

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia



Juzgado Cuarto Civil del Circuito
Popayán, seis de junio de dos mil veinticinco

Sentencia n.º 7

I. Asunto

Cumplidas las etapas del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, se decide el recurso de apelación formulado por Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, contra la sentencia n.º 10 del 21 de marzo de 2.025, dictada por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Popayán, dentro del proceso declarativo instaurado por Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL contra DYALTEC S.A.S.

II. Antecedentes

Demanda.- Los días 23 de junio, 31 de julio y 14 de agosto, todos de 2.017, la demandante celebró tres contratos distintos con DYALTEC, cuyo objeto fue la instalación de puertas y ventanas de aluminio en los condominios **Torres de Milano** -por valor de \$135.618.784, con anticipo del 40%-, **Versalles** -en cuantía de \$35.947.138, con anticipo del 30%-, y **Venecia** -en cantidad de \$70.196.784, con anticipo del 30%-, los que el extremo demandado incumplió por completo, obviando que la sociedad actora le canceló \$58.966.486 a razón de los mencionados adelantos, discriminados así: \$27.123.757 el 10 de julio -para el pacto de Torres de Milano-, \$10.784.141 el 17 de agosto -para el pacto de Versalles-, y \$21.058.588 el 23 de agosto -para el pacto de Venecia-, por igual de 2.017; desatendiendo incluso los llamados a ejecutar la prestación a su cargo, efectuados el 27 de septiembre y el 11 de octubre de 2.017 por parte de GRACOL, misma que se vio afectada por el desvío de los dineros girados, sin amortización en la labor comprometida, como por el retraso en las obras emprendidas en los comentados proyectos inmobiliarios [páginas 13-16, archivo electrónico 009, carpeta de primera instancia].

Incoó, enseguida, la resolución contractual de los mencionados negocios jurídicos, más la condena al pago de las cláusulas penales en un monto del 20% del valor de aquellos, totalizando \$48.352.419, desagregados en: \$27.123.756 -en el caso Torres de Milano-, \$7.189.427 -en el de Versalles-, y

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

\$14.039.236 -del de Venecia-; junto con el reembolso, a título de perjuicios, de los \$58.966.486 que se transfirieron como adelantos [pgs. 16-17, *ídem*].

Trámite.- La demanda se admitió el 26 de abril de 2.018 [a.e. 011, carpeta *ídem*].

En providencia de dos de mayo de 2.019 se admitió el llamamiento en garantía que realizó la parte demandante a Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, fundada en las pólizas de seguro n.º 660-74-994000005792 de 29 de junio de 2.017 -para el contrato de 23 de junio-, n.º 660-74-994000005889 y n.º 660-45-994000004532 de 9 de agosto de 2.017 -para el contrato de 31 de julio-, n.º 660-74-994000005888 y 660-45-994000004531 de 9 de agosto, n.º 660-74-994000005897 y n.º 660-45-994000004547 de 15 de agosto de 2.017 -para el contrato de 14 de agosto- [a.e. 014-016, carpeta *ídem*].

DYALTEC S.A.S. guardó silencio.

Contestación.- Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa se pronunció de manera diversa frente a los hechos, enfatizando su ajenidad al curso contractual narrado en la demanda, así como en las coberturas y exclusiones de las pólizas que a él se asociaron, particularmente aquella atinente a los anticipos o pagos anticipados cuya entrega se realice de manera directa y en efectiva al contratista, sin que medie soporte de una transferencia bancaria.

Con el propósito de enervar el mérito de la demanda inicial, la aseguradora formuló oportunamente las defensas que nominó y sustentó así:

- (i) «*Inexistencia de pruebas sobre el presunto incumplimiento que se atribuye a la sociedad DYALTEC S.A.S.*» dada la ausente prueba relacionada con los requerimientos efectuados al contratista y los desembolsos que se le hicieron.
- (ii) «*Improcedencia de acumular la cláusula penal y la indemnización de perjuicios*» al abrigo del artículo 1.600 del C.C., debido al carácter compensatorio que generalmente tiene la primera, máxime que no se demostró el pago que la parte demandante alegó haber efectuado.
- (iii) «*Contrato no cumplido*» porque los pactos arrimados también le asignan obligaciones a la parte demandante, misma que de haberlas

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

inobservado, conllevaría a que ningún extremo esté en mora, cerrando la opción de perseguir las secuelas pecuniarias incoadas.

- (iv) *«Carencia de prueba del supuesto perjuicio»* en punto a su producción, naturaleza, identidad y cuantía, problemática que se extiende a la evidencia del incumplimiento de la parte pasiva.
- (v) *«Enriquecimiento sin causa»* el cual se produciría de condenarse en un caso ayuno de pruebas.
- (vi) *«Genérica o innominada y otras»* cualquiera que se corrobore, inclusive la prescripción.

Ya contra el llamamiento en garantía, enfiló las defensas de:

- (i) *«Extemporaneidad del llamamiento en garantía»* ya que la demanda inicial data del 29 de mayo de 2.018, mientras que la convocatoria a la aseguradora se remonta al 26 de abril de 2.019, contrariando la oportunidad que norma el artículo 64 de C. G. del P.
- (ii) *«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 es imposible afectarlas»* al tenor de su anexo n.º 2.
- (iii) *«Imposibilidad de afectar las pólizas de responsabilidad civil extracontractual Nos, 660-74-994000005792, 660-74-994000005889 y 660-74-994000005897 por cuanto no está en discusión ese tipo de responsabilidad de la pasiva de la acción»* de índole negocial o contractual, extraña a los amparos afianzados.
- (iv) *«Improcedencia de afectación de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 660-45-994000004532 y 660-45-994000004547 expedidas por Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, por falta de demostración de la ocurrencia del siniestro y su cuantía»* cual lo imperan los artículos 1.077 y 1.088 del C. de Co., que en el caso operan ante no comprobación del incumplimiento de la pasiva ni de la cuantía de la pérdida que se dijo con ello irrogó.
- (v) *«Inexistencia de siniestro en cada uno de los amparos que pretende afectar la parte convocante»* y *«No se realizó el riesgo*

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

asegurado por mi representada» por cuanto no se ha demostrado la inejecución de las obligaciones a cargo de la demandada, máxime que cada amparo es independiente del otro, y ofrece coberturas distintas. En tal sentido, el de *anticipo* extraña que se documentara la entrega de los recursos por tal concepto y la responsabilidad del contratista en la no inversión, ora su uso o apropiación indebidos, mientras que el de *cumplimiento* echa de menos que el contratista haya deshonrado las obligaciones en los contratos de obra.

(vi) *«Las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 660-45-994000004532 y 660-45-994000004547 excluyen de su cobertura los perjuicios morales»* de acuerdo con sus condiciones generales, oponible teniendo en cuenta que la parte demandante no identificó la tipología de los perjuicios que impetró.

(vii) *«Límites máximos de responsabilidad del asegurador y condiciones de las pólizas que enmarcan las obligaciones de las partes»* que deben aplicarse y considerarse en caso de prosperar las pretensiones.

(viii) *«Reducción de la indemnización»* al monto de la deuda que se llegue a probar a cargo de la demandada, dado el tenor de la cláusula octava de las condiciones generales de las memoradas pólizas de seguro de cumplimiento a favor de entidades particulares.

(ix) *«Subrogación»* bajo el imperio del artículo 1.096 del C. de Co. y la cláusula décima de las condiciones generales, que le permiten recobrar lo que llegue a pagar a título de indemnización.

(x) *«Caso fortuito o fuerza mayor»* de configurarse el incumplimiento del demandado, a condición que obedezca a una causa extraña, como lo anticipa el numeral 2.1 de las condiciones generales.

(xi) *«El contrato es ley para las partes»* y *«genérica o innominada»* [a.e. 023, carpeta *ídem*].

La sentencia de primera instancia.- Una vez agotó en varias sesiones las fases previas estatuidas en los artículos 372 y 373 del C. G. del P., al fin en ella el Juzgado A quo resolvió:

«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

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

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 citados.

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:

La suma de \$27.123.756, a título de la cláusula penal establecida en el contrato de suministro correspondiente al proyecto Milano.

La suma de \$7.189.427, a título de la cláusula penal establecida en el contrato de suministro correspondiente al proyecto Versailles.

La suma de \$14.039.236, a título de la cláusula penal establecida en el contrato de suministro correspondiente al proyecto Venecia.

Cuarto: DECLARAR la existencia de relación sustancial entre Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. y la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, en los términos del artículo 66 del Código General del Proceso.

Quinto: CONDENAR a Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, a pagar a la parte demandante dentro de los quince (15) días siguientes a la firmeza de la presente providencia, las siguientes sumas de dinero, en virtud de la materialización del riesgo asegurable de las pólizas que se enuncian a continuación:

1°. La suma de \$21.058.588 correspondiente al valor del amparo por el contrato manejo del anticipo establecido en la póliza de seguro n.º 660-45-994-000004547.

2.º La suma de \$10.784.741 correspondiente al valor del amparo por el correcto manejo del anticipo establecido en la póliza de seguro n.º 660-45-994-000004532.

Sexto: DECLARAR probadas las excepciones de fondo propuestas por la llamada en garantía frente la demanda, la denominada «improcedencia de acumular la cláusula penal y la indemnización de perjuicios», y la denominada «las pólizas de responsabilidad civil

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

extracontractual Nos. 660-74-994-000005792, 660-74-994-000005889, 660-74-994-000005897, por cuanto no está en discusión este tipo de responsabilidad por parte de la pasiva de la acción» conforme a las razones expuestas en esta audiencia.

Séptimo: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

Octavo: CONDENAR en costas a DYALTEC S.A.S., por concepto de agencias en derecho, en los términos del Acuerdo PSAA-16-10554 emanado del Consejo Superior de la Judicatura, fijando la suma de \$7.490.000.

Noveno: en firme esta providencia, ARCHÍVESE el expediente, previas anotaciones de rigor» (sic).

Sostuvo, para tal efecto, que la existencia de comprobantes de egreso, la declaración de la parte demandante y la conducta procesal contumaz de la empresa demandada, que comporta tener por ciertos los hechos de la demanda, hacen meritoria la resolución clamada más la indemnización subsecuente de perjuicios, afincada en la cláusula penal inserta en cada acuerdo, con venero en el artículo 1.592 del C. C.

Discurrió en las transferencias documentadas, de GRACOL a DYALTEC, y aunque aseveró que no hay lugar a afectar la garantía de cumplimiento de las pólizas que con ello tienen que ver, porque excluyen las cláusulas penales, ni tampoco las relacionadas con el evento de una responsabilidad civil extracontractual, merced a su ajenidad con el tema de debate, refirió, bastándole con remitirse a las consideraciones precedentes, que la demandada incumplió, y por lo mismo, el siniestro se configuró y su cuantía se determinó [récord 2:37 a 55:12, a.e. 069, carpeta *ídem*].

La apelación.- En el marco de sus reparos concretos oportunamente trazados [récord 55:25 a 1:01:53 a.e. 069; a.e. 071, carpeta de primera instancia], la alzada se sustentó aduciendo, en primer término, que se estructuró un yerro al inferir de la falta de contestación de la demandada, y por lo mismo, de la operatividad del artículo 97 del C. G. del P., tanto que -por una confesión que no es inexorable ni inexpugnable- se incumplieron los contratos base del litigio, como que se configuró el siniestro debidamente cuantificado, no obstante que la aseguradora, a la que se cobijó con tales efectos, se apersonó del proceso, replicó a tiempo y por completo el libelo, y siempre acudió al llamado del Juzgado, mismo que obvió estudiar y dirimir acerca tanto del alegato de orfandad probatoria del desaire contractual y del indebido uso de los anticipos

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

a favor de Dyaltec S.A.S, como todos los demás argumentos defensivos exhibidos en detalle dentro del traslado de la demanda; echando de menos que la valoración de los medios suasorios se hiciera integralmente o en conjunto, como en derecho corresponde, incluyendo la verificación, por una parte, de quién tenía la carga de la prueba, y, por otra, del que el censor tipifica como exiguo despliegue por el extremo actor, merced a los soportes que acompañaron la demanda, de todo lo cual deviene que *«no se probó ni el hecho generador de la responsabilidad de la contratista, ni la procedencia del amparo afectado»*.

Asentó que del incumplimiento que se entendió demostrado se siguió la afectación de las pólizas que ciertamente se asociaron con las condenas impuestas, sin verificar previamente si aquél *«guardaba relación directa con las obligaciones específicas cubiertas por la garantía»*, ni si se erigió y cómo en un incorrecto manejo del anticipo, para explicar la forma en que trasuntó el riesgo asegurado a un siniestro, irradiando en el amparo que a la sazón se interfirió, todo lo cual obró en menoscabo de la congruencia a la que la sentencia debió subordinarse, pero también comportó que se inaplicaran o desconocieran los artículos 1.077 y 1.088 del C. de Co., relativos a la exigencia de instruir la ocurrencia del siniestro, la existencia del daño y su cuantía, amén del carácter indemnizatorio del contrato de seguro.

Planteó, inclusive, que la no refrendación del incumplimiento contractual demandado llama a descartar el desvío de los adelantos, cuya acepción extrajo de la sentencia CSJ SC2893-2020, e hiló con el tenor de los amparos explicitados en las pólizas, en particular lo atinente al de buen manejo, así como con la noción de siniestro, contenida en el canon 1.072 del C. de Co., mismo que mostró no satisfecho en este caso.

Prosiguió acusando el veredicto de violar el artículo 1.600 del C. C., porque no excluyó la posibilidad de acumular la cláusula penal y la indemnización de perjuicios pretendidas en la demanda -que se pidieron conjuntamente y no como principal y subsidiaria-, pese al carácter resarcitorio que le es propio a la primera y que no tuvo salvedad en los contratos en que se previó, abriendo paso a una duplicidad en la reparación perseguida y reconocida.

Defendió la terminación de las pólizas de seguro n.º 660-45-994 000004547 y n.º 660-45-994-000004532 al acaecer la condición resolutoria pactada en la póliza, comoquiera 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*

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

ejecución del contrato asegurado...el supuesto incumplimiento del contrato, ni la prórroga que se indica se dio ha hecho quinto de la demanda».

Recabó en que el llamamiento fue extemporáneo, al no haberse invocado conjuntamente con la demanda, todo lo cual imploró como excepción perentoria, además que no fue una cuestión resuelta por este Despacho, en su auto n.º 508 de 30 de mayo de 2.024, por lo que, apuntó, debe estudiarse y acogerse, para restablecer la legalidad y los derechos que se le atan.

Con apoyo en lo dicho, se pidió revocar la sentencia censurada, salvo en su ordinal sexto [archivos 013-014, carpeta de segunda instancia].

La réplica.- Adosada por la parte demandante, en ella esbozó que la confesión aplicada en primera instancia únicamente abarcó a DYALTEC, dada su conducta procesal y debido a que se satisfacen los supuestos del artículo 191 del C. G. del P., particularmente en lo tocante con los hechos tercero a quinto del libelo, de los que la apelante se manifestó extraña en su contestación; y afirmó: *«[c]osa distinta es que la negligencia de su asegurado genere, para la aseguradora, la obligación indemnizatoria que aquí se reclama. Pero, en este caso, no es que la confesión realizada por el asegurado se traslade a la aseguradora. Es que ella debe cargar con las consecuencias indemnizatorias derivadas del comportamiento de su asegurado porque, precisamente, ese es el objeto del contrato de seguro».*

Certificó que expresiones tales como *«nunca ejecutó»* o *«no inició»*, vertidas en el escrito genitor, son negaciones indefinidas que le relevaron de prueba, siendo claro que el anticipo se recibió y dilapidó por la demandada, de ahí que sea insuficiente enrostrar la falta de prueba directa de una negación tal para desmerecer de la confesión edificada.

Defendió la consonancia de la sentencia, por cuenta de la que dijo fue una clara formulación de la pretensión en la demanda de llamamiento en garantía, aspecto del que fue consciente la empresa aseguradora, dado que en su contestación ventiló debates atinentes al amparo de buen manejo del anticipo y la no realización del riesgo ínsito, desde la óptica de las pólizas de cumplimiento n.º 660-45-994000004532 y 660-45-994000004547, mostrando así que el marco fáctico desde un principio sí tuvo que ver con tal temática.

Pregonó que el Juzgado *A quo* aplicó el artículo 1077 del C. de Co. De la confesión presunta le era dable dar por cierto el indebido destino del anticipo, como así lo hizo, al tiempo que la cuantía del siniestro se halla en los soportes de transferencia glosados al plenario.

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Al cierre, pidió confirmar el veredicto [archivos 017-018, carpeta *ídem*].

Actuación en segunda instancia.- Recibido el expediente en secretaría el 1° de abril, la apelación se admitió en el efecto devolutivo el cuatro de tal mes, y de su oportuna sustentación se anunció el traslado mediante fijación en lista de 12 de mayo [a.e. 008, 009 y 015].

III. Consideraciones

1. La competencia de este Estrado para conocer del recurso de apelación *sub examine* se basa en los artículos 33.1 del Código General del Proceso y 22 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, al ser el superior funcional del Juzgado Tercero Civil Municipal de Popayán, el cual dictó en primera instancia la sentencia que se revisa.

2. Comoquiera que están satisfechos los presupuestos procesales y el expediente denota sanidad de la actuación adelantada, esta decisión de segunda instancia será de fondo y se ocupará únicamente de los argumentos expuestos por el apelante [art. 328 C. G. del P.].

2.1 Cumple reseñar que el Juzgado de primer nivel no desató la excepción previa que en su día formuló Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa -en adelante Solidaria- [archivo 022, carpeta de primera instancia], empero, lo así acaecido no mereció reproche alguno a lo largo del trámite en primera instancia, como tampoco ante esta Célula Judicial, por lo que es una inconsistencia remediada, por ministerio del párrafo del artículo 133 del C. G. del P.

3. Se pregunta, entonces, el Despacho, a título de problema jurídico, si debe revocarse la sentencia de primera instancia, en tanto decretó la resolución de los contratos de suministro enjuiciados que celebraron GRACOL y DYALTEC S.A.S., e impuso las condenas en consecuencia, incluyendo la que gravó Solidaria, afectando el amparo de anticipo de las pólizas de seguro n.º 660-45-994-000004547 y 660-45-994-000004532.

4. La tesis, en respuesta, es que únicamente debe revocarse el ordinal tercero que acogió el pago de las cláusulas penales. La denegatoria, en su lugar, quedará inserta en el séptimo ordenamiento de la sentencia de primer grado. En lo demás, se confirmará.

4.1 Los motivos de lo anunciado pasan a enumerarse:

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

5. En primer término, justifica descartar el alegato de extemporaneidad del llamamiento en garantía, por el hecho de mediar, en firme, una decisión adoptada en el curso del trámite, expedida en segunda instancia por esta Judicatura el 30 de mayo de 2.024, en la que se revocó el proveído n.º 153 de 25 de enero de 2.024, proferido por la autoridad de primera instancia, en la que ordenó desvincular a Solidaria, entendiéndose por este Juzgado que sí había lugar a su convocatoria, cuestión que, aunque no se detallara o expresara, zanjó lo atinente a la oportunidad de su citación, se itera, toda vez que entendió formalmente procedente que se trajera al proceso a la aseguradora, de ahí que plantear y aceptar visiones alternativas o disímiles a la hora de resolver el fondo de la litis, comportaría desconocer que la adecuación procedimental de la inserción de Solidaria al juicio *sub lite* es un punto cerrado y saldado en términos procesales, por cuya ejecutoria avanzó el trámite hasta arribar a una sentencia que proveyó acerca de la relación jurídico procesal y sustancial trabada entre los extremos que protagonizaron este asunto.

5.1 En honor a la verdad, el Juzgado debe señalar que la nominada como excepción de mérito de *«extemporaneidad del llamamiento en garantía»*, no lo es, porque no ataca el derecho del que el proceso se ocupó, sino aristas formales de la demanda de llamamiento en garantía, concretamente, su tempestividad. Y como es una glosa a lo instrumental, no a la materialidad de la lid, resulta más emparentada con una eventual ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, que con un verdadero alegato perentorio.

5.2 Siendo así las cosas, como entiende el Despacho que en realidad lo son, el análisis judicial de una postulación como la resumida era incompatible con la sentencia de primera instancia, y lo es también para la de segundo grado, eso sí por ministerio de la congruencia, puesto que una decisión de la naturaleza anotada está reservada a proveer acerca de los hechos y las pretensiones oportunamente aducidos por la parte demandante, y las excepciones probadas y que hubieren sido alegadas por el extremo pasivo, de acuerdo con el artículo 281 del C. G. de. P., premisa normativa de la que la Corte Suprema de Justicia tiene dicho, desde la época del dispositivo equivalente inserto en el C. de P. C., que *«en tratándose de un límite de la actividad decisoria del juez, la excepción debe entenderse en un sentido restringido, vale decir, como la contraposición a los hechos constitutivos aducidos por el actor, de otros de carácter modificativo, impeditivo o extintivo con la virtualidad de aniquilar sus pedimentos. Por consiguiente, el fallador solamente podrá acoger en la sentencia aquellos medios exceptivos de carácter sustancial aducidos por el demandado o que oficiosamente pueda examinar, sin que, como pasará a demostrarse, le sea dado proferir sentencia*

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

desestimatoria de las pretensiones del demandante atendiendo una excepción previa»¹.

5.3 De consiguiente, es del caso ocuparse del debate de mérito traído por la parte censora, prescindiendo de un aspecto formal saldado acorde al estadio posterior y último en que se halla la actuación procesal.

6. En esa labor, sirve recordar que a voces de los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, es propio de los contratos bilaterales que el incumplimiento trascendente o relevante² de lo pactado, por una de sus partes, habilita a la otra a pedir, a su arbitrio, la resolución del negocio o la efectividad de la obligación -su cumplimiento-, más la indemnización de perjuicios.

6.1 El entendimiento jurisprudencial decantado es que *«[s]on entonces tres (3) los requisitos para que proceda la resolución o terminación -por incumplimiento- de un contrato bilateral: (I) que sea válido; (II) que el demandante sea un contratante cumplido o se haya allanado a cumplir; y (III) que el demandado sea incumplido»³.*

6.2 A los contratantes mutuamente incumplidos les está dado demandar el finiquito, no así la indemnización de perjuicios, como tampoco la cláusula penal⁴.

7. En perspectiva de lo narrado, viene a cuento que la parte demandante incoó la resolución de las convenciones de 23 de junio, 31 de julio y 14 de agosto de 2.017, ajustadas con DYALTEC S.A.S., básicamente porque le pagó los anticipos que en ellas se describieron, para que se iniciaran las labores atinentes a su objeto, mas, la demandada no ejecutó lo de su cargo [archivo 009, carpeta de primera instancia].

7.1 El panorama procesal y probatorio, en lo pertinente y consonante, es el que se sintetiza enseguida:

- i. El 23 de junio de 2.017 se suscribió un contrato de obra civil entre GRACOL -como contratante- y DYALTEC -como contratista-, para el *«suministro e instalación de la ventanería del proyecto Condominio Torres de Milano»* a ejecutarse hasta el 30 de octubre

¹ CSJ SC, 15 ene. 2010, rad. 68001-31-03-001-1998-00181-01. Más adelante, en el pronunciamiento CSJ SC11331-2015, se agregó: *«Las excepciones previas o de previo pronunciamiento no son susceptibles de decidirse en la sentencia tal cual lo preceptúan los artículos 96 y 302 del Código de Procedimiento Civil, de modo que al juzgador no se le puede reprochar la falta de decisión oficiosa de cualquiera de ellas».*

² CSJ SC436-2023.

³ CSJ SC194-2023.

⁴ CSJ: SC1662-2019, SC4801-2020, SC3666-2021, SC3972-2022 y SC436-2023.

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

de 2.017, por valor de \$136.618.784, concibiéndose un anticipo equivalente al 40%, pagadero en dos contados, cada uno de \$27.123.757, el primero con la «*entrega de las pólizas y firma del contrato*», y el segundo «*al mes de firmado el contrato*», previéndose en la cláusula octava que el contratista solicitaría una póliza que amparara, entre otros, el 100% del manejo del anticipo durante la vigencia del contrato [pgs. 14-24, a.e. 004, carpeta *ídem*].

Desde la óptica del primer inciso del actual texto del artículo 1046 del C. de Co.⁵, se tiene que en los anexos de los archivos electrónicos 004, 009 y 014, no reposa ejemplar alguno de una póliza semejante. En su interrogatorio de parte, el representante de Solidaria tampoco confesó su existencia [récord 26:25 a 48:04, a.e. 063, carpeta *ídem*].

No obstante, milita un ejemplar de consulta en línea de órdenes, en el que se da cuenta que el 10 de junio de 2.017 estaba en proceso un pago a proveedores en beneficio del referido contratista, por valor de \$27.123.757 [pg. 7, a.e. 009, carpeta *ídem*].

Se desconoce en el plenario la suerte de esa transacción.

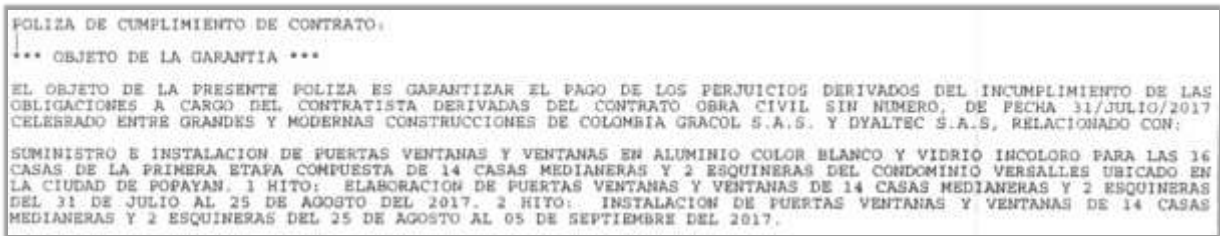
- ii. El 31 de julio de 2.017 se firmó un contrato de obra civil entre las mismas partes, para el «*suministro e instalación de puertas ventanas y ventanas en aluminio color blanco y vidrio incoloro para las 16 casas de la primera etapa compuesta de 14 casas medianeras y 2 esquineras del Condominio Versailles ubicado en la ciudad de Popayán*» a desarrollarse hasta el cinco de septiembre de 2.017, por valor de \$35.947.138, de los cuales se contempló desembolsar el 30% equivalente a \$10.784.141 «*a la entrega de pólizas y firmas del contrato*», estipulándose en la cláusula octava que el contratista se comprometió a solicitar una póliza que amparara, entre otros, el 100% del manejo del anticipo durante la vigencia del contrato [pgs. 26-34, a.e. 004, carpeta *ídem*].

Aparece, de igual manera, el ejemplar de la póliza de seguro de cumplimiento n.º 660-45-994-000004532 de Solidaria, tomada por el contratista, para asegurar y beneficiar al contratante acá demandante, entre otros amparos, el anticipo, en cuantía de \$10.784.141, con vigencia entre el 31 de julio y el cinco de

⁵ «El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión».

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

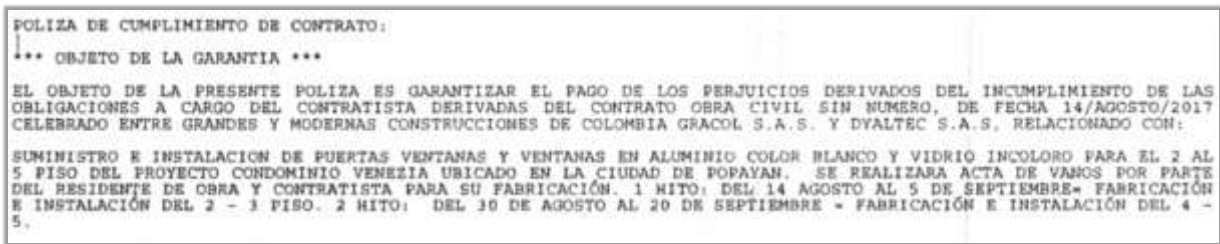
septiembre de 2.017, definiéndose su objeto en los términos que se exhiben [pgs. 39-40, a.e. 004; pgs. 40-41, a.e. 014, carpeta *ídem*]:



Obra, asimismo, el comprobante de egreso n.º 1098016 de 17 de agosto de 2.017, en el que consta que GRACOL transfirió \$10.784.141 a DYALTEC [página 5, a.e. 009, carpeta *ídem*].

iii. El 14 de agosto de 2.017 se consintió un contrato de obra civil entre las mismas partes, para el «*suministro e instalación de puertas, ventanas y ventanas en aluminio color blanco y vidrio incoloro para el 2 al 5 piso del proyecto condominio Venezia ubicado en la ciudad de Popayán*» a efectuarse hasta el 20 de octubre de 2.017, por valor de \$70.196.184, de los cuales se programó pagar un anticipo del 30% equivalente a \$21.058.588 «*a la entrega de pólizas y firmas del contrato*», marcándose en la cláusula octava que el contratista se obligó a solicitar una póliza que amparara, entre otros, el 100% del manejo del anticipo durante la vigencia del contrato [pgs. 49-60, a.e. 004, carpeta *ídem*].

Se observa, también, el ejemplar de la póliza de seguro de cumplimiento n.º 660-45-994000004547 de Solidaria, tomada por el contratista, para asegurar y beneficiar al contratante acá demandante, entre otros amparos, el anticipo, por valor de \$21.058.855, vigente desde el 14 de agosto hasta el 20 de septiembre de 2.017, expresándose su objeto como se presenta [pg. 62, a.e. 004; pg. 44, a.e. 014, carpeta *ídem*]:



Corroborando, igualmente, el comprobante de egreso n.º 1098925 de 28 de agosto de 2.017, que GRACOL transfirió \$21.058.588 a DYALTEC [página 5, a.e. 009, carpeta *ídem*].

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

- iv.* De resaltar que en el hecho segundo de la demanda se plasmó que DYALTEC «a la fecha nunca cumplió con ninguno de los objetos contractuales», indicación que al no entrañar la afirmación de una conducta opuesta⁶, se instituye en negación indefinida⁷, relevada de prueba, en aplicación del inciso final del artículo 167 del C. G. del P.
- v.* DYALTEC no contestó la demanda, mientras que Solidaria fue llamada en garantía por GRACOL, y en su intervención opuso frontal resistencia a los pedimentos tanto de la demanda original, como a los contenidos en su convocatoria, tal como se resumió en los antecedentes de esta sentencia.

7.2 Lo aludido en los apartados *i)* a *iv)*, en forma objetiva, crítica y racional, refleja que se comprobó: (*a*) la existencia y el clausulado de los tres contratos *de obra civil* y suministro que ataron a las partes, incidentes en los condominios Torres de Milano, Versalles y Venezia; (*b*) la concreción de dos pólizas de cumplimiento relativas al amparo de anticipo para las negociaciones atañederas a los proyectos Versalles y Venezia; (*c*) el giro bancario a la demandada de \$10.784.141 para el contrato del Condominio Versalles, y de \$21.058.588 para los trabajos en el Condominio Venezia,

⁶ CSJ SC, 23 feb. 1988, ID 357515.

⁷ «Tiene dicho la Corte, en lo relacionado con el tema de las negaciones, que éstas se dividen en definidas e indefinidas, siendo las primeras aquéllas que tienen por objeto hechos concretos, “limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente”, las segundas, en cambio, “no implican, ni indirecta ni implícitamente, la afirmación de hecho concreto y contrario alguno”». CSJ SC, 13 jul. 2005, exp. 00126. Pensamiento retomado en los fallos CSJ SC, 20 en. 2006, rad. 25843-31-84-001-1999-00037-01, y CSJ SC172-2020.

En la doctrina se encuentra, por su parte, que:

«...[l]o indefinido es lo que no puede probarse...

...

Procuremos ahora sintetizar nuestro concepto.

1) Negaciones sustanciales o absolutas, que se basan en la nada y que no implican, por tanto, ninguna afirmación opuesta, indirecta o implícitamente...

...

4) Las negaciones de hecho se subdividen, por una parte, en sustanciales y formales (las de derecho y cualidad siempre son formales) y, por otra parte, en definidas e indefinidas. Las negaciones definidas tienen por objeto hechos concretos, delimitados en tiempo y lugar (negativa coartata loco et tempore), que presupone la existencia de otro hecho opuesto de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente...; las negaciones indefinidas son aquellas que no siempre implican la afirmación indirecta de otro hecho concreto, delimitado en tiempo y espacio, a saber: a) las de carácter absoluto o sustancial, porque no encierran ninguna afirmación contraria...; b) las formales ilimitadas en tiempo o espacio, que contienen una afirmación igualmente ilimitada en estos aspectos (por ejemplo: nunca ha existido un hombre de estatura superior a tres metros, pues si bien significa afirmar que todos los hombre han sido de estatura menor, tal hecho es ilimitado en tiempo y espacio...; las formales que, a pesar de ser ellas limitadas en tiempo y espacio, contienen implícita una afirmación indefinida no susceptible de probarse...

...

De esta manera, el carácter indefinido de la negación o la afirmación no requiere que las circunstancias de tiempo y espacio, o una de estas, sean absolutamente ilimitadas; por el contrario, para estos efectos es igual que implique no haber ocurrido nunca o haber ocurrido siempre, o que se refiera a todos los instantes de un lapso más o menos largo (como la vida de una persona) o relativamente corto (como un año), si envuelve una situación o actividad u omisión permanente que en la práctica no es, en general, susceptible de prueba por ningún medio...

...

...8ª) las únicas negaciones que no exigen prueba con (sic) las sustanciales y las formales indefinidas de hecho, por la imposibilidad de suministrarla en razón de su carácter indefinido y no de la negación misma». DEVIS ECHANDÍA, H., “Teoría General de la Prueba Judicial” Tomo I, Sexta edición, reimpresión. Bogotá. Temis, 2015, págs. 196-203.

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

coincidentes con los montos previstos en cada caso para servir por concepto de anticipo, refrendando la condición de contratante cumplido del extremo demandante en ese particular; (d) que el 10 de junio de 2.017 estaba en proceso un pago a proveedores en beneficio del contratista, en cuantía de \$27.123.757, cifra que concuerda con la descrita para servir de adelanto en el pacto del Condominio Torres de Milano, mas no instrumenta que el pago ciertamente se realizó, por lo que en este puntual negocio no es dable izar el título de contratante cumplido en el extremo actor; y, (e) que DYALTEC no cumplió con las obligaciones que asumió

7.3 De remarcar que, en los hechos segundo, tercero y cuarto de la demanda se aseveró el pago del anticipo. A su turno, en los relatos quinto y sexto se mencionó la emisión de dos requerimientos al contratista para que cumpliera y/o iniciara labores, mientras que en la séptima descripción se anotó que la parte demandante saldó los avances, *«sin que este [demandado] las ejecutara a pesar de que en varias ocasiones se le solicitara su cumplimiento»* [archivo 009, carpeta *ídem*].

7.4 Planteó la parte actora en sus alegatos de conclusión, y de ello hizo eco el Juzgado A quo en su veredicto, que el mutismo de la sociedad demandada impelía aplicar los efectos consagrados en el artículo 97 del C. G. del P., según el cual la *«falta de contestación de la demanda o ..., harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto»*. Por esa senda, coligió demostrados todos los hechos del libelo genitor.

7.5 La inquietud que cimienta la alzada radica en que ese efecto no puede comunicársele a Solidaria, porque, una vez fue llamada en garantía por el extremo demandante, contestó a tiempo el pliego introductorio y abjuró de sus pedimentos.

7.6 Semejante discusión supone recordar que el llamamiento en garantía -lo reconoce así el artículo 64 del C. G. del P. y la postura bosquejada por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, como adelante se citará-, es uno de los eventos de asistencia obligatoria al proceso, en virtud de la preexistencia de un derecho legal o contractual que habilita exigir de otro la indemnización del perjuicio que el proceso irroque al llamante, ora el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer a causa de la sentencia, basado todo lo cual en motivos de economía procesal, para resolver en un mismo juicio las contingencias que su resolución destelle en el ligamen de origen reglamentario o convencional que articula al llamante y al llamado, previo

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

«acoplamiento o reunión de una causa litigiosa principal con otra de garantía que le es colateral»⁸.

7.7 Por lo mismo, *«la figura en comento comporta el planteamiento de la llamada pretensión revérsica, o la “proposición anticipada de la pretensión de regreso” (Parra Quijano), o el denominado “derecho de regresión” o “de reversión”, como lo ha indicado la Corte, que tiene como causa la relación sustancial de garantía que obliga al tercero frente a la parte llamante, “a indemnizarle el perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia” (artículo 57). De modo que, de acuerdo con la concepción que sobre el llamamiento en garantía establece el texto legal antes citado, la pretensión que contra el tercero se formula es una pretensión de condena eventual (**in eventum**), es decir, que ella sólo cobra vigencia ante el hecho cierto del vencimiento de la parte original y que con ocasión de esa contingencia de la sentencia, “se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago”, como lo ha dicho la Corte»⁹.*

7.8 En vigencia del Código de Procedimiento Civil ya se tenía claro que, pese a la ideación por separado de las instituciones del llamamiento en garantía y la denuncia del pleito, esa bifurcación resultaba *«“artificial e inoficiosa”...amén de corresponder ambos institutos a especies del género llamado intervención de terceros»¹⁰* equiparables porque estar fundadas en relaciones sustanciales, normativas y/o negociales, en la economía y en la noción de procesos acumulativos¹¹, de *«ahí que con razón se califique como artificial e inoficiosa la distinción entre denuncia del pleito y llamamiento en garantía, para consecuentemente abogarse por un tratamiento común o único, como en otras legislaciones se consagra»¹².*

7.9 Por lo tanto, en el caso de la otrora denuncia del pleito, y por igual, para el del llamamiento en garantía, se puntualizó que *«de tiempo atrás, tanto la jurisprudencia de la Corte como la doctrina, al acometer el estudio de esta figura y sus similares, todas inspiradas en el principio de la economía procesal, han mostrado uniformidad en el sentido de considerar que el tercero vinculado al proceso tendrá la calidad de parte, de quien igualmente serán*

⁸ CSJ SC, 12 jul. 1995, exp. 4439, retomada en sentencia CSJ SC, 5 abr. 2011, rad. 66001-3103-003-2006-00190-01.

⁹ CSJ SC, 24 oct. 2000, exp. 5387. Reiterada, entre quizás otras tantas más, en las sentencias CSJ SC, 1º oct. 2004, exp. 7560; CSJ SC, 15 dic. 2006, rad. 52001-31-03-004-2000-00276-01CSJ SC, 8 ago. 2013, rad. 11001-3103-003-2001-01402-01; CSJ SC5885-2016, CSJ SC1304-2018, CSJ SC4066-2020, CSJ SC042-2022 y CSJ SC2850-2022.

¹⁰ CSJ SC, 15 dic. 2005, exp. 1100131030241996-25941-01.

¹¹ Ib.

¹² CSJ SC, 24 oct. 2000, exp. 5387, citada.

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

predicables todas las obligaciones, facultades y cargas procesales inherentes a tal rol. (G.J. t. CLII, pag. 145)»¹³.

7.10 Esa calidad de parte procesal que se le endilga al llamado en garantía, misma que de hecho vino a ratificarse con la identificación de su rol en el carácter de «*otras partes*», al tenor del Capítulo II del Título Único -Partes, Terceros y Apoderados- de la Sección Segunda -Partes, Representantes y Apoderados- del Libro Primero -Sujetos del Proceso- del Código General del Proceso, como se vio, data de antaño, y como natural es entender que su interés es no responder por el potencial retorno que se le pide por un mandato legal o contractual, integra, dijo en su oportunidad la H. Corte Suprema de Justicia, «*una comunidad de accionar igual a la prevista por el art. 51 para el litisconsorcio necesario...[que] coloca al tercero interviniente en una posición de uniformidad con el demandado...a partir de considerar que el llamado una vez ha sido vinculado “adquiere el carácter de parte en la litis” con todos los derechos, cargas y obligaciones procesales correspondientes*»¹⁴.

7.11 Se engendra, por lo visto, una unidad de causa entre el llamado en garantía, con el interés de la parte a la cual tendría que relevar en el pago de la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir con ocasión del proceso judicial, bien, con aquella a la que tuviese que reembolsar el pago efectuado a causa de la sentencia que se persigue.

7.12 Por demás, es lógico, razonable y legal que así suceda. En su derecho de contradicción y defensa, de desplegarlo, lo plausible es comprender que el llamado en garantía abogará en pro de que la parte con la que sostiene la relación sustancial, no resulte vencida, en orden a que tampoco tenga que responder por ella o retornarle lo que pague, y, a lo sumo, procurará que, en su defecto, de salir vencida su coparte, no se active el derecho de regresión, según las razones que a bien tenga esgrimir.

7.13 Esa circunstancia revela el carácter litisconsorcial que erige el llamamiento en garantía, según explícito reconocimiento jurisprudencial, por obra de los efectos que la relación sustancial transmite a la procesal una vez se presenta, admite y notifica el llamamiento -inescindibles en todo caso-, ámbito este último donde, por consiguiente, se comparten derechos, cargas y obligaciones, significando, a su vez, que los actos de disposición del derecho, expresos o por presunción, también incumben a todos y deben provenir de consuno, o no se entenderán de ninguno, se itera, merced a que lo que uno realice, potencial y necesariamente repercutirá en el otro.

¹³ CSJ SC, 30 sep. 2004, rad. 11001-0203-000-2002-0062-01.

¹⁴ CSJ SC, 27 mar. 2003, exp. 6879. Memorada en la sentencia CSJ SL1283-2020.

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

8. En camino a decidir lo que en derecho corresponde, debe antes señalarse que es pacífico y punto de partida no disputado, el siguiente: pese a que el llamamiento en garantía de Solidaria lo elevó la parte demandante [archivo 014], no lo hizo con el ánimo de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a padecer o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia a dictarse en este proceso judicial [art. 64 de C. G. del P.], sino para que se presentase a responder por el incumplimiento de los contratos de seguro en los que GRACOL funge como beneficiario y/o asegurado, predicando que debe asumir las obligaciones y perjuicios que le irrogó DYALTEC; es decir, para que le pague a la demandante [pgs. 1-6, a.e. 014; arts. 2° y 4°, Ley 225 de 1938; 1096 C. de Co.].

8.1 Es decir, semejante hibridación, que mereció refrendación en su momento por parte de este Estrado, en el auto n.º 508 de 30 de mayo de 2.024, en la práctica muestra que, aun cuando el contrato de seguro¹⁵ de cumplimiento¹⁶ es una especie de los afianzamientos de daños, fue suficiente, junto con otros de responsabilidad civil, para que la parte demandante, pretensa damnificada, vía llamamiento en garantía, postulara una especie de *acción directa* contra la aseguradora, para que, fruto del respaldo que otorgó a la demandada, respondiera por lo que le guareció¹⁷.

8.2 Más allá de la impropiedad procedimental que ello representa, el que medie una sentencia proferida, que depuró el litigio en primer nivel, convoca al imperativo de desatarlo, igualmente de fondo, en sede de apelación. Lo así anunciado, porque frente a esa realidad, a la hora de ahora las formas no pueden ser óbice para la efectividad del derecho sustancial, traducido en el caso en la necesidad de dirimir el litigio en segunda instancia -como lo hizo ya la primera-, partiendo, eso sí, como fue común para los litigantes y el Despacho *A quo*, de que aun cuando el llamamiento en garantía lo

¹⁵ «El contrato de seguro es aquél negocio "...bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo por virtud del cual una persona -el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina 'prima', dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al 'asegurado' los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de 'daños' o de 'indemnización efectiva', o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro. Salta a la vista, pues, que uno de los elementos esenciales en este esquema contractual es la obligación 'condicional' contraída por el asegurador de ejecutar la prestación prometida si llegare a realizarse el riesgo asegurado, obligación que por lo tanto equivale al costo que ante la ocurrencia del siniestro debe aquél asumir y significa asimismo la contraprestación a su cargo, correlativa al pago de la prima por parte del tomador". (Sent. 24 de enero de 1994, C.S.J. EXPEDIENTE 4045)». CSJ SC, 22 jul. 1999, exp. 5065.

¹⁶ «...debe admitirse que la apropiación, la incorrecta inversión y la falta de amortización del anticipo, constituyen riesgos potenciales, que amenazan por sendas distintas el patrimonio del contratante; por consiguiente, este tiene interés en transferirlos lícitamente al asegurador, a través de la contratación de amparos especiales, que pueden incluirse como coberturas accesorias al seguro de cumplimiento». CSJ SC3893-2020, reiterada en sentencia CSJ SC2840-2022.

¹⁷ «El asegurado logra así, a través del contrato de seguro, la posibilidad de obtener la reparación del detrimento que sufre en su patrimonio a causa del acaecimiento del siniestro...Los seguros como el de cumplimiento -que por su naturaleza corresponden a los seguros de daños-, implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado». Ídem.

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

formuló la parte demandante, el alcance de lo que en él se pretendió, y por lo mismo, su finalidad, no es la de responder por él¹⁸, en su lugar o eventualmente, sino, que la dinámica de lo acontecido en el proceso muestra, más allá de cualquier duda, que así se procura, pero con respecto a la parte pasiva o demandada inicial, DYALTEC, no en vano que Solidaria, en lugar de procurar su defenestración -como sería si se situara junto al interés de quien formalmente le llamó, la parte demandante¹⁹-, lo hizo, a ojos vistas, para evitar su condena -de DYALTEC-, renegando de las pretensiones de la demanda y del llamamiento, de ahí que la causa ante la Jurisdicción fue en común con DYALTEC, y así se entienda de la manera como emprendió la cuestión subsiguiente, cual fue intervenir como si el llamamiento se lo hubiere realizado la parte demandada.

8.3 Esclarecido lo anterior, esto es, que la forma como discurrió el proceso despunta que la parte demandante llamó a Solidaria como si lo hiciera la demandada, y obligó a que actuara en consecuencia, se pregunta el Juzgado si es dable estructurar la confesión presunta de DYALTEC, por no contestación de la demanda, siendo que Solidaria fue llamada en garantía y denostó con tesón del mérito de las pretensiones.

8.4 Prontamente se contesta en forma negativa. Es único el interés jurídico sustancial y procesal prestablecido entre la empresa demandada, como tomadora, y Solidaria, como aseguradora, por obra, inicialmente de las pólizas de seguro de cumplimiento n.º 660-45-994-000004532 y n.º 660-45-994000004547, y a la sazón, dado el perfilamiento de la gestión procesal que emprendió. Ese vínculo, en la hermenéutica de la Corte Suprema de Justicia, integra un litisconsorcio necesario, lo que lleva a entender que lo legal es que la conducta procesal silente de la empresa demandada no es suficiente para entender confesados los hechos del libelo, pasibles de tal efecto procesal.

8.5 Aunque es cierto que dicha compañía no se apersonó del proceso y guardó silencio dentro del término de traslado de la demanda, la confesión que eventualmente ello apareja, exige, entre otros presupuestos, que su percusor tenga *«capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado»*, conforme al numeral 1 del artículo 191 del C. G. del P., y así no ocurre en el caso de la contumacia de apenas uno de los miembros del litisconsorcio, en tanto y en cuanto, el reconocimiento de los hechos, aunque sea presunto, y la disposición del derecho en consecuencia, en dado caso, debe siempre e inexorablemente emanar de

¹⁸ Sino para él.

¹⁹ «...en punto a la relación jurídico sustancial que genera la vinculación al proceso, de un llamado en garantía con el llamante, se tiene que al tenor de los artículos 54 y 57 del CPC, hoy 64 y 66 del CGP, que el primero, concurre al trámite, tanto para promover la defensa de quien lo convocó, como la suya propia...». CSJ SL1283-2020.

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

todos los litisconsortes, mas, como no fue así en el caso estudiado, equivocado fue asumir, como lo hizo la sentencia que se revisa, que en este caso se confesaron los hechos del libelo.

8.6 Muestra de lo incomprensible de un aserto semejante se ubica en el argumento de que la conducta remisa de DYALTEC supuso reconocidos de manera ficta, el incumplimiento de los contratos de obra y la malversación de sus anticipos, de cara a la situación procesal de ese colectivo, pero no para Solidaria, no obstante lo cual, por reflejo se afectaron las pólizas asociadas, para responder por contera, como así se dictaminó por la Judicatura de primer nivel.

8.7 No hay alternativa distinta a reconocer que una sindéresis en esos términos retrata la inapropiada prolongación automática de los efectos de la supuesta confesión presunta de la demandada, a la llamada en garantía, con franco desconocimiento, y transgresión de suyo, del carácter litisconsorcial que excluye un efecto tal en la situación configurada.

8.8 En suma, no existe la achacada admisión presunta o ficta de los hechos de la demanda, al no colmarse los requisitos estatuidos en el artículo 191 de C. G. del P., particularmente el normado en su numeral 1°, y como no hay confesión supuesta o inferida, menos es dable mutar sus secuelas a las de un testimonio, en aplicación del artículo 192 del C. G. del P., en tanto el mismo sugiere que haya mediado una expresión espontánea o provocada, *hecha*²⁰ en todo caso, con potenciales efectos confesorios, y en este caso ni de cerca hay tal, sino apenas una pretendida presunción emergida de la conducta procesal del extremo demandado, como conducta negativa o de abstención, no una positiva o de exteriorización.

9. Lo hasta aquí dicho retrata que no hubo confesión presunta, sin que ello dé al traste la calificación de la primera instancia, al menos no absolutamente.

9.1 En efecto, la documental adosada y la negación indefinida en punto al incumplimiento contractual -que no se infirmó o desvirtuó-, evaluadas individualmente y en conjunto desde el tamiz de la sana crítica, denotan que tres fueron los contratos de obra y suministro celebrados entre las partes -negocios jurídicos bilaterales válidos-, de los que la demandante ciertamente soportó el pago de anticipos en dos de ellos, a saber: \$10.784.141 el 17 de agosto de 2.017 para las labores en el Condominio Versailles, y \$21.058.588

²⁰ « (...) la confesión de uno de los litisconsortes obligatorios afecta únicamente a quien la hace y no se erige como prueba de la confesión de sus consorcios unidos por relaciones jurídicas inescindibles» (sentencia de 10 de mayo de 2016, expediente 00043)». CSJ SC11232-2016.

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

el 28 de agosto de 2.017, por la intervención en el Condominio Venezia - cumplimiento en la parte demandante-. DYALTEC, por su parte, no cumplió sus débitos negociales -desaire contractual del demandado-.

9.2 No habiendo más pruebas recabadas que tengan que ver con la temática abordada, correcto fue que se declarara la resolución judicial de los mentados acuerdos de voluntades de 31 de julio y 14 de agosto de 2.017, máxime que por lo visto, se descarta la orfandad probatoria que la recurrente endilgó al incumplimiento contractual, siendo del caso asentar que, la alegación probada de la sujeción de la parte actora a las responsabilidades de los comentados negocios, en el primer momento que era de su cargo, más la atribución de incumplimiento de aquellas del resorte de la pasiva, ponían en hombros únicamente de esta, el patentizar la conducta en contrario: el cumplimiento²¹, sin que bastara con que la llamada en garantía se limitara a señalar que no hubo constancia certera del mismo²², porque al retornar en la revisión del tema, se itera, se topa enhiesta la demostración del avenimiento negocial de la parte activa, en los acuerdos hasta ahora escrutados.

9.3 La parte demandante formuló, como pretensión, que se imponga el pago de las cláusulas penales junto con el reintegro de los pagos anticipados [páginas 16 y 17, a.e. 009].

9.4 La estipulación punitiva en cita se aprecia, idéntica, en la cláusula décima segunda de los contratos de obra y suministro de 31 de julio y 14 de agosto de 2.017, en los términos que se reproducen [páginas 34 y 57, a.e. 004]:

DÉCIMA SEGUNDA - CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. EL CONTRATANTE
en caso de incumplimiento de las obligaciones imputables a **EL CONTRATISTA**,
podrá imponer como sanción pecuniaria una suma equivalente al 20% del valor
del presente contrato.

²¹ «d) Carga de la prueba del nacimiento de obligaciones y de su cumplimiento o incumplimiento...

...

La carga de probar el nacimiento de la obligación corresponde a quien lo alega, por ser presupuesto de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido²⁴³.

Conforme a la regla general sobre distribución de la carga de la prueba, la parte que reclama el cumplimiento de una obligación por el demandado, debe probar el hecho que la norma invocada supone como presupuesto de su aplicación, esto es, el nacimiento de su derecho correlativo, y la parte que opone la alegación de haber cumplido, es decir, que su obligación se extinguió, debe probar el hecho respectivo, porque es supuesto de la norma que contiene tal efecto jurídico (C. C. col. art. 1757 y similares de los códigos francés, italiano, español y chileno). El primero no está gravado con la carga de probar el incumplimiento, porque el nacimiento de su derecho lo faculta, por sí mismo, a pedir su satisfacción y, por tanto, aquella circunstancia negativa no aparece como supuesto para la aplicación de la norma que lo favorece». DEVIS ECHANDÍA, H., "Teoría General de la Prueba Judicial" Tomo I, Sexta edición, reimpresión. Bogotá. Temis, 2015, págs. 475-476.

²² «...La carga de la prueba del hecho contrario estaba radicada en cabeza de la convocada, por cuanto el actor, al afirmar que pagó el precio y acreditar este hecho con el contrato, en concreto, estar "a paz y salvo por todo concepto", de ningún modo relevaba al contradictor de evidenciar lo opuesto, con su sola manifestación de "no pago", contenida en la excepción "inexistencia del negocio jurídico por no pago". Por consiguiente, debió falsear o contraprobar la respectiva cláusula, tarea que tampoco ejecutó, pues onus probandi incumbit actori, reus in excipiendo fit actor²²». CSJ SC172-2020.

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

9.5 De recordar, en este orden de ideas, que el artículo 1592 del Código Civil establece que *«[l]a 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»*, institución que:

«...tiene tres funciones, ya que sirve de apremio para coaccionar al deudor a cumplir sus débitos, en cuyo caso es moratoria o retardataria; puede constituir una garantía para el acreedor cuandoquiera que remplace la obligación principal incumplida; y, finalmente, permite estimar de forma anticipada los perjuicios, evento en el que asume un rol compensatorio, es decir, se tiene como indemnizatoria y exime al acreedor de probar la existencia del demérito y su cuantía (art. 1599 ibidem.), pues lo tasa y determina de forma convencional y anticipada...

(...)

A la par, el ordenamiento jurídico presume que, al convenirla, las partes optaron por la función indemnizatoria, pues para que tenga el carácter de apremio se requiere pacto expreso en tal sentido, sin olvidar que, en este último caso, es decir, cuando la estipulación tiene función moratoria o de simple apremio, el artículo 1600 del Código Civil reprime la acumulación de la pena y los perjuicios, excepto que así se haya pactado, en cuyo caso le confiere al acreedor un derecho de opción para elegir lo que más convenga a sus intereses»²³.

9.6 Al abrigo de lo que recapitulara la H. Corte Suprema de Justicia en el pronunciamiento que se acaba de reseñar, y a semejanza de lo que en ese caso determinó, en el asunto que evalúa el Juzgado se encuentra que la cláusula penal instituida por las partes fue moratoria o de apremio, no compensatoria ni indemnizatoria. Su finalidad fue inducir al contratista a ejecutar lo de su cargo, no así concebir un sucedáneo igual o próximo de la prestación principal, ni estimar por adelantado los perjuicios fruto de un desaire total o parcial del programa obligacional.

9.7 Se activa, por ende, la veda que consagra el artículo 1600 del Código Civil, a cuyo tenor *«[n]o 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»*. Y, refulge, en tal orden de conceptos, la indebida acumulación de pretensiones en el proceso *sub examine*, amén de la

²³ CSJ SC507-2023.

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

persecución conjuntada del pago de las ameritadas cláusulas penales y el reintegro de los pagos anticipados, que en la práctica es la indemnización de perjuicios subsecuente al incumplimiento planteado y la resolución contractual que también se impetró, pese a tratarse de reclamaciones que se asumen excluyentes, al no poder pedirse al tiempo.

9.8 El remedio de ese impasse, que es instrumental y superable, va dado no con la inhibición, sino con la inexorable interpretación de la demanda²⁴, empresa en la que le Juzgado repara en que, al introducirse el libelo subsanado, la parte gestora reconoció que su propósito fue *«demandar el incumplimiento del contrato, cobrar los perjuicios derivados y obtener el pago de los daños causados»* [pg. 13, a.e. 009], afirmando en el hecho octavo que el incumplimiento enrostrado a la demandada *«ha ocasionado perjuicios financieros no solo por el pago de los anticipos realizados, si no por el retraso de las obras en general, por lo que deberá reconocer...no solo los perjuicios materiales ocasionados si no los inmateriales por su actuar»* [pg. 15, a.e. 009], culminando, en la pretensión segunda, con el expreso ánimo de procurar que se condene a la demandada *«a pagar a título de perjuicios»* los ítems de las cláusulas penales, cuyos montos sumados tipificó *«como liquidación anticipada de perjuicios»*, y a continuación suplicó el reembolso de los anticipos *«a título de perjuicios»* [pg. 16-17, a.e. 009]; evocando entre los fundamentos de derecho, los artículos 1546 y 1613 del Código Civil, por igual atañedores a la noción de indemnización de daños.

9.9 Total, una lectura sistemática e integral del escrito genitor lleva a sostener, sin atisbo de duda, que más allá de su aparente contradicción²⁵, en la intención genuina de su redactor estuvo el perseguir y obtener el resarcimiento de los detrimentos emanados del incumplimiento de DYALTEC.

9.10 Por esa senda, inatendible es la pretensión tocante con las cláusulas penales, como equivocado fue su despacho en la sentencia

²⁴ «2.8.1.1. El artículo 82, numeral 2º del Código de Procedimiento Civil, prohíbe formular principalmente pretensiones excluyentes para ser resueltas a la vez, por ejemplo, la nulidad y validez de un contrato, pues en virtud del principio lógico de no contradicción, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, salvo que se acumulen como subsidiarias, en el entendido que negada la primera se habilita en el orden propuesto el estudio de las demás.

Subsistiendo la incompatibilidad al momento de dictar sentencia, se debe propender por salvar la irregularidad con criterios de proporcionalidad, en el sentido de no sacrificar el fondo por la forma, y de eficacia, en cuanto cupiere la aplicación del principio de economía procesal, fin último del instituto de la acumulación de pretensiones.

Por ejemplo, eliminando la informalidad mediante una interpretación racional del escrito genitor, a cuyo propósito, al decir de la Sala, se "(...) estará más a la intención del actor que a lo literal de las palabras, se cotejará las distintas partes del libelo apreciándolo en su conjunto, se preferirá el sentido en que una petición puede producir algún efecto a aquel en que no pueda producir ninguno"²⁴.

En esa línea, no siempre, fatalmente, la indebida acumulación de pretensiones conduce a un fallo abstencionista. Acaece excepcionalmente cuando intentada salvar la irregularidad, sin atentar contra el contenido objetivo de la demanda, resulta imposible en el campo lógico o jurídico». CSJ SC8210-2016.

²⁵ «La torpe expresión de las ideas, per se, no puede ser motivo de rechazo del derecho suplicado cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición que de los presupuestos fácticos hace el demandante en su demanda». CSJ SC5193-2020.

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

atacada, dado el cariz moratorio o de apremio del apartado negocial, ajeno o extraño al perfil de reparación inherente a la pretensión realmente ventilada. Por lo tanto, se revocará su acogimiento.

9.11 De otra parte, al ser cuestión averiguada la de que DYALTEC deshonoró los compromisos que adquirió en los contratos de obra y suministro de 31 de julio y 14 de agosto de 2.017, beneficiándose de los avances de \$10.784.141 que se le transfirieron el 17 de agosto de 2.017, y de \$21.058.588 que se le giraron el 28 de agosto de 2.017, al no haber erogado la contraprestación que le incumbía, deberá restituirlos a título de indemnización de perjuicios, con venero en los cánones 1546 y 1613 del Código Civil, como así se demandó.

9.12 Ahora, otro es el destino de la invocada gestión desplegada en Torres de Milano. Se instruyó la existencia de un contrato de obra y suministro perfeccionado el 23 de junio de 2.017 -acto bilateral válido-, no así el cumplimiento preliminar o antelado de la parte actora, porque no hay respaldo del desembolso del adelanto que mencionó haber hecho. La consulta en línea que se arrimó, fechada el 10 de junio de 2.017, apunta materialmente a que estaba en proceso un pago a proveedores en beneficio de la contratista, por valor de \$27.123.757 [pg. 7, a.e. 009, carpeta *ídem*], no así que el mismo realmente se produjo o logró su propósito, el que para ese instante apenas era un proyecto o una misión en trance. La declaración de parte del demandante no es suficiente, solo ella, para refrendar que sí hubo desembolso²⁶. Tampoco medió confesión, según lo explicado. Empero, DYALTEC tampoco evacuó sus deberes convencionales -desaire contractual del demandado-.

9.13 Al hilo con lo plasmado y para el comentado acto jurídico, era valedero decretar su finiquito, pero sin indemnización ni reconocimiento de la cláusula penal, como así lo tiene decantado la jurisprudencia -*supra* 6.2-, aspecto que se abarcará con la infirmación del ordinal tercero de la providencia rebatida.

10. Transitando al análisis del llamamiento en garantía, recuérdese que en el contrato de seguro, el riesgo es *«el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario,*

²⁶ La aserción del señor representante legal de la sociedad de demandante, alusiva a que la transferencia del dinero sí se realizó (récord 6:45 a 26:22, archivo electrónico 063), está fuera de elemento suasorio adicional que la apoye. Si bien la declaración de parte se ha aceptado en general como prueba a valorar, y no solo cuando entraña una confesión, clara fue la Corte Suprema de Justicia en la sentencias que así lo han reconocido, es decir, en las CSJ STC9197-2022, CSJ STC11256-2023 y SC470-2023, que su verosimilitud depende de *«la coincidencia de su narración con otros medios»*, mientras que su credibilidad se ata a que el relato que contiene resulte *«coherente, contextualizado y [si] existen corroboraciones periféricas»*, lo cual es por cierto lógico y jurídico, bajo la ponderación en conjunto que manda hacer el canon 176 del C. G. del P.

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

y cuya realización da origen a la obligación del asegurador» [art. 1054, C. de Co.], mientras que el siniestro se cristaliza con «la realización del riesgo asegurado» [art. 1072, C. de Co.], incumbiendo «al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso» [art. 1077, C. de Co.].

10.1 En tratándose del seguro de cumplimiento, legalmente se ha decantado que su objeto es «garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables» [art. 2º, Ley 225 de 1938].

10.2 En la sentencia CSJ SC3893-2020 se rememoró la naturaleza y alcance de la institución examinada, apuntando que la Ley 225 de 1938 está vigente y el afianzamiento que en ella se previó es una especie de los seguros de daños, que garantiza el cumplimiento de obligaciones dimanantes de un contrato o de la ley, a través del amparo que se le hace al asegurado -acreedor, titular entonces del interés asegurable de contenido económico- contra el incumplimiento de las mismas -riesgo asegurado-, a través del pago de todos o parte de los perjuicios que soporte a causa del desaire de la prestación respaldada, de ser imputable al deudor. Dado su perfil reparador, que le descarta ser fuente de lucro, en orden a germinar el siniestro y obligar al asegurador a indemnizar el daño padecido hasta la cuantía del valor asegurado, se exige que a la prueba del incumplimiento se sume la del perjuicio y su cuantía, ya que el siniestro no es la desatención del marco negocial, *per se*, sino la repercusión causal lesiva, el agravio que ello represente en el patrimonio del asegurado, lo cual debe probarse, pues no se sobreentiende como en los seguros reales.

10.3 Desde tales supuestos, ya frente al caso concreto se tiene que en primera instancia se afectaron las pólizas de seguro de cumplimiento n.º 660-45-994-000004532 -vigente en el amparo de anticipo del 31 de julio al cinco de septiembre, ambos de 2.017- [pg. 39, a.e. 004], y n.º 660-45-994000004547 -vigente en el amparo de anticipo del 14 de agosto a 20 de septiembre de 2.017- [pg. 62, a.e. 004], emitidas por Solidaria, las que, en su orden, tuvieron por objeto:

POLIZA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO:
*** OBJETO DE LA GARANTIA ***
EL OBJETO DE LA PRESENTE POLIZA ES GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONTRATISTA DERIVADAS DEL CONTRATO OBRA CIVIL SIN NUMERO, DE FECHA 31/JULIO/2017 CELEBRADO ENTRE GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA GRACOL S.A.S. Y DYALTEC S.A.S, RELACIONADO CON:
SUMINISTRO E INSTALACION DE PUERTAS VENTANAS Y VENTANAS EN ALUMINIO COLOR BLANCO Y VIDRIO INCOLORO PARA LAS 16 CASAS DE LA PRIMERA ETAPA COMPUESTA DE 14 CASAS MEDIANERAS Y 2 ESQUINERAS DEL CONDOMINIO VERSALLES UBICADO EN LA CIUDAD DE POPAYAN. 1 HITO: ELABORACION DE PUERTAS VENTANAS Y VENTANAS DE 14 CASAS MEDIANERAS Y 2 ESQUINERAS DEL 31 DE JULIO AL 25 DE AGOSTO DEL 2017. 2 HITO: INSTALACION DE PUERTAS VENTANAS Y VENTANAS DE 14 CASAS MEDIANERAS Y 2 ESQUINERAS DEL 25 DE AGOSTO AL 05 DE SEPTIEMBRE DEL 2017.

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

POLIZA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO:
*** OBJETO DE LA GARANTIA ***
EL OBJETO DE LA PRESENTE POLIZA ES GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONTRATISTA DERIVADAS DEL CONTRATO OBRA CIVIL SIN NUMERO, DE FECHA 14/AGOSTO/2017 CELEBRADO ENTRE GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA GRACOL S.A.S. Y DYALTEC S.A.S. RELACIONADO CON:
SUNISTRITO E INSTALACION DE PUERTAS VENTANAS Y VENTANAS EN ALUMINIO COLOR BLANCO Y VIDRIO INCOLORO PARA EL 2 AL 5 PISO DEL PROYECTO CONDOMINIO VENEZIA UBICADO EN LA CIUDAD DE POPAYAN. SE REALIZARA ACTA DE VANGOS POR PARTE DEL RESIDENTE DE OBRA Y CONTRATISTA PARA SU FABRICACION. 1 HITO: DEL 14 AGOSTO AL 5 DE SEPTIEMBRE= FABRICACION E INSTALACION DEL 2 - 3 PISO. 2 HITO: DEL 30 DE AGOSTO AL 20 DE SEPTIEMBRE = FABRICACION E INSTALACION DEL 4 - 5.

10.4 Por su parte, las condiciones generales de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares de Aseguradora Solidaria de Colombia prevén, en lo que interesa resolver, disponen:

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 OCASION DEL USO O APROPIACION INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA TOMADOR DEL SEGURO HAGA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO EN CALIDAD DE ANTICIPO, PARA LA EJECUCION DEL CONTRATO. EN TAL SENTIDO SE ENTENDERA QUE EXISTE USO O APROPIACION INDEBIDA DE LOS DINEROS O BIENES ENTREGADOS A TITULO DE ANTICIPO EN EL EVENTO EN QUE TALES DINEROS O BIENES NO SEAN UTILIZADOS EN LA EJECUCION DEL CONTRATO.
CUANDO SE TRATE DE BIENES ENTREGADOS COMO ANTICIPO, PARA QUE OPERE EL AMPARO ESTOS DEBERAN ESTAR DEBIDAMENTE TASADOS EN DINERO.
SALVO ACEPTACION EXPRESA E INEQUIVOCAL 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.

10.5 A despecho de la propuesta de la alzada, el litigio que se resuelve sí se corresponde con la tesis del buen manejo del anticipo²⁷. La prueba de su pago milita en las páginas 3 y 5 del archivo 009 de la carpeta de primera instancia, y da cuenta que GRACOL transfirió a la cuenta bancaria de DYALTEC los siguientes rubros: \$10.784.141 el 17 de agosto de 2.017 para las labores en el Condominio Versailles, y \$21.058.588 el 28 de agosto de 2.017, por la intervención en el Condominio Venezia. En total: \$31.842.729, que uno a uno en sus dos componentes se enmarca en la cuantía del valor asegurado.

10.6 También es cuestión zanjada, que DYALTEC nunca cumplió. Por contera, atemperado este Estrado a las cláusulas del contrato de seguro, entiende que se origina el uso o apropiación indebida de los dineros entregados a título de avance, al saberse que los capitales ciertamente cursados en la época afianzada, por el concepto en cita, no se utilizaron en la ejecución del contrato, inferencia indiciaria suficiente por ser lógica, necesaria, grave, concordante y convergente, y que emerge del hecho mismo, conocido y probado, de la completa desatención de los contratos de obra y suministro en los condominios Versailles y Venezia, lo cual lleva ínsito

²⁷ «...si bien el anticipo carece de definición legal, ha sido concebido por la jurisprudencia y la doctrina patrias como un mecanismo de financiación²⁷, 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». CSJ SC3893-2020.

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

que los fondos no se utilizaron en la ejecución del contrato, pues nunca hubo tal.

10.7 Ergo, el amparo de buen manejo del anticipo devino en siniestro cuando DYALTEC abandonó completamente sus obligaciones de obra y suministro en los proyectos constructivos Versailles y Venezia, lo que supone en forma impajaritable que inutilizó los recursos que recibió como adelanto.

10.8 Esa es la ocurrencia del siniestro. Su cuantía, mientras tanto, equivale al monto de lo transferido, que a la sazón fue despojado a la empresa demandante -pues no se amortizó en las edificaciones-, esto es, \$31.842.729, suma que concreta el agravio económico ligado causalmente al uso o apropiación indebida del anticipo que cometió el tomador del seguro²⁸.

10.9 Finalmente, bajo la égida del artículo 1060 del Código de Comercio²⁹, pretextó el apelante que los contratos de seguro instrumentados en las mencionadas pólizas terminaron, comoquiera que no se le informó el incumplimiento del contrato, ni la prórroga que se manifestó otorgada en el hecho quinto de la demanda.

10.10 No hay tal. El incumplimiento no encaja en un hecho o circunstancia imprevisible vinculada con el estado del riesgo que fuese sobreviniente tras la firma del contrato de seguro. Por el contrario, el cumplimiento fue uno de sus amparos. Asimilar que la no información de la concreción del riesgo en siniestro es suficiente para aniquilar el contrato, como se sugiere por el recurrente, torna inocuo el contrato mismo y su función social, mostrando lo inadmisibile del planteamiento, y por lo mismo, el que no pueda ser de recibo³⁰.

²⁸ «...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». Ib.

²⁹ «Artículo 1060. <Mantenimiento del estado del riesgo y notificación de cambios>. El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

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

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

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

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

³⁰ «[E]n orden a impedir las nocivas tendencias, tanto de quienes reclaman con el propósito de procurar conseguir beneficios extraños al seguro contratado, lo que sin duda redundaría en menoscabo para la mutualidad de riesgos homogéneos creada, como de los aseguradores de exonerarse de responder desconociendo razonables expectativas que del contrato emergen para aquellos, este último debe ser interpretado en forma

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

10.11 Por su parte, la narración en la demanda de una extensión del plazo por parte de GRACOL para que DYALTEC acometiera las obras y el suministro pendientes³¹, no refleja un hecho o circunstancia imprevisible asociados con el estado del riesgo que sucediera luego la firma del contrato de seguro, agravante del riesgo o incidente por variar su identidad, toda vez que nada cambió, a decir verdad, en la materialidad del riesgo: el buen manejo del anticipo. Hasta entonces nada mutó con los términos y condiciones del afianzamiento, por lo que tampoco se infiere obligación alguna, conforme a la ley, de informar o reportar, que, desatendida, conllevara la extinción del seguro.

10.12 Debía, por lo visto, afectarse las pólizas n.º 660-45-994-000004532 y n.º 660-45-994000004547, y aunque fue lacónica y quizá

similar a las normas legales y sin perder de vista la finalidad que está llamado a servir, esto es, **comprobando la voluntad objetiva que traducen la respectiva póliza y los documentos que de ella hacen parte con arreglo a la ley (Arts. 1048 a 1050 del C. de Co.), los intereses de la comunidad de asegurados y las exigencias técnicas de la industria.**

Dicho en otras palabras, **el contrato de seguro es de interpretación restrictiva** y por eso en su ámbito operativo, para determinar con exactitud los derechos y las obligaciones de los contratantes, predomina el texto de la que suele denominarse “escritura contentiva del contrato” en la medida en que, por definición, debe conceptuársela como expresión de un conjunto sistemático de condiciones generales y particulares que los jueces deben examinar con cuidado, especialmente en lo que tiene que ver con las cláusulas atinentes a la extensión de los riesgos cubiertos en cada caso y su delimitación, evitando favorecer soluciones en mérito de las cuales la compañía aseguradora termine eludiendo su responsabilidad al amparo de cláusulas confusas que de estar al criterio de buena fe podrían recibir una inteligencia que en equidad consulte mejor los intereses del asegurado, o lo que es todavía más grave, dejando sin función el contrato a pesar de las características propias del tipo de seguro que constituye su objeto, fines éstos para cuyo logro desde luego habrán de prestar su concurso las normas legales, pero siempre partiendo del supuesto, valga insistir, de aquí que no son de recibo interpretaciones que impliquen el rígido apego literal a estipulaciones consideradas aisladamente y, por ende, sin detenerse en armonizarlas con el espíritu general que le infunde su razón de ser a todo el contexto contractual del que tales estipulaciones son parte integrante.

Siguiendo estas orientaciones, ha sostenido esta corporación que siendo requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (G. J., t. CLVIII, pág. 176) y que por lo tanto, en este campo **rige el principio según el cual la responsabilidad asumida en términos generales como finalidad del contrato no puede verse restringida sino por obra de cláusulas claras y expresas**, “...El Art. 1056 del C. de Co., en principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, otorga al asegurador facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado...”, agregando que es en virtud de este amplísimo principio **“que el asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que de no cumplirse impiden que se configure el siniestro; ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, quedan sin embargo excluidos de la protección que se promete por el contrato.** Son estas las llamadas exclusiones, algunas previstas expresamente en la ley...” (Cas. Civ. de 7 de octubre de 1985, sin publicar), exclusiones que por su propia índole, limitativa de los riesgos asumidos por el asegurador, requieren ser interpretadas con severidad en una concienzuda tarea que se oriente, de una parte, a establecer su justificación técnica, y de la otra a precisar el alcance de dichos riesgos conforme a reglas de carácter legal o convencional, luego no le es permitido al intérprete “...so pena de sustituir indebidamente a los contratantes, **interpretar aparentemente el contrato de seguro para inferir riesgos que no se han convenido, ni para excluir los realmente convenidos; ni tampoco hacer interpretaciones de tales cláusulas que conlleven a resultados extensivos de amparo de riesgos a otros casos que no sólo se encuentren expresamente excluidos sino que por su carácter limitativo y excluyente, son de interpretación restringida...**” (Cas Civ. de 23 de mayo de 1988, sin publicar)» (CSJ SC, 29 ene. 1998, rad. 4894)». CSJ SC3893-2020.

³¹ Página 14, a.e. 009:

QUINTO: El día 28 de septiembre de 2017 el ing. Carlos Solano empleado del GRACOL SAS mediante correo electrónico al representante legal de DYALTEC SAS, informo que los términos de los contratos se encuentran más que vencidos y otorgando un plazo máximo para el cumplimiento del objeto hasta el 07 de octubre de 2017, sin obtener respuesta del mismo.

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

insuficiente la argumentación del Juzgado *A quo*, no vulneró la congruencia, porque la cuestión fáctica y jurídica estuvo sobre la mesa del proceso desde el principio, y, antes bien, era su deber discernirla, como lo hizo.

11. Queda claro que en vez de la total revocatoria incoada, la apelación procesada alcanza apenas para hacerlo parcialmente en relación con la estimación de las cláusulas penales que se hizo en primera instancia, pero de nada más.

11.1 Los motivos ofrecidos descartan que haya de acogerse alguna otra de las excepciones de mérito invocadas por la llamada en garantía, distinta de las que abrigó el Juzgado de primera instancia, en decisión que no fue apelada. Sirve únicamente agregar que el acogimiento parcial de las pretensiones no lleva a declarar probada la defensa de subrogación, en tanto la misma está atada a que se geste el pago del siniestro, y acá aún no ha operado, a lo que se suma que el reemplazo se debe al ministerio de la ley, según así lo consagra el artículo 1096 del C. de Co., con lo que se descarta la necesidad de decisión judicial que lo dictamine.

12. No habrá condena en costas de segunda instancia, merced al acogimiento parcial del recurso, esto es, a semejanza del numeral 5 del artículo 365 del C. G. del P.

IV. Decisión

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán – Cauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

Primero.- REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia n.º 10 dictada en audiencia el 21 de marzo de 2.025 por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Popayán.

Segundo.- CONFIRMAR, en lo demás, el veredicto impugnado, de fecha y procedencia conocidas.

Tercero.- NO IMPONER condena en costas en sede de segunda instancia.

Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S. GRACOL
Demandado: DYALTEC S.A.S.
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Cuarto.- ORDENAR que, en firme esta decisión, se envíe al Juzgado de origen lo actuado en segunda instancia, con anotación de la salida y archivo del expediente, previas las constancias a que haya lugar.

Notifíquese y cúmplase

El Juez,

Firmado Por:

Gustavo Andres Valencia Bonilla
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 004
Popayan - Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e4f50b44d56392b61ddccdee137480b6313f7ef4161f01160d6ee890c21d4f24**
Documento generado en 06/06/2025 09:00:25 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>