

Señores

JUZGADO DIECISEIS (16°) CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI

E. S. D.

PROCESO: RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

DEMANDANTES: FUNDACIÓN SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA “FABIO GRISALES BEJARANO”

DEMANDADOS: MC CONTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S. Y ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

RADICADO: 760013103016-2023-00006-00

ASUNTO: CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.395.114 expedida en Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, con dirección en notificaciones@gha.com.co, actuando en mi calidad de apoderado especial **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, identificada con NIT 860.524.654-6, sociedad legalmente constituida, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., representada legalmente por la doctora María Yasmith Hernández Montoya, con dirección de notificaciones judiciales en la Carrera 100 # 9ª-45 piso 12 de la ciudad de Bogotá D.C., y correo electrónico notificaciones@solidaria.com.co, de acuerdo con el certificado de existencia y representación que se anexa. De manera respetuosa y encontrándome dentro del término legal, procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA** promovida por la FUNDACIÓN SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA “FABIO GRISALES BEJARANO” en contra de MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S., y ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., para que

en el momento en que se vaya a definir el litigio, se tengan en cuenta los hechos y precisiones que se hacen a continuación, según las pruebas que se practiquen, anticipando que me opongo a todas y cada una de las pretensiones sometidas a consideración de su Despacho.

I. OPORTUNIDAD

Con el objeto de verificar los términos de contestación de la demanda, se tiene que la parte accionante realizó la notificación personal del asunto el día 27 de diciembre del 2023, de conformidad a la guía aportada al plenario por el demandante, fecha en la cual las instituciones judiciales se encontraba en vacancia laboral, motivo por el cual, de conformidad con lo consignado en la Ley 2213 del 2022, en su artículo 8, “(...) *La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos **dos días hábiles siguientes** al envío del mensaje y los términos empezarán a contarse cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje (...)*”, así las cosas y de conformidad con la norma señalada, se entiende que la notificación personal se hizo efectiva, transcurridos los dos días posteriores a la reanudación de la vacancia judicial. En este orden de ideas, el término de traslado para contestar la demanda se contabiliza vencidos los dos días relativos a la notificación, esto es, los días 11 y 12 de enero del 2024 siendo los dos hábiles siguientes, a fin de que se tenga por realizada la notificación personal.

Así las cosas, el término otorgado por la norma procesal para realizar la debida contestación a la demanda, comenzó a transcurrir desde el día 15 de enero del 2024, feneciendo el día 09 de febrero del 2024. Por lo antes manifestado, se concluye que se radica oportunamente.

II. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR
SOLICITUD DE SENTENCIA ANTICIPADA POR LA CONFIGURACIÓN DE
LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL
CONTRATO DE SEGURO

De acuerdo con los hechos esgrimidos en la demanda y los documentos que acompañan la misma, es pertinente exponer que transcurrieron más de dos (2) años entre la fecha en que aparentemente se identificó el incumplimiento contractual objeto de litigio, siendo el día 17 de junio del 2019, fecha en la cual el beneficiario del contrato de seguro remitió al afianzado notificación de terminación del contrato de prestación de servicios FSP-040/2016 por incumplimiento del mismo, y por otro lado se tiene que la radicación de la presente acción judicial se realizó el día 18 de enero del 2023. En ese orden de ideas, queda claro que transcurrieron más de dos (2) años para que el hoy demandante ejerciera las acciones que se derivan del contrato de seguro, configurándose la prescripción ordinaria en virtud de lo dispuesto en el Art. 1131 y 1081 del C. Co.

Con base en lo anterior, resulta importante manifestar que bajo lo preceptuado en el artículo 278 del Código General del Proceso, dentro del cual se reza lo siguiente en lo pertinente: “(...) *En cualquier estado del proceso, el juez deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, en los siguientes eventos: (...) la prescripción extintiva (...)*”. En este orden de ideas, la prescripción debe ser declarada de forma anticipada por el Despacho y dar por terminado este litigio respecto de todas las partes.

III. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Procedo a pronunciarme frente a cada uno de los hechos de la demanda en la misma forma y en el mismo orden cronológico en que fueron planteados, así:

Frente al hecho “1.”: no es cierto en la forma que se expresa este hecho; por cuanto sólo se transcribe un aparte del contrato, y se deja fuera de contexto, en contravía de las reglas de interpretación de los contratos los cuales deben ser apreciados en su integridad. Por lo tanto, debe estarse al texto íntegro de la convención garantizada, ya que la totalidad de sus condiciones son las que lo definen, no sólo la cláusula primera; y sin perjuicio de las causales de invalidez o ineficacia, que obviamente también inciden frente al asegurador que respalda las obligaciones del contratista, en cuanto la invalidez de cualquiera de las estipulaciones de deberes, comporta también el mismo efecto liberados o la imposibilidad de hacer efectiva la garantía brindada mediante la póliza. Dicho lo anterior se debe indicar que la compañía aseguradora solo conoce que se celebró el contrato FSP-040/2016 entre la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, “Fabio Grisales Bejarano”, en calidad de contratante y la Sociedad MC Construcciones y Consultorías S.A.S., en calidad de contratista, el cual corresponde al negocio jurídico cuyo cumplimiento se garantizó mediante el comentado seguro de cumplimiento a favor de entidades particulares, Póliza No. 430 45 994000011350, que da amparo sólo conforme a las condiciones y coberturas expresamente estipuladas, incluidos los límites asegurados de cada una, exclusiones, Etc., y las normas legales vigentes al momento de su celebración, que se entienden incorporadas al mismo en virtud del artículo 38 de la ley 153 de 1887.

Frente al hecho “2.”: no es cierto en la forma que se expresa este hecho; por cuanto sólo se transcribe un aparte del contrato referente al valor inicial del contrato, y se deja fuera de contexto, en contravía de las reglas de interpretación de los contratos los cuales deben ser apreciados en su integridad. Por lo tanto, debe estarse al texto íntegro de la convención garantizada, así como sus otrosíes ya que la totalidad de sus condiciones son las que lo definen; y sin perjuicio de las causales de invalidez o ineficacia, que obviamente también inciden frente al asegurador que respalda las obligaciones del contratista, en cuanto la invalidez de cualquiera de las estipulaciones de deberes, comporta también el mismo efecto

liberados o la imposibilidad de hacer efectiva la garantía brindada mediante la póliza que mi prohijada expidió.

Dicho lo anterior, es de anotar que de conformidad con el contrato de prestación de servicio inicial FSP 040/2016 se tiene que el valor inicial del mismo fue de \$182.515.681,00, el cual fue pactado por la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura en su calidad de contratante y MC Construcciones y Consultoría S.A.S., en su calidad de contratista, como se observa:

SEGUNDA.- VALOR Y ALCANCE DE LOS SERVICIOS OFRECIDOS: El valor total del presente contrato es la suma DE CIENTO OCHENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS QUINCE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$ 182.515.681,00) M/CTE. IVA INCLUIDO, discriminado de la siguiente manera:

No obstante, es importante resaltar que dentro del Otrosí No. 2 se efectuó una modificación y adición al valor inicial del contrato por una suma de \$16.106.419, quedando este por la suma de \$198.622.100 como se observa:

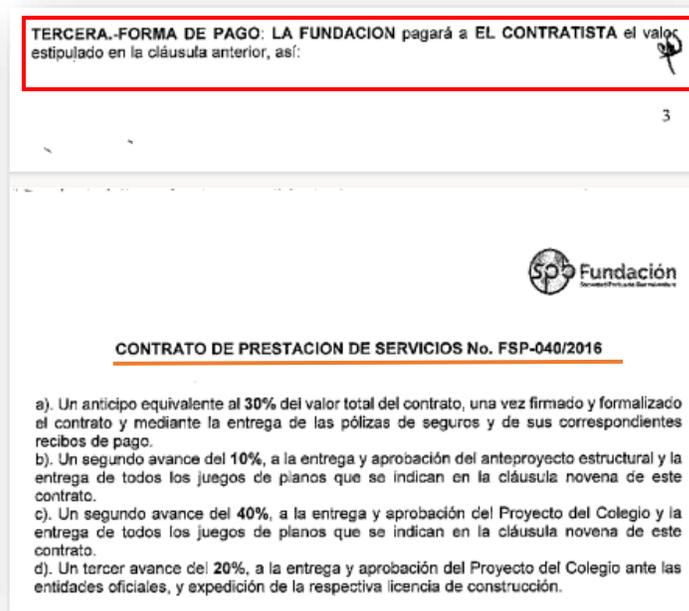
PRIMERA.- Modificar y adicionar al valor del contrato inicial en la suma de **DIECISÉIS MILLONES CIENTO SEIS MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$ 16.106.419,00) MCTE.**, por lo que la Cláusula Segunda del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016 quedará así: **VALOR:** El valor del presente contrato es la suma de **CIENTO NOVENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDÓS MIL CIEN PESOS (\$198.622.100,00) M/CTE IVA INCLUIDO.**

Frente al hecho “3.”: no es cierto en la forma que se expresa este hecho; por cuanto sólo se transcribe un aparte del contrato referente a la forma en la que se cancelaría el valor del contrato, y se deja fuera de contexto, en contravía de las reglas de interpretación de los contratos los cuales deben ser apreciados en su integridad. Por lo tanto, debe estarse al

texto íntegro de la convención garantizada, así como sus otrosíes ya que la totalidad de sus condiciones son las que lo definen; y sin perjuicio de las causales de invalidez o ineficacia, que obviamente también inciden frente al asegurador que respalda las obligaciones del contratista, en cuanto la invalidez de cualquiera de las estipulaciones de deberes, comporta también el mismo efecto liberados o la imposibilidad de hacer efectiva la garantía brindada mediante la póliza que mi prohijada expidió.

Dicho lo anterior, resulta importante manifestar que el contrato inicial FSP-040/2016 tuvo modificaciones en la cláusula tercera, denominada “forma de pago” mediante el Otrosí No. 2, Otrosí No. 3, como se observa:

- Contrato inicial FSP-040/2016 (apartado parcial)



Otrosí No. 2 (apartado parcial)

OTROSI No. 002 AL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS No. FSP-040/2016 CELEBRADO ENTRE LA FUNDACION SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA "FABIO GRISALES BEJARANO" Y LA SOCIEDAD MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S.

e) En concordancia con lo comunicado por el Gerente Técnico del Proyecto implementado para la construcción de la nueva sede del Colegio Bartolomé de las Casas, quien oficia como Supervisor del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016, se considera procedente modificar las cláusulas Segunda, Tercera y Cuarta del mismo.

En virtud de lo anterior, las partes,

ACUERDAN:

PRIMERA.- Modificar y adicionar al valor del contrato inicial en la suma de **DIECISÉIS MILLONES CIENTO SEIS MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$ 16.106.419,00) MCTE.**, por lo que la Cláusula Segunda del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016 quedará así: **VALOR:** El valor del presente contrato es la suma de **CIENTO NOVENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDÓS MIL CIEN PESOS (\$198.622.100,00) M/CTE IVA INCLUIDO.**

SEGUNDA.- Modificar la Cláusula Tercera del contrato que quedará así: **FORMA DE PAGO: LA FUNDACION** pagará a **EL CONTRATISTA** el valor estipulado en la cláusula Segunda así:

a) Un primer pago a título de anticipo equivalente al treinta por ciento (**30%**) del valor total del contrato, el cual será entregado una vez el Contrato esté firmado y formalizado. Para la formalización **EL CONTRATISTA** hará entrega de la póliza(s) de seguro(s) solicitada(s) y del correspondiente(s) recibo(s) de pago.

b) Un segundo pago por valor del diez por ciento (**10%**) del valor total del Contrato, a la entrega y aprobación del anteproyecto estructural arquitectónico ajustado al anteproyecto estructural y la entrega de todos los juegos de planos que se indican en la cláusula Octava de este Contrato.

c) Un tercer pago por valor del cuarenta por ciento (**40%**) del valor total del Contrato, a la entrega y aprobación del Proyecto del Colegio Bartolomé de las Casas y la



- Otrosí No. 3 (apartado parcial)

OTROSI No. 003 AL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS No. FSP-040/2016 CELEBRADO ENTRE LA FUNDACION SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA "FABIO GRISALES BEJARANO" Y LA SOCIEDAD MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S.

g) En concordancia con lo comunicado por el Gerente Técnico del Proyecto implementado para la construcción de la nueva sede del Colegio Bartolomé de las Casas, quien oficia como Supervisor del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016, se considera procedente modificar las cláusulas Segunda y Tercera del Otrósi No. 002 suscrito el 28 de Junio de 2017.

En virtud de lo anterior, las partes,

ACUERDAN:

PRIMERA.- Modificar la Cláusula Segunda del Otrósi No. 002 del 28 de Junio de 2017 que quedará así: **FORMA DE PAGO: LA FUNDACION** pagará a **EL CONTRATISTA** el valor estipulado en la cláusula Segunda del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016 de la siguiente manera:

- a) Un primer pago a título de anticipo equivalente al treinta por ciento (30%) del valor total del contrato, el cual se efectuó una vez firmado y formalizado el mismo.
- b) Un segundo pago por valor del diez por ciento (10%) del valor total del Contrato, a la entrega y aprobación del anteproyecto estructural arquitectónico, el cual también ya se efectuó.
- c) Un tercer pago por valor del cuarenta por ciento (40%) del valor total del Contrato, a la entrega y aprobación del Proyecto del Colegio Bartolomé de las Casas por parte de la Gerencia Técnica del Proyecto, el 31 de Agosto de 2017.
- d) Un cuarto pago por valor del diez por ciento (10%) del valor total del contrato, a la solución de la detección temprana de conflictos. Se señala el 30 de Septiembre de 2017 como fecha estimada para dicho pago.
- e) Un quinto pago por valor del diez por ciento (10%) del valor total del contrato, a la radicación y aprobación del citado Proyecto por parte de las entidades respectivas y la expedición de la correspondiente licencia de construcción. Se señala el 20 de Octubre de 2017 como fecha estimada para dicho pago.

PARÁGRAFO: LA FUNDACION podrá realizar retenciones tributarias conforme lo establece la ley. En caso que LA FUNDACION hubiere aplicado tasas erróneas por causas o razones imputables a EL CONTRATISTA debidamente demostradas, descontará el valor correspondiente al ajuste de las sumas pendientes de pago en desarrollo del presente, previa autorización de EL CONTRATISTA, una vez haya mediado explicación del error y este sea aceptado por EL CONTRATISTA. Cuando del ajuste de las retenciones en la

Se reitera que el hecho descrito en la demanda es parcial, y no contiene de forma completa la cláusula tercera del contrato inicial de prestación de servicio FSP-040/2016, pues la cláusula tercera del dicho contrato presentan condiciones respecto del pago, los cuales son (i) presentación de cuenta de cobro, pólizas y los pagos de seguridad con una **previa verificación** por parte de la Fundación, y (ii) si durante los procesos de diseño las áreas deban modificar en un porcentaje mayor al 5%, los honorarios se ajustan de manera proporcional, como se observa:

Lo anterior se realizará previa presentación de la cuenta de cobro, las pólizas requeridas, y los pagos de seguridad social de acuerdo al Decreto 1070 de 2013, todo lo cual deberá ser verificado por parte de LA FUNDACION y la Gerencia del Proyecto. Realizado lo anterior, el valor establecido en ella se cancelará en un periodo de treinta (30) días, previa presentación de las respectivas facturas debidamente diligenciadas y aprobadas por la Gerencia del Proyecto.

PARAGRAFO PRIMERO: Las aceptaciones parciales por parte de la Gerencia del Proyecto no liberan a EL CONTRATISTA de su responsabilidad por la calidad y el cuidado de los diseños. LA FUNDACION podrá ajustar las retenciones, conforme a la ley. En caso que LA FUNDACION hubiere aplicado tasas erróneas, EL CONTRATISTA autoriza a LA FUNDACION para descontar el valor correspondiente al ajuste de las sumas pendientes de pago en desarrollo del presente contrato. Cuando del ajuste de las retenciones en la fuente, resulten saldos a favor de LA FUNDACION que no sea posible descontar de los pagos pendientes a EL CONTRATISTA, este deberá cancelarlos a dentro de los treinta (30) días calendario siguiente a la solicitud escrita por parte de LA FUNDACION.

PARAGRAFO SEGUNDO: En caso de que durante el proceso de diseño las áreas deban ser modificadas en un porcentaje mayor al 5%, los honorarios se ajustaran de manera proporcional.

Así las cosas, y colindando con lo expuesto, es claro que la forma de pago pactada por las partes, presentaba unas condiciones sobre dicha cláusula, llevado a inferir que los pagos acordados a cargo del contratante aquí demandante posiblemente no se efectuaron en la forma descrita tanto en el contrato inicial como los Otrosíes. Que se pruebe.

Frente al hecho “4”: no es cierto en la forma que se expresa este hecho; por cuanto sólo se transcribe un aparte del contrato referente a la vigencia del contrato, y se deja fuera de contexto, en contravía de las reglas de interpretación de los contratos los cuales deben ser apreciados en su integridad. Por lo tanto, debe estarse al texto íntegro de la convención garantizada, así como sus otrosíes ya que la totalidad de sus condiciones son las que lo definen; y sin perjuicio de las causales de invalidez o ineficacia, que obviamente también inciden frente al asegurador que respalda las obligaciones del contratista, en cuanto la invalidez de cualquiera de las estipulaciones de deberes, comporta también el mismo efecto liberados o la imposibilidad de hacer efectiva la garantía brindada mediante la póliza que mi prohijada expidió. Se resalta que en la cláusula cuatro del contrato, referente a la vigencia, esta se pactó inicialmente por un término de 16 semanas, contadas a partir no

solo de la firma del acta inicial, sino además del anticipo y las pólizas correspondientes, condiciones que evidentemente pueden alterar la vigencia del contrato desde el inicio hasta su fin, cómo se observa:

CUARTA.- VIGENCIA DEL CONTRATO: Este contrato tendrá un término de duración de diez y seis (16) semanas contadas a partir de la entrega del anticipo y las pólizas correspondientes y de la firma de la correspondiente acta de inicio.

Igualmente, no puede pasarse por alto que, dentro del Otrosí No. 1, 2, 3, 4 y 5 se efectuaron modificaciones al tiempo de ejecución del contrato de prestación de servicio SFP-040/2016, donde en el último Otrosí No. 5 se observa una última modificación a la fecha final del contrato, la cual es el día 30 de agosto del 2018, como se extrae a continuación:

ACUERDAN:

PRIMERA.- Prorrogar hasta el 30 de Agosto de 2018 el término de duración establecida en la Cláusula Cuarta del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016.
PARAGRAFO PRIMERO: EL CONTRATISTA se compromete a hacer entrega de los ajustes del entregable final diseños técnicos complementarios para la construcción de la nueva sede del Colegio Bartolomé de las Casas, aprobación de permisos indicados anteriormente y demás entregables del presente contrato el 30 de Agosto de 2018.
PARAGRAFO SEGUNDO: Al terminar el plazo convenido, el contrato no podrá prorrogarse o adicionarse automáticamente o en forma tácita.

MC Construcciones y Consultoría S.A.S., en su calidad de Contratista, cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales dentro de dicho término prorrogado, así mismo no se observa dentro del proceso, documento alguno que permita identificar que la Fundación expuso sus inconformidad frente a las labores realizadas por el contratista, previas a las realizadas en el mes de agosto del 2018.

Frente al hecho “5”: No es cierto en la forma que se expresa este hecho; por cuanto sólo

se menciona un aparte del contrato referente a las obligaciones del contratista, y se deja fuera de contexto, en contravía de las reglas de interpretación de los contratos los cuales deben ser apreciados en su integridad. Por lo tanto, debe estarse al texto íntegro de la convención garantizada, así como sus otrosíes ya que la totalidad de sus condiciones son las que lo definen; y sin perjuicio de las causales de invalidez o ineficacia, que obviamente también inciden frente al asegurador que respalda las obligaciones del contratista, en cuanto la invalidez de cualquiera de las estipulaciones de deberes, comporta también el mismo efecto liberados o la imposibilidad de hacer efectiva la garantía brindada mediante la póliza que mi prohijada expidió.

Ahora bien, se observa en el contrato garantizado que la cláusula primera “objeto del contrato”, establece que el CONTRATISTA (MC Construcciones y Consultorías S.A.S.) se obliga a la elaboración de diseños y estudios complementarios, dentro de los cuales se señalaron los siguientes documentos:

“(..)

- *Estudios y permisos ambientales*
- *Diseño y calculo estructural y de elementos no estructurales.*
- *Diseños hidrosanitarios y red contraincendios.*
- *Diseños telefónicos, electrónicos, voz y red de datos, apantallamiento.*
- *Diseños de gas propano y/o gas natural.*
- *Diseño y cálculo de aire acondicionado y ventilación mecánica.*
- *Diseño vías vehiculares y peatonales.*
- *Coordinación de estudios técnicos y diseños.*
- *Licencia de construcción y permisos, licencia empresas públicas.*
- *Especificaciones técnicas de construcción, presupuesto detallado de obra, programación de obra, pliegos de licitaciones para construcción. (...)*”

Por otro lado, cabe destacar que dentro de la cláusula octava “obligaciones de las partes”, en el párrafo segundo, se observa que los documentos que serían entregados por el contratista, eso es MC Construcciones y Consultoría S.A.S., debían ser avalados por los ingenieros y arquitectos determinados por el contratante siendo la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, como se observa:

PARÁGRAFO SEGUNDO: Además de las obligaciones indicadas en este artículo **EL CONTRATISTA** se obliga a:

a) La entrega de dos (02) juegos de planos de cada proyecto técnico debidamente firmados y dos (2) impresas de los documentos correspondientes a presupuesto, programación, especificaciones de acabados y de proceso constructivo, pliegos de licitación, etc.

b) Los siguientes estudios deberán estar avalados así:

- | | |
|---|-----------------------------|
| • Estudios y permisos ambientales | Ing. Javier Urrea Ayala. |
| • Diseño y cálculo estructural y de elementos no estructurales. | Ing. Carlos Alberto Rizo. |
| • Diseños Hidrosanitarios y Red Contra incendios. | Ing. Javier Urrea Ayala. |
| • Diseños Eléctrico, Telefónico, Voz y Red de Datos, Apantallamiento. | Ing. Nelson Saavedra. |
| • Diseños de redes de gas propano y/o gas natural. | Gases de Occidente. |
| • Diseño y cálculo de aire acondicionado y ventilación mecánica | Ing. Carlos A. Medrano. |
| • Diseño vías vehiculares y peatonales. | Ing. Jairo Cerón Palacios. |
| • Especificaciones técnicas de construcción. | Arq. Carlos Enrique Ararat. |
| • Presupuesto detallado de obra, Programación de obra. | Arq. Carlos Enrique Ararat. |
| • Pliegos de Licitación para construcción. | Arq. Carlos Enrique Ararat. |
| • Coordinador de diseños. | Arq. Carlos A. Bernal G. |

c) Entregables:

- I. Anteproyectos técnicos coordinados con el diseñador arquitectónico, ajustados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- II. Avance presupuesto inicial, programación inicial, pliegos de licitación, debidamente revisados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- III. Proyectos técnicos coordinados con el diseñador arquitectónico, ajustados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- IV. Presupuesto inicial, programación inicial, pliegos de licitación, debidamente revisados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.

Toda la información aprobada por la Gerencia del proyecto se entregará debidamente impresa en dos (2) originales y copias en CD-room.

Finalmente cabe destacar, que dentro del último Otrosí No. 5, se consignó que (i) el gerente del proyecto **aprueba** ajuste entregable final diseño técnico contrato MC Construcciones y Consultoría S.A.S.; (ii) el 29 de junio del 2018 la Dirección del Establecimiento Público

Ambiental (EPA), señala que realizó la visita al campo para la verificación de la información contenida en la solicitud No. 0341, con la finalidad de realizar el informe técnico sobre el permiso de vertimiento de la nueva sede del Colegio Bartolomé de las Casas, informando que efectuara la notificación de los pagos para los permisos, como se observa:

h) En oficio fechado el 02 de Marzo de 2018, el Supervisor del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016 manifiesta lo siguiente:

"Con base al comunicado enviado por el Arq. Carlos Arturo Bernal, adjunto soporte para la generación del nuevo otrosí modificatorio No. 04 al contrato de diseños técnicos complementarios en referencia.

La gerencia del proyecto aprueba:

1. Ajuste entregable final diseños técnicos contrato MC Construcciones y Consultorías S.A.S. No. FSP-040/2016:

Nueva fecha de terminación contrato = abril 20 de 2018.

j) No obstante lo anterior, mediante correo electrónico del 29 de junio de 2018, se recibió comunicación del Director del Establecimiento Público Ambiental – EPA, en el cual informa que: "Teniendo en cuenta la solicitud radicada a esta entidad el día 19 de abril de 2018, bajo radicado 0341; por la cual se hace entrega de la documentación para el otorgamiento de un permiso de vertimientos para la nueva sede del Colegio Bartolomé de las Casas. Quiero manifestarle, que ya se efectuó la visita de campo para la verificación de información y

levantamiento del informe técnico, el cual se encuentra en revisión y ajustes, posterior a ello en el transcurso de la próxima semana se les estará notificando para que puedan efectuar los pagos concernientes al permiso.

Así las cosas, y de conformidad con lo contenido en los documentos adosados al expediente, resulta más que claro que la empresa MC Construcciones y Consultoría S.A.S.,

cumplió a cabalidad con las obligaciones contenidas en el contrato de prestación de servicios FSP-040/2016 y cada uno de los Otrosíes, resaltando que el proyecto fue aprobado inicialmente por cada uno de los profesionales identificados en la cláusula octava, párrafo segundo, del contrato de prestación de servicios FSP-040/2016.

Frente al hecho “6”: no es cierto en la forma que se expresa este hecho; por cuanto sólo se transcribe un aparte del contrato referente a las obligaciones del contratista, y se deja fuera de contexto, en contravía de las reglas de interpretación de los contratos los cuales deben ser apreciados en su integridad. Por lo tanto, debe estarse al texto íntegro de la convención garantizada, así como sus otrosíes ya que la totalidad de sus condiciones son las que lo definen; y sin perjuicio de las causales de invalidez o ineficacia, que obviamente también inciden frente al asegurador que respalda las obligaciones del contratista, en cuanto la invalidez de cualquiera de las estipulaciones de deberes, comporta también el mismo efecto liberados o la imposibilidad de hacer efectiva la garantía brindada mediante la póliza que mi prohijada expidió.

En efecto, lo transcrito dentro del presente hecho, resulta ser un señalamiento parcial de lo contenido en la cláusula octava del contrato de prestación de servicios FSP-04/2016. No se puede soslayar que dentro de dicha cláusula también se estipularon obligaciones a cargo del Contratante, Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura “Fabio Grisales Bejarano”, donde se estipuló en el párrafo segundo de la cláusula en mención, que todos y cada uno de los documentos entregables por parte del Contratista serían revisados y avalados por los profesionales de la ingeniería y la arquitectura, así como del mismo Gerente del Proyecto, como a continuación se observa:

PARÁGRAFO SEGUNDO: Además de las obligaciones indicadas en este artículo **EL CONTRATISTA** se obliga a:

a) La entrega de dos (02) juegos de planos de cada proyecto técnico debidamente firmados y dos (2) impresas de los documentos correspondientes a presupuesto, programación, especificaciones de acabados y de proceso constructivo, pliegos de licitación, etc.

b) Los siguientes estudios deberán estar avalados así:

• Estudios y permisos ambientales	Ing. Javier Urrea Ayala.
• Diseño y cálculo estructural y de elementos no estructurales.	Ing. Carlos Alberto Rizo.
• Diseños Hidrosanitarios y Red Contraincendios.	Ing. Javier Urrea Ayala.
• Diseños Eléctrico, Telefónico, Voz y Red de Datos, Apantallamiento.	Ing. Nelson Saavedra.
• Diseños de redes de gas propano y/o gas natural.	Gases de Occidente.
• Diseño y cálculo de aire acondicionado y ventilación mecánica	Ing. Carlos A. Medrano.
• Diseño vías vehiculares y peatonales.	Ing. Jairo Cerón Palacios.
• Especificaciones técnicas de construcción.	Arq. Carlos Enrique Ararat.
• Presupuesto detallado de obra, Programación de obra.	Arq. Carlos Enrique Ararat.
• Pliegos de Licitación para construcción.	Arq. Carlos Enrique Ararat.
• Coordinador de diseños.	Arq. Carlos A. Bernal G.

c) Entregables:

- I. Anteproyectos técnicos coordinados con el diseñador arquitectónico, ajustados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- II. Avance presupuesto inicial, programación inicial, pliegos de licitación, debidamente revisados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- II. Proyectos técnicos coordinados con el diseñador arquitectónico, ajustados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- III. Presupuesto inicial, programación inicial, pliegos de licitación, debidamente revisados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.

Así las cosas, y colindando con lo anterior, es importante resaltar que existían obligaciones a cargo de las partes, donde no se pueden desconocer las obligaciones a cargo de la Fundación como Contratante. De conformidad con lo expuesto en hechos anteriores, se logra apreciar que existió un cumplimiento al contrato por parte del Contratista MC Construcciones y Consultoría S.A.S., pues de acuerdo con las obligaciones a cargo de la Fundación, los documentos entregados por MC fueron aprobados en su totalidad por el personal a cargo de hacerlo, sin dejar de lado lo consignado en el Otrosí No. 5, respecto de la aprobación por parte de Gerencia del Proyecto, de los ajustes finales al entregable del diseño por parte del MC Construcciones y Consultoría S.A.S, como se observa en el siguiente extracto:

h) En oficio fechado el 02 de Marzo de 2018, el Supervisor del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016 manifiesta lo siguiente:

"Con base al comunicado enviado por el Arq. Carlos Arturo Bernal, adjunto soporte para la generación del nuevo otrosí modificatorio No. 04 al contrato de diseños técnicos complementarios en referencia.

La gerencia del proyecto aprueba:

1. Ajuste entregable final diseños técnicos contrato MC Construcciones y Consultorías S.A.S. No. FSP-040/2016:

Nueva fecha de terminación contrato = abril 20 de 2018.

Así las cosas, y de acuerdo con lo expuesto, se infiere que el Contratista, cumplió en su totalidad con cada una de las obligaciones contractuales a su cargo.

Frente al hecho "7": no es cierto en la forma que se expresa este hecho; por cuanto sólo se transcribe un aparte del primer otrosí al contrato, y se deja fuera de contexto, en contravía de las reglas de interpretación de los contratos los cuales deben ser apreciados en su integridad. Por lo tanto, debe estarse al texto íntegro de la convención garantizada, ya que la totalidad de sus condiciones son las que lo definen; y sin perjuicio de las causales de invalidez o ineficacia, que obviamente también inciden frente al asegurador que respalda las obligaciones del contratista, en cuanto la invalidez de cualquiera de las estipulaciones de deberes, comporta también el mismo efecto liberados o la imposibilidad de hacer efectiva la garantía brindada mediante la póliza que mi prohijada expidió.

En todo caso es de anotar que, en el documento denominado OTROSÍ No. 001 AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. FSP-040/2016, se observa la aprobación de algunas modificaciones efectuada al contrato principal, entorno al tiempo de ejecución del mismo, posteriormente a la valoración y análisis que se efectuó por el desarrollo de los contratos de prestación de servicios FSP-039/2016 y FSP-040/2016, permitiendo entender que el primer contrato era complementario del segundo, como se

observa en la parte considerativa del documento:

2. Una vez asignado el ganador del concurso de anteproyecto de arquitectura y el ganador del comparativo de cotización de diseños técnicos a finales de diciembre, se adelantó una 1er reunión de coordinación en la ciudad de Buenaventura con fecha **16/12/12** (Acta comité de coordinación interdisciplinaria No. 006- numeral 10), en donde se solicitó a Taller Síntesis Arquitectura S.A.S. y a MC Construcciones y Consultorías S.A.S., presentar una programación concertada, detallada y ajustada a la realidad de las condiciones técnicas y complejidad del proyecto.

3. Esta programación fue entregada por Taller Síntesis Arquitectura S.A.S. y por MC Construcciones y Consultorías S.A.S. y aprobada por la Gerencia del Proyecto en el Comité de coordinación del **17/01/20**.

4. Se definieron nuevas actividades de evaluación del anteproyecto ganador a la luz de las bases del concurso, actividades a cargo de:

- Taller Síntesis arquitectura S.A.S.
- MC Construcciones y Consultorías S.A.S.
- Rectoría CBC.
- Gerencia del proyecto.

Esta evaluación y ajuste del anteproyecto ganador del concurso generó el siguiente lapso de tiempo adicional en los tiempos del contrato:

- Inicio evaluación anteproyecto = Enero 3 de 2017.
- Aprobación anteproyecto = Marzo 31 de 2017.

La evaluación y ajustes del anteproyecto se concentró básicamente en:

- Ajuste al cumplimiento de áreas cubiertas de construcción.
- Revisión y ajustes de niveles de terreno natural.
- Revisión y ajuste de cubiertas.

Así las cosas, se infiere que el desarrollo del contrato FSP-039/2016 dentro del cual el Contratista era Taller Síntesis Arquitectura S.A.S., era complementario o servía de base para el desarrollo del contrato FSP-040/2016, circunstancia esta que evidentemente condiciona y puede alterar el debido desarrollo del contrato objeto del litigio, sin embargo, se reitera que de las pruebas obrantes en el plenario se entiende cumplido el contrato FSP-040/2016 por parte de MC Construcciones y consultoría S.A.S.

Frente al hecho “8”: no es cierto en la forma que se expresa este hecho; por cuanto sólo se transcribe un aparte del otrosí No. 002 al contrato, y se deja fuera de contexto, en contravía de las reglas de interpretación de los contratos los cuales deben ser apreciados

en su integridad. Por lo tanto, debe estarse al texto íntegro de la convención garantizada, ya que la totalidad de sus condiciones son las que lo definen; y sin perjuicio de las causales de invalidez o ineficacia, que obviamente también inciden frente al asegurador que respalda las obligaciones del contratista, en cuanto la invalidez de cualquiera de las estipulaciones de deberes, comporta también el mismo efecto liberados o la imposibilidad de hacer efectiva la garantía brindada mediante la póliza que mi prohijada expidió.

Sin embargo, en el documento denominado OTROSÍ No. 002 AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. FSP-040/2016, se observa la aprobación de algunas modificaciones al contrato principal como al Otrosí No.2, las cuales variaron debido a la ampliación en el área del diseño, lo que evidentemente genero un “ajuste” en los tiempos del contrato FSP-040/2016 y modifíco la forma de pago del mismo, como se observa a continuación:

ACUERDAN:

PRIMERA.- Modificar y adicionar al valor del contrato inicial en la suma de **DIECISÉIS MILLONES CIENTO SEIS MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$ 16.106.419,00) MCTE.**, por lo que la Cláusula Segunda del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016 quedará así: **VALOR:** El valor del presente contrato es la suma de **CIENTO NOVENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDÓS MIL CIEEN PESOS (\$198.622.100,00) M/CTE IVA INCLUIDO.**

SEGUNDA.- Modificar la Cláusula Tercera del contrato que quedará así: **FORMA DE PAGO: LA FUNDACION** pagará a **EL CONTRATISTA** el valor estipulado en la cláusula Segunda así:

a) Un primer pago a título de anticipo equivalente al treinta por ciento (**30%**) del valor total del contrato, el cual será entregado una vez el Contrato esté firmado y formalizado. Para la formalización **EL CONTRATISTA** hará entrega de la póliza(s) de seguro(s) solicitada(s) y del correspondiente(s) recibo(s) de pago.

b) Un segundo pago por valor del diez por ciento (**10%**) del valor total del Contrato, a la entrega y aprobación del anteproyecto estructural arquitectónico ajustado al anteproyecto estructural y la entrega de todos los juegos de planos que se indican en la cláusula Octava de este Contrato.

c) Un tercer pago por valor del cuarenta por ciento (**40%**) del valor total del Contrato, a la entrega y aprobación del Proyecto del Colegio Bartolomé de las Casas y la

OTROSI No. 002 AL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS No. FSP-040/2016 CELEBRADO ENTRE LA FUNDACION SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA "FABIO GRISALES BEJARANO" Y LA SOCIEDAD MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S.

entrega de todos los juegos de planos que se indican en la cláusula Octava de este contrato.

d) Un cuarto pago por valor del diez por ciento (**10%**) del valor total del Contrato, a la aprobación del Proyecto del Colegio Bartolomé de las Casas por parte de las entidades respectivas y la expedición de la correspondiente licencia de construcción, lo cual se deberá en un tiempo máximo de sesenta (60) días. De no lograrse las aprobaciones en dichos términos **EL CONTRATISTA** tendrá derecho al último pago, sin perjuicio de que persista su obligación de obtener la mencionada licencia de construcción y, consecuentemente, la obligación de atender las observaciones o requerimientos que hagan dichas instituciones para otorgar la aprobación.

e) Un quinto pago por valor del diez por ciento (**10%**) del valor total del Contrato, a la solución a la detección temprana de conflictos presentados por parte de la firma BIM DIMENSION S.A.S.

Lo anterior se realizará previa presentación de la cuenta de cobro, las pólizas requeridas, y los pagos de seguridad social de acuerdo al Decreto 1070 de 2013, todo lo cual deberá ser verificado por parte de **LA FUNDACION** y la Gerencia del Proyecto. Realizado lo anterior, el valor establecido en ella se cancelará en un periodo de treinta (30) días, previa presentación de las respectivas facturas debidamente diligenciadas y aprobadas por la Gerencia del Proyecto.

PARAGRAFO PRIMERO: Las aceptaciones parciales por parte de la Gerencia del Proyecto no liberan a **EL CONTRATISTA** de su responsabilidad por la calidad y el cuidado de los diseños. **LA FUNDACION** podrá ajustar las retenciones, conforme a la ley. En caso que **LA FUNDACION** hubiere aplicado tasas erróneas, **EL CONTRATISTA** autoriza a **LA FUNDACION** para descontar el valor correspondiente al ajuste de las sumas pendientes de pago en desarrollo del presente contrato. Cuando del ajuste de las retenciones en la fuente, resulten saldos a favor de **LA FUNDACION** que no sea posible descontar de los pagos pendientes a **EL CONTRATISTA**, este deberá cancelarlos a dentro de los treinta (30) días calendario siguiente a la solicitud escrita por parte de **LA FUNDACION**.

PARAGRAFO SEGUNDO: En caso de que durante el proceso de diseño las áreas deban ser modificadas en un porcentaje mayor al 5%, los honorarios se ajustaran de manera proporcional.

OTROSI No. 002 AL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS No. FSP-040/2016 CELEBRADO ENTRE LA FUNDACION SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA "FABIO GRISALES BEJARANO" Y LA SOCIEDAD MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S.

d) Mediante comunicación fechada el 23 de Junio de 2017 el Gerente Técnico del Proyecto implementado para la construcción de la nueva sede del Colegio Bartolomé de las Casas y a su vez Supervisor del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016, manifiesta con relación a este Contrato lo siguiente:

La Gerencia del proyecto aprueba:

1. El incremento de las áreas de diseño de la siguiente manera:

- a. Área inicial de diseño = 5.947, 84 M2.
- b. Área final de diseño = 6.309, 54 M2.

Incremento en áreas de diseño generados por las nuevas áreas de las oficinas de la Fundación SPB.

2. Actualización programa Inicial de diseños:

...

b. Ajuste barra de tiempos diseños técnicos contrato MC Construcciones y Consultorías No. FSP-040/2016:

- Nueva fecha de terminación contrato = agosto 26 de 2017.

La fecha de terminación del contrato se amplía teniendo en cuenta la mayor duración de la etapa de revisión y ajuste del anteproyecto.

3. Ajuste forma de pago:

Contrato FPS-040-2016 MC Construcciones y Consultorías S.A.S.

Clausula Tercera-Forma de pago:

Descripción	%	Observación	Fecha estimada
a. Pago 1er avance	30%	Anticipo	Pago efectuado
b. Pago 2do avance	10%	Entrega anteproyecto-estructural aprobado por la Gerencia del Proyecto	Pago efectuado
c. Pago 3er avance	40%	Entrega proyecto aprobado por la Gerencia del Proyecto	Julio de 2017
d. Pago 4to avance	10%	Aprobación entidades oficiales y expedición licencia de construcción	Agosto de 2017
e. Pago 5to avance	10%	Solución a la detección temprana de conflictos presentada por BIM dimension	Septiembre de 2017

OTROSI No. 002 AL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS No. FSP-040/2016 CELEBRADO ENTRE LA FUNDACION SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA "FABIO GRISALES BEJARANO" Y LA SOCIEDAD MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S.

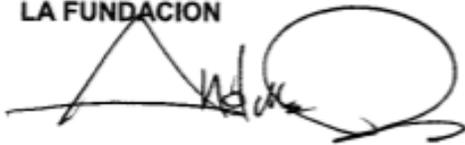
TERCERA.- Prorrogar la vigencia del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016 por el término de ocho (8) semanas contadas a partir del 01 de Julio de 2017 hasta el 26 de Agosto de 2017. **PARAGRAFO:** Al terminar el plazo convenido, el contrato no podrá prorrogarse o adicionarse automáticamente o en forma tácita.

CUARTA.- EL CONTRATISTA deberá constituir los correspondientes certificados de modificación de las garantías estipuladas en la Cláusula Novena del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016.

QUINTA.- Las demás cláusulas que contiene el Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016 continúan vigentes.

En señal de asentimiento y pleno acuerdo con todas y cada una de las estipulaciones anteriores, se firma el presente otrosí en la ciudad de Buenaventura a los veintiocho (28) días del mes de Junio de dos mil diecisiete (2017).

LA FUNDACION



ANDRES RAMIREZ URBANO
C.C. No. 14. 838.786 de Cali
Representante Legal

EL CONTRATISTA



MAURICIO CHAVEZ CALLE
C.C. No. 94.417.707 de Cali.
Representante Legal

Colindando con lo expuesto, resulta claro que por parte de la Fundación en su calidad de Contratante existió una modificación en el área sobre la cual se debía realizar los diseños en cabeza de MC Construcciones y Consultorio S.A.S., reiterando que bajo dicha modificación, también tuvo que existir una modificación en el contrato FSP-039/2016, de acuerdo a lo expuesto anteriormente, pues se infiere que este último contrato es complementario del contrato de prestación de servicios FSP040/2016, objeto de litigio.

Finalmente, sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, se reitera que de conformidad con los documentos obrantes en el expediente, la empresa MC Construcciones y Consultoría S.A.S., cumplió a cabalidad con el contrato de prestación de servicios FSP-040/2016 y los Otrosíes, que fueron suscritos por las partes.

Frente al hecho “9”: no es cierto en la forma que se expresa este hecho; por cuanto sólo se transcribe un aparte del otrosí No. 003 al contrato, y se deja fuera de contexto, en contravía de las reglas de interpretación de los contratos los cuales deben ser apreciados en su integridad. Por lo tanto, debe estarse al texto íntegro de la convención garantizada, ya que la totalidad de sus condiciones son las que lo definen; y sin perjuicio de las causales de invalidez o ineficacia, que obviamente también inciden frente al asegurador que respalda las obligaciones del contratista, en cuanto la invalidez de cualquiera de las estipulaciones de deberes, comporta también el mismo efecto liberados o la imposibilidad de hacer efectiva la garantía brindada mediante la póliza que mi prohijada expidió.

En el Otrosí No. 003 referido se aprecia la aprobación de algunas modificaciones que se realiza a l Otrosí No. 2 y al contrato inicial FSP-040/2016, considerando que hubo un ajuste en las barras de tiempo en los diseños técnicos, y condicionando los mismo a una revisión y observaciones tanto del Gerente del Proyecto, como de la Curaduría Urbana No. 2 de Buenaventura, como se observa a continuación:

1. Actualización programa inicial de diseños:

a. ...

b. Ajuste barra de tiempos diseños técnicos:

- Entrega final estudios y diseños técnicos: **31/08/2017.**
- Entrega observaciones gerencia proyecto: **15/09/2017.**
- Entrega paquete ajustado licitación: **15/09/2017.**
- Entrega observaciones BIM Dimensión: **30/09/2017.**
- Aprob. Cur. Urbana – Diseño estructural: **20/10/2017.**

Este nuevo plazo contempla la entrega de los estudios y diseños técnicos complementarios para la construcción de la nueva sede del Colegio Bartolomé de las Casas, con la implementación de los ajustes a que hubiere lugar con relación al objeto contractual, de acuerdo con las revisiones y observaciones finales que adelanten la gerencia del proyecto y la Curaduría Urbana No. 2 de Buenaventura.

Colindando con lo anteriormente expuesto, es claro que cada uno de los entregables finales fueron aprobados y avalados, no solo por la gerencia del proyecto y el supervisor del mismo, sino por un tercero, siendo esta una entidad pública, que de conformidad con la información que reposa en el expediente no rechazó tales documentos, situación está que nos lleva a inferir aún más, que el contratista MC Construcciones y consultoría S.A.S., cumplió con las obligaciones contractuales, motivo por el cual no habría lugar a solicitar la reclamación alguna por parte de la Fundación, en su calidad de Contratante, toda vez, que como se ha expuesto dentro de sus obligaciones, estaba la de revisar y aprobar todos y cada uno de los documentos entregables, situación que al parecer se efectuó.

Frente al hecho “10”: no es cierto en la forma que se expresa este hecho; por cuanto sólo se transcribe un aparte del otrosí No. 004 al contrato, y se deja fuera de contexto, en contravía de las reglas de interpretación de los contratos los cuales deben ser apreciados en su integridad. Por lo tanto, debe estarse al texto íntegro de la convención garantizada, ya que la totalidad de sus condiciones son las que lo definen; y sin perjuicio de las causales de invalidez o ineficacia, que obviamente también inciden frente al asegurador que respalda las obligaciones del contratista, en cuanto la invalidez de cualquiera de las estipulaciones

de deberes, comporta también el mismo efecto liberados o la imposibilidad de hacer efectiva la garantía brindada mediante la póliza que mi prohijada expidió.

Se resalta que en el documento denominado OTROSÍ No. 004 AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. FSP-040/2016, no solo se aprobaron algunas modificaciones al contrato principal FSP-040/2016, sino también al Otrosí No. 2 y No. 3, dentro del cual se expuso que el término del contrato de prestación de servicios fue suspendido debido a una circunstancia de fuerza mayor como se observa en el siguiente extracto:

OTROSÍ No. 004 AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. FSP-040/2016 CELEBRADO ENTRE LA FUNDACIÓN SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA "FABIO GRISALES BEJARANO" Y LA SOCIEDAD MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S.

f) Mediante acta firmada el 17 de octubre de 2017 las partes, invocando razones de fuerza mayor, acuerdan suspender el término de duración del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016 a partir de la firma de dicha acta y hasta que se superen las circunstancias que dieron lugar a tal suspensión.

g) Por acta suscrita el 23 de Enero de 2018 partes acuerdan reiniciar la ejecución del referido contrato de prestación de servicios argumentado que habían cesado las circunstancias de fuerza mayor que dieron origen a la suspensión del mismo.

Por lo expuesto, es claro que, si bien al parecer se presentaron circunstancias de fuerza mayor, que evidentemente alteraron el cabal desarrollo del contrato de prestación de servicios objeto del litigio y sus documentos complementarios, resulta ser claro que pese a ello, la empresa MC Construcciones y Consultoría S.A.S., cumplió a cada una de las obligaciones asumidas dentro del contrato de prestación de servicio FSP-040/2016 y sus Otrosíes, pues como ya se ha expuesto anteriormente, no existe ningún documento que permita identificar algún tipo de reclamación, comunicación o información por parte de la Fundación al Contratista, respecto de un incumplimiento contractual hasta antes de agosto del 2018.

Frente al hecho “11”: no es cierto en la forma que se expresa este hecho; por cuanto sólo se transcribe un aparte del otrosí No. 005 al contrato, y se deja fuera de contexto, en contravía de las reglas de interpretación de los contratos los cuales deben ser apreciados en su integridad. Por lo tanto, debe estarse al texto íntegro de la convención garantizada, ya que la totalidad de sus condiciones son las que lo definen; y sin perjuicio de las causales de invalidez o ineficacia, que obviamente también inciden frente al asegurador que respalda las obligaciones del contratista, en cuanto la invalidez de cualquiera de las estipulaciones de deberes, comporta también el mismo efecto liberados o la imposibilidad de hacer efectiva la garantía brindada mediante la póliza que mi prohijada expidió.

Se observa que en el documento denominado OTROSÍ No. 005 AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. FSP-040/2016, se aceptaron algunas modificaciones no solo al contrato principal FSP-040/2016, sino también al Otrosí No. 2, No. 3, No. 4, las cuales se encaminaron a realizar una prórroga en la fecha final del contrato, misma que estaba supeditada a la admisión de un permiso de vertimiento por parte del director del Director del Establecimiento Público Ambiental – EPA, dentro del cual queda consignado que dicha entidad ambiental notificaría lo concerniente para realizar los pagos y obtener los permisos, como se observa:

j) No obstante lo anterior, mediante correo electrónico del 29 de junio de 2018, se recibió comunicación del Director del Establecimiento Público Ambiental – EPA, en el cual informa que: "Teniendo en cuenta la solicitud radicada a esta entidad el día 19 de abril de 2018, bajo radicado 0341; por la cual se hace entrega de la documentación para el otorgamiento de un permiso de vertimientos para la nueve sede del Colegio Bartolomé de las Casas. Quiero manifestarle, que ya se efectuó la visita de campo para la verificación de información y

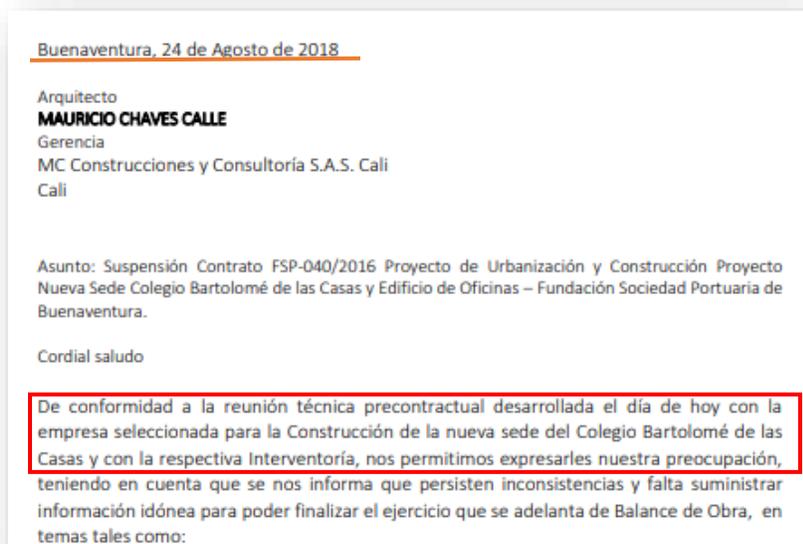
levantamiento del informe técnico, el cual se encuentra en revisión y ajustes, posterior a ello en el transcurso de la próxima semana se les estará notificando para que puedan efectuar los pagos concernientes al permiso.

Por lo antes resaltado, es claro que la entidad EPA, la cual generaba el permiso de vertimiento para el proyecto de la construcción del Colegio objeto del contrato de prestación de servicios SFP-040/2016, otorgó dicho permiso, con base en los documentos realizados y entregados por MC Construcciones y Consultoría S.A.S., circunstancia que a todas luces nos lleva a inferir que el Contratista si cumplió a cabalidad con cada una de las obligaciones adquiridas, pese a los diferentes condiciones surgidas en la ejecución del presente contrato. Por otro lado, se resulta nuevamente que dentro del expediente no se observa ningún tipo de prueba que permita inferir o identificar que la Fundación efectuó algún tipo de aviso o reclamo al Contratista por algún tipo de incumplimiento contractual antes de agosto del 2018.

Frente al hecho “12”: No le consta a mi representada si efectivamente, los documentos descritos como estudios y diseños técnicos, presupuesto de obra, programación de obra y los pliegos de licitaciones realizados por la sociedad MC Construcciones y Consultoría S.A.S., hayan sido utilizados por la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura para el tema de licitaciones, pues la aseguradora desconoce plenamente tal información y tales acciones. De conformidad con lo descrito en el Art. 167 del C.G.P., debe ser probado.

Pese a lo anterior, resulta importante reiterar y recordar que la supuesta fecha de terminación del contrato FSP-040/2016 era el día 30 de agosto del 2018, tal cual esta descrito en el Otrosí No. 5, motivo por el cual, posterior a ello se entiende que revisados y aprobados los documentos entregables por parte del MC Construcciones y Consultorías S.A.S., se daba inicio al proceso de licitación, sin embargo, dentro del documento con fecha

de elaboración 24 de agosto del 2018, remitida por la Fundación Sociedad Portuaria de Buenaventura al gerente de MC Construcciones y Consultorías, se expone que ya hay una empresa seleccionada para la Construcción de la nueva sede del Colegio Bartolomé, como se observa en el siguiente extracto:



Así las cosas, colindando con lo expuesto, resulta importante aclarar que el contrato de prestación de servicios FSP-040/2016, para agosto del 2018 aún se encontraba en ejecución, y que para dicha fecha, la Fundación ya había realizado la elección y contratación para ejecutar la construcción del colegio Bartolomé, sin que hasta ese momento se tuvieran los documentos entregables definitivos por parte de MC Construcciones, y de tal suerte, es claro que la Fundación NO podía haber adelantado un proceso de contratación para la construcción del colegio sin la documentación completa, por lo que, la contratación de la obra con el constructor (Dimel Ingeniería S.A.), sin estudios previos definitivos es responsabilidad exclusiva de la Fundación.

Por lo antes expuesto, resulta claro que la Fundación Sociedad Portuaria de Buenaventura no inició un proceso licitatorio con todos los documentos finales que debía entregar el Contratista y, por el contrario, se dio apertura a seleccionar una constructora, al parecer sin el total de los documentos requeridos y aprobados.

Frente al hecho “13”: Este hecho resulta ser repetitivo, pues expone circunstancias ya descritas en el hecho inmediatamente anterior, pese a ello se expone que al parecer la empresa DIMEL INGENIERIA S.A., fue contratada para la construcción del Colegio Bartolomé, sin que aún se hubiera finalizado el contrato de prestación de servicios FSP-040/2016, así mismo dentro de los hechos narrados, se nota una omisión en la información respecto de cuándo fue contratada dicha constructora y cuáles eran las obligaciones de las partes. Como se dijo en el pronunciamiento inmediatamente anterior, para el día 24 de agosto del 2018, aún no terminaba el contrato de prestación de servicios objeto del litigio, no obstante, y a pesar de que por ello se puede inferir que no existían entregables definitivos por parte de MC CONSTRUCCIONES, la Fundación ya sabía y conocía cuál sería la empresa encargada de realizar la construcción del Colegio Bartolomé, como se observa en el siguiente extracto, iniciando un proceso para la construcción de la obra sin contar con la documentación completa para dicho fin:

Buenaventura, 24 de Agosto de 2018

Arquitecto

MAURICIO CHAVES CALLE

Gerencia

MC Construcciones y Consultoría S.A.S. Cali

Cali

Asunto: Suspensión Contrato FSP-040/2016 Proyecto de Urbanización y Construcción Proyecto Nueva Sede Colegio Bartolomé de las Casas y Edificio de Oficinas – Fundación Sociedad Portuaria de Buenaventura.

Cordial saludo

De conformidad a la reunión técnica precontractual desarrollada el día de hoy con la empresa seleccionada para la Construcción de la nueva sede del Colegio Bartolomé de las Casas y con la respectiva Interventoría, nos permitimos expresarles nuestra preocupación,

Frente al hecho “14”: No le consta a mi representada si efectivamente, la presunta celebración del contrato de obra entre MC Construcciones y Consultoría S.A.S. y Dimel Ingeniería S.A., pues la aseguradora desconoce plenamente tal información. De conformidad con lo descrito en el Art. 167 del C.G.P., debe ser probado, toda vez que en los documentos relacionados como pruebas de la demanda no se allega tal contrato. En todo caso, lo indicado en este numeral resulta ser repetitivo en comparación con los numerales anteriores, reiterándose que, para el día 24 de agosto del 2018, aún no terminaba el contrato de prestación de servicios objeto del litigio, no obstante, y a pesar de que por ello se puede inferir que no existían entregables definitivos por parte de MC CONSTRUCCIONES, la Fundación ya sabía y conocía cuál sería la empresa encargada de realizar la construcción del Colegio Bartolomé, iniciando un proceso para la construcción de la obra sin contar con la documentación completa para dicho fin.

Frente al hecho “15.”: El presente hecho tiene varias exposiciones ante las cuales me refiero de la siguiente manera:

- La Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., desconoce plenamente el contrato FSP-006/2018, pues la misma no hace parte de tal vínculo contractual, así mismo se resalta la fecha cierta y exacta en la cual se dio lugar la celebración de tal contrato. De conformidad con lo dispuestos en el art. 167 del C.G.P., debe probarse, toda vez que en los documentos relacionados como pruebas de la demanda no se allega tal contrato.
- Como se expuso en el hecho 12, 13 y 14 de la demanda, los estudios realizados por MC Construcciones y Consultoría fueron la supuesta base para dar inicio a la licitación y seleccionar la empresa encargada de la construcción del colegio Bartolomé, y que esta incluso iniciara con dicha construcción, circunstancia que resulta ser contraria a lo descrito en el siguiente apartado de este numeral: ***“(...) la empresa Dimel Ingeniería S.A., encargada de la construcción de la obra “Colegio Bartolomé de las Casas (CBC), evidenció graves errores en los estudios y diseños elaborados por MC Construcciones y Consultorías S.A.S. para el proceso de licitación (...)”***, así las cosas, no resulta ser claro cuál fue el orden correcto en el cual se llevó a cabo tanto del desarrollo del contrato de prestación de servicios FSP-040/2016 objeto del litigio, el proceso de licitación, y el contrato FSP-006/2018. Que se pruebe.
- De conformidad con el contrato FSP-040/2016, uno de los objetos del contrato era que los documentos entregables a cargo de MC Construcciones y Consultoría S.A.S., servirían para realizar el proceso de licitaciones, así las cosas, resulta más que claro que: (i) el proceso de licitaciones efectuado por la Fundación para elegir la empresa constructora del Colegio Bartolomé se llevó a cabo presuntamente sin los documentos finales que debía entregar MC Construcciones, situación que de ninguna manera le resulta atribuible al contratista; (ii) Los supuesto yerros encontrados por Dimel Ingeniería S.A., debieron ser identificados por la Fundación, de conformidad con las obligaciones contenidas en la Cláusula octava del contrato de prestación de servicios FSP-040/2016;

(iii) Finalmente, teniendo en cuenta que se llevó el cabo el proceso de licitación, y se eligió la empresa que llevaría a cabo la construcción del Colegio Bartolomé, significa que finalmente la empresa MC Construcciones y Consultoría si cumplió con sus obligaciones contractuales.

Frente al hecho “16”: No le consta a mi representada, si efectivamente lo descrito en el presente numeral fueron los errores en los que incurrió MC Construcciones y Consultorías S.A.S., comoquiera que la compañía aseguradora no hacía parte de dicho contrato. Por otro lado, de conformidad con lo descrito en el hecho anterior, se logra inferir que lo aquí expuesto no fue identificado verdaderamente por la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura y el personal determinado para evaluar y aprobar cada uno de los documentos entregables por el contratista, tal cual se consignó en la cláusula octava del contrato FSP-040/2016, sino que al parecer las cosas descritas en el presente hecho hacen parte de las preguntas obligaciones o funciones que se establecieron entre la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura y Dimel Ingeniería S.A. Así las cosas, y de conformidad con lo contenido en el Art. 167 del C.G.P., debe probarse cada una de las afirmaciones expuestas.

Frente al hecho “17”: No le consta a mi representada lo expuesto en el presente hecho, pues es claro que el supuesto sobrecosto al que se refiere la activa hace parte del contrato FSP-006/2018, y no del contrato FSP-040/2016 donde el contratista fue MC Construcciones y Consultoría S.A.S., el cual es objeto del litigio. Así mismo, y reiterando lo expuesto dentro del presente escrito, mi procurada desconoce plenamente la existencia del contrato FSP-006/2018, la fecha de inicio, el objeto del contrato y demás condiciones del mismo, resaltando que dicho documento no ha sido aportado al proceso. Que se pruebe.

No se puede soslayar que, de conformidad con el contrato FSP-040/2016, uno de los objetos del contrato era que los documentos entregables a cargo de MC Construcciones y

Consultoría S.A.S., servirían para realizar el proceso de licitaciones, así las cosas, resulta más que claro que: (i) el proceso de licitaciones efectuado por la Fundación para elegir la empresa constructora del Colegio Bartolomé se llevó a cabo presuntamente sin los documentos finales que debía entregar MC Construcciones, **de manera que las eventuales contingencias y dificultades presupuestales que se hayan generado como resultado de la decisión de la Fundación de celebrar el contrato de obra con la empresa constructora, de ninguna manera le resulta atribuible a MC Construcciones y Consultoría S.A.S.;** (ii) en todo caso, los supuestos yerros encontrados por Dimel Ingeniería S.A., que habrían motivado los supuestos sobrecostos, debieron ser identificados por la Fundación, de conformidad con las obligaciones contenidas en la Cláusula octava del contrato de prestación de servicios FSP-040/2016; (iii) Finalmente, teniendo en cuenta que se llevó el cabo el proceso de licitación, y se eligió la empresa que llevaría a cabo la construcción del Colegio Bartolomé, significa que finalmente la empresa MC Construcciones y Consultoría si cumplió con sus obligaciones contractuales, las cuales fueron aprobadas por la contratante, quien estaba en la obligación de revisar los entregables del contratista.

Finalmente, se debe indicar que dentro del dossier no se aportaron pruebas siquiera sumarias de los presuntos sobrecostos alegados por la activa, y que efectivamente los valores económicos alegados fueron pagados por esta y salieron de su patrimonio, desconociendo plenamente que dichas afirmaciones deben ser soportadas por los medios idóneos, a fin de generar claridad y de demostrar su veracidad, permitiéndonos inferir, que al no ser probados, no existe el presunto perjuicio invocado por el accionante.

Frente al hecho “18”: No le consta a mi representada que efectivamente el “Acta de Trámite de Documentos Legales” haya sido suscrita el día 24 de agosto del 2018 y firmada ese mismo día por cada uno de sus intervinientes, pues la compañía aseguradora no hace parte del contrato referido, y desconoce plenamente lo expuesto. Pese a ello, es importante

resaltar que dentro del “Acta de Trámite de Documentos Legales”, se observan algunos pendientes, como permisos ante entidades públicas, circunstancias que evidentemente condicionan el contrato y sobrepasan la funcionalidad de MC Construcciones y Consultoría S.A.S., sin embargo, dentro del ultimo Otrosí No. 5, se observa dentro de las consideraciones, que el permiso con EPA, ya estaba gestionado y que faltaba la notificación para pagos, hecho que no se tuvo presente dentro del documento denominado “Acta de Trámite de Documentos Legales”.

Por otro lado, debe advertirse que la presunta “Acta de Tramite de Documentos Legales”, son ajustes emitidos por el Contratante y el Supervisor del proyecto, comoquiera que refieren que se subsanará los temas descritos, como se observa en el siguiente extracto:

Conforme lo anterior, las partes acuerdan suspender el presente contrato hasta tanto se subsanen los temas planteados anteriormente, fecha en la cual se firmará la respectiva acta de reinicio.

Por lo anterior, es pertinente exponer que lo relacionado en el “Acta de Trámite de Documentos Legales”, no eran inconsistencias, sino temas que debían subsanarse, máxime cuando varios de ellos dependían de actuaciones de terceros, como entidades públicas que otorgan permisos, previo sus propios trámites internos. Es importante reiterar que cada uno de los documentos entregables por MC Construcciones y Consultoría S.A.S., previamente debían ser revisados y aprobados por el Gerente del Proyecto, por lo que al no encontrar anotaciones diferentes a las contenidas en el “Acta de Trámite de Documentos Legales” se infiere que los demás documentos fueron aprobados, circunstancia que evidencia que el Contratista, siendo MC Construcciones si cumplió con sus obligaciones contractuales, y que lo consignado en el acta, eran circunstancia que debían subsanarse.

Finalmente, se debe indicar que, dentro del expediente, la parte actora no logró demostrar

el presunto “*impacto alto en los recursos económicos destinados a la construcción del proyecto*”, pues la misma no adosó prueba alguna que de manera cierta permitiera corroborar tal afirmación, ni que se hubiera generado una afectación de índole económico a su patrimonio. En ese orden de ideas, al quedar claro que el escrito genitor adolece de medios de prueba contundentes, pertinentes y útiles, se concluye que no existe el presunto perjuicio invocado por el accionante.

Frente al hecho “19”: El presente apartado no es un hecho propiamente dicho, sino que se limita a pegar una parte del “Acta de Trámite de Documentos Legales”, la cual ya reposa en el expediente. En todo caso se reitera que cada uno de los documentos entregables por MC Construcciones y Consultoría S.A.S., previamente debían ser revisados y aprobados por el Gerente del Proyecto, por lo que al no encontrar anotaciones diferentes a las contenidas en el “Acta de Trámite de Documentos Legales” se infiere que los demás documentos fueron aprobados, circunstancia que evidencia que el Contratista, siendo MC Construcciones si cumplió con sus obligaciones contractuales, y que lo consignado en el acta, eran circunstancias que debían subsanarse.

Frente al hecho “20”: No le consta a mi representada, si efectivamente el día 24 de agosto del 2018, se remitió un comunicado desde la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura a MC Construcciones y Consultoría S.A.S., exponiendo las presuntas “preocupaciones por la inconsistencia de la información”, pues la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., no tiene ningún tipo de injerencia o relación en el vínculo contractual objeto del litigio. Pese a ello, es importante resaltar que se desconoce si el “acta de Trámite de Documentos Legales” se suscribió con anterioridad al comunicado que se hace referencia en el presente hecho, o viceversa. Sin embargo, resulta importante exponer que dentro de la presunta comunicación con fecha de elaboración 24 de agosto del 2018, se resaltan unas presuntas observaciones generadas por DIMEL INGENIERIA S.A., en el mes de julio del 2018, como se observa:

- ✓ No se recibió información acerca de los muros keyston, equipos de bombeo, entre otras observaciones remitidas en el comunicado que generó Dimel Ingeniería el 17 de julio de 2018.

Por lo anterior, resulta a todas luces inferir que la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, no esperó que el contrato de prestación de servicios FSP-040/2016 terminara, para así empezar con el proceso de licitaciones, siendo ese uno de los objetos que tenía la celebración del contrato objeto del litigio, sino por el contrario, ya tenía elegida una empresa para que ejecutara, al parecer no solo la construcción, sino que realizara la revisión y aprobaciones de los documentos entregables, obligación que le competía únicamente a la Fundación y no a un tercero a la empresa Dimel Ingeniería, como se expuso en dicho comunicado.

Colindando con todo lo expuesto, resulta inferir, que si de alguna manera existiera un incumplimiento contractual sería por parte de la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, quien efectivamente (i) no dejó que el contrato de prestación de servicios FSP-040/2016 se terminara para dar inicio al trámite de licitaciones; (ii) la observaciones que posiblemente hubiera sobre los documentos que tenía que entregar MC Construcciones y Consultoría S.A.S., debían ser revisadas y aprobadas por la Fundación, las personas determinadas para ello, y el Gerente del Proyecto, tal cual se consignó en el contrato de prestación de servicios, en su cláusula octava, y no por parte de la empresa Dimel Ingeniería S.A.; (iii) no se especifica, ni se deja constancia de que algunas de las observaciones presuntamente realizadas, son permisos que otorgan entidades públicas, que de acuerdo con su propia funcionalidad y tramitología tienen un término específico, circunstancia que a todas luces hubiera podido modificar la entrega de dichos permisos; (iv) finalmente, se aprecia que la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura

condiciona las observaciones, a una supuesta revisión y conciliación con la empresa Dimel Ingeniería S.A., tercera que finalmente NO hace parte del contrato de prestación de servicios FSP-040/2016, el cual es objeto del litigio.

En conclusión, el proceso de licitaciones efectuado por la Fundación para elegir la empresa constructora del Colegio Bartolomé se llevó a cabo sin los documentos finales que debía entregar MC Construcciones, de manera que las eventuales contingencias y dificultades presupuestales que se hayan generado como resultado de la decisión de la Fundación de celebrar el contrato de obra con la empresa constructora, de ninguna manera le resulta atribuible a MC Construcciones y Consultoría S.A.S

Frente al hecho “21”: No le consta a mi procurada si efectivamente el día 31 de agosto del 2018 se remitió por parte de la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura un nuevo comunicado a MC Construcciones y Consultoría S.A.S., pues la misma no tuvo participación ni en dicha comunicación, ni mucho menos en la ejecución del contrato de prestación de servicios objeto del litigio. Sin embargo, dentro de dicha comunicación, se aprecia una condición unilateral por parte de la Fundación, dentro de la cual manifiesta que Dimel Ingeniería S.A., no solo será la empresa que realice la construcción del Colegio Bartolomé, sino que realizaría una revisión de los diseños y documentos entregables por parte de MC Construcciones y Consultoría S.A.S., ante los cuales esta última **debe adaptarse**, tal cual como se precia en el siguiente apartado:

La amplia experiencia de la Sociedad Portuaria de Buenaventura en el desarrollo de complejos proyectos de infraestructura, así como la autonomía que nos cobija, nos permite asumir como desarrollo lógico de nuestros proyectos, que el Constructor, en este caso Dimel Ingeniería, no se limite exclusivamente a la ejecución de obra, sino que también asuma la revisión preliminar de diseños y cantidades de obra con el acompañamiento de los especialistas, tanto del constructor, interventor, así como indispensablemente con el concurso de los diseñadores. A pesar de su opinión sobre nuestro proceder, esta es la manera en que nuestra compañía adelanta sus proyectos, por lo cual agradecemos su adaptación.

Así las cosas, resulta más que claro que la Fundación generó condiciones nuevas a los documentos entregados por MC Construcciones y Consultoría S.A.S., comoquiera que se vinculó a una tercera persona, Dimel Ingeniería S.A., para que realizara la revisión de los documentos que eran objeto del contrato FSP-040/2016, sin que esta última hiciera parte del contrato, razón por la cual se puede inferir que existió un incumplimiento por parte de la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, al incluir a una tercera persona al contrato y no realizar las modificaciones pertinentes al contrato objeto del litigio, pues a MC Construcciones solo se le pidió adaptarse a la decisión unilateral tomada por la Fundación, así mismo, la posición de la Fundación, y de Dimel respecto del trabajo realizado por MC Construcciones puede variar, lo que a todas luces estaba generando presuntas “observaciones e inconsistencias” en los documentos entregados por el Contratista, pero no por ello, existió un incumplimiento por parte de MC Construcciones y Consultoría.

Finalmente, resulta importante exponer, que de toda la información que reposa en el expediente, la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, estaba condicionando dos contratos, el FSP-040/2016 el cual es objeto del litigio, y el FSP-006/2018 del cual se desconoce toda su información, pues cabe reiterar que una de las finalidades del contrato objeto del litigio era que los documentos entregables por MC Construcciones y Consultoría servirían de base para iniciar el proceso de licitación, hecho que nunca pasó, pues como se ha dicho a lo largo del presente escrito, desde el mes de

junio del 2018, sin que se diera por terminado el contrato FSP-0640/2016, ya se tenía elegida la empresa que realizaría la construcción del Colegio Bartolomé, y dicha circunstancia, estaba condicionando el trabajo realizado por MC Construcciones y Consultoría S.A.S., pues se observa se las observaciones y cambios se realizaban entorno a las presuntas necesidades de Dimel Ingeniería S.A., desconociendo si las mismas eran adaptables o no al contrato objeto del litigio.

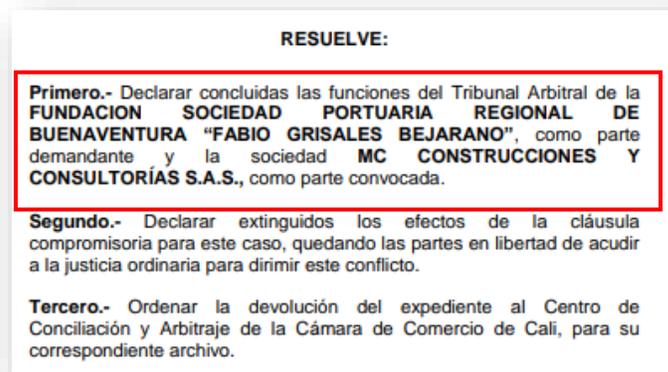
Frente al hecho “22”: No le consta a mi representada si el día 17 de junio del 2019 se notificó la decisión de terminación del contrato FSP-040/2016 por incumplimiento del Contratista, pues la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., desconoce plenamente lo manifestado, pues a mí representada nunca se le informo o notificó de tal circunstancia, y nunca se reportó el presunto incumplimiento del contrato FSP-040/2016 por parte de MC Construcciones y Consultoría S.A.S. Así mismo, dentro de los documentos que reposan en el expediente no se acreditó tal información, motivo por el cual le asiste la obligación a la activa de probar cada una de las afirmaciones realizadas en el presente asunto.

Frente al hecho “23”: No le consta a mi procurada que efectivamente el día 01 de octubre del 2019 la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura convocó a MC Construcciones y Consultoría S.A.S., para realizar la liquidación del constato FSP-040-2016, pues la aseguradora no tuvo participación o injerencia ni en dicha notificación, y mucho menos en la ejecución del contrato FSP-040/2016. Así mismo, se reitera que la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., NO fue informada o notificada del presunto incumplimiento contractual por parte de MC Construcciones y Consultoría S.A.S. Razón por la cual, de conformidad con el Art. 167 del C.G.P., la activa debe probar cada una de sus exposiciones.

Frente al hecho “24”: No es cierto que la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura hubiera informado, notificado o convocado a la Aseguradora Solidaria de

Colombia E.C., a la realización de la liquidación del contrato de prestación de servicios FSP-040/2016, pues se reitera que dentro de la compañía no reposa ningún tipo de información respecto del incumplimiento del contrato objeto del litigio, y mucho menos de una citación o convocatoria a la liquidación del mismo contrato. Que se pruebe.

Frente al hecho “25”: No le consta a mi representada lo ocurrido en el trámite arbitral de la referencia, comoquiera que la misma nunca fue vinculada a tal proceso, ni notificada de la realización de dicho trámite judicial. Pese a ello, se observa adosado al proceso el Acta No. 07 emitida por el Centro de Conciliación Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, donde se consignó que las partes de dicho conflicto únicamente fueron la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura y MC Construcciones y Consultoría S.A.S., sin que se efectivamente se hubiera vinculado a mi representada Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., como se observa:



Frente al hecho “26”: El presente hecho es parcialmente cierto. De acuerdo con el Acta de No Acuerdo No. 001190 emitida por el Centro de Conciliación Justicia Alternativa de la ciudad de Cali, se realizó audiencia de conciliación extrajudicial, en la cual las partes no

arribaron a un acuerdo.

IV. FRENTE A LAS PRETENSIONES

Frente a la pretensión “1”: ME OPONGO a la prosperidad de esta pretensión por carecer de fundamento fáctico y jurídico. Lo anterior, comoquiera que no se haya acreditada la responsabilidad contractual que pretende endilgar el demandante al extremo pasivo, debido a que: **(i)** existe una completa orfandad de medios de prueba que permitan establecer de manera cierta que la empresa MC Construcciones y Consultorías S.A.S., incumplió con el contrato de prestación de servicios FSP-040/2016; **(ii)** de los documentos obrantes en el plenario, se logra apreciar que la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, de manera unilateral condicionó la revisión y aprobación de los documentos entregables por MC Construcciones, a la revisión de un tercero que no hacía parte del contrato FSP-040/2016, hecho que vulneró la cláusula octava del contrato de prestación de servicios antes descrito; **(iii)** en todo caso, la revisión de los entregables se encontraba contractualmente a cargo de la demandante, por lo que se infiere el cumplimiento por parte del contratista, en tanto que no hay constancia de que el contratante no los haya aprobado. Producto de lo anterior no se configura el nexo causal como uno de los elementos de la responsabilidad civil, lo que implica la negación de todas las pretensiones de la demanda.

Frente a la pretensión “2”: ME OPONGO a la prosperidad de esta pretensión por carecer de fundamento fáctico y jurídico. Lo anterior, comoquiera que es una pretensión subsidiaria de la anterior que, por las razones ya expuestas, no tiene vocación de prosperidad.

Frente a la pretensión “3”: ME OPONGO a la prosperidad de esta pretensión por carecer de fundamento fáctico y jurídico. Lo anterior, comoquiera que es una pretensión subsidiaria de las anteriores, sin embargo resulta importante manifestar que al proceso NO adosaron

elementos probatorios que permitan acreditar de manera cierta lo siguiente: (i) que existió el incumplimiento contractual por parte de MC Construcciones y Consultoría S.A.S., (ii) que el demandante sufrió el menoscabo patrimonial por la suma de \$3.985.290.892 M/cte., que se reclama como indemnización, toda vez que ni siquiera se aporta el contrato de obra que habría conllevado a la generación de tal detrimento. Se reitera que la fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, de manera unilateral condicionó los documentos entregables por MC Construcciones, a la revisión de una tercera persona, la cual NO era parte del contrato de prestación de servicios FSP-040/2016, lo que vulnera la cláusula octava de dicho contrato. En efecto, la nueva persona encargada de revisar y aprobar los proyectos y documentos que debía entregar MC Construcciones, era la entidad que había sido elegida para la construcción del Colegio, sin que efectivamente se hubiera realizado el proceso de licitación, y evidentemente generando observaciones a su propia conveniencia, desconociendo plenamente el contrato FSP-040/2016, el cual contenía sus propias condiciones tanto presupuestales, de tiempo y de permisos (entidades públicas).

Frente a la pretensión “4”: ME OPONGO a la prosperidad de esta pretensión por carecer de fundamento fáctico y jurídico. Debido a que la pretensión primera no está llamada a prosperar, de manera residual y consecuente, esta pretensión está llamada a fracasar. Lo anterior, comoquiera que no se haya acreditada la responsabilidad contractual que pretende endilgar el demandante al extremo pasivo, debido a que: (i) **se encuentra configurada la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro**, tal cual se expuesto al inicio del presente escrito; (ii) **no se probó el supuesto incumplimiento**, por lo que no existe prueba del acaecimiento del siniestro en los términos del Art. 1077 del C. Co., en efecto, existe una completa orfandad de medios de prueba que permitan establecer de manera cierta que la empresa MC Construcciones y Consultorías S.A.S., incumplió con el contrato de prestación de servicios FSP-040/2016; (iii) **no existe cobertura material para los hechos materia de análisis** en tanto que de los documentos obrantes en el plenario, se logra apreciar que la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura,

de manera unilateral condicionó la revisión y aprobación de los documentos entregables por MC Construcciones, a la revisión de un tercero que no hacía parte del contrato FSP-040/2016, hecho que modificó de forma tácita la cláusula octava del contrato de prestación de servicios garantizado, y que no fue informado a la Compañía, y que de tal suerte, implica que, por un lado, no haya cobertura para un contrato que no corresponde al garantizado, y por otro, que se haga aplicación al presupuesto normativo inserto en el Art. 1060 del C. Co., respecto de la modificación del estado del riesgo sin notificación al asegurador; **(iv) no existe cobertura material de la póliza** para estos hechos por cuanto, al haberse modificado el contrato objeto de aseguramiento sin haberse notificado previamente a la compañía de seguros, implica la terminación del contrato de seguros de acuerdo con el Art. 1060 del C. Co. y la aplicación de la causal de exclusión del numeral 2.6 del condicionado de la póliza¹; **(v) no existe prueba de la cuantía en los términos del Art. 1077 del C. Co.**, en tanto que la activa de ninguna manera ha podido probar de dónde se genera la suma de \$3.985.290.892 M/cte., la cual pretende como indemnización; **(vi) no existe cobertura para perjuicios causados en contratos distintos al garantizado**, según la relación de hechos, el detrimento invocado por el extremo accionante, se generó en la ejecución de un contrato completamente diferente al garantizado por mi mandante, por lo que el pago de los perjuicios que se hayan eventualmente generado, y que aquí no están probados, en negocios jurídicos no garantizados por representada no pueden resultarles atribuibles a aquella, quien tampoco estaría legitimada en la causa por pasiva para ser vinculada a este proceso; **(vii) no existe cobertura para perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas cuando exista fuerza mayor o caso fortuito que exonere al contratista**, esto de conformidad con lo descrito en el numeral 2.1². del clausulado general,

¹ "2.6 LOS PERJUICIOS QUE SE REFIERAN AL INCUMPLIMIENTO ORIGINADO POR MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL CONTRATO ORIGINAL, SALVO QUE SE OBTENGA LA AUTORIZACIÓN PREVIA POR ESCRITO DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA., ENTIDAD COOPERATIVA MEDIANTE LA EMISIÓN DEL CORRESPONDIENTE CERTIFICADO DE MODIFICACIÓN."

² "2.1 LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS CUANDO EXISTA FUERZA MAYOR, CASO FORTUITO O CUALQUIERA OTRA CAUSA DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA DEUDOR."

resaltando que, dentro de una de las comunicaciones remitidas por la Fundación al Contratista, claramente exponente que el retraso en el contrato de prestación de servicios FSP-0470/2016 se debió a una fuerza mayor.

En atención a lo anterior, reitero, NO existen elementos fácticos ni jurídicos que permitan concluir que mi procurada está obligada a afectar la póliza por ella expedida.

Frente a la pretensión “5”: ME OPONGO a la prosperidad de esta pretensión por carecer de fundamento fáctico y jurídico. El pago de intereses moratorios sólo se generaría en una eventual condena en contra de mi representada. Sin embargo, reitero mi oposición, toda vez que, se repite, mi representada no tiene ninguna obligación indemnizatoria derivada de los hechos descritos en el escrito genitor.

Frente a la pretensión “6”: ME OPONGO a la prosperidad de esta petición de condena en costas del proceso y agencias en derecho, reitero mi oposición, toda vez que, se repite, mi representada no tienen ninguna obligación indemnizatoria derivada de los hechos descritos en el escrito genitor. Por tal motivo solicito que, en vista de que no se identifica ninguna actuación que refleje la necesidad de un reproche jurídico por parte de la demandada, se condene en costas a los demandantes, pues sometió al extremo pasivo y a mi prohijada, sin justificación ni respaldo probatorio alguno, al agotamiento innecesario de estas instancias judiciales.

V. OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO DE LA DEMANDA

De conformidad con lo establecido en el inciso primero del artículo 206 del Código General del Proceso y con el fin mantener un equilibrio procesal, garantizar pedimentos razonables y salvaguardar el derecho de defensa de mi procurada, procedo a **OBJETAR** el juramento

estimatorio de la demanda en los siguientes términos:

Como aspecto fundamental para objetar el juramento estimatorio frente al daño emergente que se advierte es el que se invoca por el demandante, debe señalarse que: (i) No obra dentro del expediente ningún medio de prueba que corrobore, así sea sumariamente, que MC Construcciones y consultoría S.A.S., incumplió con las obligaciones contractuales del contrato FSP-040/2016; (ii) En todo caso, la activa de ninguna manera ha podido probar de dónde se genera la suma de **\$3.985.290.892 M/cte.**, la cual pretende como indemnización, pues si bien dentro de la demanda exponen cuadro con una presunta relación de gastos, lo cierto es que al expediente NO se adosaron documentos que efectivamente demuestren que la Fundación pagó tales cantidades de dinero, y que ello salió del patrimonio de la misma, como tampoco adjuntó los documentos que entregó MC Construcciones y la supuesta comparación de precios, para poder generar un análisis más detallado de lo que verdaderamente se reclama.

Por otro lado, es importante exponer que, el detrimento económico, que alega la activa haber padecido, en primera medida no ha sido soportado y respaldado probatoriamente por la accionante y, en segundo lugar, según lo manifestado en la demanda dicho presunto detrimento es causado como resultado de la ejecución de un contrato distinto al celebrado con MC Construcciones, y dentro del cual mi representada no ejerció ningún tipo de garantía. En ese atendido, resulta necesario reiterar lo ya expuesto en renglones pasados, respecto de que la Fundación no tenía los documentos entregables finales a cargo del contratista, mismos que sería la base para el proceso de licitaciones, y pese a ello, ya había realizado la contratación de la construcción de la obra (colegio Bartolomé), es así, como los presuntos sobrecostos se desprenden de la ejecución de la obra, y no del contrato de prestación de servicios FSP-040/2016, los cuales no pueden ser atribuidos a la pasiva por no haber hecho parte de dicho negocio jurídico.

De tal suerte, en el entendido de que las sumas consignadas en el acápite del juramento estimatorio no obedecen a la realidad probatoria allegada al proceso, es en todo caso excesivo y sin soporte probatorio, de manera amable solicito a usted señor Juez, no tener en cuenta la estimación que se realiza en el libelo genitor.

VI. EXCEPCIONES DE FONDO FRENTE A LA DEMANDA

En primer lugar, es preciso poner en conocimiento del Honorable Juez que la defensa se abordará con la formulación de medios exceptivos divididos en tres (3) grupos. En primer lugar, se abordarán las excepciones relacionadas con los medios de defensa propuestos con ocasión a los hechos objeto de litigio, en segundo lugar, en relación con las pretensiones indemnizatorias invocadas en la demanda y, en tercer lugar, se formularán los medios exceptivos que guardan profunda relación con el contrato de seguro vinculado a este proceso.

Por lo anterior, se formularán las siguientes excepciones:

EXCEPCIONES FRENTE AL FONDO DEL ASUNTO

1. INEXISTENCIA DE MEDIOS DE PRUEBA QUE PERMITAN ENDILGAR RESPONSABILIDAD CIVIL EN CABEZA DE LOS DEMANDADOS

La parte actora no acredita mediante prueba siquiera sumaria que MC Construcciones y Consultoría S.A.S., incumpliera con las obligaciones adquiridas mediante el contrato de prestación de servicios FSP-040/20169, al respecto basta con revisar como la parte actora

señala de forma reiterada un presunto incumplimiento por parte de MC Construcciones, pero no identifica de manera clara cuál de todas las obligaciones fue la que presuntamente se incumplió, observando así una orfandad de elementos que permitan corroborar de manera cierta lo que realmente sucedió dentro de la ejecución del contrato de prestación de servicios FSP-040/2016. Por tal motivo, por la ausencia de medios probatorios que militen dentro del expediente de la referencia, las pretensiones de la demanda se deben desestimar.

En este punto, resulta importante resaltar que la H. Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que, respecto de la responsabilidad civil contractual, el demandante debe acreditar los siguientes supuestos:

“(...) i) que exista un vínculo concreto entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato); ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposo), iii) y en fin, que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño) (...)”³

Con base en lo anteriormente dicho, es claro que dentro de la responsabilidad civil contractual, los factores como la demostración de la existencia del contrato, el

³ Corte Suprema de Justicia, sala civil, Sentencia SC 380-2018 del 22 de febrero del 2018, Rad. 2005-00368-01.

incumplimiento culposo y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, deben ser debidamente probadas e identificadas por parte del demandante, circunstancia que no se evidencia en el presente asunto, comoquiera, que el dossier adolece de medios de prueba que efectivamente nos permita identificar como se dio la ejecución del contrato FSP-040/2016, atendiendo las circunstancias y modificaciones que si fueron aprobadas por las partes.

Así mismo, no puede dejarse de lado, que la activa no adjuntó al presente asunto cuales, si fueron los documentos entregados por MC Construcciones, y cuales los que, en efecto, generaron el presunto incumplimiento por dicha constructora, y que, como consecuencia de ello, se causaron los perjuicios alegados por la activa, mismo deberían soportar las pretensiones de la demanda, hechos que no se evidencian en el caso que nos convoca.

Respecto del valor probatorio que se le dar a las exposiciones de la propia parte, la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

*“(…) Con arreglo al principio universal de que **nadie puede hacerse su propia prueba una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono consus aspiraciones, sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga, quien afirma en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del Juez. Esa carga, que se expresa con el aforismo onus probandi incumbit actori no***

*existiría, si al demandante le bastara afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el Juez. (...)*⁴

Colindando con lo anterior, resulta importante traer a consideración lo contenido en el Art. 167 del Código General del Proceso, el cual describe que “(...) *incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)*”, así las cosas, resulta claro que es la parte que afirma un hecho objeto de litigio, debe probar por cualquier medio la veracidad de dicha afirmación, pues como se dijo anteriormente, *nadie puede hacerse su propia prueba.*

Así mismo, de conformidad con lo descrito en la sentencia C-086 de 2016, se estipula la importancia y la obligación probatoria de las partes dentro del desarrollo del litigio, así:

*“(...) Una de las principales cargas procesales cuando se acude a la administración de justicia, en general, y a la jurisdicción civil, en particular, es la concerniente a la **prueba de los hechos que se alegan.** La carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva. **Se conoce como principio “onus probandi”, el cual indica que por regla general corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo.***

*De acuerdo con la doctrina, esta carga procesal se refiere a “**la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla, cuando no el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de***

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 12 de febrero de 1980,

un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”[82]. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha explicado cómo en el sistema procesal se exige, en mayor o menor grado, que cada uno de los contendientes contribuya con el juez al esclarecimiento de la verdad:

“En las controversias judiciales, por regla general, cada una de las partes acude al juez con su propia versión de los hechos, esto es, que presenta enunciados descriptivos o proposiciones fácticas a partir de las cuales pretende generar un grado de convencimiento tal, que sea suficiente para que se emita un pronunciamiento favorable al ruego que se eleva ante la jurisdicción. Dicho de otro modo, en el punto de partida de toda controversia procesal, cada uno de los extremos del litigio intenta convencer al juez de que las descripciones que presenta coinciden con la realidad y, a partir de aquéllas, justamente, propicia el litigio.

De esa manera, cuando hay una genuina contención, el sistema exige que cada uno de los contendientes correlativamente contribuya a que el juez supere el estado de ignorancia en el que se halla respecto de los hechos debatidos, tarea que por lo general concierne al demandante respecto de sus pretensiones, y al demandado respecto de las excepciones.

Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y

conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan”

*Esta institución pretende que **quien concurre a un proceso en calidad de parte asuma un rol activo y no se limite a refugiarse en la diligencia del juez ni se beneficie de las dificultades probatorias o mala fortuna de su contraparte. En otras palabras, “las partes en el proceso deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Ninguna debe obrar con inercia porque ello causa que las consecuencias adversas de la decisión sean deducidas en su contra. El proceso no premia la estrategia sino la solución del conflicto con la participación de las partes (...)”** (negritas propias)*

De conformidad con lo expuesto anteriormente, y resaltando dicho pronunciamiento jurisprudencial, se debe destacar que la obligación probatoria de la parte que afirma un hecho, es esencial para encaminar al juez frente a la mejor decisión, a fin de generar aclaración sobre lo que verdaderamente ocurrió, y lo que se alega, y esencialmente frente a la obligación probatoria que tiene la parte demandante en probar lo que pretende dentro del litigio, circunstancia que evidentemente no sucede en el caso en marras, pues el asunto se caracteriza por esa orfandad probatoria, y la ausencia de elementos probatorios que permitan verificar de manera cierta cada una de las afirmaciones expuestas por la activa.

Así las cosas, es evidente que en el presente asunto, no se crédito de manera pertinente y contundente que MC Construcciones y Consultoría S.A.S., hubiera efectivamente incumplió las obligaciones contractuales contraídas dentro del contrato de prestación de servicios

FSP-040/2016, resaltando que ni siquiera se adosan el expediente documentos que sirvan de base para realizar el análisis y comparación sobre las circunstancias alegadas por la activa, respecto del supuesto sobrecosto derivado del incumplimiento contractual, que da lugar al presente litigio.

En conclusión, resulta evidente entonces que la parte demandante pretende soportar sus pretensiones únicamente en las meras exposiciones fácticas realizadas en el escrito de la demanda, y como se dijo antes, no puede ser tenido como prueba absoluta e irrefutable de lo que realmente ocurrió, principalmente, porque nadie puede hacerse de su propia prueba, y dentro de la obligación procesal que tienen las partes dentro de una litigio, está la de soportar probatoriamente cada una de las afirmación, pues la parte demandante debe asumir un rol activo, probando y respaldando no solo lo que se afirma o sirve de sustento factico, sino de que verdaderamente se pretende en el litigio. Finalmente, la consecuencia necesaria frente a la ausencia y orfandad de medios de prueba que permitan esclarecer la causa efectiva de los hechos plurimencionados, implica correlativamente que se deban negar las pretensiones de la demanda.

Por esas razones, solicito respetuosamente se declare probada esta excepción.

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

Sea lo primero en exponer, que dentro de la presente excepción se busca resaltar que si bien el demandante ha señalado un incumplimiento contractual por parte de MC Construcciones y Consultoría S.A.S., quien se había obligado a realizar y entregar una serie de documentos, también es importante resaltar que la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, debía cumplir sus obligaciones contractuales, circunstancia que de conformidad con lo adosado al expediente no ocurrió, evento que nos llevaría a una posible concurrencia de incumplimientos contractuales. Pues resulta importante destacar que dentro del contrato de prestación de servicios FSP-040/2016, dentro de cláusula octava, se pactaron obligaciones a cargo de las partes, entre las cuales estaba la obligación únicamente en cabeza de la fundación, el gerente del proyecto y de profesionales determinado, de revisar y aprobar cada uno de los documentos entregables por MC Construcciones y Consultoría S.A.S., evento que fue incumplido por la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, y quien de hecho lo modificó de forma tácita, al de manera unilateral incluir una tercera persona (Dimel Ingeniería S.A.), para que revisara, generara observaciones y aprobara los documentos entregados de MC Construcciones, donde esta última debía **adherirse** a tal decisión, sin importar las condiciones de su contrato.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, respecto de la excepción de contrato no cumplido, ha resaltado lo siguiente:

“(...) Ahora en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean e ejecución simultánea, sino sucesiva, se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, porque ésta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada.

Así lo tiene señalado la Corte de antaño, al analizar la excepción de marras, en fallo que se transcribe en extenso porque fue el que sirvió de base al juez ad-quem para desestimar las pretensiones de los promotores en el sub judice:

(...) indispensable determinar con claridad y precisión la estructura y el mecanismo de ese medio de defensa: es suficiente que quien pide la resolución del contrato no haya cumplido ni allanándose a cumplir sus propias obligaciones en la forma pactada, o se requiere que éstas o las del otro contratante guarden entre sí determinada relación, sin la cual la excepción no es procedente?

El punto es de suma trascendencia, porque si ambos contratantes incumplen y en tal evento ninguno puede lograr ni la resolución ni el cumplimiento con la correspondiente indemnización de perjuicios, el contrato quedaría definitivamente estancado perdiendo su exigibilidad las recíprocas obligaciones que ha generado.

Semejante solución, inaceptable desde todo punto de vista, hace caso omiso de la tradicional estructura que tiene la responsabilidad de cada uno de los contratantes, independientemente considerados, a más de que establece desacertadamente una especie de modo, no de extinción, pero sí de suspensión indefinida e insalvable de los efectos que naturalmente tienen las mutuas obligaciones.

(...) El deudor demandado no está en mora si, por una parte, no ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor -salvo que la obligación sea a término o de ejecución exclusivamente dentro de cierto tiempo hábil-, o si, por

otra parte, él ha dejado de cumplir con apoyo en que el acreedor demandante tampoco cumplido ni se allanó a hacerlo en la forma y tiempo debidos.

El aspecto unilateral de la mora, en lo que atañe a la resolución del contrato, no ofrece dificultades. Las ofrece el bilateral que plantea el artículo 1609, cuya correcta inteligencia es preciso fijar. Según esta disposición, “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

(...) Así las cosas, el contratante que primero vulneró la alianza queda desprovisto de la acción resolutoria, mientras que su contenedor si la conserva a pesar de que también dejó de acatar una prestación, siempre que su actuar se encuentre justificado en su inexigibilidad por la previa omisión de aquel.

Igualmente, si la pretensión invocada no es la resolutoria sino la de cumplimiento del pacto, quien así lo demandante requiere haberlo honrado sus compromisos o haberse allanado a hacerlo, aun en el supuesto de que su contraparte no lo haya hecho previamente (...)⁵

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

⁵ Corte suprema de justicia, Sala de Casación Civil, SC1209-2018, MP Aroldo Wilson Quiroz.

*“(…) ARTÍCULO 1608. <MORA DEL DEUDOR>. El deudor está en mora:
1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.
2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.
3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor (…)”*

El ordenamiento jurídico colombiano adoptó la excepción de contrato no cumplido en el artículo 1609 del Código Civil, regla legal fundamentada en la equidad que orienta los contratos sinalagmáticos y que permite a la parte de un contrato no ejecutar su obligación mientras su contratante no ejecute las propias. Por ende, como regla general y tratándose de compromisos que deben ejecutar las partes simultáneamente, es menester, para la prosperidad del reclamo del Demandante, que éste haya asumido una conducta acatadora de sus débitos, es decir, que haya cumplido. Porque de lo contrario, no podrá exigir el cumplimiento de su contraparte contractual y mucho menos solicitar perjuicios vía judicial por una inexecución que tiene como causa su propia conducta.

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

“(…) En tratándose de compromisos que deben ejecutar las partes simultáneamente, es menester, para el buen suceso del reclamo del demandante, que este haya asumido una conducta acatadora de sus débitos,

*porque de lo contrario no podrá incoar la acción resolutoria prevista en el aludido precepto, en concordancia con la excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus) regulada en el canon 1609 de la misma obra, a cuyo tenor **ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos** (...) ” Subrayado y negrita fuera del texto original.*

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

De lo expuesto, es claro que la parte que alega un incumplimiento contractual, debe ciertamente probar que si cumplió con su parte del contrato o en su defecto allanarse a realizar dichas obligaciones a su cargo, circunstancia que evidentemente no ocurrió en el caso que nos convoca, pues la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, está alegando un incumplimiento contractual, inicialmente sin el sustento probatorio necesario para ello, y seguidamente posterior al incumplimiento contractual efectuado por la misma, pue resulta necesario traer a consideración lo contenido en el Contrato de Prestación de Servicios FSP-040/2016, donde inicialmente dentro del objeto del contrato se señala que el servicio que va a realizar el Contratista es conforme a la propuesta técnica-económica establecida para la elaboración y aprobación de los documentos entregables por MC Construcciones, como se observa en el siguiente extracto del contrato:

PARAGRAFO: Este servicio debe realizarse de conformidad con las condiciones establecidas en la para propuesta técnica-económica para la elaboración y aprobación de los estudios técnicos de ingeniería, coordinación de estudios y diseños, presupuesto, programación y pliegos de licitación de la planta física de la nueva sede para el Colegio Bartolomé de las Casas, presentada por **EL CONTRATISTA** el 15 de Noviembre de 2016, cuya copia hace parte integral de este contrato.

Ahora bien, colindando con lo anterior, cabe destacar y señalar cual fue el incumplimiento contractual, efectivamente realizado por la fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, siendo necesario resaltar la cláusula octava, parágrafo segundo del contrato de prestación de servicios FSP-040/2016, donde se consignó que la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, se obligó a realizar una revisión y aprobación los documentos que MC Construcciones y Consultoría S.A.S., debía entregar de conformidad con tal contrato, especificando quienes serían los profesional que aprobarían tales documentos, incluido el gerente del proyecto, como se observa a continuación:

PARÁGRAFO SEGUNDO: Además de las obligaciones indicadas en este artículo **EL CONTRATISTA** se obliga a:

a) La entrega de dos (02) juegos de planos de cada proyecto técnico debidamente firmados y dos (2) impresas de los documentos correspondientes a presupuesto, programación, especificaciones de acabados y de proceso constructivo, pliegos de licitación, etc.

b) Los siguientes estudios deberán estar avalados así:

• Estudios y permisos ambientales	Ing. Javier Urrea Ayala.
• Diseño y cálculo estructural y de elementos no estructurales.	Ing. Carlos Alberto Rizo.
• Diseños Hidrosanitarios y Red Contraincendios.	Ing. Javier Urrea Ayala.
• Diseños Eléctrico, Telefónico, Voz y Red de Datos, Apantallamiento.	Ing. Nelson Saavedra.
• Diseños de redes de gas propano y/o gas natural.	Gases de Occidente.
• Diseño y cálculo de aire acondicionado y ventilación mecánica	Ing. Carlos A. Medrano.
• Diseño vías vehiculares y peatonales.	Ing. Jairo Cerón Palacios.
• Especificaciones técnicas de construcción.	Arq. Carlos Enrique Ararat.
• Presupuesto detallado de obra, Programación de obra.	Arq. Carlos Enrique Ararat.
• Pliegos de Licitación para construcción.	Arq. Carlos Enrique Ararat.
• Coordinador de diseños.	Arq. Carlos A. Bernal G.

c) Entregables:

- I. Anteproyectos técnicos coordinados con el diseñador arquitectónico, ajustados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- II. Avance presupuesto inicial, programación inicial, pliegos de licitación, debidamente revisados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- III. Proyectos técnicos coordinados con el diseñador arquitectónico, ajustados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- III. Presupuesto inicial, programación inicial, pliegos de licitación, debidamente revisados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.

Ahora bien, con relación a lo anterior, resulta indispensable traer a consideración lo contenido en el Otrosí No. 5, el cual fue suscrito tanto por la Fundación, como por MC Construcciones, en el cual se expuso que la gerencia del proyecto aprueba los ajustes entregables finales de diseños técnicos que fueron contratados con MC Construcciones y Consultoría, adicionando que el permiso ante la dirección del Establecimiento Público Ambiental, fue gestionado, y está pendiente la notificación para realizar los pagos concernientes al permiso, como se observa a continuación:

h) En oficio fechado el 02 de Marzo de 2018, el Supervisor del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016 manifiesta lo siguiente:

"Con base al comunicado enviado por el Arq. Carlos Arturo Bernal, adjunto soporte para la generación del nuevo otrosí modificatorio No. 04 al contrato de diseños técnicos complementarios en referencia.

La gerencia del proyecto aprueba:

1. Ajuste entregable final diseños técnicos contrato MC Construcciones y Consultorías S.A.S. No. FSP-040/2016:

j) No obstante lo anterior, mediante correo electrónico del 29 de junio de 2018, se recibió comunicación del Director del Establecimiento Público Ambiental – EPA, en el cual informa que:

"Teniendo en cuenta la solicitud radicada a esta entidad el día 19 de abril de 2018, bajo radicado 0341; por la cual se hace entrega de la documentación para el otorgamiento de un permiso de vertimientos para la nueva sede del Colegio Bartolomé de las Casas. Quiero manifestarle, que ya se efectuó la visita de campo para la verificación de información y

2



OTROSI No. 005 AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. FSP-040/2016 CELEBRADO ENTRE LA FUNDACIÓN SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA "FABIO GRISALES BEJARANO" Y LA SOCIEDAD MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S.

levantamiento del informe técnico, el cual se encuentra en revisión y ajustes, posterior a ello en el transcurso de la próxima semana se les estará notificando para que puedan efectuar los pagos concernientes al permiso.

Así las cosas, resulta claro que de conformidad con el Otrosí No. 5, de fecha 29 de junio del 2018, la Gerencia del Proyecto ya había aprobado los ajustes del proyecto técnico, que estaba a cargo del hoy demandado MC Construcciones, y así mismo se evidencia la gestión en los permisos ante las entidades públicas pertinentes, lo que significa que sí hubo un

cumplimiento contractual por parte del contratista.

Ahora bien, dentro de supuesto comunicado del 31 de agosto del 2018, el cual fue remitido por la Fundación a MC Construcciones, el cual expone el balance de la obra, **manifiesta que Dimel Ingeniería S.A., como constructor del Colegio Bartolomé, asumirá la revisión preliminar de los diseños y demás actuaciones encomendadas a MC Construcciones y Consultoría S.A.S., sin importar la posición que esta última tenga al respecto**, solicitándole la adaptación a tal decisión, como se observa:

1. BALANCE DE OBRA

La amplia experiencia de la Sociedad Portuaria de Buenaventura en el desarrollo de complejos proyectos de infraestructura, así como la autonomía que nos cobija, nos permite asumir como desarrollo lógico de nuestros proyectos, que el Constructor, en este caso Dimel Ingeniería, no se limite exclusivamente a la ejecución de obra, sino que también asuma la revisión preliminar de diseños y cantidades de obra con el acompañamiento de los especialistas, tanto del constructor, interventor, así como indispensablemente con el concurso de los diseñadores. A pesar de su opinión sobre nuestro proceder, esta es la manera en que nuestra compañía adelanta sus proyectos, por lo cual agradecemos su adaptación.

Colindando con lo anterior, es claro, que el Contratante de manera unilateral decide realizar modificaciones al contrato de prestación de servicios FSP-040/2016, desconociendo plenamente cuáles eran las obligaciones a cargo de las partes, y así mismo pasando por alto, que dentro del contrato de seguro emitido por mi representada se consignó que no pueden haber modificaciones al contrato original, sin la autorización previa de Aseguradora Solidaria, de lo contrario esta no generaría ningún amparo, tal y como se abordará más adelante.

Por otra parte, no se puede dejar de lado, que de acuerdo con el comunicado de fecha 24 de agosto del 2018, enviado por la hoy demandante a MC Construcciones, manifestó que Dimel Ingeniería S.A., para el mes de julio del 2018 ya estaba realizando observaciones y

comentarios a los documentos entregados por MC Construcciones, lo que refuerza más el incumplimiento contractual por parte de la fundación, como se observa en el siguiente extracto:

✓ No se recibió información acerca de los muros keystone, equipos de bombeo, entre otras observaciones remitidas en el comunicado que generó Dimel Ingeniería el 17 de julio de 2018.

Así las cosas, resulta más que claro que la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, incumplió lo pactado en el contrato de prestación de servicios FSP-040/2016, pues las únicas personas encargadas de la revisión y aprobación de los documentos entregables por MC Construcciones era el Gerente del Proyecto, y los profesionales descritos literalmente en el párrafo segundo de la cláusula octava del contrato objeto del litigio, tal cual se señaló anteriormente.

Por lo anteriormente dicho, resulta importante destacar que, con ocasión a la decisión tomada por la Fundación, existió una modificación en los términos del contrato de prestación de servicios FSP-040/2016, respecto de las obligaciones a cargo del contratante, los cuales no fueron informados a la compañía aseguradora.

Por todo lo expuesto, resulta ser claro que la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura no tiene la capacidad de alegar un incumplimiento contractual, cuando esta misma ha incumplido sus propias obligaciones contractuales, y como consecuencia de ello, no habría lugar a reconocer ninguna de las pretensiones incoadas en la demanda.

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

3. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR LA NO ACREDITACIÓN DEL NEXO CAUSAL

En relación con la excepción anterior, es menester formular este medio exceptivo, pues en vista de las circunstancias antes alegadas, en este caso no se configura el nexo causal para imputar responsabilidad a los demandados. El nexo causal, al ser uno de los elementos indispensables en la configuración de la responsabilidad civil contractual, no se halla configurado ni acreditado en el caso de marras por cuanto existe una completa orfandad de medios de prueba que permitan conocer de manera cierta cuando, donde y como se presentó el presunto incumplimiento contractual por parte de MC Construcciones y Consultoría S.A.S., y como consecuencia de tal incumplimiento genero un sobrecosto en el valor de la obra, construcción del Colegio Bartolomé.

La relación de causalidad es un requisito *sine qua non* para declarar la responsabilidad civil de una persona, dado un hecho y un daño. Como acotamos anteriormente, este elemento debe ser acreditado en todo caso por parte del demandante y su omisión conlleva sencillamente al fracaso de las declaraciones y condenas pretendidas. El estado del arte actual ha acogido la teoría de la causalidad adecuada, la cual indica que un hecho es causa de una consecuencia cuando la producción de esta le sea atribuible de conformidad con las reglas de la experiencia⁶. En resumidas cuentas, es un estudio de idoneidad del hecho para producir la consecuencia, que en materia de responsabilidad civil hace referencia al daño. La Corte Suprema de Justicia ha acogido esta teoría y la define de la siguiente manera:

“(...) Ahora bien, para establecer ese nexo de causalidad es preciso acudir a las reglas de la experiencia, a los juicios de probabilidad y al sentido de la

⁶ Ballesteros J. (2012). Responsabilidad Civil. Parte General Tomo I. Temis. Bogotá Págs. 417 – 418

*razonabilidad, pues solo éstos permiten aislar, a partir de una serie de regularidades previas, el hecho con relevancia jurídica que pueda ser razonablemente considerado como la causa del daño generador de responsabilidad civil (...)*⁷.

Debe igualmente resaltarse que la jurisprudencia ha utilizado como método para identificar la causa del daño, “(...) *la teoría de la causalidad adecuada, según la cual, solo es causa del resultado, aquella conducta que es suficiente, idónea y adecuada para la producción del mismo, (...) según esta teoría, solo los acontecimientos que normalmente producen un hecho pueden ser considerados como la causa del mismo. Por lo tanto, un comportamiento es el resultado de un daño, si al suprimirlo es imposible explicar el resultado jurídicamente relevante (...)*”⁸. Así, es manifiesto el examen de causalidad consiste en un estudio de orden fáctico, acerca de la idoneidad de un hecho para ser considerado jurídicamente causal de la producción de un daño. En otras palabras, el hecho está sujeto a la verificación material y probatoria de su idoneidad para ser considerado bajo el concepto jurídico de causa.

El referido examen de causalidad cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que, para que sea posible declarar responsabilidad civil, es requisito necesario e ineludible que exista y se encuentre probado el nexo causal entre el hecho que se alega y el daño cuya indemnización se solicita. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado lo siguiente:

“(...) En materia de responsabilidad civil, la causa o nexo de causalidad es el concepto que permite atribuir a una persona la responsabilidad del daño por haber sido ella quien lo cometió, de manera que deba repararlo

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2012. Radicación: 2002- 188. M. P. Ariel Salazar Ramírez

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001. M.P. Ricardo Hoyos Duque

*mediante el pago de una indemnización. El artículo 2341 del Código Civil exige el nexo causal como uno de los requisitos para poder imputar responsabilidad, al disponer que **“el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización...”**. (Se resalta). Cometer un delito o culpa significa entonces, según nuestro ordenamiento civil, realizar o causar el hecho constitutivo del daño resarcible. (...)⁹*

Para el caso bajo análisis, por la evidente ausencia de medios de prueba que permitan identificar si verdaderamente existió o no un incumplimiento contractual por parte de MC Construcciones y Consultoría S.A.S., y que, como consecuencia de dicho incumplimiento, la activa alega la existencia de un sobrecosto dentro de la construcción del Colegio Bartolomé, por ello ha sido imposible acreditar la configuración de responsabilidad civil en cabeza de los demandados por cuanto el requisito del nexo causal no se encuentra acreditado. En concordancia con la excepción anterior, se insiste, no militan en el expediente suficientes medios de prueba, conducentes y útiles que permitan, así sea sumariamente, esclarecer los argumentos fácticos expuesto por la activa, bajo la obligación probatoria que le asiste.

En conclusión, en la medida en que existe una completa ausencia de medios de prueba sobre las circunstancias que son objeto del litigio, principalmente en la probanza del presunto incumplimiento al contrato de prestación de servicios FSP-040/2016, y junto con ello la relación que tiene con el presunto sobrecosto económico que presentó la construcción del Colegio Bartolomé, y el cual reclama el hoy accionante, es más que claro que no existe dentro del proceso elementos que de manera clara y cierta nos permitan en primera medida identificar el incumplimiento contractual, y seguidamente encontrar la

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2012. Radicación: 2002- 188. M. P. Ariel Salazar Ramírez.

relación con el daño alegado, motivo por el cual no se puede predicar responsabilidad en cabeza de los demandados, ya que no se probó de manera fehaciente el nexo causal.

Solicito a señor Juez declarar probada esta excepción.

4. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Dentro del presente asunto, resulta importante exponer la falta de legitimación en la causa por pasiva de la pasiva de este proceso, y en concreto de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., en atención a que, los presuntos perjuicios padecidos por el accionante, NO se generaron en la ejecución del contrato de prestación de servicios FSP-040/2016, que se garantizó por mi mandante, sino en la ejecución de un contrato de obra celebrado con un tercero (Dimel Ingeniería S.A.) en el cual ninguna de las vinculadas como accionadas hizo parte; y, en ese sentido, a mi mandante, ni a la codemandada se les podría imponer la obligación de realizar un pago de un contrato del que no hicieron parte, y que tampoco se garantizó, no estando estas legitimadas por pasiva para continuar vinculadas en esta causa. Continuar con su vinculación iría en contravía de los principios de eficacia y celeridad de la administración de justicia, haciéndolas incurrir en un desgaste procesal en el que finalmente no podrán resultar condenadas.

En este orden de ideas no puede perderse de vista que la legitimación en la causa es el primer presupuesto que debe evaluarse antes de realizar cualquier estudio sobre un caso en particular. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, magistrado ponente Jesús Vall de Rutén Ruiz, mediante Sentencia SC2642 del 10 de marzo de 2015, con respecto a la legitimación en la causa precisó lo siguiente:

*“(…) la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, en cuanto concierne con una de las condiciones de prosperidad de la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste, motivo por el cual su ausencia desemboca irremediablemente en sentencia desestimatoria debido a que quien reclama el derecho no es su titular **o porque lo exige ante quien no es el llamado a contradecirlo** (…)”¹⁰ (negrilla y subrayado fuera del texto original)*

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia a través de sentencia del 14 de agosto de 1995 con respecto a la legitimación en la causa, se ha pronunciado de la siguiente manera:

*“(…) Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la legitimatio ad causam consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) **y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)**”. (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185). Conviene desde luego advertir, para no caer en el error en que incurrió el Tribunal que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de ‘acción’ no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es como el derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de ‘pretensión’, que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, **y***

¹⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, magistrado ponente Jesús Vall de Rutén Ruiz SC2642 del 10 de marzo de 2015

frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado. De donde se sigue que lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor. Si el demandante no es titular del derecho que reclama **o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor** (...)”¹¹ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De las anteriores precisiones conceptuales se destaca que el extremo pasivo debe ser aquel que esté llamado a resistir la pretensión, de tal suerte que en el caso particular el vínculo jurídico que debe estar presente, en lo que respecta a mi prohijada, es el incumplimiento contractual realizado por el afianzado en la póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares que Solidaria expidió, y que el perjuicio reclamado, sea derivado de tal incumplimiento, circunstancia que no sucede en el asunto que nos convoca, pues se recuerda que la parte actora argumentó haber padecido unos perjuicios de índole económico, los cuales, además de no tener sustento probatorio, fueron generados con ocasión a la ejecución del contrato de obra de construcción del colegio Bartolomé, mismo sobre el cual mi representada no generó ninguna garantía. En este orden de cosas no existe razón alguna para que Aseguradora Solidaria siga vinculada al presente proceso.

Así pues y en consideración a que uno de los presupuestos para que la aseguradora pueda responder por los perjuicios ocasionados con cargo a la Póliza es que se demuestre y, consecuentemente se declare a través de sentencia ejecutoriada, que la responsabilidad

¹¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Expediente 4268) del 14 de agosto de 1995

por el hecho lesivo se encuentra en cabeza del afianzado, hecho que no ha sido plenamente acreditado dentro del presente asunto, la presente acción en el caso que nos ocupa es manifiestamente improcedente. Por ende, como mi representada no garantizó el contrato que supuestamente generó los detrimentos económicos al demandante, es evidente su falta de legitimación en la causa por pasiva y en consecuencia el despacho deberá negar las pretensiones dirigidas en su contra.

Por lo anteriormente expuesto, solicito declarar probada esta excepción.

5. LOS ACTOS PROPIOS DE LA PARTE DEMANDANTE NO PUEDEN SER DESCONOCIDOS POR AQUELLA, DADA LA REGLA DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS PROPIOS

Se lo primero en manifestar, que de conformidad con lo expuesto en la demanda y los documentos reposados en el expediente, ha quedado claro que, la Fundación, en su calidad de contratante de manera voluntaria fue la que decidió celebrar el contrato de obra con un tercero (Dimel Ingeniería S.A.), sin contar con los documentos previos y necesarios para dar inicio al proceso de licitación y posterior realizar la construcción del colegio Bartolomé, motivo por el cual NO se puede atribuir a MC Construcciones y Consultoría S.A.S., ni mucho menos a la compañía aseguradora, los perjuicios que se hubieran causado como resultado de la ejecución del contrato de obra, por lo que la Fundación no puede actuar en contra de sus propios actos y responsabilizar a la pasiva de perjuicios causados por sus propias decisiones.

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

“(...) La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo “Venire

contra pactum proprium nellí conceditur” y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.

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

*Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, **porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho (...)**¹²*

Negrita por fuera del texto original.

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

“(...) [la teoría de los actos propios] es la coherencia exigida en el comportamiento de las personas, de tal forma que lo realizado en el pasado, que ha servido, a su vez, como determinante o referente del proceder de otras o que ha alimentado, objetivamente, ciertas expectativas, no pueden ser contrariadas de manera sorpresiva,

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-295/99. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

caprichosa o arbitraria, si con ello trasciende la esfera personal y genera perjuicio a los demás.

*(...) si bien jurisprudencia y la doctrina no son concordantes en cuanto a los requisitos establecidos para considerar si, en estrictez, procede la teoría de los actos propios, la mayoría converge en señalar los siguientes como tales: i) una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular; ii) que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes plantados; iii) que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente; y, iv) que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio (...)*¹³**Negrita por fuera del texto original.**

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

Ahora bien, aterrizando lo expuesto al caso en concreto, resulta importante resaltar que la Fundación, en su calidad de Contratante de manera individual y voluntaria, decidió dar inicio al contrato de obra con un tercero (Dimel Ingeniería S.A.), el cual es el que derivó la causación de los perjuicios invocados en la demanda. Esto quiere decir que la Fundación pretende endilgar responsabilidad de sus propios actos a MC Construcciones y Aseguradora Solidaria, por perjuicios que a todas luces no se originaron en el contrato de

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 05 de agosto del 2014. SC10326-2014, Radicación n.º 25307-31-03-001-2008-00437-01. M.P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

prestación de servicios FSP-040/2016., sino en uno completamente diferente; y que en todo caso, habrían tenido lugar como resultado de sus propios actos al decidir continuar con el proceso de licitación y la construcción del colegio sin contar con la totalidad de estudios previos que debían ser suministrados por MC Construcciones.

Además, desconoce sus propios actos la demandante, al invocar un incumplimiento, cuando la obligación de revisar los documentos entregados por el contratista correspondía a aquella, y debido que la misma no realizó ninguna manifestación respecto de inconformidades previas a los documentos ya entregado, se entiende que de conformidad con la obligación que le asistía, aprobó dichos documentos. Siendo necesario que la fundación asuma la responsabilidad de sus propios actos.

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

En adición, debe tenerse en cuenta que el actor no puede cambiar los efectos que se surten de sus actos propios, por cuanto de manera clara, durante el desarrollo del contrato, obraron sin excepción en la dirección de consentir, estando debidamente informados de todo lo que estaba acaeciendo dentro de la ejecución del contrato, para que el mismo se desarrollara, precisamente, como lo estaba haciendo el contratista, es decir que se cumpliera tal y como efectivamente se hizo, por ende, no pueden ahora desconocer la legítima confianza que con su conducta dieron al contratista, respecto de la aceptación de lo que él estaba ejecutando y el tiempo requerido, al punto que de esa forma, al unísono las partes, mutuamente, dada la forma en la que obraron, no solo terminaron modificando las

condiciones o especificidades, de la manera en la que tenían estipulado que debían ejecutarse las obligaciones, sino el tiempo que él necesitaba, y en consecuencia, no puede ahora reclamar por la supuesta producción de perjuicios que, aunque no está probados, estima se habría infligido por una alteración en el contrato de obra ellos mismos consintieron así.

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

Así también, la pretensa indemnización que por concepto de daño emergente se invocó en el libelo introductor, tendiente al reintegro de la suma por los gastos de sobrecostos en los que presuntamente habría incurrido la parte accionante, trasciende contraria a derecho y, concretamente, pugna con el principio de “*Venire contra pactum proprium nellí conceditur*” aquí analizado, por lo que inevitablemente deberá negarse.

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

6. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, POR CIRCUNSTANCIAS QUE INCIDIERON EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, LO CUAL CONFIGURA UNA CAUSAL DE EXONERACIÓN DEL CONTRATISTA

Cabe destacar, que dentro de la ejecución del contrato de prestación de servicios FSP-040/2016, se presentó una circunstancia de Fuerza Mayor, la cual se originó con ocasión al paro general que se presentó en la ciudad de Buenaventura, lugar donde evidentemente se estaba llevando a cabo la ejecución del contrato antes referido. Dicha circunstancia fue dada a conocer en primera medida al Contratante, quien, al conocer dicho panorama, decidió suspender el contrato, situación que fue consignada dentro del Otrosí No. 4, el cual se adjuntó al presente asunto.

En primer lugar, es preciso recordar que, si bien no se desconoce que el principio *pacta sunt servanda* implica para las partes la obligatoriedad de respetar lo acordado inicialmente en los negocios jurídicos que celebran en ejercicio de la autonomía de la voluntad, lo cierto es que, es posible que durante la ejecución de las condiciones convenidas se materialicen notables y repentinos cambios sociales, económicos, sanitarios, ecológicos, entre otros que, por su naturaleza, impactan de manera extraordinaria el desarrollo normal de las actividades inicialmente concertadas en los contratos y que, evidentemente les resulta imprevisibles, irresistibles y enteramente ajenos a la voluntad de las partes.

Viene a cuenta señalar que el artículo 64 del Código Civil, modificado por la Ley 95 de 1990, aplicable a todo tipo de contratación, señala lo siguiente: “(...) *Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por funcionario público, etc.* (...)”. Es decir que, para el caso en concreto, claramente se entiende aplicable lo referido en el citado artículo, toda vez que, en la ciudad de Buenaventura se presentó un paro

general sin lugar a dudas significó un evento, imprevisible, irresistible y enteramente ajeno a la voluntad del contratista, que se tradujo a su vez en la imposibilidad de continuar con el desarrollo de las actividades concertadas con el contratante, dentro de los plazos modificados entre ellos.

Esta situación implica, incluso, motivo de revisión del contrato de obra que se garantizó por mi mandante, en virtud de las variaciones sustanciales, fácticas y jurídicas sobrevivientes, imprevistas, imprevisibles e irresistibles que en este caso dieron lugar a la alteración de las condiciones de las que se venía ejecutando el contrato, y que, por supuesto, eximen de cualquier responsabilidad al contratista. Este escenario jurídico se encuentra previsto en artículo 868 del Código de Comercio, el cual reza:

“(...) Artículo 868. Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias
Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea (...).” Negrita y Sublínea por fuera del texto original.

Es por lo anterior que, al haberse presentado circunstancias ajenas a la voluntad del contratista, que ciertamente resultaron imprevistas, imprevisibles e irresistibles y enteramente ajenas a su voluntad, no es posible que se declare por su parte un incumplimiento contractual, toda vez que, se reitera, las circunstancias descritas

inviabilizaron que este pudiera dar cumplimiento a los términos bajo los cuales se obligó en el contrato de obra analizado, y consigo, la aplicación del eximente de responsabilidad que consagra el 64 del Código Civil; e incluso, la necesidad de que se revise el contrato en los términos dispuestos en el artículo 868 del Código de Comercio.

Por lo expuesto solicito respetuosamente se declare probada esta excepción.

EXCEPCIONES FRENTE A LAS PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS INVOCADAS
EN LA DEMANDA

**7. IMPROCEDENCIA AL RECONOCIMIENTO ECONÓMICO QUE PRETENDE LA
ACTIVA COMO INDEMNIZACIÓN**

No obra al interior del expediente prueba fehaciente que permita dar cuenta inicialmente existió un incumplimiento contractual por parte de la pasiva, y que como consecuencia de dicho incumplimiento se generaron afectaciones de índole económico a la hoy demandante, pues no se acredita de forma cierta en qué forma se materializaron los presuntos perjuicios y en todo caso, los mismos son abiertamente exagerados. Luego, al no existir este material probatorio, no resulta jurídicamente viable reconocer y pagar la presunta indemnización que se pretende, bajo el concepto de daño emergente ni ningún otro título.

El daño emergente ha sido desarrollado jurisprudencialmente como la tipología de perjuicios que comprende la pérdida de elementos patrimoniales como consecuencia de los hechos dañosos. Sin embargo, ha establecido ampliamente que para la procedencia del reconocimiento de los mismos es totalmente necesario acreditarlos dentro del proceso, carga que le asiste al reclamante de los perjuicios. Bajo estos derroteros, en el caso

particular es completamente improcedente reconocimiento alguno a título de daño emergente, por cuanto no existe prueba cierta, clara y suficiente que acredite la suma solicitada por el extremo actor.

Es claro que la parte Demandante tenía entre sus mandatos como parte actora, toda la carga probatoria sobre los perjuicios deprecados en la demanda. Por lo tanto, la cuantía de los daños por los cuales se está exigiendo una indemnización deberán estar claramente probados a través de los medios idóneos que la ley consagra en estos casos. A efectos de entender la tipología de dichos perjuicios, vale la pena recordar lo indicado por la honorable Corte Suprema de Justicia con respecto a la definición del daño emergente en los siguientes términos:

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

Dicho en forma breve y precisa, el daño emergente empobrece y disminuye el patrimonio, pues se trata de la sustracción de un valor que ya existía en el patrimonio del damnificado; en cambio, el lucro cesante tiende a aumentarlo, corresponde a nuevas utilidades que la víctima presumiblemente hubiera conseguido de no haber sucedido el hecho ilícito o el incumplimiento (...).”¹⁴

Con fundamento de lo anterior, podemos colegir que el daño emergente comprende la pérdida de elementos patrimoniales, causada por los hechos de los cuales se trata de deducirse la responsabilidad. Ahora bien, la parte demandante manifiesta que con ocasión

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 07 de diciembre de 2017. M.P. Margarita Cabello Blanco. SC20448-2017

al presunto incumplimiento de las obligaciones que le eran exigibles a MC Construcciones y Consultoría S.A.S., se le ocasionaron unos presuntos perjuicios económicos por un presunto sobrecosto en la ejecución de la construcción del colegio Bartolomé, pretendiendo se le reconozca la suma de \$3.985.290.892 M/cte.

Sin embargo, no obran en el expediente elementos demostrativos que permitan determinar efectivamente la causación de dicho perjuicio o que prueben si quiera sumariamente la existencia del daño emergente en las sumas que alegan. Por el contrario, lo que evidencia es que el extremo actor fundamenta su petición en una mera aseveración sin fundamento probatorio alguno, limitándose únicamente a realizar un cuadro comparativo en el capítulo de “juramento estimatorio”, pero sin que efectivamente se adosen al proceso documentos que permitan identificar que la Fundación, en su calidad de demandante hubiera generado las erogaciones económica señaladas, y que evidente su patrimonio se vio afectado por tales hechos.

En este orden de ideas, es fundamental que el Despacho tome en consideración que en el plenario no obran pruebas idóneas y conducentes que permitan acreditar un daño emergente como consecuencia del tampoco probado incumplimiento de las obligaciones contractuales en cabeza de MC Construcciones, de tal suerte, la existencia de tal perjuicio únicamente se basa en lo dicho por la parte actora sin que tales manifestaciones encuentren ecoprobatorio al interior del expediente. De manera que no se debe perder de vista que la carga de la prueba de acreditar los supuestos perjuicios reside única y exclusivamente en cabeza de la parte Demandante, tal cual se manifestó en apartados anteriores. En este sentido, si dicha parte no cumple con su carga y en tal virtud, no acredita debida y suficientemente sus aparentes daños, es jurídicamente improcedente reconocer cualquier suma por dicho concepto. Esta teoría ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Suprema de Justicia al establecer:

*“(…) aun cuando en la acción de incumplimiento contractual es dable reclamar el reconocimiento de los perjuicios, en su doble connotación de daño emergente y lucro cesante, no lo es menos que para ello resulta ineludible que el perjuicio reclamado tengacomo causa eficiente aquel incumplimiento, **y que los mismos sean ciertos y concretos y no meramente hipotéticos o eventuales. teniendo el reclamante la carga de su demostración.** como ha tenido oportunidad de indicarlo, de manera reiterada (…)”¹⁵ (Subrayado fuera del texto original)*

En ese orden de ideas, es claro que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que, para la procedencia de reconocimiento de perjuicios a título de daño emergente, es necesario que el reclamante demuestre mediante prueba suficiente que se trata de perjuicios ciertos y no hipotéticos. Lo que no sucede en el caso en concreto, en tanto que la parte Demandante solicita el reconocimiento \$3.985.290.892 M/cte., sin que pruebe la causación de dichos perjuicios. Carga que le asiste por ser el reclamante del daño, según los términos jurisprudenciales de la Corte.

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

*“(…) Ya bien lo dijo esta Corte en los albores del siglo XX, al afirmar que **“(…) la existencia de perjuicios no se presume en ningún caso;** [pues] no hay disposición legal que establezca tal presunción (…)”¹⁶ (Subrayado fuera del texto original)*

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

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de junio del 2018, MP Luis Armando Tolosa

Así las cosas, en relación a la carga probatoria que recae en este caso en la parte Demandante, se puede observar que en el expediente no obra prueba alguna que acredite las erogaciones estimadas por la suma de \$3.985.290.892 M/cte. En efecto, la consecuencia jurídica a la falta del deber probatorio en cabeza de la activa, es sin lugar a dudas la negación de la pretensión. En otras palabras, no puede presumirse el daño emergente alegado por la parte actora sin que su dicho sea sustentado mediante prueba o elemento de juicio suficiente para acreditar la cuantía del presunto daño que se alega. Es claro que jurisprudencialmente se ha establecido que en tanto no se demuestre mediante prueba idónea el daño emergente, resulta ser improcedente reconocer algún emolumento por este concepto. De modo que no le queda otro camino al juzgador que desestimar las pretensiones de la activa en lo relacionado con el daño emergente, ya que no cumplió con la carga de probarlo.

En conclusión, una vez revisadas las pruebas obrantes en el plenario del proceso, no cabe duda que no existe ningún elemento de juicio que acredite la causación de daño emergente. Razón suficiente para que no se le reconozca ninguna suma indemnizatoria por esta tipología de perjuicios a la parte demandante, en tanto que no se encuentra probada, máxime, cuando la Corte Suprema de Justicia fue totalmente clara en indicar que éstos no se presumen, sino que se deben probar, hecho que como ya se expuso no se cumplió por parte de la activa, y quien únicamente se limitó a presentar un cuadro comparativo dentro del capítulo de “juramento estimatorio”, sin adosar los elementos de convicción que dieron origen a la cuantificación económica pretendida como indemnización.

Por esas razones, solicito respetuosamente se declare probada esta excepción

EXCEPCIONES DE FONDO FRENTE AL CONTRATO DE SEGURO

8. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO

Se propone la presente expresión toda vez que transcurrieron más de dos (2) años entre la fecha en que aparentemente se identificó el incumplimiento contractual (agosto del 2018) cuando se envía el primer requerimiento al contratista, la cual de conformidad con lo descrito en la demanda conllevó a que el 17 de junio del 2019 se emitiera comunicación de notificación de terminación del contrato por incumplimiento del contratista, y la fecha en que se presentó la demanda (18 de enero de 2023).

En lo que respecta a la prescripción, se tiene que es un fenómeno jurídico a través del cual se pueden adquirir derechos o extinguir obligaciones, en efecto, el artículo 2512 del Código Civil establece:

“(...) Artículo 2512. La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción (...)”

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

El Código de Comercio consagra un régimen especial de prescripción en materia de seguros y en su artículo 1081 establece previsiones no sólo en relación con el tiempo que debe transcurrir para que se produzca el fenómeno extintivo, si no también respecto del momento en que el período debe empezar a contarse. Al respecto señala la mencionada disposición:

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

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

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes (...)". (Negrita por fuera del texto original)

Quiere decir lo anterior que, como el presunto incumplimiento contractual, se identificó por el contratante desde el mes de agosto del 2018, cuando se envía el primer requerimiento al contratista, la cual de conformidad con lo descrito en la demanda conllevó a que el 17 de junio del 2019 se emitiera comunicación de notificación de terminación del contrato por incumplimiento del contratista, es desde esa fecha que comienza a computarse el término de prescripción. Sobre el particular, se pueden sintetizar los hitos temporales para sintetizar

la configuración del fenómeno de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, así:

Notificación del incumplimiento contractual	17 de junio del 2019	Empieza a correr el término de prescripción desde el 18 de junio del 2019 el cual inicialmente vencería el 18 de junio del 2021.
Suspensión de término por Emergencia Sanitaria COVID-19	Del 12 de marzo del 2020 hasta el 30 de junio del 2020	A partir del 01 de julio del 2020 inicia nuevamente el término de prescripción, <u>hasta el 04 de octubre del 2021</u>
Presentación de la solicitud de conciliación.	25 de agosto del 2021	Se suspende el término de prescripción (por 78 días)
Celebración audiencia de conciliación.	11 de noviembre del 2021	Se reanuda el término de prescripción.
Fecha de presentación de la demanda.	<u>18 de enero de 2023</u>	<u>Se presentó la demanda cuando las acciones derivadas del contrato de seguros estaban prescritas, pues la fecha límite para presentar la demanda era el 21 de diciembre del 2021</u>

Así las cosas, el asegurado tenía hasta el día 21 de diciembre del 2021 para evitar que se configurara la prescripción ordinaria y presentar reclamación directa a la aseguradora; sin embargo, el apoderado judicial de la activa radicó la demanda pasada esta fecha, esto es, hasta el 18 de enero del 2023, como se observa a continuación:

Fecha de Actuación	Actuación	Anotación	Fecha inicia Término	Fecha finaliza Término	Fecha de Registro
2023-01-19	Auto libra mandamiento ejecutivo	libra mandamiento			2023-01-25
2023-01-18	Radicación de Proceso	Actuación de Radicación de Proceso realizada el 18/01/2023 a las 11:58:17	2023-01-18	2023-01-18	2023-01-18

En consecuencia, solicito se declare probada la excepción de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro por encontrarse probada, desestimando así cualquier pretensión a cargo de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

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

De los documentos obrantes en el plenario, se logra apreciar que la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, de manera unilateral condicionó la revisión y aprobación de los documentos entregables por MC Construcciones, a la revisión de un tercero que no hacia parte del contrato FSP-040/2016, hecho que modificó la cláusula octava del contrato de prestación de servicios garantizado, y que no fue informado a la Compañía, y que de tal suerte, implica que, por un lado, no haya cobertura para un contrato

que no corresponde al garantizado, y por otro, que se haga aplicación al presupuesto normativo inserto en el Art. 1060 del C. Co., respecto de la modificación del estado del riesgo sin notificación al asegurador.

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

Aterrizando lo expuesto al caso en concreto, encontramos que el Contratante de manera unilateral, y desconociendo plenamente las obligaciones de las partes, que fueron consignadas en el contrato de prestación de servicios FSP040/2016, realizó modificaciones al mismo, sin que dichas modificaciones y cambios fueran informados a la compañía aseguradora, y así eventualmente la misma generar los ajustes pertinentes a la póliza. Pero atendiendo que ello, no ocurrió, y que por el contrario el contratante guardó silencio respecto de las modificaciones efectuadas al contrato FSP-040/2016, es claro que (i) partiendo que la aseguradora a su libre arbitrio decide aparar uno o algunos de los riesgos que estén expuestos al interés del contratante, la aseguradora debe tener conocimiento previo de ello, (ii) se configura una exclusión respecto de la amparo y cobertura que la póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares, tiene incluida y que evidentemente era de conocimiento tanto del beneficiario bajo su propio interés, y del afianzado.

Es importante tener en cuenta que del hecho de que, la activa, en su calidad de contratante, de manera unilateral decidió realizar modificaciones al contrato de prestación de servicios FSP-040/2016, específicamente la cláusula octava donde se pactaron las obligaciones de las partes, resaltando que dentro de dicha causal, la activa se había obligado, en manera conjunta **únicamente** con el Gerente del Proyecto y profesionales determinados a realizar la revisión y aprobación de los documentos entregables por parte de MC Construcciones y Consultorías S.A.S., como se observa:

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS No. FSP-040/2016

PARÁGRAFO SEGUNDO: Además de las obligaciones indicadas en este artículo EL CONTRATISTA se obliga a:

a) La entrega de dos (02) juegos de planos de cada proyecto técnico debidamente firmados y dos (2) impresas de los documentos correspondientes a presupuesto, programación, especificaciones de acabados y de proceso constructivo, pliegos de licitación, etc.

b) Los siguientes estudios deberán estar avalados así:

• Estudios y permisos ambientales	Ing. Javier Urrea Ayala.
• Diseño y cálculo estructural y de elementos no estructurales.	Ing. Carlos Alberto Rizo.
• Diseños Hidrosanitarios y Red Contraincendios.	Ing. Javier Urrea Ayala.
• Diseños Eléctrico, Telefónico, Voz y Red de Datos, Apantallamiento.	Ing. Nelson Saavedra.
• Diseños de redes de gas propano y/o gas natural.	Gases de Occidente.
• Diseño y cálculo de aire acondicionado y ventilación mecánica	Ing. Carlos A. Medrano.
• Diseño vías vehiculares y peatonales.	Ing. Jairo Cerón Palacios.
• Especificaciones técnicas de construcción.	Arq. Carlos Enrique Ararat.
• Presupuesto detallado de obra, Programación de obra.	Arq. Carlos Enrique Ararat.
• Pliegos de Licitación para construcción.	Arq. Carlos Enrique Ararat.
• Coordinador de diseños.	Arq. Carlos A. Bernal G.

c) Entregables:

- I. Anteproyectos técnicos coordinados con el diseñador arquitectónico, ajustados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- II. Avance presupuesto inicial, programación inicial, pliegos de licitación, debidamente revisados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- II. Proyectos técnicos coordinados con el diseñador arquitectónico, ajustados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- III. Presupuesto inicial, programación inicial, pliegos de licitación, debidamente revisados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.

Pese a lo anteriormente resaltado, y lo cual se encuentra consignado en el contrato fsp-040/2016, la Fundación Portuaria Regional de Buenaventura decidió de manera unilateral,

incluir una tercera persona (Dimel Ingeniería S.A.), para que efectuar observaciones, revisión y aprobación de los documentos que debía entregar el Contratista, exponiendo que sin importar la opinión del contratista, se adapte a tal decisión, como se observa:

La amplia experiencia de la Sociedad Portuaria de Buenaventura en el desarrollo de complejos proyectos de infraestructura, así como la autonomía que nos cobija, nos permite asumir como desarrollo lógico de nuestros proyectos, que el Constructor, en este caso Dimel Ingeniería, no se limite exclusivamente a la ejecución de obra, sino que también asuma la revisión preliminar de diseños y cantidades de obra con el acompañamiento de los especialistas, tanto del constructor, interventor, así como indispensablemente con el concurso de los diseñadores. A pesar de su opinión sobre nuestro proceder, esta es la manera en que nuestra compañía adelanta sus proyectos, por lo cual agradecemos su adaptación.

Colindando con lo anterior, es claro que dichas modificaciones éstas relacionadas sólo de manera enunciativa, que no fueron informadas a la Aseguradora, lo cual claramente sustituyó las condiciones del contrato garantizado, es decir aquellas bajo las cuales mi mandante inicialmente aceptó que se le trasladara el riesgo, o sea que se le cambió la identidad de lo que era materia de la cobertura y por ende extrañas al riesgo amparado y a la condición suspensiva que sujeta el nacimiento de la obligación de indemnizar, según los Arts. 1054, 1056, 1072, 1077 y 1080 del C. de Co.

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

Por lo expuesto, la obligación indemnizatoria que se persigue en contra de mi mandante es inexistente, en virtud de la inexistencia de cobertura de la póliza de seguro, como quiera

que, en efecto, la convención asegurada fue modificada o sustituida y al asegurador no se le informó ni se le pidió su consentimiento para el amparo del riesgo de incumplimiento de las obligaciones y del contrato así sustituido; es decir, por sustitución de la convención que fue asegurada inicial, lo cual corresponde a un riesgo distinto del asegurado, en aplicación del artículo 1056 del Código de Comercio; siendo menester entonces que el Juzgador la exonere de cualquier responsabilidad.

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

10. TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO DE SEGURO, Y, EN CONSECUENCIA, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. POR LA AGRAVACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO Y LA AUSENCIA DE NOTIFICACIÓN AL ASEGURADOR, CONFORME EL ARTÍCULO 1060 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y POR LO ESTIPULADO EN LA PÓLIZA

Esta excepción se plantea con el propósito de explicar al Despacho que, la obligación indemnizatoria que se deprecia en contra de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., en virtud de la póliza de seguro por ella expedida, es inexistente por cuanto que, el contrato terminó de manera automática por no haberse notificado oportunamente la agravación del riesgo asegurado. En efecto, como se anunció, las implicaciones del cambio de las condiciones y obligaciones del contrato garantizado, a más de sustituir las obligaciones que eran objeto de garantía con la póliza, como se está explicando, adicionalmente comportaron una agravación del riesgo de incumplimiento, configurándose la causal legal de la terminación automática del seguro, según lo estatuido en el Código de Comercio, artículo 1060, debido a que esa variación del riesgo asegurado, incrementó ostensiblemente la posibilidad de realización de un siniestro, acentuándolo anormalmente,

porque adicionalmente no le fue informada tal potencialización de su peligrosidad a la Aseguradora, y este es el presupuesto normativamente consagrado, que genera tal efecto fulminante del contrato de seguro, que conlleva la exoneración del asegurador.

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

2.6 LOS PERJUICIOS QUE SE REFIERAN AL INCUMPLIMIENTO ORIGINADO POR MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL CONTRATO ORIGINAL, SALVO QUE SE OBTENGA LA AUTORIZACION PREVIA POR ESCRITO DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA., ENTIDAD COOPERATIVA MEDIANTE LA EMISION DEL CORRESPONDIENTE CERTIFICADO DE MODIFICACION.

Independientemente de lo expuesto en líneas precedentes, sobre el cambio que hizo al contratante, sin notificarlo a la Aseguradora, del contrato garantizado y de las repercusiones que esto implica, en cuanto se sustituyó la identidad de lo que era materia de la protección otorgada, de manera que mi mandante no puede ser obligada a pago alguno respecto de los nuevos términos del renovado de facto negocio jurídico, cuyas condiciones le son inoponibles a mi defendida y su eventual incumplimiento resulta inane, por ser diferente al cumplimiento del riesgo que se aseguró, lo que en este ítem se ha indicado, es que esa situación además dio lugar a que se produjera una agravación del estado del riesgo, incluso si se sostuviera que aquella mutación no significó un cambio del objeto del contrato, ya que de todas maneras sí se produjo una alteración respecto de los términos bajo los cuales se

desarrollaría el contrato porque al incluir a un tercero en la revisión de los entregables del contratista, aparejó un notorio incremento en la peligrosidad de que se produjera el incumplimiento, es decir, agravando el riesgo, sin que las partes hubieran notificado a mi procurada dentro de los diez días posteriores a tal variación del estado del riesgo, de lo cual se derivó el efecto jurídico dispuesto en el mentado artículo 1060 del Código de Comercio¹⁷, porque acrecentó de manera ostensible e irregular, el grado de exposición o la potencialidad del incumplimiento del contratista.

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

Es importante tener en cuenta que esta agravación se deriva, del hecho de que, la activa, en su calidad de contratante, de manera unilateral decidió realizar modificaciones al contrato de prestación de servicios FSP-040/2016, específicamente la cláusula octava

¹⁷ De conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio: “(...) El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local (...) **La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación (...)**”. Negrita por fuera del texto original.

donde se pactaron las obligaciones de las partes, resaltando que dentro de dicha causal, la activa se había obligado, en manera conjunta únicamente con el Gerente del Proyecto y profesionales determinado a realizar la revisión y aprobación de los documentos entregables por parte de MC Construcciones y Consultorías S.A.S., sin embargo, pese a lo pactado en dicho contrato de prestación de servicios, la Fundación Portuaria Regional de Buenaventura decidió de manera unilateral, incluir una tercera persona (Dimel Ingeniería S.A.), para que efectuar observaciones, revisión y aprobación de los documentos que debía entregar el Contratista, sin que ello quedara pactado de manera pertinente en un documento adicional (otrosí), generando modificaciones al contrato objeto del litigio, como se observa:

- Contrato FSP-040/2016 Clausula Octava – Parágrafo Segundo:

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS No. FSP-040/2016

PARÁGRAFO SEGUNDO: Además de las obligaciones indicadas en este artículo EL CONTRATISTA se obliga a:

a) La entrega de dos (02) juegos de planos de cada proyecto técnico debidamente firmados y dos (2) impresas de los documentos correspondientes a presupuesto, programación, especificaciones de acabados y de proceso constructivo, pliegos de licitación, etc.

b) Los siguientes estudios deberán estar avalados así:

• Estudios y permisos ambientales	Ing. Javier Urrea Ayala.
• Diseño y cálculo estructural y de elementos no estructurales.	Ing. Carlos Alberto Rizo.
• Diseños Hidrosanitarios y Red Contraincendios.	Ing. Javier Urrea Ayala.
• Diseños Eléctrico, Telefónico, Voz y Red de Datos, Apantallamiento.	Ing. Nelson Saavedra.
• Diseños de redes de gas propano y/o gas natural.	Gases de Occidente.
• Diseño y cálculo de aire acondicionado y ventilación mecánica	Ing. Carlos A. Medrano.
• Diseño vías vehiculares y peatonales.	Ing. Jairo Cerón Palacios.
• Especificaciones técnicas de construcción.	Arq. Carlos Enrique Ararat
• Presupuesto detallado de obra, Programación de obra.	Arq. Carlos Enrique Ararat
• Pliegos de Licitación para construcción.	Arq. Carlos Enrique Ararat
• Coordinador de diseños.	Arq. Carlos A. Bernal G.

c) Entregables:

- I. Anteproyectos técnicos coordinados con el diseñador arquitectónico, ajustados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- II. Avance presupuesto inicial, programación inicial, pliegos de licitación, debidamente revisados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- II. Proyectos técnicos coordinados con el diseñador arquitectónico, ajustados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- III. Presupuesto inicial, programación inicial, pliegos de licitación, debidamente revisados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.

- Comunicado de fecha 31 de agosto del 2018 enviado al Contratista por parte del contratante, donde se observa la modificación a la cláusula octava, parágrafo segundo del contrato FSP040/2016.

La amplia experiencia de la Sociedad Portuaria de Buenaventura en el desarrollo de complejos proyectos de infraestructura, así como la autonomía que nos cobija, nos permite asumir como desarrollo lógico de nuestros proyectos, que el Constructor, en este caso Dimel Ingeniería, no se limite exclusivamente a la ejecución de obra, sino que también asuma la revisión preliminar de diseños y cantidades de obra con el acompañamiento de los especialistas, tanto del constructor, interventor, así como indispensablemente con el concurso de los diseñadores. A pesar de su opinión sobre nuestro proceder, esta es la manera en que nuestra compañía adelanta sus proyectos, por lo cual agradecemos su adaptación.

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

Retomando lo expuesto sobre el efecto liberador del artículo 1060 citado, no puede echarse de menos que, el deber de mantener el estado del riesgo, no es una obligación *stricto sensu*, sino una carga que invariablemente “(...) *cumple el confesado propósito de preservar, durante la ejecución del contrato mismo, las condiciones esenciales que condujeron a que ese asentimiento fuera expresado, y, por tanto, a la contratación del seguro, de forma tal que en todo momento, en lo fundamental, **se mantenga la ecuación necesaria entre el riesgo asegurado y el precio del contrato** (...)”¹⁸ (negrilla y Sublínea por fuera del texto original).*

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

Se itera que, la alteración de las condiciones bajo las cuales mi representada se obligó en virtud de la Póliza vinculada, y la inexistencia de la notificación oportuna frente a dicha situación y frente a las circunstancias que agravaban el riesgo y que, además, el contratista y el asegurado conocieron y no informaron a la Compañía, permiten concluir de forma indiscutible, que el referido aseguramiento terminó de manera automática desde el momento en que se venció la oportunidad que tenía el consorcio asegurado para notificar a la Compañía de dichas situaciones; o expresado de otra manera, desde el momento en que incurrió en mora en el cumplimiento de la carga que el artículo 1060 del Código de

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de julio del 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Comercio le imponía¹⁹, o en subsidio el mero cambio de las obligaciones convenciones, la alteración de facto de las obligaciones pactadas inicialmente, constituyó una mutación al contrato garantizado, que por supuesto resulta ajena a la protección brindada por mi representada.

Con todo, confirmado que en este caso efectivamente se produjo una alteración en las condiciones pactadas inicialmente en el negocio jurídico que mi prohijada garantizó mediante la Póliza que aquella expidió y con ello, una agravación del estado del riesgo que inicialmente mi mandante consintió que se le trasladara, es claro que el aseguramiento terminó de manera automática, siendo inexistente la obligación indemnizatoria que en esta instancia se persigue por el extremo actor.

Por lo expuesto, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

11. RIESGO EXPRESAMENTE EXCLUIDO DE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA DE SEGUROS No. 430 45 994000011350

Sumado a lo anterior, y sin que ello signifique que se está reconociendo la existencia de una obligación a cargo de mi procurada, se propone esta excepción teniendo en cuenta que, las condiciones generales de la póliza de seguros expedida por mi mandante, las cuales establecen los parámetros que enmarcan la obligación condicional de mi representada y delimitan la extensión del riesgo asumido por ella, establecen una causal de exclusión de la obligación indemnizatoria concertada en dicho contrato que en este caso se hace plenamente aplicable, la excepción 2.6 debido a una modificación al contrato que NO fue informada a la compañía, y la excepción 2.1 ya que se presentó un evento de fuerza

¹⁹ ANDRÉS ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004. Pág. 68.

mayor debido al paro general dado la ciudad de Buenaventura, y que quedó consignado en el Otrosí No. 4, que se adosó al expediente.

Antes que nada, se debe indicar que, tal como lo señala el artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador puede, a su arbitrio, delimitar los riesgos que asume: “(...) Art. 1056.- Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado (...)”.

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

Así pues, debe observarse que en el condicionado de la póliza vinculada se concertó lo siguiente:

2. EXCLUSIONES

EL PRESENTE SEGURO NO AMPARA

- 2.1 LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS CUANDO EXISTA FUERZA MAYOR, CASO FORTUITO O CUALQUIER OTRA CAUSAL DE EXONERACION DE RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA DEUDOR.
- 2.2 LAS PERDIDAS O DANOS CAUSADOS POR EL ASEGURADO, POR SUS REPRESENTANTES LEGALES, DIRECTORES O ADMINISTRADORES O CON SU COMPLICIDAD.
- 2.3 LAS CAUCIONES PENALES O MULTAS IMPUESTAS AL CONTRATISTA DEUDOR, LAS CUALES SERAN DE SU CARGO EXCLUSIVO.
- 2.4 LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEL CONTRATISTA DEUDOR.
- 2.5 LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE TOMAR OTROS SEGUROS PREVISTA EN EL CONTRATO GARANTIZADO.
- 2.6 LOS PERJUICIOS QUE SE REFIERAN AL INCUMPLIMIENTO ORIGINADO POR MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL CONTRATO ORIGINAL, SALVO QUE SE OBTENGA LA AUTORIZACION PREVIA POR ESCRITO DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA., ENTIDAD COOPERATIVA MEDIANTE LA EMISION DEL CORRESPONDIENTE CERTIFICADO DE MODIFICACION.

PARAGRAFO: EN LA HIPOTESIS PREVISTA EN EL NUMERAL 2.1 ANTERIOR, EL CONTRATANTE ASEGURADO TIENE LA OBLIGACION DE PRORROGAR EL PLAZO ESTIPULADO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES, O DE HACER UNA MODIFICACION DE LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES TENIENDO EN CUENTA LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ORIGINARON LA CAUSAL DE EXONERACION DE RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA.

En ese orden de ideas, entendiendo que, de acuerdo con los argumentos anteriores, en el negocio jurídico inicialmente garantizado por mi mandante se introdujeron modificaciones que no fueron previa y oportunamente notificadas a la Aseguradora, respecto de las obligaciones del contratante en el contrato garantizado, se configura plenamente esta causal de exclusión del numeral 2.6., y que además la 2.1 partiendo que dentro de la ejecución del contrato se presentó una circunstancia de fuerza mayor, que quedo consignada en el Otrosí No. 4. siendo inviable la afectación del contrato de seguro y, por consiguiente, inexistente la obligación indemnizatoria que se pretender en contra de mi prohijada.

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

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

12. AUSENCIA DE COBERTURA EN RELACIÓN CON PERJUICIOS CAUSADOS EN LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS DISTINTOS AL GARANTIZADO

Según la relación de hechos de la demanda, el detrimento invocado por el extremo accionante, se generó en la ejecución de un contrato completamente diferente al garantizado por mi mandante, por lo que el pago de los perjuicios que se hayan eventualmente generado, y que aquí no están probados, en negocios jurídicos no garantizados por representada no pueden resultarles atribuibles a aquella, quien tampoco estaría legitimada en la causa por pasiva para ser vinculada a este proceso.

Como se ha desarrollado a lo largo del presente escrito, resulta fundamental reiterar que la hoy demandante pretende el resarcimiento de presuntos perjuicios derivados de un contrato de obra celebrado con una tercera persona (Dimel Ingeniería S.A.), diferente a las involucradas en el contrato de seguro establecido dentro de la póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 430 45 994000011350, pues los argumentos fácticos del escrito genitor, refiere que *“el contrato FSP-006/2018 celebrado entre la fundación sociedad Portuaria Regional de Buenaventura “Fabio Grisales Bejarano” y la sociedad Dimel Ingeniería S.A., para la construcción del mencionado colegio ha presentado un sobrecosto*, esta circunstancia de manera clara, expone sobre que contrato se han presentado los perjuicios, dentro del cual evidentemente no está MC Construcciones y Consultoría S.A.S, empresa que figura como afianzado dentro del contrato de seguro que emitió mi representada y como se observa de la caratula de la póliza, así:

DATOS DEL AFIANZADO		FECHA DE EXPEDICIÓN	FECHA DE IMPRESIÓN
NOMBRE:	MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S	IDENTIFICACIÓN: NIT	900.598.357-5
DIRECCIÓN:	AV6N 17N 92 OF808	CIUDAD:	CALI, VALLE DEL CAUCA
		TELÉFONO:	6026534406
DATOS DEL ASEGURADO Y BENEFICIARIO			
ASEGURADO:	FUNDACION SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA - FABIO GRISALES	IDENTIFICACIÓN: NIT	800.250.782-5
BENEFICIARIO:	FUNDACION SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA - FABIO GRISALES	IDENTIFICACIÓN: NIT	800.250.782-5
AMPAROS			
GIRO DE NEGOCIO: CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS			
DESCRIPCION AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
CONTRATO			
CUMPLIMIENTO	12/12/2016	30/12/2018	39,724,420.00
ANTICIPO	12/12/2016	30/10/2018	54,754,704.00
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E IND	12/12/2016	30/08/2021	39,724,420.00
CALIDAD DEL SERVICIO	12/12/2016	30/12/2018	39,724,420.00
BENEFICIARIOS			
NIT 800250782 - FUNDACION SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA - FABIO GRISALES			
POLIZA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS:			
*** OBJETO DE LA GARANTIA ***			
MEDIANTE EL PRESENTE ANEXO SE DEJA CONSTANCIA DEL ACTA DE SUSPENSION DE FECHA 24 DE AGOSTO DE 2018.			
NOTA: SE ACLARA EL NUMERO DEL CONTRATO FSP - 040/2016.			
EL OBJETO DE LA PRESENTE POLIZA ES GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONTRATISTA DERIVADAS DE CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. FSP-040/2016, DE FECHA 05 DE DICIEMBRE DE 2016, CELEBRADO ENTRE LAS PARTES, RELACIONADO CON EL SIGUIENTE OBJETO: LA ELABORACIÓN DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS TÉCNICOS COMPLEMENTARIOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA NUEVA SEDE DEL COLEGIO BARTOLOME DE LAS CASAS (CBC) EN EL DISTRITO DE BUENAVENTURA.			
LOS DEMAS TERMINOS Y CONDICIONES NO MODIFICADOS CONTINUAN IGUAL.			

Colindado con el apartado antes expuesto, resulta ser claro que las parte del contrato de seguro que emitió Aseguradora Solidaria fueron MC Construcciones y Consultoría S.A.S. , como Afianzado, y Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura como beneficiario, dentro del cual el objeto de dicha póliza es “garantizar el pago de perjuicio derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista **derivadas del contrato de prestación de servicio FSP-040/2016**”, en ese orden de ideas, es evidentemente claro, que mi procurada en ningún momento generó una póliza que garantizara el pago de perjuicios derivados de un contrato celebrado entre Dimel Ingeniería S.A., como constructora de la obra y la Fundación Sociedad Regional de Buenaventura.

Así las cosas, es pertinente aclarar que al encontrar que la hoy activa, pretende el reconocimiento de unos perjuicios derivados de un contrato completamente diferente al garantizado por mi procurada, es claro que el contrato aseguraticio que sirvió de base para vincular a la Asegurado Solidaria NO presta cobertura a frente a los perjuicios causados con ocasión al desarrollo de un contrato diferente al FSP-040/2016.

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

Es necesario aclarar que, para que nazca a la vida jurídica la obligación condicional del asegurador, es requisito que el solicitante del amparo demuestre tanto la realización del riesgo asegurado, como también la cuantía de la pérdida. En tal virtud, si no se prueban estos dos elementos (la realización del riesgo asegurado y la cuantía de la pérdida) la prestación condicional de la aseguradora no nace a la vida jurídica y no podrá hacerse efectiva la póliza. Dado que en el presente caso no se demostró la realización del riesgo asegurado, es decir, el incumplimiento contractual del afianzado porque, en primer lugar, no se demostró un nexo de causalidad entre los hechos reprochados y el daño alegado por el demandante, toda vez que, como se dijo en líneas precedente, se configura una orfandad probatoria que permitan esclarecer las circunstancias en las que se presentó el presunto incumplimiento contractual en cabeza de MC Construcciones, es claro que no nació obligación de indemnizar por parte de los demandados.

Así entonces, para efectos de solicitudes de indemnización por los riesgos amparados, la carga probatoria gravita sobre la parte demandante. En ese sentido, el artículo 1072 del Código de Comercio, estableció:

*“(...) **ARTÍCULO 1072. <DEFINICIÓN DE SINIESTRO>. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado (...)**” (subrayado y negrilla fuera del texto original)*

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

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

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

*Pero hay más. Aunque dicha obligación es exigible desde el momento en que ocurrió el siniestro, **el asegurador, ello es medular, no está obligado a efectuar el pago hasta tanto el asegurado o beneficiario le demuestre que el riesgo se realizó y cuál fue la cuantía de su pérdida.** (...) Por eso el artículo 1080 del Código de Comercio establece que “el asegurador estará obligado a efectuar el pago...[cuando] el asegurado o beneficiario acredite,*

aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077”. Dicho en breve, el asegurador sabe que tiene un deber de prestación, pero también sabe que mientras el acreedor no cumpla con una carga, no tendrá que pagar (...)”

“(…) Se dirá que el asegurado puede acudir al proceso declarativo, y es cierto; pero aunque la obligación haya nacido y sea exigible, la pretensión fracasará si no se atiende la carga prevista en el artículo 1077 del Código de Comercio, porque sin el cumplimiento de ella el asegurador no debe “efectuar el pago” (C. de CO., art. 1080) (...)”²⁰ (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 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1072 del Código de Comercio. 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.

De conformidad con lo estipulado en las condiciones específicas la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 430-45-994000011350, toda vez que de la mera lectura podemos concluir que el riesgo asegurado no se realizó. Se aclara que, mediante el referido contrato de seguro, en virtud de la cual se vinculó a mi procurada al

²⁰ 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.

presente litigio, la aseguradora cubre la responsabilidad civil contractual atribuible al afianzado nombrado en la carátula de la póliza cuando este sea civilmente responsable de acuerdo con la legislación colombiana y a los términos, estipulaciones, excepciones y limitaciones contempladas en la póliza. Sin embargo, en este caso encontramos que tal riesgo no se estructuró, pues de acuerdo a los medios de prueba obrantes en el expediente, la parte activa del litigio no logró demostrar y acreditar las circunstancias sobre las cuales específicamente se presentó el presunto incumplimiento contractual por parte de MC Construcciones en su calidad de codemandado, por lo tanto, no cumplió con su carga procesal y legal de demostrar la ocurrencia del siniestro, es decir, existe una fractura del nexo causal y, por ende, la negación de todas las pretensiones de la demanda.

Colindando con lo anteriormente expuesto, resulta útil reiterar que la Fundación NO logró de manera cierta y acompañado por un sustento probatorio especificar de donde nace el valor de la cuantía prendida como indemnización dentro del presente litigio, pues el escrito genitor se caracteriza por su orfandad probatoria, y únicamente se observa dentro de la demanda, un cuadro comparativo de valor económicos, que resultan ser inciertos, y evidentemente su originalidad es discutible, ya que los mismos no fueron soportados siquiera sumariamente, y en ese entendido, se infiere que no ha existido ningún tipo de afectación en el patrimonio de la hoy demandante, pues tampoco ha demostrado que el valor reclamado, salió de su patrimonio.

En virtud de la clara inexistencia de responsabilidad del asegurado, la aseguradora deberá ser absuelta de cualquier responsabilidad indemnizatoria, pues al tenor del amparo contratado, se estipuló que mi representada cubre la responsabilidad en que incurra el afianzado. Sin embargo, el demandante no logró estructurar los elementos constitutivos para que se predique la responsabilidad a cargo del afianzado y con eso se torna imposible acceder a reconocimientos económicos que deba asumir la aseguradora, pues el riesgo amparado no se configuró.

En conclusión, para el caso en estudio debe señalarse que la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 430-45-994000011350 no podrá ser afectada por cuanto la parte actora no demostró la realización del riesgo asegurado ni su cuantía, pues no se ha presentado un evento en el cual haya sido declarada la responsabilidad civil del asegurado, y no se aportaron pruebas que den cuenta del detrimento invocado por el demandante. Por el contrario, se observa de manera evidente la completa ausencia de elementos materiales probatorios dentro del expediente que permitan endilgar responsabilidad al extremo pasivo, de acuerdo a lo reiteradamente manifestado. De esa forma, como se incumplieron las cargas de que trata el artículo 1072 del Código de Comercio, es claro que no ha nacido la obligación condicional del asegurador.

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

14. MARCO DE LOS AMPAROS OTORGADOS, SU ALCANCE Y LAS CONDICIONES DE LA COBERTURA OTORGADA MEDIANTE EL CONTRATO DE SEGURO CONTENIDO EN LA PÓLIZA DE SEGUROS, EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN QUE EXPLÍCITAMENTE SE AMPARÓ, SUMADO A LA COMPRENSIÓN CONTRACTUAL DE LAS NORMAS LEGALES VIGENTES AL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DEL SEGURO QUE EXONERAN AL ASEGURADOR O LIMITAN LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR ÉL, CONFORME AL ARTÍCULO 38 DE LA LEY 153 DE 1887

Esta excepción se plantea en gracia de discusión, y sin que esto implique que se está asumiendo responsabilidad alguna por parte de mi procurada, para efectos de explicar en primer lugar, que en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la parte aseguradora puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los

riesgos a que está expuesto el interés asegurado, en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio.

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

En otras palabras, las Compañías Aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles riesgos les son transferidos y en este sentido, sólo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual.

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

Consecuentemente, como ya se ha venido explicando, la posibilidad de que surja responsabilidad de la Aseguradora depende estrictamente de las diversas estipulaciones

contractuales, frente a los hechos que se prueben en el proceso, ya que su cobertura exclusivamente se refiere a los riesgos asumidos, según lo pactado y no a cualquier evento, ni a cualquier otro riesgo no previsto convencionalmente, o excluido de amparo.

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

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

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

15. EL SEGURO CONTENIDO EN LA PÓLIZA No. 430-45-994000011350 EMITIDA POR ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., ES DE CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO

Esta excepción se plantea en gracia de discusión y se soporta en el hecho de que el demandante pretermite el contenido de normas de orden público que consagran el carácter meramente indemnizatorio del seguro que sirvió de soporte a la presente demanda. Lo anterior, como se consagra en el artículo 1088 del Código de Comercio, establece que jamás el seguro podrá constituir fuente de enriquecimiento. Asimismo, el artículo 1127 ibídem, sólo obliga al asegurador a indemnizar los perjuicios que cause el asegurado con ocasión de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley, siempre que no esté expresamente excluido en el contrato de seguro. Por lo tanto, con esa condición suprema, la responsabilidad del asegurador que se enmarca dentro del límite máximo asegurado, consistente en la obligación de pagar la indemnización, alcanzará solo hasta el monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado, como lo ordena el artículo 1089 ibídem, también infringida por la parte activa de esta acción.

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

“(...) Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato (...)”²¹ (Negrita por fuera de texto).

²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065.

Es importante mencionar que la materia propia del seguro que sirvió de fundamento a la presente acción, de acuerdo con la naturaleza del riesgo que se protege, es de contenido puramente indemnizatorio conforme a lo preceptuado en el artículo 1088 del Código de Comercio y sólo podrá ser afectado según lo reza el artículo 1127 ibídem. En efecto, según lo normado en el referido precepto, este tipo de seguros es meramente indemnizatorio y jamás podrá constituir una fuente de enriquecimiento, por lo cual, la indemnización únicamente debe ceñirse a los perjuicios que efectivamente se logren acreditar por parte de quien los alega. Sumado al hecho del deber de acreditación, como es apenas, lógico del acaecimiento de alguno de los eventos asegurados en el contrato.

En vista de lo anterior, para el caso concreto, como se expuso en las excepciones de fondo planteadas frente a la demanda, las pretensiones que pretende sean reconocidas por el actor del presente pleito están indebidamente cuantificadas, no sólo por la orfandad probatoria con la que se pretenden demostrar, sino porque no se acredita de manera cierta y real el valor pretendido como indemnización. Esto supone a todas luces un enriquecimiento injustificado de la activa. En consecuencia, al encontrarse una indebida pretensión de enriquecimiento con base en un contrato de seguro, se vulnera la disposición que establece el carácter meramente indemnizatorio del mismo.

En conclusión, de acuerdo a las voces de los artículos 1088 y 1127 del Código de Comercio sobre el carácter indemnizatorio del seguro y la responsabilidad del asegurador frente a la obligación indemnizatoria, en el caso particular se observa que, de acuerdo a los pedimentos injustificados, equivocadamente tasados y exorbitantes que hace en conjunto la parte demandante sobre el concepto de daño emergente, siendo evidente la pretensión indebida de enriquecimiento con base en el contrato de seguro, vulnerando el carácter indemnizatorio que reviste al contrato de seguros.

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

16. LÍMITE ASEGURADO DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES PARTICULARES No. 430-45-994000011350 EMITIDA POR LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

Se plantea esta excepción con el fin de demostrar en el presente proceso que, dentro de las condiciones generales del contrato de seguro No. 430-45-994000011350 por medio del cual se vincula a mi representada al presente proceso, en gracia de discusión y sin que la presente constituya el reconocimiento de obligación alguna de mi representada, cabe mencionar que, en el remoto evento y muy improbable escenario de que a mi procurada se le hiciera exigible la afectación del negocio contractual expedido por ella, mediante la cual se aseguró el cumplimiento contractual del afianzado, se estipularon las condiciones, los límites, los amparos otorgados, las exclusiones, las sumas aseguradas, los deducibles pactados, etc. De manera que exclusivamente son estos los parámetros que determinarían en un momento dado la posible responsabilidad que podría atribuirse a mi poderdante, en cuanto enmarcan la obligación condicional que contrajo y las diversas cláusulas del aseguramiento, incluso y sin perjuicio de las estipulaciones que la exoneran de responsabilidad, que pido declarar en el fallo.

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

“(...) ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. El asegurador no estará obligado a responder

si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074 (...)”.

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

“(...) Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización (...)”²².

Téngase en cuenta que expresamente en el certificado de la póliza No. 430-45-994000011350 se estipuló el límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato, y en este punto impera el precepto del artículo 1079 del Código de Comercio, conforme al cual el asegurador estará obligado a responder únicamente hasta la concurrencia de la suma asegurada, sin excepción y sin perjuicio del carácter meramente

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

indemnizatorio que revisten los contratos de seguros, los cuales jamás podrán constituirse en fuente de enriquecimiento.

Ahora bien, exclusivamente en gracia de discusión, sin ánimo de que implique el reconocimiento de responsabilidad en contra de mi representada, se debe manifestar que, en la póliza No. 430-45-994000011350, se indicaron los límites para los diversos amparos pactados, de la siguiente manera:

DESCRIPCION AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
CONTRATO			
CUMPLIMIENTO	12/12/2016	30/12/2018	39,724,420.00
ANTICIPO	12/12/2016	30/10/2018	54,754,704.00
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E IND	12/12/2016	30/08/2021	39,724,420.00
CALIDAD DEL SERVICIO	12/12/2016	30/12/2018	39,724,420.00
BENEFICIARIOS			
NIT 800250782 - FUNDACION SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA - FABIO GRISALES			

Sin embargo, el anterior es el límite máximo asegurado por la vigencia de la póliza, es decir, es el valor máximo por el que estaría llamada a responder mi representada en la totalidad de siniestros o pagos que se deban hacer con ocasión a la vigencia comprendida entre el 12 de diciembre del 2016 hasta el 30 de diciembre del 2018.

En la causa que nos asiste, de acuerdo con los límites máximos establecidos en el contrato aseguraticio, el monto máximo que hipotéticamente correspondería a mi procurada indemnizar, por los hechos reprochados en el libelo genitor, es de **\$ 39.724.420** para el amparo cumplimiento. De manera que ruego a su señoría proceder de conformidad en el momento en el que decida de fondo lo relativo a la relación sustancial que vincula a mi prohijada en esta causa.

De conformidad con estos argumentos, respetuosamente solicito declarar probada la excepción planteada en favor de los derechos e intereses de mi procurada.

17. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO EN LA PÓLIZA 430-45-994000011350 EMITIDA POR LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 C. Co., el valor asegurado se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la Aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismo hechos dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que para la fecha de la sentencia se ha agotado totalmente el valor asegurado no habrá lugar a cobertura alguna.

18. LOS AMPAROS CONCERTADOS EN LA PÓLIZA DE SEGUROS No. 430-45-994000011350 NO SON ACUMULABLES

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

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

1. AMPAROS BASICOS RIESGOS DE INCUMPLIMIENTO

CON SUJECION A LAS CONDICIONES DE LA PRESENTE POLIZA, ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA, ENTIDAD COOPERATIVA CUBRE LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES QUE SUFRA DIRECTAMENTE EL CONTRATANTE O RECEPTOR DE LA OFERTA (ACREEDOR DE LAS OBLIGACIONES QUIEN ES EL ASEGURADO), SEGUN LO INDICADO EN LA CARATULA DE LA PRESENTE POLIZA, POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA U OFERENTE (DEUDOR DE LA OBLIGACION) OCURRIDO DURANTE LA VIGENCIA DEL SEGURO EN RELACION CON:

- 1.1 LA OFERTA DE CELEBRAR UN CONTRATO, INDICADA EN LA CARATULA DE LA POLIZA.
- 1.2 AQUELLAS OBLIGACIONES NACIDAS DEL CONTRATO QUE EXPRESAMENTE SEAN INDICADAS EN LA CARATULA DE LA PRESENTE POLIZA, BAJO LAS SIGUIENTES GARANTIAS:
 - 1.2.1 GARANTIA DE CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACION PRINCIPAL EMANADA DEL CONTRATO A CARGO DEL CONTRATISTA.
 - 1.2.2 GARANTIA DE CORRECTA UTILIZACION E INVERSION DE DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO POR ANTICIPADO AL CONTRATISTA PARA EJECUCION DEL CONTRATO.
 - 1.2.3 GARANTIA DEL PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES A QUE ESTA OBLIGADO EL CONTRATISTA, EN RELACION CON EL PERSONAL UTILIZADO PARA LA EJECUCION DEL CONTRATO.
 - 1.2.4 GARANTIA DE QUE LA OBRA EJECUTADA POR EL CONTRATISTA, EN CONDICIONES NORMALES DE USO, NO SUFRA DETERIOROS QUE IMPIDAN EL SERVICIO PARA EL CUAL FUE CONCEBIDA.
 - 1.2.5 GARANTIA DE QUE EL SERVICIO O LOS BIENES OBJETO DEL CONTRATO GARANTIZADO CUMPLA CON LAS ESPECIFICACIONES MINIMAS PREVISTAS EN EL CONTRATO.
 - 1.2.6 GARANTIA DE QUE LOS EQUIPOS QUE SUMINISTRE O INSTALE EL CONTRATISTA FUNCIONEN EN FORMA CORRECTA.

PARAGRAFO: EN EL TEXTO DE ESTA POLIZA, LO DICHO CON RESPECTO DEL CONTRATO, SE ENTENDERA IGUALMENTE APLICABLE A LA OFERTA CUANDO ELLO RESULTARE PERTINENTE.

Colindando con lo anterior, resulta necesario exponer que los amparos básicos del contrato de seguro póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares, es bastante claro respecto de su operación, frente a cubrir los perjuicios patrimoniales que sufra el contratante, siempre y cuando se encuentre que se incumplió el contrato garantizado en la póliza, con relación a (i) las obligaciones de los contratantes, o (ii) correcta utilización del anticipo o (iii) la garantía de la obra ejecuta, hecho que evidentemente debe ser probado y que en el caso bajo marras no ocurrió. Sin perjuicio de ello, también se debe ser claro, en que los amparos incluidos en la póliza no son acumulables entre ellos, razón por la cual los mismo han sido discriminados de manera clara, como se observa en el apartado anterior, recordando que el objeto del contrato de seguro es resarcitorio, y no lucrativo, y en efecto, NO se pueden afectar dos o más amparos, que tiene como fin indemnizar a la misma persona, y es por ello que atendiendo la independencia de cada amparo, se genera un valor asegurado individual, por el posible riesgo que se presente.

Consecuentemente, los presupuestos fácticos y de tiempo en los que se concertó cada amparo, implican que **no pueden operar de forma acumulada**. Siendo imposible de atender cualquier petición que la parte demandante eleve ante el Despacho atinente a exigir a mi prohijada una indemnización bajo la cual se afecten de manera simultánea o conjunta todos o varios de los amparos otorgados en el aseguramiento aquí analizado.

Por lo anterior, solicito declarar probada esta excepción.

19. INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., Y MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORÍA S.A.S.

Esta excepción se propone con fundamento en que la solidaridad surge exclusivamente cuando la Ley o la convención la establecen. En el caso que nos ocupa, la fuente de las obligaciones de mi procurada está contenida en el contrato de seguro y en él no está convenida la solidaridad entre las partes del contrato.

La H. Corte Suprema de Justicia²³ ha señalado que la solidaridad es una imposición para los agentes a quienes se les atribuye la autoría de un daño, sin embargo, mi representada no era parte del vínculo contractual, y sobre el mismo no se generaron en cabeza de la misma. Recuérdese que la fuente de la solidaridad es la Ley, el testamento o el contrato y, en el caso que nos ocupa, no existe norma o pacto que establezca que mi representada deba ser condenada de forma solidaria.

Ahora bien, en lo concerniente a la solidaridad convenida entre las partes la Corte²⁴ igualmente se ha ocupado de ella al señalar lo siguiente:

²³ Sentencia SC780-2020. M.P. Ariel Salazar Ramírez

²⁴ Ibidem

*“(…) **La solidaridad contractual civil debe ser declarada expresamente cuando la ley no la establece, por ello jamás se presume.** De ahí que es un mandato de carácter sustancial, ya que impone una obligación material al responsable solidario frente a los sujetos activos de la relación jurídica.*

*Ni la prescripción ni la solidaridad son, por lo tanto, elementos “accesorios” de la relación jurídico-sustancial o derecho material. Si la acción sustancial está prescrita el demandante no tiene ningún derecho y el demandado no es civilmente responsable; y **si el deudor contractual no es responsable in solidum, entonces no está obligado a pagar el total de la indemnización.** Desde luego que se trata de una cuestión fundamental y no de un tema secundario (…)” (Negrilla y sublínea fuera de texto).*

En atención a ello, reitero, no existen elementos fácticos ni jurídicos que permitan determinar que mi procurada sea civil y solidariamente responsable de los perjuicios patrimoniales presuntamente sufridos la activa.

Debe aclararse que las obligaciones de la aseguradora que represento están determinadas por el límite asegurado para cada amparo, por las condiciones del contrato de seguro y por la normatividad que lo rige. Por lo tanto, la obligación indemnizatoria que remotamente podría surgir a su cargo está estrictamente sujeta a las estipulaciones contractuales y al límite asegurado para el amparo cumplimiento, con sujeción a las condiciones de la póliza.

Solicito señor juez declare probada la presente excepción.

20. SUBROGACIÓN

Se formula esta excepción, en gracia de discusión y sin que implique reconocimiento de responsabilidad alguna a cargo de mi procurada, ya que si se llegara a demostrar dentro del proceso que se cumplió la condición de la que pende la obligación de afectar el contrato de seguro en el amparo solicitado, es decir, si se produjo el incumplimiento de las obligaciones del afianzado y en tal virtud mi representada fuera obligada a efectuar algún pago al beneficiaria del seguro, esta situación se originaría si la sociedad MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIA S.A.S., hubiera incumplido las obligaciones contractuales contraídas con la firma del contrato de prestación de servicio FSP-040/2016; esto, constituiría entonces la causa del siniestro que estaría indemnizando la aseguradora, como garante ante la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura “Fabio Grisales Bejarano” , del cumplimiento de las obligaciones a cargo del afianzado.

En este punto, es importante resaltar que la subrogación a la luz del artículo 1666 del Código Civil fue definida de la siguiente manera:

“(...) ARTICULO 1666. <DEFINICION DE PAGO POR SUBROGACION>. La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga. (...)”

A su vez, el art. 1096 del Código de Comercio, que es norma especial aplicable al contrato de seguro reza lo siguiente:

“(...) ARTÍCULO 1096. <SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR QUE PAGA LA INDEMNIZACIÓN>. El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado. (...)”

Finalmente, es importante exponer que en la sentencia la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, SC3273-2020 proferida el 7 de septiembre de 2020, MP. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, se indicó en su parte pertinente lo siguiente:

*“(…) Lo dicho implica que, frente a un contrato de seguro válido, **el pago de la indemnización por el asegurador hace viable el ejercicio de la acción de subrogación.** Engendra tanto la legitimación en la causa como el interés para obrar por parte de la aseguradora. **La Sala ha señalado que también requiere, una vez ocurrido el siniestro, “(…) que surja para el asegurado una acción contra el responsable (…), similar a la de responsabilidad civil” prevista en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil.(…)”***
(negrillas propias)

Así las cosas, y en hipotético caso descrito en líneas precedentes, una vez la compañía hubiere pagado a la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, por ministerio de la ley opera la subrogación de los derechos que tiene la asegurada (artículo 1096 código de comercio) contra su contratista, por ser éste el causante del siniestro, en cuanto hubiere incumplido las obligaciones que se están reclamando en este proceso. En conclusión, si el afianzado incumple las obligaciones contractuales, es decir si se acredita que la sociedad MC Construcciones y Consultoría S.A.S., incurre en esa conducta, mi representada es quien tiene derecho a exigir a aquel el reembolso o pago de las sumas que haya desembolsado a la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura “Fabio Grisales Bejarano”.

Mi representada, entonces, en ese supuesto tendrá el derecho a repetir por lo que pague contra el afianzado, es decir, a recobrar de MC Construcciones y Consultoría S.A.S., lo que haya pagado, si es que efectivamente se realizó el riesgo asegurado amparado a través del

seguro de cumplimiento a favor de particulares No. 430-45-994000011350, de forma que en esta excepción se reconoce esa potestad de la aseguradora de exigir a su afianzado que asuma su obligación y le reembolse lo que haya pagado.

Al respecto señala el clausulado general del contrato de seguro anteriormente referido lo siguiente:

CLAUSULA SEPTIMA: SUBROGACION

EN VIRTUD DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN, ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA., ENTIDAD COOPERATIVA SE SUBROGA, HASTA CONCURRENCIA DE SU IMPORTE, EN TODOS LOS DERECHOS DEL ASEGURADO CONTRA EL CONTRATISTA. EL ASEGURADO NO PUEDE RENUNCIAR A SUS DERECHOS CONTRA EL CONTRATISTA Y SI LO HICIERE PERDERÁ EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN.

Así las cosas, y de conformidad con lo esgrimido en la presente excepción, en el eventual caso de que mi representada genere el pago al beneficiario, ocasionado por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del afianzado, mi representada Aseguradora Solidaria, se encuentra en la facultad, otorgada por la ley y por las condiciones del contrato de seguro, en realizar el recobro, de todos y cada uno de los derechos a MC Construcciones y Consultoría S.A.S., con ocasión al incumplimiento contractual, que este haya cometido, y estaba obligado a cumplir.

21. GENÉRICA O INNOMINADA Y OTRAS.

Solicito declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, que se origine en la Ley en virtud de lo reglado en el artículo 282 del Código General del Proceso.

VII. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS MEDIOS DE PRUEBA DE LA PARTE DEMANDANTE

a. Ratificación de documentos provenientes de terceros:

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

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

Entonces, cabe resaltar que el Juez sólo podrá apreciar probatoriamente los documentos cuya ratificación se solicita si efectivamente ésta se hace, como lo consagra el citado artículo; y en tal virtud, solicito al Despacho que no se les conceda valor alguno demostrativo a los documentos provenientes de terceros aportados por la parte demandante mientras esta no solicite y obtenga su ratificación, y son los siguientes:

1. Copia del documento denominado “Acta de Trámite de Documentos legales” de fecha 24 de agosto del 2018 suscrita por el representante legal de la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, el representante legal de MC Construcciones y Consultoría y el Arquitecto Harold Fajardo Rodríguez como Supervisor del Contrato.

2. Copia de la comunicación de fecha 24 de agosto del 2018, elaborada por la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura.
3. Copia de la comunicación con fecha 31 de agosto del 2018, elaborada por la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura.

VIII. MEDIOS DE PRUEBA SOLICITADOS Y APORTADOR POR ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

Solicito a este honorable despacho se sirva decretar y tener como pruebas las siguientes:

1. DOCUMENTALES.

- Copia del Póliza de Seguro de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 430-45-994000011350 y su clausulado general.
- Derechos de petición radicados previamente a la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura y MC Construcciones y Consultoría S.A.S.

2. INTERROGATORIO DE PARTE.

- a. Comedidamente solicito se cite para que absuelva interrogatorio de parte al señor ANDRÉS RAMIREZ URBANO, en su calidad de Representante Legal de la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, y demandante del presente proceso, a fin de que conteste el cuestionario que se le formulará frente a los hechos de la demanda, de la contestación y, en general, de todos los argumentos de hecho y de derecho expuestos en este litigio. El demandante podrá ser citado en la dirección de notificación relacionada en la demanda.

- b. Comedidamente solicito se cite para que absuelva interrogatorio de parte al señor MAURICIO CHAVES CALLE, en su calidad de Representante Legal de MC Construcciones y Consultoría S.A.S., y en su calidad de demandado, a fin de que conteste el cuestionario que se le formulará frente a los hechos de la demanda, de la contestación y, en general, de todos los argumentos de hecho y de derecho expuestos en este litigio. El demandado podrá ser citado en la dirección de notificación relacionada en su contestación.

3. DECLARACIÓN DE PARTE.

Al tenor de lo preceptuado en el artículo 198 del Código General del Proceso, respetuosamente solicito ordenar la citación del Representante Legal de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, para que sea interrogado por el suscrito, sobre los hechos referidos en la contestación de la demanda y, especialmente, para exponer y aclarar los amparos, ausencias de cobertura, exclusiones, términos y condiciones de los contratos de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 430-45-994000011350.

4. TESTIMONIALES.

Siguiendo lo preceptuado por los artículos 208 y siguientes del Código General del Proceso, solicito al señor Juez se sirva decretar la práctica del testimonio de las siguientes personas:

La Dra. **ANA MARIA BARON MENDOZA**, quien tiene domicilio en la ciudad de Bogotá y puede ser citada en la Calle 107 A # 7-61 de la ciudad de Bogotá y correo electrónico anamariabaronmendoza@gmail.com.

El Dr. **SANTIAGO ROJAS**, quien tiene domicilio en la ciudad de Bogotá y puede ser citada en la Calle 98 N # 43ª - 30 de la ciudad de Bogotá y correo electrónico santiago12@hotmail.com.

Los testigos aquí vinculados son llamados para que declaren sobre las condiciones generales y particulares del Seguro Póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 430-45-994000011350 , los límites pactados, los deducibles concertados, las exclusiones, los amparos concertados, la disponibilidad de las sumas aseguradas, las solicitudes presentadas ante la compañía, sus respuestas y sobre los demás aspectos que resulten relevantes al presente proceso judicial, y en general sobre lo referido en las excepciones propuestas en este escrito

5. SOLICITUD PARA EMISIÓN DE OFICIOS, REQUIRIENDO INFORMES Y PRUEBA DOCUMENTAL.

Solicito respetuosamente al Despacho se libren los siguientes oficios:

Se oficie a la **FUNDACION SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA** “**FABIO GRISALES BAJARANO**, para efectos de que remita en su integridad, con destino a este proceso, la siguiente documentación:

1. Propuesta económica presentada en relación con el Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016, el contrato No. FSP-038/2016, y el contrato de obra FSP-006/2018 celebrado con la empresa Dimel Ingeniería S.A.
2. El contrato No. FSP-038/2016, y el contrato de obra FSP-006/2018 celebrado entre la Fundación y la empresa Dimel Ingeniería S.A.
3. Todas las modificaciones OTROSÍ que se suscribieron en relación con el contrato de obra FSP-006/2018 celebrado entre la Fundación y la empresa Dimel Ingeniería S.A.

4. Remisión de copia del contrato del interventor y/o supervisor contratado para supervisar y representarlo frente al constructor durante la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016, el contrato No. FSP-038/2016, y el contrato de obra FSP-006/2018 celebrado entre la Fundación y la empresa Dimel Ingeniería S.A.
5. Remisión de copia de todos y cada uno de los informes del interventor y/o supervisor o quien haga sus veces durante y después de la finalización de la ejecución del el Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016, el contrato No. FSP-038/2016, y el contrato de obra FSP-006/2018 celebrado entre la Fundación y la empresa Dimel Ingeniería S.A.
6. Remisión de copia de actas de entrega en relación con la ejecución de los contratos el contrato No. FSP-038/2016, y el contrato de obra FSP-006/2018 celebrado entre la Fundación y la empresa Dimel Ingeniería S.A.
7. Remisión de copia de Acta de inicio de obra, en relación con el contrato de obra FSP-006/2018 celebrado entre la Fundación y la empresa Dimel Ingeniería S.A.
8. Remisión de copia de Acta de finalización de obra concertada en el contrato de obra FSP-006/2018 celebrado entre la Fundación y la empresa Dimel Ingeniería S.A.
9. Remisión de copia de Póliza de cumplimiento que se obtuvo para garantizar las obligaciones que contrajo el CONSORCIO LATCO S.A. A2. para la ejecución o realización de la obra.
10. Remisión de copia de la póliza que garantice el cumplimiento en relación con el contrato de obra FSP-006/2018 celebrado entre la Fundación y la empresa Dimel Ingeniería S.A.
11. Remisión de copia de la póliza que garantice el buen manejo, correcta inversión del anticipo, amortización y devolución, en relación con el contrato de obra FSP-006/2018 celebrado entre la Fundación y la empresa Dimel Ingeniería S.A.
12. Remisión de copia de la reclamación o solicitudes de pago de indemnización efectuadas en relación con el contrato de obra FSP-006/2018 celebrado entre la Fundación y la empresa Dimel Ingeniería S.A.

14. Remisión de copia de Póliza de responsabilidad civil profesional que se tomó para la construcción de la obra concertada en el contrato de obra FSP-006/2018 celebrado entre la Fundación y la empresa Dimel Ingeniería S.A.
 15. Documentales relativas al proceso de selección que se adelantó para la elección de la Financiación demandante dentro del marco de la construcción de la nueva sede del Colegio Bartolomé de las Casas (CBC) en el Distrito de Buenaventura.
- Se oficie a **MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORÍAS S.A.S.**, para que se remitan en su integridad, con destino a este proceso, la siguiente documentación:
1. Propuesta económica presentada dentro del marco del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016.
 2. Remisión de copia del contrato del contralor de recursos y de ejecución del contrato, que, dentro del marco del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016.
 3. Todos los informes y comunicaciones emitidos por el interventor, el supervisor y el contralor de recursos y de ejecución dentro del marco del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016.
 4. Remisión de copia de todos y cada uno de los informes del interventor, durante y después de la finalización del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016.
 5. Remisión de copia de actas de entrega dentro del marco del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016.
 6. Remisión de copia de Acta de finalización del contrato dentro del marco del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016.
 7. Todas y cada una de las actas de todas y cada una de las sesiones o reuniones que se adelantaron ante el Comité de obra e informes, desde la fecha de suscripción del contrato hasta la entrega final, dentro del marco del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016.
 8. Copia del cronograma dentro del marco del Contrato de Prestación de Servicios No.

FSP-040/2016.

9. Copia del plan de manejo e inversión del anticipo dentro del marco del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016.
10. Copia de las modificaciones o cambios que hubiesen convergido por escrito entre los representantes legales de las partes durante la ejecución del contrato dentro del marco del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016.
11. Documentos que contengan, los diseños estructuras, constructivos, eléctricos, hidráulicos Etc. y la entrega de los mismos.
12. Todos los documentos en los que el contratista hubiese expresado el rechazo y/o aprobación de cualquier parte de los trabajos realizados, o en los que hubiera indicado que lo hecho no corresponde a las especificaciones del contrato.
13. Documentos que acrediten la solicitud de cambios de diseño emanados por el contratante contratante y el detalle en qué consistieron, si fueron aceptados y aplicados o no y que costos adicionales implicaron.
14. Comunicaciones, solicitudes, o quejas, relacionados con la calidad del contrato por parte del contratante dentro del marco del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016.
15. Relación del estado económico del contrato y su estado de cuenta.
16. Relación de las modificaciones realizadas al Contrato, con indicación de las prórrogas concedidas al contratista.

En atención a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso, manifiesto al Despacho que la información que se requiere que sea oficiada, fue solicitada a la demandante y demandada, mediante derecho de petición radicado a su correo de notificaciones electrónicas el 07 de febrero del 2024; tal y como acredito con las constancias de radicación que apporto a la presente.

6. Prueba de exhibición de documentos:

Solicito al juez que ordene a la FUNDACION SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA "FABIO GRISALES BAJARANO", y a MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORÍAS S.A.S., que exhiban en este proceso, por ser documentos que se encuentran en copia y en original en los archivos de la parte demandante y la codemandada, toda la documentación que a ellos fue solicitada mediante derecho de petición y que se relacionó en la solicitud probatoria anterior, esto es que se relacionó en la prueba número 5, relativa a los oficios; con lo cual se demostrará que la contratante no dio cumplimiento con las obligaciones que le correspondían dentro del marco del Contrato de Prestación de Servicios No. FSP-040/2016.

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

7. INTERVENCIÓN EN DOCUMENTALES Y TESTIMONIOS.

Con el objeto de probar los hechos materia de las excepciones de mérito, nos reservamos el derecho de contradecir las pruebas documentales presentadas al proceso y participar en la práctica de las testimoniales que lleguen a ser decretadas, así como del correspondiente interrogatorio de parte e intervenir en las diligencias de ratificación y otras pruebas solicitadas.

IX. ANEXOS

- Documentos relacionados en el acápite de pruebas.
- Poder especial debidamente conferido mediante mensaje de datos

- Certificado de existencia y representación legal de Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., expedido la Superintendencia Financiera de Colombia.

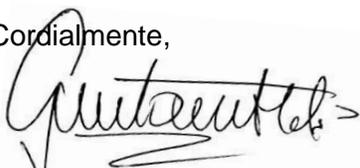
X. NOTIFICACIONES

Por la parte actora serán recibidas en el lugar indicado en su escrito de demanda. Por los demás demandados donde indiquen en sus respectivas contestaciones.

Por mi representada ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., recibirá notificaciones en la Carrera 100 # 9ª-45 piso 12 de la ciudad de Bogotá D.C. Dirección electrónica: notificaciones@solidaria.com.co

Por parte del suscrito se recibirán notificaciones en la Secretaría de su despacho o en la Avenida 6A Bis No. 35N-100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212 de la ciudad de Cali. Dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA.

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D.C.

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