



Bogotá D.C., diciembre de 2023.

Señores

JUZGADO SESENTA Y DOS (62) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

cmpl62bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

PROCESO: VERBAL

RADICADO: 110014003062-2023-00385-00

DEMANDANTE: PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA FFIE.

DEMANDADO: GMP INGENIEROS S.A.S Y GUSTAVO ADOLFO TORRES COMO INTEGRANTES DE LA UT GMP, Y LA EQUIDAD SEGUROS O.C.

ASUNTO: DESCORRE TRASLADO DE EXCEPCIONES.

JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de apoderado de la demandante, por medio del presente escrito, de la manera más respetuosa me permito descorsar el traslado de las excepciones propuestas por la demandada **LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C.** en su escrito de contestación de demanda, en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD

Indica el Código General del proceso en su artículo 370 lo siguiente:

ARTÍCULO 370. PRUEBAS ADICIONALES DEL DEMANDANTE. *Si el demandado propone excepciones de mérito, de ellas se correrá traslado al demandante por cinco (5) días en la forma prevista en el artículo 110, para que este pida pruebas sobre los hechos en que ellas se fundan.*

En adición a lo anterior, el párrafo del artículo 9 de la Ley 2213 de 2022, indica:

“PARÁGRAFO. *Cuando una parte acredite haber enviado un escrito del cual deba correrse traslado a los demás sujetos procesales, mediante la remisión de la copia por un canal digital, se prescindirá del traslado por Secretaría, el cual se entenderá realizado a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a contarse cuando el iniciador recepciones acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje.”.*

Mediante correo de fecha 23 de noviembre de 2023, el apoderado de la demandada **LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C.** remitió el escrito de contestación de demanda, por lo cual el presente documento se radica dentro del término legal, en ese sentido el término culmina el 04 de diciembre de 2023.

II. A LAS EXCEPCIONES

1. A LA EXCEPCIÓN “CONTRATO NO CUMPLIDO SEGÚN EL ARTÍCULO 1609 DEL CÓDIGO CIVIL”

Como argumento de la presente excepción la aseguradora desconoce y niega plenamente los incumplimientos al contrato incurridos por el contratista UT GMP, y que se encuentran debidamente soportados en los informes de interventoría.

Para descorrer de forma efectiva la presente excepción se realizará un pronunciamiento sobre cada uno de sus subtítulos:

1.1. Al enunciado “Frente al incumplimiento de la contratante en la definición del alcance del contrato – falla estructural del proyecto”

En lo que respecta al porcentaje de ejecución del contratista previo, no existía la obligación del PA-FFIE de indicar el porcentaje de ejecución del contratista anterior, por cuanto este contrato terminó de manera anticipada y por causal de incumplimiento; adicionalmente, estaba estructurado con una modalidad de precio global fijo y contra el avance de hitos, los cuales no necesariamente reflejaban el verdadero avance físico de las obras.

Por tal razón, la invitación abierta 008 de 2019, establece que la tarea inicial a ejecutar por el contratista asignado, en este caso la UT GMP, consistía en la



elaboración de un informe diagnóstico, producto del cual se determinaba el presupuesto que incluye las cantidades de obra e ítems no previstos a ejecutar.

Siendo consecuente con lo anterior, el contratista suscribió acta de visita preliminar al sitio de obra el 12 de febrero de 2020, la cual fue reanudada el 4 de agosto de 2020.

Por su parte, frente a la manifestación que *“Pese a que el contrato se firmó el 27 de diciembre de 2019 y el acta de inicio se suscribió el 27 de julio de 2020, el Consorcio Mota Engil continuaba realizando obras de post venta en el terreno, inclusive, hasta el 26 de noviembre de 2020; por lo cual resultaba imposible para el contratista UT GMP iniciar con la obra a la par que el PA FFIE no aclaraba cual era el alcance del objeto contractual.”* Es preciso indicar, que el contratista solo entregó las pólizas de conformidad con las exigencias contractuales hasta el 14 de abril de 2020, día en que fueron aprobadas por parte de Alianza Fiduciaria en su condición de vocero y administrador del PA FFIE a través de radicado de aprobación, tal como consta en la documental anexa.

Ahora bien, es cierto que el acta de inicio del contrato fue suscrita por las partes el 30 de junio de 2020 y ello se debió a que solo hasta ese momento pudo hacerse la entrega del predio por cuanto el mismo estaba en tenencia del anterior contratista, lo cierto es que, esta circunstancia no generó ningún efecto frente a los plazos del contrato que no habían iniciado a contabilizarse. Adicionalmente, el contratista solo estaba obligado a mantener su personal solamente a partir del acta de inicio, por lo que tampoco se podría alegar la generación de costos administrativos.

Frente a la afirmación *“En ese sentido, ante la ausencia de determinación de dicho alcance, resulta evidente e inevitable la imposibilidad de la UT GMP de elaborar el presupuesto del contrato y, consecuentemente, de iniciar la ejecución de las obras. Máxime por cuanto el 26 de noviembre de 2020 el anterior contratista aún se encontraba realizando obras en el terreno”, “solo hasta el 26 de noviembre de 2020 se pudo firmar el otrosí No. 1 al contrato 1380-1061-2019 donde se modificó el valor del contrato en un 514,30% dada la determinación del alcance de las obras necesarias para culminar la construcción de la institución educativa Antonio José Camacho Sede República del Perú. Adicionalmente, el Otrosí también amplió el plazo de ejecución del contrato a 3 meses”*

Dichas situaciones concuerdan con lo indicado en las suspensiones y prórrogas, sin embargo, los argumentos planteados por la aseguradora, no fueron puestos de presente por el contratista, como salvedad en el otrosí firmado el día 26 de noviembre de 2020, por medio del cual se prorrogó por 60 días el plazo de ejecución, y se adicionó en \$606.495.447 el valor del contrato, el cual fue suscrito sin salvedades, aceptando su ejecución, por lo que posteriormente no puede entrar a discutir un asunto que no lo hizo en la oportunidad correspondiente.

1.2. Al enunciado “Frente al incumplimiento de la contratante en la demora de aprobación de obras adicionales.”

Se contestarán uno a uno los argumentos planteados por la aseguradora en los siguientes términos:

EXCEPCIÓN	DESCORRE	CARPETA DE PRUEBAS
<p>1. “Actividades de Demolición, Cimentación y Escalera (Según solicitud técnica se contempló la revisión de la cimentación, asumida en costo por el Contratista), hasta no ser revisada este contratista no se le permitiría la ejecución, por tal motivo y según lo dispuesto en el Cronograma de Obra se disponen 25 días de suministro y montaje de Estructura metálica, mas 15 días de cimentaciones y demoliciones según concepto técnico”</p>	<p>Se precisa que de acuerdo con lo indicado en el informe semanal del 11 al 17 de enero de 2021 y en el comité de obra del 12 de enero de 2021, se evidenció que, durante el proceso de excavación de la cimentación del pedestal de la escalera descubierta, las dimensiones y los ejes no corresponden a lo consignado en los planos estructurales, a lo que la interventoría manifestó que revisará los planos para emitir concepto técnico.</p> <p>De acuerdo con lo anterior, es de aclarar que la identificación tardía de esta actividad producto del atraso del contrato por falta de personal, NO presenta restricción para la demolición y posterior cimentación de la escalera descubierta, teniendo</p>	<p>1. DEMOLICIÓN</p>



	<p>en cuenta que estas actividades fueron aprobadas como parte de los ítems a ejecutar en el otrosí No. 1 del 26 de noviembre de 2020, tal como se presenta en las memorias de cálculo, presupuesto y radicados adjuntos. en este sentido, se hubiera requerido que el contratista presentara al contratista de interventoría y luego a la UG FFIE el presupuesto por las cantidades contractuales adicionales.</p>	
--	---	--

En aras de dar continuidad al proyecto, el contratista de obra debió presentar al contratista de interventoría y luego a la UG FFIE el presupuesto balanceado con las cantidades contractuales adicionales, con oportunidad para su gestión y aprobación. Sin embargo, dicho presupuesto balanceado solo fue radicado hasta el 2 de febrero de 2021 con oficio 2021-GMP-UTG-FFIE-EV-EX-CO-814 y observado por la interventoría mediante comunicado 2020-COP-1061-041 del 5 de febrero de 2021.

Así las cosas, la falta de cumplimiento, planificación y oportunidad en el desarrollo del contrato derivaron en la no aprobación del balance del presupuesto de forma oportuna (la fecha de aprobación del presupuesto es del 10 de marzo

	<p>de 2021 con radicado 2020-COP-1061-063), en aras de dar continuidad al contrato de obra y evitar las supuestas “restricciones”</p>	
<p>2. “Actividades de Muro de Drywall, según solicitud se contempló el cambio de especificación de dicho ítem, generando un nuevo ítem no previsto como “Viga Aérea en Superboard”, restringiendo dicha ejecución hasta aprobación del NP”</p>	<p>Se precisa que no es clara la afirmación realizada. Sin embargo, se interpreta que esta actividad hace parte de la placa descolgada encargada de tapar el frente de la cercha de cubierta en los pasillos del segundo piso.</p> <p>Luego de revisado el presupuesto aprobado para la suscripción del otrosí No. 1 el 26 de noviembre de 2020, contra el presupuesto radicado sin aprobación del 2 de febrero de 2021 (estando todavía vigente el contrato) se evidenció que en ambos documentos se presentan cantidades reportadas en la actividad 5.6.4 MURO EN DRY WALL DE 12 MM INCLUYE ESTRUCTURA METALICA , MASILLA , CINTA Y PRIMERA MANO DE PINTURA , VISTO DOS CARAS E=12 cms, siendo entonces en el presupuesto de noviembre 21.30m2 y en el presupuesto de 2 de febrero 80.64m2, es decir, que se presentó un incremento en la cantidad inicial de 59.34m2. Frente a esta situación el contratista debió presentar un balanceo del contrato de obra y el formato de mayores y menores cantidades, justificando lo mencionado.</p>	<p>2. MURO EN DRY WALL</p>

	<p>Así las cosas, esta actividad NO hace parte de las restricciones por los NPS no aprobados, por el contrario, nuevamente es clara la falta de oportunidad del contratista, frente a la radicación oportuna de los presupuestos, cronogramas, planes de acción que conllevaron a los retrasos que hoy se indican como circunstancias que impedían el avance de obra.</p>	
<p><i>“3.Actividades Hidrosanitarias, para construcción de RED PARALELA, al no ser aprobada por interventoría, dentro de las solicitudes realizadas previamente, no sería posible su ejecución y esto restringiendo otras actividades del alcance, como lo son: Pisos Baldosas, Enchapes, Demoliciones, y tuberías”</i></p>	<p>Se indica que, como parte de los hallazgos encontrados en el informe diagnóstico hidrosanitario radicado bajo consecutivo 2020-GMP-UTG-FFIE-EV-EX-CO-053 del 14 de julio de 2020, se evidenció en las conclusiones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • [...]” <i>Se deben reparar las fugas existentes de la red hidráulica en el sector de la cocina, lo que implica demoliciones parciales para identificar el origen del problema.</i> • <i>“Se deben reparar las fugas en baños del 1er piso para evitar desprendimientos de cerámica, daños mayores y posiblemente socavaciones de terreno.”</i> • <i>“Cambiar las válvulas de paso, y nuevamente realizar las pruebas para</i> 	<p>3. RED PARALELA</p>

verificar que las fugas estén solucionadas, en caso de no ser así, se recomienda levantar los pisos para verificar el estado de la red, y atacar el problema.”

De acuerdo con lo anterior, y como parte de lo enunciado en el anexo técnico, el contratista incluyó dentro del alcance el arreglo de dichas fugas. Sin embargo, solo hasta el 21 de diciembre de 2020 mediante comunicación 2020-GMP-FFIE-UTG-EV-EX-CO-641 el contratista radicó los planos con las posibles soluciones al problema encontrado 4 meses atrás, y esto por solicitud de la interventoría mediante oficio 2020-COP-1061-020 del 17 de diciembre de 2020, en el que se señaló ...”con el fin de hacer seguimiento y control a las actividades ejecutadas, donde evidenciamos la ausencia total por parte del contratista de obra, que directamente se ve reflejado en el atraso de las obras, pues a la fecha ocho (8) días después no se han culminado las actividades previas necesarias para iniciar las actividades en obra, lo cual representa un atraso del 10% del plazo total.”

Así mismo, mediante comité de seguimiento del 12 de enero de 2021 y comunicaciones 2020-

COP-1061-024 del 13 de enero de 2021 y 2020-COP-1061-029 del 20 de enero de 2021, la interventoría responde al contratista los motivos de la no aprobación de la red paralela:

[...]”para solicitar una aprobación se debe cumplir con los soportes técnicos y normatividad vigente, en ese sentido, presentar un plano en formato .dwg, requiere de su soporte técnico o cálculo que demuestre que el sistema propuesto cumple técnicamente, en este sentido, se le solicitó al contratista en comité del 12 de enero de 2021, presentar las dos alternativas de solución a las fugas hidrosanitarias, una proponiendo la red paralela, y otra proponiendo las reparaciones, anexando la cuantificación de las actividades en un presupuesto independiente, para ser analizado por la interventoría y así definir la opción más viable económicamente. (se anexa acta como evidencia).”

Aunado a lo anterior, en comité de seguimiento de 6 de enero de 2021, la interventoría manifestó que la UT GMP NO tiene claro, cuáles son los puntos de fuga de la red hidrosanitaria.

En consecuencia, se puede

	<p>concluir que la “restricción” argumentada por el contratista surge como consecuencia de la falta de planificación y oportunidad en la entrega de información requerida para el reinicio del contrato, ya que esta fue listada, aprobada e incluida en el presupuesto desde el 26 de noviembre de 2020 fecha de suscripción del otrosí No. 1.</p> <p>Aunado a lo anterior, se intenta argumentar alegando la propia culpa del contratista en su favor, pues se evidencia que conoció, se comprometió a subsanar unas fugas que nunca tuvo claras y al darse cuenta de esto propendió por presentar tardíamente una nueva alternativa constructiva sin seguir los requerimientos de la interventoría.</p>	
<p><i>“4. Actividades eléctricas, por ser la revisión previa del presupuesto, enmarcadas según las necesidades dispuestas por el FFIE, posterior a revisión por especialista eléctrico se solicitó la revisión de todo el alcance al presentar inconsistencias según lo encontrado en obra y lo aprobado en diseños, con lo cual</i></p>	<p>Como parte de los hallazgos encontrados en el informe diagnóstico eléctrico radicado bajo consecutivo 2020-GMP-UTG-FFIE-EV-EX-CO-122 del 10 de agosto de 2020, el contratista UT GMP manifestó:</p> <p><i>” No se evidencia totalizador en la caja de contador ni acometidas existentes.</i></p> <p><i>Se observa que contador está instalado en el acceso vehicular de la parte nueva y no existe</i></p>	<p>4. ELÉCTRICO</p>

se generarían precios no previstos para satisfacer dichas necesidades.”

caja de distribución en piso (según plano), la cual deriva en el circuito de ascensor y circuito de motobombas.

Se aprecia que en el segundo piso de los 2 bloques no existe bandeja porta cables, interruptores, tomacorrientes, lámparas led.

En zona de baños no se observa ningún tipo de instalaciones eléctricas.

En iluminación se encuentra instalada únicamente tubería eléctrica sin la presencia de ningún tipo de cableado eléctrico.

En primer piso se evidencio tramos parciales de bandeja Portacable.

En zona comedor, se resalta la ausencia de cableado, tomas eléctricas, interruptores, lámparas led.

Se debe identificar circuitos, código de colores y cargas de toda la red eléctrica.

Se debe maquillar todos los elementos instalados con identificación de tablero y circuito existente.

No presenta certificación Retie. [...]

De acuerdo con lo anterior, como parte de lo enunciado en el anexo técnico, el contratista debió incluir dentro del alcance contractual completar la instalación de las actividades eléctricas, radicación en Emcali y aprobación del certificador RETIE, para el funcionamiento y puesta en marcha de la IE. Sin embargo, solo hasta el 12 de enero de 2021, es decir, 5 meses después de suscrito el otrosí No. 1 con la adición al contrato de obra de los NPS y cantidades de obra sugeridas por el contratista, la UT GMP manifestó en comité de obra que las cantidades reportadas en el presupuesto de obra NO corresponden a la realidad el proyecto y que se debe realizar una revisión para constatar las cantidades reales para balancear el presupuesto.

En consecuencia, si hubiera sido posible continuar con el suministro, instalación, radicación y aprobación de estas actividades y diseños del componente eléctrico, ya que

	<p>como se indicó en el acta No. 5, las NPS aprobados sí corresponden a lo adicionado, solo discrepan las cantidades, lo cual no condicionaba el avance en la ejecución de las obras.</p>	
<p>5. <i>La solicitud de Diseño y Construcción de apantallamiento, restringen la certificación RETIE y terminación Eléctrica de la pertinente Institución Educativa</i></p>	<p>Se precisa que dentro del alcance diagnóstico presentado por la UT GMP, NO se evidenció la necesidad del diseño y construcción del apantallamiento, lo cual representa un incumplimiento al anexo técnico del contrato 1380-1061-2019. Con sustento en lo anterior, solo hasta el 21 de enero de 2021 el contratista de obra mediante comunicación 2021-GMP-UTG-FFIE-EV-EX-CO-782, realiza la radicación inicial del presupuesto, informe y cronograma de ejecución de esta actividad, <u>es decir, a 16 días de la terminación del plazo contractual,</u> cabe aclarar que la aprobación de esta actividad se dio el 18 de febrero de 2021 mediante comunicado 2020-COP-1061-051 por parte de la interventoría Cinco Opciona y después de varias devoluciones con solicitudes de correcciones al presupuesto, informe y cronograma de ejecución de esta actividad.</p> <p>Frente a lo indicado por el contratista con respecto a que la solicitud de aprobación y diseño de apantallamiento restringe la certificación RETIE, existe total</p>	<p>5. APANTALLAMIENTO</p>

	<p>desacuerdo, ya que, la UT GMP mediante comunicado 2021-GMP-UTG-FFIE-EV-EX-CO-789 con fecha del 28 de enero de 2021, informó sobre la visita del certificador Retie a la obra, el cual solo <i>recomienda</i> el cambio de las lámparas instaladas consistentes a luminaria led 18W, por unas lámparas herméticas 2 x 18 W. Así las cosas, NO se evidencia restricción de la actividad enunciada.</p> <p>Inclusive se precisa que la visita de dicho certificador se realizó sin presencia de la interventoría y del supervisor de la UG FFIE y estando suspendido el contrato de obra, lo cual va en contra de lo indicado en el anexo técnico, tal como se evidencia en correspondencia cruzada del 19 y 20 de febrero de 2021.</p>	
<p><i>“6 Suministro e instalación de Puertas, demolición de columnetas, y reconstrucción de vanos restringen las terminaciones en pisos y acabados”</i></p>	<p>Se indica que, mediante comunicación 2020-GMP-FFIE-UTG-EV-EX-CO-587 del 5 de diciembre de 2020, el contratista de obra manifestó los hallazgos encontrados:</p> <p><i>“Las alturas reportadas en la cimentación del elevapersonas, según especificaciones de equipo se requerirán mayores(sic)</i></p> <p><i>Se requiere reemplazar las puertas, por tal razón</i></p>	<p>6. PUERTAS</p>

se solicitará, suministro e instalación de Puerta metálica entamborada.”

Como parte de los anexos a dicha solicitud, se relaciona el presupuesto y memorias de cantidades de obra, en los cuales solo se evidencia 1 ítem NO previsto, que corresponde al “**SUMINISTRO E INSTALACION DE MARCOS PUERTAS LAMINA C.R. C18. INCLUYE ANTICORROSIVO, ESMALTE, ANCLAJE, BISAGRAS TIPO PESADO Y CARGUE EN MORTERO**”, es decir, las actividades de demolición de columnetas y reconstrucción de vanos eran contractuales y ejecutables.

En consecuencia, el contratista pudo haber contado con la aprobación de este ítem en los 2 meses de desarrollo del contrato (este comunicado fue recibido por el FFIE antes del reinicio del contrato (9 de diciembre de 2020), sin embargo, debido a la falta de precisión y oportunidad por parte de la UT GMP, este no pudo ser aprobado dentro del plazo contractual.

Por lo anterior, NO se puede afirmar que hay una restricción, ya que fue una actividad identificada con antelación, que no fue gestionada con oportunidad.

<p>“7. <i>Inconsistencias técnicas en la cimentación de la Institución Educativa que restringen las estructuras Metálicas y eleva personas.</i>”</p>	<p>Encontramos que no es clara la aseveración respecto de las inconsistencias técnicas en la cimentación de la IE, por lo que bajo el entendimiento técnico esta se encontraría subsumida dentro de la respuesta al numeral 1.</p>	<p>1. DEMOLICIÓN</p>
<p>8. Otras actividades mencionadas en el cuadro aportado por el apoderado.</p>	<p>8.1. Resanes:</p> <p>El contratista manifiesta que la actividad de resanes es una restricción. Al respecto, técnicamente esta actividad no presenta una restricción, ya que es posible su ejecución una vez se realice la protección de las áreas aledañas durante el proceso y realizando el aseo una vez se finalice con la ejecución.</p> <p>Teniendo en cuenta lo anterior, no es clara la afirmación realizada en el documento ya que dichos resanes eran perfectamente ejecutables, tanto así que fueron iniciados por parte del contratista de obra de acuerdo con lo indicado en los informes semanales No. 12, 13 y 14.</p> <p>8.2 Pulida y brillada de granito, incluye resanes y juntas</p> <p>Indica el contratista: <i>...” esta actividad no se puede ejecutar hasta que se finalicen las obras de resanes, que se solicitaron</i></p>	<p>8. OTRAS ACTIVIDADES</p>

como no previsto". Frente a esta afirmación se aclara que técnicamente Sí es posible realizar los resanes de los muros, la pulida y brillada del piso, ya que una actividad no es predecesora de la otra, para la ejecución de este ítem. Por lo tanto, se deben considerar los aspectos mencionados en el punto anterior, como la protección de la superficie con cartón, yumbolon y/o plástico en aras de evitar que los residuos entren en contacto con la superficie.

Así las cosas, **NO** existió restricción para el desarrollo de esta actividad.

8.3 Cubierta

El contratista UT GMP en comité de obra del 14 de enero de 2021, manifestó aval para el cambio de especificación de teja de cubierta en el área de pasillos únicamente, a lo que la interventoría indicó la necesidad de una radicación formal con esta solicitud. Por lo tanto, mediante comunicación 2021-GMP-FFIE-UTG-EV-EX-CO-737 del 19 de enero de 2021, el contratista solicitó a la interventoría la aprobación del cambio de especificación de teja de cubierta (teja tipo sándwich de 50mm a 30mm), argumentando un mejor

	<p>funcionamiento técnico y normativo.</p> <p>Al respecto, NO es correcto afirmar esto como una restricción, ya que desde el 26 de noviembre de 2020 con la suscripción del otrosí No. 1 el contratista tenía un cronograma de obra aprobado, en el cual se evidencia que el material debió estar en obra desde el 24 de noviembre de 2020, sin embargo, dicho cronograma no fue acorde a la realidad del contrato de obra, ya que no se actualizó con las novedades contractuales.</p> <p>Ahora bien, en el cronograma radicado el 13 de enero de 2021, el suministro e instalación de la teja debió iniciar desde el 19 de enero hasta el 27 de enero como fecha última, con una duración de 7.5 días. Así las cosas, se evidencia nuevamente falta de oportunidad, coordinación y gestión por parte del contratista ya que la radicación formal de la solicitud se dio el 13 de enero de 2021, ya que la actividad según el cronograma debía iniciar el 19 de enero y para la fecha de la solicitud debía contar con el aprovisionamiento. Es decir, con la radicación del cronograma debió iniciar casi en simultánea la actividad.</p>	
--	--	--

De acuerdo con lo anterior, se concluye que NO hay lugar a una restricción, sino por el contrario, los atrasos del contratista en la entrega de documentación contractual generaron este tipo de obstáculos al desarrollo del proyecto.

8.4 Acabado baranda

De acuerdo con lo indicado por el contratista de obra, esta actividad no pudo ser ejecutada ya que debió hacerse mantenimiento y pintura a la baranda existente. Sin embargo, técnicamente es posible realizar la fabricación y montaje de la baranda indicada en el numeral *12.2.5 BARANDA METALICA CORREDORES DE CIRCULACION, TUBO CIRCULAR EN ACERO GALVANIZADO DE 2" INCLINADO HACIA EL INTERIOR ANCLADA A BORDILLO DE CONCRETO CON PLATINAS DE 0,17 CM X 0,20 CM DE ACERO DE 1/4" Y CHAZO DE ANCLAJE DE 3/8" X 3" CON PLATINAS DE HIERRO LATERALES DE 3/8" X 2" Y PLATINAS INTERNAS DE 1/4" X 1 1/2" TUBO INTERNO EN ACERO DE 1 1/2" DOS MANOS DE ANTICORROSIVO Y ACABADO EN PINTURA ESMALTE*, pues durante el proceso de instalación de este

elemento previamente se debe proteger todas las superficies aledañas a esta, es decir, que técnicamente **NO** existe restricción para la ejecución de este ítem.

Aunado a lo anterior, se evidencia en los informes diarios No. 28, 29, 31 que la actividad fue ejecutada parcial o totalmente por el contratista de obra, ratificando lo enunciado y contradiciendo su actual postura.

8.5 Hidrofugo fachadas

De acuerdo con lo indicado por el contratista de obra, se decidió la creación de un ítem NO previsto, para la limpieza de las fachadas previo al hidrofugo, frente a esta afirmación y una vez revisado el presupuesto aprobado con en el otrosí No. 1 del 26 de noviembre se evidencia que si existe el ítem No. 21 denominado lavado de fachadas, refutando así el argumento expuesto sobre la restricción de dicha actividad.

Aunado a lo anterior, se evidencia en los informes diarios No. 37 y 38 que la actividad fue iniciada por el contratista de obra, contradiciendo su actual postura.

8.6 Concreto escobeadado para

	<p>andenes o rampas</p> <p>De acuerdo con lo indicado por el contratista, “se decidió en obra y se requirió que no se ejecutara dicha actividad”, frente a esta afirmación técnicamente no existe un ítem predecesor necesario para esta ejecución y finalización, aunado al hecho que es una actividad que no hace parte de la ruta crítica del proyecto, por lo tanto, en caso de no existir el NP creado, se podría legalizar con la radicación oportuna del presupuesto balanceado y ejecutar paralelamente las actividades contractuales.</p> <p>8.7 Aseo general</p> <p>De acuerdo con lo indicado por el contratista, “según la restricción de actividades, el aseo general no es posible su ejecución hasta la terminación de todas”, esta afirmación no es correcta técnicamente, pues esta actividad se realiza de manera gradual durante la ejecución del proyecto, por lo tanto, aunque no era posible ejecutarla en su totalidad, si era necesario ejecutarla parcialmente mientras se desarrollaba la obra, esto dando cumplimiento a lo indicado en los informe ambiental y SST presentados mensualmente por el contratista de obra e</p>	
--	--	--

	<p>interventoría, donde se refleja la conformidad de la normativa ambiental frente a la disposición de RCD (residuos de construcción y demolición), RESPEL (materiales peligrosos) y aseo general, así como el seguimiento y vigilancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo en aras de garantizar el bienestar y salubridad del personal de obra, administrativo y la comunidad aledaña al proyecto.</p>	
--	---	--

Por lo anterior, la excepción no está llamada a prosperar ante la claridad fáctica y contractual de los incumplimientos presentados por el contratista UT GMP, tal como es soportado en las documentales anexas.

2. A LA EXCEPCIÓN “INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE UNIÓN TEMPORAL GMP AL ENCONTRARSE ANTE LA CONFIGURACIÓN DE UNA CAUSA EXTRAÑA EXONERATIVA DE RESPONSABILIDAD – LA PANDEMIA COVID – 19, QUE CONSTITUYE UNA VERDADERA FUERZA MAYOR QUE ROMPE EL NEXO CAUSAL ENTRE EL PORCENTAJE PENDIENTE DE EJECUCIÓN Y LA ACTUACIÓN DEL CONTRATISTA.”

Tal y como se refleja en los hechos de la demanda y en la documental adjunta, el acta de inicio del contrato de obra 1380-1061-2019, se suscribió el día 30 de junio de 2020; dicho esto, el argumento planteado por la aseguradora, no encuentra asidero fáctico ni jurídico, por cuanto a la fecha de inicio del contrato se habían superado las circunstancias imprevisibles que pudieron ser consideradas como circunstancias de fuerza mayor, tales como el aislamiento obligatorio que inició el 16 de marzo de 2020, el cual fue levantado para la ejecución de obras el día 08 de abril de 2020, mediante Decreto 531 de 2020, con el requisito de dar cumplimiento a las medidas sanitarias establecidas por el gobierno.

Así, una vez la Presidencia levantó el aislamiento preventivo obligatorio, tanto el Gobierno nacional, departamental y municipal, establecieron medidas para la



ejecución de los proyectos, entre ellas la implementación del Plan de Aplicación del Protocolo de Seguridad en la Obra (PAPSO) situación que fue contemplada en la prórroga y adición al contrato tal como consta en el otrosí número 1 del 26 de noviembre de 2020, sin que el contratista hubiese dejado alguna manifestación sobre el particular.

Ahora bien, en lo que respecta a las circunstancias de orden público se precisa que el 3 de mayo de 2021, se suscribió la suspensión número 4 por el término de 17 días, mientras se superaban las circunstancias que afectaban el orden público. En virtud de esto, se suscribieron las respectivas prórrogas a la suspensión y originando el reinicio el 21 de junio de 2021.

Frente a la fuerza mayor, el artículo 64 del Código Civil, refiere:

“Artículo 64. Fuerza mayor o caso fortuito. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Es así como para la existencia de la fuerza mayor y el caso fortuito se requiere que concurra la imprevisibilidad y la irresistibilidad¹

La irresistibilidad se presenta cuando *“el deudor está imposibilitado para cumplir”*. Dicha irresistibilidad puede ser moral o física, y la imposibilidad de cumplir con la obligación *“no tiene que ser sobrehumana, sino una imposibilidad razonable”*. De igual forma la irresistibilidad no se predica del fenómeno sino de los efectos que este genera, y para su determinación es esencial el contenido de la obligación insatisfecha.²

En cuanto a la imprevisibilidad la doctrina lo ha definido como *“aquello que, pese a haber sido imaginado con anticipación, es súbito o repentino, o aquello que pese a*

¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 27 de mayo de 2004. Expediente 13610, Consejero ponente JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ

² Tamayo Jaramillo Javier, Tratado de la Responsabilidad Civil. Editorial Legis Tomo II., segunda edición. Bogotá D.C. 2011. Pág. 16.



la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras se produjo, así hubiese sido imaginado previamente a su ocurrencia.”³

Es por ello, que el demandado no puede pretender que la pandemia se catalogue de plano como evento de fuerza mayor o caso fortuito, por cuando de forma primigenia deberá analizarse si las medidas del gobierno, y las consecuencias sociales y económicas, se tornan en un imposible en un término absoluto para cumplir el contrato; situación alejada de la realidad del contrato 1380-1061-2019, por cuanto como se ha indicado, el acta de inicio fue suscrita con posterioridad al levantamiento de las medidas de aislamiento para el sector de la construcción. No puede ser el covid un evento de fuerza mayor para un contrato que inició con posterioridad a su conocimiento.

A la par de lo anterior, se hace indispensable valorar los esfuerzos de las partes, en uso de la buena fe contractual, para propender por el cumplimiento del contrato, máxime cuando se trata de recursos públicos, y de obras destinadas a la infraestructura educativa de los niños, niñas y adolescentes del país.

Así las cosas, es dable concluir que la pandemia del COVID 19 no afectó el cumplimiento del contrato, por cuanto el acta de inicio se firmó con posterioridad al levantamiento de las medidas de aislamiento en lo que respecta a la ejecución de obras, y entre las partes se celebraron las respectivas suspensiones y prórrogas a favor del contratista para dar cabal cumplimiento al objeto contractual, motivo por el cual la excepción no está llamada a prosperar.

3. A LA EXCEPCIÓN “INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA FALTA DE FINALIZACIÓN DE LA OBRA Y LA ACTUACIÓN DEL CONTRATISTA AFIANZADO”.

Indica el apoderado de la parte demandada que *“si bien aparentemente existe un porcentaje de inejecución del contrato, lo cierto es que la inejecución es atribuible única y exclusivamente a tres factores completamente ajenos al contratista: (i) la falta de delimitación del objeto contractual por parte del contratante; (ii) las restricciones técnicas que impedían el avance de la obra y que requerían*

³ *Ibidem*

autorización del contratante; y(iii) las circunstancias de fuerza mayor como la pandemia del Covid-19 y el paro nacional del año 2021.”

Tales afirmaciones carecen de sustento frente a la realidad del contrato tal como se ha desarrollado en los puntos anteriores; siendo así, que el incumplimiento del contrato recae única y exclusivamente en cabeza del contratista UT GMP, tal como se desprende del informe de interventoría No. 2020-COP-1061-042 del 26 de abril de 2021, que indica:

“ANTECEDENTES DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO

• SEGUIMIENTO MENSUAL DEL CONTRATO

MES 1: El contratista hizo presencia esporádica, con personal mínimo, donde las actividades realizadas fueron nulas, únicamente de realizó la implementación del PAPSO de bioseguridad y limpieza en general.

Primero. El 17 de diciembre de 2020, luego de haber realizado visita a la institución educativa, se evidencio ausencia total por parte del contratista, Unión Temporal GMP, con un retraso total del 10% del plazo total del contrato. (Oficio No. 2020-COP-1061-020)

Segundo. El 31 de diciembre de 2020, se reitera al contratista y se realiza llamado de atención, debido a su ausentismo total en el proyecto, toda vez que no se evidenciaba personal en campo, generando esto, un atraso significativo en el plazo de ejecución (Oficio No. 2020-COP-1061-021)

Tercero. El contratista no presenta la actualización de las pólizas de acuerdo con el acta de inicio del contrato del 30 de junio 2021.

MES 2 El contratista hace presencia con personal mínimo, donde las actividades realizadas dan un porcentaje de 5%, porcentaje que equivale a actividades eléctricas, limpieza de muros y pintura de rejas, de igual forma se realizó la implementación del PAPSO de bioseguridad y limpieza en general.

Primero. El contratista no presenta la actualización de pólizas del acta de inicio 30 de julio 2020 y otrosí No. 01 del 26 de noviembre 2020.

Segundo. 13 de enero de 2021, se solicita al contratista plan de contingencia donde se indicará el número de cuadrillas y personal que se iba a destinar para la ejecución del contrato, pues se evidenciaba un atraso importante en el proyecto. (Oficio No. 2020-COP-1061-023)

*Segundo. El 27 de enero de 2021, se requiere al contratista la entrega de balance de obra, pues en comité No. 42 se habían pactado compromisos que **a la fecha no se encontraban cumplidos por parte del contratista de obra.** (Oficio No. 2020-COP-1061-034).*

*Tercero. El 3 de febrero de 2021, se da respuesta a solicitudes elevadas por el contratista y se reitera por parte de la interventoría el retraso injustificado en las actividades obra, **con un avance solo de 5% con (2) meses de ejecución del contrato.** (Oficio No. 2020-COP-1061-038).*

CARGOS DEL INCUMPLIMIENTO

1. NO EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES SIN JUSTIFICACION ALGUNA

*Desde la fecha de inicio, **la única actividad realizada por el contratista fue la instalación del protocolo de bioseguridad aprobado por la interventoría, actividad que se encontraba programada para la primera semana de ejecución;** si bien, durante el inicio del contrato se presentaron ciertos contratiempos por la falta claridad del alcance del objeto contractual, estos fueron superados a partir del 9 de diciembre de 2020, fecha en la que se da reinicio a la ejecución del contrato, pese a que esta interventoría, realizo los requerimientos pertinentes desde el 17 de diciembre (2020-COP-1061-020), realizando múltiples llamados de atención (2020- COP-1061-021 del 31 de diciembre de 2020, 2020-COP-1061-023 del 13 de enero de 2021, 2020-COP-1061-034 del 27 de enero de 2021 y 2020-COP-1061-038 del 3 de febrero de 2021)y poniendo de presente al contratista, las consecuencia generadas por la renuencia en el avance de sus actividades, **este hizo caso omiso, con ausentismo en el proyecto, sin personal en obra e incumpliendo los compromisos pactados en los comités de seguimiento como se relaciona en el acápite siguiente, si bien se realizaron algunas actividades y obras correspondientes al cronograma contractual, estas nunca se iniciaron de forma continua, generando esto un retraso significativo, teniendo un avance casi nulo en obra.***

2. NO DISPOSICIÓN DE PERSONAL REQUERIDO PARA LA EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES EN OBRA



El 9 de diciembre de 2021, fecha de reinicio del contrato, el contratista UNION TEMPORAL GMP, no dispuso el personal para la ejecución de actividades de obra, permaneciendo dicha situación al largo del contrato, toda vez que en cada visitas y control realizado por la interventoría no se encontraba personal en el proyecto. A pesar de solicitudes semanales por parte de Interventoría y entidad contratante en comités de seguimiento y comunicados el contratista no presenta plan de contingencia ni cuenta con insumos en campo para ejecutar las actividades.

3. OMISION DE ACTUALIZACION DE POLIZAS

Como es de conocimiento de todas las partes según los términos y condiciones contractuales los contratistas están obligados a realizar la actualización de sus garantías con cada una de las novedades que se suscriban para el contrato. El contratista no realizó dicha actualización dentro de los plazos establecidos en el contrato, sin embargo, a la fecha las pólizas se encuentran actualizadas hasta el acta de reinicio del 09 de diciembre de 2020. Por lo cual fueron superados los atrasos que en su momento se presentaron.

4. PRESENTACIÓN DE INFORMES

El contratista no presento de manera oportuna los informes de ejecución de obra, sin embargo, a la fecha este requerimiento ya fue subsanado y la interventoría cuenta con todos los informes del plazo ejecución del contratista de obra.

(...)

6. PRUEBAS Y REQUERIMIENTOS REALIZADOS POR LA INTERVENTORIA AL CONTRATISTA

- Mediante comunicado 2020-COP-1061-020 del 17 de diciembre 2020 se realizó a la UT GMP el primer llamado de atención por incumplimiento de actividades en obra.*
- Mediante comunicado 2020-COP-1061-021 del 31 de diciembre 2020 se realizó a la UT GMP el segundo llamado de atención por incumplimiento de actividades en obra.*
- Mediante comunicado 2020-COP-1061-023 del 13 de enero 2021 se reitera la solicitud de plan de contingencia.*

- *Mediante comunicado 2020-COP-1061-029 del 20 de enero 2021 esta interventoría realiza reiteración de los llamados de atención por incumplimiento de contrato.*
- *Mediante comunicado 2020-COP-1061-034 del 27 de enero 2021 esta interventoría emite llamado de atención incumplimiento de compromisos pactados en comités de seguimiento.*
- *Mediante comunicado 2020-COP-1061-036 del 29 de enero 2021 esta interventoría reitera solicitud de flujo caja en formato nuevo Del IE Antonio José Camacho.*
- *Mediante comunicado 2020-COP-1061-038 del 03 de febrero 2021 esta interventoría emite respuesta a oficio 2021-gmp-utg-ffie-ev-ex-co-816 y ratificación del llamado de atención por incumplimiento.” (Negrillas propias)*

Si bien es cierto, que durante la ejecución del contrato se presentaron situaciones que podrían alterar el estado de ejecución del mismo, estas no justifican el abandono total de la obra por parte del contratista y la desatención a los requerimientos de la interventoría, por lo que se evidencia una absoluta irresponsabilidad por parte del contratista-

No le basta a la pasiva, la existencia de múltiples incumplimientos objetivos en cabeza de la UT GMP y sustentados en los informes de interventoría, y que demuestran sin lugar a dudas la falta de ejecución injustificada del contrato.

Nótese que el interventor, en un tercero imparcial en la relación contractual, y por ello, son los interventores en sus informes quienes dan muestras del incumplimiento del contratista, y sobre los cuales la aseguradora no se pronuncia en su escrito de contestación. Es entonces como la falta de ejecución del contrato, y el flagrante incumplimiento al mismo, recae en cabeza del contratista, y no puede ni proporcionalmente atribuirse al contratante, ante la claridad del abandono de las obras injustificado pese a las modificaciones contractuales celebradas a favor del contratista, motivo por el cual la presente excepción no está llamada a prosperar.

4. A LA EXCEPCIÓN “IMPOSIBILIDAD DE IMPUTAR FÁCTICA, NI JURÍDICAMENTE A LA UNIÓN TEMPORAL GMP POR LOS DAÑOS O PERJUICIOS QUE LE RESULTAREN IMPREVISIBLES.”



Del descorre de las excepciones, se hace plenamente claro que la pandemia del COVID-19 no fue para el contrato un evento de fuerza mayor, por cuanto el acta de inicio se firmó con posterioridad al levantamiento de las medidas de aislamiento para los contratos de obra; por lo cual, no puede decirse que el contratista incumplió el contrato a causa del COVID-19, la cual era una situación conocida al momento del inicio de la ejecución, y sobre la cual se tomaron las medidas contractuales a lugar. Por su parte, la demandada no prueba cuales situaciones fueron objeto de alteración de tal gravedad y excepcionalidad por la pandemia para justificar el incumplimiento del contratista, lo cual se queda en afirmaciones infundadas.

Indica además la aseguradora que los perjuicios por concepto de reasignación “*no están soportados con ningún elemento demostrativo que permita determinar que esas sumas se pagaron como consecuencia de acciones u omisiones del contratista UT GMP*”, afirmación que sorprende, por cuanto la misma reasignación del proyecto es consecuencia clara del incumplimiento del contratista en la ejecución del contrato de obra, la cual a la fecha de terminación no superó el 17,21% de la ejecución con relación al 100% programado, lo cual no puede atribuirse a la parte contratante, sino a un claro abandono de la obra y negligencia por parte del contratista, motivo por el cual la excepción no está llamada a prosperar.

5. A LA EXCEPCIÓN “INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO ESENCIAL”

Como argumentos que fundamentan la presente excepción, la parte afirma que en las diligencias no se encuentra probado el incumplimiento esencial del contratista, refiriendo que los incumplimientos del contratista no son esenciales, y basándose en los argumentos del contratista incumplido para fundamentar la excepción.

En este caso la demandada yerra al referir una ejecución del contrato del 85% por parte del contratista, la cual no tiene sustento de cara a la realidad del contrato, esto por cuanto la interventoría del contrato es clara en su comunicación radicado 2020-COP-1061-042, por medio de la cual, refiere la solicitud de inicio de proceso por posible incumplimiento contractual del contratista, donde indica que el contratista presenta un porcentaje de obra ejecutado del 5% vs el 88.05% programado para la fecha.



En dicho informe la interventoría refiere como cláusulas incumplidas por parte del contratista las siguientes:

“CLAUSULA SÉPTIMA OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA OBRA:

NUMERALES

2. Cumplir con los plazos establecidos en el contrato y el anexo técnico para ejecutar los diseños, obtención de licencia de construcción en cualquiera de sus modalidades y/o licencias de urbanismo junto los permisos y aprobaciones necesarias y las obras contempladas en este contrato.

6. Cumplir con el cronograma para cada una de las fases conforme al anexo técnico establecido.

17. Vincular y tener a disposición persona mínimo exigido para la ejecución del contrato según lo dispuesto en los TCC y sus Anexos. Este personal deberá tener permanencia exclusiva conforme a la dedicación prevista en el Anexo Técnico y en la oferta presentada por el CONTRATISTA durante la ejecución del mismo.

27. E caso de presentarse retrasos imputables al CONTRATISTA en la entrega y puesta en funcionamiento de (los) Proyectos requeridos objeto del presente contrato, el CONTRATISTA asumirá los costos de cualquier índole que puedan presentarse por cuenta de dicho retraso.

35. Además del personal mínimo exigido, el contratista deberá contar con los profesionales o técnicos que se requieran para cumplir cabalmente el contrato, TANTO EN PLAZO COMO EN CALIDAD.

ANEXO TÉCNICO DE OBRA

2.4.5. Equipos, herramientas, y materiales de construcción:

-El Contratista deberá contar en cada frente de obra con los equipos y herramientas necesarias para la ejecución de las actividades, estos deberán estar disponibles en la obra en concordancia con lo programado en el cronograma de ejecución, No podrá en ningún caso alegar el no disponibilidad del equipo como motivo para la no ejecución una actividad de obra.

De igual forma, en dicho informe la interventoría del contrato relaciona los requerimientos realizados al contratista tendientes a instar el cumplimiento del contrato los cuales se indican a continuación:

- *“Mediante comunicado 2020-COP-1061-020 del 17 de diciembre 2020 se realizó a la UT GMP el primer llamado de atención por incumplimiento de actividades en obra.*
- *Mediante comunicado 2020-COP-1061-021 del 31 de diciembre 2020 se realizó a la UT GMP el segundo llamado de atención por incumplimiento de actividades en obra.*
- *Mediante comunicado 2020-COP-1061-023 del 13 de enero 2021 se reitera la solicitud de plan de contingencia.*
- *Mediante comunicado 2020-COP-1061-029 del 20 de enero 2021 esta interventoría realiza reiteración de los llamados de atención por incumplimiento de contrato.*
- *Mediante comunicado 2020-COP-1061-034 del 27 de enero 2021 esta interventoría emite llamado de atención incumplimiento de compromisos pactados en comités de seguimiento.*
- *Mediante comunicado 2020-COP-1061-036 del 29 de enero 2021 esta interventoría reitera solicitud de flujo caja en formato nuevo Del IE Antonio José Camacho.*
- *Mediante comunicado 2020-COP-1061-038 del 03 de febrero 2021 esta interventoría emite respuesta a oficio 2021-gmp-utg-ffie-ev-ex-co-816 y ratificación del llamado de atención por incumplimiento.”*

Concluyendo la interventoría en el mencionado informe, lo siguiente:

“Con el presupuesto aprobado por la entidad contratante e interventoría La UNION TEMPORAL GMP a la fecha de corte de este informe, este es, 4 de



febrero de 2021 acumula un incumplimiento de CUARENTA Y OCHO (48) DIAS por actividades no ejecutadas, aun cuando esta interventoría emitió las alertas correspondientes en varias oportunidades. Dado que cada insumo documentado solicitado se encuentra inmerso en unos plazos de entrega establecidos por el anexo técnico y los cuales el contratista no acató, la tasación realizada corresponde a los días de mora en la entrega de cada uno a la fecha del 3 de febrero de 2021.

Conforme con lo establecido en la cláusula penal y lo estudiado por esta interventoría respecto a la suspensión de actividades injustificada, la omisión de actualización de las garantías contractuales, suministro de personal requerido, retraso en la entrega de informes, se evidencia el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Cláusula Séptima. **OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA:** Esta Interventoría recomienda se adelanten los trámites pertinentes para dar inicio al proceso de incumplimiento contractual frente al Contrato de Obra No. 1380-1061-2019, haciendo efectiva la **CLAUSULA DECIMAQUINTA, PENAL: EN CASO DE INCUMPLIMIENTO TOTAL O DEFINITIVO DE CUALQUIERA DE LA OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA, DE ACUERDO A LO CONCEPTUADO POR LA INTERVENTORÍA EVIDENCIADO DURANTE SU EJECUCIÓN O CON POSTERIORIDAD AL VENCIMIENTO DEL MISMO SE GENERA A SU CARGO EL PAGO DE LA CLAUSULA PENAL CUYO MONTO SERA HASTA EL 20% DEL VALOR TOTAL DEL CONTRATO. LA PNA NO EXIME AL CONTRATISTA DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL, NI EL PAGO DE LOS PERJUICIOS QUE SUPEREN EL VALOR DE ESTE PORCENTAJE EN LOS TERMINOS DEL ARTICULO 1594 DEL CODIGO CIVIL Y DEMAS NORMAS CONCORDANTES**”

En consecuencia, se imponga pena equivalente al 20% del valor del contrato, suma que asciende a CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$144.887.559), garantizando al contratista el debido proceso.”



Lo anterior no solo prueba la existencia del incumplimiento contractual, sino el nexo causal del mismo atribuido al actuar del contratista, y la clara mora en las obligaciones contractuales por parte de la UT GMP. No puede el juzgado atenerse a la negación indefinida de que no hubo incumplimiento por parte del contratista, cuando existe prueba del interventor del contrato que da fe de este, incluso en una situación tan grave como es el abandono de la obra, y no en cualquier tipo de obra, sino en las obras que van encaminadas a satisfacer la necesidad de educación de los niños, niñas y adolescentes de los sectores más vulnerables del país.

En este caso, volviendo al tema de la negación indefinida, le corresponde a la pasiva, demostrar que si cumplió con el contrato allegando prueba de las obras ejecutadas, de los valores invertidos y que exhiba la entrega de los colegios, prueba que no podrá ser arrimada porque no existe.

Los argumentos que presenta la pasiva en los medios exceptivos propuestos ignoran plenamente el material probatorio allegado con la demanda, que dan claridad de los incumplimientos alegados sobre los cuales esta demandada pretende desconocer su existencia. Es claro que, al desligarse de sus obligaciones contractuales, el contratista incurre en un inequívoco incumplimiento contractual que derivó en los informes de interventoría y en las decisiones del Comité Fiduciario del patrimonio autónomo como medidas contractuales necesarias ante el atraso y abandono de las obras contratadas, es por ello, por lo que esta excepción no está llamada a prosperar.

6. A LA EXCEPCIÓN “APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1600 DEL CÓDIGO CIVIL – IMPOSIBILIDAD DE SOLICITAR CLÁUSULA PENAL E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.”

Tal como lo indica la demandada, el artículo 1600 del Código Civil refiere:

“Artículo 1600. Pena e indemnización de perjuicios. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.” (Negrillas propias)

Asimismo, el artículo 1602 del Código Civil, dicta:

“Artículo 1602. Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

Es entonces como contractualmente, la cláusula décima quinta del contrato celebrado por las partes define la posibilidad de realizar el cobro de la cláusula penal y de la indemnización de perjuicios, como disposición voluntaria de las partes, motivo por el cual la excepción no está llamada a prosperar.

7. A LA EXCEPCIÓN “SUBSIDIARIA: REDUCCIÓN DEL MONTO DE LA CLÁUSULA PENAL Y DE LOS DEMÁS PERJUICIOS SOLICITADOS POR OPERATIVIDAD DEL ART. 2357 DEL CÓDIGO CIVIL ANTE EL INCUMPLIMIENTO CONCURRENTES DEL PA FFIE Y POR OMITIR EL DEBER DE MITIGAR SU PROPIO DAÑO.”

Recae la aseguradora en indicar que el PA FFIE incumplió el contrato por la falta de delimitación del objeto contractual al no indicar el porcentaje de ejecución del contratista previo; obligación que no hace parte del contrato ante la imposibilidad de equiparar el contrato anterior con el celebrado por la UT GMP, dadas las características de ambos negocios jurídicos.

Se reitera que la invitación abierta 008 de 2019, fue clara al establecer que la tarea inicial a ejecutar por el contratista asignado, en este caso la UT GMP, consistía en la elaboración de un informe diagnóstico, producto del cual se determinaba el presupuesto que incluye las cantidades de obra e ítems no previstos a ejecutar, lo cual era una clara obligación del contratista con el fin de delimitar la ejecución.

De estas situaciones tuvieron pleno conocimiento las aseguradoras del contrato, quienes estudiaron plenamente el negocio jurídico con el fin de ampararlo; las mismas aseguradoras que en este trámite pretenden desconocer las obligaciones contraídas, como un acto contrario a la buena fe, y actuando contra sus propios actos.



Y es tan así, que el contratista visitó el lugar de la obra el 12 de febrero de 2020 tal como consta en el acta de visita, la cual tenía como objeto iniciar con el informe diagnóstico.

Por todo lo anterior, el alegado incumplimiento al contrato por parte de la entidad contratante no es más que afirmaciones sin sustento de cara al grave incumplimiento del contratista UT GMP en la ejecución del contrato 1380-1061-2019, haciendo improbable la reducción solicitada ante la ausencia de prueba que sustente que los incumplimientos del contratista y el abandono de obra hayan sido con ocasión al actuar del PA FFIE ante una imposibilidad de ejecución. Por lo anterior la excepción no está llamada a prosperar.

8. A LA EXCEPCIÓN “SUBSIDIARIA: COMPENSACIÓN DE PLENO DERECHO.”

La presente excepción es improcedente por cuanto, tal como se ha señalado el PA FFIE ha cumplido con sus obligaciones contractuales y se encuentra al día con el desembolso de los pagos facturados por el contratista UT GMP, sin que se pueda pretender compensar valor alguno por los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, ya que nos encontramos ante un incumplimiento unilateral derivado de la inejecución del contrato.

Ahora bien, indica el artículo 1716 del Código civil lo siguiente:

“Artículo 1716. Requisito de la compensación. Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras.

Así, el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador.

Ni requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, puede oponerle por vía de compensación lo que el tutor o curador le deba a él.

Ni requerido uno de varios deudores solidarios puede compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor; salvo que éstos se los hayan cedido.”



Es así como el presente medio exceptivo sólo puede proponerse entre los acreedores que tienen obligaciones recíprocas, y en este caso, mi mandante no tiene ninguna relación de deudor con la compañía aseguradora, lo cual desestima de plano la excepción propuesta.

9. A LA EXCEPCIÓN “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”

La presente excepción es de plano improcedente por cuanto los rubros que componen las pretensiones de demanda encuentran pleno fundamento en el incumplimiento del contrato por parte de la UT GMP, y la facultad para exigir tanto la cláusula penal como los perjuicios causados con el incumplimiento se encuentran habilitados por las partes contractualmente.

10.A LA EXCEPCIÓN “PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO INSTRUMENTADO EN LA PÓLIZA AA034381”

La presente excepción es imprecisa en su contenido, en el cual refiere: *“En el presente asunto operó la prescripción ordinaria de las acciones derivadas de los contratos de seguro contenidos en las Pólizas de Cumplimiento No. AA034381, en tanto en el plenario está acreditado que los presuntos incumplimientos que pudieren dar lugar a la presente acción datan del 26 de abril de 2021, fecha en que la interventoría presentó informe de incumplimiento. En ese orden, el demandante habría tenido hasta el 26 de abril de 2023 para presentar la demanda. Sin embargo, la demanda fue promovida hasta el 07 de julio de 2023, esto es, transcurridos más de dos años luego de acaecidos los aparentes incumplimientos.”*

Tal afirmación omite situaciones a tener en cuenta para el cálculo de la prescripción, y esto es, por una parte, el procedimiento contractual de determinación de incumplimiento, el cual dicta:

DÉCIMA SÉXTA. PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y PARA EXIGIR EL PAGO DE LA PENAL DE APREMIO Y/O CLÁUSULA PENAL. Cuando se presente un posible incumplimiento, parcial o total del contrato, atribuible al CONTRATISTA respecto de cualquiera de las obligaciones del mismo, el PA-FFIE, según reporte del interventor del Contrato, se deberá observar el siguiente procedimiento: (i) El PA-FFIE mediante comunicación dirigida al domicilio del CONTRATISTA y del GARANTE, hará mención expresa y detallada de los hechos que soportan el presunto incumplimiento contractual atribuible al CONTRATISTA, acompañado del informe del interventor en el que se sustente el mismo y las pruebas que soporten dicha comunicación; de igual forma, se enunciarán las cláusulas contractuales, o disposiciones de los TCC o de sus anexos técnicos, presuntamente incumplidas y las consecuencias que podrían derivarse para EL CONTRATISTA conforme a la tasación de la sanción realizada por la interventoría. En la misma comunicación se establecerá el plazo para que el CONTRATISTA y el GARANTE presenten los descargos respectivos y hagan solicitudes probatorias, escrito que deberá radicarse en el PA-FFIE dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la recepción de la comunicación. (ii) Una vez realizados los descargos y evaluada la pertinencia, utilidad y conducencia de las pruebas solicitadas o en caso de que se hayan practicado las mismas, el PA-FFIE, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de éstos, mediante decisión motivada que constará por escrito, procederá a resolver sobre la procedencia o no de la sanción contractual. Si se resuelve que no hubo incumplimiento, se archivará la actuación contractual. Por el contrario, si se decide que hubo incumplimiento, se aplicará la tasación de la suma a pagar a favor del PA-FFIE a cargo del CONTRATISTA y/o EL GARANTE, de acuerdo con las estipulaciones contractuales, y en caso de incumplimiento grave o total se ordenará la terminación anticipada del contrato, así como su liquidación en el estado en que encuentre. La respectiva decisión se notificará al CONTRATISTA y al GARANTE, quienes podrán presentar escrito de reconsideración dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha de la notificación de la decisión, el cual deberá ser decidido por EL PA-FFIE, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo del escrito. Si EL CONTRATISTA, y EL GARANTE deciden no presentar el escrito de reconsideración se procederá al cobro o descuento de la penal moratoria y/o cláusula penal según el caso.

Dicho procedimiento vela por la correcta ejecución del contrato, y permite que se determine por las partes la existencia o no de un incumplimiento contractual; actuación que inicia con el informe de interventoría. En virtud de tal procedimiento contractual fijado por las partes, el incumplimiento propiamente dicho fue determinado mediante decisión del Comité Fiduciario de la entidad No. 498 del 29 de diciembre de 2021, fecha en la que debe iniciar a contarse el término de prescripción de la acción de seguro porque es precisamente cuando la entidad determina que hay un incumplimiento, y no por la sola advertencia que realiza el contratista interventor, que es un tercero ajeno a la entidad.

Véase como la aseguradora, aduce en sus pasadas excepciones la ausencia de un incumplimiento esencial, pero para exceptuar la prescripción del contrato de seguro, indica que existió un incumplimiento y que este está determinado desde la fecha de informe de interventoría, lo cual es totalmente contradictorio.

Es importante precisar, que la aseguradora conocía plenamente no solo las disposiciones contractuales del procedimiento de incumplimiento, sino el inicio y las etapas que se avocaron acorde a este, por lo cual para la entidad solo existió un



incumplimiento propiamente dicho cuando se agotó el procedimiento contractual y se realizó un análisis extenso y detallado de la ejecución del contrato.

Ahora bien, de igual forma la demandada omite hacer alusión al término de suspensión contemplado en el artículo 21 de la entonces vigente Ley 640 de 2001 que dictaba:

“ARTÍCULO 21. Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.”

Dicho lo anterior, es de conocimiento de las partes que el día 24 de noviembre de 2022 se radicó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Superintendencia de Sociedades, por la cual fueron citadas las partes a audiencia de conciliación el día 30 de enero de 2023, de la cual fue partícipe LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C.; dicha solicitud de conciliación fue declarada fracasada ante la ausencia de ánimo conciliatorio de las partes, tal como consta en el acta de audiencia allegado como prueba a la demanda.

Es así como las documentales allegadas al proceso, prueban de forma inequívoca que la demanda interpuesta fue radicada sin que operara el fenómeno de la prescripción frente al contrato de obra, y la clara inoperancia de la excepción propuesta.

11.A LA EXCEPCIÓN “NO SE ENCUENTRA PROBADA LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO DERIVADO DEL AMPARO DE CUMPLIMIENTO, NI LA CUANTÍA DE LOS PERJUICIOS EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1077 DEL CÓDIGO DE COMERCIO” Y A LA EXCEPCIÓN “CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO QUE REVISTEN LOS CONTRATOS DE SEGUROS”



El Código de Comercio sobre la cual encuentra base la excepción planteada, indica lo siguiente:

“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.”

La pasiva refiere con afirmaciones tajantes que el PA FFIE no ha demostrado extrajudicial ni judicialmente la ocurrencia del siniestro para cumplir con lo señalado en el artículo 1077 del Código de Comercio, como si dentro de las pretensiones de la demanda no se encontrara precisamente la pretensión encaminada a la declaratoria del incumplimiento del contrato de obra y se allegaran las pruebas del incumplimiento, así como la declaratoria del siniestro de la póliza, precisamente este es el escenario idóneo donde se va a dar la discusión del proceso.

Aduce nuevamente la parte pasiva que no se ha dado el siniestro de la póliza por el incumplimiento del PA FFIE y por las situaciones imprevisibles como la pandemia del COVID-19, sin embargo hay que tener presente que el contratista entregó las pólizas de conformidad con las exigencias contractuales con posterioridad a la declaración de la emergencia sanitaria, dejando de ser la pandemia una situación imprevisible, máxime cuando la ejecución del contrato tuvo inicio una vez levantadas las medidas de aislamiento para contratos de obra.

Es importante precisar, que la aseguradora del contrato siempre estuvo enterada de los requerimientos realizados al contratista, así como del inicio del procedimiento incumplimiento contractual y sus diferentes etapas hasta su decisión, por lo cual, no es de recibo en esta sede judicial que la aseguradora no conociera el siniestro de la póliza, ni la cuantía de la misma, la cual ha estado expresada con claridad en los documentos a ella allegados en diferentes momentos extraprocesales.

Véase como el sustento de las excepciones presentadas por la aseguradora, tienen como base un presunto incumplimiento por parte de la entidad demandante, el cual



fue claramente desvirtuado desde el descorre de la sección primera, quedando sin fundamento las excepciones planteadas, ante tan claro e innegable incumplimiento por parte de la UT GMP.

Ahora bien, los informes de incumplimiento de la interventoría del contrato comportan la prueba principal del incumplimiento y el análisis que hizo la entidad después de agotar el debido proceso que deriva en la procedencia de los amparos de la póliza de cumplimiento; basta con revisar la inejecución del contrato para soportar la innegable falta de deber de las obligaciones contractuales por parte del contratista.

Tales argumentos insustentables, buscan evadir la responsabilidad de la aseguradora frente al amparo asegurado, y claramente procedente ante el palpable incumplimiento del contrato por parte del contratista UT GMP.

Por lo anterior, ante la clara ausencia de argumentos y pruebas que validen las afirmaciones realizadas en la presente excepción, la póliza ampara las situaciones contractuales objeto de la presente demanda, y la mencionada excepción está llamada a fracasar.

12.A LA EXCEPCIÓN “FALTA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE PARTICULARES No. AA034381 – FRENTE A LA CLÁUSULA PENAL”

Para analizar esta excepción, es importante señalar que la cláusula penal obrante en el contrato celebrado establece los perjuicios consecuenciales del incumplimiento del contrato. Permite a las partes estimar ex – ante la magnitud del daño en caso de incumplimiento total, parcial o defectuoso.

Con claridad meridiana, la pena del contrato define el daño; el seguro de cumplimiento está dispuesto para el amparo de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. No resulta sostenible a la luz de las previsiones en la materia la legalidad o eficacia de estas clases de exclusión a la que alude la aseguradora.



Tal como se indicó en la demanda, y en los términos de la Corte Suprema de Justicia ⁴, en el presente caso se configuraría la exclusión de la cláusula penal, como una cláusula abusiva, y teniendo en cuenta que el contrato de seguro de cumplimiento contratado fue de adhesión, la Superintendencia Financiera de Colombia ha manifestado su postura en los siguientes términos: *“Las cláusulas abusivas son aquellas que incluyen condiciones que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a abuso de la posición dominante contractual, afectando la relación de igualdad que, guardadas las proporciones, debe existir entre la entidad vigilada y el cliente. (Literal e) del artículo 7 de la Ley 1328 de 2009).*

Así, está plenamente establecido que el seguro de cumplimiento se rige bajo el principio indemnizatorio. Este principio no puede ser evadido o pasado por alto al momento de incluirse en los diferentes clausulados, excepciones como las que nos ocupan en el presente caso, la cual consiste en excluir la cláusula penal del contrato, yendo en contra de normas de orden público generando así una inseguridad jurídica.

Por otro lado, se reitera que el FFIE es una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional (MEN), sin personería jurídica, por lo que esta se rige bajo los principios y preceptos de la contratación pública, evidenciándose también que se ignoró este precepto o estos principios, al no expedir pólizas bajo el marco de la contratación pública, entendiendo la naturaleza de sus recursos, y el objeto del contrato.

Sobre este punto, debe el despacho realizar un análisis si la exclusión del riesgo de las cláusulas penales al tratarse de una póliza de cumplimiento entre particulares, pero que, por tratarse de recursos públicos, debe ser amparada y se encuentra cubierta, y le corresponde a la compañía aseguradora pagarla.

13.A LA EXCEPCIÓN “FALTA TOTAL DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA POR TRATARSE DE RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS DE AMPARO.” Y EXCEPCIÓN “FALTA DE COBERTURA MATERIAL DE

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Luis Alfonso Rico Puerta.SC3893-2020. Radicación n.º 11001-31-03-032-2015-00826-01. 19 de octubre de 2020.

LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE PARTICULARES No. AA034381, EN TANTO NO AMPARA EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS COMO CONSECUENCIA DE LA FUERZA MAYOR.”

Tal como se ha indicado en el descorre de las excepciones previas, la aseguradora no puede pretender que la pandemia se catalogue de plano como evento de fuerza mayor o caso fortuito, por cuanto la misma no significó un obstáculo de incumplimiento absoluto para el contratista, máxime cuando se tomaron las medidas contractuales para mitigar sus efectos; por lo cual la pandemia del COVID 19 no afectó el cumplimiento del contrato por cuanto el acta de inicio se firmó con posterioridad al levantamiento de las medidas de aislamiento en lo que respecta a la ejecución de obras, y entre las partes, se celebraron las respectivas suspensiones y prórrogas a favor del contratista para dar cabal cumplimiento al objeto contractual.

De igual forma como ya ha sido expuesto, la exclusión de la cláusula penal hace parte del ejercicio probatorio y de deliberación del despacho por los motivos expuestos, motivo por el cual la presente excepción no está llamada a prosperar.

14.A LA EXCEPCIÓN “TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO DE SEGURO QUE DA ORIGEN A LA POLIZA No. AA0343381 – APLICACIÓN ARTÍCULO 1060 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.”

Para valorar la excepción propuesta es importante aterrizar la normatividad en materia frente al caso en cuestión, el artículo 1054 del Código de Comercio define el riesgo como:

“Artículo 1054. Definición de riesgo: Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.”

Por su parte el artículo 1058 del mismo código dispone:

“Artículo 1058. Declaración del estado del riesgo y sanciones por inexactitud o reticencia: El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160.

Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente.”

Aunado a lo anterior, el artículo 1060 de la precitada norma indica:

“Artículo 1060. Mantenimiento del estado del riesgo y notificación de cambios: El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato **y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.**



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

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

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

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

Véase como la citada normatividad tiene como génesis el velar por cubrir las situaciones que puedan derivar en incumplimientos contractuales, entendidas como riesgos del contrato.

Bien indica el artículo 1054 del Código de Comercio, que el riesgo es el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador; es por ello, que las modificaciones contractuales que pretendían lograr el cumplimiento del contrato, y que fueron constituidas a favor de contratista tomador de la póliza de seguros, no puede catalogarse como un riesgo o como un aumento del mismo, por el contrario, eran disposiciones que buscaban mitigar el riesgo en el contrato frente a un eventual incumplimiento, permitiendo al contratista contar con un mayor plazo para poder cumplir el contrato.

Se reitera la contradicción de la aseguradora, en su excepción de inexistencia de incumplimiento esencial, donde refiere que no hubo incumplimiento significativo en el contrato, sin embargo, ante la posibilidad de otorgar más plazo al contratista para



cumplir con el objeto contractual, aducen que se modifica el riesgo, pese a ser una medida a favor del contratista.

Por lo anterior, la aseguradora no puede pretender extraerse de su obligación indemnizatoria derivada de los amparos constituidos, por cuanto el asegurado siempre pretendió que el contratista cumpliera el contrato otorgándole todas las facilidades contractuales al contratista para que pudiera cumplir con el mismo.

Ahora bien, en la presente excepción las aseguradoras aducen incumplimientos relacionados con el cambio unilateral e intempestivo en la metodología de medición del desempeño del contratista y la modificación unilateral del Manual de Supervisión e Interventoría. Indican que la presunta modificación alteró el curso normal del contrato y produjo el incumplimiento, situación que se sale de todo análisis, por cuanto la modificación alegada no existe, tal como se desarrolló en el descorre de la excepción segunda, y la calificación del desempeño no tuvo injerencia en la declaratoria de incumplimiento del contrato, situación que ahora la aseguradora disfraz de modificación del estado del riesgo para evadir su obligación de pago frente a la póliza de cumplimiento, cuando precisamente esa circunstancia buscaba permitirle al contratista recibir el flujo de caja de manera más rápida y eficiente.

Es pertinente resaltar, que la terminación anticipada, deviene del vencimiento del plazo contractual por parte del contratista sin entregar sus obligaciones, y la calificación del desempeño no cambia los resultados del incumplimiento, ni modifica el estado del riesgo del contrato, por lo que tal argumento debe ser desechado ante la inexistencia de claridad y veracidad frente a los aspectos planteados.

Ahora bien, indica una presentación de Fasecolda realizada hace unos años, lo siguiente:

“No cualquier variación en el contrato o circunstancia que incida en el riesgo puede variar el riesgo para agravarlo o disminuirlo. Por tanto, la doctrina ha establecido una serie de características que debe cumplir la alteración en el contrato de seguro para que se pueda hablar de variación del riesgo.

1. Las circunstancias que alteran el riesgo deben ser nuevas surgidas durante la vigencia del contrato.

2. *Deben ser modificaciones trascendentes o sustanciales que supongan alteración del riesgo, no meramente de tiempo, las modificaciones deben ser de tal entidad que, si se hubieran conocido en el momento de la celebración del contrato, se hubiera celebrado en otras condiciones.*

3. *Deben suponer un desequilibrio entre las prestaciones asumidas por las partes en el caso de la disminución del riesgo, debe existir proporcionalidad entre el riesgo asumido por la aseguradora y la prima.*

4. *Se debe tratar de modificaciones imprevisibles.*

5. *No se debe tratar de aumento o disminución del interés asegurable”.⁵*

Realizando un análisis detallado de estos requisitos, al menos no se dan los supuestos allí descritos, por lo cual, no son modificaciones trascendentes o sustanciales que impliquen un aumento del riesgo, tampoco implican un desequilibrio entre las prestaciones asumidas por las partes, y tampoco son modificaciones imprevisibles, por lo que no constituyen riesgos que deben ser notificados a la aseguradora como se pretende señalar en la excepción.

Por otra parte, la aseguradora no puede pretender que por medio de excepción se declare la terminación de un contrato de seguro, la cual no opera de forma automática, y debe ser pretendida mediante proceso declarativo, por cuanto el juez de oficio no puede decretar tal terminación, el juez vía excepción solo puede declarar la nulidad absoluta en una relación contractual.

Por último, es importante indicar, al tratarse de recursos públicos que son los que se encuentran amparados, la negligencia del contratista al ser omisivo en sus gestiones frente a la aseguradora no puede ser imputable al PA FFIE.

15.A LA EXCEPCIÓN “FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE PARTICULARES No. AA034381”

⁵ https://fasecolda.com/cms/wp-content/uploads/2020/09/0907_WEBINAR-FASECOLDA-FINAL_jpd_ASG.pdf



La presente excepción es plenamente improcedente por cuanto la fecha de interposición de la cláusula penal por parte de la entidad no puede tomarse como la fecha a amparar por la póliza, precisamente porque la póliza de cumplimiento ampara las ejecuciones o incumplimientos del contrato dentro del plazo contractual, tal como en el caso bajo estudio, en el cual el contratista de obra incumplió el contrato en el término de ejecución pactado, término amparado por la póliza.

Véase como la aseguradora indica que la póliza de cumplimiento tuvo vigencia hasta el 12 de octubre de 2021, y la misma aseguradora indica en sus excepciones que el incumplimiento estaba determinado desde el 26 de abril de 2021, es claro que la demandada pretende indicar que la declaratoria de incumplimiento se dio por fuera del plazo de vigencia de la póliza, sin embargo la misma obedece al incumplimiento del contratista dentro del plazo contractual; tomar el argumento de la aseguradora es crear una nueva fecha de prescripción ligada al margen de la vigencia de la póliza frente a incumplimientos claramente amparados temporalmente.

Por lo cual la aseguradora no puede hacerse de la fecha de declaratoria de incumplimiento para evadir la responsabilidad de reparar los perjuicios causados dentro del término amparado, haciendo improcedente la presente excepción..

16.A LA EXCEPCIÓN “IMPROCEDENCIA DE LAS SUMAS SOLICITADAS POR CONCEPTO DE “INDEXACIÓN” DEL VALOR DEL CONTRATO.”

Es claro que las pretensiones de la demanda van encaminadas al reconocimiento y pago de los perjuicios causados por el contratista ante la inejecución del contrato de obra, por su parte, la entidad en un ejercicio de buena fe estructuró los perjuicios causados, evitando cobrar valores no justificados en la presente demanda. Por su parte el valor de indexación del valor del contrato es un claro perjuicio derivado de la inejecución del contrato por parte de la UT GMP, por cuanto de haberse ejecutado el contrato en el plazo acordado la entidad no habría tenido que asumir tal indexación para la terminación de las obras. Motivo por el cual la excepción no está llamada a prosperar.

17.A LA EXCEPCIÓN “EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA MANERA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO”



La excepción se invalida de forma tajante, ante la claridad conceptual, fáctica y normativa de la concurrencia de la aseguradora LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C. en el trámite; es claro a todas luces que, ante la condena a imponer por el despacho, la aseguradora deberá pagar los montos de reparación hasta el tope señalado en cada uno de los amparos siniestrados con la sentencia, en su calidad de garante del contrato.

III. CONCLUSIONES

Es importante concluir y reiterar que el contratista de obra incumplió con las obligaciones contractuales desconociendo plenamente el contrato y de manera ilegítima decidió abandonar su ejecución, dicho abandono derivó en el incumplimiento total y definitivo del objeto contractual, constituyendo un incumplimiento grave y directo, desde la fecha de su determinación, y ocasionando perjuicios y sobrecostos para la ejecución de la obra contratada, lo que genera el siniestro de la póliza.

IV. PRUEBAS

Como material documental anexo que controvierten las excepciones planteadas, solicito se tenga como prueba los siguientes:

Carpeta digital de pruebas, contentiva de lo siguiente:

-  1.1. Determinación alcance
-  1.2 Inicio

-  1.3 Oficio

-  1.4 Presupuestos
-  2.1 Restricciones

1.1. Determinación alcance:

	1380-1061-2019-F1-AVP-INT_OBR.pdf	✕
	20200804 Acta seguimiento Perú 01.pdf	✕
	401026 - Balance liquidación.pdf	✕
	ANEXO 1. ANEXO TECNICO OBRA .pdf	✕
	Correo_ Maria Isabel Velasco - Outlook.pdf	✕

1.2. Inicio:

	1. 2020-GMP-FFIE-TOL-EV-EX-CO-1185.pdf	✕
	2. Póliza de cumplimiento 1061.pdf	✕
	3. Póliza RCE 1061.pdf	✕
	4. Póliza todo riesgo 1015.pdf	✕
	5. Anexo 01 póliza todo riesgo.pdf	✕
	6. APROBACIÓN PÓLIZAS CONTRATO DE...	✕
	Correo de aprobación polizas GMP.pdf	✕
	Correo_ Maria Isabel Velasco - Outlook.pdf	✕
	polizas obra.rar	✕

1.3. Oficio



	2020-COP-1061-005.pdf	
	FIE2020003009.pdf	
	RESPUESTA GMP 20200318084125_341.pdf	
	sc_pdf_20200803154312_764_Gral_CorrEE...	

1.4. Presupuesto:

	2020-COP-1061-004.pdf	
	2020-COP-1061-005.pdf	
	2020-GMP-UTG-FFIE-EV-EX-CO-134.pdf	
	Correo_ Maria Isabel Velasco - Outlook1....	
	Correo_ Maria Isabel Velasco - Outlook2....	
	Radicación 22 de julio de 2020.pdf	

2.1. Restricciones:



	1. DEMOLICIÓN	✕
	2. MURO EN DRY WALL	✕
	3. RED PARALELA	✕
	4. ELECTRICO	✕
	5. APANTALLAMIENTO	✕
	6. PUERTAS	✕
	8. OTRAS ACTIVIDADES	✕
	APROBACIÓN ADICIÓN 606 MILLONES O...	✕
	2020-COP-1061-067.pdf	✕
	Respuesta comunicado 2020-COP-1061-...	✕

PRUEBA PERICIAL DE PARTE

Con el fin de probar los perjuicios alegados y contradecir las excepciones planteadas, la entidad presentará en etapa probatoria el dictamen pericial dirigido a demostrar los hechos que configuran el incumplimiento contractual endilgado al contratista y el monto de los perjuicios causados a la entidad.

V. SOLICITUD

Por lo anterior, teniendo en cuenta los argumentos expresados, solicito a su despacho desestimar una a una las excepciones formuladas y dar prosperidad a las pretensiones de la demanda a favor de mi representada.

Del señor juez,



Cordialmente,



JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS
CC. 1.094.879.565 de Armenia.
T.P. 157.227 C. S de la Judicatura.