a mi prohijada, sin justificación ni respaldo probatorio alguno, al agotamiento innecesario de estas instancias judiciales.

III. OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

De conformidad con lo establecido en el inciso primero del artículo 206 del Código General del Proceso¹² y con el fin mantener un equilibrio procesal, garantizar pedimentos razonables y salvaguardar el derecho de defensa de mi procurada, procedo a **OBJETAR** el Juramento Estimatorio de la Demanda, toda vez que, se evidencia la ausencia de pruebas que permitan inferir la existencia de los montos que predica la parte actora que se causaron.

Es preciso señalar que, en materia de indemnización de perjuicios, opera el principio de que el daño y su cuantía deben estar plenamente probados para proceder a su reconocimiento, toda vez que al juzgador le está relegada la posibilidad de presumir como cierto un perjuicio y más aún la magnitud del mismo. En efecto, con miras a la obtención de una indemnización, no basta alegar el supuesto detrimento, por cuanto el mismo no es susceptible de presunción, sino que es obligatorio acreditar debidamente su cuantificación.

En este sentido lo ha indicado la H. Corte Suprema de Justicia, como se expone a continuación:

*“(…) No sobra indicar que **la valoración del juramento estimativo debe sujetarse a las reglas de apreciación del mismo**, en virtud de las cuales, **no basta con las afirmaciones del demandante, pues es menester de una parte, que las sumas se encuentren señaladas de manera razonada**, y de otra, que de conformidad con la sustancialidad de las formas debe mediar un principio de acreditación, siquiera precario, de cuanto se expresa en él (...) Luego, **si no se tiene prueba del daño**, pues el juramento estimatorio a lo sumo constituye —de ser razonable— prueba de su cuantía, **no se puede reconocer indemnización en los términos reclamados por el recurrente**, como ocurre en el presente asunto (...)”¹³ Negrita por fuera del texto original.*

¹² CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, Artículo 206: “(…) Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación (...)”.

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Sentencia SP1796-2018/51390 de mayo 23 de 2018. M.P. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero.

De acuerdo con el artículo 206 del Código General del Proceso, la parte demandante deberá indicar en el texto en el cual se hace el juramento estimatorio lo siguiente: **1.** Que se afirma bajo la gravedad del juramento; **2.** Que se trata de juramento estimatorio; **3.** El valor de cada uno de los conceptos, rubros o partidas que componen la indemnización, frutos, mejoras o compensación, en este tipo de escenarios, incluir los conceptos por perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante); **4.** El valor total y; **5. Las razones que se tuvo en cuenta para cada uno de los valores asignados, exponiéndolos con precisión, claridad y con fundamento en pruebas.**

En el caso que nos convoca, es vital indicar que se no se cumple con el quinto requisito puesto que, si bien la accionante expone las razones por las cuales presuntamente se le causó unos perjuicios materiales a título de daño emergente y otros conceptos, sus aseveraciones no fueron respaldadas con medios de prueba suficientes.

Ciertamente, no se ha demostrado fehacientemente que al accionante se le hayan ocasionado perjuicios como resultado del incumplimiento contractual deprecado; en efecto, se trata de circunstancias que no están demostradas en el plenario.

También se resalta que, aunque se allegó al expediente la comunicación calendada del 24 de marzo del 2020 en la que se hace referencia a las referidas multas, **no obra prueba documental alguna que demuestre que el CONSORCIO LATCO S.A. A2, asumió el pago de tales conceptos**; de manera que, la pasiva de esta acción no puede asumir el pago de estas sanciones, luego que, no está demostrado que el accionante efectivamente haya asumido el pago de aquellas multas.

Resáltese concretamente que, con la demanda no se anexó el acta de liquidación del contrato de obra, la que evidentemente resulta de gran importancia, en orden de conocer con certeza y en detalle qué obras fueron efectivamente ejecutadas, recibidas a satisfacción y los descuentos que se le hacen al contratista en relación con cada una de ellas.

De tal suerte, se confirma que el accionante no allegó medio de prueba suficiente que acredite el detrimento que a este se habría causado como resultado de los hechos que aquí se analizan, por concepto de multas, gastos administrativos por mayor duración del contrato o saldo negativo anticipo no amortizado; por lo que carente de justificación probatoria resultan las solicitudes indemnizatorias que se elevan en la demanda, en virtud de los mismos.

Se recuerda que el daño emergente representa el rubro **que se sustrae del patrimonio del afectado con ocasión a un daño**, de manera que ineludiblemente se requiere de elementos probatorios que determinen y permitan al Juzgador declarar su configuración. Sin embargo, para el caso que nos ocupa, no existe prueba idónea frente a la causación de la suma que se invoca, y que presuntamente dejó de percibir el extremo accionante.

Además se itera que, ni en el contrato garantizado, ni en el otrosí No. 1, se estableció algo diferente respecto del objeto del contrato garantizado, en el que bilateralmente las partes acordaron una ampliación del término de ejecución, y en esa medida lo concebido contractualmente *per se*, no revela ningún incumplimiento, ni siquiera en el supuesto de que los demandantes probaran, cosa que no podrán hacer, que tales supuestas erogaciones efectivamente fueron efectuadas, ya que en ninguno de los fundamentos fácticos los actores niegan, simplemente porque no lo pueden hacer, que la obra o construcción de las 400 casas culminó efectivamente se hizo completamente y a satisfacción, por lo tanto estamos en un escenario en el que los demandantes implícitamente han reconocido que la obra si se ejecutó y

entregó en forma debida; otra cosa es la relativa a la hipotética realización de una especie de apalancamiento o de préstamos, que es lo que trata de describir en este hecho, sin suficiencia, la demandante, lo cual no implica que el trabajo que se realizó no debiera pagarse.

En este orden de cosas, véase que **ni siquiera lo acordado en el otrosí No. 01, puede servir de base para argüir que se hubiera incurrido en incumplimiento por parte del constructor, con ocasión de los supuestos desembolsos, que repito no están probados**, y que se dice fueron efectuados por el CONSORCIO LATCO S.A. A2, como se desprende de lo siguiente:

- El CONSORCIO LATCO S.A. A2, se obligó a efectuar el manejo autocrático financiero de la obra, cosa que en la práctica venía realizando desde la misma celebración del contrato, a pesar de que no correspondía a lo pactado, ni a la intención de las partes.
- La parte actora, no solo se reservó, entonces el control total y gerencia de la obra, que en realidad siempre lo ejerció, incluido el manejo económico, sino que se amplió a cualquier otra clase de recursos, incluidos, entre otros, aquellos dineros acopiados a título de retención en garantía, que, de acuerdo con lo pactado, eran los que le había descontado, de los pagos que tenían que hacerle al contratista; pero, como si no fuera poco, adicionalmente, la demandante se atribuyó de facto, desde el inicio de la ejecución del contrato, la potestad de manejar a su exclusivo arbitrio, incluso los saldos pendientes de pagos adeudados al constructor por otros contratos diversos, junto con los recursos que le retenía en garantía, según lo mencionado atrás.
- En efecto, la parte demandante, no satisfecha con esa condición de desigualdad, también se hizo a la facultad, desde antes del acuerdo del otrosí, de manejar a su exclusivo arbitrio, otros recursos, extraños al contrato garantizado, que correspondían a saldos pendientes y a la retención en garantía de unos contratos diferentes al garantizado, y que habían celebrado aparte los mismos contratantes, para la ejecución, sin limitarse a la construcción de un proyecto denominado OBRA DE ROBLES.
- Dentro del plazo ampliado bilateralmente, primero de hecho y luego mediante el otrosí, con todas esas fuentes, la demandante tomó el control total financiero, para hacer el pago de costos y gastos en la ejecución y cumplimiento del contrato garantizado por mi representada.
- Lo anterior significó, que pese a que se colocó al constructor la asunción de todos los riesgos del contrato, sin tener una remuneración proporcional o correlativa o equitativa, ni las facultades convencionales para ejecutar la obra de manera autónoma, ni independencia para el diseño, ni la posibilidad de proveer los materiales, ni de gerenciar la obra, y además sujetándolo en todo a la voluntad del consorcio contratante, quien en todo lo tenía sometido a sus decisiones, que en la práctica se le sustrajo a aquel la posibilidad de pagar directamente a los proveedores, obreros, subcontratistas, Etc., terminó marginado sin la liquidez requerida, en cuanto se le privó del recibo de recursos que eran suyos, y el contrato se volvió leonino, pues mientras se le concedió un plazo superior para ejecutar la obra, ahora simultáneamente se le quiere sancionar por un supuesto retardo, que no es tal, ya que se está consintiendo que la entrega sea posterior, y eso sí guarda coherencia con la situación crítica en la que se coloca al contratista, que al verse marginado de los pagos, experimentó dificultades de liquidez, lo cual revela el desequilibrio generado al atribuir al contratante un poder absoluto respecto del manejo financiero, incluidos los recursos que necesitaba la obra y los que le adeudaba al constructor, por cualquier concepto.
- En el desarrollo de ese control absoluto administrativo, gerencial, financiero, los demandantes sometieron entonces al contratista a múltiples controles desmedidos, a la producción de informes, a una vigilancia que entorpecía el desarrollo mismo de la obra, a la aceptación incondicional de los cambios de diseño que le quisiera imponer el contratante, lo mismo que al suministro de los materiales que este le proveyera, de forma que toda la operación del contratista, lo cual va más allá de la financiación de la obra, fue sometida a unos obstáculos

financieros, de gestión, de tiempo y administrativos, que no habían sido convenidos y estaban fuera de su control, porque dependían exclusivamente del arbitrio del Consorcio y en esa vía terminaron cambiando de facto la convención que era objeto del aseguramiento, acentuando o agravando el riesgo de su incumplimiento, Etc., porque en últimas, alteraron las posibilidades de la realización del objeto del contrato en la forma concebida por escrito, en cuanto dificultaron y prolongaron bilateralmente la ejecución de la obra, propiciado por ese conjunto de causas, que son atribuibles a la conducta de ambas partes, especialmente de los actores, y en consecuencia esto impide que lo esgriman como *causa petendi* de su pretensión indemnizatoria, lo cual vuelve injustificado el reclamo judicial por supuestos costos adicionales, que por supuesto debía asumir la contratante, en razón a lo que ella denomina “mayor tiempo en obra”.

Aunque las partes en el otrosí No. 1, en la cláusula segunda, consignaron contra evidentemente que el manejo administrativo, técnico y la responsabilidad de la obra no se modificaba, en la práctica sí lo hicieron, y lo venían haciendo de facto, en razón a que cualquiera de las actividades requería de la provisión previa de fondos que dependían del contratante, que por supuesto se obtenían luego del farragoso trámite ante él, pese a que se trataba de recursos que en realidad los demandantes adeudaban al constructor, lo cual se sumó al hecho de que ellos, como ahora lo están manifestando, al hacer una solicitud motivada supuestamente en una especie de endeudamiento del contratista, por la mayor permanencia en obra, pero eso no explica cómo fue posible ese hecho, dado que a través del otrosí no se pactó que la parte demandante prestaría o daría en mutuo recursos a CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., sino que simplemente gobernaría o regiría, administraría y dispondría de los recursos que le adeudaba al propio constructor no sólo por esta obra, sino también, por la construcción de otra denominada OBRA DE ROBLES, facultándose para disponer de los saldos pendientes en ambos contratos, aquel ajeno a mi procurada, igual de los recursos de los saldos insolutos por obras ejecutadas, de los recursos retenidos en garantía de esos contratos, dineros todos estos que le pertenecían al constructor. Lo cual descarta la posibilidad de que el contratante hoy demandante pudiera, estar desembolsando recursos, a título de mutuo, endeudando unilateralmente al constructor, ya que no estaba concebido el otorgamiento de una financiación para la obra y lo pactado al respecto en el otrosí número uno, es ajeno a la cobertura que garantiza el cumplimiento de la ejecución de la obra, y no al pago de deudas o créditos de los que sea titular la parte accionante.

En el mismo sentido indicado, las partes del contrato además introdujeron mediante el citado otrosí, la institucionalización de un contralor de gastos y de ejecución de obras, que además haría las veces de auditor y supervisor designado por el CONSORCIO LATCO S.A. A2, cuyo costo no puede cargársele al contratista, pero que corresponde a una figura que muestra el nivel de control y de gerencia al que fue sometido el constructor.

En síntesis, en ese pacto, tanto en el contrato inicial, como también en el otrosí, se profundizó la asimetría injusta, que se observaba en la posición que ocupaban las partes del contrato, y sus respectivos roles, denotándose una clara abusividad convencional en contra del constructor, quien quedó en un lugar de indefensión y sujeto a la voluntad autónoma del contratante, por el sinnúmero de atribuciones que de todo orden se reservó este último, mientras que, absolutamente todos los riesgos se colocaron, en forma ilegal, únicamente sobre los hombros del contratista, pese a que la ejecución de la obra dependía en un porcentaje inusitado de los controles, del gobierno, de la intervención, de la discrecionalidad que tenían los contratantes para decidir lo que podía o no hacer el contratista. Entonces todo dependía de lo que podía imponer el contratante; luego, así se confirma que la ejecución de la obra pactada en la convención, en realidad, estaba sujeta al arbitrio exclusivo de la parte demandante quien, sin embargo, expresamente se eximía de cualquier responsabilidad por todo y cualquier cosa que pudiera acontecer.

El evidente desequilibrio, que de ellos se generó en la interacción de las partes del contrato, se acentuó aún más con los hechos que de consuno introdujeron las partes, cuando, vencido el término de ejecución inicial o llegada la fecha de la finalización del contrato, el 10 de agosto del 2019, a instancia de la parte actora, las partes optaron, a espaldas del asegurador, por introducir un cambio, obviamente impuesto por la parte demandante, para que continuara la ejecución de la obra, ante lo cual el contratista continuó asumiendo las gravosas cargas que se le impusieron desde un principio, obviamente porque los hoy actores eran conocedores que no podían atribuir ningún incumplimiento al contratista; fue así como llegó el momento del 09 de noviembre del 2019, en el que los contratantes, sin perjuicio de los efectos fulminantes para el seguro de cumplimiento, por la modificación que lo anterior implicó de la obligación garantizada, lo cual exime al asegurador, por el cambio que de hecho habían introducido en el contrato, ahora pactaron el otrosí No. 01, mediante el cual, explícitamente, ampliaron la desigualdad y el desequilibrio de las partes del contrato sometiendo al contratista a la absoluta voluntad del contratante.

En efecto, el contrato garantizado es abusivo y el otrosí aún más, lo cual contradice la concepción de lo que es un contrato a precio global y único, que corresponde a lo que en la práctica y en el derecho comparado, se refiere a los contratos de llave en mano o E.P.C., que corresponde a la sigla *Engineering, Procurement and Construction*, cuya característica principal es que el contratista tiene a su cargo todo el componente de ingeniería, la gerencia o procuración o administración, la construcción, ejecución y puesta en funcionamiento, que obviamente se basa en el principio de confianza y de buena fe, cuyos costos son reembolsables como parte de la forma de pago, por lo tanto, el contratante debe estar dispuesto a asumir el riesgo de pagar todo lo que el contratante logre justificar.

En este tipo de contratos, a diferencia de lo que incoherentemente sucedió en el caso, el contratante, no debiera estar involucrado o interviniendo en el diseño, adquisición y construcción, ya que entrega toda al contratista que debe desarrollarla entre sus actividades.

Véase cómo en este caso, pese a que la convención se ata a un precio único y global, el contratante tiene licencia para la intervención en todo, desde el diseño, adquisición de materiales, y luego la dirección absoluta del manejo financiero; esta tergiversación de los papeles que cumplen las partes en el caso concreto, comporta una contradicción liminar, toda vez que no es explicable que absolutamente todos los riesgos corran a cargo del contratista, si el contratante es el que tiene en sus manos el arbitrio exclusivo de disponer en todo momento lo que en su criterio estime adecuado, frente a la forma en la que se ejecuta la obra, el componente de ingeniería, la forma en la que se costea, Etc. En consecuencia, resulta abusivo que el peso de todas las actividades y los riesgos que puedan generarse en la ejecución recaigan exclusivamente sobre el constructor, y, por ende, todas las estipulaciones que lo obligan de esa forma desproporcionada, generando una desigualdad frente a lo que le toca al contratante, quien está exento, debe entenderse como inaplicable y nulo, ya que los hoy demandantes no eran en el contrato unos simples espectadores de lo que haría el contratista sino que eran determinadores de las actividades de él, cuyo desarrollo por supuesto, estaba determinado por lo que la parte demandante dispusiera, y en consecuencia el contratante no está exento, y debe entenderse que lo sucedido compromete también su responsabilidad estando viciadas de nulidad por ser abusivas las cláusulas que lo liberan de tal responsabilidad.

También, se resalta que, en que en este caso puede aplicarse el desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el ordenamiento jurídico en relación con la teoría de los actos propios, toda vez que, a pesar de que lo integrantes del Consorcio, decidieron libre y voluntariamente suscribir el

otrosí al contrato de obra, bajo las condiciones que estimaron ajustadas; en este proceso, pretenden que se desconozca la naturaleza libre y espontánea de su consentimiento, y solicitan al Juzgador una indemnización en razón a la materialización de los riesgos que ellos mismos asumieron.

Claramente, el accionante pasa por alto que, el acto jurídico mencionado necesariamente debió haberse efectuado sin que haya mediado una fuerza externa y ajena a su voluntad; y lo anterior se respalda en que, precisamente, aquella manifestación de voluntad libre y espontánea es uno de los requisitos para que se perfeccionen este tipo de contratos, de otra forma, a los integrantes del Consorcio no les habría sido posible haber suscrito el mismo. Por ello, los requerimientos económicos que a esta altura efectúa el accionante son inaceptables.

Debe tenerse en cuenta que el actor no puede cambiar los efectos que se surten de los actos propios del consorcio y de las sociedades demandantes, consideradas individualmente, por cuanto de manera clara, durante el desarrollo del contrato, obraron sin excepción en la dirección de consentir, estando debidamente informadas de todo lo que estaba acaeciendo dentro de la ejecución del contrato, para que el mismo se desarrollara, precisamente, como lo estaba haciendo el contratista, es decir que se cumpliera tal y como efectivamente se hizo, por ende, no pueden ahora desconocer la legítima confianza que su conducta y actos le dieron al contratista, respecto de la aceptación de lo que él estaba ejecutando, al punto que de esa forma, al unísono las partes, mutuamente, dada la forma en la que obraron, terminaron modificando las condiciones o especificidades de la manera en la que tenían que ejecutarse las obligaciones del constructor, y en consecuencia, no puede ahora la parte activa reclamar la producción de los perjuicios que estima se habría constituido por una alteración en el contrato de obra que él mismo consintió.

Recuérdese que los actos de la demandada la atan debido a la regla, según la cual nadie puede ir en contra de sus propios actos, “*venire contra factum proprium non valet*”; y este efecto jurídico vinculante es el que, efectivamente, constituyó una mutación del alcance y particularidades de las obligaciones del contrato garantizado, como lo confesó en los hechos de la demanda el actor, por lo tanto, al haberse cambiado el contenido, características y especificidades de las obligaciones contractuales convencionales cuyo cumplimiento estaba asegurándose, sin haberse contado con el previo consentimiento de la Aseguradora, a la cual, ni siquiera se le informó sobre el particular, se concluye que esa modificación cambió las obligaciones respaldadas con la póliza y en esa medida su infracción, en todo caso, no está comprendida bajo la cobertura de cumplimiento.

Se colige entonces que, con las peticiones indemnizatorias por los conceptos invocados en la demanda, indiscutiblemente el actor desea lucrarse, pues la configuración de los presupuestos para el reconocimiento de dichos conceptos no está acreditada en el plenario. Así las cosas, la tasación de los perjuicios analizados adolecen de un título válido, que acredite la existencia de obligación indemnizatoria, pues debe recordarse que en el derecho colombiano no es admisible el reconocimiento de indemnización alguna por hechos que no constituyan un verdadero daño, es decir, que el detrimento o perjuicio debe ser cierto y no puede presumirse.

Con todo, en el entendido de que las sumas consignadas en el acápite del juramento estimatorio no obedecen a la realidad probatoria allegada al proceso, de manera amable solicito a usted señor Juez, ordenar la regulación de la cuantía y dar aplicación a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 206 del Código General del Proceso.

IV. EXCEPCIONES DE FONDO FRENTE A LA DEMANDA

El fundamento de estas excepciones es el que se expone a continuación en cada una de ellas, y también el consignado al responder cada uno de los hechos de la demanda y las pretensiones a la misma.

- **INEXISTENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA DE SEGURO, PORQUE LA CONVENCIÓN ASEGURADA FUE MODIFICADA O SUSTITUIDA, Y AL ASEGURADOR NO SE LE INFORMÓ, NI SE LE PIDIÓ SU CONSENTIMIENTO, LUEGO EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO INICIAL ASÍ MODIFICADO, NO SE EXTIENDE A CUBRIR LA CONVENCIÓN QUE DE HECHO LAS PARTES IMPUSIERON, NI SUS CONDICIONES, YA QUE EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1056 DEL CÓDIGO DE COMERCIO SOLO SE ASUMIÓ EL RIESGO QUE A SU ARBITRIO CONCERTÓ MI REPRESENTADA.**

Se plantea esta excepción, toda vez que, conforme se informó al accionante mediante la objeción a la solicitud indemnizatoria por él presentada, que no era una reclamación formal, una vez iniciada la ejecución del contrato de obra, las partes modificaron de hecho los plazos y el cronograma en el que se ejecutaría la obra, es decir la oportunidad y manera en la que se haría la construcción y las condiciones del componente económico de la convención, sin informar ni contar para ello con la previa autorización o con el consentimiento de la Aseguradora, la cual se vio privada de la posibilidad de emitir su consentimiento sobre si aceptaba o no dar amparo a todas esas modificaciones; con ocasión de la mutación de los términos escritos del contrato y de la manera, oportunidad y condiciones en las que se debían ejecutar las obligaciones, que de hecho y consensuadamente introdujeron los contratantes, sin el concurso ni notificación a mi procurada, implicó que todo lo ocurrido desde entonces, difiere de lo que era objeto de la cobertura de la póliza, del objeto mismo de la protección otorgada, ya que el riesgo asegurado no era lo que la demandante y el constructor comenzaron a hacer mutuamente, por cuanto se sustrajo la esencia de lo que se encontraba cubierto inicialmente y en consecuencia, su eventual infracción resulta extraña al aseguramiento, al riesgo asegurado, a la obligación condicional del asegurador, quien por ende está exento, máxime cuando la entidad asegurada y contratante no obtuvo el consentimiento de la Compañía que procuro, para tener una garantía que cubriera los riesgos del eventual incumplimiento de esas nuevas condiciones contractuales, que incorporaron a la convención que se había pactado y cuyo texto literal es el único que se contempló en el aseguramiento.

Todo esto, acorde con el precepto del artículo 1056 del Código de Comercio, en virtud del cual, el asegurador a su arbitrio es quien define, cuáles son los riesgos a los que está expuesto el interés asegurable, que amparará; por sustracción de materia, entonces, en el seguro de cumplimiento, si el contrato garantizado estipula las obligaciones que se están respaldando mediante la póliza, la sustitución de estas, su naturaleza, alcance, términos, tiempo de ejecución, forma de pago, Etc., comporta el reemplazo de aquellas que estaban amparadas contra el riesgo de incumplimiento y lógicamente, las obligaciones así variadas, las que quedan por acuerdo de las partes, que pueden ser expresado de facto o de hecho, evidentemente, determinan que la identidad de las nuevas condiciones del contrato garantizado, en cuanto han sido mutadas, son ajenas a la protección dada por la Compañía de Seguros.

Es así, como de acuerdo con la prueba documental en el expediente, la fecha de terminación pactada en el contrato de obra No. 41455 para la etapa I, era el **27 de abril de 2019**, para la etapa II, el **22 de junio de 2019**, y la última, es decir para la etapa III, el **10 de agosto de 2019**; no obstante, sin que se hubiera surtido ninguna comunicación al respecto hacía mi mandante, las partes del contrato garantizado por su cuenta y riesgo, decidieron de hecho cambiar lo pactado y

en ese sentido consintieron en modificar el plazo de ejecución del contrato, las condiciones en que se llevaría a cabo la obra restante, la manera y oportunidad en la que se entregaría, el componente económico requerido, la financiación, las obligaciones de carácter dinerario, los pagos al contratista, Etc., quien lo asumiría como una carga adicional, entre otras, y para ello consintieron recíprocamente mediante sus actos, es decir los que cada una de las partes cumplió, aún después de culminado el término inicial del contrato que se garantizó. Fue de esa manera en la que, mediante actos propios de ambos contratantes, desarrollados bilateralmente, evidenciados en sus respectivas y nuevas actividades, que el contrato se cambió.

Así se produjo la modificación del contrato que había sido respaldado con la póliza y ya en esa novísima convención, cambiada de facto, la hoy demandante incurrió en pagos, cuya realización tuvo lugar con una alteración de los criterios que inicialmente se habían concebido para la confección de los mismos, tal como la demandante lo confiesa en los hechos vigésimo segundo y vigésimo tercero del escrito introductor. Modificaciones éstas relacionadas sólo de manera enunciativa, que no fueron informadas a la Aseguradora, lo cual claramente sustituyó las condiciones del contrato garantizado, es decir aquellas bajo las cuales mi mandante inicialmente aceptó que se le trasladara el riesgo, o sea que se le cambió la identidad de lo que era materia de la cobertura y por ende extrañas al riesgo amparado y a la condición suspensiva que sujeta el nacimiento de la obligación de indemnizar, según los Arts. 1054, 1056, 1072, 1077 y 1080 del C. de Co.

Esto ocurrió, liberando a la aseguradora, y sin perjuicio de otra situación que colateralmente emergió, pues junto con la modificación de las condiciones del contrato, me refiero ahora a la modificación del estado del riesgo amparado, terminaron agravándolo, tal como se explicará en la excepción siguiente.

Pero antes ha de recordarse lo que ya mi representada le manifestó a los actores, mediante la carta de objeción respectiva, así:

*“(…) Bogotá D.C., 17 de febrero de 2021
CUM-02-0048*

*Señora
Ana Milena Hurtado Florez
CONSORCIO LATCO S.A. A2
Calle 17 Norte No. 9N – 23, Barrio Granada
Email: info@latcosa.com; gerencia.ana@latcosa.com
Teléfono (2) 6676759 – (2) 6676766 – (2) 6670552
Cali – Valle del Cauca*

*Asunto: Seguro de Cumplimiento de Grandes Beneficiarios No. 2235271-6
Expediente: 9200000278897
Contrato No. DO41455 - C.P.A. Construcciones Prefabricadas S.A.*

Cordial saludo,

Uno de nuestros compromisos en Sura es atenderle de manera oportuna y entregarle información clara sobre sus requerimientos.

En atención a la solicitud de indemnización presentada, como consecuencia del posible incumplimiento por parte de la sociedad C.P.A. CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS

Página **70** de **117**
S/DMMN -DH

S.A. EN CONCORDATO, de las obligaciones en entregas de acuerdo al cronograma y la calidad del trabajo derivadas del contrato de obra civil DO41455, cuyo objeto es: "CONSTRUCCIÓN DE CIEN (400) APARTAMENTOS EN EL PROYECTO CIUDADELA RIO", Seguros Generales Suramericana S.A., lamenta informarle que no atenderá favorablemente su solicitud.

La anterior determinación se fundamenta en que, al analizar los soportes que reposan en el expediente, se observa que la fecha de terminación pactada para la etapa I, era el 27 de abril de 2019, la etapa II el 22 de junio de 2019 y la etapa III el 10 de agosto de 2019; sin embargo, las actividades contractuales se siguieron ejecutando posterior a las fecha en mención, incluso incurriendo el asegurado en pagos por los avances de obra realizados por fuera de la vigencia del contrato, modificaciones que no fueron informadas a la aseguradora, siendo esto, una exclusión en el contrato de seguro que se pretende afectar, configurándose, además, una agravación del estado del riesgo amparado.

Al respecto, en el condicionado de Seguro de Cumplimiento para Grandes Beneficiarios, según la forma F-01-12-087, señala:

"Sección II – Exclusiones

Sura no pagará los perjuicios causados directa o indirectamente por:

(...) 8. Los perjuicios derivados de las modificaciones introducidas al contrato garantizado, cuando no sean notificadas a SURA.

(...) Sección III – Otras condiciones

(...)

6. Terminación por agravación del estado del riesgo

Este seguro se termina si se hacen cambios al objeto, las obligaciones, la vigencia o al valor del contrato garantizado, si estos no son informados a SURA 10 días después de realizados para evaluar el nuevo riesgo y determinar si se cubren o no dichas modificaciones."

Sin perjuicio de lo anterior, es decir, las modificaciones no informadas a la aseguradora y la agravación del riesgo amparado, que hacen improcedente la afectación de la póliza que nos ocupa, en el evento de existir cobertura, no están dados los presupuestos previstos en la ley, para que surja la obligación de indemnizar, toda vez que, el artículo 1077 del Código de Comercio, prevé que: "Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso..."; presupuestos estos que deben concurrir, para que surja la obligación condicional de la Aseguradora, pues no basta con que se acredite el incumplimiento, sino que se requiere que, se acredite la prueba del daño y el monto del perjuicio. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado:

"... la obligación de indemnizar surge a cargo de la compañía aseguradora únicamente ante la prueba del daño y el monto del perjuicio, y que, por ende, el beneficiario carece de derecho a ser indemnizado con base en la prueba del simple incumplimiento del tomador".

Conforme a lo anteriormente expuesto, no existe obligación indemnizatoria con cargo al seguro de Cumplimiento de Grandes Beneficiarios No. 2235271-6. Por lo anterior, Seguros Generales Suramericana S.A., objeta la solicitud presentada (...)"

Por lo expuesto, la obligación indemnizatoria que se persigue en contra de mi mandante es inexistente, en virtud de la inexistencia de cobertura de la póliza de seguro, como quiera que, en efecto, la convención asegurada fue modificada o sustituida y al asegurador no se le informó ni se le pidió su consentimiento para el amparo del riesgo de incumplimiento de las obligaciones y del contrato así sustituido; es decir, por sustitución de la convención que fue asegurada inicial, lo cual corresponde a un riesgo distinto del asegurado, en aplicación del artículo 1056 del Código de Comercio; siendo menester entonces que el Juzgador la exonere de cualquier responsabilidad.

Así las cosas, solicito respetuosamente se declare probada esta excepción.

- **TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO DE SEGURO, Y, EN CONSECUENCIA, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., POR LA AGRAVACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO Y LA AUSENCIA DE NOTIFICACIÓN AL ASEGURADOR, CONFORME EL ARTÍCULO 1060 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y POR LO ESTIPULADO EN LA PÓLIZA.**

Esta excepción se plantea con el propósito de explicar al Despacho que, la obligación indemnizatoria que se depreca en contra de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, en virtud de la póliza de seguro 2235271-6 por ella expedida, es inexistente por cuanto que, el contrato terminó de manera automática por no haberse notificado oportunamente la agravación del riesgo asegurado.

En efecto, como se anunció, las implicaciones del cambio de facto de las condiciones y obligaciones del contrato garantizado, a más de sustituir las obligaciones que eran objeto de garantía con la póliza, como se está explicando, adicionalmente comportaron una agravación del riesgo de incumplimiento, configurándose la causal legal de la terminación automática del seguro, según lo estatuido en el Código de Comercio, artículo 1060, debido a que esa variación del riesgo asegurado, incrementó ostensiblemente la posibilidad de realización de un siniestro, acentuándolo anormalmente, porque adicionalmente no le fue informada tal potencialización de su peligrosidad a la Aseguradora, y este es el presupuesto normativamente consagrado, que genera tal efecto fulminante del contrato de seguro, que conlleva la exoneración del asegurador.

En ese mismo sentido, aparejando la citada norma del Art. 1060, la póliza reitera esa regla, aceptada por la actora, ya que al tomarse el seguro, también se pactó esa misma consecuencia, de la culminación del aseguramiento, repito pese a que por ministerio de la ley se produce *ipso jure* la finalización del aseguramiento en forma automática, como se lee en lo que fue explícitamente acordado en el seguro, en el numeral sexto de la sección tercera de las condiciones generales, que reza lo siguiente:

Sección III - Otras condiciones

6 Terminación por agravación del estado del riesgo

Este seguro se termina si se hacen cambios al objeto, las obligaciones, la vigencia o al valor del contrato garantizado, si estos no son informados a SURA 10 días después de realizados para evaluar el nuevo riesgo y determinar si se cubren o no dichas modificaciones.

Independientemente de lo expuesto en líneas precedentes, sobre el cambio que de facto hicieron las partes, sin notificarlo a la Aseguradora, del contrato garantizado y de las repercusiones que esto implica, en cuanto se sustituyó la identidad de lo que era materia de la protección otorgada,

de manera que mi mandante no puede ser obligada a pago alguno respecto de los nuevos términos del renovado de facto negocio jurídico, cuyas condiciones le son inoponibles a mi defendida y su eventual incumplimiento resulta inane, por ser diferente al cumplimiento del riesgo que se aseguró, lo que en este ítem se ha indicado, es que esa situación además dio lugar a que se produjera una agravación del estado del riesgo, incluso si se sostuviera que aquella mutación no significó un cambio del objeto del contrato, ya que de todas maneras sí se produjo una alteración respecto de los términos temporales, económicos, Etc., bajo los cuales se desarrollaría el contrato de obra, porque aparejó un notorio incremento en la peligrosidad de que se produjera el incumplimiento, es decir, agravando el riesgo, sin que las partes hubieran notificado a mi procurada dentro de los diez días posteriores a tal variación del estado del riesgo, de lo cual se derivó el efecto jurídico dispuesto en el mentado artículo 1060 del Código de Comercio¹⁴, porque acrecentó de manera ostensible e irregular, el grado de exposición o la potencialidad del incumplimiento del constructor.

Por lo tanto, se acentuó anormalmente la probabilidad de incumplimiento y el riesgo asumido por la Compañía, al momento de perfeccionarse el contrato de seguro, lo cual aparte de que perturba el equilibrio prestacional, que es, precisamente, lo que se protege con la notificación de las circunstancias constitutivas de la agravación del riesgo, para que la Aseguradora pueda o no consentir seguir dando el amparo pese a que con las nuevas características y condiciones en las que queda el riesgo que se le trasladó. La falta de notificación de esa modificación e incremento del riesgo es lo que la ley, y en este asunto la misma póliza, sancionan con la terminación automática del contrato de seguro, que efectivamente acaeció en el presente caso, ya que se trata de una especie positivamente consagrada de condición resolutoria.

Es importante tener en cuenta que esta agravación se deriva, del hecho mismo de que las partes, a sabiendas de que el plazo contractual no se podía tener como tope, decidieron cambiar lo pactado y continuaron la ejecución del contrato, de financiar, con una situación en la que el constructor estaba experimentando iliquidez; y sumado a ello los contratantes le siguieron efectuando pagos, permitieron que prosiguiera con las obras; y prolongaron anormal e irregularmente el contrato, varios meses después del 10 de agosto del 2019, sin que ocurriera en realidad una situación de incumplimiento, tanto es así que la hoy demandante a ciencia y paciencia, con actos propios suyos, permitió que prosiguiera la ejecución de la obra y los propició haciendo pagos adicionales, lo cual contradice la lógica de cualquier contrato sinalagmático que entra en crisis, en el que, una mediana prudencia indica que no pueden proseguirse haciendo pagos a un deudor contractual que presuntamente está incumpliendo y menos si él adicional está supuestamente en mora de cumplir con lo que le corresponde o de poder hacerlo en el tiempo debido, toda vez que eso suma factores que agudizarán la crisis que se está viviendo en la ejecución de la convención, y en esa medida lo que hicieron las partes contratantes fue, no sólo cambiaron las condiciones contractuales iniciales, sino que también, agravaron las condiciones de riesgo de incumplimiento, ya en ese sentido se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, igual el Consejo de Estado en su Sección Tercera, y particularmente del Tribunal Superior de Cali, mediante providencia en el proceso declarativo de CALDERON INGENIEROS

¹⁴ De conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio: “(...) 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 (...).**” Negrita por fuera del texto original.

Vs. LIBERTY SEGUROS S.A.¹⁵, precedente este que confirma que en este caso se reúnen los presupuesto normativos según las cuales las partes, primero, sin notificarlo a la Compañía cambiaron las condiciones o la convención que estaba garantizada mediante la póliza, y segundo, lo hicieron, de que de suyo las novísimas circunstancias ya son ajenas a la protección del amparo, agravando el riesgo que se le había trasladado al asegurador, por ende mi representada está exenta de cualquier obligación en este caso.

Consecuentemente, sobresale de manera indiscutible que, la modificación del convenio en la forma indicada, potenció exponencialmente la posibilidad de que se produjera el incumplimiento y, en consecuencia, significó la agravación del riesgo. A esto se suma que está demostrado en el plenario que las modificaciones al contrato de obra sí se produjeron, por cuanto, si se atendieran o aceptaran, en gracia de discusión, los documentos adjuntos a la demanda, como si fueran prueba válida, que en realidad no lo son, y se concluyera que supuestamente estos tratan de pagos de nómina posteriores a la fecha de terminación del contrato garantizado y anteriores a la fecha en la que se suscribió el otrosí, en verdad si sirven para comprobar que el contratante y el contratista a su exclusivo interés, sin notificar oportunamente a mi procurada, modificaron de facto y consensualmente las condiciones primigenias del negocio jurídico que mi mandante garantizó, lo cual es posible a pesar de haberse pactado inicialmente por escrito, como lo ha reiterado la jurisprudencia y la doctrina más autorizada, que admiten que la conducta de las partes o mediante ella, suele darse en tal forma que por sí sola comporta una modificación del contrato respectivo, cuando se surte, como en este caso, con la inequívoca e incuestionable voluntad bilateral de variar los términos o condiciones en los que se pactaron por escrito originalmente. Los actos propios de las partes del contrato en una misma dirección, revelan lo que ellas voluntariamente quieren hacer y están haciendo, de forma que, si en ese sentido, sustituyen las condiciones escritas y ambas se muestran conformes con ello, dando o recibiendo lo que recíprocamente y de facto sustituyendo lo que literalmente estaba escrito, comportan una modificación consensual de un contrato escrito.

Retomando lo expuesto sobre el efecto liberador del artículo 1060 citado, no puede echarse de menos que, el deber de mantener el estado del riesgo, no es una obligación *stricto sensu*, sino una carga que invariablemente “(...) *cumple el confesado propósito de preservar, durante la ejecución del contrato mismo, las condiciones esenciales que condujeron a que ese asentimiento fuera expresado, y, por tanto, a la contratación del seguro, de forma tal que en todo momento, en lo fundamental, **se mantenga la ecuación necesaria entre el riesgo asegurado y el precio del contrato** (...)*”¹⁶ (negrilla y Sublínea por fuera del texto original).

La agravación del riesgo, en este caso, como lo ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia, se dio por hechos o circunstancias que eran imprevisibles, sobrevinientes a la celebración del contrato y no solo eran conocidas real o presuntivamente por el tomador o asegurado, y el contratista garantizado, sino que sus características, como se ve palmario, que se encuentran demostradas y que, por lo tanto, produjeron la agravación del riesgo, y con ellas, al no haber sido notificadas oportunamente a la Aseguradora, causaron la terminación automática del contrato de seguro.

En primer lugar, el CONSORCIO LATCO S.A. A2 y el contratista no cumplieron con la carga de informar al asegurador que, **con posterioridad a la celebración del contrato de obra hizo modificaciones al mismo, en cuanto al incremento del plazo pactado, la realización de**

¹⁵ Radicación 03-005-2006-00054-01 (10-203).

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de julio del 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

pagos en momentos en el que el contratista padecía de una situación de iliquidez, entre otros, hechos imprevisibles con influencia en el riesgo asegurado pues alteraron negativamente las condiciones bajo las cuales fue asumido y desequilibraron las prestaciones contractuales, que de ser conocidos por mi mandante, le habrían permitido sustraerse del contrato o exigir el reajuste del valor de la prima para restablecer el equilibrio económico del negocio, o negarse a continuar asegurando el mismo dada la alteración de las condiciones del riesgo. En segundo lugar, claramente **fueron hechos conocidos por el asegurado, porque obedecieron a sus propias decisiones.** En tercer lugar, fueron imprevisibles, toda vez que no eran variables a considerar de forma natural y lógica por el asegurador al analizar el riesgo asegurable de acuerdo a la información entregada al declarar el estado del riesgo; de manera que, en definitiva, las modificaciones del estado del riesgo que se dieron aquí significaron la agravación del mismo, por ende, la violación del deber que imponía al asegurado la carga de informarlas al asegurador en los términos del artículo 1060 del Código de Comercio, y trajo la consecuencia de la terminación del seguro.

De otro lado, se resalta que, si bien la Compañía tenía conocimiento del otrosí suscrito entre los anteriormente mencionados, lo cierto es que, incluso bajo esa premisa, debe tenerse en cuenta que, dicho otrosí se suscribió el **09 de noviembre del 2019**, pero mi representada no fue informada de nada de lo que había ocurrido desde el 10 de agosto del 2019 y hasta dicha fecha, y, de acuerdo con lo que sostiene la demandante, el presunto incumplimiento que la actora reprocha, supuestamente se había producido, por parte de la sociedad CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., y que motivó la solicitud de afectación del contrato de seguro expedido por mi prohilada, habría iniciado desde antes del **06 de mayo del 2019, ni que las partes habían alterado el contrato garantizado.**

En efecto, de conformidad con el oficio identificado con No. LTA207-022-19, calendado del 06 de mayo del 2019, el señor Luciano Gómez, en su calidad de representante legal del CONSORCIO LATCO S.A. A2, documento cuyo contenido apenas se conoce ahora, informó al ingeniero Leonardo Gómez, gerente general de la sociedad CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., la supuesta trazabilidad frente a la ejecución del contrato de obra No. 41455, aseverando que, después de revisarse la programación y entrega de las unidades de vivienda del Proyecto Ciudadela Río Cauca, se advertía un supuesto incumplimiento por parte del contratista:

C O N S O R C I O
LATCO [W]
Latinoamericana de la ConstrucciónFAVOR REVOCAR
FIRMADO

Santiago de Cali, 6 de mayo de 2019.
LTA207-022-19

Ingeniero
Leonardo Gómez
Gerente general
CPA Construcciones Prefabricadas S.A.
Ciudad.-

REFERENCIA: CONTRATO DO41455 CIMENTACIÓN Y ESTRUCTURA
ASUNTO: TRAZABILIDAD PROGRAMACIÓN DEL PROYECTO CIUDADELA RIO CAUCA II

Cordial saludo,

Durante el desarrollo de la obra y en relación con las actividades objeto del Contrato DO41455, se observa con gran preocupación que los compromisos adquiridos contractualmente y en las múltiples reuniones adelantadas con Ustedes para revisión de la programación y entrega de las unidades de vivienda del Proyecto Ciudadela Rio Cauca II (cimentación, estructura en concreto y actividades complementarias de resanes), no se están cumpliendo por parte del contratista CPA Construcciones Prefabricadas S.A., razón por la cual en el presente comunicado se realiza una trazabilidad de dichos compromisos adquiridos antes y durante la ejecución de las obra contratadas, encadenando dicho incumplimiento:

En este punto, es claro que, si se le da crédito a los documentos referidos, cosa que no puede ser porque los mismos adolecen del poder demostrativo que se les quiere dar, de todos modos indicarían que la contratante supuestamente conocía del riesgo inminente de la consumación del alegado incumplimiento del contrato afianzado por mi mandante, y lo habría sabido por lo menos desde el 06 de mayo del 2019, puesto que, efectuado por la parte activa para esa data, el seguimiento del avance de la ejecución de la obra, la sociedad CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., presuntamente, no había cumplido con sus obligaciones en el porcentaje estipulado, y, que, en ese sentido, el accionante sabía que el estado del riesgo concertado en la póliza se había modificado sustancialmente, por hechos y circunstancias que habrían sobrevenido con posterioridad a la celebración del contrato de obra; y a pesar de ello, en vez de informar tal situación a mi mandante, lo que hizo fue de hecho cambiar o novar la convención y las obligaciones del constructor, mediante los cambios de facto del contrato, que de suyo, como ya se explicó agravaron el estado del riesgo, y además que demuestran, que contravinieron la obligación de evitar la propagación de un eventual siniestro, ya que al dar más financiación y plazo, estaban acrecentando el crédito contra la sociedad contratada y por eso los deberes de ella como contratista, que por supuesto estaría más expuesto a un colapso y de mayor magnitud, porque se tornaron cada vez más exigentes e impagables, y superiores al que se habría podido registrar, si fuera cierto y también se demostrara que desde entonces venía el incumplimiento del constructor, porque si se considera que luego los contratantes mutuamente cambiaron la convención, entre otras extendiendo sus tiempos de ejecución, endeudando más al constructor, haciéndole más difícil la satisfacción de sus deber novados o cambiados, obviamente se tradujeron en un impedimento del riesgo de incumplimiento.

En todo caso, se itera, la alteración de las condiciones bajo las cuales mi representada se obligó en virtud de la Póliza No. 2235271-6, y la inexistencia de la notificación oportuna frente a dicha situación y frente a las circunstancias que agravaban el riesgo y que, además, el contratista y el asegurado conocieron y no informaron a la Compañía, permiten concluir de forma indiscutible, que el referido aseguramiento terminó de manera automática desde el momento en que se venció

la oportunidad que tenía el consorcio asegurado para notificar a la Compañía de dichas situaciones; o expresado de otra manera, desde el momento en que incurrió en mora en el cumplimiento de la carga que el artículo 1060 del Código de Comercio le imponía¹⁷, o en subsidio el mero cambio de las obligaciones convenciones, la alteración de facto de las obligaciones pactadas inicialmente, constituyó una mutación al contrato garantizado, que por supuesto resulta ajena a la protección brindada por mi representada.

Se resalta que, por ejemplo, la parte demandante, no satisfecha con las condiciones de desigualdad bajo las cuales se concertaron las obligaciones de las partes, también se hizo a la facultad, desde antes del acuerdo del otrosí, de manejar a su exclusivo arbitrio, otros recursos, extraños al contrato garantizado, que correspondían a saldos pendientes y a la retención en garantía de unos contratos diferentes al garantizado, y que habían celebrado aparte los mismos contratantes, para la ejecución, sin limitarse a la construcción de un proyecto denominado OBRA DE ROBLES. Lo cual consigo conlleva a la ineludible conclusión de que se presentó una agravación del estado del riesgo asegurado, como quiera que, al quitarle recursos al contratista del proyecto denominado OBRA DE ROBLES, para que de ellos dispusiera a su discreción el contratante, agravaron o colocaron a una situación más crítica al contratista, pues ello significó quitarle recursos necesarios para su operación, no solo frente a la construcción de las 400 viviendas, sino de las otras 100 que se concertaron en ese otro proyecto. Por esa razón, tan crítica fue la situación que terminó en el incumplimiento de ambos proyectos.

También, es preciso recordar que, frente a esta temática la H. Corte Suprema de Justicia explicó en sentencia del 2007, lo siguiente:

*“(...) La segunda de las fases ya aludidas, relativa al desenvolvimiento del negocio aseguratorio, previamente concertado o perfeccionado, ello es basilar, **le impone al tomador y, dado el caso, al asegurado, la carga de mantener el riesgo en las condiciones en que se aseguró primigeniamente, hipótesis en la cual deberán notificarse al asegurador los hechos o circunstancias relevantes, imprevisibles y sobrevinientes que de una u otra manera alteren el mencionado estado del riesgo (art. 1060, ib.). De allí que justamente, por tratarse de un deber de prestación que concierne al desarrollo del contrato (etapa de ejecución negocial), su quebrantamiento genera la terminación del seguro**, como efecto propio de los negocios jurídicos de duración y, más concretamente, de tracto sucesivo (art. 1036 C. de Co.).*

*Por su importancia en el sub lite, es útil resaltar que si bien la carga de información sobre el estado del riesgo -lato sensu- es transversal en materia de seguros, pues despunta en el período de preparación o gestación del contrato y se mantiene latente durante toda su ejecución, es indispensable no perder de vista las fases previamente señaladas, dado que en una y otra, la precontractual y la contractual propiamente dichas, ese deber tiene cometidos bien específicos y sustantivos, como se anticipó (...) **la carga de mantener el estado del riesgo, tiene el confesado propósito de preservar, durante la ejecución del contrato mismo, las condiciones esenciales que condujeron a que ese asentimiento fuera expresado y, por tanto, a la contratación del seguro, de forma tal que en todo momento, en lo fundamental, se mantenga la ecuación necesaria entre***

¹⁷ ANDRÉS ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004. Pág. 68.

el riesgo asegurado y el precio del contratado (...)”¹⁸ Negrita y sublínea por fuera del texto original.

Igualmente, la H. Corte Suprema de Justicia explicó en sentencia del 13 de diciembre del 2018, dilucidó lo siguiente:

“(…) 5.2.2. De otra parte, cuando se trata de agravación del estado del riesgo, ocurrida en vigencia del amparo, la legislación mercantil contempla una solución similar a la de la etapa precontractual, dado que en esta fase liminar, una vez conocidas las circunstancias determinantes del estado del riesgo, el asegurador puede negarse a contratar, o puede hacerlo pero en condiciones más onerosas para el tomador (art. 1058 C. de Co.), mientras que si ello tiene lugar en el desarrollo futuro del pacto, puede revocar el contrato o exigir el reajuste en el valor de la prima, siempre que sea notificado de la agravación (art. 1060 del C. de Co).

En ese sentido, el tratadista J. Efrén Ossa expone en su obra Teoría General del Seguro, El Contrato, que «en defecto de cuestionario, su importancia debe medirse según la relación que ostenten con los que hayan sido objeto de la ‘declaración espontánea’. Lo que palpita en la ley es el ánimo de ofrecer el consentimiento del asegurador, durante la vida del contrato, la misma protección que en el momento de celebrarlo».

*En otras palabras, si el tomador oculta información en la fase inicial, esa situación se zanja por la senda de la nulidad relativa, como se anticipó, **pero si se presenta en un momento posterior, ya no es la invalidez la que gobierna la situación, sino la terminación del contrato, como lo consagra el canon 1060 del C. de Co.,** cuando establece: «MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS. [...] 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».*

En suma, si el tomador omite información relevante al momento de negociar un contrato de seguro, finalmente consolidado, se está en el escenario de la reticencia, que conduce a la invalidez relativa del convenio. Por su parte, si el asegurado se reserva información respecto de circunstancias de agravación del riesgo, presentadas luego de la entrada en vigencia del seguro se está en causal de terminación del vínculo (...)”¹⁹ Negrita por fuera del texto original.

Estos postulados explican sin lugar a confusión alguna que, si el asegurado se reserva información respecto de circunstancias que tengan incidencia en el riesgo y lo agraven, presentadas luego de la entrada en vigencia del seguro, se está en causal de terminación del vínculo asegurativo.

Con todo, confirmado que en este caso efectivamente se produjo una alteración en las condiciones pactadas inicialmente en el negocio jurídico No. 41455 que mi prohijada garantizó mediante la Póliza No. 2235271-6, y con ello, una agravación del estado del riesgo que inicialmente mi mandante consintió que se le trasladara, es claro que el aseguramiento terminó

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 6 de Julio, 2007, Exp. 1999-0359-01.

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 13 de diciembre del 2018. SC5327-2018. Radicación No. 68001-31-03-004-2008-00193-01. M.P. Dr. Luis Alonso Rico Puerta.

de manera automática, siendo inexistente la obligación indemnizatoria que en esta instancia se persigue por el extremo actor.

Por lo expuesto, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

- **RIESGO EXPRESAMENTE EXCLUIDO DE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA DE SEGUROS No. 2235271-6.**

Sumado a lo anterior, y sin que ello signifique que se está reconociendo la existencia de una obligación a cargo de mi procurada, se propone esta excepción teniendo en cuenta que, las condiciones generales de la póliza de seguros **Póliza No. 2235271-6**, las cuales establecen los parámetros que enmarcan la obligación condicional de mi representada y delimitan la extensión del riesgo asumido por ella, establecen una causal de exclusión de la obligación indemnizatoria concertada en dicho contrato que en este caso se hace plenamente aplicable.

Antes que nada, se debe indicar que, tal como lo señala el artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador puede, a su arbitrio, delimitar los riesgos que asume: “(...) Art. 1056.- Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, 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 (...)”.

En virtud de la facultad citada en el referido artículo, el asegurador decidió otorgar determinados amparos, siempre supeditados al cumplimiento de ciertos presupuestos, e incorpora en la póliza determinadas barreras cualitativas que eximen al asegurador a la prestación señalada en el contrato, las cuales se conocen generalmente como exclusiones de la cobertura. Así pues, debe observarse que, en la sección II de exclusiones del condicionado de Seguro de Cumplimiento para Grandes Beneficiarios, forma F-01-12-087, se señala en el numeral octavo lo siguiente:



En ese orden de ideas, entendiendo que, de acuerdo con los argumentos anteriores, en el negocio jurídico inicialmente garantizado por mi mandante se introdujeron modificaciones que no fueron previa y oportunamente notificadas a la Aseguradora, respecto de la vigencia del contrato de obra garantizado, esto es, respecto de los plazos en los que se ejecutaría y entregaría la obra, se configura plenamente esta causal de exclusión, siendo inverosímil la afectación del contrato de seguro y por consiguiente, inexistente la obligación indemnizatoria que se pretender en contra de mi prohijada.

Se reitera sobre este particular que, la ejecución del contrato de obra continuó con posterioridad a la fecha en la que debían tenerse por terminadas las etapas I, II y III, es decir, el asegurado aceptó el incumplimiento deprecado y modificó el plazo del contrato, toda vez que, se insiste, incluso, incurrió en pagos por los avances de obra por fuera de su vigencia, tal y como el accionante lo confiesa en los hechos vigésimo segundo y vigésimo tercero del escrito introductor; alteraciones introducidas al contrato garantizado que no fueron informadas a la Aseguradora en

ese momento, configurándose con fundamento en este escenario la causal de exclusión arriba citada.

Aunado a lo anterior y sin perjuicio de la defensa esgrimida a lo largo de este escrito, debo indicar que, de hallarse configurada, según la prueba recaudada, cualquier otra exclusión de las consignadas en las condiciones generales o particulares de la referida póliza, tampoco habría lugar a indemnización de ningún tipo por parte de mi representada.

En orden de lo anterior, solicito respetuosamente ante el Despacho, declare como probada está excepción.

- **EL PAGO DE MULTAS Y SANCIONES ESTÁ EXPRESAMENTE EXCLUIDO DE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA DE SEGUROS No. 2235271-6.**

Se plantea esta excepción sin perjuicio de la imposibilidad de que la póliza vinculada a este proceso sea afectada, en virtud de la terminación automática de la misma y la configuración de la causal eximente de responsabilidad analizada en líneas precedentes, para efectos de explicar al Jugador que, de conformidad con el condicionado general del aseguramiento, el pago de cláusulas penales o multas que se deriven de la ejecución del contrato garantizado, no se encuentran cubiertas por mi mandante, de hecho, se encuentran expresamente excluidas de las obligaciones asumidas por la Compañía con base en la convención aseguraticia. El condicionado general de la póliza establece lo siguiente:

Sección II - Exclusiones

Sura no pagará los perjuicios causados directa o indirectamente por:

2 Las sanciones, cláusulas penales o multas impuestas al contratista-garantizado, incluidas en el contrato o aquellas derivadas de sanciones administrativas o de policía.

De manera que el valor de la multa, si es que esta fue asumida por el demandante, que, con fundamento en las documentales allegadas al plenario no es posible afirmar que así ocurrió, en todo caso, no puede ser asumida por mi prohiada, por cuanto se encuentra expresamente excluida de los amparos otorgados en la Póliza No. 2235271-6.

De otro lado, se precisa reiterar que, aunque se allegó al expediente la comunicación calendada del 24 de marzo del 2020 en la que se constata la imposición de las referidas multas, efectivamente, no obra prueba documental alguna que demuestre que el CONSORCIO LATCO S.A. A2, asumió el pago de tales conceptos; de forma que, desde ya se afirma que, la pasiva de esta acción no puede asumir el pago de multa alguna, luego que sumado a la configuración de la causal eximente antes citada, ni siquiera está demostrado en el proceso que el accionante verdaderamente haya asumido el pago de dicho concepto.

Por lo anterior, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

- **LIBERACIÓN DE CUALQUIER OBLIGACIÓN DE LA ASEGURADORA POR VIOLACIÓN DE LA OBLIGACIÓN Y CARGAS QUE LE IMPONE AL ASEGURADO EL PRECEPTO DEL ARTÍCULO 1074 Y 1075 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.**

Si la contratante o demandante, hipotéticamente acreditara que hubo un incumplimiento del constructor, cosa que no ha hecho, supuestamente desde el mes de abril o mayo del 2019, o incluso antes, sin que por esta excepción se acepte tal incumplimiento, le es oponible, como medio de defensa, la transgresión de las obligaciones que le impone el artículo 1074 del Código de Comercio, el cual reza:

“(...) Artículo 1074. Obligación de evitar la extensión y propagación del siniestro.

Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas.

El asegurador se hará cargo, dentro de las normas que regulan el importe de la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de tales obligaciones (...)” Negrita y Sublínea por fuera del texto original.

En efecto, el demandante, en lugar de evitar la propagación del siniestro, que supuestamente se habría producido para entonces, según la demanda, y que de hecho no está demostrada, en lugar de precaver una profundización o ampliación de los efectos del supuesto siniestro, lo que hizo fue propiciar su profundización o crecimiento y obtuvo su extensión, ya que supuestamente llegada la fecha de vencimiento del contrato o de culminación de la obra, la parte actora consintió de hecho en una modificación de la convención y endeudó más al contratista incumplido, le hizo pagos más allá de lo debido y consintió una ampliación del plazo del contrato a sabiendas que estaba en una situación de iliquidez que supuestamente en la que supuestamente no podía seguir ejecutando, lo cual comportó evidentemente una causal de propagación del siniestro, de extensión de sus efectos o de su impacto.

Tal violación exhorta a mi representada de cualquier obligación. A lo anterior se suma la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1075 del Código de Comercio, por cuanto que el asegurado omitió avisar oportunamente a la Compañía sobre la ocurrencia del incumplimiento. El artículo 1075 del Código de Comercio, consagra la obligación de dar aviso al asegurador, una vez ocurrido el siniestro, en los siguientes términos: *“(...) 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 (...)”*.

Esta obligación tiene el claro propósito de que el asegurador despliegue las acciones que considere pertinentes para evitar la extensión o propagación del siniestro, y así poder actuar en defensa de sus intereses. Si bien es cierto que la ley no consagra una ritualidad o medio específico para el cumplimiento de esta obligación, es apenas evidente que, cualquier medio es idóneo para tal fin.

Es de resaltar que, si bien el aviso de siniestro no tiene ningún efecto vinculante para la aseguradora, quien no está obligada a responderlo, cumple con la estricta y necesaria finalidad de que el asegurador pueda verificar las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, para que, llegado el momento de la definición del siniestro, esté en la debida capacidad de optar por el pago o por la negativa de la reclamación.

Bajo ese contexto, la ausencia del cumplimiento de esta obligación, que le atañe en caso de siniestro al asegurado o beneficiario, faculta al asegurador, para deducir del monto de la indemnización, el valor de los perjuicios que cause dicho incumplimiento. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 1078 del Código de Comercio, el cual reza:

“(...) ARTÍCULO 1078. <REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO>.

Si el asegurado o el beneficiario incumplieren las obligaciones que les corresponden en caso

de siniestro, el asegurador sólo podrá deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento (...)"

En este orden de ideas, subsidiariamente a las excepciones anteriores, se propone esta excepción para efectos de que se tenga en cuenta por el Juzgador que, de acuerdo con las documentales del plenario, para el momento en el que se suscribió el OTROSÍ al contrato de obra No. 41455, esto es en el mes de noviembre del 2019, **el incumplimiento ya se había materializado varios meses antes, y ello no fue informado oportunamente a la Aseguradora**; ciertamente, el incumplimiento ya se había materializado, al menos desde el **10 de agosto del 2019**. En esa data debía haberse efectuado la entrega de la última etapa del contrato de obra No. 41455, lo cual no ocurrió; esto lo constató el mismo accionante mediante el oficio remitido a mi mandante calendado del 18 de mayo del 2021:

Santiago de Cali, 18 mayo de 2021



Señor
MANUEL RICARDO MENDEZ ALFARO
Director Atención de Reclamos
SEGUROS SURA COLOMBIA
mrmendez@sura.com.co

Asunto: Su comunicación CUM-02-0048 del 17 de febrero de 2021
CONSORCIO LATCO S.A. A2
Seguro de cumplimiento de grandes beneficiarios No. 2235271-6
Expediente: 9200000278897
Contrato No. 41455 – CPA Construcciones Prefabricadas S.A.
Proyecto Ciudadela Rio Cauca II

- **FECHA DE INCUMPLIMIENTO:** Al contrario de lo que menciona la aseguradora, consideramos que el incumplimiento de CPA Construcciones Prefabricadas S.A. se configura desde el momento en que debió haberse entregado la última actividad del objeto del contrato, es decir del **10 de agosto de 2019**.

Así, de manera subsidiaria a los argumentos precedentes, debe tenerse en cuenta que, la ausencia de aviso de la ocurrencia del evento asegurado, lo cual, según aseveró el mismo accionante habría ocurrido desde el 10 de agosto del 2019, provoca la aplicación del postulado del artículo 1078 del Código de Comercio, siendo menester que la Aseguradora pueda deducir de una eventual indemnización, el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento.

Por lo anterior, solicito respetuosamente se declare probada esta excepción.

- **ABUSIVIDAD Y/O NULIDAD DE LAS ESTIPULACIONES DEL CONTRATO INICIAL, DE LOS CAMBIOS QUE DE HECHO INTRODUCIERON LAS PARTES Y DEL OTROSÍ; QUE GENERAN LA NULIDAD DE LAS MISMAS, QUE PIDO DECLARAR EN LA SENTENCIA; Y QUE, DE CONTERA, LIBERAN DE RESPONSABILIDAD AL ASEGURADOR, QUIEN NO PUEDE SER GARANTE DE DEBERES CONVENCIONALES QUE RESULTAN VEJATORIOS PARA EL GARANTIZADO O ILEGALES CONVENCIONES.**

Esta excepción se propone, porque las condiciones del contrato inicial y del otrosí establecen que la única parte de ese acuerdo, que corre con todos los riesgos del mismo, es el contratista garantizado; pese a que él definitivamente no tuvo nunca el control o la facultad de ejercer la gerencia ni el poder de la gestión autónoma de la ejecución de la obra, que estaba sujeto al

imperio o discreción financiero de la contratante, Etc., es decir, que le tocó soportar una carga desmedida, sin consideración a que lo concertado, como si se tratara de una convención típica de contrato de llave en mano, a precio único fijo o global o invariable, en los que el contratista normalmente tiene una retribución mucho más alta, precisamente porque corre con todos los riesgos del contrato, debido a que, como en los negocios jurídicos EPC (*Engineering, Procurement and Construction*), mediante los cuales es de su cargo el diseño, la ingeniería, la gerencia, administración, consecución de materiales, entre otros, y la construcción o ejecución de la obra, liberando de todas esas cargas al contratante, en este caso el contratista garantizado, estaba sometido a un régimen de precios completamente diverso, él no procuraba el suministro de materiales, ni ejercía el control financiero, ni la gerencia o gestión de la obra, pero efectivamente sí tuvo sobre sus hombros el peso de cualquier riesgo que acaeciera, lo cual, significa una abusividad en sus estipulaciones que a lo largo del negocio jurídico, sobre dimensionaron todo lo que le correspondía a él asumir, favoreciendo, sin dejar ninguna responsabilidad al contratante, lo cual comporta la ineludible conclusión de que la convención en todas y cada una de sus condiciones que establecen ese tipo de obligaciones unilaterales, es decir contrarias al supuesto sinalagmático o bilateral de la convención, en cuanto generaron un desequilibrio que colocó en situación de gran desventaja al contratista, están viciadas de nulidad.

Véase por ejemplo, que el citado otrosí, según su contenido, no establece que la parte demandante autocráticamente se beneficiaría, de los préstamos de los recursos líquidos que a su arbitrio diera, para que CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. cumpliera los requerimientos que le imponía, pero en realidad lo que hizo fue, simplemente, gerenciar, regir, administrar y disponer de los recursos que le adeudaba al Constructor, no sólo por esta obra en particular, sino también, por otro concepto o contrato, el de la construcción denominada OBRA DE ROBLES. Facultándose para disponer de los saldos pendientes en ambos contratos, aquel ajeno a mi procurada, al igual que de los recursos de los saldos insolutos de obra ejecutada, de los recursos retenidos en garantía de esos contratos, siendo que se trataba de dineros que le pertenecían al constructor.

Lo cual descarta la posibilidad de que los contratantes, hoy demandantes, puedan ahora, decir que los desembolsos que realizaron, los facultaban para cobrarlos al contratista, como si fueran mutuos de dinero, pues eran necesarios para el desarrollo de la obra, el tiempo que se requería emplear en su confección, y la satisfacción de sus requerimientos, en el tiempo que ambas partes convinieron hacerlo, de manera que no se trató de la concesión o entrega de dineros dados a título de mutuo, ya que eso sería tanto como aceptar que unilateralmente el contratante pudiera endeudar, a su discreción, al constructor, menos si se recuerda que muchos de los pagos que se efectuaron antes y luego del otrosí, se hicieron con recursos adeudados al contratista.

Sobresale, que además las partes del contrato introdujeron, mediante el citado otrosí, la institucionalización de un contralor de gastos y de ejecución de obras, que también haría las veces de auditor y supervisor designado por el CONSORCIO LATCO S.A. A2, cuyo costo, aunque no podría cargarse al contratista, de todos modos sí muestra el exorbitante nivel de control al que fue sometido el constructor.

En síntesis, en ese pacto, tanto en el contrato inicial, como cuando este feneció y las partes de facto lo ampliaron sin notificarlo a la aseguradora, y luego en el otrosí, se profundizó la asimetría injusta, que se observaba en la posición, derechos y obligaciones, que ocupaban, o tenían, las partes del contrato, y sus respectivos roles, **notándose una clara abusividad convencional** en contra del constructor, quien quedó en un lugar de indefensión y sujeto a la voluntad autónoma del contratante, por el sinnúmero de atribuciones que de todo orden se reservó para sí, mientras que, absolutamente todos los riesgos se colocaron, en forma ilegal, únicamente en cabeza del

contratista, pese a que la ejecución de la obra dependía, en un porcentaje enorme e inusitado de los controles, del gobierno, de la intervención, de la discrecionalidad que tenían los contratantes, para decidir lo que podía o no hacer el contratista. Entonces todo dependía de lo que podía imponer el hoy accionante. Así se confirma que la ejecución de la obra pactada en la convención, en realidad, estaba sujeta al arbitrio exclusivo de la parte demandante quien, sin embargo, expresamente se eximía de cualquier responsabilidad por todo y cualquier cosa que pudiera acontecer.

El evidente desequilibrio, que de ello se generó en la interacción de las partes del contrato, se acentuó aún más con los hechos que de consuno introdujeron las partes, cuando, vencido el término de ejecución inicial o llegada la fecha de la finalización del contrato, el 10 de agosto del 2019, a instancia de la parte actora, optaron, a espaldas del asegurador, por introducir un cambio, obviamente impuesto por la parte demandante, para que continuara la ejecución de la obra, ante lo cual el contratista continuó asumiendo las gravosas cargas, que se le impusieron desde un principio, en violación del convenio, obviamente porque los hoy actores, eran conocedores de que no podían atribuir ningún incumplimiento al contratista; fue así como llegó el 9 de noviembre del 2019, cuando los contratantes, sin perjuicio de los efectos fulminantes para el seguro de cumplimiento, por la modificación que lo anterior implicó de la obligación garantizada, en la medida que agravó el riesgo asegurado, lo cual exime al asegurador, por el cambio que de hecho introdujeron de esa manera en el contrato, pactaron el otrosí No. 01, sin reportar a mi representada, lo que venía sucediendo.

En efecto, el contrato garantizado, incluida su modificación de facto, es abusivo y el otrosí aún más, pero especialmente los cambios que las partes hicieron sin pacto expreso, lo cual contradice la concepción de lo que debe ser un contrato bilateral o sinalagmático, a precio global y único, que corresponde a lo que en la práctica se conoce como los contratos llave en mano, o con la sigla en inglés E.P.C. (*Engineering, Procurement and Construction*), cuya característica principal es que si bien el contratista, asume la gran mayoría de los riesgos de la obra o su ejecución, a cambio tiene bajo su órbita de control el componente de ingeniería, la gerencia o procuración o administración, la construcción, ejecución y puesta en funcionamiento, con un precio normalmente proporcional a ese cúmulo de riesgos, más elevado, dada esa conjunción de responsabilidades, las cuales se basan en el principio de confianza y de la buena fe, por lo tanto sus costos deben ser reembolsables íntegramente, dada esa suficiencia de las obligaciones que contrae el artífice. De lo contrario, los riesgos deben estar distribuidos equitativa o proporcionalmente entre las partes, máxime si el imperio de la ejecución, como en el caso analizado, está en cabeza del contratante, quién por lo tanto, debe participar en la asunción de los mismos, en forma equivalente a las ventajas que recibe, a su injerencia o poder en la determinación de la obra, lo cual lo compromete, incluso al pago de todo lo que el contratista logre justificar, incluso el mayor tiempo en obra.

En dicho tipo de contratos, a precio fijo o llave en mano, a diferencia de lo que incoherentemente se aprecia y sucedió en nuestro caso, el contratante no debiera estar involucrado o interviniendo en el diseño, adquisición, construcción, gerencia, administración, Etc., ya que se supone que entrega todo el manejo y gobierno, desde la ingeniería, hasta los recursos, al contratista, entre otras cosas, sin limitarse a estas, para que él desarrolle sus actividades; lo cual sí explicaría que sea él, la parte que asume todos los riesgos, lo cual no se cumple en el caso de autos, en el que se le endilga injustamente toda la responsabilidad por lo que pase, a pesar de que el control de todo, lo tiene el contratante, lo cual hace incoherente o desigual la comparación de las cargas y derechos que asumieron, por un lado el contratante y por el otro el contratista, a través del contrato que sirve de base a las pretensiones.

Véase que pese a que en la convención, la realización de la obra se ató a un precio único y global, esto es incoherente con el hecho de que el contratante tenga licencia para la intervención discrecional en todo, desde el diseño, ingeniería, adquisición de materiales, dirección absoluta del manejo administrativo y financiero, Etc.; y esta tergiversación de los papeles que cumplen las partes en el caso concreto, comporta una contradicción liminar del negocio jurídico en cuestión, que contraría la buena fe y su validez, toda vez que no es justo, ni explicable, que absolutamente los riesgos en conjunto solo corran a cargo del contratista, mientras que el contratante es quien tiene en sus manos, el arbitrio exclusivo de disponer, en todo momento, lo que en su criterio estime adecuado, lo cual linda con la arbitrariedad, frente a la forma en la que se debe ejecutar la obra, el término, el componente de ingeniería, la forma en la que se costea, los derechos del contratista, la retención de sus pagos, Etc.

En consecuencia, el convenio de marras, resulta abusivo porque el peso de todas las actividades y de todos los riesgos, que puedan generarse en la ejecución, recaen exclusivamente sobre el constructor, y, por ende, todas las estipulaciones de ese acto que lo obligan de esa forma, desproporcionada, generando una desigualdad frente a lo que le toca al contratante, quien paradójicamente está exento, deben entenderse como ilegales, inaplicable y nulas, ya que los demandantes, no eran en el contrato unos simples espectadores de lo que haría el contratista, sino que eran determinadores de las actividades que él tenía que satisfacer o que le imponían, cuyo desarrollo por supuesto, estaba determinado por lo que la parte actora dispusiera, y en consecuencia ésta no puede estar exenta, y debe entenderse que lo sucedido compromete también su responsabilidad, estando viciadas de nulidad por abusividad, las cláusulas que lo liberan de tal responsabilidad, incluso la secuela del mayor tiempo en obra.

En ese sentido, recuérdese que el artículo 2060 del Código Civil, es la fuente positiva de los contratos llave en mano, y se ocupa de los mismos, también aplicable en este asunto, en cuanto indica la relación que debe existir, en la distribución de los riesgos, según los derechos y obligaciones de las partes, que imponen una mayor responsabilidad a las mismas si se trabaja en esas condiciones, en las que el artífice es quien controla mayoritariamente los factores, que sirven de base a la ecuación económica del convenio, por precio único. Contrario a lo que sucede en el asunto en litigio. Al contrastar el contenido del contrato con la regulación aludida, se aprecia que pese a la mención de precio global, en realidad, la intención de las partes, confirmada con la manera en la que obraron mutuamente, en una sana hermenéutica de ese negocio jurídico, concibieron una relación jurídica que colocó en una posición de desigualdad al contratista, y quien llevó el peso de todos los riesgos, mientras que se sometió al arbitrio exclusivo de la voluntad de los contratantes y lo hizo sin que se le reconociera un precio adecuado y justo para ello, y al contrario, se pretende ahora, aumentar la lesividad de la convención, imponiéndole los costos que eventualmente se generaran por la mayor permanencia del tiempo en obra, que fue causada, exclusivamente por los contratantes.

La invalidez de esas estipulaciones abusivas, por supuesto también liberan al asegurador como garante del constructor, que lesivamente se encuentra sometido a ese régimen de desigualdad, que solo puede ser reparado mediante la nulidad o invalidación de esas cláusulas, de las cuales se destacan las siguientes:

Del contrato de obra se relacionan, entre otras, las siguientes:

CLAUSULA CUARTA: Forma de Pago.- EL CONTRATANTE pagará al CONTRATISTA el valor estipulado en el presente contrato de la siguiente manera:

PARÁGRAFO CUARTO: Retención en garantía.- El objeto de la retención en garantía es obtener fondos para eventualmente sufragar en todo o en parte, los costos que correspondan a la corrección de obras mal ejecutadas por el Contratista y que no fueron oportunamente corregidas por el mismo a la ejecución de obras que por deficiencia en el avance de los trabajos no han sido acometidas por el Contratista y que resultan prioritarias para el cumplimiento de los plazos del Proyecto. Esta suma también podrá ser utilizada por el Contratante para cancelar el pago de sanciones (multas o cláusula penal) que el Contratista no ha cancelado oportunamente y/o no se ha podido descontar de los pagos de avance de obra, así como para el pago de cualquier suma de dinero a cargo del Contratista que no sea pagada oportunamente. Lo anterior, sin perjuicio de que en caso de resultar insuficiente el valor correspondiente a la retención en garantía, el Contratante pueda exigir por otros medios a el Contratista, el pago total de las actividades que estaban a su cargo y que debieron ser ejecutadas por otros contratistas, así como el valor de los arreglos de las obras mal ejecutadas o el valor total de las sanciones.

CLAUSULA SÉPTIMA: Obligaciones del Contratista. - Deberá cumplir con todas las obligaciones emanadas de la naturaleza del contrato de obra civil y entre otras:

PARAGRAFO CUARTO: EL CONTRATISTA relevará al CONTRATANTE de cualquier responsabilidad, obligándose él a asumir toda la responsabilidad por cualquier reclamación o demanda que llegare a instaurar cualquier persona por hechos que tengan relación con este contrato y que llegaren a ser resultado o consecuencia de sus hechos, conductas omisivas, actos o conductas frente a terceros.

PARÁGRAFO QUINTO: El hecho de que el CONTRATANTE no insista en el cumplimiento estricto de cualquier término o condición del presente contrato, o la falta o demora en ejercer cualquier derecho o recurso previsto en el mismo o en las leyes aplicables, o el de dejar de notificar debidamente al Contratista en el evento de incumplimiento o la aceptación o el pago de cualquier servicio, que se derive de la ejecución en virtud del presente contrato, que convengan realizarlo sin la aprobación de actas de avance por incumplimiento en la entrega, de acuerdo a los plazos estipulados, o la falta de revisión de diseños o de realización de inspecciones, o el hecho de que el Contratista no descubra cualquier caso de incumplimiento de este contrato durante la revisión o inspección, no liberará al Contratista de cualquiera de las garantías u obligaciones de este contrato y no se considerará como una renuncia al derecho del Contratante a insistir en el cumplimiento estricto del presente contrato.

CLAUSULA DÉCIMA: Correcciones Durante la Ejecución de la Obra.- Durante la vigencia del presente contrato, el CONTRATANTE y la INTERVENTORÍA podrán ordenar al CONTRATISTA que realice las correcciones correspondientes a cualquier sección de la obra contratada que no esté de acuerdo con lo establecido en el presente contrato y sus anexos. EL CONTRATISTA se compromete a reparar y/o reemplazar dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se le notifique la avería, daño o material fuera de especificaciones. Si no lo hiciera autoriza al CONTRATANTE para que proceda como él considere conveniente y descuenta del saldo final el valor de dicho daño. El CONTRATISTA asumirá los costos ocasionados por el desperdicio del material y el daño o pérdida de la herramienta y equipo a su cargo.

CLAUSULA DÉCIMA PRIMERA: Cronograma Detallado.- EL CONTRATISTA debe presentar dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la firma del presente Contrato, el Cronograma detallado de las actividades de (AJUSTE A LOS PLANOS DE DISEÑO, FABRICACIÓN, SUMINISTRO MATERIAL PREFABRICADO Y MONTAJE) para la CONSTRUCCIÓN DE LA ESTRUCTURA DE CUATROCIENTOS (400) APARTAMENTOS del Proyecto "CIUDADELA RIO CAUCA II", para aprobación del CONTRATANTE, considerando todas las definiciones y etapas establecidas en su propuesta, sin modificar el tiempo de ejecución en su propuesta.

Si por circunstancias imputables al CONTRATISTA o cuyo riesgo de concreción fue asumido por este, resulta un atraso en las actividades contratadas y como consecuencia de ello se incrementa el valor del Contrato, EL CONTRATISTA asumirá dicho atraso e incremento de costo, autorizando al CONTRATANTE para descontar dicho valor de las sumas que le adeude, sin que haya lugar a oposición alguna. De tal descuento se deberá dejar constancia en el Acta parcial correspondiente. Lo anterior, sin perjuicio de la exigibilidad o ejecución de las multas y/o cláusula penal pecuniaria prevista en el Contrato y de las acciones que pueda iniciar EL CONTRATANTE para obtener la indemnización de los perjuicios adicionales que tales circunstancias le generen.

CLAUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: Multas y Procedimiento para su imposición.- En caso que EL CONTRATISTA incumpla o se retarde en el cumplimiento de una cualquiera de las obligaciones descritas en este contrato, se obliga a pagar a CONSORCIO LATCO A2 las sumas de dinero que se describen a continuación a título de multa. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones legales que CONSORCIO LATCO A2 pueda emprender para exigir el cumplimiento de lo pactado y el pago de perjuicios, valores que CONSORCIO LATCO A2 podrá deducir, retener o compensar del saldo del precio que adeude al CONTRATISTA.

PARÁGRAFO SEGUNDO: En caso de no darse el pago de las multas impuestas en los términos descritos, EL CONTRATANTE podrá descontar y tomar directamente el valor de las multas, de cualquier suma que le adeude al CONTRATISTA en razón de la ejecución del presente Contrato o de la suma correspondiente a retención en garantía, sin perjuicio de hacer efectivas las garantías constituidas. El pago o la deducción de dichas multas no exonerarán al CONTRATISTA de su compromiso de ejecutar las actividades objeto del presente Contrato a cabalidad, ni de las demás responsabilidades o compromisos que emanen del Contrato, ni del cumplimiento y/o reparación de los hechos que generaron la imposición de la multa o multas. El pago de multas aquí pactadas no indemniza los perjuicios sufridos por EL CONTRATANTE y, en consecuencia, no limita de ninguna manera las posibilidades de reclamación por los daños padecidos

Del otrosí se relacionan, entre otras, las siguientes:

CLAUSULA PRIMERA: MANEJO FINANCIERO DE LA OBRA.- El CONSORCIO LATCO A2 procederá a hacer anticipos y pagos directos que corresponde hacerlo al CONTRATISTA C.P.A. – CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. para pagar única y exclusivamente costos y gastos en la ejecución del CONTRATO DE OBRA CIVIL DO 41455 A PRECIO GLOBAL FIJO SIN CLAUSULA DE REAJUSTE PROYECTO CIUDADELA RIO CAUCA II. El CONTRATISTA C.P.A. – CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. autoriza en forma IRREVOCABLE a CONSORCIO LATCO A2 para que con los recursos que se tienen de retención en garantía de este CONTRATO e igualmente los saldos pendientes y retención en garantía del contrato celebrado entre las partes en la OBRA DE ROBLES y/o los recursos pendientes de pago del presente contrato se destinen ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE al pago de los costos y gastos en la ejecución y cumplimiento del presente contrato.

Para cumplir con este propósito, el CONTRATISTA C.P.A. – CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. procederá a informar quincenalmente los giros que debe hacer el CONSORCIO LATCO A2 a sus proveedores, obreros y contratistas que ejecutan obra para el CONTRATO DE OBRA CIVIL DO 41455 A PRECIO GLOBAL FIJO SIN CLAUSULA DE REAJUSTE PROYECTO CIUDADELA RIO CAUCA II. Cualquier instrucción de pago que no corresponda para cumplir el objetivo no se cancelará.

El CONSORCIO LATCO A2 girará los valores netos a pagar a los contratistas, proveedores, obreros de esta OBRA. Los costos fiscales de estos pagos serán responsabilidad exclusiva del CONTRATISTA C.P.A. – CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A.

El CONTRATISTA C.P.A. – CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. se compromete a presentar dentro de los tres (3) días siguientes a la firma del presente OTROSI, un FLUJO DE CAJA PROYECTADO QUINCENAL para que EL CONSORCIO LATCO A2 proceda a efectuar los ajustes a su flujo de caja para poder atender el manejo de la tesorería y financiación de esta obra al CONTRATISTA C.P.A. – CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A.

Los costos financieros y de GRAVAMEN DE MOVIMIENTOS FINANCIEROS, , impuestos, retenciones y cualquier otro adicional que pueda surgir en la ejecución de esta FINANCIACION DE LA OBRA por parte del CONTRATANTE CONSORCIO LATCO A2 al CONTRATISTA C.P.A. – CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., serán asumidos exclusivamente por el CONTRATISTA C.P.A. – CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. y se reflejará en la liquidación final del contrato.

CLAUSULA CUARTA: SUSPENSION CLAUSULA CUARTA. Las partes de mutuo acuerdo, y en lo que sea incompatible con el manejo financiero que se le dará al CONTRATO, suspende hasta la liquidación del contrato la FORMA DE PAGO consagrada en la CLAUSULA CUARTA. Las partes aceptan que todo el dinero que se invierta en culminar la ejecución de la obra se tendrá como ANTICIPO y se procederá a efectuar ACTAS PARCIALES DE OBRA solamente para llevar la historia de la entrega de las mismas y de su costo. Pero solo se hará un ACTA FINAL DE OBRA que incluya estas ACTAS PARCIALES DE OBRA y los ANTICIPOS efectuados por el CONSORCIO LATCO A2. Las actas parciales correspondientes al año en curso se facturarán a mas tardar el día 20 de diciembre de 2019.

CLAUSULA QUINTA: Las partes declaran expresamente que no se están modificando los plazos de entrega pactados en el contrato original y tampoco se están condonando o perdonando mutuamente incumplimientos y/o sanciones y/o multas que se hubiesen o se pudiesen originar derivados del presente contrato. En el ACTA DE LIQUIDACION FINAL las partes se pronunciarán sobre ello. Pero el CONSORCIO LATCO A2 deja expresa constancia que cualquier multa que le llegaren a imponer como consecuencia del incumplimiento en las entregas originadas por El CONTRATISTA C.P.A. – CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., se las comunicará en forma inmediata para que ejerza el derecho a la defensa y conforme al procedimiento contractual aquí establecido, se las transferirá. Si al final y en el contrato del CONSORCIO LATCO A2 con COMFANDI no se llegaren a imponer multas o son reversadas las impuestas, igual procedimiento ocurrirá en el presente contrato.

Las cláusulas transcritas efectivamente son inválidas y debe declararse su nulidad, por cuanto implican un atentado del principio de la buena fe (*bona fides*), en razón a que su inserción en el contrato revela una evidente desproporción entre las obligaciones que contrajeron las partes entre sí y los derechos, o beneficios o bondades que recibe cada una de ellas, siendo por eso aplicable la excepción de nulidad que se está invocando para que el órgano jurisdiccional del poder público efectivamente decrete, con base en la abusividad de esas estipulaciones, su nulidad.

Es predicable el concepto positivo de la buena fe en materia mercantil consagrado en el artículo 871 del Código de Comercio, según el cual los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, regidos por supuesto por la equidad natural y las reglas que en materia de buena fe también establece el Código Civil, aplicable por la expresa remisión que a este estatuto realiza la norma del artículo 822 del C. de Co., ya que las normas relativas a la formación, validez, interpretación, Etc., que establece el código de Andrés Bello, específicamente en los preceptos de los artículo 769 y concordantes del mismo, estatuyen que la buena fe debe presidir la actuación y particularmente en la ejecución o cumplimiento de los contratos. En ese sentido, la Constitución Política y la jurisprudencia nacional, confirman esa regla, y por eso, la transgresión de ese postulado cardinal de la buena fe en la contratación debe verse materializado en las estipulaciones de cualquier convención.

Consecuentemente, cuando al pactar se transgrede la regla de la buena fe debida sólo puede enmendarse mediante la declaración de la nulidad; y esto sucede en situaciones tales como la que nos ocupa, puesto estamos ante un asunto en el que son tantas las cargas que asume el constructor y las condiciones de dependencia de voluntad o arbitrio del contratante, además sometido a un precio único o global, que resulta lesiva a posición en la que está, soportando absolutamente todos los riesgos, sin que por ese motivo se le esté remunerando debidamente, y peor aún, sin que tenga las atribuciones que permitieran afirmar que como todo depende de lo que él haga o disponga, o de su arbitrio, se justifica que también tenga que asumir todos los riesgos, con un precio inalterado; ya que la verdad es que la concepción de las condiciones del convenio, centran en cabeza del contratante el gobierno y prácticamente la decisión de la suerte de la convención, mientras que, no asume la eventualidad de las contingencias que puedan afectar la ejecución de la obra a cargo del contratista. Esa es la desproporción que conlleva la aplicación de las distintas disposiciones o acuerdos que se acaban de transcribir y, por lo tanto, debe declararse la nulidad, según las normas de los artículos 1741 a 1756 del Código Civil, invalidando cada una de esas estipulaciones.

El carácter y clasificación que se haga de las cláusulas abusivas en este caso, acorde con lo que ha venido decantándose en la H. Corte Suprema de Justicia, requiere partir de la realidad del desarrollo que en la judicatura ha tenido la materia, ante la falta de una definición en el derecho positivo. Al respecto, la invalidez de las cláusulas abusivas ha venido siendo reconocida incluso frente a contratos de libre discusión de sus cláusulas, ya que estos no son inmunes a la infracción del principio de la buena fe, desde el año 2001, con la sentencia de la Sala Civil de la H. Corte, con ponencia del Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, se trató de la buena fe como clave de la protección al afectado por una cláusula abusiva, independientemente de que se trate de actos fraudulentos o de engaño, ya que es predicable en eventos en los que se pueda hacer una “reserva mental o sobresalga la astucia o viveza”. Sumado a lo cual, se genera un desequilibrio importante con relación a los derechos y obligaciones que corresponden a las partes.

Es así como en este proceso, dichas cláusulas tienen un común denominador, cual es el carácter exorbitante de las facultades que se convinieron en favor del Consorcio contratante, en perjuicio de la exigua importancia de la posición que en la convención terminó ocupando el contratista garantizado, mediante condiciones leoninas o vejatorias, como lo ha dicho la H. Corte que

trastocaban la igualdad de las partes en el ámbito prestacional pactado. En tal virtud debe considerarse que ninguna persona o parte en un contrato puede refugiarse en el argumento de que está obrando con una ventaja superlativa o a menos evidente sobre su co-contratante, simplemente porque se pactó esa posibilidad, toda vez que la actora no puede abusar, como se deriva de la acción y de la *causa petendi* ejercitando derechos que avasallan la débil posición en la que está sometido el contratista; y no es pretexto, el principio de que el contrato es ley para las partes, cuando esa ley se vuelve injustamente lesiva y desigual para una de ellas, de lo cual debe ocuparse el juez en este caso para rectificar ese yerro en la convención que hace nulas o inaplicables dichas estipulaciones, atrás citadas.

El restablecimiento del equilibrio contractual, desconocido o vulnerado por una cláusula abusiva, es deber del juez del contrato, al que se le implora su intervención con ese propósito y debe entenderse que la protección buscada no se limita exclusivamente a los casos de contratantes que por sí solos podrían ser considerados en situación de debilidad o de indefensión, sino también a los contratantes que hacen parte de un convenio de libre discusión por el principio del solidarismo, que más bien debe predicarse como una obligación de solidaridad inter partes, por el deber de cooperación entre ellas, para lograr la ejecución y cumplimiento del contrato, sin lesiones para ninguna de las partes, por la búsqueda del equilibrio o la supresión de las asimetrías que se aprecian entre los derechos y obligaciones que cada una de las partes ha contraído o ha adquirido, por el cumplimiento de los deberes secundarios contractuales de seguridad, protección e información de manera que, incluso, en los contratos bilaterales, no de adhesión, la nulidad o invalidez de una cláusula abusiva, debe privilegiarse para la armonización de la ecuación contractual. No puede decirse que por ser el contrato mercantil un instrumento para la búsqueda de utilidades o ganancias, las partes del contrato, insularmente, podrían si lo quisieran y en forma irremediable estipular condiciones que lesionen definitivamente a uno de los contratantes en beneficio exclusivo del otro, y en consecuencia, en este caso debe reconocerse que es evidente la ventajosa y posición que conscientemente exhibe la parte actora, para reclamar del demandado contratista y de paso del asegurador garante, una indemnización por una supuesta responsabilidad contractual, siendo que en verdad se trataría de una aplicación exegética y desequilibrada de las cláusulas pactadas en detrimento de la buena fe y de la justicia o transparencia contractual, que no puede justificarse por los defectos que tenga lo concertado, en cuanto dejó de lado una verdadera equivalencia o reciprocidad de las ventajas y cargas acordadas.

En este orden de cosas, lo concertado en dichas cláusulas que se acusan por abusividad, se confirma al realizar un test sobre ellas, en la medida que revelan la asimetría de la situación de cada una de las partes, y para el efecto, aunque no se trata de los casos típicos de cláusulas abusivas que consagra la ley 1328 del 2009, la ley 1480 del 2011, la ley 142 de 1994, la ley 1341 de 2009, entre otras, sí comprende una situación en la que dos partes independientemente de que se ostente o no una posición dominante, porque aquí no se está alegando esto, la libre discusión de los términos del contrato garantizado, no puede condenar al que resulta lesionado por su aplicación exegética, ya que en la convención no se puede desconocer los límites de la autonomía contractual, como son las leyes imperativas desde la Constitución Política, Código de comercio y código civil, el orden público, las buenas costumbres, a buena fe, los principios de solidarismo contractual, los derechos secundarios convencionales y por esa razón pido a su señoría hacer el examen de cada una de dichas estipulaciones y verificar que efectivamente ellas, generan una situación de abuso contra el constructor, aplicando los principios o reglas concebidas en el derecho comparado, lo cual supera el ámbito de los contratos de adición para aplicar también los contratos de libre discusión, como lo señaló la Sala Civil de la H. Corte en la sentencia del 02 de febrero del 2001 expediente 5670, que supone la vulneración del principio de la buena fe, evidenciada en un desequilibrio de las condiciones que resulta injustificado.

En segundo lugar, mediante el examen del contenido de las cláusulas abusivas con ocasión de la violación de la buena fe y de la desigualdad generada en los derechos y obligaciones correspondientes, que se hubieren pactado. Tal desequilibrio normativo de derechos y obligaciones debe revelar la manifiesta violación del principio de buena fe y en ese sentido la abusividad es una expresión de un abuso, e incluso sin error en el consentimiento, en la medida que la indebida utilización de la autonomía de la voluntad privada, para obligarse, siempre debe respetar el orden público, las buenas costumbres y la buena fe, tal como lo ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en la sentencia del 30 de agosto del 2011, expediente 110013103012199901957-01, y la libertad contractual, que son desarrolladas a partir de la Constitución Política, también han sido vistas por la Corte Constitucional en la sentencia C-186 del 2011, en la que señaló que: “(...) *las cláusulas abusivas constituyen un límite a la autonomía de la voluntad privada (...)*”, por lo tanto, no puede pretextarse la autonomía de la voluntad para actuar en nombre de esa prerrogativa, desconociendo y generando desequilibrio en detrimento de derechos de un co-contratante, que no puede por eso padecer un desquiciamiento por el exceso de las obligaciones y lo exiguo de sus derechos. No se requiere entonces que haya una posición de dominio entre las posiciones de los contratantes para que se abra paso y sea procedente la rectificación judicial pedida en el presente litigio; y tampoco es menester que el ejercicio de las potestades de quien se beneficia con la cláusula abusiva, tenga una dirección distinta a la de valerse de esa prerrogativa, con indiferencia indolente de su co-contratante, ya que lo que importa es la desproporción de los derechos y obligaciones de los contratantes. El juicio de esa inequidad ha de verse a la luz del contrato íntegro, para que su caracterización vejatoria se pueda confirmar con una interpretación sistemática del contrato.

En este caso, ese test nos lleva a la conclusión de que efectivamente lo convenido en las estipulaciones transcritas, descubre una desigualdad de ventajas y cargas de contratante frente al contratista respectivamente, que, para su rectificación, deben aplicarse las normas de orden público, comenzando por las constitucionales, y en tal virtud, esas estipulaciones abusivas terminan siendo afrentas contra el ordenamiento por objeto ilícito. Los instrumentos con los que se cuenta para poner orden a dicha transgresión, se encuentran en los diversos estatutos, especialmente el civil y el comercial, enraizados, en lo que consagra el artículo 95 de la Constitución, que impone el deber de respeto por el derecho ajeno y el de no abusar del derecho propio, concordante con el artículo 83, pues esa situación quebranta el principio de la buena fe, según la cual, las convenciones no solo deben celebrarse y ejecutarse según las obligaciones concertadas y su esencia y naturaleza, según los citados artículos 1603 del Código Civil, 863 y 871 del C. Co.

Junto con esto puede hablarse de la transgresión por ilicitud de la causa, más en este caso que resulta evidente, ya que la causa del contratante es la obligación esencial del constructor garantizado, que resulta lesiva y desequilibrada injustificadamente.

No está de más reiterar que, a pesar de que la financiación o apalancamiento está amarrado a la discrecionalidad del consorcio contratante, constituyen cláusulas abusivas que generan un desequilibrio o desigualdad entre las partes de la convención, colocando sobre los hombros del constructor deberes jurídicos que superan o exceden en forma incomparable las potestades que se reservó para sí la contratante, quien, no obstante, no corre con ninguno de los riesgos derivados de la ejecución o del desarrollo de la obra, a pesar de que puede imponer todas las condiciones respecto de los materiales, respecto de la financiación del proyecto, respecto de las características que deben cumplir las obras contratadas, incluida la potestad de variarlas o modificarlas, de administrar los materiales que a su juicio sean los necesarios, de endeudar al constructor, de erigirse en la práctica como juez y parte durante el cumplimiento del contrato, Etc.

Por lo anterior, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

- **EL CONTRATANTE NO CUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES Y TAMPOCO PODRÁ ACREDITAR QUE LO HIZO, Y SIMPLE Y LLANAMENTE, POR ESA RAZÓN NO PUEDE ALEGAR O IMPUTAR UN INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA, MIENTRAS ÉL MISMO NO HUBIERE INCUMPLIDO, COMO EFECTIVAMENTE NO LO HIZO, LOS DEBERES Y OBLIGACIONES CONTRACTUALES QUE TENÍA; CONTRARIAMENTE A ESTO, EL CONTRATISTA SÍ ENTREGÓ LA OBRA EN LA FORMA ESTIPULADA EN EL CONTRATO Y EN EL OTROSÍ DEL 09 DE NOVIEMBRE DEL 2019.**

Se propone esta excepción con el propósito de señalar al Despacho que, de acuerdo con las documentales del plenario, se advierte que el contratante no cumplió con todas las obligaciones que tenía a su cargo y que, por lo tanto, se dan los presupuestos normativos del artículo 1609 del Código Civil, en virtud el cual se opone la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*); el artículo reza lo siguiente:

“(…) ARTÍCULO 1608. <MORA DEL DEUDOR>. El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor (…)”

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 H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 20 de abril del 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** (…)”* Subrayado y negrita fuera del 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. Particularmente, se puede señalar que, en este caso, la parte demandante incumplió entre otras, las obligaciones que le correspondían, de actividades y cargas de las que fue exceptuado convencionalmente el constructor según el parágrafo segundo de la cláusula primera del contrato de obra que nos ocupa, específicamente de las siguientes tareas o deberes que eran exclusivamente de cargo de la parte actora, así:

“(…) CLÁUSULA PRIMERA: Objeto y Alcance de las Obras.

“(…) PARÁGRAFO SEGUNDO: La propuesta del Contratista no incluye: i) Movimiento de tierra, referenciado a excavación a máquina, relleno, compactación y nivelación de terrazas. (Las excavaciones y rellenos corresponden únicamente a los volúmenes de vigas de cimentación; el cliente deberá entregar las terrazas debidamente compactadas a nivel base de fundición de la losa superior, con sus respectivas obras de drenaje y con las instalaciones que queden embebidas; ii) Relleno y resane de regatas Hidro-sanitarias. Las regatas se dejan desde la fabricación del elemento prefabricado según planos, resanes de regatas en muras-buitron ni en cajas de breakerts; iv) instalaciones domiciliarias en cimentación; v) Ningún tipo de impermeabilización, excepto la realizada entre juntas de prefabricados en fachada; vi) Construcción de las bases en Rocamuerta y carreteabe para corrimiento para las Torregrúas; vii) Obras Urbanísticas; vii) Construcción del campamento en la obra; ix) Costos asociados con la vigilancia de la obra; x) Acometida eléctrica y su correspondiente prolongación de cada apartamento, así como la instalación de tubería para telecomunicaciones y telefonía en punto fijo; xi) Instalación de tubería en obra (cimentación, regatas de muros-buitrón o cualquier otro prefabricado), acometidas eléctricas y/o su correspondiente prolongación a cada apartamento. (Las cantidades de tubería embestidas en prefabricado y de instalación en sitio en entresijos, deberán ser recalculadas una vez se cuente con los diseños eléctricos definitivos); xii) Instalación quías de tubería para telecomunicaciones y telefonía en punto fijo; xiii) Costo de acometidas provisionales para servicios públicos; energía y agua en obra. Así mismo la gestión de agua para la disponibilidad de las obras a ejecutar; xiv) Suministro de Energía en obra (...)” Negrita por fuera del texto original.

Con todo, no se advierte que el demandante haya cumplido con las obligaciones que se encontraban a su cargo, concretamente, que haya efectuado el pago de las obligaciones que a su cargo se encontraban, que se constituyeron a favor de CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., y que se estipularon en la cláusula cuarta del contrato de obra objeto de análisis; ni se advierte que se haya cumplido con las obligaciones previstas en la cláusula octava. Escenario que, se reitera, imposibilita que, en todo caso, se declare el incumplimiento contractual pretendido por el accionante.

En virtud de lo expuesto, solicito respetuosamente al Despacho se declare probada esta excepción.

- **FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, POR LA PANDEMIA DEL COVID 19 Y LAS MEDIDAS GUBERNAMENTALES DE CONFINAMIENTO Y PARALIZACIÓN CONSECUENTES, QUE INCIDIERON EN LA EJECUCIÓN DE TODAS LAS OBRAS CIVILES Y PRIVADAS, LO CUAL CONFIGURA UNA CAUSAL DE EXONERACIÓN DEL CONTRATISTA Y EXPLICA O JUSTIFICA EL MAYOR TIEMPO DE PERMANENCIA EN OBRA.**

Sin perjuicio de la excepción anterior, resulta importante señalar al Despacho que, de acuerdo con la trazabilidad de pagos que el demandante aduce haber efectuado, si es que en gracia de discusión se tomara como ciertos los mismos, se observa que la ejecución del contrato se extendió hasta el mes de octubre del 2020, es decir, tuvo lugar con posterioridad al 13 de marzo del 2020, es decir durante el lapso en el que se declaró estado de emergencia sanitaria por el COVID 19, un escenario que, además de imprevisible, irresistible y ajeno a la voluntad de las partes contratantes, habría imposibilitado la ejecución del contrato en los términos inicialmente concertados.

En primer lugar, es preciso recordar que, si bien no se desconoce que el principio *pacta sunt servanda* implica para las partes la obligatoriedad de respetar lo acordado inicialmente en los negocios jurídicos que celebran en ejercicio de la autonomía de la voluntad, lo cierto es que, es posible que durante la ejecución de las condiciones convenidas se materialicen notables y repentinos cambios sociales, económicos, sanitarios, ecológicos, entre otros que, por su naturaleza, impactan de manera extraordinaria el desarrollo normal de las actividades inicialmente concertadas en los contratos y que, evidentemente les resulta imprevisibles, irresistibles y enteramente ajenos a la voluntad de las partes. En este caso, este tipo de situación se presentó con el COVID 19, el cual significó una crisis sanitaria que atacó no solo al país sino al mundo entero, y que significó la suspensión de hasta más de tres meses de actividades en Colombia en virtud de la cuarentena obligatoria, que se ordenó, a manera de ejemplo, mediante el Decreto No. 457 del 22 de marzo de 2020, por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público, el Decreto 417 del 17 de marzo del 2020, por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional, la Directiva 02 de 2020, en la cual se disponen medidas para atender la contingencia generada por el COVID-19 a partir del uso de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, la Directiva 002 de 2020, mediante la cual se establecen medidas preventivas para la contención del COVID-19, la Resolución No 470 del 20 de marzo de 2020, por la cual se adoptan las medidas sanitarias obligatorias de aislamiento preventivo de personas adultas mayores en centros de larga estancia y de cierre parcial de actividades de centros vida y centros día, entre muchas otras emitidas con posterioridad al 13 de marzo del 2020, y aplicables durante el término en el que se había previsto la ejecución del contrato de obra en análisis.

Circunstancia que, como resulta fácil entender, imposibilitó a CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., continuar ejecutando de la manera esperada el contrato de obra garantizado por mi prohijada.

Entonces viene a cuenta señalar que el artículo 64 del Código Civil, modificado por la Ley 95 de 1990, aplicable a todo tipo de contratación, señala lo siguiente: “(...) *Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por funcionario público, etc. (...)*”. Es decir que, para el caso en concreto, claramente se entiende aplicable lo referido en el citado artículo, toda vez que, la declaración del estado de emergencia sanitaria, sin lugar a dudas significó un evento, imprevisible, irresistible y enteramente ajeno a la voluntad del contratista, que se tradujo a su vez en la imposibilidad de continuar con el desarrollo de las actividades concertadas con el contratante, dentro de los plazos modificados de facto entre ellos.

Esta situación implica, incluso, motivo de revisión del contrato de obra que se garantizó por mi mandante, en virtud de las variaciones sustanciales, fácticas y jurídicas sobrevivientes, imprevistas, imprevisibles e irresistibles que en este caso dieron lugar a la alteración de las condiciones de las que se venía ejecutando el contrato, y que, por supuesto, eximen de cualquier

responsabilidad al contratista. Este escenario jurídico se encuentra previsto en artículo 868 del Código de Comercio, el cual reza:

“(...) Artículo 868. Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias
Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.
El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.
Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea (...)
Negrita y Sublínea por fuera del texto original.

Es por lo anterior que, al haberse presentado circunstancias ajenas a la voluntad del contratista, que ciertamente resultaron imprevistas, imprevisibles e irresistibles y enteramente ajenas a su voluntad, no es posible que se declare por su parte un incumplimiento contractual, toda vez que, se reitera, la emergencia sanitaria del COVID 19 inviabilizó que este pudiera dar cumplimiento a los términos bajo los cuales se obligó en el contrato de obra analizado, y consigo, la aplicación del eximente de responsabilidad que consagra el 64 del Código Civil; e incluso, la necesidad de que se revise el contrato en los términos dispuestos en el artículo 868 del Código de Comercio.

Por lo expuesto solicito respetuosamente se declare probada esta excepción.

- **LOS ACTOS PROPIOS DE LA PARTE DEMANDANTE Y DE SU CONTRATISTA NO PUEDEN SER DESCONOCIDOS POR AQUELLA, DADA LA REGLA DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS PROPIOS.**

La H. Corte Constitucional explica lo siguiente en relación con la teoría de los actos propios:

“(...) La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo “Venire contra pactum proprium nellí conceditur” y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.

*El tratadista y Magistrado del Tribunal Constitucional Español Luis Díaz Picazo [25] enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice “**no se puede ir contra los actos propios**”.*

*Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, **porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho** (...)*²⁰ *Negrita por fuera del texto original.*

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-295/99. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

De otro lado, en sentencia del año 2014, la H. Corte Suprema de Justicia abordó el particular, concluyendo lo siguiente:

“(…) [la teoría de los actos propios] es la coherencia exigida en el comportamiento de las personas, de tal forma que lo realizado en el pasado, que ha servido, a su vez, como determinante o referente del proceder de otras o que ha alimentado, objetivamente, ciertas expectativas, no pueden ser contrariadas de manera sorpresiva, caprichosa o arbitraria, si con ello trasciende la esfera personal y genera perjuicio a los demás.

(…) si bien jurisprudencia y la doctrina no son concordantes en cuanto a los requisitos establecidos para considerar si, en estrictez, procede la teoría de los actos propios, la mayoría converge en señalar los siguientes como tales: i) una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular; ii) que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes plantados; iii) que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente; y, iv) que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio (...)”²¹ Negrita por fuera del texto original.

La teoría de la contradicción del acto propio, como se evidencia en las sentencias antes citadas, limita a las personas en sus actuaciones para que no desconozcan en el futuro las conductas inicialmente desplegadas, lo cual se cimienta en la primacía del principio de la buena fe que rige principalmente en los negocios y relaciones comerciales.

En este caso, indudablemente, deben aplicarse los efectos de la teoría de los actos propios, toda vez que, los integrantes del Consorcio, primero, con el contratista, sin informar nada a la aseguradora, y cambiaron de hecho el contrato garantizado durante la ejecución y cuando feneció el término del convenio, introduciendo de modificaciones sustanciales sobre las obligaciones del contratista, y de la correlativa actividad que debían cumplir los contratantes, y, segundo, luego ambos contratantes decidieron libre y voluntariamente suscribir el otrosí al contrato de obra, bajo las condiciones que estimaron ajustadas, las cuales los ata. Actualmente, en este proceso, pretenden que se desconozcan los efectos de ese actuar por fuera de lo estipulado, y que se acojan como si pudiese aplicarse simple y llanamente la regla de que la literalidad del contrato es ley para las partes, con la tesis insostenible de que lo convenido en el otrosí puede servir de base, para obtener de la parte pasiva una indemnización por haberse ejecutado la obra, a pesar de que se hizo de la manera acordada, en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En efecto, no pueden valerse los demandantes, del argumento de que la ejecución de la obra requirió supuestamente de los 299 días subsiguientes al 09 de noviembre de 2019, cosa que tampoco está probada, para exigir una indemnización por el tiempo necesario para su confección, denominándolo “mayor tiempo en obra”, toda vez que tal convención incorpora de suyo el consentimiento para que la construcción se realizara precisamente en ese lapso, y en tal virtud, la manifestación, que con ese propósito produjo la contraparte, la obliga hoy a obrar con coherencia, aferrándola al deber jurídico de aceptar, que ese periodo obviamente corresponde a la oportunidad que convencionalmente comprendieron, para hacer la entrega del trabajo y, por ende, el costo respectivo, tiene que correr por cuenta exclusiva de los contratantes, que no

²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 05 de agosto del 2014. SC10326-2014, Radicación n.º 25307-31-03-001-2008-00437-01. M.P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

pueden ahora endilgarlo al constructor. En resumen, los contratantes asumieron así el riesgo del valor requerido para la obra que encargaron, mediante el pacto del otrosí y no les es admisible ahora desdeñarlo del mismo.

Claramente, el accionante pasa por alto, que el acto jurídico mencionado necesariamente debió haberse efectuado sin que haya mediado una fuerza externa y ajena a su voluntad; y lo anterior se respalda en que, precisamente, aquella manifestación de voluntad libre y espontánea, es uno de los requisitos para que se perfeccionen este tipo de contratos, de otra forma, a los integrantes del Consorcio no les habría sido posible haber suscrito el mismo. Por ello, los requerimientos económicos que a esta altura efectúan no deben prosperar.

Debe tenerse en cuenta que el actor no puede cambiar los efectos que se surten de sus actos propios, por cuanto de manera clara, durante el desarrollo del contrato, obraron sin excepción en la dirección de consentir, estando debidamente informados de todo lo que estaba acaeciendo dentro de la ejecución del contrato, para que el mismo se desarrollara, precisamente, como lo estaba haciendo el contratista, es decir que se cumpliera tal y como efectivamente se hizo, por ende, no pueden ahora desconocer la legítima confianza que con su conducta dieron al contratista, respecto de la aceptación de lo que él estaba ejecutando y el tiempo requerido, al punto que de esa forma, al unísono las partes, mutuamente, dada la forma en la que obraron, no solo terminaron modificando las condiciones o especificidades, de la manera en la que tenían estipulado que debían ejecutarse las obligaciones del constructo, sino el tiempo que él necesitaba, y en consecuencia, no puede ahora reclamar por la supuesta producción de perjuicios que, aunque no está probados, estima se habría infligido por una alteración en el contrato de obra ellos mismos consintieron así.

Recuérdese que los actos de la demandante la atan debido a la regla, según la cual nadie puede ir en contra de sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*); y este efecto jurídico vinculante es el que, efectivamente, fue concomitante con la mutación del alcance y particularidades de las obligaciones del contrato garantizado, sustrayendo lo que había sido materia del amparo de cumplimiento, mediante el seguro, como se confesó en los hechos de la demanda, por lo tanto, al haberse cambiado el contenido del objeto de la garantía, características y especificidades de las obligaciones contractuales convencionales cuyo cumplimiento estaba asegurándose, sin haberse contado con el previo consentimiento de la aseguradora, a la cual, ni siquiera se le informó sobre el particular, se confirma que esa modificación cambió las obligaciones respaldadas con la póliza y en esa medida su infracción, en todo caso, no está comprendida bajo la cobertura de cumplimiento.

Así también, la pretensa indemnización que por concepto de daño emergente se invocó en el libelo introductor, tendiente al reintegro de la suma por los gastos no presupuestados en los que presuntamente habría incurrido la parte accionante, trasciende contraria a derecho y, concretamente, pugna con el principio de "*Venire contra pactum proprium nellí conceditur*" aquí analizado, por lo que inevitablemente deberá negarse.

Con fundamento en lo expuesto, solicito respetuosamente al Juzgador declarar probada esta excepción.

- **AUSENCIA DE LOS PERJUICIOS ALEGADOS POR LA PARTE DEMANDANTE.**

Sin perjuicio de las manifestaciones anteriores, considero oportuno manifestar al Despacho que, de acuerdo al artículo 164 del Código General del Proceso, las decisiones judiciales deben, imperiosamente, tener respaldo en las pruebas que, con observancia de las normas y principios

procesales, fueron arrimadas al proceso. De este modo, el principio de la necesidad de la prueba, previsto en el artículo en comento, constituye una garantía a la actuación probatoria que adelantan las partes en el proceso, por lo que mal se haría en despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, si las mismas no encuentran sustento en el acervo probatorio; de ser así, se estaría, notoriamente, enervando el principio en comento, además del debido proceso.

Bajo la misma línea, el artículo 167 ibídem, indica que corresponde a las partes acreditar los supuestos de hecho que sustentan sus pretensiones. Al respecto, la H. Corte Constitucional²², citando a la H. Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

“(...) Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan (...)”.

Es claro entonces que, acreditar los supuestos de hecho que respaldan las pretensiones de la demanda, constituye, en ese caso, una carga procesal en cabeza de la parte demandante. En la misma sentencia, retomando jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, se ha indicado lo siguiente con relación a las cargas procesales.

*“(...) las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. **Así, por ejemplo, probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa (...)**”* Negrita por fuera del texto original.

Queda entonces, ampliamente probado, que estaba a cargo del demandante, arrimar al proceso las pruebas que sustentaran sus pretensiones; sin embargo, en el presente caso, la parte actora se sustrajo de dar cumplimiento a la citada carga, sin demostrar adecuadamente la afectación económica sufridas por ellas para solicitar el pago de perjuicios invocados.

Se resalta frente a este particular que, el supuesto detrimento alegado por la parte demandante, no lo es tal, ya que convencionalmente y en especial la conducta que ella misma ha observado, constituye la única causa del supuesto efecto adverso que alega la parte actora que además no podrá demostrar.

En efecto lo que alega la parte demandante como supuesto perjuicio no tiene nexo alguno de causalidad con los actos o el supuesto incumplimiento que en la demanda le endilga al contratista. Además de que los llamados perjuicios por cláusulas penales o multas son ajenos a la cobertura de la póliza, adicionalmente, tenemos que no existe una relación de causa efecto entre lo que puede ser atribuido al constructor y el supuesto detrimento que el contratante manifiesta haber sufrido.

También se resalta que, aunque se allegó al expediente la comunicación calendada del 24 de marzo del 2020 en la que se hace referencia a las referidas multas, no obra prueba documental

²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-086 de 24 de febrero de 2016.

alguna que demuestre que el CONSORCIO LATCO S.A. A2, asumió el pago de tales conceptos; de manera que, la pasiva de esta acción no puede asumir el pago de estas sanciones, luego que, no está demostrado que el accionante efectivamente haya asumido el pago de aquellas multas. Esto, sin perjuicio claro está, que el pago de multas, conforme se expuso en la excepción anterior, está expresamente excluido de los amparos de la póliza.

Además, se itera, con la demanda no se anexó el acta de liquidación del contrato de obra, la que evidentemente resulta de gran importancia, en orden de conocer con certeza y en detalle qué obras fueron efectivamente ejecutadas, recibidas a satisfacción y los descuentos que se le hacen al contratista en relación con cada una de ellas.

Se recuerda que el daño emergente representa el rubro **que se sustrae del patrimonio del afectado con ocasión a un daño**, de manera que ineludiblemente se requiere de elementos probatorios que determinen y permitan al Juzgador declarar su configuración. Sin embargo, para el caso que nos ocupa, no existe prueba idónea frente a la causación de la suma que se invoca, y que presuntamente dejó de percibir el extremo accionante.

Se colige entonces que, con las peticiones indemnizatorias por los conceptos invocados en la demanda, indiscutiblemente el actor desea lucrarse, pues la configuración de los presupuestos para el reconocimiento de dichos conceptos no está acreditada en el plenario. Así las cosas, la tasación de los perjuicios analizados adolecen de un título válido, que acredite la existencia de obligación indemnizatoria, pues debe recordarse que en el derecho colombiano no es admisible el reconocimiento de indemnización alguna por hechos que no constituyan un verdadero daño, es decir, que el detrimento o perjuicio debe ser cierto y no puede presumirse.

Con todo, y en ocasión de la falencia probatoria y de la deficiente descripción y cálculo inadecuado de la presunta causación de los perjuicios invocados en el libelo genitor, no podría considerarse como probada ni atenderse de manera favorable lo relacionado con la valoración indemnizatoria invocada; así entonces, solicito respetuosamente a su Despacho las tenga como no probadas y se sirva declarar como acreditada esta excepción formulada en favor de los derechos e intereses de mi prohijada.

- **NO PUEDE HABER CONDENA EN UN CASO COMO EL PRESENTE, POR SUPUESTOS PERJUICIOS NO PREVISTOS, CONFORME A LA REGLA DEL ARTÍCULO 1616 DEL CÓDIGO CIVIL.**

Los perjuicios alegados por la parte demandante, son en su totalidad unos supuestos efectos adversos, cuya indemnización no es procedente, por cuanto normativamente no está prevista su reparación, toda vez que se trata de un supuesto detrimento originado en perjuicios no previstos o previsibles, cuyo resarcimiento, únicamente puede reclamarse cuando el respectivo contratista o deudor contractual ha obrado de mala fe; y por supuesto, el constructor en este caso, siempre obró de buena fe y esta debe presumirse, de manera que quien alegue lo contrario tiene la carga demostrativa de probar la mala fe.

Frente a este particular, recuérdese lo preceptuado en el artículo 1616 del Código Civil, el cual reza lo siguiente:

“(…) ARTÍCULO 1616. <RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR EN LA CAUSACIÓN DE PERJUICIOS>. Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay

dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas (...)” Negrita y Sublínea por fuera del texto original.

Sin lugar a discusión, para el caso en cuestión, tenemos que no se demostró fehacientemente una conducta maliciosa por parte del contratista que hubiese generado dolosamente, respecto del acreedor, el resultado nocivo que se describió en la demanda, ni mucho menos que los perjuicios que aduce, hubiesen sido previsibles antes de la celebración de la convención, por lo que no se puede asumir bajo ningún concepto que el contratista esté en el deber de asumirlos. Por ello, teniendo en cuenta además que, ni la existencia, ni la cuantía de los daños son objeto de presunción; el acreedor tiene sobre sí la carga de la prueba del daño, debiendo demostrar detalladamente la causación de los distintos conceptos y efectos o repercusiones que invoca, así como su cuantía pormenorizada, carga probatoria que el extremo accionante no ha asumido. De tal suerte, la carencia de elementos de convicción que den por ciertas las aseveraciones del extremo actor en relación con la causación de los perjuicios descritos en la demanda, implica que es preciso negar todos los requerimientos que con base en dichas manifestaciones se presentaron en la demanda.

Por lo anterior, solicito respetuosamente declare probada esta excepción.

- **MARCO DE LOS AMPAROS OTORGADOS, SU ALCANCE Y LAS CONDICIONES DE LA COBERTURA OTORGADA MEDIANTE EL CONTRATO DE SEGURO CONTENIDO EN LA PÓLIZA DE SEGUROS No. 2235271-6, EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN QUE EXPLÍCITAMENTE SE AMPARÓ, SUMADO A LA COMPRENSIÓN CONTRACTUAL DE LAS NORMAS LEGALES VIGENTES AL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DEL SEGURO QUE EXONERAN AL ASEGURADOR O LIMITAN LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR ÉL, CONFORME AL ARTÍCULO 38 DE LA LEY 153 DE 1887.**

Esta excepción se plantea en gracia de discusión, y sin que esto implique que se está asumiendo responsabilidad alguna por parte de mi procurada, para efectos de explicar en primer lugar, que en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la parte aseguradora puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que está expuesto el interés asegurado, en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio.

Es de esta forma como al suscribir el contrato aseguratorio respectivo, la Aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo acuerdo, de manera que su obligación condicional sólo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las Compañías Aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles riesgos les son transferidos y en este sentido, sólo 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.

Entre las condiciones que se pueden pactar por los contratantes, es posible encontrar la determinación de los amparos, los límites temporales, territoriales, sobre la cuantía y de la

ocurrencia de circunstancias específicas. En esa categoría, la relación sustancial que rige el llamamiento en garantía, necesariamente se regirá o sujetará a las diversas condiciones del contrato de seguro, las que determinan el ámbito, extensión o alcance del respectivo amparo, así como sus límites, sumas aseguradas, deducibles (que es la porción que de cualquier siniestro debe asumir la entidad asegurada), las exclusiones de amparo, etc., luego son esas condiciones las que enmarcan la obligación condicional que contrae el asegurador y por eso el Juzgador debe sujetar el pronunciamiento respecto de la relación sustancial que sirve de base para al llamamiento en garantía, al contenido de las condiciones de la correspondiente póliza y de sus anexos.

Consecuentemente, como ya se ha venido explicando, la posibilidad de que surja responsabilidad de la Aseguradora depende estrictamente de las diversas estipulaciones contractuales, frente a los hechos que se prueben en el proceso, ya que su cobertura exclusivamente se refiere a los riesgos asumidos, según lo pactado y no a cualquier evento, ni a cualquier otro riesgo no previsto convencionalmente, o excluido de amparo.

En materia de seguros, el asegurador, según indica el artículo 1058 del Código de Comercio: *“(...) podrá, a su arbitrio asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés asegurado o la cosa asegurados (...)”*, 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 amparo opera o es efectivo, -las causales de exclusión o en general las de exoneración, además de las de origen legal, etc., y por tanto, son esos los parámetros a los que tiene que sujetarse el sentenciador al resolver cualquier pretensión que se base en la póliza vinculada a este proceso.

En virtud de este escenario contractual, en el momento en el que el Juzgador resuelva lo referido al llamamiento en garantía formulado en contra de mi representada, deben respetarse también el contenido de las coberturas y los límites máximos amparados, luego que, de no hallarse enmarcada dentro de estos parámetros, tal y como se acreditó en los acápites anteriores, resultaría imposible la afectación de la Póliza de Seguros No. 2235271-6, y la Compañía estaría exenta de obligación contractual alguna.

En orden de lo anterior, solicito respetuosamente al Despacho, sea tenida por probada la presente excepción.

- **LÍMITES MÁXIMOS DE LA COBERTURA PACTADA EN LA PÓLIZA DE SEGUROS No. 2235271-6.**

La presente excepción se formula exclusivamente en gracia de discusión, y para efectos de ilustrar al Despacho que, como se ha expuesto incansablemente, la responsabilidad de la Compañía a la que represento está limitada por los amparos efectivamente otorgados y la suma asegurada o a los sublímites que por evento eventualmente se han pactado respecto de aquellos amparos.

Para ello, y sin que ninguno de los argumentos presentados en este acápite signifique reconocimiento de responsabilidad alguno, expondré que, en cada uno de los amparos contratados en la Póliza de Seguros No. 2235271-6, expedida por **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, se limitó el valor de la suma asegurada y, por ello, en gracia de discusión, considero oportuno señalar dichos montos asegurados:

COBERTURAS DE LA PÓLIZA			
COBERTURA	FECHA INICIAL	FECHA VENCIMIENTO	VALOR ASEGURADO
BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSION DEL ANTICIPO	09-NOV-2018	04-ENE-2020	1.208.367.834,00
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	09-NOV-2018	04-ENE-2020	814.778.088,00
ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA	04-JUL-2019	04-JUL-2022	814.778.088,00
PAGO DE SALARIOS,PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES	09-NOV-2018	04-JUL-2022	1.222.167.131,00

La suma asegurada constituye el límite máximo al que se obliga el asegurador a responder de acuerdo al contrato suscrito; de esa forma, el monto máximo de su responsabilidad indemnizatoria, que en este caso asciende a **\$814.778.088** para el amparo de cumplimiento, bajo ninguna circunstancia, puede superar el valor de la suma asegurada en la póliza. Así, en tanto que, la relación jurídico sustancial que vincula a mi representada al presente proceso está estrictamente regulada y regida por las condiciones del contrato de seguro y la ley; en ese sentido, su responsabilidad no puede superar la suma asegurada que se pactó en el contrato de seguro ya que esa es la única forma de mantener el equilibrio económico que motivó a mi procurada a asumir el riesgo asegurado.

Sin embargo, se reitera que, como en este caso se produjo la modificación del contrato que había sido respaldado con la póliza y ya en esa novísima convención, cambiada de facto, la hoy demandante incurrió en pagos, cuya realización tuvo lugar con una alteración de los criterios que inicialmente se habían concebido para la confección de los mismos, tal como la demandante lo confiesa en los hechos vigésimo segundo y vigésimo tercero del escrito introductor. Modificaciones éstas relacionadas sólo de manera enunciativa, que no fueron informadas a la Aseguradora, lo cual claramente sustituyó las condiciones del contrato garantizado, es decir aquellas bajo las cuales mi mandante inicialmente aceptó que se le trasladara el riesgo, o sea que se le cambió la identidad de lo que era materia de la cobertura y por ende extrañas al riesgo amparado y a la condición suspensiva que sujeta el nacimiento de la obligación de indemnizar, según los Arts. 1054, 1056, 1072, 1077 y 1080 del C. de Co.

Esto ocurrió, liberando a la aseguradora, y sin perjuicio de otra situación que colateralmente emergió, pues junto con la modificación de las condiciones del contrato, me refiero ahora a la modificación del estado del riesgo amparado, terminaron agravándolo, tal como se ha abordado a lo largo de este escrito.

Por todo lo anterior, en gracia de discusión y sin que implique que mi mandante asume responsabilidad alguna, ruego al Despacho tenga en cuenta las coberturas que en efectos e pactaron en la póliza vinculada en esta contienda, así como los límites que se ha puesto de presente; en ese orden de ideas, solicito al Juzgador respetuosamente se sirva declarar probada esta excepción.

- **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. SÓLO ESTÁ OBLIGADA HASTA EL LÍMITE MÁXIMO ASEGURADO EN LA PÓLIZA POR CADA AMPARO.**

Esta excepción se propone con el ánimo de explicar que, si bien las pretensiones del extremo accionante están dirigidas a que se declare que existió un incumplimiento contractual en relación con el contrato de obra No. 41455 y que, en consecuencia, se les resarza por los perjuicios que presuntamente se derivaron de dicho incumplimiento; lo cierto es que, las obligaciones que eventualmente corresponderían en este asunto a la Aseguradora, se derivan exclusivamente del negocio aseguraticio contenido en la Póliza de Seguros No. 2235271–6.

De manera que, en el hipotético e improbable evento en el Juzgador resolviera condenar a mi mandante, debe quedar claro que el monto que a aquella fuera hipotéticamente impuesto, no puede superar el valor asegurado en la póliza para cada amparo otorgado en la misma.

Por lo anterior, solicito respetuosamente al Juzgador declarar probada esta excepción.

- **LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE INCUMPLIMIENTO No. 0595942-6 ALLEGADA CON LOS ANEXOS DE LA DEMANDA, NO AMPARA NINGUNO DE LOS HECHOS ALEGADOS POR LA ACCIONANTE, SIN PERJUICIO DE SEÑALAR QUE ESTOS TAMPOCO ESTÁN PROBADOS.**

Con el escrito de la demanda se aportó la póliza de responsabilidad civil derivada de incumplimiento No. 0595942-6, expedida por mi representada, en la cual obra el CONSORCIO LACTO S.A. A2 en calidad de tomador; negocio contractual con base en el cual, si bien fue anexado a la relación de pruebas de la demanda, no se efectuó ningún tipo de requerimiento indemnizatorio en el libelo genitor.

En primer lugar, tenemos que, en efecto, el extremo actor no realizó ningún tipo de solicitud indemnizatoria con base en la póliza No. 0595942-6, a pesar de haberla aportado; de manera que, teniendo en cuenta que ni en el fundamento fáctico, ni en las pretensiones de la demanda se emitió pronunciamiento alguno por la parte demandante con fundamento en la misma, no se podrá emitir ningún tipo de juicio condenatorio en contra de mi prohijada en virtud de aquel contrato de seguro.

En segundo lugar y en adición a lo dicho, deberá tenerse en cuenta que, en todo caso, la mentada póliza no podría resultar afectada de ninguna manera en este proceso, puesto que esta se expidió por mi mandante, con el propósito de asegurar la responsabilidad civil del asegurado, que derive en la causación de perjuicios a terceros, como a continuación se extrae de las condiciones particulares de la misma:

SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADO DE CUMPLIMIENTO Certificado individual		suramericana	
CIUDAD Y FECHA DE EXPEDICIÓN CALI, 19 DE NOVIEMBRE DE 2018		PÓLIZA NÚMERO 0595942-6/	
INTERMEDIARIO JARDINE LLOYD THOMPSON VALENCIA & IRASORRI	CÓDIGO CD111	OFICINA 2821	DOCUMENTO NÚMERO 13003939
TOMADOR CONSORCIO LATCO S.A. A2		NIT 9011177181	
ASEGURADO C.P.A. CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. EN CONCORDATO		NIT 8001894457	
BENEFICIARIO TERCEROS AFECTADOS			

Lo anterior se estipuló en el condicionado general de la póliza en los siguientes términos:

SECCION I
COBERTURAS

CON SUJECION A LAS CONDICIONES GENERALES Y PARTICULARES DE ESTA POLIZA SURAMERICANA INDEMNIZARA LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL QUE LE SEA IMPUTABLE AL ASEGURADO, COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE DAÑOS MATERIALES, LESIONES PERSONALES Y/O MUERTE QUE SE OCASIONEN A TERCEROS SIEMPRE Y CUANDO SE TRATE DE SINIESTROS OCURRIDOS DURANTE LA VIGENCIA DE ESTA POLIZA Y CAUSADOS DIRECTAMENTE POR:

Consecuentemente, entendiendo que la póliza se concertó con el objeto de amparar los perjuicios causados a terceros, la misma opera siempre y cuando el reclamante sea, en efecto, un tercero,

lo cual no ocurre en este caso luego que el CONSORCIO LATCO S.A. A2 obra en la convención aseguraticia como tomador y no en calidad de tercero afectado.

Por lo anterior solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

• **LOS AMPAROS CONCERTADOS EN LA PÓLIZA DE SEGUROS No. 2235271–6, NO SON ACUMULABLES.**

En el remoto evento en el que el Despacho considere que ninguna de las excepciones previamente propuestas está llamada a prosperar, debe indicarse que los amparos de “Buen manejo y correcta inversión del anticipo” y “Cumplimiento del contrato”, **no son acumulables.**

En efecto, bajo ningún escario podría obligarse a mi representada a asumir el pago conjunto por el valor asegurado en los amparos de “Buen manejo y correcta inversión del anticipo” y “Cumplimiento del contrato”, puesto que ambos operan de manera independiente y bajo presupuestos completamente distintos. Como puede apreciarse a continuación, el primer amparo referido opera bajo los siguientes presupuestos:

2 Buen manejo, correcta inversión del anticipo, amortización y devolución

SURA le pagará el daño emergente causado por el uso o apropiación indebida que el contratista-garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado a título de anticipo.

Si el objeto del contrato garantizado se cumplió parcialmente, la indemnización será liquidada descontando al anticipo, el valor del pago del trabajo o servicio realizado por el contratista-garantizado equivalente a la parte ejecutada del contrato garantizado

Cuando se entreguen bienes como anticipo, es necesario que de mutuo acuerdo el asegurado y el contratista garantizado valoren el costo de los bienes entregados, para que esta cobertura aplique.

Esta cobertura sólo opera para anticipos entregados a través de cheque, patrimonios autónomos, transferencias, consignaciones bancarias o electrónicas de dinero. Según lo anterior, salvo aceptación expresa de suramericana, no se cubren los anticipos entregados en dinero en efectivo o en títulos valores diferentes al cheque.

En ese sentido, esta cobertura está vigente desde la fecha en la que se efectúa el desembolso del anticipo y hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo. Ahora, en contraste, el amparo de cumplimiento se concertó en los siguientes términos:

4 Cumplimiento

SURA le pagará el daño emergente por el incumplimiento imputable al contratista-garantizado de las obligaciones a su cargo.

Por lo que, como es apenas evidente, este amparo puede eventualmente activarse cuando, en efecto, se advierte el incumplimiento imputable al contratista garantizado de las obligaciones a su cargo. Consecuentemente, los presupuestos fácticos y de tiempo en los que se concertó cada amparo, implican que **no pueden operar de forma acumulada.** Siendo imposible de atender cualquier petición que la parte demandante eleve ante el Despacho atinente a exigir a mi prohijada una indemnización bajo la cual se afecten de manera simultánea o conjunta todos o varios de los amparos otorgados en el aseguramiento aquí analizado.

Por lo anterior, solicito declarar probada esta excepción.

- **EL SEGURO CONTENIDO EN LA PÓLIZA DE SEGUROS No. 2235271–6, EXPEDIDO POR SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., ES DE CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO.**

Esta excepción se plantea en gracia de discusión y se soporta en el hecho de que el demandante pretermite el contenido de normas de orden público que consagran el carácter meramente indemnizatorio del seguro de daños que sirvió de soporte a la presente acción, como se consagra en el artículo 1088 del Código de Comercio, que establece que jamás el seguro podrá constituir para el asegurado fuente de enriquecimiento, por lo tanto, con esa condición suprema, la responsabilidad del Asegurador que se enmarca dentro del límite máximo asegurado, consistente en la obligación de pagar la indemnización, alcanzará sólo hasta el monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado, como lo ordena el artículo 1089 ibídem, también infringida por la parte activa de esta acción.

Respecto al carácter indemnizatorio del contrato de seguro, la H. Corte Suprema de justicia, en sentencia de 22 de julio de 1999, se ha referido de la siguiente manera:

*“(...) 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 operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato (...)”*²³ Negrita por fuera de texto

Es importante mencionar que la materia propia del seguro, de acuerdo con la naturaleza del riesgo que se protege, es de contenido puramente indemnizatorio conforme a lo preceptuado en el artículo 1088 del Código de Comercio. En efecto, según lo normado en el referido precepto, este tipo de seguros es meramente indemnizatorio y jamás podrá constituir una fuente de enriquecimiento, por lo cual, la indemnización únicamente debe ceñirse a los perjuicios que efectivamente se logren acreditar por parte de quien los alega; sumado al hecho del deber de acreditación, como es apenas, lógico del acaecimiento de alguno de los eventos asegurados en el contrato.

Con la claridad de que el seguro es meramente indemnizatorio, se concluye indiscutiblemente que el siniestro sólo se producirá cuando se realice el riesgo estipulado en la convención aseguraticia contenida en la Póliza de Seguro No. 2235271–6, siempre y cuando genere un efectivo perjuicio al asegurado, requisito éste *sine qua non*; por tanto siendo la del asegurador una obligación de carácter condicional, es claro que el nacimiento de la misma está sujeta inexorablemente al acaecimiento de tal riesgo y la efectiva causación de un perjuicio plenamente determinado y, en tal hipótesis, es el asegurado quien tiene la carga de demostrar el acaecimiento de ese suceso, del daño consecuente y de la cuantificación del mismo, según el artículo 1077 del Código de Comercio; todo lo cual, de acuerdo con las apreciaciones ya manifestadas en los acápites anteriores, no ha sido acreditado por el convocante.

En tal medida, solicito respetuosamente que se declare probada la presente excepción.

²³CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065.

- **PRESCRIPCIÓN**

La prescripción es un fenómeno jurídico a través del cual se pueden adquirir derechos o extinguir obligaciones; en efecto, sobre el particular el artículo 2512 del código Civil establece:

“(...) Artículo 2512. La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales (...) Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción (...)”

Por su parte, el artículo 2535 Ibídem, que contempla la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales y dispone: *“(...) Artículo 2535. La prescripción que extingue las acciones y derechos exige solamente cierto lapso de tiempo durante la cual no se hayan ejercido dichas acciones (...) Se cuenta ese tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible (...)”*

Ahora, en lo que se refiere a la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, se tiene que el Código de Comercio consagra un régimen especial, y en su artículo 1081 establece previsiones no sólo en relación con el tiempo que debe transcurrir para que se produzca el fenómeno extintivo, si no también respecto del momento en que el período debe empezar a contarse. Al respecto señala la mencionada disposición:

“(...) Art. 1081. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes (...). Negrita por fuera del texto original.

Al señalar la disposición transcrita los parámetros para determinar el momento a partir del cual empiezan a correr los términos de prescripción, distingue entre el momento en que el interesado, quien deriva un derecho del contrato de seguro, **ha tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, en la prescripción ordinaria,** y el momento del nacimiento del derecho, independientemente de cualquier circunstancia y aun cuando no se pueda establecer si el interesado tuvo o no conocimiento de tal hecho, en la extraordinaria. Se destaca, entonces, el conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción como rasgo que diferencia la prescripción ordinaria de la extraordinaria, pues en tanto en la primera exige la presencia de este elemento subjetivo, en la segunda no. En este caso, es claro que resulta aplicable la prescripción ordinaria, esto es la bienal, en cuanto que las demandantes tenían pleno conocimiento de la existencia del aseguramiento puesto que el Consorcio Latco S.A. A2, funge como asegurado, tomador y beneficiario de la misma.

Ante este panorama, se plantea esta excepción para efectos de explicar al Despacho que, en vista de que el supuesto incumplimiento se produjo al menos desde el 06 de mayo del 2019, fecha en la que el demandante asegura que inició el retraso de las actividades concertadas en el contrato de obra por parte del contratista, es decir, que se causó el incumplimiento, y que la prescripción no fue interrumpida por el Consorcio como tomador y asegurado, dentro de los dos

años siguientes a dicha fecha, se entiende configurado el fenómeno prescriptivo de las acciones derivadas del contrato de seguro, por lo que respetuosamente solicito se declare probada la misma.

- **GENÉRICA O INNOMINADA Y OTRAS**

Solicito respetuosamente al H. Juez decretar cualquier otra excepción de fondo que resulte probada en curso del proceso, y que pueda corroborar que no existe obligación alguna a cargo de mi procurada y que pueda configurar otra causal que la exima de toda obligación indemnizatoria.

En adición, en gracia de discusión y sin que la presente constituya el reconocimiento de obligación alguna de mi representada, se formula esta excepción, toda vez que considero necesario dejar en claro al Despacho desde ya que, en las condiciones de la Póliza de Seguro No. 2235271-6, se establecen los parámetros que enmarcan la obligación condicional que contrajo mi representada, y delimitan la extensión del riesgo asumido por ella. En efecto, en ella se refleja la voluntad de los contratantes al momento de celebrar el contrato, y definen de manera explícita las condiciones del negocio aseguraticio.

Ahora bien, tal como lo señala el artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador puede, a su arbitrio, delimitar los riesgos que asume: “(...) Art. 1056.- *Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, 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 (...)*”

En virtud de la facultad citada en el referido artículo, el asegurador decidió otorgar determinados amparos, siempre supeditados al cumplimiento de ciertos presupuestos, e incorpora en la póliza determinadas barreras cualitativas que eximen al asegurador a la prestación señalada en el contrato, las cuales se conocen generalmente como exclusiones de la cobertura y se encuentran contenidas en las condiciones generales de la misma que se adjuntan con el presente escrito.

En este sentido, en gracia de discusión debe indicarse que, en el evento en el que se lograra acreditar, además de las previamente expuestas y planteadas en este escrito, alguna otra de las exclusiones consignadas en las condiciones generales o particulares de la referida póliza, no habría lugar a indemnización de ningún tipo por parte de mi representada.

De conformidad con lo expuesto, respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

V. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS MEDIOS DE PRUEBA DE LA DEMANDA

a. Intervención en las pruebas documentales y testimonios:

Con el objeto de probar los hechos materia de las excepciones de mérito, nos reservamos el derecho de contradecir las pruebas documentales al proceso y participar en la práctica de las testimoniales que lleguen a ser decretadas, así como del correspondiente interrogatorio de parte e intervenir en las diligencias de ratificación y otras pruebas solicitadas. Concretamente ruego al H. Despacho permita la intervención de mi prohijada respecto de los testimonios solicitados por la parte actora de:

- Vanessa Bautista.
- Cesar Ricardo Ortega Muñoz

- Andres Felipe Bedoya.
- Carolina Bermudez Garcia.
- Adriana Salazar.

b. Ratificación de documentos provenientes de terceros:

El artículo 262 del Código General del Proceso, preceptúa que: “(...) *Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación (...)*”.

Por supuesto esta ratificación concebida en la legislación procesal actual, le traslada a quien quiere valerse de documentos provenientes de terceros, el deber de obtener que lo ratifiquen sus respectivos autores, cuando así lo requiere la parte contraria frente a la cual se aportan tales documentos. Resulta lógico que sea quien aporta los documentos provenientes de terceros, quien tenga en sus hombros la carga de hacerlos ratificar de quien los obtuvo o creó, si es que quiere emplearlos como medio de convicción.

En tal virtud, pido que no se les reconozca valor a los siguientes documentos mientras los demandantes no satisfagan el deber de lograr que sean ratificados, en la forma en que lo pido de manera expresa aquí. Los documentos cuya ratificación debe lograr la demandante son TODAS y cada una de las facturas que fueron allegadas como anexos de la demanda, especialmente las siguientes:

- Factura de venta No. 581 del 06 de noviembre del 2019, emitida por la Sociedad Control Interno y Logístico S.A.S., por valor de \$8.200.000.
- Factura de venta No. 5446 del 01 de noviembre del 2019, emitida por la Sociedad Larry Marín Granados L&L Comunicación Digital, por valor de \$178.500.
- Factura de venta No. 9438 del 09 de diciembre del 2019, emitida por la Sociedad Semi Servicios Médicos Integrales, por valor de \$316.000.
- Factura de venta No. 602 del 12 de diciembre del 2019, emitida por la Sociedad Control Interno y Logístico S.A.S., por valor de \$8.200.000.
- Factura de venta No. 509983 del 06 de noviembre del 2019, emitida por la Sociedad Alianza Fiduciaria S.A., por valor de \$4.338.497.
- Factura de venta No. 30022579 del 10 de enero del 2020, emitida por LA Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca, por valor de \$19.513.706.
- Factura de venta No. CA71969 del 22 de enero del 2020, emitida por Milenio PC S.A., por valor de \$259.420.
- Factura de venta No. CA72373 del 19 de febrero del 2019, emitida por Milenio PC S.A., por valor de \$259.420.
- Factura de venta No. 5538 del 01 de enero del 2020, emitida por la Sociedad Larry Marín Granados L&L Comunicación Digital, por valor de \$171.000.
- Factura de venta No. 30033329 del 13 de mayo del 2020, emitida por La Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca, por valor de \$39.027.411.
- Factura de venta No. 518988 del 27 de enero del 2020, emitida por la Sociedad Alianza Fiduciaria S.A., por valor de \$4.338.497.
- Factura de venta No. 9496 del 08 de enero del 2020, emitida por la Sociedad Semi Servicios Médicos Integrales, por valor de \$316.000.
- Factura de venta No. 167 del 18 de marzo del 2020, emitida por la Sociedad Coinsa Actividades S.A.S., por valor de \$17.384.000.
- Factura de venta No. 527040 del 24 de febrero del 2020, emitida por la Sociedad Alianza Fiduciaria S.A., por valor de \$4.338.497.

- Factura de venta No. 9560 del 12 de febrero del 2020, emitida por la Sociedad Semi Servicios Médicos Integrales, por valor de \$316.000.
- Factura de venta No. CA73050 del 15 de abril del 2020, emitida por Milenio PC S.A., por valor de \$518.840.
- Factura de venta No. 5581 del 01 de febrero del 2020, emitida por la Sociedad Larry Marín Granados L&L Comunicación Digital, por valor de \$171.000.
- Factura de venta No. 534941 del 24 de marzo del 2020, emitida por la Sociedad Alianza Fiduciaria S.A., por valor de \$4.338.497.
- Factura de venta No. 9602 del 11 de marzo del 2020, emitida por la Sociedad Semi Servicios Médicos Integrales, por valor de \$316.000.
- Factura de venta No. CONT765 del 04 de julio del 2020, emitida por La Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca, por valor de \$19.513.706.
- Factura de venta No. 186 del 01 de abril del 2020, emitida por la Sociedad Coinsa Actividades S.A.S., por valor de \$8.691.998,30.
- Factura de venta No. 5626 del 01 de marzo del 2020, emitida por la Sociedad Marín Granados L&L Comunicación Digital, por valor de \$171.000.
- Factura de venta No. CA73716 del 20 de mayo del 2020, emitida por Milenio PC S.A., por valor de \$259.420.
- Factura de venta No. 541127 del 28 de abril del 2020, emitida por la Sociedad Alianza Fiduciaria S.A., por valor de \$4.338.497.
- Factura de venta No. 234 del 12 de mayo del 2020, emitida por la Sociedad Coinsa Actividades S.A.S., por valor de \$8.691.998,30.
- Factura de venta No. 265 del 01 de junio del 2020, emitida por la Sociedad Coinsa Actividades S.A.S., por valor de \$8.692.000.
- Factura de venta No. 5721 del 01 de mayo del 2020, emitida por la Sociedad Larry Marín Granados L&L Comunicación Digital, por valor de \$171.000.
- Factura de venta No. CA74034 del 17 de junio del 2020, emitida por Milenio PC S.A., por valor de \$259.420.
- Factura de venta No. 547209 del 18 de junio del 2020, emitida por la Sociedad Alianza Fiduciaria S.A., por valor de \$1.044.586.
- Factura de venta No. CA74517 del 16 de julio del 2020, emitida por Milenio PC S.A., por valor de \$238.952.
- Factura de venta No. FE3 del 03 de junio del 2020, emitida por la Sociedad Larry Marín Granados L&L Comunicación Digital, por valor de \$171.000.
- Factura de venta No. CONT3100 del 18 de agosto del 2020, emitida por La Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca, por valor de \$19.513.706.
- Factura de venta No. 553926 del 23 de junio del 2020, emitida por la Sociedad Alianza Fiduciaria S.A., por valor de \$1.044.586.
- Factura de venta No. 9618 del 16 de junio del 2020, emitida por la Sociedad Semi Servicios Médicos Integrales, por valor de \$316.000.
- Factura de venta No. 283 del 01 de julio del 2020, emitida por la Sociedad Coinsa Actividades S.A.S., por valor de \$8.751.912,41.
- Factura de venta No. CA74520 del 16 de julio del 2020, emitida por Milenio PC S.A., por valor de \$102.340.
- Factura de venta No. CA75047 del 19 de agosto del 2020, emitida por Milenio PC S.A., por valor de \$105.910.
- Factura de venta No. FE55 del 02 de julio del 2020, emitida por la Sociedad Larry Marín Granados L&L Comunicación Digital, por valor de \$171.000.
- Factura de venta No. 319 del 01 de agosto del 2020, emitida por la Sociedad Coinsa Actividades S.A.S., por valor de \$8.692.000.

- Factura de venta No. CA75050 del 19 de agosto del 2020, emitida por Milenio PC S.A., por valor de \$153.510.
- Factura de venta No. 9668 del 08 de julio del 2020, emitida por la Sociedad Semi Servicios Médicos Integrales, por valor de \$316.000.
- Factura de venta No. 562439 del 24 de julio del 2020, emitida por la Sociedad Alianza Fiduciaria S.A., por valor de \$1.044.586.
- Factura de venta No. 570885 del 24 de agosto del 2020, emitida por la Sociedad Alianza Fiduciaria S.A., por valor de \$1.044.586.
- Factura de venta No. 9676 del 04 de agosto del 2020, emitida por la Sociedad Semi Servicios Médicos Integrales, por valor de \$316.000.
- Factura de venta No. CA75457 del 16 de septiembre del 2020, emitida por Milenio PC S.A., por valor de \$105.910.
- Factura de venta No. 439 del 20 de octubre del 2020, emitida por la Sociedad Coinsa Actividades S.A.S., por valor de \$8.692.000.
- Factura de venta No. FE92 del 03 de agosto del 2020, emitida por la Sociedad Larry Marín Granados L&L Comunicación Digital, por valor de \$171.000.
- Factura de venta No. CA75460 del 16 de septiembre del 2020, emitida por Milenio PC S.A., por valor de \$153.510.
- Factura de venta No. CA75953 del 19 de octubre del 2020, emitida por Milenio PC S.A., por valor de \$259.420.
- Factura de venta No. FE129 del 04 de septiembre del 2020, emitida por la Sociedad Larry Marín Granados L&L Comunicación Digital, por valor de \$171.000.
- Factura de venta No. 9689 del 09 de septiembre del 2020, emitida por la Sociedad Semi Servicios Médicos Integrales, por valor de \$316.000.
- Factura de venta No. 578472 del 23 de septiembre del 2020, emitida por la Sociedad Alianza Fiduciaria S.A., por valor de \$1.044.586.
- Factura de venta No. CONT12496 del 20 de octubre del 2020, emitida por La Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca, por valor de \$19.513.706.
- Factura de venta No. FE167 del 05 de octubre del 2020, emitida por la Sociedad Larry Marín Granados L&L Comunicación Digital, por valor de \$171.000.
- Factura de venta No. 28 del 14 de octubre del 2020, emitida por la Sociedad Semi Servicios Médicos Integrales, por valor de \$316.000.
- Factura de venta No. 586184 del 21 de octubre del 2020, emitida por la Sociedad Alianza Fiduciaria S.A., por valor de \$1.044.586.
- Factura de venta No. CA71123 del 27 de noviembre del 2019, emitida por Milenio PC S.A., por valor de \$105.910.

Lo anterior, en virtud de que nuestra consideración no debería ser considerada en el presente trámite y mucho menos bajo la calidad que el demandante pretende sea reconocido.

VI. SOLICITUD Y APOORTE DE PRUEBAS POR PARTE DE SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Solicito atentamente decretar y tener como pruebas las siguientes:

a. Documentales:

Solicito se tengan como tales las siguientes, que anexo al presente escrito y/o constan ya en el expediente:

1. Poder especial al suscrito por **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**
2. Copia del Certificado de Existencia y Representación Legal de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**
3. Copia de la Póliza de Seguro No. 2235271–6.
4. Condicionado general de la Póliza de Seguro No. 2235271–6.
5. Oficio calendado del 17 de febrero del 2021, mediante el cual **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** objeta la solicitud indemnizatoria presentado por el CONSORCIO LATCO S.A. A2.
6. Oficio calendado del 18 de mayo del 2021, emitido por el CONSORCIO LATCO S.A. A2 en respuesta a la objeción presentada por **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**
7. Derecho de petición elevado a la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI, con constancia de radicación.
8. Derechos de petición elevados a CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. con constancia de radicación.
9. Derechos de petición elevados al CONSORCIO LATCO S.A. A2 con constancia de radicación.
10. Memorial radicado ante el Juzgado 16 Civil del Circuito de Cali, solicitando compulsar copias para que sea remitido a este proceso, las documentales que obran en el proceso de responsabilidad civil contractual que cursa entre las mismas partes, bajo radicación 760013103016-2021-00322-00.
11. Escrito de llamamiento en garantía efectuado a CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., en cuaderno aparte.

b. Interrogatorio de parte:

Respetuosamente solicito ordenar y hacer comparecer a su Despacho a quienes integran la parte demandante, para que en audiencia pública absuelva el interrogatorio que verbalmente o mediante cuestionario escrito le formularé sobre los hechos en los que se sustenta la demanda. Esto es, a los siguientes:

- Representante legal de la sociedad LATINOAMERICANA DE LA CONSTRUCCIÓN S.A. o quien haga sus veces.
- Representante legal de la sociedad A2 CONSTRUCTORA S.A.S. o quien haga sus veces.

Igualmente, solicito respetuosamente se me permita efectuar el interrogatorio de parte al representante legal de la codemandada CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A.

c. Declaración de parte:

Conforme a lo establecido en el artículo 200 del Código General del Proceso, solicito se haga comparecer al representante legal de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** para efectos de que agotar la declaración de parte de aquel por medio de cuestionario verbal o escrito que se presentará en la audiencia que para tal fin señale el Despacho, a fin de que declaren sobre los hechos de la demanda y las excepciones formuladas, concretamente frente a la exclusión en el contrato de seguro que se pretende afectar, la agravación del estado del riesgo amparado en la póliza vinculada, así como todos los demás puntos que resulten relevantes en relación con los medios exceptivos presentados con la contestación.

d. Testimoniales:

Respetuosamente solicito decretar la práctica del testimonio de las siguientes personas:

- Del Dr. **JUAN CARLOS LURDUY ALSINA**, identificado con cédula de ciudadanía 79783661 quien tiene domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. y puede ser citado en la calle 153 No. 16 C-68 de Bogotá, Valle, y al correo electrónico gerencia@jclurduy.com, ajustador de la firma JC Lurduy Asociados S.A.S., para que declare todo lo que le conste sobre el trámite adelantado por el demandante ante la Compañía Aseguradora con ocasión del hecho que dio origen al proceso, el aviso del siniestro, las solicitudes indemnizaciones y/o reclamaciones que hayan sido efectuadas, y en general todos los antecedentes del siniestro y las actuaciones realizadas por la compañía con ocasión a tal solicitud; igualmente, con el objeto de que declare sobre la forma en la que opera la Póliza No. 2235271-6, las condiciones generales de la misma, las modificaciones o inclusiones que se hayan efectuado a dicho contrato de seguro, las fechas en las que se produjeron y los efectos que genera respecto del aseguramiento la ausencia de notificación de la modificación del riesgo asegurado.
- De la Dra. **ÁNGELA MARÍA TOMBE**, identificada con cédula de ciudadanía No. 67017051, quien puede ser citada en la Carrera 63 No. 49 A – 31 Piso 1 en Medellín, Antioquia, y al correo electrónico notificacionesjudiciales@suramericana.com, analista de cumplimiento regional de SURAMERICANA, para que declare sobre los antecedentes de suscripción de la póliza de seguro No. 2235271-6, cuales son los criterios que se tienen en cuenta para calcular el pago de la prima, y en general todo lo relacionado con la etapa precontractual de dicho aseguramiento.
- De la Dra. **ISABELLA CARO OROZCO**, identificada con cédula de ciudadanía 114.470.541, quien tiene domicilio en la ciudad de Cali y puede ser citada en la Carrera 85 No. 15-88 piso 2 de la ciudad de Cali, Abogada Asesora Jurídica Externa de la **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** con el objeto de que se pronuncie sobre los hechos en que se fundamentan las excepciones propuestas, y en especial para que deponga sobre la exclusión en el contrato de seguro que se pretende afectar, la agravación del estado del riesgo amparado en la póliza vinculada, y demás condiciones particulares y generales del referido aseguramiento.
- Del señor **CESAR RICARDO ORTEGA MUÑOZ**, identificado con cédula de ciudadanía 76333273, quien puede ser citado en la Carrera 98 # 53-181 de Cali, Valle, y en el correo electrónico proyectos.cesar@latcosa.com, en su calidad de director de la obra; del señor **ASCENCIO DUCUARA EVELIO** identificado con cédula de ciudadanía 14012476, quien puede ser citado en la Carrera 49H # 56-38 de Cali, Valle, y en el correo electrónico evelioascensio1983@gmail.com, en su calidad de oficial de obra; del señor **BELTRAN ROSERO MAURICIO EMILIO**, identificado con cédula de ciudadanía 94422427, quien puede ser ubicado en la Carrera 26K # 114-24, de Cali, Valle, y en el correo electrónico mauriciobeltran6@hotmail.com, en su calidad de oficial de obra; del señor **JESUS MARIA ORTIZ CABEZAS** identificado con cédula de ciudadanía 87433755, quien puede ser citado en la Carrera 4C1 # 66-69, de Cali, Valle, y en el correo electrónico jemorca08@hotmail.com en su calidad de supervisor de la obra; y de la señora **DIANA CRISTINA BUITRAGO BASTIDAS** identificada con cédula de ciudadanía No. 1144151152, quien puede ser citada en la Carrera 3 EN # 70-90, de Cali, Valle, y en el correo electrónico cris_diana_1891@hotmail.com, en su calidad de auxiliar de obra. Para que declaren sobre todo lo relacionado con la ejecución de la obra, la fecha límite con la que inicialmente se contaba para entregar la obra, la fecha en la que efectivamente se entregó la obra, y todo lo demás que resulte relevante en relación con este aspecto.

e. Solicitud para emisión de oficios, requiriendo informes y prueba documental:

Solicito respetuosamente al Despacho se libren los siguientes oficios:

- Se oficie a la **Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI**, para efectos de que remita en su integridad, con destino a este proceso, la siguiente documentación:

1. Propuesta económica presentada por el CONSORCIO LATCO S.A. A2, a la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI, para la construcción de 400 apartamentos VIP en el Proyecto “Ciudadela Rio Cauca II” dentro del marco del Programa “Plan Jarillon Rio Cauca y Obras Complementarias en el Municipio Santiago de Cali - PJAOC”.
2. Remisión de copia del contrato de obra del 18 de julio de 2018 suscrito entre la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI, y el CONSORCIO LATCO S.A. A2, conformado por las sociedades LATCO S.A. Y A2 CONSTRUCTORA S.A.S., y que fue celebrado para la construcción de 400 apartamentos VIP en el Proyecto “Ciudadela Rio Cauca II” dentro del marco del Programa “Plan Jarillon Rio Cauca y Obras Complementarias”.
3. Todas las modificaciones OTROSÍ que se suscribieron en relación con al contrato de obra del 18 de Julio de 2018 suscrito entre la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI, y el CONSORCIO LATCO S.A. A2, conformado por las sociedades LATCO S.A. Y A2 CONSTRUCTORA S.A.S., y que fue celebrado para la construcción de 400 apartamentos VIP en el Proyecto “Ciudadela Rio Cauca II” dentro del marco del Programa “Plan Jarillon Rio Cauca y Obras Complementarias”.
4. Remisión de copia del contrato del interventor y/o supervisor contratado para supervisar y representarlo frente al constructor durante la ejecución del contrato de obra del 18 de Julio de 2018, suscrito entre la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI, y el CONSORCIO LATCO S.A. A2.
5. Remisión de copia de todos y cada uno de los informes del interventor y/o supervisor o quien haga sus veces durante y después de la finalización de la construcción de la obra concertada en el contrato de obra del 18 de Julio de 2018, suscrito entre la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI, y el CONSORCIO LATCO S.A. A2.
6. Remisión de copia de actas de entrega de los 400 apartamentos construidos, concertados en la obra concertada en el contrato de obra del 18 de Julio de 2018, suscrito entre la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI, y el CONSORCIO LATCO S.A. A2.
7. Remisión de copia de Acta de inicio de obra, en relación con el contrato de obra del 18 de Julio de 2018, suscrito entre la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI, y el CONSORCIO LATCO S.A. A2.
8. Remisión de copia de Acta de finalización de obra concertada en el contrato de obra del 18 de Julio de 2018, suscrito entre la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI, y el CONSORCIO LATCO S.A. A2.
9. Remisión de copia de Póliza de cumplimiento que se obtuvo para garantizar las obligaciones que contrajo el CONSORCIO LATCO S.A. A2. para la ejecución o realización de la obra.
10. Remisión de copia de la póliza que garantice la calidad y estabilidad de la obra o construcción efectuada, y que debió haber obtenido por el CONSORCIO LATCO S.A. A2. para la ejecución o realización de la obra.
11. Remisión de copia de la póliza que garantice el buen manejo, correcta inversión del anticipo, amortización y devolución, que debió haber obtenido por el CONSORCIO LATCO

S.A. A2. para la ejecución o realización de la obra concertada en el contrato de obra del 18 de Julio de 2018.

12. Remisión de copia de la reclamación o solicitudes de pago de indemnización efectuadas por la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI al asegurador del cumplimiento, de la calidad y de la estabilidad de la obra confeccionada, y del buen manejo, correcta inversión del anticipo, amortización y devolución.

13. La respuesta, las liquidaciones de siniestro, los pagos que hubiese recibido del asegurador, que haya sido emitida en virtud de las solicitudes o reclamaciones, reclamación o solicitudes de pago de indemnización efectuadas por la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI al asegurador del cumplimiento, de la calidad y de la estabilidad de la obra confeccionada, y del buen manejo, correcta inversión del anticipo, amortización y devolución.

14. Remisión de copia de Póliza de responsabilidad civil profesional que se tomó para la construcción de la obra concertada en el contrato de obra del 18 de julio de 2018.

15. Documentales relativas al proceso de selección que se adelantó para la elección de CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., dentro del marco del Proyecto “Ciudadela Rio Cauca II” dentro del Programa “Plan Jarillon Rio Cauca y Obras Complementarias”.

- Se oficie al **CONSORCIO LATCO S.A. A2**, y a **CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A.**, para que se remitan en su integridad, con destino a este proceso, la siguiente documentación:

1. Propuesta económica presentada por el CONSORCIO LATCO S.A. A2, a la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI, para la construcción de 400 apartamentos VIP en el Proyecto “Ciudadela Rio Cauca II” dentro del marco del Programa “Plan Jarillon Rio Cauca y Obras Complementarias en el Municipio Santiago de Cali - PJAOC”.

2. Remisión de copia del contrato de obra del 18 de julio de 2018 suscrito entre la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI, y el CONSORCIO LATCO S.A. A2, conformado por las sociedades LATCO S.A. Y A2 CONSTRUCTORA S.A.S., y que fue celebrado para la construcción de 400 apartamentos VIP en el Proyecto “Ciudadela Rio Cauca II” dentro del marco del Programa “Plan Jarillon Rio Cauca y Obras Complementarias”.

3. Todas las modificaciones OTROSÍ que se suscribieron en relación con al contrato de obra del 18 de Julio de 2018 suscrito entre la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI, y el CONSORCIO LATCO S.A. A2, conformado por las sociedades LATCO S.A. Y A2 CONSTRUCTORA S.A.S., y que fue celebrado para la construcción de 400 apartamentos VIP en el Proyecto “Ciudadela Rio Cauca II” dentro del marco del Programa “Plan Jarillon Rio Cauca y Obras Complementarias”.

4. Remisión de copia del contrato del interventor contratado para supervisar y representarlo frente al constructor durante la ejecución del contrato de obra No. 41455 del 09 de noviembre del 2018, suscrito entre el CONSORCIO LATCO S.A. A2 y CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A.

5. Remisión de copia del contrato del contralor de recursos y de ejecución de la obra, que, de acuerdo con la cláusula tercera del OTROSÍ No. 1 del 09 de noviembre del 2019, habría sido contratado para supervisar las plantas de producción de todo el material que adquiriera el Consorcio y que todos los recursos se estuvieran destinando de forma exclusiva para terminar el contrato de obra No. 41455 del 09 de noviembre del 2018, suscrito entre el CONSORCIO LATCO S.A. A2 y CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A.

6. Todos los informes y comunicaciones emitidos por el interventor, el supervisor y el contralor de recursos y de ejecución de la obra, antes y después de la celebración del OTROSÍ del 09 de noviembre del 2019.
7. Remisión de copia de todos y cada uno de los informes del interventor, durante y después de la finalización de la construcción de la obra concertada en el del contrato de obra No. 41455 del 09 de noviembre del 2018, suscrito entre el CONSORCIO LATCO S.A. A2 y CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A.
8. Remisión de copia de actas de entrega de obra concertada en el contrato de obra No. 41455 del 09 de noviembre del 2018, suscrito entre el CONSORCIO LATCO S.A. A2 y CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A.
9. Remisión de copia de Acta de inicio de obra, en relación con el contrato de obra No. 41455 del 09 de noviembre del 2018, suscrito entre el CONSORCIO LATCO S.A. A2 y CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A.
10. Remisión de copia de Acta de finalización de obra concertada en el contrato de obra No. 41455 del 09 de noviembre del 2018, suscrito entre el CONSORCIO LATCO S.A. A2 y CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A.
11. Documentales relativas al proceso de selección que se adelantó para la elección de CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., dentro del marco del Proyecto “Ciudadela Rio Cauca II” dentro del marco del Programa “Plan Jarillon Rio Cauca y Obras Complementarias”.
12. Se informe sobre los factores que conllevaron a la selección de CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., para la construcción de 400 apartamentos VIP en el Proyecto “Ciudadela Rio Cauca II” dentro del marco del Programa “Plan Jarillon Rio Cauca y Obras Complementarias”.
13. Se informe si, como consecuencia de la ejecución del contrato de obra No. 41455 del 09 de noviembre del 2018, el CONSORCIO LATCO S.A. A2 impuso a CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., multas de conformidad con el procedimiento previsto en la cláusula vigésimo primera de dicho negocio jurídico.
14. Se informe si, como consecuencia de la ejecución del contrato de obra No. 41455 del 09 de noviembre del 2018, el CONSORCIO LATCO S.A. A2 cobró a CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., el pago de la cláusula penal prevista en la cláusula vigésimo segunda de dicho negocio jurídico.
15. Todas y cada una de las actas de todas y cada una de las sesiones o reuniones que se adelantaron ante el Comité de obra e informes, desde la fecha de suscripción del contrato de obra No. 41455 del 09 de noviembre del 2018 y el OTROSÍ de fecha del 09 de noviembre del 2019, hasta la entrega final de la obra.
16. Cotización 1711-008 REV.5 de fecha del 14 de agosto del 2018, y todas las demás cotizaciones que se hubieran producido.
17. Copia del cronograma de la obra.
18. Copia del plan de manejo e inversión del anticipo.
19. Copia del presupuesto de la obra.
20. Copia del listado de recursos.
21. Copia de las especificaciones técnicas del presupuesto.
22. Copia de las especificaciones de entregas firmadas y aceptadas por las partes.
23. Copia de las modificaciones o cambios que hubiesen convergido por escrito entre los representantes legales de las partes durante la ejecución del contrato de obra.
24. Documentos que contengan y acrediten los planos detallados para la construcción.
25. Documentos que acrediten la entrega o suministro de los materiales por parte CONSORCIO LATCO S.A. A2.
26. Documentos que acrediten el contenido y entrega de diseños y construcción de la cimentación.

27. Documentos que contengan, los diseños estructuras, constructivos, eléctricos, hidráulicos Etc. y la entrega de los mismos.
28. Todos los documentos en los que el contratista hubiese expresado el rechazo de cualquier parte de la obra o trabajos realizados, o en los que hubiera indicado que lo hecho no corresponde a las especificaciones del contrato.
29. Documento que contenga el listado de relación de los materiales requeridos o pedidos por el contratista, documento que integran (listado de recursos básicos de la cotización).
30. Documentos que acrediten que el Consorcio suministró esos materiales a los que se refiere el numeral anterior.
31. Relación de materiales adicionales o de mayor cantidad de los mismos que fueron suministrados por el contratista, constancias de suministro, entrega o utilización, Etc.
32. Documentos sobre diseños o especificaciones técnicas que el CONSORCIO LATCO A2 S.A. hubiere entregado al contratista, para establecer si es procedente o no realizar ajustes, modificaciones o correcciones de los diseños y las especificaciones técnicas.
33. Documentos que acrediten la solicitud de cambios de diseño emanados por el Consorcio contratante y el detalle en qué consistieron, si fueron aceptados y aplicados o no y que costos adicionales implicaron.
34. Comunicaciones, solicitudes, o quejas, relacionados con la calidad, características de los materiales suministrados por el CONSORCIO LATCO S.A. A2.
35. Los documentos que contengan los flujos de caja que CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. debía proyectar de forma quincenal de acuerdo con la cláusula primera del OTROSÍ del 09 de noviembre del 2019.
36. Documentos relacionados con las instrucciones que CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A. haya impartido a instituciones financieras para la destinación de dineros al CONSORCIO LATCO S.A. A2, cantidades y fechas en las que se hayan efectuado, y que todos aquellos documentos que acrediten que el desembolso efectivamente se efectuó al CONSORCIO LATCO S.A. A2.
37. Actas parciales de obra que se adelantaron para llevar la historia de entrega de los anticipos efectuados por el CONSORCIO LATCO S.A. A2, y de su costo.
38. Acta final de obra que incluye las actas parciales de obra y los anticipos efectuados por el CONSORCIO LATCO S.A. A2.
39. Documentos de manifestación de que recibe a satisfacción las obras a cargo del contratista.
40. Relación del estado económico del contrato y su estado de cuenta.
41. Relación de las modificaciones realizadas al Contrato, con indicación de las prórrogas concedidas al contratista.
42. Constancias y documentos que certifiquen que el contratista se encontraba al día en el pago de todas las obligaciones laborales conforme lo dispuesto en la ley.
43. Copia de los planos en los que se indique localización detallada y clase de obras ejecutadas.
44. Copia de manual o Dossier de calidad en el que se remitan: fichas técnicas, certificados de calidad, pruebas ejecutadas para la aprobación de materiales y equipos, certificados de garantía, manuales de operación, manuales de mantenimiento (indicando frecuencia de los mantenimientos), listado de proveedores de los insumos o suministros empleados y las especificaciones técnicas de los elementos entregados (referencias de productos) y certificados de capacitaciones realizadas al personal que se han indicado frente al uso y manejo de los diferentes equipos y materiales.
45. Copia del paz y salvo de calidad, HSE, costos y almacén.
46. Copia del paz y salvo del ministerio de trabajo expedido por la autoridad complementaria de la región en donde se contrató al personal.

47. Copia de la relación del personal vinculado para la ejecución de la obra, y de las liquidaciones finales de todo el personal que laboró dentro de la obra a satisfacción del contrato.
 48. Copia de las planillas de aportes al sistema integral de seguridad social y parafiscales, incluyendo el pago FIC debidamente canceladas de acuerdo con el último periodo de vinculación del personal.
 49. Copia del paz y salvo de las liquidaciones finales de todo el personal que vinculó el contratista para ejecutar el objeto contractual.
 50. Acta de Recibo y Entrega final debidamente firmada por el contratante y el representante de la contratista.
 51. Copia de la certificación al contratista de la ARL de los incidentes de trabajo reportados durante la ejecución de la obra.
 52. Las documentales que versan en relación con el proceso de responsabilidad civil contractual que cursa entre las mismas partes y en este mismo Juzgado, bajo radicación 760013103016-2021-00322-00.
- Se oficie al **CONSORCIO LATCO S.A. A2**, para que se remitan en su integridad, con destino a este proceso, la siguiente documentación:
1. Copia de las constancias de pago de las contribuciones y aportes que al Sistema de la Protección Social fueron efectuados por el CONSORCIO LATCO S.A. A2, desde el 09 de noviembre del 2018 hasta el mes de noviembre del 2020, a la actualidad, por concepto de pago de seguridad social a trabajadores a su cargo, en virtud del contrato de obra 41455 y del otrosí No. 01 del 09 de noviembre del 2019.
 2. Copias de los contratos celebrados para la ejecución del contrato de obra 41455 y del otrosí No. 01 del 09 de noviembre del 2019.
 3. Copia de las propuestas y cotizaciones emitidas en virtud del contrato de obra 41455 y del otrosí No. 01 del 09 de noviembre del 2019.
 4. Copia de todos y cada uno de los documentos que acrediten en forma detallada que todos los pagos que supuestamente realizó el CONSORCIO LATCO S.A. A2, en virtud del contrato de obra 41455 y del otrosí No. 01 del 09 de noviembre del 2019, incluyendo pero sin limitarse a las facturas, constancias de entrega de la materiales, actas de inicio y finalización de la obra, comprobantes de los pagos hechos con las colillas de los cheques, fecha de su realización, beneficiarios de los mismos, al igual que de los pagos realizados mediante transferencias electrónicas con los extractos, contabilidad de esas operaciones, comprobantes y soportes contables, constancia de sus ingresos salariales y por otros conceptos, donde aparezca la cuantía de los mismos, origen de los fondos o recursos, naturaleza de los mismos, monto y constancias de la ejecución de ese presupuesto.

En atención a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso, manifiesto al Despacho que la información que se requiere que sea oficiada, fue solicitada a la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI, a CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., y al demandante CONSORCIO LATCO S.A. A2, mediante derecho de petición radicado a su correo de notificaciones electrónicas, el 12 de noviembre del 2021, el 17 de noviembre del 2021, el 13 de diciembre del 2021 y el 14 de diciembre del 2021; tal y como acredito con las constancias de radicación que aporto a la presente.

f. Prueba de exhibición de documentos:

Solicito al juez que ordene al CONSORCIO LATCO S.A. A2, y a CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., que exhiban en este proceso, por ser documentos que se encuentran en copia y en original en los archivos de la parte demandante y la codemandada, toda la

documentación que a ellos fue solicitada mediante derecho de petición y que se relacionó en la solicitud probatoria anterior; con lo cual se demostrará que aquellas partes no dieron cumplimiento con las obligaciones que les correspondía, de cara a lo convenido en el contrato de obra No. 41455 del 09 de noviembre del 2018 y del OTROSÍ del 09 de noviembre del 2019.

La anterior solicitud la formulo con apego al artículo 266 del C.G.P., pues he indicado en poder de quién se encuentran, qué es lo que se busca acreditar con dicha documentación y he identificado la información requerida en denominación y autoría.

g. Solicitud de prueba trasladada:

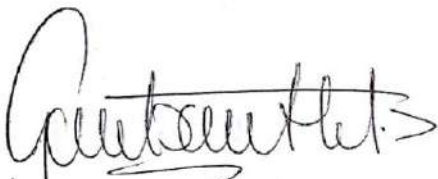
De conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 del Código General del Proceso, solicito respetuosamente se decrete, como prueba trasladada, toda aquella que sea practicada o que se vayan a practicar, en el transcurso del proceso de responsabilidad civil contractual que cursa entre las mismas partes y en este mismo Juzgado, bajo radicación 760013103016-2021-00322-00.

VII. NOTIFICACIONES

La parte actora y la codemandada CONSTRUCCIONES PREFABRICADAS S.A., recibirán notificaciones en el lugar indicado en el escrito de la demanda y en el de la contestación de dicha accionada.

A mi procurada **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** y al suscrito en la Avenida 6A Bis No. 35N-100, Oficina 212 del Centro Empresarial Chipichape, ubicado en la ciudad de Cali, o en la dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA

C.C No. 19.395.114 de Bogotá D.C

T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.



**LA DIRECTORA DE LA UNIDAD DE REGISTRO NACIONAL DE ABOGADOS Y
AUXILIARES DE LA JUSTICIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**

CERTIFICA

Certificado de Vigencia N.: 300395

Que de conformidad con el Decreto 196 de 1971 y el numeral 20 del artículo 85 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura regular, organizar y llevar el Registro Nacional de Abogados y expedir la correspondiente Tarjeta Profesional de Abogado, duplicados y cambios de formatos, previa verificación de los requisitos señalados por la Ley. También le corresponde llevar el registro de sanciones disciplinarias impuestas en el ejercicio de la profesión de abogado, así como de las penas accesorias y demás novedades.

Una vez revisados los registros que contienen la base de datos de esta Unidad se constató que el (la) señor (a) **CARLOS FERNANDO FORERO SANDOVAL**, identificado(a) con la **cédula de ciudadanía No. 13720651**., registra la siguiente información.

VIGENCIA

CALIDAD	NÚMERO TARJETA	FECHA EXPEDICIÓN	ESTADO
Abogado	145518	24/01/2006	Vigente

En relación con su domicilio profesional, actualmente aparecen registradas las siguientes direcciones y números telefónicos:

	DIRECCIÓN	DEPARTAMENTO	CIUDAD	TELEFONO
Oficina	AV 4BN NO 58N - 60 TORRE C APTO 301	VALLE	CALI	6657948 - 3187679102
Residencia	AV 4BN NO 58N - 60 TORRE C APTO 301	VALLE	CALI	6657948 - 3187679102
Correo	CARLOSFFS@GMAIL.COM			

Se expide la presente certificación, a los **9** días del mes de **junio** de **2022**.

MARTHA ESPERANZA CUEVAS MELÉNDEZ
Directora

Notas 1- Si el número de cédula, los nombres y/o apellidos presentan error, favor dirigirse a la Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia.

2- El documento se puede verificar en la página de la Rama Judicial www.ramajudicial.gov.co a través del número de certificado y fecha expedición.

3- Esta certificación informa el estado de vigencia de la Tarjeta Profesional, Licencia Temporal, Juez de Paz y de Reconsideración