

Señores

JUZGADO TERCERO (3°) CIVIL MUNICIPAL DE POPAYÁN

j03cmpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: VERBAL
RADICACIÓN: 190014003003-2018-00321-00
DEMANDANTE: GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S.
DEMANDADO: DYALTEC S.A.S.
LLAMADA EN G: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

ASUNTO: APELACIÓN Y REPAROS CONCRETOS CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, conocido de autos, actuando en calidad de apoderado especial de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COPERATIVA**, como ya se encuentra reconocido, de manera respetuosa manifiesto en primer lugar que REASUMO el poder a mi conferido, y en segundo lugar, encontrándome dentro del término legalmente establecido, presento **APELACIÓN Y REPAROS CONCRETOS CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** proferida en audiencia el día 21 de marzo del 2025, por medio de la cual se declaró que DYALTEC S.A.S. incumplió el objeto de los Contratos de Suministro objeto de litis y a su vez, entre otras cosas, condenó a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, a pagar a la parte demandante las sumas de dinero correspondientes al valor del amparo por el correcto manejo del anticipo de las Pólizas (i) Póliza de Seguro No. 660-45-994-000004547 y (ii) Póliza de Seguro No. 660-45-994-000004532, en virtud, según el Despacho, de la materialización del riesgo asegurable, solicitando desde este momento que tal providencia sea revocada en sus numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 8, de conformidad con los fundamentos fácticos y jurídicos que se esgrimen a continuación:

I. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA

La posibilidad de ampliar los reparos concretos en la apelación se enmarca en lo dispuesto en los Art.s 321 y 322 del Código General del Proceso. Estas disposiciones regulan la procedencia del recurso de apelación frente a las sentencias y establecen los requisitos que debe cumplir el apelante al formular sus objeciones. En ese sentido, la normativa señala lo siguiente:

“Art. 321. Procedencia

Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad.” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Por su parte el Art. 322 del C.G.P respecto de la oportunidad y requisitos, indica:

“Art. 322. Oportunidad y requisitos

El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:

(...) 3. En el caso de la apelación de autos, el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o a la del auto que niega la reposición. Sin embargo, cuando la decisión apelada haya sido pronunciada en una audiencia o diligencia, el recurso podrá sustentarse al momento de su interposición. Resuelta la reposición y concedida la apelación, el apelante, si lo considera necesario, podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación, dentro del plazo señalado en este numeral.

Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.

Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.

Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarara desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado.

PARÁGRAFO. *La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que lo profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término de*

ejecutoria del auto que admite apelación de la sentencia. El escrito de adhesión deberá sujetarse a lo previsto en el numeral 3 de este Art..

La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.”
(Negrilla y subrayado fuera de texto).

Como lo dispone el Art. 322 numeral 1 inciso 2 y numeral 3 inciso 2 del Código General del Proceso, sustento y amplió la alzada dentro del término de 3 días siguientes a la notificación de la sentencia. En el caso en concreto, la sentencia oral de fecha 21 de marzo del 2025, fue notificada en estrados, por lo que, al día siguiente, es decir el día 24 de marzo de 2025 comienza a regir el término procesal y legal oportuno para presentar este escrito. Mismo que finaliza el 27 de marzo de 2025. Luego, este escrito se presenta en la oportunidad legalmente establecida.

II. REPAROS CONCRETOS Y DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 1. EI DESPACHO INCURRIÓ EN UN ERROR DE DERECHO AL ACCEDER A LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA PORQUE DESCONOCIÓ QUE LA CONSECUENCIA DE QUE TRATA EL ARTICULO 97 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, ADEMÁS DE NO SER ABSOLUTA Y QUE DEBE SER APLICADA BAJO EL ANÁLISIS EN CONJUNTO DE LA PRUEBA RECAUDADA, NO RECAE RESPECTO DE LA COMPÁNIA ASEGURADORA QUIEN CONTESTÓ OPORTUNAMENTE LA DEMANDA; LO QUE TAMBIÉN SE TRADUCE EN UNA VÍA DE HECHO POR INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA.**

El despacho erró al acceder a las pretensiones del llamamiento en garantía, pues desconoció que la consecuencia de que trata el Art. 97 del Código General del Proceso (en adelante CGP), además de no ser absoluta, no recaía respecto de la compañía aseguradora, quien contestó oportunamente la demanda, planteó excepciones frente a la cobertura de las diferentes Pólizas allegadas, asistió a todas las audiencias que fueron fijadas por el A-quo en sede de primera instancia y cumplió con su deber al debido proceso. El Art. 97 del CGP establece que, *“la falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto”*. Sin embargo, esta consecuencia no es automática ni de aplicación irrestricta. Mucho menos respecto de los terceros vinculados, además, por la parte activa del asunto en uso del llamamiento en garantía. En este caso, el despacho interpretó erróneamente esta norma al asumir que la aseguradora debía ser condenada sin un análisis profundo sobre la efectiva realización del riesgo,

el cumplimiento de los requisitos de la póliza y la procedencia real de la garantía, análisis que habría dejado en evidencia, la imposibilidad de afectar los aseguramientos vinculados.

Para dicho efecto, el A quo indicó en las consideraciones de la sentencia de Primera Instancia que:

“(…) No sucede lo mismo con las demás excepciones de fondo que fueron planteadas por la llamada en garantía. Como quiera que en este despacho, en el análisis que se hizo anteriormente y con las pruebas que fueron legalmente decretadas y tenidas en cuenta para resolver el objeto de litigio, aplicando las reglas de la sana crítica, encontró demostrado el incumplimiento de la sociedad de Dyaltec, la ocurrencia del siniestro y su cuantía reclamada, la cual se encuentra dentro de los límites máximos de responsabilidad y las condiciones establecidas en las pólizas que enmarcan las obligaciones de las partes (…)”

Sin embargo, nos encontramos que, el análisis del Despacho del incumplimiento de Dyaltec S.A.S. solo se indicó que:

*“(…) En ese entendido, tenemos que en el escrito de manda y de la declaración de parte del representante legal de la Sociedad Mercantil Demandante Grandes y Modernas Construcciones de Colombia, SAS, **se extrae que existió incumplimiento grave** por parte del Dyaltec SAS, la cual no obstante su notificación en ninguna ocasión del discurso procesal se pronunció sobre los hechos y las peticiones de la demanda, tampoco acudió a la audiencia inicial celebrada por el despacho, y en ese entendido es procedente darle aplicación a lo establecido en el Art. 97 del Código General del Proceso, según el cual ante la falta de contestación de la demanda se harán por probado los hechos susceptibles de confesión consignados en la demanda (…)”*

Es así como, respetuosamente, se concluye que es errada tanto la consecuencia inicial a quien funge como parte demandada en el presente litigio y más aún a quien funge como llamada en garantía por la parte actora de la presente litis. Ello si se tiene en cuenta que (i) no se arribó ninguna prueba por la parte demandante que implicara o advirtiera un incumplimiento respecto de los contratos de obra allegados ni mucho menos, un uso indebido de los anticipos sufragados por cada contrato de obra por parte de Dyaltec S.A.S. y; (ii) a pesar de que la aseguradora presentó su contestación dentro del término legal, exponiendo de manera clara sus argumentos sobre la falta de cobertura, la falta de prueba del incumplimiento, la falta de prueba de acreditación del riesgo asegurado (Art. 1077 del C.Co) y la improcedencia y extemporaneidad del llamamiento en garantía, el despacho ignoró sus planteamientos, incluso respecto de la contestación a la

demanda, y aplicó indebidamente la presunción del Art. 97 del CGP que a la postre, resultó directa e indebidamente aplicada a las resultas de las consideraciones de la condena respecto de mi representada. No obstante, la presunción contenida en el Art. 97 del CGP no opera sin el análisis de las demás pruebas que obran en el expediente acorde a la sana crítica.

Dicho lo anterior, se pasa a exponer los dos puntos objeto de reparo de la siguiente manera:

- a. **El juzgado no podía aplicar irrestrictamente la presunción del Art. 97 del CGP, y debía analizar el recaudo probatorio integralmente, el cual daba cuenta de que no se arribó ninguna prueba por la parte demandante que implicara o advirtiera un incumplimiento respecto de los contratos de obra allegados ni mucho menos, un uso indebido de los anticipos sufragados por cada contrato de obra por parte de Dyaltec S.A.S.**

Ha indicado el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá en Sentencia del 19 de febrero de 2025 en el proceso con radicado 030-2022-00158-01 lo siguiente respecto de la presunción e inoportunidad de la contestación de la demanda:

*“(...) En el particular, se advierte que aun cuando se gestó la evocada ficción a favor de la accionante, **como efecto de la inoportunidad de la contestación de la demanda por parte de la accionada, esa presunción no es absoluta y/o suficiente por sí sola para que salgan avante los pedimentos, en la medida en que al director del proceso le asiste el deber de exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba y, de apreciar cada elemento de juicio que sea debidamente incorporado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica,** “sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”, como lo plantea el Art. 176 adjetivo (...)”.*

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en Sentencia¹ respecto de la consecuencia procesal que establece el Art. 97 del CGP, según el cual la falta de contestación de la demanda hace suponer como ciertos los supuestos fácticos susceptibles de confesión, a esta altura procesal se recuerda que, las presunciones legales y aún la propia confesión de parte puede ser desvirtuada, dado que ninguna prueba ingresa al contradictorio. Sobre el particular advirtió la Corte lo siguiente:

“(...) en arca sellada para siempre, y adquiera la categoría de verdad inexpugnable, de tal suerte que sobre ella no se pueda volver la mirada; porque hay que convenir que, hoy por hoy, ninguna circunstancia, en tanto que forme parte del debate procesal, puede adquirir tamaña impermeabilidad y mirársela como verdad absoluta; así y todo

¹ CSJ. Sentencia del 1º de abril de 2003. Expediente 7514.

provenga de la denominada “reina de las pruebas”, por supuesto que la confesión ya no ejerce el mismo imperio de antaño, cuando se hablaba de una verdad suficiente, sin importar si acompasaba con la verdad verdadera. Es principio admitido ahora que la confesión es infirmable, según expresión paladina, en cuanto a nuestro ordenamiento respecta (...)”

Por su parte la Corte Constitucional en Sentencia C-102-2005 indicó lo siguiente:

“(...) la mera circunstancia de que no se conteste la demanda o no se acuda a los interrogatorios decretados como prueba en el proceso, no implica ipso facto, que la presunción o el indicio que esta conducta implica, según la ley, conduzca a que el juez se vea impelido a dictar sentencia desfavorable a los intereses de quien actuó de esa manera (...)”

Teniendo en cuenta la jurisprudencia descrita, es dable nuevamente indicar que la presunción establecida en el Art. 97 del CGP respecto de la falta de contestación oportuna de la demanda no es absoluta ni suficiente, por sí sola, para fundamentar una decisión condenatoria en contra de la parte llamada en garantía. Las sentencias aquí referidas son claras en señalar que, aun cuando se configure la presunción derivada de la falta de contestación en tiempo, ello no exonera al juez de su deber de valorar integralmente las pruebas obrantes en el expediente, conforme a las reglas de la sana crítica. En este sentido, el Tribunal enfatiza que el director del proceso debe exponer razonadamente el mérito de cada prueba y asegurarse de que su apreciación se ajuste a las normas procesales y sustanciales aplicables. Es decir, que ninguna prueba, ni siquiera la confesión, adquiere un carácter absoluto o inexpugnable, ya que el juez debe ponderar el contexto probatorio en su conjunto y verificar la correspondencia de los hechos con la realidad del caso y, además, la falta de contestación de la demanda o la inasistencia a un interrogatorio no obligan ipso facto al juez a dictar una sentencia desfavorable, sino que este debe evaluar el mérito de la presunción en relación con el resto del material probatorio

Sin perjuicio de lo anterior, debe resaltarse que en el presente asunto también se omitió valorar lo consagrado en el Art. 191 del C.G.P. En cuanto al **mérito probatorio de la confesión ficta, tácita o presunta**, cabe observar, por un lado, que está sujeta, en lo pertinente, a las exigencias generales a toda confesión que al respecto señala el Art. 191, la cual indica lo siguiente:

“Art. 191. Requisitos de la confesión

La confesión requiere:

1. *Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el*

derecho que resulte de lo confesado.

2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.

3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.

4. Que sea expresa, consciente y libre.

5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.

6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.”

Sin embargo, los hechos expuestos en la demanda y que se declararon como probados equivocadamente por la juzgadora, tal y como se prevé en la Ley, exige otro medio de prueba. En nuestra legislación, aparece consagrado en el Art. 1757² del Código Civil, el cual dispone que: ***“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”***.

También reviste preponderante importancia lo dispuesto en el Art. 167 del CGP, en los siguientes términos: ***“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”***.

Sobre la carga de la prueba como herramienta del operador judicial para poder atribuir efectos jurídicos aun en caso de incertidumbre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha señalado lo siguiente:

“(…) (se trata de una) regla de conformación de la decisión judicial” que por demás

² Para Emilssen González de Cancino, “La determinación de la obligación de probar los hechos aducidos en juicio tiene importancia capital en todos los sistemas probatorios, pero, sobre todo, en aquellos regidos por el principio dispositivo, tal como era el del agere per formulas. Algunos textos de las fuentes permiten afirmar que la regla onus probandi incumbit actore arranca de la época clásica, sin embargo, una lectura atenta muestra que no se llegó a su formulación mediante el mero análisis del “sitio” procesal ocupado por los intervinientes en el litigio, sino que entraron en juego diferentes elementos” y posteriormente, ubica el origen de la regla contenida en nuestro Art. 1757 del Código Civil en D.22.3.2 (Paulo) que señala que “Incumbe la prueba al que afirma y no al que niega” (GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. “Obligaciones: Derecho Romano y Código Civil Colombiano.” Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. Pág. 360.)

“está siempre referida a la demostración de los presupuestos fácticos señalados por el precepto jurídico general, impersonal y abstracto aplicable al caso concreto, y éstos únicamente son expresados por la respectiva norma sustancial o por presunciones legales, sin que sea dable al juez crear o suprimir ingredientes normativos a su antojo, so pena de incurrir en una aplicación indebida o en una interpretación errónea de la ley sustancial. De ahí que siendo la carga de la prueba una regla de conformación sintáctica de la decisión judicial, los detalles de su distribución únicamente pueden estar prestablecidos por la norma sustancial que rige la controversia, o bien por una presunción de tipo legal, pero jamás por una invención de estirpe judicial (...)” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 2017. Rad. 2011- 00108-01. M. P. Dr. Ariel Salazar Ramírez)

Es que aun cuando al juzgador se le exija acuosidad y dinamismo en la búsqueda de la verdad real para que sea ella la que prime en la sentencia, tal acatamiento jamás podrá ser entendido como una exoneración o desplazamiento del deber probatorio que les incumbe a las partes de probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (Art. 167 del C.G.P.). Así lo ha planteado la jurisprudencia de aquella Corporación Cierre, al señalar que:

“(...) [P]or tanto y exceptuando aquellos eventos donde la práctica de determinada prueba ésta prevista como un imperativo legal concreto, conviene precisar que si bien el juez tiene la facultad-deber de decretar pruebas de oficio, la misma no puede interpretarse como un mandato absoluto o fatalmente impuesto en todos los casos, dado que aquél sigue gozando de una discreta autonomía en la instrucción del proceso y en esa medida, no siempre que se abstenga de utilizar dicha prerrogativa, incurre en un yerro de derecho.

Ello, porque hay eventos en los cuales la actitud pasiva, de la parte sobre quien pesa la responsabilidad de demostrar determinado supuesto de hecho, es la generadora del fracaso, bien de las pretensiones o de las defensas o excepciones, por haber inobservado su compromiso al interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador, particularmente en aquellos asuntos en los que la controversia versa sobre derechos disponibles (...)³

En este orden de cosas, refulge palmario que, desde un punto de vista normativo y jurisprudencial, el juzgado se encontraba en la obligación de no limitar el análisis del litigio para dictar sentencia, al mero hecho de que la accionada directa no contestó la demanda, luego que, en efecto, debía analizar el recaudo probatorio de forma integral.

³ CSJ SC5676-2018 MP. Luis Alfonso Rico Puerta

- b. **El juzgado no podía aplicar la presunción del Art. 97 del CGP, a la aseguradora, por cuanto está sí contestó en oportunidad el llamamiento en garantía a través de la cual se la vinculó a este litigio, formulando las respectivas excepciones que daban cuenta de la imposibilidad de una condena en su contra.**

Adicional a lo anterior, debe advertirse que la consecuencia procesal de que trata el Art. 97 del CGP no resulta aplicable a quien sí contestó la demanda en debida oportunidad y además, propuso excepciones tanto a la demanda como al llamamiento en garantía. Este es el caso de la aseguradora quien en oportunidad contestó tanto la demanda como el llamamiento en garantía a través de la cual se la vinculó a este proceso.

De la defensa de mi representada se destacó lo siguiente: (i) en respuesta a cada uno de los hechos aducidos en la demanda que “No nos consta toda vez que la suscrita no suscribió los contratos de obra celebrados” y se indicó **“es preciso destacar que la parte demandante no allega ninguna prueba sobre los pagos realizados a la sociedad DYALTEC S.A.S”**; (ii) respecto a hecho quinto en donde se indica un supuesto correo electrónico enviado a DYALTEC S.A.S y la prórroga a los contratos de obra se indicó: “No me consta el envió por parte de la Gerencia de GRACOL S.A.S. de una nueva solicitud al convocado para cumplir con el objeto contractual. Por lo que, si la parte demandante pretende que se tenga en cuenta este hecho, **deberá probarlo por medio del documento al que se hace alusión, ya que hasta el momento no ha sido allegado al proceso**”.

Así mismo y por parte de Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. se propusieron las siguientes excepciones de mérito:

- INEXISTENCIA DE PRUEBAS SOBRE EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO QUE SE LE ATRIBUYE A LA SOECIDAD DYALTEC S.A.S.
- IMPROCEDENCIA DE ACUMULAR LA CLAUSULA PENAL Y LA INDEMINIZACIÓN DE PERJUICIOS.
- CONTRATO NO CUMPLIDO.
- CARENCIA DE PRUEBA DEL SUPUESTO PERJUICIO
- ENRIQUESIMIENTO SIN CAUSA.
- GENERICA O INOMINADA Y OTRAS

Respecto a las excepciones propuestas frente al llamamiento en garantía, se destacó:

- **EXTEMPORANEIDAD DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**
- LAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL No. 660-74

994000005888 Y LA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES PARTICULARES No. 660-45-994000004531 FUERON REVOCADAS POR TANTO SON IMPOSIBLES AFECTARLAS.

-IMPOSIBILIDAD DE AFECTAR LAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL No. 66074-994000005792, 660-74-994000005889 Y 660-74-994000005897 POR CUANTO NO ESTÁ EN DISCUSIÓN ESTE TIPO DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DE LA PASIVA DE LA ACCIÓN.

-IMPROCEDENCIA DE LA AFECTACIÓN DE LAS PÓLIZAS DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES PARTICULARES No. 660-45-994000004532 Y 660-45-994000004547 EXPEDIDAS POR LA ASEGURADORA SOLIDARIA ENTIDAD COOPERATIVA, POR FALTA DE DEMOSTRACIÓN DE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO Y SU CUANTÍA.

-INEXISTENCIA DE SINIESTRO DE CADA UNO DE LOS AMPAROS QUE PRETENDE AFECTAR LA PARTE CONVOCANTE.

- NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO POR MI REPRESENTADA.

-LAS PÓLIZAS DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES PARTICULARES No. 660-45-994000004532 Y 660-45-994000004547 EXCLUYEN DE COBERTURA LOS PERJUICIOS MORALES.

-LÍMITES MÁXIMOS DE RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR Y CONDICIONES DE LAS PÓLIZAS QUE ENMARCAN LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

-REDUCCIÓN DE LA INDEMINIZACIÓN

-SUBROGACIÓN

-CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

-EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES

-GENÉRICA O INNOMINADA.

De lo expuesto, se concluye que no es procedente aplicar la consecuencia procesal del Art. 97 del CGP respecto de mi representada, toda vez que la aseguradora contestó oportunamente la demanda y formuló una defensa estructurada tanto frente a la demanda principal como frente al llamamiento en garantía. En este sentido, no solo desconoció los hechos en los cuales la parte demandante fundamenta sus pretensiones, señalando la falta de prueba sobre el incumplimiento contractual imputado a Dyaltec S.A.S., sino que además propuso excepciones de mérito dirigidas a evidenciar la ausencia de elementos probatorios que permitan acreditar la existencia del supuesto perjuicio reclamado y la configuración del riesgo asegurado. Así mismo, dentro de la contestación del llamamiento en garantía, se plantearon argumentos claros respecto a la extemporaneidad de la vinculación de la aseguradora, la revocación de pólizas, la improcedencia de afectar ciertos amparos y la inexistencia de cobertura por falta de demostración del siniestro, su cuantía y la materialización del riesgo asegurado.

Aún es mayor el desconcierto de la condena de la falladora en primera instancia que, descendiendo al caso en concreto con relación a las cargas probatorias de la parte demandante que, advertimos de la demanda y los medios probatorios allegados que no existe mérito para dar por probado, aún con la consecuencia del Art. 97 del CGP dictada a Dyaltec S.A.S, el supuesto incumplimiento del que se vale la parte demandante para formular la demanda. Obsérvese de las pruebas allegadas con la demanda, que solo se allegaron las siguientes:

PRUEBAS

Solicito tener como tales las siguientes:

DOCUMENTALES.

contratos celebrados los días 23 de junio de 2017, 31 de julio de 2017 y 14 de agosto de 2017, celebrados entre GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES COLOMBIA GRACOL SAS (CONTRATANTE Y el señor CRISTIAN RUEDA DAZA (CONTRATISTA), pólizas y requerimientos al contratista o convocado, acta de constancia expedida por el centro de Conciliación De La Cámara De Comercio Del Cauca

Documento: Demanda presentada por GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES COLOMBIA GRACOL S.A.S.

Énfasis del documento: “contratos celebrados los días 23 de junio de 2017, 31 de julio de 2017 y 14 de agosto de 2017, celebrados entre GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES COLOMBIA GRACOL SAS (CONTRATANTE Y el señor CRISTIAN RUEDA DAZA (CONTRATISTA), pólizas y requerimientos al contratista o convocado, acta de constancia expedida por el centro de Conciliación De La Cámara De Comercio Del Cauca”

Aquí es preciso advertir que, pese a que la parte demandante hace referencia a “requerimientos al contratista o convocado” estos nunca fueron allegados como prueba ni con la demanda, ni con la reforma (que fue rechazada de plano) ni con el llamamiento en garantía formulado a mi representada esto por cuanto se puede observar que a PDF denominado “004AnexosDemanda” del expediente digital que de folio 1 a 6 se aportó Certificado de Existencia y Representación de la sociedad “Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S” parte demanda, de folio 7 a 13 se aportó “Constancia de inasistencia a la conciliación expedida por el Centro de Conciliación de la Cámara de comercio del Cauca” de folio 14 a 24 se aportó “Contrato de obra Condominio Torres de Milano – TC Y TD” del 23 de junio de 2017” a folio 25 se aportó Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 660-74-994000005792, de folio 26 al 36 se aportó contrato de obra “Condominio Versalles” del 31 de julio de 2017, a folio 37 a 38 se aportó Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 660-74-994000005889 y un listado de asegurados, a

folios 39 y 40 se aportó la Póliza de Seguro de Cumplimiento en Favor de Entidades No. 660-45994000004532, a folios 41 al 48 se aportó Contrato de obra “Condominio Torres de Milano” del 07 de agosto de 2017, del folio 49 al 60 se aportó contrato de obra “Condominio Venezia” del 14 de agosto de 2017, a folio 61 se aportó Póliza de RCE No. 660-74-994000005897, a folio 62 se aportó Poliza de Seguro de Cumplimiento en Favor de Entidades Particulares No. 660-45-994000004547, a folio 63 se aportó Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 660-74-994000005888 y, finalmente, solo se aportó a folio 64 la Póliza de Cumplimiento en Favor de Entidades Particulares No. 660-45-99400000453.

Del análisis de la demanda y los documentos allegados con la misma, se desprende que no obra en el expediente prueba alguna que permita acreditar el supuesto incumplimiento contractual alegado por la parte demandante. La carga probatoria que le correspondía a GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES COLOMBIA GRACOL S.A.S. exigía demostrar de manera fehaciente la existencia de un incumplimiento imputable a Dyaltec S.A.S., lo cual no se satisface con la simple afirmación de que existieron contratos y pólizas de seguro.

El material probatorio allegado se limita a la presentación de los contratos de obra suscritos entre las partes, las pólizas de seguro de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual, así como la constancia de inasistencia a conciliación expedida por el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio del Cauca. Sin embargo, ninguno de estos documentos permite inferir de manera directa o indirecta la configuración de un incumplimiento contractual, puesto que no se allegaron elementos probatorios que evidencien mora, deficiencias en la ejecución de las obras, incumplimiento de plazos o requerimientos formales de la parte contratante al contratista por eventuales falencias en la ejecución contractual. Particularmente, como se advirtió, aunque en la demanda se hace referencia a “requerimientos al contratista o convocado”, estos no fueron aportados al proceso en ninguna de sus etapas, ni con la demanda inicial, ni con la reforma (que fue rechazada de plano), ni con el escrito de llamamiento en garantía formulado en contra de mi representada.

A esto se suma, conforme se abordará más adelante, que no hay un análisis claro por parte de la juzgadora en torno a que concretamente se haya materializado en este caso el riesgo del incorrecto manejo del anticipo. De hecho, el despacho solo indicó en el numeral segundo de la sentencia que se declaraba probado el incumplimiento por parte de la accionada, sin indicar si precisamente se refería al incumplimiento del correcto manejo del anticipo, por el cual fue condenada mi prohilada. Adicionándose que, incluso, como también se abordará más adelante, ni en el escrito de la demanda ni el llamamiento a mi mandante se especificó por el accionante que lo que se solicitaba era la afectación del amparo que el juzgado ordenó equivocadamente afectar.

En conclusión, el despacho erró al acceder a las pretensiones del llamamiento en garantía, pues desconoció que la consecuencia procesal prevista en el Art. 97 del CGP no es absoluta, que debe ser analizada de forma conjunta con el recaudo probatorio y, además, no resultaba aplicable a la aseguradora, quien contestó oportunamente la demanda y ejerció su derecho de defensa mediante la formulación de excepciones tanto frente a la demanda principal como al llamamiento en garantía. La jurisprudencia ha sido clara en señalar que la presunción derivada de la falta de contestación no implica, por sí sola, la prosperidad de las pretensiones del demandante, en la medida en que el juez conserva el deber de valorar de manera razonada la prueba y emitir su decisión conforme a las reglas de la sana crítica.

Aunado a ello, el análisis del expediente permite advertir que no se allegaron pruebas que acreditaran el supuesto incumplimiento contractual en que se fundamenta la demanda, pues la parte convocante no aportó documentos esenciales como los supuestos requerimientos al contratista o pruebas fehacientes de los pagos realizados, limitándose a allegar los contratos de obra, pólizas y constancias sin que estos, por sí solos, permitan estructurar el incumplimiento alegado. Luego, desde este argumento es fácil concluir que la Sentencia de primera instancia del 21 de marzo de 2025 deberá ser revocada, incluso en su integridad.

2. EL A QUO INCURRIÓ EN UN ERROR DE DERECHO AL VULNERAR AL DEBIDO PROCESO ANTE LA EVIDENTE INCONGRUENCIA ENTRE LOS HECHOS INVOCADOS EN LA DEMANDA Y LA PARTE MOTIVA Y RESOLUTIVA DE LA DECISIÓN APELADA.

En efecto, este reparo se formula por cuanto, no hay un análisis claro por parte de la juzgadora en torno a que concretamente se haya materializado en este caso el riesgo del incorrecto manejo del anticipo por el cual se ordenó imponer la condena en contra de mi mandante. De hecho, el despacho solo indicó en el numeral segundo de la sentencia aquí atacada, que se declaraba probado *el incumplimiento* por parte de la accionada, sin indicar si precisamente se refería al incumplimiento del correcto manejo del anticipo, el que, además, no se demostró en el este litigio. Adicionándose que, incluso, ni en el escrito de la demanda ni el llamamiento a mi mandante se especificó por el accionante que lo que se solicitaba era la afectación del amparo que el juzgado ordenó equivocadamente afectar.

El principio de congruencia procesal es un pilar fundamental del debido proceso y está expresamente consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso (CGP), el cual establece que la sentencia debe guardar estricta correspondencia con los hechos y pretensiones de la demanda. Así:

“Artículo 281. Congruencias

La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En términos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, este principio exige que el juez falle conforme a lo solicitado por las partes, sin exceder los límites de la controversia planteada. Sobre este postulado ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil-Familia:

“...cumple recordar que la congruencia de la sentencia es principio cardinal del conjunto de garantías del debido proceso, que evita el exceso o el defecto de esa decisión respecto del marco jurídico de lo que compete resolver, previsto en el artículo 305 del citado estatuto, bajo cuyo tenor el juez debe sujetar la solución del conflicto a los hechos y las pretensiones de la demanda o demás oportunidades autorizadas, así como las defensas frente a esta última, sin desmedro de lo que ha de resolverse de oficio.

“De acuerdo con la jurisprudencia consolidada de esta corporación, acatar la congruencia implica que debe haber armonía entre lo pedido y lo resistido, de donde emana que la causal de casación acusadora de vulnerar tal postulado - incongruencia-, acontece cuando la sentencia (i) es excesiva por proveer más de lo pedido -ultra petita partium-, o por 4 resolver sobre peticiones no formuladas por las partes (extra petita partium); (ii) es diminuta en el evento en que deja de pronunciarse sobre peticiones de la demanda o sobre excepciones formuladas por el demandado o que debe reconocer de oficio (citra o minima petita partium); (iii) así como también cuando el juez se desentiende de los hechos narrados en el escrito introductorio o en las otras oportunidades previstas en la ley, según el ya citado artículo 305 del estatuto anterior. También ha puntualizado que la desavenencia entre lo pedido y lo decidido, referida como es al contenido de la sentencia, ha de buscarse, por regla general, en la parte resolutive de la misma, «pues la causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo (G.J. LXXXV, p. 62)». Pero por supuesto que esta regla analítica de cotejo entre lo pedido y lo decidido no conlleva, que el juez incurra en incongruencia cuando en la parte resolutive de su fallo no se hace expresa, detallada o separada mención de algunas peticiones de la demanda, porque allí o en la motivación puede haber una referencia implícita o explícita sobre las mismas.”(SC22036-2017 del 19

de diciembre de 2017. Exp. 73001-31-03- 002-2009-00114-01. MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo)

En el presente caso, se advierte que el juzgado de primera instancia incurrió en una clara violación de este principio al imponer una condena contra Aseguradora Solidaria de Colombia S.A., sin un análisis detallado sobre si, efectivamente, el riesgo asegurado (de buen manejo de anticipo) se materializó. La demanda estaba dirigida a demostrar el incumplimiento contractual de Dyaltec S.A.S. en la ejecución del contrato con Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S., pero en la sentencia no se distingue entre el incumplimiento contractual general y el específico incumplimiento de manejo indebido del anticipo, que es amparo efectivamente afectado por el A-quo. La omisión de este análisis implica que la decisión judicial carece de sustento probatorio y jurídico, pues impone una obligación indemnizatoria a la aseguradora sin demostrar que el hecho ocurrió dentro de las condiciones establecidas en la póliza.

Para efectos de un mayor entendimiento, tenemos los siguiente:

- **Pretensiones de la demanda:**

INVOCO.

PRETENSIONES

PRIMERO: Que declaren resueltos los contratos 23 de junio de 2017, 31 de julio de 2017 y 14 de agosto de 2017, celebrados entre GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES COLOMBIA GRACOL SAS (CONTRATANTE Y el señor CRISTIAN RUEDA DAZA (CONTRATISTA) en calidad de representante legal de DYALTEC SAS.

- **Hechos y pretensiones del llamamiento en garantía:**

SEGUNDO: es preciso describir al despacho las situaciones como se adquirieron las pólizas.

1. Mi cliente como constructor es conocido por el sistema asegurador, pues con la finalidad de salvaguardar posibles incumplimientos y daños a terceros, adquiere una póliza de seguro por cada una de las obras que adelanta y así mismo requiere a sus contratistas adquirirlas al momento de la firma de un contrato cualquiera que sea su connotación, siendo esta en esta oportunidad de Obra Civil.

QUINTO: pues bien, una vez establecida la relación que existe entre ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, con apego a las pólizas de seguro contratadas, es pertinente llamar en garantía a la aseguradora por el incumplimiento a los contratos de obra civil celebrados entre GRACOL y DYALTEC.

Por los anteriores hechos solicito las siguientes;

Documento: Llamamiento en garantía

Énfasis del documento: “**QUINTO:** pues bien, una vez establecida la relación que existe entre ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, con apego a las pólizas de seguro contratadas, es pertinente llamar en garantía(sic) a la aseguradora por el incumplimiento a los contratos de obra civil celebrados entre GRACOL Y DYALTEC”

Por los anteriores hechos solicito las siguientes;

PRETENSIONES

PRIMERO: Solicito su señoría que en cumplimiento del art 64 del código general del proceso, se dé cumplimiento a los contratos de póliza descritos, y que ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, asuma las obligaciones y perjuicios, en favor de mi cliente.

Así mismo, obsérvese de la sentencia de primera instancia y de sus consideraciones que nada se indicó respecto del buen o mal manejo del anticipo, amparo que finalmente se afectó por el Aquo, en las diferentes Pólizas de Seguro de Cumplimiento en favor de particulares. Amparos diferentes al de cumplimiento (que dicho sea de pasó se negó su afectación por la exclusión de clausula penal). Sin embargo, la parte pasiva de la litis solo fue condena por incumplimiento y nada se indicó respecto del buen o mal manejo del anticipo de los diferentes contratos de obra:

“En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Popayán, administrando justicia, en el nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR RESUELTOS los Contratos de Suministro celebrados los días 23 de junio de 2017, 31 de julio de 2017 y 14 de agosto de 2017, entre **GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S.** y **DYALTEC S.A.S.**, por las razones expuestas en esta audiencia.

SEGUNDO: DECLARAR que **DYALTEC S.A.S.** incumplió el objeto de los Contratos de Suministro antes citado.

TERCERO. CONDENAR a **DYALTEC S.A.S.** para que dentro de los quince (15) días siguientes a la firmeza de la presente providencia, pague en favor de **GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S.**, las siguientes sumas de dinero:

Es por lo anterior que, la falta de congruencia entre la demanda, los hechos y pretensiones del llamamiento y la condena impuesta constituye un vicio grave que afecta la validez de la decisión judicial, lo que amerita su revocatoria en segunda instancia. Esto porque se configuró un defecto sustantivo que vulnera el debido proceso y puede dar lugar a su nulidad o revocatoria. En este caso, la condena impuesta a la aseguradora no se basa en la demostración de un siniestro asegurado, sino en una presunción general de incumplimiento contractual de Dyaltec S.A.S., pero de ninguna manera la demostración del riesgo asegurado por el amparo del buen manejo del anticipo. En consecuencia, se hace imperativo que el Juzgado Civil del Circuito de alzada revoque la decisión de primera instancia, corrigiendo la vulneración al debido proceso y restableciendo la aplicación estricta de los principios de congruencia.

En conclusión, en efecto, este reparo se formula debido a que no existe un análisis claro y detallado por parte del juzgado sobre la materialización del riesgo asegurado, esto es, el manejo indebido del anticipo, el cual constituía la única circunstancia bajo la cual podía imponerse una condena en contra de mi mandante. La sentencia impugnada se limita a declarar probado el incumplimiento contractual de Dyaltec S.A.S., sin precisar si dicho incumplimiento correspondía al uso incorrecto del anticipo, lo que además no fue demostrado en el proceso. Esta omisión es grave, pues no solo desborda los límites del contrato de seguro, sino que también impone una condena sin prueba suficiente de la configuración del siniestro asegurado. Adicionalmente, ni en la demanda inicial ni en el llamamiento en garantía se especificó que lo pretendido era la afectación del amparo correspondiente al manejo del anticipo, circunstancia que refuerza la incongruencia de la decisión judicial. Por lo tanto, la condena impuesta carece de fundamento jurídico y probatorio, configurándose una clara vulneración al debido proceso que amerita su revocatoria.

3. CONFIGURACIÓN DE UN ERROR DE DERECHO POR CUANTO EL A-QUO INAPLICÓ TOTALMENTE EL ART. 1077 DEL C. Co. DEBIDO A QUE, AL NO HABERSE COMPROBADO LA REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO NI LA CUANTÍA DE LA PÉRDIDA - NO HABÍA LUGAR A CONDENAR A LA ASEGURADORA SOLIDARIA A LA AFECTACIÓN DEL AMPARO DE “BUEN MANEJO DEL ANTICIPO”, LO CUAL CONFIGURA IGUALMENTE UN ERROR DE HECHO POR INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA.

En el presente caso, era indispensable que el extremo actor acreditara de manera fehaciente la realización del riesgo asegurado, o sea, la ocurrencia del siniestro, y la cuantía de la pérdida, tal como impone el Art. 1077 del C. Co., pues solo ante la concurrencia de tales presupuestos hubiere sido posible activar la obligación indemnizatoria de mi procurada. Sin embargo, sin perjuicio de lo manifestado en el reparo anterior, se observa que el despacho desconoció dicho precepto normativo, pues de las pruebas obrantes en el expediente surge palmario que no se realizó la

condición de la que dependía la obligación de mi procurada, al no estructurarse “*el uso o apropiación indebida de los anticipos*” de los diferentes contratos de obra suscritos entre el tomador y asegurado. Adicionalmente, en el tema de los perjuicios se reconocieron sin que mediara medio de prueba alguno, razón por la que tampoco se acreditó fidedignamente la cuantía de la pérdida.

Como es sabido, en estos eventos el asegurador no ostenta ningún tipo de responsabilidad solidaria con su asegurado, por lo que la obligación condicional dependerá de la comprobación de la realización del riesgo asegurado y la demostración de la cuantía de la pérdida, pese a ello se reafirma conforme a las argumentaciones iniciales realizadas en este escrito no se allegó ni siquiera prueba sumaria de un incumpliendo contractual de obra, ni mucho menos de un uso o apropiación indebida de los anticipos. Sin embargo, sin estar acreditado suficientemente el a quo decidió declarar que sí lo hubo, únicamente mediando una consecuencia procesal del Art. 97 del CGP al demandado, sin que implique de facto como ya se indicó, que recaiga respecto de la llamada en garantía, e imponer la obligación de pago a cargo de mi representada cuando claramente no está demostrada la realización del riesgo asegurado y más aún cuando la cuantía de la pérdida tampoco se acreditó, fallando así en total desconocimiento del Art. 1077 del C. Co.

Ahora, en tanto no existe prueba que demuestre el uso indebido o la aprobación de los anticipos pagados por el asegurado, es claro que no es posible que se realice el riesgo contractualmente asegurado, razón por la cual, no existe obligación de indemnizar por parte de la Compañía de Seguros. Así entonces, para efectos de solicitudes de indemnización por los riesgos amparados, la carga probatoria gravita sobre la parte Demandante, quien en la relación contractual tiene la calidad de asegurada. En ese sentido, el Art. 1077 del C. Co., estableció lo siguiente:

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

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

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

“(…) Es asunto averiguado que en virtud del negocio asegurativo, el asegurador contrae una obligación condicional que el Art. 1045 del código de comercio califica como elemento esencial del contrato, cuyo objeto se concreta a pagar la indemnización cuando se realice el riesgo asegurado. Consecuente con esta

concepción, el Art. 1054 de dicho estatuto puntualiza que la verificación del riesgo - como suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador- “da origen a la obligación del asegurado” (se resalta), lo que significa que es en ese momento en el que nace la deuda y, al mismo tiempo, se torna exigible (...)

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

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

“(...) Se dirá que el asegurado puede acudir al proceso declarativo, y es cierto; pero aunque la obligación haya nacido y sea exigible, la pretensión fracasará si no se atiende la carga prevista en el Art. 1077 del Código de Comercio, porque sin el cumplimiento de ella el asegurador no debe “efectuar el pago” (C. de CO., art. 1080) (...)”⁴ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

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

2.2. En consonancia con ello, “[e]l asegurado o el beneficiario [están] obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro” (art. 1075, ib.), información que en el caso de la póliza de que se trata, debía verificarse “dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia de un

⁴ ÁLVAREZ GÓMEZ Marco Antonio. “Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen I. Hipoteca, Fiducia mercantil, Prescripción, Seguros, Filiación, Partición de bienes en vida y otras cuestiones sobre obligaciones y contratos”. Segunda Edición. Editorial Temis, Bogotá, 2018. Pág. 121-125.

tratamiento de las enfermedades de Alto Costo relacionada en la Cláusula Primera, así no afecte la Cobertura provista mediante la presente póliza” (cláusula décima, condiciones generales, contrato de seguro).

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

2.4 Esos deberes acentúan su importancia en los seguros de daños, como el que es base de la acción, toda vez que ellos, “[r]especto del asegurado”, son “contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento” (art. 1088, ib.), de modo que “la indemnización no excederá, en ningún caso, el valor real del interés asegurado en el momento de siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario” (art. 1089, ib.) (...)”⁵.

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

“(…) Se lee en las peticiones de la demanda que la parte actora impetra el que se determine en el proceso el monto del siniestro. Así mismo, no cuantifica una pérdida. De ello se colige con claridad meridiana que la demandante no ha cumplido con la carga de demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía que le imponen los Art.s 1053 y 1077 del C. de Comercio. En consecuencia y en el hipotético evento en que el siniestro encontrare cobertura bajo los términos del contrato de seguros, la demandante carece de derecho a demandar el pago de los intereses moratorios (...)”⁶ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

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

Frente al primer presupuesto, es decir la realización del riesgo asegurado, debe rememorarse lo estipulado en el contrato de seguro que es el acto por el cual la Aseguradora Solidaria de Colombia

⁵ Sentencia SC2482-2019 de 9 de julio de 2019, Radicación n.º 11001-31-03-008-2001-00877-01. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. MP: ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil M.P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 1100131030241998417501

fue vinculada al proceso, al respecto el riesgo fue descrito dentro de las condiciones del contrato de seguro, de la siguiente manera:

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

CUANDO SE TRATE DE BIENES ENTREGADOS COMO ANTICIPO, PARA QUE OPERE EL AMPARO ESTOS DEBERAN ESTAR DEBIDAMENTE TASADOS EN DINERO.

SALVO ACEPTACIÓN EXPRESA E INEQUIVOCA DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, EL PRESENTE AMPARO NO CUBRE ANTICIPOS EN DINERO EN EFECTIVO O QUE NO SE HAYAN ENTREGADO A TRAVÉS DE TRANSACCIONES BANCARIAS.

Documento: Condicionado General de las Pólizas de Seguro de Cumplimiento en Favor de Entidades Particulares.

Énfasis de documento: “1.2 AMPARO DE BUEN MANEJO DEL ANTICIPO

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

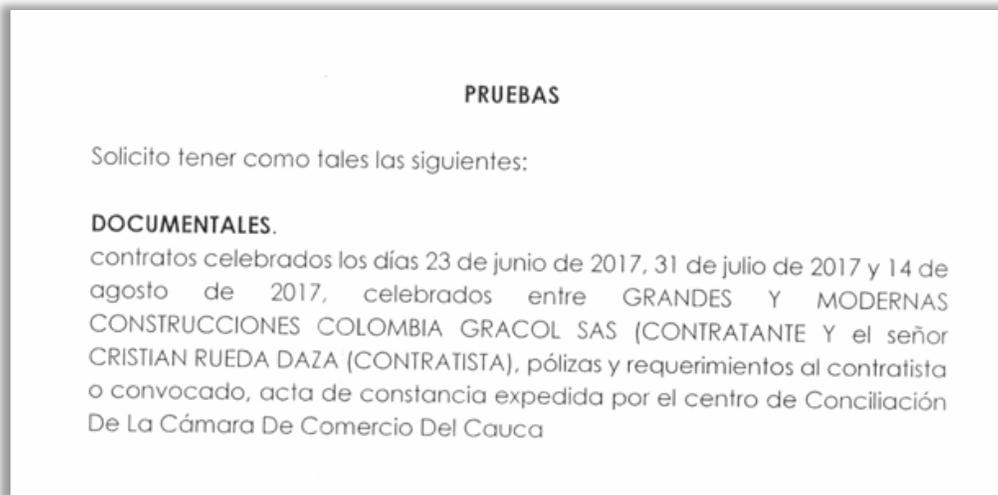
CUANDO SE TRATE DE BIENES ENTREGADOS COMO ANTICIPO, PARA QUE OPERE EL AMPARO ESTOS DEBERAN ESTAR DEBIDAMENTE TASADOS EN DINERO.

SALVO ACEPTACIÓN EXPRESA E INEQUIVOCA DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, EL PRESENTE AMPARO NO CUBRE ANTICIPOS EN DINERO EN EFECTIVO O QUE NO SE HAYAN ENTREGADO A TRAVÉS DE TRANSACCIONES BANCARIAS” (...)
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Claro lo anterior, se indicará porqué tales supuestos no fueron demostrados en el presente caso, razón por la cual la sentencia deberá ser revocada toda vez que no hay lugar a condenar bajo ningún concepto a mi procurada:

No se acreditó la realización del riesgo asegurado ni la cuantía de la pérdida.

Tal y como reiteradamente se ha manifestado, en concreto con relación a las cargas probatorias de la parte demandante que, advertimos de la demanda y los medios probatorios allegados que no existe mérito para dar por probado, aún con la consecuencia del Art. 97 del C.G.P dictada a Dyaltec S.A.S, el supuesto incumplimiento del que se vale la parte demandante para formular la demanda. Ni mucho menos un **“USO O APROPIACIÓN INDEBIDA DE LOS ANTICIPOS”** Observarse de las pruebas allegadas con la demanda, que solo se allegaron las siguientes:



Documento: Demanda presentada por GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES COLOMBIA GRACOL S.A.S.

Énfasis del documento: “contratos celebrados los días 23 de junio de 2017, 31 de julio de 2017 y 14 de agosto de 2017, celebrados entre GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES COLOMBIA GRACOL SAS (CONTRATANTE Y el señor CRISTIAN RUEDA DAZA (CONTRATISTA), pólizas y requerimientos al contratista o convocado, acta de constancia expedida por el centro de Conciliación De La Cámara De Comercio Del Cauca”

Aquí es preciso advertir que, pese a que la parte demandante hace referencia a “requerimientos al contratista o convocado” estos nunca fueron allegados como prueba ni con la demanda, ni con la reforma (que fue rechazada de plano) ni con el llamamiento en garantía formulado a mi representada esto por cuanto se puede observar que a PDF denominado “004AnexosDemanda” del expediente digital que de folio 1 a 6 se aportó Certificado de Existencia y Representación de la sociedad “Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S” parte demanda, de folio 7 a 13 se aportó “Constancia de inasistencia a la conciliación expedida por el Centro de Conciliación de la Cámara de comercio del Cauca” de folio 14 a 24 se aportó “Contrato de obra Condominio Torres de Milano – TC Y TD” del 23 de junio de 2017” a folio 25 se aportó Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 660-74-994000005792, de folio 26 al 36 se aportó contrato de obra “Condominio Versalles” del 31 de julio de 2017, a folio 37 a 38 se aportó Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 660-74-994000005889 y un listado de asegurados, a folios 39 y 40 se aportó la Póliza de Seguro de Cumplimiento en Favor de Entidades No. 660-45994000004532, a folios 41 al 48 se aportó Contrato de obra “Condominio Torres de Milano” del

07 de agosto de 2017, del folio 49 al 60 se aportó contrato de obra “Condominio Venezia” del 14 de agosto de 2017, a folio 61 se aportó Póliza de RCE No. 660-74-994000005897, a folio 62 de aportó Poliza de Seguro de Cumplimiento en Favor de Entidades Particulares No. 660-45-994000004547, a folio 63 se aportó Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 660-74-994000005888 y, finalmente, solo se aportó a folio 64 la Póliza de Cumplimiento en Favor de Entidades Particulares No. 660-45-99400000453.

Del análisis de la demanda y los documentos allegados con la misma, se desprende que no obra en el expediente prueba alguna que permita acreditar el supuesto incumplimiento contractual alegado por la parte demandante Ni mucho menos un **“USO O APROPIACIÓN INDEBIDA DE LOS ANTICIPOS**. La carga probatoria que le correspondía a GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES COLOMBIA GRACOL S.A.S. exigía demostrar de manera fehaciente la existencia el USO indebido de los anticipos imputable a Dyaltec S.A.S., lo cual no se satisface con la simple afirmación de que existieron contratos y pólizas de seguro.

Dicho lo anterior, es claro que en el presente caso no se ha realizado el riesgo asegurado, toda vez que nos encontramos ante una situación en la que no existe ni siquiera prueba del incumplimiento del contrato de obra ni mucho menos del uso indebido o apropiación del anticipo. Al respecto también es dable advertir que al hecho No. “QUINTO” de la demanda, también se indicó que a DYALTEC S.A.S se le otorgó una prórroga y pese a que eso tampoco fue demostrado, llama la atención de que, si en el asunto se hablara de alguna apropiación indebida del anticipo, ¿Para qué la prologa? En consecuencia, la obligación condicional del asegurador no podía surgir por falta de prueba de la realización del riesgo asegurado.

Finalmente, respecto a la pérdida como elemento indispensable según el Art. 1077 del C.Co. tampoco se encuentra acreditada, pues no basta con probar que se pagaron diferentes anticipos acordados con los diferentes contratos de obra, sino que se debió acreditar, -si se adelantó parte de la obra cuanto se usó del anticipo- si no se adelantó cuanto se apropió pese a la prórroga concedida, etc.

En conclusión, como no se demostró el incumplimiento del contratista, ni mucho menos el uso o apropiación indebida de los anticipos pagados por el asegurado, y mucho menos la pérdida que deprecaba la parte demandante, ninguna obligación indemnizatoria estaba llamada a prosperar porque esta prestación tan solo podía emerger al probarse los supuestos del Art. 1077 del C.Co situación que no se consolidó y por ende el Ad quem está llamado a enmendar dicho yerro pues la falta de acreditación de estos elementos impedía el nacimiento de la obligación condicional de la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. por lo tanto se solicita al H. Tribunal revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar negar la totalidad de las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por la parte demandante.

4. CONFIGURACIÓN DE UN ERROR DE HECHO POR CUANTO POR CUANTO EL DESPACHO INCURRIÓ EN UNA INDEBIDA VALORACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE PRUEBAN LA CONFIGURACIÓN LA INEXISTENCIA DE SINIESTRO, Y QUE EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO AL QUE FUE CONDENADO DYALTEC S.A.S NO ES IGUAL A LA ACREDITACIÓN DEL USO INDEBIDO DEL ANTICIPO - LAS CONDICIONES RESPECTO DE DICHS AMPAROS SON DIFERENTES QUE NO FUERON DEBIDAMENTE VALORADOS POR EL A-QUO.

En línea con el argumento del reparo anterior, en donde se dejó claro la falta de acreditación de la realización del riesgo asegurado, resulta evidente que en cualquier caso es improcedente la afectación del amparo de buen manejo de anticipo comoquiera que, además de que no se formuló por parte de la accionante ninguna petición en torno la afectación de dicho amparo, de todas maneras, en este caso no encuentra probado el siniestro. De modo que, es perfectamente lógico concluir que los anticipos pagados con ocasión al Contrato de obra, no se usaron de forma indebida, pues resalta a la vista la ausencia de prueba de tal manifestación.

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

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

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

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

3.3. En el escenario expuesto, la entrega del adelanto hace surgir para el contratante una expectativa primaria, consistente en que esos recursos se empleen para cubrir las expensas de la obra, en los términos señalados en el contrato; y si ello ocurre, aflorará para aquel una expectativa secundaria: la de recomponer su acervo patrimonial, mediante la efectiva amortización del anticipo (...)"⁷

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

1.2 AMPARO DE BUEN MANEJO DEL ANTICIPO

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

CUANDO SE TRATE DE BIENES ENTREGADOS COMO ANTICIPO, PARA QUE OPERE EL AMPARO ESTOS DEBERAN ESTAR DEBIDAMENTE TASADOS EN DINERO.

SALVO ACEPTACIÓN EXPRESA E INEQUIVOCA DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, EL PRESENTE AMPARO NO CUBRE ANTICIPOS EN DINERO EN EFECTIVO O QUE NO SE HAYAN ENTREGADO A TRAVÉS DE TRANSACCIONES BANCARIAS.

Documento: *Condicionado General de las Pólizas de Seguro de Cumplimiento en Favor de Entidades Particulares.*

Énfasis de documento: *“1.2 AMPARO DE BUEN MANEJO DEL ANTICIPO*

EL AMPARO DE BUEN MANEJO DEL ANTICIPO CUBRE A LAS ENTIDADES CONTRATANTES, CONTRA LOS PERJUICIOS SUFRIDOS CON OCASIÓN DEL USO O APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA TOMADOR DEL SEGURO HAGA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO EN CALIDAD DE ANTICIPO, PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO. EN TAL SENTIDO SE ENTENDERÁ QUE EXISTE USO O APROPIACIÓN INDEBIDA DE LOS DINEROS O BIENES ENTREGADOS A TÍTULO

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 2015-00826 Sentencia SC3893-2020 M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

DE ANTICIPO EN EL EVENTO EN QUE TALES DINEROS O BIENES NO SEAN UTILIZADOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

CUANDO SE TRATE DE BIENES ENTREGADOS COMO ANTICIPO, PARA QUE OPERE EL AMPARO ESTOS DEBERAN ESTAR DEBIDAMENTE TASADOS EN DINERO.

SALVO ACEPTACIÓN EXPRESA E INEQUIVOCA DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, EL PRESENTE AMPARO NO CUBRE ANTICIPOS EN DINERO EN EFECTIVO O QUE NO SE HAYAN ENTREGADO A TRAVES DE TRANSACCIONES BANCARIAS” (...)
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De manera que, es claro en este caso que se amparó el buen manejo del anticipo pagado por la contratante al contratista, en caso de que el mismo no se utilizara de manera debida. Situación que claramente no ocurrió en el caso de marras comoquiera que no obra prueba tan siquiera sumaria de que ello así sucediera. Luego, no se encuentra acreditado el siniestro. Recuérdese que al respecto el Código de Comercio define el siniestro como: **“ART. 1072. <DEFINICIÓN DE SINIESTRO>**. *Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado”*.

Del análisis de la demanda y los documentos allegados con la misma, se desprende que no obra en el expediente prueba alguna que permita acreditar el supuesto incumplimiento contractual alegado por la parte demandante. La carga probatoria que le correspondía a GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES COLOMBIA GRACOL S.A.S. exigía demostrar de manera fehaciente la existencia de un incumplimiento imputable a Dyaltec S.A.S., lo cual no se satisface con la simple afirmación de que existieron contratos y pólizas de seguro. El material probatorio allegado se limita a la presentación de los contratos de obra suscritos entre las partes, las pólizas de seguro de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual, así como la constancia de inasistencia a conciliación expedida por el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio del Cauca. Sin embargo, ninguno de estos documentos permite inferir de manera directa o indirecta la configuración de un incumplimiento contractual, puesto que no se allegaron elementos probatorios que evidencien mora, deficiencias en la ejecución de las obras, incumplimiento de plazos o requerimientos formales de la parte contratante al contratista por eventuales falencias en la ejecución contractual.

Particularmente, se advierte que, aunque en la demanda se hace referencia a “requerimientos al contratista o convocado”, estos no fueron aportados al proceso en ninguna de sus etapas, ni con la demanda inicial, ni con la reforma (que fue rechazada de plano), ni con el escrito de llamamiento en garantía formulado en contra de mi representada. Lo anterior se corrobora al revisar el contenido del documento digital denominado “004AnexosDemanda”, en el cual se observa que los folios únicamente contienen documentos relativos a la existencia de la sociedad demandante, la constancia de inasistencia a conciliación, los contratos de obra suscritos en 2017 y las pólizas de seguro de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual. En este sentido, la ausencia de

requerimientos formales al contratista impide demostrar que efectivamente se le haya puesto en conocimiento de un uso indebido del anticipo, lo que a su vez imposibilita la estructuración de la obligación de indemnizar a cargo de la aseguradora.

5. EL A QUO INCURRIÓ EN UNA VIOLACIÓN DIRECTA DEL ART. 1600 DEL CÓDIGO CIVIL, NO EXCLUYÓ LA POSIBILIDAD DE ACUMULAR LA CLÁUSULA PENAL Y LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS PRETENDIDOS EN LA DEMANDA – INEXISTENCIA DE PRETENSIONES PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral sexto de la sentencia, se observa que el A-quo incurrió en un error al no excluir la posibilidad de acumular la cláusula penal y la indemnización de perjuicios en la decisión adoptada, en abierta violación del Art. 1600 del Código Civil. Dicho precepto establece que, salvo estipulación expresa en contrario, no es posible reclamar simultáneamente ambos conceptos, pues la cláusula penal tiene una función eminentemente resarcitoria, constituyendo una liquidación anticipada de los perjuicios derivados del incumplimiento. En el presente caso, el demandante solicitó el pago de la penalidad pactada en los contratos como liquidación anticipada de los perjuicios y, adicionalmente, reclamó el reintegro de los anticipos otorgados como indemnización de perjuicios, lo cual supone la concurrencia de dos reclamaciones indemnizatorias sin que exista una estipulación contractual que lo permita. Este proceder desconoce el carácter accesorio de la cláusula penal y su naturaleza de mecanismo de estimación anticipada del daño, cuyo propósito es precisamente evitar la necesidad de probar los perjuicios.

El Art. 1600 del Código Civil establece de manera clara que no es posible acumular la pena y la indemnización de perjuicios, salvo que se haya pactado expresamente entre las partes. Así:

*“ARTICULO 1600. <PENAL Y 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.”.*

La cláusula penal tiene una función eminentemente resarcitoria y se concibe como una estimación anticipada del daño, eximiendo al acreedor de la carga de probar perjuicios adicionales. En este sentido, su finalidad es evitar discusiones probatorias sobre el quantum de los perjuicios y garantizar certeza en la liquidación de las obligaciones derivadas del contrato. No obstante, en la decisión del a quo se permitió erradamente la acumulación de ambas pretensiones, desconociendo la naturaleza accesorio de la cláusula penal y generando una duplicidad en la reparación del supuesto daño. Este error no solo vulnera el marco normativo aplicable, sino que también distorsiona el equilibrio contractual, al permitir al acreedor obtener un resarcimiento superior al pactado originalmente.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

*“(...) Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. **Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción**, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato (...)*”

Por lo tanto, y salvo pacto en contrario, no se podrá solicitar la cláusula penal y la indemnización de perjuicios. Pacto en contrario que hace que la cláusula penal en nuestro sistema también pueda tener la calidad de apremio tal como ocurría en el derecho romano, por vía de excepción.

En efecto aun cuando el legislador en Art. 1592 de nuestro Código Civil define la Cláusula Penal en términos de constituirse en un apremio al cumplimiento al establecer que: *“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*.

Con lo que el legislador abandonó la concepción de apremio de la cláusula para pasar a entender la misma como de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria de perjuicios, en total armonía con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia y la Doctrina⁸.

⁸ 3Léase en tal sentido SUESCÚN, Jorge. Derecho Privado: Estudios sobre Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo I. 2005. Pág. 43; VALENCIA, Zea. Derecho Civil, Derechos Reales. Tomo. II, 10^a ed., Editorial Temis S.A., Bogotá. 1996.; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Expediente 7320. MP. Silvio Fernando Trejos. Junio 2002.

Por su parte, el Art. 1601 del Código Civil y el 867 del C. Co. facultan a los jueces para regular la cuantificación de la pena cuando resulte excesiva, lo que reafirma su carácter compensatorio y su función de sustitución de la indemnización ordinaria. La cláusula penal no es un mecanismo de castigo, sino una forma de liquidación anticipada de los perjuicios, y su exigencia excluye la posibilidad de reclamar indemnizaciones adicionales derivadas del mismo incumplimiento. En el presente caso, la parte demandante no estructuró pretensiones principales y subsidiarias, sino que exigió simultáneamente la cláusula penal como estimación de los perjuicios y el reintegro de los anticipos entregados, configurando una indebida acumulación de pretensiones. El despacho debió analizar si en los contratos se estipuló de manera expresa la posibilidad de solicitar ambos conceptos, y ante la ausencia de dicha previsión, debió excluir la doble reclamación. Al no hacerlo, desconoció el alcance del Art. 1600 del Código Civil y permitió una interpretación contraria a derecho.

En consecuencia, el fallo objeto de reparo incurrió en una violación directa del Art. 1600 del Código Civil al admitir la acumulación de pretensiones excluyentes sin verificar la existencia de una estipulación expresa que lo permitiera. Esta decisión afecta los principios de seguridad jurídica y equilibrio contractual, pues impone una carga excesiva al deudor y concede al acreedor una reparación superior a la pactada. Además, desconoce la función compensatoria de la cláusula penal y altera la naturaleza de los acuerdos celebrados entre las partes, contrariando el régimen de responsabilidad contractual. Por lo tanto, resulta necesario corregir esta deficiencia y declarar la improcedencia de la acumulación de la cláusula penal con la indemnización de perjuicios, respetando así el marco normativo vigente y garantizando la correcta aplicación del derecho en este caso.

6. SIN PERJUICIO DE LO ANTERIOR, EXISTIÓ TERMINACIÓN DEL SEGURO POR CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA PACTADA EN LA PÓLIZA.

Además de los hechos que sirven de fundamento a los reparos anteriores, en la presente apelación se pone de presente que, de ser confirmado el incumplimiento por parte de Dyaltec S.A.S y además, darse entre estos prorrogas, en este caso operó la terminación automática del contrato de seguro que dio origen a las diferentes Pólizas de Seguro de Cumplimiento en Favor de entidades Particulares como quiera que el contratista tomador de la póliza no notificó por escrito a la aseguradora en el término del Art. 1060 del código de comercio, las circunstancias que agravaron el estado del riesgo en la ejecución del contrato asegurado como lo pudieron ser, sin que implique confesión alguna, el retraso injustificado en el pago por parte; la prórroga advertida al hecho quinto de la demanda, entre otras.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"(...) La Corte acierta en su decisión, acogiendo los argumentos establecidos por el Tribunal respecto a la aplicación del Art. 1060 del Código de Comercio, en el cual se

establece la obligación que tiene el tomador o asegurado de notificar al asegurador todos los hechos o circunstancias posteriores a la celebración del contrato que signifiquen una agravación del riesgo.

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

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

Al respecto el Art. 1060 del Código de Comercio dispone: (...) **“ART. 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 Art. 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.**

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

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

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

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

Así como el Art. 1060 del C. Co. hace referencia a la carga de información del tomador del seguro previo a la celebración de un contrato, de igual forma, la normatividad regula taxativamente las cargas de información adicionales que el tomador, el asegurado, o el beneficiario según sea el caso, deben cumplir con posterioridad a la suscripción del contrato de seguro, y aún después de la ocurrencia del siniestro. Ahora bien, la carga de informar sobre la agravación del estado del riesgo, según lo prevé el Art. 1060 del C. Co., opera en el presente asunto, so pena de terminar automáticamente el contrato de seguro⁹.

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

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

En conclusión, se produjo la terminación automática de las Pólizas de Seguro No. 660-45-994-000004547 y la Póliza de Seguro No. 660-45-994-000004532 que finalmente fueron afectadas por el A quo, así como todas las demás Pólizas que fueron vinculadas al presente asunto, ya que el tomador ni el asegurado, notificó a la aseguradora, dentro del plazo establecido por el Art. 1060 del Código de Comercio, sobre las circunstancias que agravaron el riesgo, como el supuesto incumplimiento del contrato, ni la prórroga que se indica se dio ha hecho quinto de la demanda. La jurisprudencia establece que es obligación del asegurado mantener el estado del riesgo y comunicar cualquier modificación o circunstancia que lo altere; su incumplimiento da lugar a la terminación del contrato. Así, al no haberse realizado la notificación correspondiente, se configura una falta que

⁹ <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/596/562>

conlleva la extinción del vínculo contractual y, por ende, la imposibilidad de reclamar indemnización alguna derivada de la póliza.

7. SIN PERJUICIO DE LO ANTERIOR, EL JUZGADO NUNCA ANALIZÓ EN DEBIDA FORMA LA OPORTUNIDAD DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA, CONTRA TODO DEBIDO PROCESO, PESE A LAS INSISTENCIAS QUE HASTA POR CONTROL DE LEGALIDAD SE HICIERON Y CONFORME FUE SOLICITADO POR MEDIO EXCEPTIVO DE LA DEMANDA, QUE EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA REALIZADO POR LA PARTE DEMANDANTE FUE TOTALMENTE EXTEMPORÁNEO.

El Art. 64 del CGP establece de manera clara e inequívoca las oportunidades procesales en las que puede formularse un llamamiento en garantía, determinando que el demandante debe hacerlo en el momento de presentar su demanda, mientras que el demandado cuenta con el término de contestación para formularlo. Esta previsión no es un mero formalismo, sino que responde a la necesidad de asegurar un proceso ordenado, evitando dilaciones indebidas y garantizando que todas las partes involucradas cuenten con la oportunidad procesal adecuada para estructurar su defensa. Sin embargo, en este caso, el llamamiento en garantía fue realizado por la parte demandante el 26 de abril de 2019, es decir, casi un año después de la presentación de la demanda, efectuada el 29 de mayo de 2018, sin que existiera justificación jurídica que habilitara la admisión tardía de esta figura procesal.

El a quo, pese a las reiteradas solicitudes formuladas para que revisara esta irregularidad, omitió cualquier análisis sobre la extemporaneidad del llamamiento, a pesar de que incluso se promovió su revisión mediante control de legalidad y fue expresamente señalado en la excepción propuesta en la contestación de la demanda. Tal y como se muestra a continuación:

III. EXCEPCIONES DE FONDO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

• EXTEMPORANEIDAD DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Se propone esta excepción con base en el artículo 64 del Código General del Proceso el cual regula lo concerniente al llamamiento en garantía, estipulando que el mismo lo puede realizar el demandante o demandado e igualmente estableciendo la oportunidad para hacerlo, esto es, en la demanda o dentro del término para contestarla respectivamente; el citado artículo en su tenor literal indica:

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

DKGO

38

En ese orden de ideas, se tiene que la demanda base del presente litigio se presentó el 29 de mayo de 2018 sin que a la misma se acompañara escrito de llamamiento en garantía, el cual se formuló el 26 de abril de 2019 tal y como consta en el expediente, en consecuencia, la parte actora formuló de manera extemporánea el llamamiento en garantía a mi prohijada, por lo que no puede resolverse sobre una petición que se hace por fuera de la oportunidad procesal establecida para el efecto.

Por las anteriores consideraciones solicito señor Juez declarar probada esta excepción.

Resulta aún más grave que ni siquiera se intente justificar la tardanza bajo el argumento de una reforma a la demanda, dado que la única reforma presentada fue rechazada por no haberse presentado de manera integrada, decisión que quedó en firme al no haber sido recurrida. En consecuencia, el llamamiento en garantía aceptado no solo contraviene la normativa procesal, sino que además altera el equilibrio procesal, permitiendo una indebida alteración de la relación procesal cuando el término para hacerlo ya había precluido.

Del análisis de lo expuesto con anterioridad, deberá indicarse que si bien, el Despacho escuda su decisión de inadvertir que el llamamiento en garantía no fue extemporáneo porque el Juzgado de Primera instancia se estuvo a lo dispuesto por el Juzgado de Segunda Instancia quien resolvió -que el demandante sí podía llamar en garantía- respecto de un recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a auto que había decidido *"DESVINCULAR del presente asunto a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, por las razones expuestas en este auto. 3). DEJAR SIN EFECTOS el llamamiento en garantía de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, admitido mediante Auto Interlocutorio de dos (02) de mayo de dos mil diecinueve (2019) y todas las*

actuaciones que de éste se deriven.” Por cuanto, para ese momento el Juzgado Tercero Civil Municipal de Popayan había considerado que “se debe desvincular a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, porque de GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A. no se predica que deba pagar una indemnización en una eventual sentencia adversa a sus intereses, ya que es la demandante, quien pretende la resolución del contrato y es el demandado DYALTEC S.A.S., quien cuenta con la facultad de solicitarla y no llamó en garantía, más, ni siquiera contestó la demanda.”

A lo que a lo sumo y para efectos de demostrar que de la extemporaneidad nunca se decidió ni el primera ni en segunda instancia (en apelación de auto) se extrae de la decisión del JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN CAUCA mediante auto No. 00508 del treinta (30) de mayo de dos mil veinticuatro (2024) lo siguiente:

Frente a ello el operador judicial, debe resolver sobre la admisión o inadmisión de la demanda, estudiando que se atempere a los presupuestos del artículo 82 y siguientes del Estatuto procesal, esto es, entre otros, si hay una razón ó nexa entre quien llama y a quien se llama en garantía y los demás requisitos que para el caso corresponda. Una vez se resuelva el llamamiento en garantía y se integre el contradictorio, nada tiene que ver que el demandado comparezca a surtir o no su defensa, pues, también esta interesada en que la aseguradora comparezca al escenario, la parte que contrató con la demandada, entendiéndose groso modo, que al momento de suscribir los acuerdos, la parte actora en este caso, se pudo haber sentido más tranquila cuando se informó que las obligaciones, en este caso de su contraparte, estaban garantizadas con una aseguradora.-

Lo anterior, como una forma de explicar, que realmente existe la posibilidad que la parte actora haga uso del llamamiento en garantía en pro de su contraparte, para posiblemente ir asegurando la posibilidad, de obtener una sentencia favorable y con posibilidad de acceder a recuperar los presuntos perjuicios que le endilga.-
Es de recordar que dicha posibilidad se da en aplicación del principio de celeridad y de economía procesal.-

De otro lado, el obrar de la operadora judicial de primera instancia, no se hizo en el momento oportuno para resolver sin más que la llamada en garantía no podía concurrir, pues más que acceder al control de legalidad, lo que hizo fue omitir todas las etapas, que prescribe el artículo 372 del Código General del Proceso, entre ellas el interrogatorio de parte, contradicción de las pruebas y alegatos por el sólo hecho de pretender que el actor no podía hacer uso del llamamiento en garantía en relación a la aseguradora de la contraparte.-

Frente a ello no le asiste la razón a la funcionaria de primera instancia, para adoptar la decisión en la cual pretende que porque la contraparte guardó silencio puede resolver el asunto mediante sentencia anticipa, desvinculando a una parte llamada en garantía presuponiendo que esto no le estaba permitido a la parte demandante, en tanto recuérdese que si bien la misma no compareció al plenario, si hay lugar para escuchar a la demandante y a quien fue llamada en garantía tal como lo autoriza la premisa normativa arriba citada.

Así las cosas, encuentra esta judicatura que le asiste a la parte demandante el derecho a llamar en garantía a la compañía aseguradora que contrató los seguros para cumplir con los contratos suscritos entre demandante y demanda, lógicamente este es el tema objeto a resolver, previamente agotar las etapas procesales conforme lo prescribe el Código General del Proceso, no hallándose razón procesal alguna para que de tajo se le dé un trámite procesal al asunto, que cercene el derecho que tiene el demandante para llamar en garantía a la aseguradora en la forma como lo hizo.-

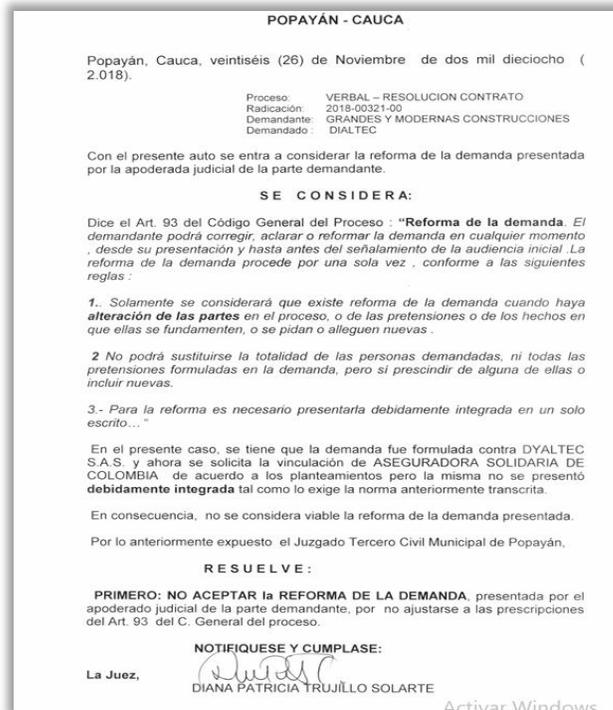
Es decir que, lo dicho por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán en el auto No. 00508 del 30 de mayo de 2024 no hace referencia a la extemporaneidad del llamamiento en garantía, sino que justifica la posibilidad de que la parte demandante lo haya realizado en aras de garantizar su derecho a obtener el resarcimiento de los perjuicios que pretende. Sin embargo, dicho auto tampoco aborda el aspecto central del debate: la oportunidad procesal en la que fue presentado dicho llamamiento. De hecho, en su argumentación, el juez superior se enfoca en la integración del contradictorio y que se verifiquen los requisitos para su admisión, en la necesidad de garantizar el derecho de defensa de la aseguradora, pero omite cualquier análisis sobre si la solicitud de llamamiento cumplió con el término procesal preceptuado en el Art. 64 del Código General del Proceso.

Al respecto el Art. 64 del CGP indica lo siguiente:

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

Sin embargo, obsérvese que cuando la parte demandante interpone su demanda NO realiza llamamiento en garantía alguna. Ni siquiera demanda de forma directa a la aseguradora Solidaria de Colombia E.C. Es solo hasta el día 26 de abril de 2019, una vez también finalizado el término para reformar la demanda, el apoderado de la parte demandante radica llamamiento en garantía, tal y como se muestra a continuación:

- **Rechazo de la reforma a la demanda por no cumplir los requisitos del Art. 93 del C.G.P – Auto del 26 de noviembre de 2018:**



- **Radicación del llamamiento en garantía al 26 de abril de 2019**



La omisión del juzgado en analizar esta cuestión vulnera el principio del debido proceso y el derecho de defensa, pues admitir un llamamiento en garantía extemporáneo impone a las demás partes procesales la carga de afrontar una relación jurídica que no debió haberse consolidado. Más aún, al no verificar el cumplimiento de los requisitos temporales exigidos por la norma, se genera un antecedente contrario a la seguridad jurídica, permitiendo que los llamamientos en garantía se formulen de manera arbitraria y sin sujeción a los límites procesales establecidos. Esto no solo desnaturaliza el propósito del llamamiento en garantía, sino que también crea un riesgo de abuso de la figura, instrumentalizándola para ampliar de manera indebida la relación procesal a conveniencia del demandante.

En este sentido, es claro que el asunto de la extemporaneidad del llamamiento en garantía no ha sido objeto de pronunciamiento de fondo por parte de ninguna instancia judicial. El hecho de que

el juez de segunda instancia (En apelación de auto) haya considerado viable el llamamiento desde el punto de vista sustantivo no significa que haya validado su admisión en un momento procesal indebido. De ahí que persista la omisión del juzgado de primera instancia en analizar si el llamamiento cumplió o no con el término procesal previsto por la ley. En virtud del principio de legalidad y del debido proceso, el Ad-quem no puede eludir su obligación de pronunciarse sobre la inadmisibilidad del llamamiento en garantía por extemporaneidad, máxime cuando ha sido una cuestión advertida en diversas oportunidades dentro del proceso y que aún puede ser subsanada con la finalidad de revocar la sentencia de primera instancia respecto de mi representada la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C.

III. SOLICITUDES

1. Comedidamente solicito al Juzgado Tercero Civil Municipal Popayán – Cauca se **CONCEDA** ante el superior jerárquico, el recurso de apelación interpuesto frente a la Sentencia de Primera Instancia proferida el 21 de marzo del año dos 2025 de forma oral, teniendo en cuenta los reparos expuestos en audiencia, mismos que fueron ampliados y debidamente sustentados
2. Comedidamente solicito al Honorable Juzgado Civil del Circuito de Popayán se **REVOQUE** los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 8 la sentencia proferida el 21 de marzo del 2025 por el JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL POPAYÁN - CAUCA, en donde de manera equivocada se condenó a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, a pagar a la parte demandante sumas de dinero, en virtud de la supuesta materialización del riesgo asegurable de las pólizas.
3. En su lugar, comedidamente solicito se **DECLAREN** probadas las excepciones propuestas por la Compañía de Seguros que represento.
4. Como consecuencia de la anterior petición, comedidamente solicito se **NIEGUEN** totalmente las pretensiones de la demanda, y se **CONDENE** en costas y agencias en derecho en doble instancia a la parte Demandante, en favor de las entidades Demandadas.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá

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