

Señores

JUZGADO DIECISEIS (16°) CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI (VALLE DEL CAUCA)

j16cccali@cendoj.ramajudicial.gov.co

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 AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

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 EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** formulado por MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S. en contra de mi representada, anunciando desde ahora que me opongo a las pretensiones de la

demanda y del llamamiento en garantía, de acuerdo con los fundamentos fácticos y jurídicos que se esgrimen a continuación:

I. OPORTUNIDAD

Con el objeto de verificar los términos de contestación del llamamiento en garantía, se tiene que mediante auto del 05 de marzo de 2024 y notificado mediante estado No. 034 del 11 de marzo de 2024 el despacho admitió el llamamiento en garantía realizado por MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S. a mi representada. Así las cosas, el término otorgado por la norma procesal para realizar la debida contestación del llamamiento en garantía, comenzó a transcurrir desde el día 12 de marzo del 2024, feneciendo el día 15 de abril 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 el llamamiento en garantía y los documentos que acompañan el mismo, es pertinente exponer que transcurrieron más de dos (2) años entre la fecha en que la sociedad MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S. conoció de los hechos y pretensiones en las que aparentemente se basaba el incumplimiento contractual, es decir, el pasado 11 de noviembre de 2021 cuando se realizó la audiencia de conciliación extrajudicial ante el Centro de Conciliación de Justicia Alternativa de Cali, y la fecha en que se presentó el llamamiento en garantía (07 de febrero de 2024). En ese orden de ideas, queda claro que transcurrieron más de dos (2) años para que el llamante en

garantía ejerciese 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.

CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

III. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Frente al hecho “PRIMERO”: Es cierto, la sociedad MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S. en calidad de tomador y/o afianzado suscribió contrato de Seguro de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 430-45-994000011350 con ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. y que en dicho contrato de seguro se establecieron los amparos de cumplimiento, pago de salarios y prestaciones sociales, anticipo, y calidad del servicio conforme a la vigencia y valores asegurados referidos en este hecho, sin embargo, la presente póliza no podrá verse afectada, por cuanto, i) se encuentra configurada la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, ii) no existe cobertura material para los hechos materia de análisis, iii) no existe prueba de la cuantía en los términos del artículo 1077 del C.co y iv) no existe cobertura para perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas cuando exista fuerza mayor o caso fortuito que exonere al contratista.

Frente al hecho “SEGUNDO”: Como en este hecho se realizan varias afirmaciones procedo a pronunciarme frente a cada una de ellas:

- Es parcialmente cierto, pues debe aclararse que el amparo de calidad del servicio en el anexo número 9 de la póliza de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 430-45-994000011350 se le atribuyó un valor asegurado de \$39.724.420. Sin perjuicio a lo anterior, debe indicarse que en los otrosíes referenciados en este hecho NO se notificó a la compañía aseguradora la inclusión al proyecto de una tercera persona (Dimel Ingeniería S.A.), para que efectuar observaciones, revisión y aprobación de los documentos que debía entregar el Contratista, generando modificaciones al contrato No. FSP-040/2016 objeto del litigio y forjando una agravación del estado del riesgo que genera la terminación automática del contrato de Seguro de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 430-45-994000011350 en los términos del artículo 1060 del Código de Comercio.
- Es cierto que en el anexo número 9 de la póliza se dejó constancia del acta de suspensión de fecha 24 de agosto de 2018 del contrato de prestación de servicios No. FSP-040/2016.

Frente al hecho “TERCERO”: Es cierto, sin perjuicio a ello debe indicarse que la póliza de Seguro de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 430-45-994000011350 no podrá verse afectada, por cuanto, i) se encuentra configurada la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, ii) no existe cobertura material para los hechos materia de análisis, iii) no existe prueba de la cuantía en los términos del artículo 1077 del C.co y iv) no existe cobertura para perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas cuando exista fuerza mayor o caso fortuito que exonere al contratista.

Frente al hecho “CUARTO”: Como en este hecho se realizan varias afirmaciones procedo a pronunciarme frente a cada una de ellas:

- Es cierto que en la póliza de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 430-45-994000011350 funge como asegurado la FUNDACIÓN SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA “FABIO GRISALES BEJARANO.
- Es una apreciación subjetiva del apoderado de la llamante en garantía y además incorrecta lo que respecta a que la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA E.C. deba ser civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato FSP-040/2016, por cuanto: (i) **se encuentra configurada la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro tanto respecto de la demanda directa como del llamamiento**; (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 hacia 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, 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.

Sin perjuicio de ello, también se debe ser claro, en que **los amparos incluidos en la**

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."

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.

Frente al hecho “QUINTO”: Como en este hecho se realizan varias afirmaciones procedo a pronunciarme frente a cada una de ellas:

- A mi mandante no le consta lo relacionado en este hecho respecto a que mi representada fue convocada a la audiencia de conciliación, razón por la cual la parte llamante en garantía deberá cumplir con la carga que le impone el artículo 167 del C.G.P acreditando lo afirmado a través de la prueba que resulte conducente, pertinente y útil.
- Es cierto que la mencionada audiencia de conciliación se declaró fracasada de conformidad con el Acta de No Acuerdo No. 001190 emitida por el Centro de Conciliación Justicia Alternativa de la ciudad de Cali.

En relación con lo anterior, es necesario indicar que, conforme a que la audiencia de conciliación se celebró el pasado 11 de noviembre de 2021 el llamamiento en garantía a mi representada debía formularse en todo caso por el afianzado a más tardar el 11 de noviembre de 2023, por lo que el llamamiento efectuado el pasado 07 de febrero de 2024 se encuentra claramente prescrito.

Frente al hecho “SEXTA”: Como en este hecho se realizan varias afirmaciones procedo a pronunciarme frente a cada una de ellas:

- Es cierto que los hechos que motivan la presente demanda se enmarcan en el periodo de ejecución del contrato FSP-040/2016.
- Es una apreciación subjetiva del apoderado de la llamante en garantía y además incorrecta lo que respecta a que los hechos referenciados en la demanda se “ubican” en el amparo exigido en la póliza de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 430-45-994000011350 que motiva la vinculación de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA E.C, por cuanto: (i) **se encuentra configurada la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro tanto respecto del llamamiento como de la demanda directa;** (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 hacia 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 póliza³; **(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 2.1⁴. del clausulado general, 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.

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,

³ "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."

⁴ "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."

y es por ello que atendiendo la independencia de cada amparo, se genera un valor asegurado individual, por el posible riesgo que se presente.

Frente al hecho “SÉPTIMO”: Como en este hecho se realizan varias afirmaciones procedo a pronunciarme frente a cada una de ellas:

- Es cierto que en la póliza de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 430-45-994000011350 funge como asegurado y/o beneficiario la FUNDACIÓN SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA “FABIO GRISALES BEJARANO”.
- Es cierto que en la póliza de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 430-45-994000011350 funge como afianzado la sociedad MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S.
- No es cierto que a la sociedad MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S. le asista un derecho contractual para exigir a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA E.C. para que responda en su lugar por una eventual condena que llegaré a sufrir este en el presente caso, por cuanto, la póliza de Seguro de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 430-45-994000011350 no podrá verse afectada, ya que, i) se encuentra configurada la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, ii) no existe cobertura material para los hechos materia de análisis, iii) no existe prueba de la cuantía en los términos del artículo 1077 del C.co y iv) no existe cobertura para perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas cuando exista fuerza mayor o caso fortuito que exonere al contratista.

Frente al hecho “OCTAVO”: Es cierto conforme a los hechos y pretensiones de la demanda.

Frente al hecho “NOVENA”: No es cierto que a la sociedad MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S. le pueda exigir a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA E.C. el reembolso de las sumas que eventualmente deba pagar por una condena, por el contrario, en el eventual caso en que se llegare a afectar el contrato de seguro, ello no exime a la afianzada de su obligación de indemnizar, pues es bien sabido que en virtud del Artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Artículo 1096 del Código de comercio, la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. tiene la facultad de subrogarse en contra de la sociedad MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S. en el monto indemnizado y cobrar lo pagado al perjudicado.

IV. FRENTE A LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Frente a la pretensión “1”: En estricto sentido esta pretensión no implica una resolución de fondo a la controversia únicamente implica la solicitud de admisión del llamamiento en garantía y la vinculación de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. en dicha calidad, situación que ya se ha desplegado debido a que el Despacho admitió el llamamiento en garantía mediante auto del 05 de marzo de 2024 notificado mediante estado No. 034 del día 11 del mismo mes y año.

Frente a la pretensión “2”: **ME OPONGO** a la prosperidad de esta pretensión por las siguientes razones:

- **La ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. en el eventual caso de una condena queda facultada para subrogarse y recobrar lo pagado contra el causante del siniestro;** tal y como se manifestó en los hechos y pretensiones de la demanda, en el presente proceso judicial se busca declarar un incumplimiento de las

obligaciones a cargo del contratista la sociedad MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S. derivadas del contrato de prestación de servicios No. FSP-040/20016, por lo cual, en virtud del Artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Artículo 1096 del Código de comercio, la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. tiene la facultad de subrogarse en el monto indemnizado y cobrar lo pagado al perjudicado en contra de la sociedad MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S.

- **En todo caso se encuentra configurada la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro.**
- **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.
- **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.

- **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 póliza⁵
- **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.
- **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.
- **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 2.1⁶. del clausulado general, resaltando que, dentro de una de las comunicaciones remitidas por la Fundación al Contratista, claramente exponente que el retraso en el contrato de

⁵ "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."

⁶ "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."

prestación de servicios FSP-0470/2016 se debió a una fuerza mayor.

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.

Frente a la pretensión “3”: ME OPONGO, a esta pretensión toda vez que las pretensiones de la demanda y del llamamiento no están llamadas a prosperar es imposible que se condene a mi mandante al pago de costas y agencias en derecho, por el contrario, ante la inminente desestimación de las pretensiones será la parte llamante en garantía quien debe ser condenada al pago de estos emolumentos a favor de mi representada.

V. EXCEPCIONES DE MÉRITO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

1. 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 la sociedad MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S. conoció de los hechos y pretensiones en las que aparentemente se basaba el incumplimiento contractual desde el pasado 11 de noviembre de 2021 cuando se realizó la audiencia de conciliación extrajudicial ante el Centro de Conciliación de Justicia Alternativa de Cali, y la fecha en que se presentó el llamamiento en garantía (07 de febrero de 2024).

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, la sociedad MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S. conoció de los hechos y pretensiones en las que aparentemente se basaba el incumplimiento contractual desde el pasado 11 de noviembre de 2021 cuando se realizó la audiencia de conciliación extrajudicial ante el Centro de Conciliación de Justicia Alternativa de Cali, por lo que, 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:

Celebración audiencia de conciliación.	11 de noviembre del 2021	
Fecha máxima de presentación del llamamiento en garantía	11 de noviembre de 2023	
Fecha de presentación del llamamiento en garantía	<u>07 de febrero de 2024</u>	<u>Se presentó el llamamiento en garantía cuando las acciones derivadas del</u>

		<u>contrato de seguros</u> <u>estaban prescritas, pues la</u> <u>fecha límite para presentar</u> <u>el llamamiento era el 11 de</u> <u>noviembre del 2023</u>
--	--	---

Así las cosas, el afianzado tenía hasta el día 11 de noviembre de 2023 para evitar que se configurara la prescripción ordinaria y presentar reclamación directa a la aseguradora; sin embargo, el apoderado judicial del llamante radicó el llamamiento en garantía pasada esta fecha, esto es, hasta el 07 de febrero de 2024.

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.

2. 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 al 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.

3. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S. PARA LLAMAR EN GARANTÍA A ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

En primera medida debe advertirse que no existe ninguna relación contractual ni legal entre MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S y ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., que le permita a la sociedad que llama en garantía exigir obligación alguna a mi representada. Sobre el particular, se debe destacar que el contrato de seguro vinculado al presente asunto corresponde a una garantía que respalda las obligaciones de la entidad que se postuló en la Póliza de Seguro como el contratista afianzado en el caso que su incumplimiento generara perjuicios al contratante que se erige como asegurado y beneficiario del contrato de seguro. Así, el afianzado no se exime de su obligación contractual ni de su obligación de indemnizar. Aunado a lo anterior, no se puede perder de vista que la sociedad MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S. no tiene calidad

de beneficiaria, que sería la calidad requerida para que pueda exigir el cumplimiento de las obligaciones.

Por el contrario, MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S. funge sólo como afianzada, por lo que en el remoto evento que exista un siniestro, será ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., en virtud del artículo 1096 del Código de Comercio, quien tendría derecho a subrogarse y recobrar lo pagado contra el causante del siniestro. Por lo anterior, queda plenamente acreditado que la constructora no está legitimada para llamar en garantía de mi representada, máxime cuando en el eventual caso en que se llegare a afectar el contrato de seguro, ello no exime a la afianzada de su obligación de indemnizar, pues es bien sabido que en virtud del Artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Artículo 1096 del Código de comercio, la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. tiene la facultad de subrogarse en el monto indemnizado y cobrar lo pagado al perjudicado.

Ahora bien, sin perjuicio de los argumentos que se han expuesto en el curso de este escrito de contestación, resulta totalmente relevante poner de presente que dicha constructora no se encuentra legitimada para ejercer demanda en contra de mi representada a través de la figura del llamamiento en garantía por varias circunstancias, que se expondrán a continuación. No obstante, antes de esbozar dichos argumentos resulta necesario aclarar que la legitimación en la causa es el primer presupuesto que se debe revisar antes de realizar cualquier estudio sobre un caso concreto. En un sentido material, la legitimación en la causa implica la relación verdadera que tiene la parte convocada con los hechos que dieron lugar al litigio. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que:

“(...) 2.1. La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el

*demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. En resumen, **la legitimación en la causa es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso.** Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo (...)" (subrayado y negrilla fuera del texto original)⁷*

Por lo que, se puede concluir que, si no existe una relación entre quien llama en garantía y quien es llamado, que le permita al llamante exigir obligación alguna al llamado, no tiene entonces ninguna legitimación para deprecar una solicitud indemnizatoria. Bajo ese presupuesto, se debe reiterar que el contrato de seguro vinculado al presente proceso corresponde a una garantía que respalda las obligaciones de la entidad que se postuló en la Póliza de Seguro como el contratista afianzado en el eventual caso que su incumplimiento generara perjuicios a la parte contratante que se erige como asegurado y beneficiario del seguro. Lo que de contera significa, que a pesar de la existencia de una garantía de las obligaciones derivadas del contrato amparado, el contratista y/o afianzado no se releva de cumplir con las prestaciones del contrato, y mucho menos, se releva de la obligación de indemnizar. Circunstancia que desde este momento debe advertirse, pues es claro que la constitución de una póliza en garantía de cumplimiento, no exime al afianzado de su obligación contractual, ni tampoco de su obligación de indemnizar. Tan cierto es lo indicado, que incluso el Decreto 1082 de 2015 que regula la forma de constitución de las garantías, permite inferir que el requerimiento inicial para el resarcimiento de los perjuicios se dirige en contra del directo obligado y en caso de no ser posible el resarcimiento de los perjuicios por parte de este, subsidiariamente se dirige la pretensión a la Compañía de seguros, sin que ello implique en alguna medida afectar el derecho de subrogación que en todo caso le

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T 1001 de 2006. Mp. Jaime Araujo Renteria.

asiste a la Aseguradora.

Aunado a lo anterior, es evidente la falta de legitimación en la causa de la sociedad MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S., por el simple hecho de que dicha sociedad no tiene la calidad de beneficiaria en el contrato de seguro, pues tal calidad radica de forma exclusiva en el FUNDACION SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA - FABIO GRISALES. Por tanto, no puede la sociedad MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S pretender equiparar la calidad de beneficiario, como sujeto habilitado para exigir el cumplimiento de las obligaciones, a la calidad de afianzado que tiene en la póliza, pues esta última únicamente implica que la Aseguradora afianza el cumplimiento de las obligaciones sin que ello afecte el derecho de subrogación que le asiste. Esta falta de legitimación de la sociedad afianzada para llamar en garantía a mi representada, se entiende en mejor medida a la luz del Artículo 64 del Código General del Proceso, que dispone en su tenor literal:

*“(...) 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 (...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

El precitado artículo permite entender que el llamamiento en garantía se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante y llamado y permite al primero traer a este último como interviniente para que haga parte del proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como

producto de la sentencia. Dicho de otro modo, la norma en cita es clara en determinar el sujeto que se encuentra habilitado para ejercer el llamamiento en garantía, que no es otro, sino quien ostente un derecho legal o contractual de exigir a otro la indemnización por perjuicios que resulte de la sentencia. Lo que desde ya permite concluir que el llamamiento en garantía formulado por MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S. a mi representada ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. es totalmente improcedente, pues no puede la sociedad afianzada exigir indemnización alguna a la Compañía Aseguradora, en tanto que no tiene la calidad de beneficiario o asegurado en la póliza, como se observa:

a que será contactado para realizar el p	DATOS DEL AFIANZADO			TUAR RETENCIÓN EN LA FUENTE
	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			
a que será contactado para realizar el p	ASEGURADO: FUNDACION SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA - FABIO GRISALES	IDENTIFICACIÓN: NIT	800.250.782-5	TUAR RETENCIÓN EN LA FUENTE
	BENEFICIARIO: FUNDACION SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA - FABIO GRISALES	IDENTIFICACIÓN: NIT	800.250.782-5	
AMPAROS				

Como se observa, la calidad de beneficiario y asegurado en la Póliza de seguro recae única y exclusivamente en el FUNDACION SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA - FABIO GRISALES, quien en virtud de su calidad es el único habilitado para deprecar obligación alguna a mi representada. De modo que, emerge claro que el llamamiento en garantía es totalmente improcedente al haberse efectuado por el afianzado, quien no tiene derecho legal ni contractual de deprecar prestación alguna con base en el contrato de seguros. Y mucho menos pretender eximirse en virtud de dicha figura, de su eventual obligación de indemnizar perjuicios a la Demandante.

En conclusión no puede pretender la sociedad MC CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS S.A.S. quedar relevada de indemnizar los perjuicios que eventualmente lleguen a demostrarse en el proceso, llamando en garantía a mi procurada en virtud del

contrato de seguro, pues claramente ésta no tiene la calidad de asegurado y/o beneficiario en el contrato de seguro, por lo que no puede exigirse a la Compañía Aseguradora con base en un llamamiento en garantía, una obligación indemnizatoria dado que ésta únicamente tiene la calidad de afianzada en la póliza. Máxime cuando en el eventual caso en que se llegare a afectar el contrato de seguro, ello no exime a la afianzada de su obligación de indemnizar, pues es bien sabido que en virtud del Artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Artículo 1096 del Código de comercio, la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. tiene la facultad de subrogarse en el monto indemnizado y cobrar lo pagado al perjudicado.

Por lo anterior, solicito respetuosamente a su Despacho declarar probada la presente excepción.

4. 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

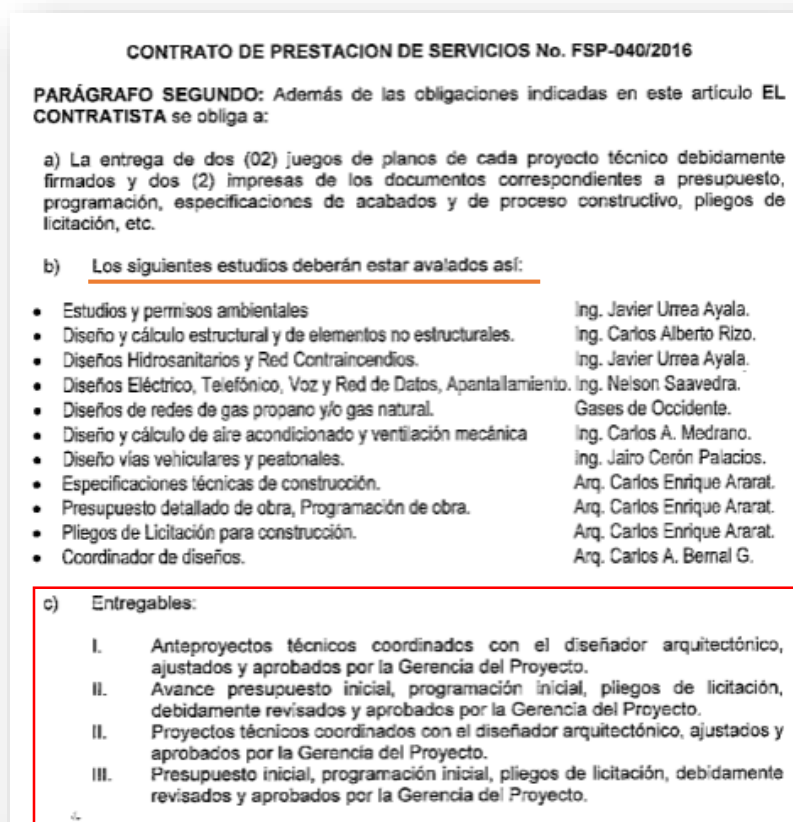
Compañía, y que de tal suerte, implica que, por un lado, no haya cobertura para un contrato que no corresponde al garantizado, y por otro, que se haga aplicación al presupuesto normativo inserto en el Art. 1060 del C. Co., respecto de la modificación del estado del riesgo sin notificación al asegurador.

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:



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.

5. 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 depreca 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 Comercio⁸, 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 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

⁸ 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.

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:

- Anteproyectos técnicos coordinados con el diseñador arquitectónico, ajustados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- Avance presupuesto inicial, programación inicial, pliegos de licitación, debidamente revisados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- Proyectos técnicos coordinados con el diseñador arquitectónico, ajustados y aprobados por la Gerencia del Proyecto.
- 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* (...)”⁹ (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

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de julio del 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

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 Comercio le imponía¹⁰, 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.

6. 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

¹⁰ 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.

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 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 demás 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 prolijada.

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.

7. 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 asegurativo 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.

8. 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 asegurativo, 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) (...)"¹¹ (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 presente litigio, la aseguradora cubre la responsabilidad civil contractual atribuible al

¹¹ 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.

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.

9. 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.

10. 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 (...).”¹² (Negrita por fuera de texto).

¹² 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.

11. 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 (...)”¹³.

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

¹³ 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:

ter, por favor tenga en cuenta

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			

NO COOPERATIVA NO EFEC

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.

12. 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.

13. 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 DETERIORES 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.

14. 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 Justicia¹⁴ 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 Corte¹⁵ igualmente se ha ocupado de ella al señalar lo siguiente:

¹⁴ Sentencia SC780-2020. M.P. Ariel Salazar Ramírez

¹⁵ 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.

15. 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.

**VI. 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.
- Copia del acta de audiencia de conciliación de no acuerdo No. 001190 de fecha 11 de noviembre de 2021.

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.

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. ANEXOS

- Documentos relacionados en el acápite de pruebas.

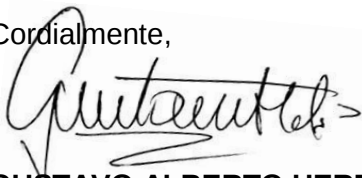
IX. NOTIFICACIONES

Por la parte actora serán recibidas en el lugar indicado en su escrito de demanda. Por los demás demandados y llamante en garantía 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.