

Santiago de Cali, abril de 2024.

Doctor:

**HELVER BONILLA GARCIA**

**JUEZ DIECISÉIS (16) CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI - VALLE DEL CAUCA**

E. S. D.

<b>DEMANDANTE:</b>	FUNDACIÓN SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA "FABIO GRISALES BEJARANO"
<b>DEMANDADO:</b>	MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S
<b>RADICACIÓN:</b>	76001-3103-016-2023-00006-00
<b>ASUNTO:</b>	CONTESTACIÓN LLAMAMIENTO EN GARANTÍA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA

**EDGAR JOSÉ POLANCO PEREIRA**, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.918.747 de Cali, abogado en ejercicio con la T.P No. 140.742 del C. S. de la J., de Cali, actuando en calidad de apoderado judicial de la parte demandada **MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S.** en el proceso de la referencia, por medio del presente escrito y en oportunidad procesal, presento escrito de contestación de llamamiento interpuesto por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, identificada con NIT 850.524.654-6, en los siguientes términos:

### **A LAS PRETENSIONES**

Me OPONGO a todas y cada una de las pretensiones declarativas y condenatorias solicitadas en la demanda por carecer de fundamentos científicos, fácticos, jurídicos y probatorios.

### **A LOS HECHOS**

**1. Es cierto.** La sociedad **MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S** celebró un contrato de seguro de cumplimiento con la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, en virtud del cual la aseguradora expidió la siguiente póliza de cumplimiento de contrato de prestación de servicios No. 430-45-994000011350 con los siguientes amparos:

<b>ANEXO:</b>	<b>VIGENCIA DESDE</b>	<b>VIGENCIA HASTA</b>	<b>SUMA ASEGURADA</b>
<b>CUMPLIMIENTO</b>	05/12/2016	05/08/2017	\$36.503.136.20
<b>ANTICIPO</b>	05/12/2016	05/06/2017	\$54.754.704.00
<b>PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E IND</b>	05/12/2016	05/04/2020	\$36.503.136.20
<b>CALIDAD DEL SERVICIO</b>	05/12/2016	05/08/2017	\$36.503.136.20

De lo anterior es importante reiterar tal como se indicó en el escrito de demanda de responsabilidad civil contractual, se tuvo nueve adiciones en virtud de los otrosíes realizados al contrato inicial No. FSP-040/2016, la cual quedó de la siguiente manera:

ANEXO: 9	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
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

**2. Es cierto.** El asegurado dentro de la póliza No 430-45-994000011350 es la sociedad demandante FUNDACIÓN SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA “FABIO GRISALES BEJARANO” en virtud del contrato FSP-040/2016 de fecha 09 de diciembre de 2016 suscrito con el afianzado la sociedad demandada MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S.

**3. Es cierto.**

**4. Es parcialmente Cierto.** Se admite que cursa una demanda de responsabilidad civil contractual instaurada por FUNDACIÓN SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA en contra MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S, y por ende procede el llamamiento en garantía a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA derivadas del contrato de prestación de servicios No. FSP-040/20016.

Por lo anterior no se justifica lo manifestado por la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA el cual dice: “para el pago de perjuicios patrimoniales que se encuentra presuntamente amparados dentro del contrato de seguro de póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares No 430-45-994000011350” pues los hechos que motivan la demanda de responsabilidad civil contractual en referencia, ocurrieron durante la ejecución del contrato de prestación de servicios antes mencionado para lo cual fue requerido el amparo de la póliza en mención. Por tanto, se ubica en el amparo exigido en dichas pólizas.

**5. NO ES CIERTO.** La presente causa judicial no es el escenario en el que deba ventilarse la presunta existencia de la acción de reembolso entre la Aseguradora y su afianzado.

## RAZONES DE LA DEFENSA

### IMPROCEDENCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

En el presente asunto la Aseguradora Solidaria llama en garantía a la Sociedad MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIA S.A.S fundamentándose en la acción de reembolso a la que a su juicio tiene derecho respecto del afianzado, sin embargo, este mecanismo solo nace de la subrogación de la aseguradora una vez realice el pago, y siempre y cuando se haya declarado civilmente responsable al afianzado.

De manera que a la fecha en que se presenta el llamamiento en garantía la Aseguradora Solidaria no tiene la calidad de subrogada y por ende tampoco es titular de la acción in rem verso.

Siendo así las cosas, la Aseguradora Solidaria no acredita ser la titular de un derecho legal o contractual del cual se derive la condición de llamante en garantía.

En relación con la improcedencia del llamamiento en garantía sobre quien reclama en el proceso ordinario la acción de reembolso del afianzado como sustento del llamamiento, señaló el Tribunal Superior de Medellín - Sala Laboral en providencia del día 3 de noviembre de 2023, dentro del proceso ordinario laboral 05001-31-05-021-2023-00029-01, lo siguiente:

*“El problema jurídico se resuelve bajo la tesis según la cual la subrogación pretendida a través del llamamiento en garantía formulado por la Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo, cimentada en la eventual responsabilidad de la codemandada Serfletar S.A.S. en la ocurrencia del siniestro, que le permitiría a la aseguradora repetir en su contra el pago del valor de la indemnización, **resulta improcedente porque no existe una obligación previa de garantía a cargo de esta última y en favor de la aseguradora, propia de la pretensión “in reverso” o “de reembolso”**, siendo lo pretendido la declaratoria de una responsabilidad civil del tomador del seguro respecto al siniestro, situación que hace que el llamamiento en garantía propuesto esté por fuera de la competencia asignada a la jurisdicción ordinaria laboral, razón por la cual el auto confutado será confirmado.*

#### 2.4.- PREMISAS NORMATIVAS

*El artículo 64 del Código General del Proceso establece:*

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

*Sobre el particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia precisó:*

*“El llamamiento en garantía es uno de los casos de comparecencia forzosa de terceros, que se presenta cuando entre la parte y el tercero, existe una relación legal o contractual de garantía que lo obliga a indemnizarle al citante el ‘perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia’ que se dicte en el proceso que genera el llamamiento” (GJ CLII, primera parte N°. 2393, pág. SC del 14 oct. 1976).*

*Y refrendando esa posición, en fecha más reciente explicó:*

*“Por tal razón, la Corte ha sostenido que “El texto mismo del precepto transcrito indica que el llamamiento en garantía requiere como elemento*

*esencial que por razón de la ley o del contrato, el llamado deba correr con las contingencias de la sentencia, como consecuencia de la cual el demandado se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago” (CSJ SC1304-2018)*

*La misma postura ha sido acogida por la Sala de Casación Laboral de la misma corporación, quien refiriéndose al tema indicó:*

*“... la homóloga Civil, por ejemplo, al explicar con profusión la figura del llamamiento en garantía, señaló que tal mecanismo es ‘...una especie de intervención coactiva a instancia de parte que se funda en el vínculo de garantía que une al tercero garantizador llamado en causa, con el garantizado, llamador en causa. Así, el aludido llamamiento se caracteriza porque una de las partes tiene el derecho contractual o legal de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio o la restitución del pago que llegue a soportar en el juicio, por existir entre él y ese tercero una relación de garantía, es decir, aquella en virtud de la cual ese tercero (garante) está obligado a garantizar un derecho del demandante y, en consecuencia, a reponer a la parte principal (garantizada) lo que haya dado o perdido en virtud de la acción de otra persona. Aquí, lo importante es que exista un afianzamiento que asegure y proteja al llamante contra algún riesgo, pues eso es la esencial del término “garantía”, esto es, protección o defensa contra el ataque de otro sujeto, que por Ley o por convención, el llamado debe salir a cubrir en nombre del llamante” (CSJ SL5031-2019).*

*Ahora, el artículo 1096 del Código de Comercio prevé:*

*“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.*

*Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada”*

**Así las cosas, se colige que la acción subrogatoria requiere que se acredite (i) la existencia de un contrato de seguro, (ii) la ocurrencia del siniestro amparado, y (iii) y la materialización efectiva del pago de la indemnización; de manera que, por mandato de la normativa en cita, la aseguradora se subroga en los derechos de quien resultó afectado patrimonialmente con el riesgo amparado, pasando a ocupar su lugar o posición en la relación jurídica existente con el responsable o causante del hecho dañoso, imponiéndose como cuarto requisito, (iv) la responsabilidad civil contractual o extracontractual del accionado en la causación del siniestro**

*Respecto al tema, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, precisó:*

*“El artículo 1096 del Código de Comercio dispone que ‘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’. Como puede verse, este precepto reclama la existencia de un soporte básico, cuál es el pago de una indemnización por parte del asegurador, a raíz de una póliza de seguro previamente expedida; consecuentemente, la compañía se subroga - ipso iure - en los derechos del asegurado, de modo que entra a ocupar la posición que éste tenía dentro de la relación jurídica respectiva, que no se*

*extingue por tal razón, asumiendo la titularidad de todos los créditos, garantías y acciones con que contaba su antecesor, frente a los causantes del siniestro” (CSJ SC del 08/11/2005, radicado 7724).*

*Asimismo, respecto a la acción subrogatoria, se sostuvo:*

*“La acción personal subrogatoria consagrada en la legislación colombiana en el artículo 1096 del estatuto comercial, no obstante sus particularidades, se encuentra íntima y funcionalmente enlazada con la institución de la subrogación disciplinada por el ordenamiento civil, al punto que los fundamentos y los postulados medulares que le sirven de apoyatura en este específico régimen, en general, son los que informan la figura en la esfera mercantil, corolario del acerado principio indemnizatorio que, con tanto ahínco, campea en los seguros de daños - a diferencia de los de personas -, según explícita y autorizada mención ex lege, así como la realizada en la exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio (artículos 914-916).*

*Desde esta perspectiva, resulta claro el origen y el carácter del derecho radicado en cabeza del asegurador, en virtud de la aludida subrogación personal, derecho que es derivado (...), como lo reconoce autorizada doctrina sobre la materia y, por tal motivo, ayuno de sustantividad y autonomía, como quiera que la entidad aseguradora - he ahí la importancia del fenómeno sustitutivo que aflora de la subrogación -, adquiere el mismo derecho que antes del pago residía en la órbita patrimonial del asegurado-damnificado.*

**Con otras palabras, aunque la acción subrogatoria tiene su manantial en el pago que el asegurador le hace al asegurado-beneficiario en cumplimiento de la obligación que contrajo en virtud del contrato de seguro, el derecho que aquel ejerce al amparo de la referida acción frente a las ‘... personas responsables del siniestro’, no nace o deriva de la relación aseguraticia - a la que le es completamente ajena -, sino que procede de la conducta antijurídica desplegada por el victimario, autor del daño que afectó al damnificado asegurado, según el caso. Por tanto, el pago de éste tan sólo determina su legitimación en la causa para el ejercicio de la señalada acción, así como la medida del derecho que puede reclamar, pero no la naturaleza del derecho mismo, ni sus propiedades, pues éste no es otro distinto del que tenía la víctima antes de ser indemnizada por el asegurador.**

*Ello explica por qué ‘el derecho adquirido por el asegurador, en virtud de la subrogación, es un derecho derivado del que tenía el asegurado frente al tercero. Dicho, en otros términos, la acción que ejerce el asegurador contra el tercero es la misma acción que tiene el asegurado contra el autor del daño. Por esta razón gozará de todos los beneficios que esta acción tuviera y, al contrario, quedará sometida a las mismas excepciones que podrían ser opuestas al asegurado’ (...), lo que es apenas obvio si se tiene en cuenta que ‘su derecho se moldea (...) sobre el del asegurado’ y, por consiguiente - esto es nuclear -, tiene la ‘misma naturaleza y la misma extensión’, de suerte que tendrá ‘por base una responsabilidad contractual o una responsabilidad delictual, sin que el asegurador pueda modificar esa base’ (...)” (CSJ SC del 18/05/2005, radicado 0832-01).*

*Y más recientemente la misma Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, precisó:*

*“Aunque del texto del artículo 1096 mercantil aparentemente dimana un único requisito para el buen suceso de las pretensiones del asegurador,*

*consistente en que hubiere efectuado el pago de la indemnización, la doctrina, con apego a la noción en que descansa la figura, han destacado que es necesario acreditar los siguientes requisitos: a) La existencia de un contrato de seguro; b) el pago válido en virtud a ese convenio; c) que el daño ocasionado por el tercero sea de los amparados por la póliza y d) que acaecido el siniestro nazca para la compañía aseguradora una acción contra el responsable.*

*Dichos presupuestos han sido considerados por esta Sala como elementos axiológicos de la acción subrogatoria desde la sentencia que los acogió, proferida el seis de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (G.J. T. CLXXX, 229), criterio que no ha sufrido variación alguna hasta ahora” (CJS SC11822-2015. M.P. Ariel Salazar Ramírez)*

## **2.5. CASO CONCRETO**

*Se destaca que en el cartulario obra la Póliza de Cumplimiento No.AA081950, expedida el 31 de mayo de 2021 por la Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo, tomada por la empresa Serfletar S.A.S., también afianzada, en beneficio de la compañía de Servicios Postales Nacionales S.A., también asegurada, y cuya vigencia inicial fue pactada desde el 01 de junio de 2021 hasta 01 de junio de 2022, y prorrogada hasta el 30 de septiembre de 2025, la cual garantiza el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, hasta por la suma de \$2.926.857.684,80, derivados del Contrato No.109 de 2021 que tiene por objeto el servicio de transporte multimodal para la recolección y entrega de objetos postales y carga en las ciudades que conforman la regional noroccidente para la red de Servicios Postales Nacionales S.A., y que contempla, en virtud del pago de la indemnización, la subrogación de la aseguradora en todos los derechos de la entidad contratante asegurada contra el contratista afianzado (págs.39-58, doc.19, carp.01).*

*De lo anterior se colige que le asiste razón al cognoscente de primer grado, al razonar que el asunto a debatir, en virtud del llamamiento en garantía formulado por la Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo, en contra de la empresa Serfletar S.A.S., en principio autorizado por el artículo 65 del CGP, cuyo inciso final establece “El convocado podrá a su vez llamar en garantía”, escapa la competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, pues la subrogación pretendida no tiene como fuente una obligación de garantía propia de la pretensión “in reverso” o “de reembolso”, sino que está referida la acción legal que eventualmente tendría la Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo contra la empresa Serfletar S.A.S., en la cual se subroga la aseguradora.*

*En este contexto, se advierte que la causa de la que se origina la acción subrogación no se deriva de una obligación indemnizatoria previa existente entre la empresa Serfletar S.A.S. y la Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo, sino de la eventual responsabilidad de la primera, como tomadora y/o afianzada, en la ocurrencia del siniestro garantizado, no cumpliéndose el presupuesto sine qua non para que pudiera dirimirse el conflicto en la esfera del llamamiento en garantía.*

*En otra perspectiva, también se torna improcedente el llamamiento en garantía formulado, porque que el hecho generador de la subrogación en la acción legal, lo constituye el pago efectivo de la indemnización y mientras no ocurra el mismo no nace el derecho de acción para el asegurado, siendo claro que mientras no se declare el derecho y se emita decisión en favor del señor Ricardo de Jesús Gaviria Peláez, y en contra de la compañía de Servicios Postales Nacionales S.A., y se desembolse el*

*respectivo pago por parte de la Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo, aquella no tiene acción alguna en contra de Serfletar S.A.S., y por ende, tampoco la tiene la aseguradora apelante.....”.*

De conformidad con lo anteriormente expuesto y sustentado en la providencia judicial que se relaciona, se elevan las siguientes:

## **EXCEPCIONES CONTRA EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:**

### **1. Improcedencia del llamamiento en garantía.**

El llamamiento en garantía formulado por la Aseguradora Solidaria se fundamenta en la acción subrogatoria que aduce le asiste frente al afianzado, sin embargo esta acción no surge de la relación entre aseguradora y afianzado, sino de una conducta antijurídica desplegada por el victimario o las personas responsables del siniestro. Esta acción también presupone la existencia de un pago de la indemnización por parte de la aseguradora.

Por lo anterior es claro que ninguna de estas condiciones se satisfacen y por ende el llamamiento en garantía resulta **improcedente**.

### **Inexistencia de una obligación Legal y/o contractual entre el llamante y el llamado en garantía.**

La subrogación no tiene como fuente una relación de garantía entre la Aseguradora Solidaria y la Sociedad MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S, porque esta subrogación a la fecha no ha nacido a la vida jurídica y por ende no existe una obligación indemnizatoria previa existente entre aquellas.

## **ANEXOS**

1. Sentencia del 03 de noviembre 2023 del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín -Sala Quinta de Decisión Laboral -Radicado: 05001-31-05-021-2023-00029-01-M. Ponente: Dra. Sandra María Rojas Manrique.

## **PETICIÓN**

Solicito al honorable Juez se abstenga de resolver de fondo sobre el llamamiento en garantía formulado por la Aseguradora Solidaria, como quiera que no existe una relación legal y contractual entre esta y mi patrocinado.

**NOTIFICACIONES**

**MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S.**

La recibirá notificaciones personales a través de su apoderado en la Cra. 3 #11-32 oficina 932, Cali, Valle del Cauca. Correo electrónico [juridico@lexius.com.co](mailto:juridico@lexius.com.co)

**ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**

Recibirá notificaciones personales en la Calle 21 Norte No. 4N-30, Barrio Versalles de Cali. Correo electrónico: [notificaciones@solidaria.com.co](mailto:notificaciones@solidaria.com.co)

Del Señor Juez, Atentamente,



**EDGAR JOSÉ POLANCO PEREIRA**

C.C. No. 16.918.747 de Cali

T.P. No. No. 140.742 del C. S. de la Judicatura