

SEÑORES

JUZGADO ONCE (11°) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ.

cmpl11bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.S.D.

REFERENCIA: VERBAL

RADICADO: 110014003011-2025-00267-00

DEMANDANTE: GRUPO CONTEMPO SAS

DEMANDADOS: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA Y
OTROS

ASUNTO: CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado especial de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.**, tal como consta en el poder que se anexa, entidad aseguradora dedicada a los seguros generales, organizada como cooperativa, que tiene el carácter de institución auxiliar del cooperativismo, sin ánimo de lucro, sometida al control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, identificada con el NIT 860524654-6, representada legalmente por el Dr. Juan Pablo Rueda Serrano. Comedidamente procedo dentro del término legal, a presentar **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA** formulada por Grupo Contempo S.A.S. en contra de mi representada, anunciando desde ahora que me opongo a las pretensiones de la, de acuerdo con los fundamentos fácticos y jurídicos que se esgrimen a continuación:

I. SOLICITUD DE SENTENCIA ANTICIPADA

De conformidad con las disposiciones de orden público contenidas en el artículo 278 del Código General del Proceso, y en consideración a los principios de economía procesal y legalidad comedidamente se solicita al Despacho proferir sentencia anticipada debido a que se encuentra vastamente acreditada la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro conforme a lo consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio, toda vez que se configura de manera clara la prescripción de la

acción. El contrato de prestación de servicios objeto del litigio se ejecutó entre el 15 y el 31 de octubre de 2021, y desde su terminación, o al menos desde la comunicación del 2 de noviembre de 2021 donde se señalaron deficiencias, era evidente el presunto incumplimiento. Incluso si se considerara como punto de partida el informe de incumplimiento del 15 de febrero de 2022 o la fallida conciliación del 10 de marzo de 2022, el término bienal de prescripción expiraba, como máximo, el 10 de marzo de 2024. Sin embargo, la solicitud de conciliación que habría podido interrumpir el término fue presentada apenas el 7 de noviembre de 2024, es decir, cuando ya había transcurrido el plazo legal. Adicionalmente, aunque el demandante intentó acudir a un tribunal de arbitramento, la cláusula compromisoria fue declarada extinguida mediante auto del 21 de septiembre de 2023, notificado el 22 del mismo mes, y no se presentó demanda judicial dentro de los 20 días hábiles siguientes para conservar los efectos de interrupción de la demanda arbitral, pues la presente demanda fue radicada solo hasta marzo de 2025. En consecuencia, la acción está prescrita desde cualquiera de los hitos relevantes, lo cual justifica que se dicte sentencia anticipada desestimando las pretensiones de la demanda.

La norma aludida del Código General del Proceso, fija para el juzgador el deber de proferir sentencia anticipada, cuando se encuentre probada entre otras excepciones, la de prescripción, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 278. CLASES DE PROVIDENCIAS Las providencias del juez pueden ser autos o sentencias.

Son sentencias las que deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, las que deciden el incidente de liquidación de perjuicios, y las que resuelven los recursos de casación y revisión. Son autos todas las demás providencias.

En cualquier estado del proceso, el juez deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, en los siguientes eventos:

1. Cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez.

2. Cuando no hubiere pruebas por practicar.

3. Cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Por lo anterior, toda vez que se encuentra acreditada la configuración del fenómeno jurídico de la prescripción extintiva, conforme al artículo 1081 del Código de Comercio. Esta norma establece que las acciones derivadas del contrato de seguro prescriben en el término de dos años, contados a partir del momento en que ocurre el hecho que da lugar a la reclamación o desde cuando el interesado tuvo conocimiento del mismo. Aplicado al caso concreto, el contrato de prestación de servicios garantizado por la póliza se ejecutó entre el 15 y el 31 de octubre de 2021, fecha esta última que marca el momento de finalización de las obligaciones contractuales y, por ende, el punto de partida para el conteo del término prescriptivo, al haber quedado expuesto el supuesto incumplimiento. Incluso si se adoptara una postura más favorable al demandante y se asumiera como fecha inicial la comunicación del 2 de noviembre de 2021, en la que se pusieron de presente las deficiencias del servicio, o el informe técnico de incumplimiento emitido el 15 de febrero de 2022 por IDICOL S.A.S., o la audiencia de conciliación fallida del 10 de marzo de 2022, el término bienal habría vencido, en el escenario más flexible, el 10 de marzo de 2024. No obstante, la solicitud de conciliación extrajudicial que eventualmente podría haber interrumpido el término fue radicada tan solo el 7 de noviembre de 2024, cuando ya había transcurrido con creces el plazo legal.

Adicionalmente, aunque la parte demandante inició un trámite arbitral, el mismo fue declarado sin efectos por la extinción de la cláusula compromisoria mediante auto del 21 de septiembre de 2023, notificado el 22 de septiembre de 2023. Ahora bien, para que los efectos interruptivos de una demanda arbitral se conserven, es necesario que el actor presente la demanda judicial ante el juez competente dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a dicha notificación. Sin embargo, la presente demanda judicial fue radicada en marzo de 2025, mucho después del término legal, lo cual impide que se trasladen al proceso actual los efectos interruptivos derivados de la demanda arbitral frustrada.

En conclusión, desde cualquiera de los hechos relevantes que podrían marcar el inicio del término de prescripción, y bajo la interpretación del artículo 1081 del Código de Comercio, es claro que la acción fue ejercida cuando ya estaba prescrita, por lo que debe dictarse sentencia anticipada rechazando las pretensiones de la demanda., lo que obsta para que salgan adelante las pretensiones de la demanda y lo que comporta incluso el deber para este honorable despacho de proferir sentencia anticipada para

absolver a mi mandante.

I. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

FRENTE AL HECHO 1: Es cierto.

FRENTE AL HECHO 2: Es cierto, mi representada se atiene al contenido del documento

FRENTE AL HECHO 3: Es parcialmente cierto, lo narrado en este hecho corresponde de manera parcial a la cláusula quinta del contrato suscrito entre Contempo y Prontex, pues además de lo mencionado, se estableció que el segundo pago se realizaría mediante una consignación o transferencia a la cuenta suministrada por el contratista, una vez suscrita el acta de recibo final entre las partes.

FRENTE AL HECHO 4: Es cierto.

FRENTE AL HECHO 5: A mi mandante no le consta si se aprobaron las pólizas mencionadas en este hecho, sin embargo, debe decirse que por parte de mi mandante sí se expidieron las pólizas No. 376-74-994000004066 de Responsabilidad Civil Extracontractual, Póliza No. 376-45-994000005758 de cumplimiento a favor de entidades particulares.

FRENTE AL HECHO 6: No es cierto, a la fecha no obra en el plenario prueba idónea que permita verificar que en efecto Prontex incumplió el contrato de prestación de servicios suscrito con Contempo. Debido a que a partir de un documento denominado “Concepto de resistencia de núcleos de concreto de la placa Chicó 94” se pretende demostrar elementos de carácter técnico que constituirían el incumplimiento del contrato por parte de Prontex. Sin embargo, aquella prueba documental no ofrece información detallada sobre la técnica utilizada, las conclusiones del estudio y mucho menos de la idoneidad de quien lo hizo, así las cosas, el mentado medio probatorio no es idóneo y no constituye prueba alguna del presunto incumplimiento por parte del contratista, por lo que la parte demandante deberá acreditar su dicho a través de los medios pertinentes, conducente y útiles.

FRENTE AL HECHO 7: Conforme se evidencia de la prueba documental allegada con la demanda, es cierto que el 26 de octubre de 2021 Contempo y Prontex suscribieron otrosí al contrato del 24 de septiembre de 2021. Sin embargo, debe decirse que esto solo se conoce conforme a la prueba documental allegada al plenario, porque no se verifica que dicha situación se haya informado a la Aseguradora. De lo dicho en este numeral no podrá perderse de vista que constituye la clara prueba de que en el caso bajo estudio se agravó el riesgo inicialmente trasladado a la Compañía Aseguradora generando la terminación automática del aseguramiento en los términos del artículo 1060 del C.Co. Dado que no hay prueba de que tal modificación se informó a mi representada, claramente la misma representa una alteración en el estado del riesgo, lo que causa en consecuencia la terminación automática del seguro.

FRENTE AL HECHO 8: A mi representada no le consta lo aquí afirmado, comoquiera que son hechos completamente ajenos al giro ordinario de sus negocios, además de que nunca tuvo acceso a las comunicaciones que se hubieran cruzado entre Contempo y Prontex. Sin perjuicio de ello, este despacho debe tener en consideración que el documento que se afirma haber presentado el día 02 de noviembre de 2021 denota el conocimiento del presunto incumplimiento que se intenta endilgar al afianzado y en tal virtud es clara la configuración del término de prescripción de las acciones derivadas del contrato, pues, la radicación de la presente demanda no interrumpió el término bienal consagrado en el artículo 1081 del Cco. toda vez que el fenómeno prescriptivo ya había culminado.

FRENTE AL HECHO 9: A mi representada no le consta o aquí afirmado, comoquiera que son hechos completamente ajenos al giro ordinario de sus negocios, además de que nunca tuvo conocimiento de gestiones adelantadas por la Sociedad IDICOL S.A.S., por ende, le corresponderá a la parte demandante probar su dicho a través de los medios pertinentes, conducentes y útiles. Pero además desde ya se debe advertir que el documento denominado “Concepto de resistencia de núcleos de concreto de la placa Chicó 94” con el que se pretende demostrar elementos de carácter técnico que constituirían el incumplimiento del contrato por parte de Prontex, no ofrece información detallada sobre la técnica utilizada, las conclusiones del estudio y mucho menos de la idoneidad de quien lo hizo, así las cosas el mentado medio probatorio no es idóneo y no constituye prueba alguna del presunto incumplimiento por parte del contratista, por lo que la parte demandante deberá acreditar su dicho a través de los medios pertinentes, conducente y útiles. Sin perjuicio de ello, este despacho debe tener en consideración que incluso desde la calenda de este informe, el cual denota el conocimiento del presunto incumplimiento

que se intenta endilgar al afianzado, se configuró el término de prescripción de las acciones derivadas del contrato, pues, la radicación de la presente demanda no interrumpió el término bienal consagrado en el artículo 1081 del Cco. toda vez que el fenómeno prescriptivo ya había culminado.

FRENTE AL HECHO 10: A mi representada no le consta lo aquí afirmado, comoquiera que son hechos completamente ajenos al giro ordinario de sus negocios, además de que nunca tuvo conocimiento del presunto acuerdo entre Prontex y Contempo debido a que no fue convocada a la mentada audiencia de conciliación prejudicial y tampoco se avizora en el plenario prueba de que el tomador Prontex o el asegurado Contempo hubieran informado a la Aseguradora sobre dicha determinación.

FRENTE AL HECHO 11: A mi representada no le consta o aquí afirmado, comoquiera que son hechos completamente ajenos al giro ordinario de sus negocios debido a que no fue convocada a la mentada audiencia de conciliación prejudicial y tampoco fue informada de dicha determinación. Pese a ello, debe decirse que si tales discusiones se presentaron, aquellas, por ser realizadas en el marco de una audiencia de conciliación son de carácter reservado y de ninguna medida podrían constituir indicio alguno de determinado comportamiento contractual. Incluso debe advertirse que la Aseguradora no fue conocedora de los hechos materia del presente litigio dentro del término legal oportuno, no solo porque tales eventos no se encuentran amparados temporalmente por la póliza, sino porque el contrato de seguro finalizó anticipadamente debido a la agravación del riesgo, lo que produjo su terminación automática conforme a la normatividad aplicable. Adicionalmente, como se evidencia en la carátula de la póliza, la vigencia inicial del amparo se extendía únicamente hasta el 25 de enero de 2022, lo que refuerza que los hechos alegados por el demandante se encuentran por fuera del período de cobertura, tanto desde el punto de vista material como temporal.

FRENTE AL HECHO 12: Es cierto. No obstante, desde ya se debe advertir que dicha suma no se encuentra amparada en la póliza de cumplimiento a favor de particulares No. 376- 45- 994000005758, en la medida que dicho cobro contraviene abiertamente la misma naturaleza del amparo estrictamente otorgado debido a que el amparo de cumplimiento exige demostrar los perjuicios causados al contratante (Contempo) y por lo tanto una tasación anticipada de los mismos contraviene la disposición mediante la cual se exige la demostración de aquellos. Aunado a lo anterior el contrato de seguro en el numeral 2.3 excluyó de cobertura las multas y clausulas penales entre otras. Por ende, los hechos y pretensiones que fundan la demanda de la referencia, tal y como establece la póliza, no pueden ser sujeto de amparo por

parte de mí representada, bajo el entendido que, tanto la delimitación positiva del riesgo (descripción del amparo) como la delimitación negativa (existencia de la exclusión 2.3), claramente permiten evidenciar que la cláusula penal no se amparó en la póliza.

FRENTE AL HECHO 13: No es cierto, si conforme se dijo en el hecho 12, la cláusula penal contenida en la cláusula decima primera del contrato tuvo la naturaleza de ser una cláusula penal compensatoria (tasación anticipada de perjuicios) y no moratoria. La anterior situación torna abiertamente improcedente una solicitud de perjuicios adicional, pues la cláusula penal pactada ya tendría el carácter de compensatoria.

FRENTE AL HECHO 14: No es cierto, a la fecha la parte demandante no ha probado el presunto incumplimiento que endilga a cargo de Prontex derivado de la ejecución del contrato de prestación de servicios del 24 de septiembre de 2021. De ahí, que la demandada no se encuentra obligada a pagar indemnización alguna.

FRENTE AL HECHO 15: A mi mandante no le costa el valor de la cotización que presuntamente emitió un tercero para la realización de la obra, comoquiera que son hechos totalmente ajenos al giro ordinario de sus negocios. Sin embargo, se deberá advertir que en ninguna manera podría ordenarse el pago por \$161.010.155 debido a que en primera medida, no se ha demostrado un incumplimiento por parte de Prontex. Segundo, porque tampoco se ha probado de manera clara el presunto sobrecosto para la realización de la obra, máxime, cuando la cotización referida en este numeral contempla un metraje de intervención distinto al inicialmente convenido por Prontex y Contempo, así como también prevé un espesor diferente de la placa. Estas circunstancias indefectiblemente impiden que el valor de dicha cotización haga prueba del perjuicio reclamado por la parte demandante en la medida en que difiere de la obra inicialmente contemplada por Contempo y Prontex, siendo así que en un remoto e improbable evento de condena a la demandada, la misma solo se encuentra obligada al pago de los costos para finalizar la obra y no a sufragar una obra nueva y además diferente a la prevista en el contrato del 24 de septiembre de 2021.

FRENTE AL HECHO 16: A mi mandante no le costa comoquiera que son hechos totalmente ajenos al giro ordinario de sus negocios. De tal manera la parte demandante deberá acreditar su dicho a través de los medios conducentes, pertinentes y útiles.

FRENTE AL HECHO 17: No es cierto. Como quiera que se hace referencia a dos pólizas me pronunciaré frente a cada una de ellas.

- **Póliza No. 376-74-99400004066 de responsabilidad civil extracontractual:** Por encontrarse relacionada esta póliza dentro de los hechos de la demanda, se hace necesario precisar que tratándose este litigio de controversias netamente contractuales, la póliza en mención no puede hacerse efectiva pues la misma se expidió a fin de asumir los perjuicios derivados de la responsabilidad civil extracontractual imputable al asegurado Prontex. Adicionalmente, debe precisarse que la vigencia de esta póliza comprendía únicamente desde el 15 de octubre de

AGENCIA EXPEDIDORA: BOGOTÁ CALLE 100			COD. AGE: 376			RAMO: 74			PAP:					
DIA	MES	AÑO	DIA	MES	AÑO	HORAS	DIA	MES	AÑO	HORAS	DIA	MES	AÑO	
12	10	2021	15	10	2021	23:59	25	10	2021	23:59	10	12	10	2021
FECHA DE EXPEDICIÓN			VIGENCIA DE LA PÓLIZA			VIGENCIA DESDE			VIGENCIA HASTA			FECHA DE IMPRESIÓN		
			A LAS			A LAS			DÍAS					
MODALIDAD FACTURACIÓN: ANUAL												TIPO DE IMPRESIÓN: IMPRESION		

- **Póliza Seguro de cumplimiento en favor de Entidades particulares No. 376 45 994000005758:** Debe decirse que no es cierto que esta póliza se encuentre vigente debido a que el contrato se terminó automáticamente comoquiera que en el plenario no existe prueba de que se haya notificado por escrito a la aseguradora en el término del artículo 1060 del Código de Comercio, las circunstancias que agravaron el estado del riesgo en la ejecución del contrato garantizado como lo fueron: imprevistos de carácter técnico y operativo evidenciados durante la obra, tales como mayor espesor de la placa existente contemplada inicialmente, situación que implicó mayor tiempo de demolición y mayor uso de material; interrupciones de trabajo nocturno por solicitud de la policía, debido a quejas por ruido; tratamiento especial de cajas de pozos que no se contemplaron de manera previa a la suscripción del contrato, situaciones todas que llevaron a que el 26 de octubre de 2021 Contempo y Prontex suscribieran un otrosí al contrato garantizado. Así las cosas, la ausencia de notificación a la aseguradora sobre la agravación del riesgo ineludiblemente comporta la terminación automática del contrato de seguro por ministerio de la ley y por ende no puede entenderse que el mismo estuviera vigente.

FRENTE AL HECHO 18: Frente a este hecho, es necesario realizar dos pronunciamientos:

- Frente a la conciliación de la fundación servicio jurídico popular no le consta a mi representada porque no fue parte.
- Es cierto que mi representada fue llamada al tribunal de arbitramento, sin embargo, el 21 de septiembre de 2023 se declaró terminado el proceso debido a la extinción de la cláusula compromisoria, adicionalmente no tiene relevancia en este proceso, porque si quisiera darse a entender que se interrumpe el término de prescripción; lo cierto es que , esta si se configura dado que, el contrato de prestación de servicios objeto del litigio se ejecutó entre el 15 y el 31 de octubre de 2021, y desde su terminación, o al menos desde la comunicación del 2 de noviembre de 2021 donde se señalaron deficiencias, era evidente el presunto incumplimiento. Incluso si se considerara como punto de partida el informe de incumplimiento del 15 de febrero de 2022 o la fallida conciliación del 10 de marzo de 2022, el término bienal de prescripción expiraba, como máximo, el 10 de marzo de 2024. Sin embargo, la solicitud de conciliación que habría podido interrumpir el término fue presentada apenas el 7 de noviembre de 2024, es decir, cuando ya había transcurrido el plazo legal. Adicionalmente, aunque el demandante intentó acudir a un tribunal de arbitramento, la cláusula compromisoria fue declarada extinguida mediante auto del 21 de septiembre de 2023, notificado el 22 del mismo mes, y no se presentó demanda judicial dentro de los 20 días hábiles siguientes para conservar los efectos de interrupción de la demanda arbitral, pues la presente demanda fue radicada solo hasta marzo de 2025. En consecuencia, la acción está prescrita desde cualquiera de los hitos relevantes

FRENTE AL HECHO 19: si bien es cierto, debe tenerse en consideración que el término de prescripción ya se había configurado.

I. FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

II. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Me opongo a la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda, por cuanto las mismas carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que hagan viable su prosperidad. Como quiera que al hacer la narración de los supuestos hechos se pretende imputar un incumplimiento al contratista Prontex S.A.S.,

sin ningún asidero probatorio. Además de que tampoco hay prueba de la supuesta indebida utilización del anticipo ni del daño emergente futuro reclamado. Por lo que ante la falta de acreditación del supuesto de hecho del cual se pretende derivar un derecho no existe mérito para ordenar una indemnización tal como lo pretende la demandante.

OPOSICIÓN FRENTE A LA PRETENSIÓN PRIMERA: ME OPONGO a que se declare el incumplimiento del contrato de prestación de servicios para la demolición y fundición sobre placa de parqueadero (630 m²) del Edificio Chicó 94, celebrado entre las partes, Grupo Contempo y Prontex S.A.S.. Como quiera que no existe prueba idónea que acredite que Prontex haya incumplido sus obligaciones contractuales o que las haya cumplido de manera defectuosa como alega la demandante.

OPOSICIÓN FRENTE A LA PRETENSIÓN SEGUNDA: ME OPONGO a esta pretensión comoquiera que es consecuencial a la primera pretensión y siendo que aquella no está llamada a prosperar, esta tampoco. Además en el hipotético e improbable evento en que el Tribunal considerara que sí existió algún incumplimiento por parte de PRONTEX S.A.S., de todas maneras, deberá tener en cuenta que no es posible ordenar el pago total del valor de la cláusula penal. Lo anterior, porque tratándose de un contrato cuyo objeto deriva de la ejecución de una obra, debe considerarse que tan solo se torna procedente el pago de la cláusula penal conforme al porcentaje de incumplimiento. En otras palabras, conforme al porcentaje pendiente de ejecución de la obra. Así las cosas, si en el transcurso del proceso queda acreditado el cumplimiento parcial del contrato objeto de la litis, debe reducirse la condena deprecada en proporción al cumplimiento acreditado.

OPOSICIÓN FRENTE A LA PRETENSIÓN TERCERA: ME OPONGO a esta pretensión comoquiera que es consecuencial a la primera pretensión y siendo que aquella no está llamada a prosperar, esta tampoco. Además, en ninguna manera el perjuicio aquí reclamado encuentra válidamente soporte en la cotización realizada por Tereg porque basta con observar dicho documento para notar como el área a intervenir se sitúa en 640 m², mientras en el contrato del 24 de septiembre de 2021 la misma era de 630 m². Lo anterior supone un incremento en los costos máxime cuando en ejecución de obras el valor se tasa por extensión del área. Además, se advierte que en el contrato de prestación de servicios se estipuló una placa de 12 cm de espesor, mientras la cotización muestra una relación de costos para una placa de 14 cm. Como se ve claramente, la obra inicialmente contratada con Prontex difiere con la obra cotizada con Tereg de Colombia Ltda y en ninguna medida es plausible que una hipotética y remota indemnización se

extienda a cubrir costos de una obra con características disimiles a las acordadas en el contrato que se reputa incumplido, pues se estarían imponiendo obligaciones que nunca fueron contempladas por las partes.

Aunado a lo anterior, se destaca el costo altamente especulativo y exorbitante de la cotización presentada, pues se advierte que mientras en el contrato de prestación de servicios el costo total del mismo ascendió a \$72.059.031, en la cotización el costo asciende a una suma de \$161.010.155. Es decir, representa una diferencia de \$88.951.124, lo que supera incluso más del 50% del costo contemplado en el contrato suscrito por Contempo y Prontex. Situación que ofrece asomo de duda sobre la verdadera cuantía del presunto sobrecosto y por ende del perjuicio reclamado. Es decir que ante tales yerros de ninguna manera la cotización puede considerarse prueba idónea de los perjuicios solicitados por la demandante.

OPOSICIÓN FRENTE A LA PRETENSIÓN CUARTA: ME OPONGO a esta pretensión, comoquiera que no es viable jurídicamente ordenar un reembolso de “anticipo no amortizado” debido a que lo cierto es que el anticipo fue utilizado en la ejecución de la obra al margen de todas las imputaciones sobre la falta de condiciones técnicas que alega la demandante. Ahora, lo cierto es que el anticipo sí se utilizó por el contratista para cumplir con el contrato de prestación de servicios del 24 de septiembre de 2021 y por ende no podría de ninguna manera exigírsele que reembolse un dinero para el que dio el uso adecuado.

OPOSICIÓN FRENTE A LA PRETENSIÓN QUINTA: ME OPONGO a esta pretensión comoquiera que es consecencial a la cuarta pretensión y siendo que aquella no está llamada a prosperar, esta tampoco. Además de lo señalado en la oposición a cuarta pretensión sobre la imposibilidad de ordenar un reembolso, nótese el evidente animo especulativo al solidar un reembolso por valor de \$22.775.612 que constituye un 79,02% del valor del anticipo pactado en el contrato, cuando de los mismos hechos de la demanda emana que la obra fue ejecutada completamente.

OPOSICIÓN FRENTE A LA PRETENSIÓN SEXTA: En cuanto el contrato fue ejecutado correcta y completamente, no me opongo a la liquidación judicial mientras en la misma se incluya que el contratante adeuda a Prontex por lo menos el pago del 60% del valor del contrato.

OPOSICIÓN FRENTE A LA PRETENSIÓN SÉPTIMA: ME OPONGO a esta pretensión comoquiera que

las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y en esa medida, es la demandante quien deberá soportar el pago total de los costos y gastos procesales, agencias en derecho que se causen por el desarrollo del proceso.

OPOSICIÓN FRENTE A LA PRETENSIÓN OCTAVA: Me opongo al reconocimiento de intereses de mora como quiera que los mismos únicamente podrán causarse a partir de la ejecutoria del laudo que dé certeza a la obligación. Frente al momento en el que se empiezan a causar los intereses moratorios, la Corte Suprema de Justicia ha establecido en distintas oportunidades que éstos empiezan a causarse a partir de la ejecutoria del fallo judicial que da certeza a la obligación. Específicamente, en la reciente sentencia del 26 de mayo de 2021, en la que se indicó textualmente:

“Respecto del momento a partir del cual procedía disponer el pago de intereses moratorios, conforme al análisis que se dejó consignado al estudiarse el cargo segundo del recurso extraordinario de casación, al que se hace remisión expresa, se colige el desacierto de la fecha fijada por el a quo con tal fin -6 de septiembre de 2010-, misma señalada por el Tribunal, la cual, por ende, Terá7á modificarse, para disponer que la eventual causación de los indicados réditos, Terá a partir de la ejecutoriadel presente fallo¹.”

Lo anterior, deja claro que la pretensión de la Demandante en este caso no tiene vocación de prosperidad, puesto que los intereses moratorios podrían empezar a causarse solo hasta que el laudo brinde certeza sobre la obligación. Toda vez que antes de proferirse la decisión, no existe certeza sobre la obligación de indemnizar.

III. OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO.

De conformidad con lo establecido en el inciso primero del artículo 206 del Código General del Proceso² y con el fin mantener un equilibrio procesal, garantizar pedimentos razonables y salvaguardar el derecho de defensa de mi procurada, procedo a **OBJETAR** el juramento estimatorio de la demanda. Lo anterior,

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC1947-2021. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. 26 de mayo de 2021

² CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, Artículo 206: “(...) Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación (...).”

toda vez que se evidencia la ausencia de pruebas que permitan inferir que se estructuró la responsabilidad civil contractual que predica la parte actora, además de que las indemnizaciones pretendidas no se encuentran soportadas probatoriamente por lo que de ninguna manera, el juramento puede hacer prueba de su monto.

Aunado a ello, es preciso señalar que, en materia de indemnización de perjuicios, opera el principio de que el daño y su cuantía deben estar plenamente probados para proceder a su reconocimiento, toda vez que al juzgador le está relegada la posibilidad de presumir como cierto un perjuicio y más aún la magnitud del mismo. En efecto, con miras a la obtención de una indemnización, no basta alegar el supuesto detrimento, por cuanto el mismo no es susceptible de presunción, sino que es obligatorio acreditar debidamente su cuantificación.

En este sentido lo ha indicado la H. Corte Suprema de Justicia, como se expone a continuación:

*“(…) No sobra indicar que **la valoración del juramento estimativo debe sujetarse a las reglas de apreciación del mismo, en virtud de las cuales, no basta con las afirmaciones del demandante, pues es menester de una parte, que las sumas se encuentren señaladas de manera razonada, y de otra, que de conformidad con la sustancialidad de las formas debe mediar un principio de acreditación, siquiera precario, de cuanto se expresa en él (…). Luego, si no se tiene prueba del daño, pues el juramento estimatorio a lo sumo constituye —de ser razonable— prueba de su cuantía, no se puede reconocer indemnización en los términos reclamados por el recurrente, como ocurre en el presente asunto (…)**”³ (Negritas fuera del texto original)*

De acuerdo con el artículo 206 del Código General del Proceso, la parte demandante deberá indicar en el texto en el cual se hace el juramento estimatorio lo siguiente: **1.** Que se afirma bajo la gravedad del juramento; **2.** Que se trata de juramento estimatorio; **3.** El valor de cada uno de los conceptos, rubros o partidas que componen la indemnización, frutos, mejoras o compensación, en este tipo de escenarios, incluir los conceptos por perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante); **4.** El valor total y; **5.**

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Sentencia SP1796-2018/51390 de mayo 23 de 2018. M.P. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero.

Las razones que se tuvo en cuenta para cada uno de los valores asignados, exponiéndolos con precisión, claridad y con fundamento en pruebas.

De conformidad con lo anterior, en ninguna manera la estimación que realiza la parte demandante podrá tenerse como prueba de los perjuicios reclamados toda vez que:

- (i) No se ha probado un presunto incumplimiento que tornara plausible la condena por concepto de cláusula penal. Al margen de ello, la solicitud de pago de la cláusula penal en un 100% no es coherente con la situación fáctica del caso, toda vez que se ha reconocido en la demanda que la obra fue ejecutada. De ahí, que aun en gracia de discusión si se considerara que existió incumplimiento por parte de Prontex, también se tornaba necesario establecer el porcentaje de ejecución de obra y de tal manera, la cláusula penal estaría llamada a reducirse en proporción al porcentaje de obra entregado. Todo lo anterior en los términos de los artículos 867 del C.Co y 1596 del C.C.

- (ii) No se encuentra debidamente acreditado que, derivado de un presunto incumplimiento contractual, se haya generado para Contempo un perjuicio patrimonial como el daño emergente futuro que identifica como los supuestos sobrecostos para ejecutar la obra inicialmente contratada con Prontex. Lo anterior, porque lo cierto es que no existe medio de prueba que permita acreditar el valor de dicho sobrecosto. Lo mencionado, debido a que la cotización elaborada por Tereg contempla un metraje cuadrado distinto al que se estipuló en el contrato de prestación de servicios objeto de contienda. Además, porque el valor total es abiertamente especulativo y exorbitante porque contempla condiciones de obra disímiles a las del contrato primigenio. De ahí, que Prontex no está llamada a asumir perjuicios carentes de prueba y a soportar el pago de indemnizaciones realizadas bajo parámetros distintos a la obligación que inicialmente había asumido.

- (iii) Tampoco se ha probado la cuantía del anticipo que presuntamente se utilizó o apropió indebidamente, simplemente se ha limitado a especificar que pretende el reembolso de la suma no amortizada, sin presentar prueba de la forma en que realiza el cálculo de la amortización para concluir que en efecto se debe reembolsar dicha suma. Máxime, cuando en la demanda se reconoce que Prontex ejecutó la obra (al margen de las discusiones técnicas). Luego, si la obra

se ejecutó, no existe ninguna discusión en torno al anticipo, pues estaría probado que el mismo fue utilizado para la ejecución del objeto contractual.

En conclusión, se debe decir que no existen elementos demostrativos para acreditar los perjuicios pretendidos y el juramento estimatorio al ser objetado, tampoco puede constituirse en prueba idónea para acreditar el monto de los mismos. Porque lo cierto es que el daño emergente futuro necesita ser probado con fidelidad, lo que en este caso no ha sucedido de ninguna manera como se ha explicado. Adicionalmente, la cláusula penal es incompatible, pues si se encontrara un cumplimiento parcial, debía reducirse proporcionalmente en razón al porcentaje de cumplimiento. Así mismo, la solicitud de reembolso del anticipo es abiertamente especulativa pues no se entiende con fundamento en qué procedimiento de amortización la parte demandante concluye que se le debe reembolsar la suma de \$22.775.612. Máxime, cuando de los hechos de la demanda se infiere que la obra se ejecutó, lo que impediría cualquier reembolso por concepto de anticipo.

En los anteriores términos se afinca la objeción al juramento estimatorio.

IV. EXCEPCIONES DE MERITO O DE FONDO.

FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DE PRONTEX S.A.S.

1. FALTA DE PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA.

En este caso no existe en el plenario prueba que permita afirmar que se produjo un incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del contratista Prontex dentro del “contrato de prestación de servicios para demolición y fundición sobre placa de parqueadero (630 m²) del edificio Chico 94. Así las cosas, siendo que pesa sobre la parte demandante la carga probatoria que permita acreditar los supuestos facticos que sostiene, porque en ningún caso se presume dicha conducta, es claro que ante la orfandad probatoria no existe otra posibilidad que negar las pretensiones de la demanda.

Es necesario partir de los supuestos que sustentan la demanda presentada por Contempo, en esa media, la demandante reprocha que el contratista Prontex no cumplió el contrato suscrito el 24 de septiembre de 2021. Lo anterior, argumentando equivocadamente que la obra ejecutada no cumple las condiciones técnicas

acordadas. Sin embargo, hasta este momento en el proceso no se ha demostrado el presunto incumplimiento o cumplimiento defectuoso, más allá de las afirmaciones sin soporte probatorio de Contempo.

Debe dejarse claro que cuando una parte afirma un hecho (en este caso el incumplimiento) del que pretender predicar la existencia de un derecho (ser indemnizado) sostiene sobre sus hombros la carga probatoria que se constituye en instrumento ineludible para la prosperidad de sus pretensiones. Tan es así, que el Código General del proceso recoge esta imperiosa necesidad/obligación de probar las alegaciones realizadas en el artículo 167 del CGP que dispone:

“Artículo 167. Carga de la prueba

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...) énfasis añadido ”

Lo antes expuesto deja clara la obligación de la parte de cumplir con su carga probatoria cuando ha tenido la oportunidad de gozar en pleno de su derecho a probar, esto se materializa incluso, haciendo uso de los momentos procesales oportunos para la petición de pruebas. Además, es importante destacar cómo esta necesidad y obligación que persigue la prosperidad de las pretensiones se encuentra íntimamente relacionada con la necesidad de la prueba prevista en el artículo 164 del CGP, veamos:

“ARTÍCULO 164. NECESIDAD DE LA PRUEBA. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.”

De la anterior previsión, sin duda se desprende que la decisión que adopte el juzgador necesariamente debe tener asidero probatorio, pues no puede fincarse en especulaciones o circunstancias meramente hipotéticas. De ahí, que si la parte no prueba su dicho el sentenciador no tiene un camino diferente que despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda. Lo antes mencionado implica que “el juez debe fallar de acuerdo con lo probado. Lo que no esté demostrado en el proceso, no existe para el juez. El principio que se estudia [necesidad de la prueba] es una garantía para los derechos de las partes. Su aplicación, al requerir que las decisiones estén fundamentadas, permite el control interno mediante la eventual interposición de los recursos y asegura el control externo o social de la decisión⁴”(corchetes añadidos)

⁴ Ulises Canosa Suárez , la prueba en procesos orales civiles y de familia.

Asimismo, la Corte Constitucional ha indicado que en materia probatoria es innegable el deber que recae sobre la parte que pretende la aplicación de determinada consecuencia jurídica y al respecto expresó:

“Por regla general, la carga de la prueba le corresponde a las partes, quienes deben acreditar los hechos que invocan a su favor y que sirven de base para sus pretensiones. Este deber, conocido bajo el aforismo “onus probandi”, exige la realización de ciertas actuaciones procesales en interés propio, como la demostración de la ocurrencia de un hecho o el suministro de los medios de pruebas que respalden suficientemente la hipótesis jurídica defendida. De ahí que, de no realizarse tales actuaciones, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, el resultado evidente sea la denegación de las pretensiones, la preclusión de las oportunidades y la pérdida de los derechos”. (énfasis añadido)

Incluso, la postura aquí expuesta ha sido pacífica por parte de la doctrina, la cual también ha indicado que “la carga de la prueba es el ejercicio de un derecho para el logro del propio interés, es el “poder o la facultad de ejecutar LIBREMENTE ciertos actos o adoptar cierta conducta, prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin existir otro sujeto que tenga derecho a exigir su observancia; pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables⁵.”

Por lo antes explicado, se puede colegir que la parte demandante tiene sobre sus hombros la obligación de probar sus alegaciones a fin de obtener una decisión favorable, de no hacerlo, debe soportar las consecuencias adversas. Es por lo anterior que en este caso, como Contempo desde la presentación de su demanda afirma que Prontex incumplió el contrato o que lo habría cumplido defectuosamente, es evidente que debe soportarlo a través de las pruebas conducentes, pertinentes y útiles. Sin embargo, pese a dicha imperiosa necesidad en el plenario no existe prueba que acredite el presunto incumplimiento. Es decir que como el incumplimiento contractual en ninguna manera se presume y ante la orfandad probatoria que lo acredite, la consecuencia jurídica es la negación de todas las pretensiones enfiladas por la demandante.

Ahora bien, resulta necesario dejar por sentado porque ninguna de las pruebas aportadas por la parte demandante constituye prueba idónea para demostrar un presunto incumplimiento contractual por parte de

⁵ Goldschmidt, Citado por López Blanco Hernán Fabio, “La Prueba”. Editorial: DUPRE Bogotá. 2001

Prontex. En primera medida se advierte que el documento denominado “Concepto de resistencia de núcleos de concreto de la placa Chicó 94” con el que se pretende demostrar elementos de carácter técnico que constituirían el incumplimiento del contrato por parte de Prontex, o un cumplimiento defectuoso como lo ha dicho Contempo no ofrece información detallada sobre la técnica utilizada para el caso concreto, el mismo no tiene las conclusiones del estudio y mucho menos se acredita la idoneidad de quien emite dicho concepto. Además se advierte como en la explicación introductoria “marco conceptual” el mismo documento indica que al efectuar pruebas de resistencia de concreto a través de la extracción de núcleos, aquellos no tendrán resistencias iguales a las expresadas para el concreto inicialmente vaciado en los elementos estructurales. Así las cosas dicho documento deja asomo de duda sobre los resultados de resistencia esperados en dicha prueba, aquello que podría considerarse un margen de diferencia razonable entre la resistencia de las muestras y la resistencia que podría tener el concreto vaciado inicialmente en la placa. Es decir que dicho documento en ninguna medida puede brindar al honorable Tribunal certeza sobre algún incumplimiento atribuible a Prontex.

En este punto resulta también imperioso hacer referencia al documento con el que se pretende probar el perjuicio patrimonial, al efecto la parte demandante aporta una cotización emitida por la sociedad Tereg, sin embargo aquello documento difiere con el objeto del contrato de prestación de servicios suscrito entre Contempo y Prontex pues en el contrato del 24 de septiembre de 2021 el área a intervenir siempre se mantuvo en 630 m², mientras en la cotización con la que pretende acreditar el daño emergente el área a intervenir se sitúa en 640 m², situación que supone un incremento de costos debido a que tratándose de obras el valor se fija de acuerdo al metro cuadrado, es decir que en la cotización de Tereg Ltda se elevan los costos por extensión del área. Además, se advierte que en el contrato de prestación de servicios se estipuló una placa de 12 cm de espesor, mientras la cotización muestra una relación de costos para una placa de 14 cm por 640 m², es decir que supone mayor extensión y mayor utilización de materiales lo que incrementa los costos. Como se ve claramente, la obra inicialmente contratada con Prontex difiere con la obra cotizada con Tereg de Colombia Ltda y en ninguna medida es plausible que una hipotética y remota indemnización se extienda a cubrir costos de una obra con características disimiles a las acordadas en el contrato que se reputa incumplido, pues se estarían imponiendo obligaciones que nunca fueron contempladas por las partes.

Aunado a lo anterior, se destaca el costo altamente especulativo y exorbitante de la cotización presentada, pues se advierte que mientras en el contrato de prestación de servicios del 24 de septiembre de 2021 el costo total del mismo ascendió a \$72.059.031, en la cotización el costo asciende a una suma de \$161.010.155. Es decir, representa una diferencia de \$88.951.124, lo que supera incluso más del 50% del

costo contemplado en el contrato suscrito por Contempo y Prontex. Sin lugar a duda los dos documentos con los cuales Contempo pretende demostrar un incumplimiento por parte de Prontex y el valor del perjuicio causado no son prueba idónea de aquellas alegaciones porque como se vio el concepto de IDICOL lejos de demostrar el presunto incumplimiento deja ver la falta de fundamentos del concepto y la ausencia de técnica e idoneidad para considerar que en alguna medida se prueba el incumplimiento y además la cotización de Tereg sin dudas es altamente especulativa, no se ciñe a las características de la obra prevista en el contrato del 24 de septiembre de 2021 y en dicha medida no prueba que ese valor se constituya en aquel rubro necesario para ejecutar la obra que a juicio de la demandante no fue cumplida por Prontex. Es decir que al momento la parte demandante no ha probado ningún incumplimiento del contrato del 24 de septiembre de 2021 que pueda ser atribuido a Prontex y mucho menos ha demostrado el perjuicio deprecado.

En conclusión, en el proceso: (i) no existe prueba del presunto incumplimiento más allá de las premisas consignadas en la demanda. (ii) Las alegaciones de Contempo que sostienen la tesis del incumplimiento por parte de Prontex no se encuentran probadas, evidenciando de lejos que la demandante no ha cumplido con la carga de la prueba que le asiste si pretende que el juzgador acoja sus suplicas. (iii) Como Contempo no ha probado el incumplimiento y el mismo no se presume, la honorable juez debe negar las pretensiones de la demanda porque en este caso la parte no cumplió su carga. En ese orden de ideas, el laudo no podría fincarse en meras especulaciones, pues a la luz del artículo 164 del CGP, debe fundarse en las pruebas allegadas al proceso y sin que ellas existan, resulta jurídicamente desacertado acceder favorablemente a las pretensiones de la demanda.

Por lo anteriormente expuesto, solicito declarar probada esta excepción.

2. FALTA DE PRUEBA DE LA INDEBIDA UTILIZACIÓN DEL ANTICIPO.

La parte demandante dentro de sus pretensiones solicita el reembolso del anticipo pagado al contratista, sin embargo, es abiertamente improcedente tal solicitud debido a que no existe prueba alguna en el plenario que acredite que el anticipo fue utilizado de manera indebida y ello emerge con claridad porque la misma demandante en los hechos de la demanda reconoce que Prontex ejecutó la totalidad de la obra. Luego, si la obra fue ejecutada, se cae de su peso que haya existido una indebida utilización del anticipo y en esa medida, como no se ha probado dicho supuesto, tampoco es procedente la solicitud de devolución del mismo. Dicho de otra manera, dado que la obra se ejecutó, ello por sustracción de materia acredita la debida y cierta utilización del anticipo, por lo que la pretensión que busca su restitución se toma a todas

lucres impertinente.

Frente al anticipo, la jurisprudencia ha establecido que es un mecanismo de financiación que se entrega al contratista para que se ejecute la parte inicial de la obra, se sufraguen determinados costos y gastos imprescindibles para la ejecución del cargo y que dicho pago inicial hace surgir en el contratante una expectativa primaria de ejecución:

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

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

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

3.3. En el escenario expuesto, la entrega del adelanto hace surgir para el contratante una expectativa primaria, consistente en que esos recursos se

empleen para cubrir las expensas de la obra, en los términos señalados en el contrato; y si ello ocurre, aflorará para aquel una expectativa secundaria: la de recomponer su

acervo patrimonial, mediante la efectiva amortización del anticipo”⁶.

De lo antes anotado se extrae que si dichos recursos (anticipo) se emplean para cubrir las expensas de la obra contratada, es claro que habrá de predicarse una correcta utilización del anticipo pagado por el Contratante. En consecuencia, no hay lugar a solicitar ningún reembolso, máxime, cuando la parte demandante al margen de las fallas técnicas que alega frente a las condiciones técnicas de obra, reconoce que la misma se ejecutó. De ahí, que ejecutada la obra no podría pensarse que el contratista hizo una indebida utilización del anticipo.

Ahora bien, incluso no existe sustento para sostener que existe un anticipo no amortizado que deba ser reembolsado a Contempo, porque lo cierto es que en el contrato no existe determinado un mecanismo para efectuar la amortización del anticipo. No obstante, al margen de ello, la amortización supone que el dinero entregado regresó al patrimonio del contratante y en este caso, en efecto se presentó dicha devolución porque Prontex ejecutó la obra. Lo anterior, no solo que no existió un uso indebido del anticipo sino además, toda vez que el contratante recibió la contraprestación derivada del anticipo que habría entregado. Al respecto, vale la pena resaltar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia sobre este tópico:

“En el caso del dinero entregado a título de anticipo, pueden presentarse diferentes anomalías como: (I) su ausencia de amortización o retorno al patrimonio del contratante en la forma convenida; (II) su apropiación indebida, que consiste en el direccionamiento ilegítimo de esos bienes hacía otros patrimonios; y (III) el mal uso, que alude a la destinación para labores totalmente ajenas a las obras pactadas”⁷.

Por lo visto en este caso no existe en el plenario prueba de que el dinero entregado a título de anticipo se haya destinado para actividades ajenas al objeto contractual, tampoco que la inversión no se haya reintegrado al patrimonio del contratante en la medida que la obra por él contratada sí se ejecutó y además, tampoco se enrostra que el dinero producto del anticipo se haya desviado a otro patrimonio. Lo cierto es que para el caso en cuestión sí se ejecutó la totalidad de la obra, de tal suerte que, siendo ejecutada la obra, emerge con nitidez que el anticipo fue utilizado a cabalidad, pues de lo contrario ni siquiera se habría verificado el trabajo realizado por Prontex sobre la placa del edificio Chico 94.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 2015-00826 Sentencia SC3893-2020 M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia SC2840-2022, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

En conclusión, como la parte demandante no ha demostrado que el anticipo entregado a Prontex se haya utilizado indebidamente y mucho menos que el mismo no haya retornado a su patrimonio, en la medida que Prontex ejecutó la obra, es necesario dejar sentado que, como sí se ha verificado que el contratista ejecutó la obra tal como en la demanda la parte demandante lo reconoce, deberá decirse que no existió un inadecuado manejo del anticipo y por ende se deberá negar la pretensión de reembolso del mismo.

Por lo anteriormente expuesto, solicito al honorable árbitro declarar probada esta excepción.

3. INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL DAÑO EMERGENTE FUTURO O SOBRECOSTO PARA EJECUTAR LA OBRA

Debe dejarse claro que en este caso, al margen de que en el plenario no existe prueba del presunto incumplimiento imputable a Prontex, situación que ya obsta para que no pueda prosperar pretensión indemnizatoria alguna, es evidente que tampoco existe prueba del daño emergente futuro que se pretende. En concordancia con lo anterior, corresponde a la parte demandante acreditar los supuestos fácticos para los que persigue la aplicación de un supuesto jurídico determinado o lo que es en otras palabras implica, que debe acreditar que en efecto se ha generado un sobrecosto necesario para ejecutar la obra supuestamente no realizada por el contratista. De lo contrario, el incumplimiento de la carga probatoria que gravita sobre su órbita generará la negación de las pretensiones.

En el caso bajo estudio la parte demandante manifiesta que debido al presunto incumplimiento de Prontex debe incurrir en sobrecostos para ejecutar la obra sobre la placa del edificio Chico 94. Sin embargo, este perjuicio solicitado a título de daño emergente futuro carece de todo sustento probatorio. En este punto debe resaltarse como al demandante le incumbe probar el perjuicio aludido para que pueda ser acogida la indemnización solicitada. Frente este aspecto, la Corte Suprema ha indicado que:

(...) “Sabido es que sólo se indemniza el daño debidamente probado; pues no es **admisibles condonar a una persona a la reparación de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual, si los mismos no se encuentran acreditados en legal forma.**

De tal modo, que el daño constituye un elemento nuclear de la responsabilidad civil, vale

decir, su centro de gravedad, el fundamento del fenómeno resarcitorio, siendo necesarias su presencia y su justificación, para que se abra paso la indemnización de perjuicios.

Uno de los requisitos que debe reunir el daño es su certidumbre, es decir, que se demuestre su existencia misma; lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización. Además, es el requisito “más importante (...), al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna” (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. N.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. N.º 2000-00196-01).

Para que sea “susceptible de reparación, debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’” (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. N.º 6879).

La condición de ser directo reclama, en la responsabilidad contractual, que él sea la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno, lo que implica un análisis de la relación causal entre el hecho por el cual se responde y los daños cuyo resarcimiento se pretende.

Esta Corporación sobre la temática tratada, entre muchos otros pronunciamientos, ha puntualizado:

No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. **De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento,** debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restricciones

excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia (v. gr.: intereses moratorios).
(...).

Sobre este particular ha señalado la jurisprudencia de la Sala, ‘repitiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil **no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración**’ (LVIII, pág. 113) (CSJ, SC del 25 de febrero de 2002, Rad. N.º 6623; negrillas fuera del texto).

Establece el Código Civil en el artículo 1614, que se entiende por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardando su cumplimiento.

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

Dicho en forma breve y precisa, el daño emergente empobrece y disminuye el patrimonio, pues se trata de la sustracción de un valor que ya existía en el patrimonio del damnificado (...)

Visto lo anterior, emerge con claridad que esta tipología de perjuicio solicitada (daño emergente futuro) no podría presumirse en ninguna medida. Es entonces la parte que espera sea reconocido a su favor determinado emolumento, quien debe acreditar tanto la existencia del perjuicio como el valor de aquel. De

acuerdo con lo expuesto, debe resaltarse como en el caso concreto no se han demostrado los presuntos sobre costos para ejecutar la obra, debido a que la cotización expedida por Tereg que pretende servir de prueba presenta serias inconsistencias que evidencian un ánimo especulativo veamos:

No.	ACTIVIDAD	UND.	CANT.	VALOR UNIT.	V/R PARCIAL	V/R TOTAL
1 CONSTRUCCIÓN SOBRE-PLACA SÓTANO						
1.1	DEMOLICION PLACA ACTUALE-6CM, CARGUE, TRANSPORTE A BOTADERO CERTIFICADO DE LOS ESCOMBROS.	m ²	630	\$ 9,600.00	\$ 6,048,000.00	
1.2	PLACA INDUSTRIAL NO ADHERIDO: ESPESOR PROMEDIO 12 cm CENTÍMETROS. Concreto acelerado a 3 días 4000psi, REFORZADO CON MACROFIBRA SINTETICA 3KG/ M3 Y JUNTAS CON MODULACIÓN MÁXIMA 2.5M X 2.5M METROS APROX. CORTE Y SELLO DE JUNTAS.	m ²	630	\$ 89,600.00	\$ 56,448,000.00	\$ 65,536,000.00
1.3	DEMARCACION E=10CM PARQUEADEROS CON PINTURA BASADA EN LA HTC 1360	m ²	195	\$ 15,600.00	\$ 3,042,000.00	
TOTAL PROPUESTA					\$ 72,059,031	

Parte esencial: Placa industrial no adherido: espesor 12 cm por 630 m2

Demolición de placa 630 m2

Especificaciones de obra según cotización.

TEREG DE COLOMBIA LTDA				
RESUMEN PROPUESTA			Marzo. 30/2022	
REPARACION PISO CONCRETO EDIFICIO CHICO 94 Endurecedor neutro				
DESCRIPCION	UN	CANT	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
Demolición piso existente	M2	640	\$54.326	\$34.768.456
Placa concreto mr 45 con fibras E = 14 cms. Endurecedor de cuarzo neutro	M2	640	\$134.663	\$86.184.612
Corte juntas dilatación con cortadora	ML	512	\$3.154	\$1.614.764
Llenado juntas con poliuretano flexible	ML	512	\$6.105	\$3.125.716
Lavado, densificado y sellado de piso con material penetrante de litio	M2	640	\$9.985	\$6.390.254
Demarcación líneas amarillas de parqueaderos	GL	1	\$0	\$0
Subtotal				\$132.083.802
Administración			6.00%	\$7.925.028
Imprevistos			4.00%	\$5.283.352
Utilidad			10.00%	\$13.208.380
IVA 19% sobre utilidad estimada				\$2.509.592
TOTAL				\$161.010.155

Parte esencial: Placa concreto mr 45 con fibras E: 14 cms por 640 m2

Demolición piso existente 640 m2 Lavado, densificado y sellado por 640 m2

De la relación anterior nótese como en el objeto del contrato de prestación de servicios suscrito entre Contempo y Prontex el área a intervenir siempre se mantuvo en 630 m2, mientras en la cotización con la que pretende acreditar el daño emergente el área a intervenir se sitúa en 640 m2, elevando los costos por extensión del área. Además, se advierte que en el contrato de prestación de servicios se estipuló una placa de 12 cm de espesor, mientras la cotización muestra una relación de costos para una placa de 14 cm de espesor. Como se ve claramente, la obra inicialmente contratada con Prontex difiere con la obra cotizada con Tereg de Colombia Ltda. En consecuencia, en ninguna medida es plausible que una hipotética y remota indemnización se extienda a cubrir costos de una obra con características disimiles a las acordadas

en el contrato que se reputa incumplido, pues se estarían imponiendo obligaciones que nunca fueron contempladas por las partes.

Aunado a lo anterior, se destaca el costo altamente especulativo y exorbitante de la cotización presentada, pues se advierte que mientras en el contrato de prestación de servicios el costo total del mismo ascendió a \$72.059.031, en la cotización el costo asciende a una suma de \$161.010.155. Es decir, representa una diferencia de \$88.951.124, lo que supera incluso más del 50% del costo contemplado en el contrato suscrito por Contempo y Prontex.

En conclusión, la parte demandante pese a mencionar que requiere una nueva intervención sobre la placa del Edificio Chico 94 no ha demostrado aquella necesidad. Al margen de ello, tampoco ha demostrado de manera fidedigna el valor del daño emergente futuro que pretende y que representaría el sobre costo por ejecutar la obra que a su juicio Prontex no hizo. Lo mencionado, ya que como se vio, la cotización allegada al plenario se encuentra lejos de servir como prueba idónea del perjuicio causado pues su contenido sobre las características de la obra es diferente a las estipuladas en el contrato primigenio suscrito entre Contempo y Prontex. Además, su alto valor es especulativo debido a que supera incluso en un 50% el valor del contrato objeto de contienda sin que se brinden razones de peso para entender dicha cotización como prueba cierta del perjuicio presuntamente causado al contratante.

Por lo anteriormente expuesto, solicito declarar probada esta excepción.

4. REDUCCIÓN DE LA CLAUSULA PENAL- APLICACIÓN DE LOS ARTICULOS 867 DEL C.CO. Y 1596 DEL C.C.

En el hipotético e improbable evento en que el Tribunal considerara que sí existió algún incumplimiento por parte de PRONTEX S.A.S., de todas maneras, deberá tener en cuenta que no es posible ordenar el pago total del valor de la cláusula penal. Lo anterior, porque tratándose de un contrato cuyo objeto deriva de la ejecución de una obra, debe considerarse que tan solo se torna procedente el pago de la cláusula penal conforme al porcentaje de incumplimiento. En otras palabras, conforme al porcentaje pendiente de ejecución de la obra. Así las cosas, si en el transcurso del proceso queda acreditado el cumplimiento parcial del contrato objeto de la litis, debe reducirse la condena deprecada en proporción al cumplimiento acreditado.

La posición soportada por esta representación tiene asidero jurídico en las disposiciones sobre reducción de la pena cuando se evidencian cumplimientos parciales y que se encuentra contenida en el artículo 867 del C.Co, veamos:

ARTÍCULO 867. <CLÁUSULA PENAL>. *Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.*

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

*Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, **podrá el juez reducir equitativamente la pena**, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. **Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.** (énfasis añadido)*

Por lo visto, es completamente procedente la reducción de la condena por clausula penal cuando las obligaciones se hayan cumplido parcialmente. En igual sentido el Código Civil avala tal determinación, pues en su tenor literal así lo prevé:

“ARTICULO 1596. <REBAJA DE PENA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL>. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.” (énfasis añadido)

Considerando las anteriores previsiones se puede afirmar que el juzgador debe verificar si en efecto existió incumplimiento. De tal manera que, si del debate probatorio emerge que existió un cumplimiento parcial deberá reducir el valor de la cláusula penal. En este estado de las cosas es innegable que tratándose de un contrato cuya obligación principal era la ejecución de una obra, puede con mayor grado

verificarse cumplimientos parciales de acuerdo con la ejecución de obra que haya realizado el contratista, situación que de encontrarse demostrada implicará la reducción de la pena.

Por lo antes mencionado, como la obligación principal del contrato era la ejecución de una obra, específicamente la placa del edificio Chico 96, de encontrarse que el contratista Prontex cumplió parcialmente con dicha obligación innegablemente el porcentaje del 20% del valor del contrato consistente en la cláusula penal, deberá reducirse en proporción al cumplimiento que se encuentre acreditado.

Considerando lo antes expuesto, solicito declarar probada esta excepción.

5. COMPENSACIÓN

En el hipotético e improbable evento en que el Tribunal considerara que sí existe obligación indemnizatoria por parte de PRONTEX S.A.S., de todas maneras, deberá tener en cuenta que dicha indemnización deberá compensarse con los saldos adeudados al contratista. En otras palabras, de la eventual indemnización deberán descontarse los saldos que Grupo Contempo le adeuda a la demandada que, en este caso, inicialmente ascienden al 60% del valor total del contrato (segunda cuota pactada), es decir, la suma de \$43.235.419 o lo que se llegare a probar.

Lo anterior, se fundamenta en la figura jurídica de la compensación. Figura en la que se extingue la obligación total o parcialmente cuando dos personas son deudoras una de la otra. En ese sentido, es necesario traer a colación el artículo 1714 del Código Civil que señala lo siguiente:

*“**COMPENSACIÓN.** Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”*

De igual forma, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 16 de septiembre de 2005, ha señalado:

“Requisitos legales de la compensación. La Sala considera que se dan los requisitos

legales de la compensación, que según los artículos 1714 y 1715 del Código Civil son:

1. Que dos personas sean deudoras una de otra.
2. Que las deudas sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
2. Que ambas deudas sean líquidas.
3. Que ambas sean actualmente exigibles.

(...)

Para que opere la compensación debe haber obligaciones mutuas y previas e identidad de partes, lo cual excluye la existencia de la obligación de un tercero, de **manera que cumplidos los requisitos de la compensación se extinguen ambas obligaciones**⁸

De manera que, de encontrarse saldos adeudados por Contempo respecto a Prontex y ante el cumplimiento total de los requisitos del artículo 1715 del Código Civil, es claro que deberán compensarse dichos saldos de la eventual indemnización que debiera pagar el contratista. Por todo lo anterior, ruego a la honorable Juez, declarar probada esta excepción a efectos de que ante la eventual e improbable obligación indemnizatoria del contratista, opere la compensación sobre los saldos que a éste se le adeudan por parte de la Contratante. Es decir, que de la eventual obligación de indemnizar deberán descontarse primero los saldos adeudados por compensación como mecanismo de extinción de las obligaciones.

Por lo anteriormente expuesto, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

FRENTE AL CONTRATO DE SEGURO.

1. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO – APLICACIÓN DEL ARTICULO 1081 DEL CODIGO DE COMERCIO.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de septiembre de 2005. Rad. 1998-13220. M.P. Jaime Alberto Arruba Palcar.

Este despacho debe tener en consideración que en el presente caso se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. Lo anterior en virtud de que el artículo 1081 del Código de Comercio contempla un término bienal a fin de ejercer las acciones correspondientes por el interesado, en este caso Grupo Contempo SAS, sin embargo es de resaltar que los hechos que dan base a la acción, es decir el presunto incumplimiento que se pretende endilgar, acaecieron en octubre de 2021, plazo de ejecución contractual, por lo que Grupo Contempo SAS tuvo conocimiento de los hechos a más tardar el 31 de octubre de 2021, fecha de finalización del contrato garantizado, por lo que desde esta calenda inicia la contabilización del término. Ahora bien, siendo más laxos con la norma, podríamos indicar que luego de que el contrato finalizó se originaron comunicaciones sobre el presunto incumplimiento, por ejemplo la comunicación del 2 de noviembre de 2021, que si bien no obra en el expediente, el demandante afirmó que en la misma se ponía de presente las deficiencias; adicionalmente obra un informe realizado por IDELCO SAS el 15 de febrero de 2022 donde se indica que no se cumplía con la resistencia; y, por otra parte obra la supuesta conciliación efectuada entre los sujetos del contrato garantizado, todo estos supuestos denotan el conocimiento de Grupo Contempo SAS sobre el presunto incumplimiento de mi afianzado, en tal virtud el demandante debía interrumpir el término a más tardar el 31 de octubre de 2024, dos años después de la terminación del contrato, o siendo menos riguroso el día 10 de marzo de 2024, fecha en la cual se realizó el acercamiento conciliatorio entre Grupo Contempo SAS y Prontex, del cual mi prohijada no hizo parte. Sin embargo, el demandante convocó a conciliación ante la Procuraduría General de la Nación solo hasta el 7 de noviembre de 2024, la cual no tuvo la virtualidad de interrumpir el término, toda vez que el mismo ya se había consumado.

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, sino también respecto del momento en que el período debe empezar a contarse. Dicho precepto establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. 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.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En cuanto a la interpretación de las expresiones “hecho que da base a la acción” y “momento en que nace el derecho” la Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades ha señalado que no son diversos los alcances, pues se trata de significar con distintas palabras la misma idea; una y otra se refieren a la ocurrencia del siniestro⁹:

En el contrato de seguros la prescripción tiene ciertas reglas especiales, contenidas básicamente en el artículo 1081 del Código de Comercio, la cual puede ser ordinaria o extraordinaria.

La primera «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» (inc. 2º); mientras que la otra «será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho» (inc. 3º); términos que «no pueden ser modificados por las partes» (inc. 4º).

En torno al alcance que la jurisprudencia ha dado a las expresiones «tener conocimiento del hecho que da base a la acción» y «desde el momento en que nace el respectivo derecho», empleadas por la citada norma para las dos formas prescriptivas, reiteró la Corte en sentencia de casación civil de 12 de febrero de 2007¹⁰

...comportan ‘una misma idea’³, esto es, que para el caso allí tratado no podían tener otra significación distinta que el conocimiento (real o presunto) de la ocurrencia del siniestro, o simplemente del acaecimiento de éste, según el caso, pues como se aseveró en tal oportunidad ‘El legislador utilizó dos locuciones distintas para expresar una misma

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Cas. Civ., Sentencia SC130-2018, radicación número 11001-31-03-031-2002-01133-01, de 12 de febrero de 2018, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

¹⁰ 2 Exp. No. 68001-31-03-001-1999-00749-01; reiterada en la citada SC 04-04-2013.

idea”. En la misma providencia esta Sala concluyó que el conocimiento real o presunto del siniestro era “el punto de partida para contabilizar el término de prescripción ordinario”, pues, como la Corte dijo en otra oportunidad⁴, no basta el acaecimiento del hecho que da base a la acción, sino que por imperativo legal “se exige además que el titular del interés haya tenido conocimiento del mismo efectivamente, o a lo menos, debido conocer este hecho, momento a partir del cual ese término fatal que puede culminar con la extinción de la acción ‘empezará a correr’ y no antes, ni después”.

De igual forma, Para que no quede duda del término de prescripción aplicable y el momento en que empieza su conteo es prudente referir otro pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en donde ya se ha decantado este tópico:

“En múltiples oportunidades la Corte ha precisado que la prescripción ordinaria se caracteriza por ser de naturaleza subjetiva, sus destinatarios son todas las personas legalmente capaces, empieza a correr desde cuando el interesado conoció o debió conocer “el hecho base de la acción” y el término para su configuración es de dos años, mientras que la extraordinaria, es de carácter objetivo, corre contra toda clase de personas incluidos los incapaces, empieza a contarse desde cuando nace el correspondiente derecho y su término de estructuración es de 5 años.

(...)

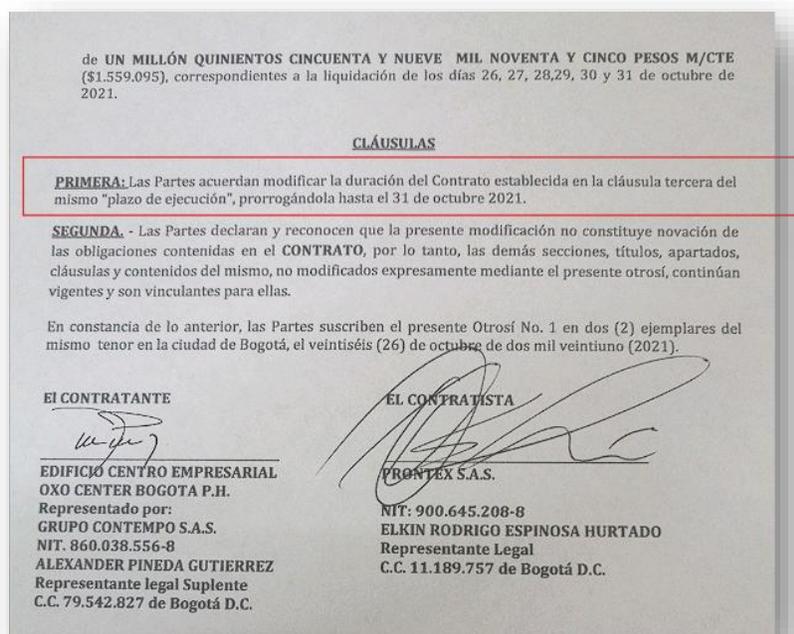
En esa medida, no llama a duda que cuando la citada disposición prevé que el término para que se configure la prescripción ordinaria empieza a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del «hecho que da base a la acción», se refiere al conocimiento real o presunto de la ocurrencia del siniestro, entendido este como el momento de la realización del riesgo asegurado en los términos del artículo 1072 del Código de Comercio, con independencia de la naturaleza de la acción o de la calidad de quien procura obtener la tutela judicial de sus derechos prevalido de la existencia de una relación aseguraticia, en la que pudo o no haber sido parte.”¹¹

De conformidad con lo anterior El artículo 1081 del Código de Comercio regula la prescripción de las

¹¹ Sent. Cas. Civ. de 18 de mayo de 1994, Exp. No. 4106, G.J. t. CCXXVIII, p. 1232.

acciones derivadas del contrato de seguro, estableciendo dos modalidades: la ordinaria y la extraordinaria. La prescripción ordinaria tiene un término de dos años y comienza a contarse desde que el interesado tuvo o debió tener conocimiento del hecho que da origen a la acción, es decir, del siniestro. La Corte Suprema de Justicia ha precisado que las expresiones “hecho que da base a la acción” y “momento en que nace el derecho” deben entenderse como equivalentes, ya que ambas se refieren al conocimiento real o presunto del siniestro, entendido este como la realización del riesgo asegurado. En consecuencia, el punto de partida para calcular la prescripción, especialmente en su modalidad ordinaria, es el momento en que el titular del derecho conoció, o razonablemente debió conocer, la ocurrencia del evento dañoso.

Para el caso en concreto no queda duda que el término prescriptivo se configura, dado que, operó la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, conforme a lo establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio, que prevé un término de dos (2) años para ejercer las acciones respectivas por parte del interesado, en este caso Grupo Contempo S.A.S. Los hechos que fundamentan la reclamación; esto es, el presunto incumplimiento del contrato, el cual culminó el 31 de octubre de 2021. En consecuencia, se entiende que Grupo Contempo S.A.S. tuvo conocimiento del supuesto incumplimiento a más tardar en esa misma fecha, por lo que el término de prescripción comenzó a contarse desde el 31 de octubre de 2021, venciendo el 31 de octubre de 2023.



DOCUMENTO: prórroga del Contrato ampliando el término de ejecución hasta el 31 de

octubre de 2021.

Ahora bien, incluso siendo más flexibles en la interpretación del inicio del término, podrían considerarse otras fechas posteriores en las que el demandante habría tenido conocimiento del presunto incumplimiento.

Por ejemplo, una comunicación enviada el 2 de noviembre de 2021, en la cual, según afirma el propio demandante, se pusieron de presente deficiencias en el cumplimiento, como el informe técnico de IDELCO S.A.S. fechado el 15 de febrero de 2022, mencionado por la parte accionante, que concluye que no se cumplió con los requisitos de resistencia exigidos; y una supuesta conciliación extrajudicial entre los sujetos del contrato garantizado. Todos estos elementos permiten concluir que Grupo Contempo S.A.S. tuvo pleno conocimiento de los hechos constitutivos del presunto incumplimiento a más tardar el 15 de febrero de 2022, por lo que el término de prescripción habría vencido, como máximo, el 15 de febrero de 2024.



DOCUMENTO: informe técnico denominado “Compresión de núcleos de concreto”

Obra: Laboratorio Bogotá” del 15 de febrero de 2022 presentado por la empresa IDICOL S.A.S.

Incluso si se considerara como fecha límite el 10 de marzo de 2024, cuando se celebró un acercamiento conciliatorio entre Grupo Contempo S.A.S. y Prontex (en el cual mi representada no participó), lo cierto es que la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación solo fue presentada el 7 de noviembre de 2024, cuando el término de prescripción ya se había consumado. Por lo tanto, dicha actuación no tiene la virtualidad de interrumpir la prescripción, pues fue realizada fuera del término legal de dos años, y en consecuencia, debe declararse que las acciones ejercidas por el demandante se encuentran prescritas.

El suscrito conciliador JULIO ROBERTO REYES ROJAS, adscrito al Centro de Conciliación Civil y Comercial de la *Procuraduría General de la Nación*, asignado como Conciliador en las presentes diligencias; una vez agotado el respectivo trámite y en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 1 y 2 del artículo 65 de la Ley 2220 de 2022 y demás normas concordantes,

ANTECEDENTES

1.- Que el día 7 de noviembre de 2024, **GRUPO CONTEMPO S.A.S.** promovió trámite de audiencia de Conciliación Extrajudicial en Derecho ante el Centro de Conciliación de la Procuraduría General de la Nación en la ciudad de Bogotá D.C.

2.- Parte convocada: **PRONTEX S.A.S. ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**

3.- Admitida la solicitud se fijó como fecha y hora para la celebración de la audiencia el día 26 de noviembre de 2024, a las 2:00 p.m. en la que se utilizaría la herramienta Microsoft Teams. Se libraron y enviaron las respectivas comunicaciones de citación a las direcciones físicas y/o electrónicas aportadas por la parte convocante, manifestando de manera expresa que la audiencia se llevaría a cabo por medios virtuales, conforme a la solicitud efectuada.

HECHOS:

DOCUMENTO: Constancia emitida por el centro de conciliación de la Procuraduría General de la Nación.

Finalmente, cabe aclarar que aunque la parte demandante inició un trámite arbitral, el mismo fue declarado sin efectos por la extinción de la cláusula compromisoria mediante auto del 21 de septiembre de 2023, notificado el 22 de septiembre de 2023, como se evidencia a continuación:

Por lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO.- Decretar la terminación del proceso arbitral promovido por **GRUPO CONTEMPO S.A.S.**, como Parte Convocante y **PRONTEX S.A.S.**, como Parte Convocada, proceso en el que interviene **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, como Llamada en Garantía.

SEGUNDO.- Declarar concluidas las funciones del Tribunal de Arbitraje.

TERCERO.- Declarar extinguidos los efectos de la cláusula compromisoria con base en la cual se inició este proceso arbitral, en relación con las controversias que se debatieron y de las que dan cuenta la demanda arbitral y el llamamiento en garantía.

Por consiguiente, quedan las partes en libertad de acudir ante los jueces competentes para formular las pretensiones y plantear las controversias que en este proceso arbitral se ventilaron.

CUARTO.- Se ordena que por Secretaría se efectúe la entrega del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo, quien deberá tomar atenta nota de la terminación del proceso para todos los efectos pertinentes.

NOTIFÍQUESE.

DOCUMENTO: Acta No. 27 del 21 de septiembre de 2023 emitida por Tribunal de Arbitraje de Grupo Contempo SAS contra Prontex SAS (trámite no. 140242)

Ahora bien, para que los efectos interruptivos de una demanda arbitral se conserven, es necesario que el actor presente la demanda judicial ante el juez competente dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a dicha notificación, tal y como lo invoca el artículo 30 de la Ley 1563 de 2021, veamos:

Artículo 30. Primera audiencia de trámite. Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición. Si decidiere que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvención, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos.

En este caso, para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente. (Subrayado y Negrita por fuera de texto)

Sin embargo, la presente demanda judicial fue radicada en marzo de 2025, lo anterior se evidencia en la página de consulta de procesos de la Rama, lo anterior toda vez que hasta la fecha mi prohijada no ha tenido acceso al expediente:

Fecha de Actuación	Actuación	Anotación	Fecha inicia Término	Fecha finaliza Término	Fecha de Registro
2025-05-20	Recepción memorial	MEMORIAL APORTAN NOTIFICAICON			2025-05-21
2025-04-28	Fijación estado	Actuación registrada el 28/04/2025 a las 16:35:40.	2025-04-29	2025-04-29	2025-04-28
2025-04-28	Auto admite demanda				2025-04-28
2025-04-24	Al despacho				2025-04-24
2025-04-10	Recepción memorial	SUBSANACION			2025-04-11
2025-04-02	Fijación estado	Actuación registrada el 02/04/2025 a las 14:29:18.	2025-04-03	2025-04-03	2025-04-02

Como se evidencia, la demanda fue radicada mucho después del término legal, es decir no ocurrió dentro de los 20 días hábiles siguientes a la terminación del trámite arbitral, pues la presentación de la acción se efectuó 1 año y 6 meses después de la extinción de la cláusula compromisoria, lo cual impide que se trasladen al proceso actual los efectos interruptivos derivados de la demanda arbitral frustrada.

En conclusión, Las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentran prescritas, dado que el término bienal previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio comenzó a contarse, como máximo, desde el 31 de octubre de 2021, fecha de finalización del contrato garantizado. Aun considerando actuaciones posteriores, el término vencía, a más tardar, el 10 de marzo de 2024. La convocatoria a conciliación fue presentada tardíamente (7 de noviembre de 2024) y, por tanto, no interrumpió el término. Asimismo, la convocatoria al tribunal arbitral tampoco lo interrumpió, pues no se presentó demanda dentro de los 20 días hábiles siguientes a su terminación. Por ello, las pretensiones deben ser rechazadas por prescripción.

2. CONGRUENCIA ENTRE LA SENTENCIA Y LO SOLICITADO EN LA DEMANDA

Es importante dejar expresamente consignado que en el escrito de demanda no se encuentra una sola pretensión declaratoria o condenatoria en contra de la Aseguradora, por lo que no hay lugar al reconocimiento de pretensiones, pues claramente no fueron solicitadas en la oportunidad procesal correspondiente. En ese sentido, es necesario señalar que el principio de congruencia es la regla del

derecho procesal, en virtud del cual el Juez se encuentra obligado a que sus decisiones sean concordantes con los hechos y pretensiones que se presentan en los escritos que se elevan ante los Despachos. El artículo 281 del Código General del Proceso, contempla los preceptos que debe seguir el Juez en sus sentencias de la siguiente forma:

*“ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. **La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla** y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.

PARÁGRAFO 1o. En los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole.

PARÁGRAFO 2o. En los procesos agrarios, los jueces aplicarán la ley sustancial teniendo en cuenta que el objeto de este tipo de procesos es conseguir la plena realización de la justicia en el campo en consonancia de los fines y principios generales del derecho agrario, especialmente el relativo a la protección del más débil en las relaciones de tenencia de tierra y producción agraria.

En los procesos agrarios, cuando una de las partes goce del amparo de pobreza, el juez

de primera o de única instancia podrá, en su beneficio, decidir sobre lo controvertido o probado aunque la demanda sea defectuosa, siempre que esté relacionado con el objeto del litigio. Por consiguiente, está facultado para reconocer u ordenar el pago de derechos e indemnizaciones extra o ultrapetita, siempre que los hechos que los originan y sustenten estén debidamente controvertidos y probados.

En la interpretación de las disposiciones jurídicas, el juez tendrá en cuenta que el derecho agrario tiene por finalidad tutelar los derechos de los campesinos, de los resguardos o parcialidades indígenas y de los miembros e integrantes de comunidades civiles indígenas”. (Subrayado y Negrita fuera de texto)

En virtud de lo anterior, se puede concluir que: i) no es válido emitir fallos ultra petita, es decir, sentencias en las cuales se condene al demandando por una cantidad superior a la solicitada en el líbello de la demanda, o sentencias que concedan más de lo pedido. ii) Tampoco se pueden emitir fallos extra petita, es decir, sentencias en las cuales se condene al demandado con base en pretensiones distintas a las deprecadas en la demanda y iii) no pueden ser proferidas sentencias por causas distintas a las invocadas en el petitum de la demanda.

En cuanto a la importancia del principio de congruencia, la Corte Constitucional ha indicado:

*“La jurisprudencia de esta Corporación **ha definido el principio de congruencia “como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó.** Además ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurara un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso.*

(...)

24.2. De lo expuesto hasta el momento, se puede concluir que el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas

*dentro del proceso. **Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita)**, pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento. **El principio de congruencia de la sentencia, además garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello**¹².” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

En este orden de ideas, resulta incuestionable que el juez al momento de fallar no podrá desbordarse de las pretensiones propuestas. Es claro entonces que la sentencia que resuelve la demanda está sometida al principio de congruencia. Así las cosas, se evidencia a través de preceptos legales y jurisprudenciales que el Juez está en la obligación de garantizar el derecho de defensa y debido proceso dentro de las actuaciones judiciales, a las partes intervinientes en el proceso, en el sentido de no proferir sentencia sobre aspectos adiciones a los solicitados por las partes, o que no hayan sido solicitados. Teniendo en cuenta todo lo previamente mencionado, ahora es necesario aterrizar la teoría al caso concreto. Se evidencia en el escrito de la demanda que el mismo no contiene pretensiones precisas y claras formuladas en contra de la compañía de seguros que represento, desconociendo lo consagrado en el artículo 82 del Código General del Proceso.

De manera que de la mera lectura de la demanda, no se evidencia ninguna pretensión en la que se solicite hacer efectiva la póliza de seguro expedida por mi representada. Razón por la cual, en virtud del principio de congruencia el Juez no podrá ordenar el pago de suma alguna en cabeza de Aseguradora Solidaria De Colombia Entidad Cooperativa, lo anterior, por cuanto la llamante en garantía en ningún momento solicitó la afectación de la póliza de seguro que aquí nos ocupa.

En conclusión, se evidencia como en el presente asunto la parte no siguió los lineamientos dispuestos en el artículo 82 del Código General del Proceso para la presentación del llamamiento en garantía, pues ni siquiera planteó pretensiones en la demanda en contra de mi representada. Es por ello que, bajo el principio de congruencia, al juez no le es dable en el contenido de la sentencia ordenar la afectación de la póliza de

¹² Sentencia T-455 de 2016, Corte Constitucional. Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO.

seguro expedida por mi representada. Razón por la cual, el Juez no podrá pronunciarse o decidir más allá de lo consignado en el escrito de demanda y de la lectura de éste, se denota que la parte actora no solicitó la afectación de la Póliza en mención.

Ruego señor juez declarar probada esta excepción.

3. FALTA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA No. 376- 45- 994000005758 RESPECTO AL COBRO DE LA CLAUSULA PENAL

Se propone la presente excepción con la finalidad de establecer que, de conformidad con las condiciones generales y particulares que rigen el contrato de seguro documentado en el seguro de cumplimiento a favor de particulares No. 376- 45- 994000005758, NO se pactó amparo respecto a la cláusula penal, además que dicho cobro contraviene abiertamente la misma naturaleza del amparo estrictamente otorgado. Por ende, los hechos y pretensiones que fundan la demanda de la referencia, tal y como establece la póliza, no pueden ser sujeto de amparo por parte de mí representada, bajo el entendido que, tanto la delimitación positiva del riesgo (descripción del amparo) como la delimitación negativa (existencia de la exclusión 2.3), claramente permiten evidenciar que la cláusula penal no se amparó en la póliza.

Por lo anterior, resulta necesario hacer dos precisiones con la finalidad de indicarle al Tribunal la situación referenciada en el inciso anterior:

- I. Lo que ampara el contrato de seguro documentado en la póliza No. 376- 45- 994000005758 respecto al amparo que pretende afectar la parte actora, esto es, el “CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO”, corresponde al DAÑO EMERGENTE derivado del incumplimiento imputable al contratista garantizado. En ese sentido, si la demandante pretende cobrar el valor asegurado de dicho amparo (\$14,411,806.20), el daño emergente imputable a la sociedad afianzada DEBE PROBARSE, porque en ninguna medida basta la verificación del incumplimiento para predicar la obligación condicional del asegurador. Al respecto, se define el amparo de cumplimiento del contrato en el condicionado general, de la siguiente manera:

“1.4. AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

*AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CUBRE A LAS ENTIDADES CONTRATANTES POR LOS **PERJUICIOS DIRECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO** IMPUTABLE AL CONTRATISTA TOMADOR DEL SEGURO DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO CUYA EJECUCIÓN SE AMPARA”.*

Ahora bien, debe precisarse que la misma naturaleza del amparo de cumplimiento implica que se cubren los perjuicios que se ocasionen del incumplimiento del contratista y que constituyan el daño emergente cierto y necesario que se produzca al contratante para dar cumplimiento al objeto del contrato garantizado. En otras palabras, el amparo de cumplimiento cubrirá exclusivamente los sobrecostos para cumplir con el objeto del contrato garantizado e incumplido por el contratista.

Aplicando lo antes mencionada al caso concreto, se encuentra que el valor de la cláusula penal prevista en la cláusula décima primera del contrato garantizado sea que tenga la entidad de tasación anticipada de perjuicios (cláusula penal compensatoria) o ya sea como simple cláusula penal moratoria es totalmente incompatible con la naturaleza misma del amparo de cumplimiento, el cual únicamente busca cubrir el perjuicio directo causado al contratante por la falta de cumplimiento de Prontex, siendo que el único perjuicio incluido dentro del amparo lo podría constituir el sobrecosto requerido para finalizar la obra. En otras palabras el amparo de cumplimiento exige que necesariamente el reclamante demuestre la causación de un perjuicio y su valor, por ende no basta con una tasación anticipada de perjuicios porque se contraviene la naturaleza misma del amparo, es decir la efectiva demostración del perjuicio que se itera solo puede corresponder al sobrecosto para finalizar la obra. Por esta razón la cláusula penal no se encuentra amparada materialmente en el contrato de seguro de cumplimiento a favor de particulares.

Lo aquí mencionado sin dejar de lado que, dentro de la delimitación positiva del riesgo, esto es, la cobertura otorgada, no se incluyó como un riesgo trasladado al asegurador el amparo de la cláusula penal, inclusive, se reitera la misma definición del amparo, al disponer que se cubre a las entidades contratantes por los perjuicios derivados del incumplimiento implica que los perjuicios deben probarse. Lo anterior permite corroborar que la tasación anticipada de perjuicios realizada en la cláusula penal NO está cubierta, es decir, desde la concepción misma del amparo no se incluyó la cláusula penal porque el seguro requiere la comprobación del perjuicio directo y la cláusula penal estaría contrariando la necesidad de acreditar la pérdida conforme a los estrictos términos del amparo.

- II. Sin perjuicio de lo expuesto en el literal anterior, en el sentido que en la cobertura del contrato de seguro NO se otorgó el amparo de cláusula penal, es necesario indicar que, además de ello, la póliza también lo excluyó expresamente. Es decir, no solamente desde la delimitación positiva del riesgo ese amparo no fue otorgado (tal como ya se indicó), sino que, desde la delimitación negativa fue expresamente excluido. Lo que permite, desde ambas delimitaciones, corroborar la falta de cobertura material del Seguro de Cumplimiento a favor de Particulares No. 376- 45- 994000005758 respecto de la cláusula penal.

Según 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 podrá, 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 de la prestación señalada en el contrato, las cuales se conocen generalmente como exclusiones de cobertura. Respecto a la naturaleza jurídica de las exclusiones contentivas en la póliza y sus efectos, la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

“reiteró esta Corporación la necesidad de individualizar y determinar los riesgos que el asegurador toma sobre sí:

*<<y que por lo tanto, en este campo rige el principio según el cual la responsabilidad asumida en términos generales como finalidad del contrato no puede verse restringida sino por obra de cláusulas claras y expresas, “...El Art. 1056 del C de Com , en principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, **otorga al asegurador facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el***

interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado..”, agregando que es en virtud de este amplísimo principio “que el asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que de no cumplirse impiden que se configure el siniestro; **ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, quedan sin embargo excluidos de la protección que se promete por el contrato. Son estas las llamadas exclusiones, algunas previstas expresamente en la ley...**” (Cas. Civ. de 7 de octubre de 1985, sin publicar), exclusiones que por su propia índole, limitativa de los riesgos asumidos por el asegurador, requieren ser interpretadas con severidad en una concienzuda tarea que se oriente, de una parte, a establecer su justificación técnica, y de la otra a precisar el alcance de dichos riesgos conforme a reglas de carácter legal o convencional, **luego no le es permitido al intérprete “...so pena de sustituir indebidamente a los contratantes, interpretar aparentemente el contrato de seguro para inferir riesgos que no se han convenido, ni para excluir los realmente convenidos; ni tampoco hacer interpretaciones de tales cláusulas que conlleven a resultados extensivos de amparo de riesgos a otros casos que no sólo se encuentren expresamente excluidos sino que por su carácter limitativo y excluyente, son de interpretación restringida....”** (Cas Civ. de 23 de mayo de 1988, sin publicar) (Este pasaje fue reiterado, entre otras, en CSJ SC4574-2015 rad. n°. 11001-31-03-023-2007-00600- 02)>>¹³. (énfasis añadido)

Bajo esa misma interpretativa, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de diciembre 13 de 2019, indicó que las exclusiones de tipo convencional estipuladas en los contratos de seguro no comprometen la responsabilidad del asegurador, en virtud de la facultad prevista en el artículo 1056 del Código de Comercio:

*“Las exclusiones de tipo convencional deben entenderse, como es apenas obvio, como aquellas pactadas por las partes o, cuando menos, **en las que existe consentimiento respecto de las indicadas en el clausulado preestablecido, en los denominados acuerdos de adhesión y que, siendo origen del siniestro o consecuencia del***

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 4527 -2020. Noviembre 23 de 2020

mismo, no comprometen la responsabilidad del asegurador.

Esas cláusulas son válidas, inicialmente, en tanto se sustentan en el principio de la libre autonomía de las partes, cuyos límites son el orden público y las buenas costumbres; de ahí que el artículo 1056 consagre la posibilidad del asegurador de, «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»¹⁴ (énfasis añadido)

De igual forma, la jurisprudencia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

*“(…) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual **se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.**”*

*Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que **es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato aseguraticio. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo** (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados)¹³“ (énfasis añadido)*

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia. Expediente 2008-00193-01. Diciembre 13 de 2019.

Además de las interesantes decisiones de la Corte Suprema que permiten afirmar que el asegurador es responsable únicamente en la medida y delimitación de los riesgos y no cuando se configuran los supuestos de hecho que previó como exclusiones en el contrato de seguro, se encuentra que incluso la Superintendencia Financiera de Colombia manifestó lo siguiente:

*“Sea lo primero manifestarle que dentro del ámbito de la libertad contractual que le asiste a las partes en el contrato de seguro, el asegurador en virtud de la facultad que consagra el artículo 1056 del Código de Comercio puede, salvo las restricciones legales, asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado, el patrimonio o la persona del asegurado. Es así como éste, mediante la suscripción de la póliza de seguro decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertos presupuestos, de tal manera que solo en el evento de que se presenten éstos, deberá cumplir con su obligación de indemnizar. **De igual forma, adicionalmente, puede incorporar en la póliza determinadas estipulaciones, contentivas de circunstancias que aun siendo origen del evento dañoso o efecto del mismo no obliquen al asegurador a la prestación señalada en el contrato de seguro, las cuales se conocen generalmente con el nombre de exclusiones.***

(...)

Los riesgos excluidos, no obstante ser asegurables, deben entenderse excluidos según norma supletiva de la ley, o sea que pueden ser cubiertos en ejercicio de la autonomía contractual, es decir, que son materia susceptible de regulación convencional; como ejemplo de estos encontramos los eventos descritos en el artículo 1105 del Código de Comercio.”¹⁴(énfasis añadido)

Ahora bien, aterrizando la teoría al caso concreto, podemos observar que en el condicionado general del seguro de cumplimiento a favor de particulares No. 376- 45- 994000005758, se estipuló -entre otras- la siguiente exclusión:

“SECCIÓN II – EXCLUSIONES

LOS SIGUIENTES EVENTOS Y CIRCUNSTANCIAS ESTÁN EXCLUIDOS DE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA:

(...)

2.3 **LAS CLAUSULAS PENALES**, MULTAS Y CUALQUIER SANCION PECUNIARIA IMPUESTAS AL CONTRATISTA, LAS CUALES SERAN DE SU CARGO EXCLUSIVO". (...)

Para este caso en particular, conforme al acervo probatorio obrante dentro del proceso, resulta claro que se excluyó amparo respecto a sanciones, **cláusulas penales** o multas. De manera que no puede pasarse por alto, señora árbitro, que la voluntad de las partes plasmada en el contrato de seguro debe primar sobre cualquier situación que pueda afectar dicho acuerdo de voluntades. En este caso, resulta completamente demostrado que se encuentra excluida la cláusula penal, es decir, esta NO está cubierta como mecanismo de tasación anticipada de perjuicios ni como simple pena (clausula penal moratoria).

En conclusión, para el caso en estudio debe señalarse entonces que: **(i)** la demandante debe demostrar la existencia de un daño emergente para obtener compensación alguna con cargo al amparo de cumplimiento, pues el valor de la cláusula penal no puede por sí solo satisfacer el requisito de prueba del perjuicio por ser incompatible con la esencia del amparo que busca indemnizar exclusivamente por el sobre costo acreditado para finalizar la obra, situación que para este caso NO ha sucedido; **(ii)** en el contrato de seguro la cláusula penal no está cubierta como mecanismo de tasación anticipada de perjuicios. Quiere decir claramente lo anterior que la cláusula penal NO está cubierta. Esto se comprueba tanto desde la delimitación positiva como negativa del riesgo, ya que, no solo el amparo exige la prueba del daño emergente -lo que acredita que desde la delimitación positiva la cláusula penal no fue un riesgo trasladado al asegurador-, sino porque, además, fue un riesgo clara y expresamente un riesgo excluido.

Por lo anterior, muy amablemente le solicito Señor árbitro declare probada esta excepción.

4. INCUMPLIMIENTO DE LAS CARGAS PREVISTAS EN EL ARTICULO 1077 DEL C.CO. FRENTE AL AMPARO DE CUMPLIMIENTO Y ANTICIPO.

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 : **(i)** no se ha demostrado la realización del riesgo asegurado, por cuanto no se ha probado el incumplimiento contractual en cabeza de Prontex, **(ii)** no se ha acreditado la cuantía de la pérdida, toda vez que, no se demostró la existencia de un daño emergente sufrido por Prontex, **(iii)** tampoco se ha demostrado un mal manejo del anticipo y **(iv)** mucho menos la cuantía del supuesto perjuicio del manejo inadecuado del anticipo; resulta consecuente entonces indicar que, la póliza No. 376- 45- 994000005758 en virtud de la cual se vincula a Aseguradora Solidaria de Colombia no puede hacerse efectiva para este caso.

Así entonces, para efectos de solicitudes de indemnización por los riesgos amparados, la carga probatoria gravita sobre la parte Demandante, quien en la relación contractual tiene la calidad de asegurado. En ese sentido, el artículo 1077 del Código de Comercio, estableció:

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

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.” (énfasis añadido)

El cumplimiento de tal carga probatoria respecto de la ocurrencia del siniestro, esto es, del incumplimiento imputable al contratista y de la indebida utilización del anticipo, así como de la cuantía de la pérdida, es fundamental para que se haga exigible la obligación condicional derivada del contrato de seguro, tal como lo ha indicado doctrina respetada sobre el tema:

“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)¹⁵”(énfasis añadido)

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

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

¹⁵ 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.

2.2 En consonancia con ello, “[e]l asegurado o el beneficiario [están] obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro” (art. 1075, ib.), información que en el caso de la póliza de que se trata, debía verificarse “dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia de un tratamiento de las enfermedades de Alto Costo relacionada en la Cláusula Primera, así no afecte la Cobertura provista mediante la presente póliza” (cláusula décima, condiciones generales, contrato de seguro).

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

4.4 Esos deberes acentúan su importancia en los seguros de daños, como el que es base de la acción, toda vez que ellos, “[r]especto del asegurado”, son “contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento” (art. 1088, ib.), de modo que “la indemnización no excederá, en ningún caso, el valor real del interés asegurado en el momento de siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario (art. 1089, ib.)¹⁶”.

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

“(…) Se lee en las peticiones de la demanda que la parte actora impetra el que se determine en el proceso el monto del siniestro. Así mismo, no cuantifica una pérdida. De ello se colige con claridad meridiana que la demandante no ha cumplido con la carga de demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía que le imponen los artículos 1053 y 1077 del C. de Comercio. En consecuencia y en el hipotético evento en que el siniestro encontrare cobertura bajo los términos del contrato de seguros, la demandante carece de derecho a demandar el pago de los intereses moratorios¹⁷” (énfasis añadido)

¹⁶ Sentencia SC2482-2019 de 9 de julio de 2019, Radicación n.º 11001-31-03-008-2001-00877-01. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. MP: Álvaro Fernando García Restrepo

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil M.P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 1100131030241998417501

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

(i) Frente al amparo de cumplimiento

La no realización del Riesgo Asegurado.

Sin perjuicio de las excepciones de la contestación de la demanda, se formula esta de conformidad con lo estipulado en las condiciones específicas la Póliza de Cumplimiento No. 376-45- 994000005758. Toda vez que de la mera lectura podemos concluir que el riesgo asegurado no se realizó. Mediante la póliza en virtud de la cual se vinculó a mi procurada al presente litigio, la Aseguradora cubre los perjuicios directos que se deriven del incumplimiento imputable al contratista. Sin embargo, en este caso encontramos que no se encuentra probado el presunto incumplimiento contractual, pues en el plenario no existe ningún medio de prueba idóneo que acredite el cumplimiento defectuoso de las obligaciones del contratista como alega el demandante. De ahí, que siendo carga del demandante probar los supuestos facticos que tornen viable su pretensión , es indudable que no ha cumplido con la demostración del supuesto incumplimiento que aun en gracia de discusión podría tener la virtualidad de constituir la realización del riesgo asegurado.

Vale destacar que en la póliza de cumplimiento a favor de particulares, de la mera lectura del amparo podemos concluir que el riesgo asegurado no se realizó y para el efecto resulta útil verificar los términos en que se otorgó el amparo, veamos:

“1.4. AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CUBRE A LAS ENTIDADES CONTRATANTES POR LOS **PERJUICIOS DIRECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA** TOMADOR DEL SEGURO DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO CUYA EJECUCIÓN SE AMPARA”.

Ahora bien, en este caso encontramos que el amparo de cumplimiento no puede afectarse, en atención a que a la fecha en el plenario no obra prueba que permita afirmar que el contrato fue incumplido por el contratista Prontex S.A.S., y siendo esta una carga que debe cumplir la parte demandante, al encontrarse insatisfecha, comporta que no se ha demostrado la realización del riesgo asegurado, es decir del incumplimiento del contratista. En virtud de lo anterior, la Aseguradora deberá ser absuelta de cualquier responsabilidad indemnizatoria. Pues al tenor del amparo contratado, se estipuló que mi representada cubre los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable al contratista. Sin embargo, a la fecha, de las pruebas del proceso no se ha demostrado el mentado incumplimiento por parte de Prontex. Así las cosas, se torna imposible acceder a reconocimientos económicos que deba asumir la aseguradora, pues el riesgo amparado no se configuró.

Dicho lo anterior, es claro que en el presente caso no se ha realizado el riesgo asegurado, toda vez que nos encontramos ante una situación en la que no se ha demostrado el incumplimiento atribuible al contratista respecto al contrato del 24 de septiembre de 2021. Como consecuencia de ello, no hay obligación condicional por parte de la aseguradora.

Falta de acreditación de la cuantía de la pérdida

Es claro que en el presente caso no procede el reconocimiento de indemnización alguna por los perjuicios solicitados por el Demandante respecto de la Compañía Aseguradora, toda vez la parte demandante solicita el reconocimiento de una indemnización por \$128.942.703 a título de daños y perjuicios “en exceso de la cláusula penal” (daño emergente futuro) con cargo al amparo de cumplimiento. Sin embargo, dichas sumas no podrán ser reconocidas como quiera que:

El presunto daño emergente generado por sobrecostos en que presuntamente deberá incurrir a futuro Grupo Contempo a fin de contratar con un tercero la realización de la obra no se ha acreditado en debida forma, toda vez que la cotización aportada no guarda relación técnica con el objeto del contrato

garantizado, veamos:

Especificaciones de obra según contrato de prestación de servicios

No.	ACTIVIDAD	UHD.	CANT.	VALOR UNIT.	V/R PARCIAL	V/R TOTAL
1	CONSTRUCCIÓN SOBRE-PLACA SÓTANO					
1.1	DEMOLICION PLACA ACTUALE-6CM, CARGUE, TRANSPORTE A BOTADERO CERTIFICADO DE LOS ESCOMBROS.	m ²	630	\$ 9,600.00	\$ 6,048,000.00	
1.2	PLACA INDUSTRIAL NO ADHERIDO: ESPESOR PROMEDIO 12 cm CENTÍMETROS. Concreto acelerado a 3 días 4000psi, REFORZADO CON MACROFIBRA SINTETICA 3KG/ M3 Y JUNTAS CON MODULACIÓN MÁXIMA 2.5M X 2.5M METROS APROX. CORTE Y SELLO DE JUNTAS.	m ²	630	\$ 89,600.00	\$ 56,448,000.00	\$ 65,538,000.00
1.3	DEMARCAACION E=10CM PARQUEADEROS CON PINTURA BASADA EN LA ITC 1360	m ²	195	\$ 15,600.00	\$ 3,042,000.00	

TOTAL PROPUESTA \$ 72,059,031

Parte esencial: Placa industrial no adherido: **espesor 12 cm por 630 m2**

Demolición de placa 630 m2

Especificaciones de obra según cotización.

TEREG DE COLOMBIA LTDA				
RESUMEN PROPUESTA				
REPARACION PISO CONCRETO EDIFICIO CHICO 94 Endurecedor neutro				
DESCRIPCION	UN	CANT	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
Demolición piso existente	M2	640	\$54.326	\$34.788.456
Placa concreto mr 45 con fibras E = 14 cms. Endurecedor de cuarzo neutro	M2	640	\$134.663	\$86.184.612
Corte juntas dilatación con cortadora	ML	512	\$3.154	\$1.614.764
Llenado juntas con poliuretano flexible	ML	512	\$6.105	\$3.125.716
Lavado, densificado y sellado de piso con material penetrante de litio	M2	640	\$9.985	\$6.390.254
Demarcación líneas amarillas de parqueaderos	GL	1	\$0	\$0
Subtotal				\$132.083.802
Administración	6,00%			\$7.925.028
Imprevistos	4,00%			\$5.283.352
Utilidad	10,00%			\$13.208.380
IVA 19% sobre utilidad estimada				\$2.509.592
TOTAL				\$161.010.155

Parte esencial: Placa concreto mr 45 con fibras **E: 14 cms por 640 m2**

Demolición piso existente 640 m2 Lavado, densificado y sellado por 640 m2

De la relación anterior, nótese como en el objeto del contrato de prestación de servicios suscrito entre Contempo y Prontex el área a intervenir siempre se mantuvo en 630 m2, mientras en la cotización con la que pretende acreditar el daño emergente el área a intervenir se sitúa en 640 m2, elevando los costos por extensión del área. Además, se advierte que en el contrato de prestación de servicios se estipuló una placa de 12 cm de espesor, mientras la cotización muestra una relación de costos para una placa de 14 cm. Como se ve claramente, la obra inicialmente contratada con Prontex difiere con la obra cotizada con Tereg de Colombia Ltda y en ninguna medida es plausible que una hipotética y remota indemnización se extienda a cubrir costos de una obra con características disimiles a las acordadas en el contrato que se reputa incumplido, pues se estarían imponiendo obligaciones que nunca fueron contempladas por las

partes.

Aunado a lo anterior, se destaca el costo altamente especulativo y exorbitante de la cotización presentada, pues se advierte que mientras en el contrato de prestación de servicios el costo total del mismo ascendió a \$72.059.031, en la cotización el costo asciende a una suma de \$161.010.155. Es decir, representa una diferencia de \$88.951.124, lo que supera incluso más del 50% del costo contemplado en el contrato suscrito por Contempo y Prontex. Situación que ofrece asomo de duda sobre la verdadera determinación de la presunta pérdida, dejando en evidencia una vez más como la parte actora no ha podido a través de los medios idóneos acreditar este ineludible requisito conforme al artículo 1077 del C.Co.

(ii) Frente al amparo de anticipo.

La no realización del Riesgo Asegurado.

Sobre este aspecto es pertinente mencionar que no se encuentra acreditada la realización del riesgo asegurado, como quiera que en este caso se encuentra probado que la obra está ejecutada en su totalidad (margen del presunto cumplimiento defectuoso por las condiciones técnicas de la obra que alega la demandante) y ello así lo ha reconocido el contratista a través de los hechos de la demanda. De modo que es perfectamente lógico concluir que el anticipo pagado con ocasión al Contrato de prestación de servicios se utilizó en debida forma. Toda vez que el porcentaje de anticipo pactado fue del 40% del valor del contrato y en este caso se encontraría probada una ejecución del 100% del valor del contrato. Luego, si la obra fue ejecutada no podría entenderse que el riesgo de anticipo contemplado en la póliza se realizó.

Frente al anticipo, la jurisprudencia ha establecido que es un mecanismo de financiación que se entrega al contratista para que se ejecute la parte inicial de la obra, se sufragen determinados costos y gastos imprescindibles para la ejecución del cargo y que dicho pago inicial hace surgir en el contratante una expectativa primaria de ejecución:

“3.2. Preciado lo anterior, debe señalarse que si bien el anticipo carece de definición

legal, ha sido concebido por la jurisprudencia y la doctrina patrias como un mecanismo de financiación, propio de los contratos en los que la remuneración está supeditada a la entrega –total o parcial– de la obra, en virtud del cual el contratante entrega al contratista dinero u otros bienes, con el compromiso de que este último los utilice para sufragar determinados costos y gastos imprescindibles para la ejecución del encargo.

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

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

3.3. En el escenario expuesto, la entrega del adelanto hace surgir para el contratante una expectativa primaria, consistente en que esos recursos se empleen para cubrir las expensas de la obra, en los términos señalados en el contrato; y si ello ocurre, aflorará para aquel una expectativa secundaria: la de recomponer su acervo patrimonial, mediante la efectiva amortización del anticipo¹⁸.

De lo antes anotado, se extrae que si dichos recursos (anticipo) se emplean para cubrir las expensas de la obra en los términos señalados en el contrato, es claro que habrá una correcta utilización del anticipo pagado por el Contratante. En consecuencia, no habrá lugar a solicitar la afectación del amparo de buen manejo del anticipo. Esta postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia del 19 de octubre de 2020 en la que indicó:

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 2015-00826 Sentencia SC3893-2020 M.P. Luis Alonso Rico Puentes

*“Expresado de otro modo, si el asegurador hizo suyos únicamente los riesgos de apropiación e incorrecta inversión del anticipo, de manera implícita exceptuó de protección a los quebrantos económicos cuyo origen fuera diferente. Y, en ese supuesto, **si el contratista utiliza íntegramente el anticipo para cubrir erogaciones propias de la obra, atendiendo las precisas pautas de inversión señaladas en el clausulado correspondiente, cesa la posibilidad de que se produzca el siniestro, siendo irrelevante si, con posterioridad, ese rubro no es amortizado, causándole pérdidas al contratante**¹⁹.” (énfasis añadido)*

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

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

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

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

“Documento: Póliza No. 376 45 994000005758 Condicionado General.

Transcripción parte esencial: “1.2 AMPARO DEL BUEN MANEJO DEL ANTICIPO. El amparo de buen manejo del anticipo cubre a las entidades contratantes, contra los perjuicios sufridos **con ocasión del uso o apropiación indebida que el contratista tomador del seguro haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo**, para la ejecución del contrato. en tal sentido se entenderá que existe uso o apropiación indebida de los dineros o bienes entregados a título de anticipo en el evento en que tales dineros o bienes no sean utilizados en la ejecución del contrato.”(énfasis añadido)

¹⁹ Ibidem

De manera que es claro que en este caso se amparó el buen manejo del anticipo pagado por la contratante al contratista, en caso de que el mismo no se utilizara de manera debida. Situación que claramente no ocurrió en el caso de marras, comoquiera que la obra se habría ejecutado en su totalidad, por lo que sería a todas luces incoherente afectar el amparo de anticipo cuando está probado que la obra se encuentra totalmente ejecutada. Luego, si la obra está completamente ejecutada y aun al margen del presunto cumplimiento defectuoso que alega la accionante, lo cierto es que para ejecutar la obra, Prontex debió usar la totalidad del anticipo. Entonces, refulge que no hubo mal manejo del anticipo o una apropiación indebida pues el mismo se utilizó para el desarrollo de la obra.

Lo antes mencionado encuentra una clara razón de ser y es que el seguro de buen manejo de anticipo, como en todos los seguros, los riesgos que asume el asegurador por su libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, debe definir unos lineamientos claros en cuanto al alcance obligacional de la aseguradora. Lo anterior considerando que, el interés asegurado merece la delimitación causal, temporal y espacial que elimine cualquier interpretación extensiva de la póliza a efectos de determinar el riesgo *“dado que ampliar o restringir la garantía asegurativa produciría un grave desequilibrio en el conjunto de sus obligaciones, específicamente en la necesaria relación de equivalencia entre riesgo y prima²⁰”*. En ese orden de ideas, es necesario precisar que incluso si aquello que reprocha la demandante es una falta de amortización del anticipo (situación que no ha demostrado) es claro que el asegurador estando en libertad de otorgar los amparos que considere pertinentes no contempló dicho riesgo dentro del contrato de seguro. Frente a este topico la Corte Suprema ha dicho lo siguiente:

*“Pero no puede obviarse que, en desarrollo de la comentada potestad de individualizar el riesgo asegurado, **el asegurador está facultado para decidir si asume los riesgos de apropiación, incorrecta inversión o falta de amortización del anticipo; pero si opta por restringir el aseguramiento brindado a los dos primeros eventos [apropiación, incorrecta inversión], no podrá reclamársele indemnización alguna si se materializa el tercero, aun cuando -se reitera- por esa vía sufra mengua el patrimonio del contratante²¹*** (énfasis y corchetes añadidos)

²⁰ STIGLITZ, Rubén. Derecho de seguros, Tomo I. Ed. Thomson Reuters, Buenos Aires. 2016, p. 297

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 2015-00826 Sentencia SC3893-2020 M.P. Luis Alonso Rico Puerta

En otras palabras, la Corte Suprema de Justicia ha recordado que si el asegurador solo amparó el riesgo derivado de una incorrecta utilización del anticipo o de la apropiación injustificada, situación última que deviene de una falta de utilización del anticipo para ejecutar la obra y fueron esos y solo esos los riesgos asumidos; deberá entonces el juzgador liberar al asegurador de toda obligación indemnizatoria que provenga de causa diferente, pues simplemente no se encontraría dentro de los riesgos asumidos.

Falta de acreditación de la cuantía de la pérdida

Además de que en este caso no se ha demostrado la realización del riesgo asegurado (anticipo) basta remitirse a las pruebas que obran en el expediente para percatarse de la ausencia probatoria respecto al amparo que se pretende afectar. Lo anterior, implica que siendo un requisito la acreditación de la pérdida un elemento esencial para predicar la existencia de la obligación indemnizatoria y sobre todo condicional del asegurador, en el caso bajo estudio la parte demandante no ha cumplido con su carga por ende no es posible endilgar obligación a cargo de Aseguradora Solidaria de Colombia, máxime cuando:

- No ha probado el valor del anticipo que presuntamente se utilizó en debida forma.
- No ha probado el valor del anticipo que presuntamente fue apropiado injustificadamente.
- En gracia de discusión pese a que es un riesgo no asumido por el asegurador, tampoco ha demostrado la cuantía que constituye el anticipo no amortizado.

Como corolario de lo anterior, no se encuentra acreditada la realización del riesgo asegurado bajo los amparos de cumplimiento y anticipo previstos en la póliza de seguro No.376- 45- 994000005758, y mucho menos se ha demostrado la cuantía de la pérdida que supondría la realización de los riesgos asegurados. Por lo anterior, no es posible hacer efectivo el contrato de seguro debido a que **(i)** no existe a la fecha prueba que demuestre el incumplimiento atribuible a Prontex respecto al contrato suscrito el 24 de septiembre de 2021, **(ii)** no se ha demostrado el daño emergente futuro pues la cotización presentada prevé obras distintas a las del contrato garantizado, **(iii)** a la fecha no se ha demostrado que Prontex destinó el valor del anticipo a gastos ajenos al objeto contractual y mucho menos que se haya apropiado injustamente y **(iv)** tampoco ha demostrado la pérdida que supondría para Contempo la presunta realización del riesgo de mal manejo del anticipo. Así las cosas, no se encuentran satisfechos los presupuestos del artículo 1077 del C.Co y por lo tanto no podría imponerse obligación alguna a cargo de

Aseguradora Solidaria de Colombia E.C.

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

5. AUSENCIA DE COBERTURA MATERIAL, EN TANTO LA NO AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO NO ES UN RIESGO CUBIERTO

En primer lugar, debe manifestarse que en este caso no existe cobertura material de la Póliza de cumplimiento No 37645994000005758 y la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 376-74-994000004066 que hoy son objeto de litis. En el presente caso, el demandante no ha cumplido con la carga de probar que el contratista haya incumplido su obligación de amortizar. No obstante, y aun en el improbable evento de que el despacho considerara acreditado dicho incumplimiento, lo cierto es que las pólizas invocadas no amparan la no amortización del anticipo, por lo que no resulta procedente exigir cobertura por este concepto.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“reiteró esta Corporación la necesidad de individualizar y determinar los riesgos que el asegurador toma sobre sí:

<<y que por lo tanto, en este campo rige el principio según el cual la responsabilidad asumida en términos generales como finalidad del contrato no puede verse restringida sino por obra de cláusulas claras y expresas, “...El Art. 1056 del C de Com , en principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, otorga al asegurador facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado..”, agregando que es en virtud de este amplísimo principio “que el asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que de no cumplirse impiden que se configure el siniestro; ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, quedan sin embargo excluidos de la protección que se promete por el contrato. Son estas las llamadas exclusiones, algunas previstas expresamente en la ley...” (Cas. Civ. de 7 de

octubre de 1985, sin publicar), exclusiones que por su propia índole, limitativa de los riesgos asumidos por el asegurador, requieren ser interpretadas con severidad en una concienzuda tarea que se oriente, de una parte, a establecer su justificación técnica, y de la otra a precisar el alcance de dichos riesgos conforme a reglas de carácter legal o convencional, luego no le es permitido al intérprete "...so pena de sustituir indebidamente a los contratantes, interpretar aparentemente el contrato de seguro para inferir riesgos que no se han convenido, ni para excluir los realmente convenidos; ni tampoco hacer interpretaciones de tales cláusulas que conlleven a resultados extensivos de amparo de riesgos a otros casos que no sólo se encuentren expresamente excluidos sino que por su carácter limitativo y excluyente, son de interpretación restringida....." (Cas Civ. de 23 de mayo de 1988, sin publicar) (Este pasaje fue reiterado, entre otras, en CSJ SC4574-2015 rad. n°. 11001-31-03-023-2007-00600-02)>>"¹. - (Subrayado y negrilla por fuera de texto)

Bajo esa misma interpretativa, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de diciembre 13 de 2019, indicó que las exclusiones de tipo convencional estipuladas en los contratos de seguro no comprometen la responsabilidad del asegurador, en virtud de la facultad prevista en el artículo 1056 del Código de Comercio:

"Las exclusiones de tipo convencional deben entenderse, como es apenas obvio, como aquellas pactadas por las partes o, cuando menos, en las que existe consentimiento respecto de las indicadas en el clausulado preestablecido, en los denominados acuerdos de adhesión y que, siendo origen del siniestro o consecuencia del mismo, no comprometen la responsabilidad del asegurador.

Esas cláusulas son válidas, inicialmente, en tanto se sustentan en el principio de la libre autonomía de las partes, cuyos límites son el orden público y las buenas costumbres; de ahí que el artículo 1056 consagre la posibilidad del asegurador de, «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»² - (Subrayado y negrilla por fuera de texto)

Como se establece innumerablemente en la demanda, lo que pretende el extremo actor que se indemnice

es una falta de amortización del anticipo, situación que dista de un uso indebido o inapropiado del mismo. Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

*“En otros términos, la alegación de la recurrente en ambos embates tiende a evidenciar que no le fue amortizado el anticipo de forma total, sólo parcialmente, y por ese sendero suplica que la indemnización reconocida en la sentencia abarque el saldo de esa amortización bajo el riesgo de uso indebido del anticipo, **esto es, un riesgo diferente al de falta de amortización.***

*En este orden, contrariamente a lo expuesto por la recurrente, el tribunal no erró en la interpretación el pacto asegurador, en tanto que, **como se anotó, el riesgo consistente en la falta de amortización del anticipo difiere de los riesgos de mal uso o apropiación indebida,** por lo cual no resulta de recibo asimilarlos, como lo propone el reproche casacional.”* (Subrayado y negrilla por fuera de texto)

Hipótesis que toma como referente lo señalado por el Consejo de Estado de la siguiente forma:

*“Si el contratista no amortiza el anticipo, está incumpliendo una obligación a su cargo, pero de esta circunstancia no puede deducirse automáticamente —como lo hace el tribunal— que el contratista invirtió o manejó inadecuadamente el anticipo. Se itera que la regla general es que estas sumas se utilicen para cubrir los gastos que tiene el contratista al principio del contrato e impulsar la obra (construcción, montaje de campamentos, compra de equipos y materiales, etc.) y el anticipo tiene por finalidad entregarle una suma de dinero antes de que inicie la obra para que pueda realizarlos. **El hecho de que no ejecute la obra de acuerdo con el programa de inversión, que no facture y que por lo tanto no cumpla con la obligación de amortizar con cada cuenta, no evidencia —de ninguna manera— que haya invertido o manejado inadecuadamente el anticipo; razón por la cual tales circunstancias no autorizan a la entidad contratante a hacer efectiva la garantía,** porque ellas no acreditan la ocurrencia del riesgo amparado”.²²* (Subrayado y negrilla por fuera de texto)

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia 3 nov. 2020, rad. 2005-00338- 01(47760)

Es importante dicha precisión, pues permite al juzgador entender la diferencia abismal que existe entre una indebida utilización de anticipo, con su falta de amortización. En otros pronunciamientos, se ha concluido que la no amortización del anticipo no significa lo mismo que su indebida utilización, como se deja ver a continuación:

*“Además, en relación con la garantía otorgada por Seguros del Estado, la Sala ha indicado, con ponencia de este despacho, que **la amortización es un asunto diferente a la no inversión, uso indebido o apropiación indebida del anticipo.** En este caso, justamente, se verá que se configuró el siniestro por la no inversión del anticipo.”²³*
(Subrayado y negrilla por fuera de texto)

Todo lo anterior permite determinar, que mi representada, en virtud de la liberalidad contractual que le asistió al momento de celebrar el negocio asegurativo, no convino de forma expresa el amparo de no amortización del anticipo, el cual como ya ha explicado la variada jurisprudencia que existe respecto, difiere seriamente del uso indebido o apropiación indebida del anticipo, siendo este último el amparo otorgado por mi representada, tal como se puede leer entre las líneas de las condiciones generales. Clara la distinción, resulta evidente que la diferencia entre el buen manejo y correcta inversión del anticipo y su falta de amortización, causa que este último evento no pueda considerarse como amparado dentro del amparo otorgado en el presente asunto. En palabras claras, el Consejo de Estado zanja cualquier duda al respecto, así:

*“Para la Sala es claro que **lo que cubre el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo son los perjuicios derivados del incumplimiento de estas obligaciones y no de la obligación de amortizar el anticipo,** si dicha obligación no fue amparada expresamente por la Compañía de Seguros”.*²⁴ (Subrayado y negrilla por fuera de texto)

El vínculo entre la falta de cobertura material y el amparo del anticipo se establece a través de la literalidad de las cláusulas del contrato de seguro. En este contexto, la póliza contempla el uso indebido del anticipo, pero no abarca la falta de amortización de este, lo que ha sido clarificado por la jurisprudencia que ha

²³ CONSEJO DE ESTADOSALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ. 8 de septiembre de 2021. Radicación número: 25000-23-36-000-2014-00375-01(61365)

²⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ. 3 de noviembre de 2020. Radicación número: 17001-23-31-000-2005-00338-02(47760)

señalado que la falta de amortización del anticipo no se configura como un riesgo cubierto dentro del amparo de buen manejo, salvo que se haya pactado de manera específica, lo que pone de relieve la necesidad de interpretar con rigor las cláusulas contractuales. Según el artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador tiene la facultad de delimitar los riesgos que asume y esta delimitación debe ser claramente expresada en las condiciones del contrato, especialmente en lo que respecta a las exclusiones.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo 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. En atención a dicha facultad, para elegir expresamente que riesgos amparar, desde la carátula del seguro se indicó que la única cobertura que comprende este seguro es:

1.2 AMPARO DE BUEN MANEJO DEL ANTICIPO

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

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

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

DOCUMENTO: Póliza de cumplimiento No 37645994000005758

De lo anterior, se deduce que las pólizas objeto de litigio, no amparan de ninguna forma la no amortización del anticipo, por cuanto no es un amparo pactado entre las partes, ante esta situación, es claro que las pólizas no prestan cobertura material de lo pretendido por la parte accionante.

Se concluye entonces que no existe cobertura material bajo las pólizas No. 37645994000005758 de cumplimiento y No. 376-74-994000004066 de responsabilidad civil extracontractual, que hoy son objeto de debate. El demandante no ha demostrado el supuesto incumplimiento del contratista respecto de la obligación de amortizar el anticipo, incumpliendo así con la carga probatoria que le corresponde. Pero incluso en el evento remoto e improbable, de que se considerara acreditado dicho incumplimiento, lo cierto es que las pólizas invocadas no amparan ese riesgo, por cuanto la no amortización del anticipo no se

encuentra dentro de su cobertura. En consecuencia, debe rechazarse cualquier pretensión dirigida a obtener la declaratoria de responsabilidad de la aseguradora por este concepto.

6. TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO DE SEGURO INSTRUMENTALIZADO EN LA PÓLIZA DE SEGURO No. 37645994000005758 Y EN CONSECUENCIA, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., POR LA AGRAVACIÓN Y/O ALTERACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO Y LA AUSENCIA DE NOTIFICACIÓN AL ASEGURADOR, CONFORME LO ESTABLECE EL ARTÍCULO 1060 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

En este caso operó la terminación automática del contrato de seguro que dio origen a la póliza de No. 37645994000005758, comoquiera que en el plenario no existe prueba de que se haya notificado por escrito a la aseguradora en el término del artículo 1060 del Código de Comercio, las circunstancias que agravaron el estado del riesgo en la ejecución del contrato garantizado como lo fueron: imprevistos de carácter técnico y operativo evidenciados durante la obra, tales como mayor espesor de la placa existente contemplada inicialmente, situación que implicó mayor tiempo de demolición y mayor uso de material; interrupciones de trabajo nocturno por solicitud de la policía, debido a quejas por ruido; tratamiento especial de cajas de pozos que no se contemplaron de manera previa a la suscripción del contrato, así como la adquisición de nuevas obligaciones por parte del contratista conforme al otrosí suscrito entre Contempo y Prontex el 26 de octubre de 2021. Así las cosas, la ausencia de notificación a la aseguradora sobre la agravación del riesgo ineludiblemente comporta la terminación automática del contrato de seguro por ministerio de la ley.

Frente a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el hecho de presentar imprevistos técnicos que generaban retrasos en los tiempos de ejecución de la obra y la innegable asunción de nuevas obligaciones por parte del contratista, específicamente la obligación de Prontex de pagar un canon de arrendamiento de los parqueaderos comprendidos entre la numeración 140 y 165 ubicados en el Edificio Centro Empresaria Oxo Center por valor de \$1.559.095, así como la prórroga en el plazo de ejecución de la obra contratada, son circunstancias que claramente agravaron el estado del riesgo y de lo cual debió conocer la Compañía Aseguradora dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que se presentó por primera vez esta circunstancia. Dado que el riesgo de incumplimiento claramente se hizo más gravoso ante esta situación, como quiera que es mucho más probable que las actividades contractuales

no se ejecuten o se ejecuten de manera tardía. Así mismo, la nueva obligación a cargo de Prontex derivada de la suscripción del otrosí al contrato de prestación de servicios sin duda resultaba una carga adicional claramente vinculada al contrato principal frente al cual se había expedido la póliza de cumplimiento.

Las circunstancias antes referidas necesariamente debieron notificarse a la Compañía Aseguradora en el término de 10 días. Sin que en el plenario exista prueba que permita afirmar que dicha notificación ocurrió, ha dado lugar inevitablemente a predicar la terminación automática del contrato de seguro que dio origen a la póliza, por no dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 1060 del Código de Comercio.

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

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

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

No obstante, al asegurado corresponden aquellas obligaciones que no puedan ser

cumplidas más que por él mismo.

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

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

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

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

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

Como se observa, **esta última norma consagra dos efectos jurídicos a saber:**

i) si se cumple con la notificación oportuna de la modificación del riesgo, el

asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste de la prima; ii) en caso contrario se produce la terminación del contrato. El cumplimiento de las obligaciones que le corresponden al asegurado o al beneficiario en caso de siniestro, pueden conllevar a deducir del monto de la indemnización de los perjuicios causados a la asegurada, en los términos del artículo 1078 del Código de Comercio.

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

Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas (artículo 1074 C. Ció.). El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes (artículo 1075 *ibídem*²⁵)” (énfasis añadido)

Por otro lado, en cuanto a la modificación del estado del riesgo en el contrato de seguro, la Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

“La Corte acierta en su decisión, acogiendo los argumentos establecidos por el Tribunal respecto a la aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio, en el cual se establece la obligación que tiene el tomador o asegurado de notificar al asegurador todos los hechos o circunstancia posteriores a la celebración del contrato que signifiquen una agravación del riesgo.

(...)

²⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección “B” magistrada ponente: Stella Conto Díaz del Castillo en sentencia del 22 de febrero de 2016

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

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

Así como el artículo 1060 del Código de Comercio hace referencia a la carga de información del tomador del seguro previo a la celebración de un contrato, de igual forma, la normatividad regula taxativamente las cargas de información adicionales que el tomador o el asegurado según sea el caso, deben cumplir con posterioridad a la suscripción del contrato de seguro y aún después de la ocurrencia del siniestro. Ahora bien, la carga de informar sobre la agravación del estado del riesgo, según lo prevé el artículo 1060 del Código de Comercio, opera en el presente asunto, so pena de terminar automáticamente el contrato de seguro²⁶.

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

²⁶ Ordóñez Ordóñez, A.E. 2005. Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro. Y especialmente el deber de información del asegurador frente al tomador del seguro. Revista de derecho Privado. 9 (dic. 2005), 75–114

Así las cosas, vale la pena resaltar que el contratista en su calidad de tomador de la póliza de seguro en favor de entidades particulares, o el asegurado Contempo tenían la obligación de mantener el estado del riesgo. No obstante y de acuerdo a las pruebas allegadas al plenario, no se logra evidenciar la notificación por escrito, dentro del término señalado en el artículo 1060 del Código de Comercio, que pretendiera dar a conocer los hechos que sobrevinieron con posterioridad a la celebración del contrato y que claramente implican una agravación del riesgo, como lo fueron: los imprevistos de carácter técnico y operativo evidenciados durante la obra, tales como mayor espesor de la placa existente contemplada inicialmente, situación que implicó mayor tiempo de demolición y mayor uso de material, interrupciones de trabajo nocturno por solicitud de la policía debido a quejas por ruido, tratamiento especial de cajas de pozos que no se contemplaron de manera previa a la suscripción del contrato, así como la adquisición de nuevas obligaciones por parte del contratista conforme al otrosí suscrito entre Contempo y Prontex el 26 de octubre de 2021 y la evidente prorroga en el periodo de ejecución de la obra. Es por lo anterior que en virtud de la normatividad precitada, se produce la terminación del contrato de seguro, no pudiendo en este proceso exigir ningún emolumento con cargo a la póliza de seguro.

En este estado de las cosas, es pertinente mencionar que como no se evidencia que tomador o asegurado hayan notificado a la Aseguradora Solidaria de Colombia el otrosí que era evidencia de una agravación del riesgo, deberá entenderse que la falta de notificación constituye una negación indefinida, relevada de prueba y por lo tanto recaerá sobre la parte demandante demostrar lo contrario. Frente a esta importante disposición probatoria el mismo Código General del Proceso establece lo siguiente:

“Artículo 167. Carga de la prueba (...)

*Los hechos notorios y las afirmaciones o **negaciones indefinidas no requieren prueba.**” (énfasis añadido)*

Así mismo, esta disposición legal fue explicada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil quien indicó:

“(...) que éstas se dividen en definidas e indefinidas [las negaciones], siendo las primeras aquéllas que tienen por objeto hechos concretos, limitados en tiempo y lugar,

que presuponen la existencia de otro hecho de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente, las segundas, en cambio, no implican, ni indirecta ni implícitamente, la afirmación de hecho concreto y contrario alguno”.(corchetes añadidos)

*para las [definidas], el régimen relacionado con el deber de probarlas continúa intacto ‘por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical’; **las [indefinidas], ‘son de imposible demostración judicial, desde luego que no implican la aseveración de otro hecho alguno’, de suerte que éstas no se pueden demostrar, no porque sean negaciones, sino porque son indefinidas (...)**²⁷” (énfasis añadido)*

De acuerdo con lo dicho, se debe afirmar que la negación indefinida se encuentra relavada de prueba por parte de quien la realiza y ello deviene no de una simple dificultad de aportar la prueba, sino de una imposibilidad práctica de acreditar determinadas circunstancias. Así las cosas, la falta de notificación de la agravación del riesgo a la luz del artículo 167 del CGP y de la jurisprudencia señalada no requiere de prueba en tanto es una negación indefinida y por ende estará en cabeza de la contraparte acreditar lo contrario.

En consecuencia, al no evidenciarse en este estado del proceso la notificación al asegurador sobre las modificaciones en la situación del riesgo, como lo fueron: los imprevistos de carácter técnico y operativo evidenciados durante la obra, tales como mayor espesor de la placa existente contemplada inicialmente, situación que implicó mayor tiempo de demolición y mayor uso de material, interrupciones de trabajo nocturno por solicitud de la policía debido a quejas por ruido, tratamiento especial de cajas de pozos que no se contemplaron de manera previa a la suscripción del contrato, así como la adquisición de nuevas obligaciones por parte del contratista que derivaron en la suscripción de un otrosí el 26 de octubre de 2021. Se terminó automáticamente el contrato de seguro de conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio, razón por la cual no puede hacerse efectivo el seguro.

Por lo anteriormente expuesto, solicito declarar probada esta excepción.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de julio de 2005, exp. 00126 citada el 20 de enero de 2006, exp. 1999-00037

7. FALTA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA No. 376- 45- 994000005758 POR CONFIGURACIÓN DE LA EXCLUSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL 2.6 DE LAS CONDICIONES GENERALES

Se propone la presente excepción con la finalidad de establecer que, de conformidad con las condiciones generales y particulares que rigen el contrato de seguro documentado en la póliza No. 376-45-994000005758, los perjuicios que se refieran al incumplimiento originado por modificaciones introducidas al contrato original, salvo que se hayan comunicado al asegurador y las haya avalado, no son objeto de cobertura. Al respecto, es preciso indicar que dicho evento se configuró desde que Contempo y Prontex decidieron suscribir un otrosí al contrato garantizado y sin que a la fecha se encuentre en el plenario prueba de que dichas modificaciones se comunicaron a la Aseguradora y esta expidiera el correspondiente certificado de modificación. Por lo anterior, los hechos y pretensiones que fundan la demanda de la referencia, tal y como establece la exclusión 2.6 de las condiciones del seguro, no pueden ser sujetos de amparo por parte de mí representada.

Según 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 podrá, 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, de tal manera incorpora en la póliza circunstancias fácticas que eximen al asegurador de la prestación señalada en el contrato, las cuales se conocen generalmente como exclusiones de cobertura. Respecto a la naturaleza jurídica de las exclusiones contentivas en la póliza y sus efectos, la Superintendencia Financiera de Colombia manifestó lo siguiente:

“Sea lo primero manifestarle que dentro del ámbito de la libertad contractual que le asiste a las partes en el contrato de seguro, el asegurador en virtud de la facultad que

consagra el artículo 1056 del Código de Comercio puede, salvo las restricciones legales, asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado, el patrimonio o la persona del asegurado. Es así como éste, mediante la suscripción de la póliza de seguro decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertos presupuestos, de tal manera que solo en el evento de que se presenten éstos, deberá cumplir con su obligación de indemnizar. De igual forma, adicionalmente, puede incorporar en la póliza determinadas estipulaciones, contentivas de circunstancias que aun siendo origen del evento dañoso o efecto del mismo no obliguen al asegurador a la prestación señalada en el contrato de seguro, las cuales se conocen generalmente con el nombre de exclusiones.

(...)

Los riesgos excluidos, no obstante ser asegurables, deben entenderse excluidos según norma supletiva de la ley, o sea que pueden ser cubiertos en ejercicio de la autonomía contractual, es decir, que son materia susceptible de regulación convencional; como ejemplo de estos encontramos los eventos descritos en el artículo 1105 del Código de Comercio.²⁸

Ahora bien, podemos observar que en el condicionado general del seguro de cumplimiento a favor de particulares No. 376- 45- 994000005758, se estipuló -entre otras- la siguiente exclusión:

“SECCIÓN II – EXCLUSIONES

LOS SIGUIENTES EVENTOS Y CIRCUNSTANCIAS ESTÁN EXCLUIDOS DE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA:

*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*

²⁸ Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto No. 1999055614-2 Febrero 9 de 2000.

*SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA MEDIANTE LA EMISION DEL
CORRESPONDIENTE CERTIFICADO DE MODIFICACION.”*

Para este caso en particular, conforme al acervo probatorio obrante dentro del proceso, resulta claro que se excluyeron los perjuicios ocasionados al contratante cuando se evidencie una modificación al contrato garantizado y que el mismo no haya sido aprobado por el asegurador. Como emerge de las pruebas, se encuentra que Contempo y Prontex suscribieron un otrosí al contrato garantizado y que a la fecha no obra prueba de que dicho evento se haya notificado a la aseguradora. Por ende, esta precisa situación que por una parte modificó el contrato garantizado y segundo, que no se ha demostrado la comunicación a Aseguradora Solidaria de Colombia constituye con claridad la causal de exclusión del numeral 2.6 de las condiciones generales del contrato de seguro. De manera que no puede pasarse por alto señora árbitro, que la voluntad de las partes plasmada en el contrato de seguro debe primar sobre cualquier situación que pueda afectar dicho acuerdo de voluntades. En este caso, por ejemplo, resulta completamente demostrado que se presentó una modificación al contrato primigenio y que aún no se ha probado que ese evento se haya comunicado al asegurador.

En conclusión, debe señalarse entonces que, **(i)** El 26 de octubre de 2021 Contempo y Prontex suscribieron otrosí al contrato garantizado, **(ii)** A la fecha no se ha demostrado que la modificación al contrato garantizado se haya comunicado al asegurador, **(iii)** El contrato de seguro en virtud del cual se vincula a mi representada NO cubre los perjuicios ocasionados cuando se evidencia una modificación al contrato sin aval de la aseguradora conforme a la exclusión 2.6 y **(iv)** En consecuencia, la póliza No. 376- 45- 994000005758 expedida por Aseguradora Solidaria de Colombia S.A. no puede afectarse.

Por lo anterior, muy amablemente le solicito Señor árbitro declare probada esta excepción

**8. AUSENCIA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA No. 37645994000005758, EN EL
EVENTO DE ENCONTRARSE PROBADA ALGUNA CAUSAL DE EXCLUSIÓN**

En materia de seguros, el asegurador según el Artículo 1056 del C.Co podrá a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés asegurado. 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 el amparo opera, las

causales de exclusión, o en general, las de exoneración. Por tanto, deberá contemplarse que si en el caso concreto se prueban los supuestos facticos que configuran las exclusiones contenidas en los numerales 2.1 a 2.11 de las condiciones del seguro no podrá nacer obligación indemnizatoria a cargo de mi representada.

Como se ha dejado claro en las excepciones antes expuestas, tratándose de la delimitación del riesgo asumido por el asegurador, este tiene la facultad de delimitar contractualmente los riesgos que asume, conforme a lo normado en el artículo 1056 Código de Comercio. En tal medida, se recuerda lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de diciembre 13 de 2019, en la que explicó que las exclusiones de tipo convencional estipuladas en los contratos de seguro no comprometen la responsabilidad del asegurador, en virtud de la facultad prevista en el artículo 1056 del Código de Comercio:

*“Las exclusiones de tipo convencional deben entenderse, como es apenas obvio, como aquellas pactadas por las partes o, cuando menos, **en las que existe consentimiento respecto de las indicadas en el clausulado preestablecido, en los denominados acuerdos de adhesión y que, siendo origen del siniestro o consecuencia del mismo, no comprometen la responsabilidad del asegurador.**”*

Esas cláusulas son válidas, inicialmente, en tanto se sustentan en el principio de la libre autonomía de las partes, cuyos límites son el orden público y las buenas costumbres; de ahí que el artículo 1056 consagre la posibilidad del asegurador de, «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»²⁹ (énfasis añadido)

Así las cosas, la honorable Juez debe advertir que para el caso concreto el contrato de seguro prevé una serie de exclusiones contenidas en los numerales 2.1 a 2.11 como se lee:

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia. Expediente 2008-00193-01. Diciembre 13 de 2019.

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 PÉRDIDAS O DAÑOS CAUSADOS POR EL ASEGURADO SOBRE BIENES PROPIOS O DE TERCEROS, POR SUS REPRESENTANTES LEGALES, DIRECTORES O ADMINISTRADORES O CON SU COMPLICIDAD.
- 2.3 LAS CLAUSULAS PENALES, MULTAS Y CUALQUIER SANCION PECUNIARIA IMPUESTAS AL CONTRATISTA, 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 ENTIDAD COOPERATIVA MEDIANTE LA EMISION DEL CORRESPONDIENTE CERTIFICADO DE MODIFICACION.
- 2.7 LOS ANTICIPOS O PAGOS ANTICIPADOS CUYA ENTREGA SE REALICE DE MANERA DIRECTA Y EN EFECTIVO AL CONTRATISTA, SIN QUE MEDIE EL SOPORTE DE UNA TRANSFERENCIA BANCARIA.
- 2.8 EL USO INDEBIDO O INADECUADO O LA FALTA DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO A QUE ESTE OBLIGADA LA ENTIDAD CONTRATANTE, ASI COMO EL DEMERITO O DETERIORO NORMAL QUE SUFRAN LOS OBJETOS O BIENES COMO CONSECUENCIA DEL MERO TRANSCURSO DEL TIEMPO.

- 2.9 EL LUCRO CESANTE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE, ASI COMO LOS PERJUICIOS DIFERENTES A LOS DIRECTOS SUFRIDOS POR LA ENTIDAD CONTRATANTE COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA, TALES COMO LOS PERJUICIOS INDIRECTOS, MORALES, INCIERTOS, FUTUROS, CONSECUENCIALES, O SUBJETIVOS.
- 2.10 EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA EN EL PAGO DE OBLIGACIONES PACTADAS CON SUBCONTRATISTAS.
- 2.11 EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA DEL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE CONVENCIONES COLECTIVAS, PACTOS COLECTIVOS, CONTRATOS SINDICALES Y CUALQUIER OTRA OBLIGACION DE TIPO EXTRALEGAL PACTADA ENTRE EL TRABAJADOR Y EL EMPLEADOR.

Los anteriores supuestos sin duda delimitan el alcance obligacional de la aseguradora, de manera que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes del contrato convinieron excluir estas circunstancias de la cobertura otorgada y si en el caso concreto se prueba la ocurrencia de alguna de ellas indefectiblemente la honorable Juez no podrá ordenar la afectación de la póliza. No. 37645994000005758 pues la misma no prestaría cobertura material para el caso de marras.

En conclusión, debe prestarse especial atención a las exclusiones previstas en los numerales 2.1 a 2.11 de las condiciones del seguro, toda vez que las partes en virtud de la autonomía de la voluntad que les asiste pactaron en la póliza expresamente una serie de riesgos que quedarían excluidos de cobertura en caso de efectuarse. De manera que al encontrarse a partir del debate probatorio

que se ha configurado alguno de los supuestos fácticos previstos en las cláusulas referidas, no podrá afectarse la póliza en cuestión, ni mucho menos solicitar indemnización alguna con cargo a la misma por tratarse de riesgos excluidos expresamente en el condicionado general de la póliza.

Por lo anteriormente expuesto, solicito declarar probada esta excepción.

9. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN COMO CONSECUENCIA DE SALDOS ADEUDADOS AL CONTRATISTA

Sin perjuicio de lo anteriormente esgrimido en las excepciones precedentes, resulta necesario indicar que en el improbable y remoto evento en que la honorable Juez encontrara procedente la afectación a la póliza de seguro expedida por mi representada y como consecuencia ordenara el reconocimiento de una indemnización, ésta tendría que ser reducida en la proporción de los saldos que se llegaren a probar como adeudados por el asegurado contratante al contratista. Esto es, de Contempo a Prontex, pues así quedó establecido en el Condicionado General de la póliza de seguro y por tanto deberá ser acatado en el presente caso.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta la cláusula octava establecida en las condiciones generales del Contrato de Seguro instrumentado en la Póliza de Seguro de Cumplimiento en favor de entidades particulares No. 37645994000005758, se deberá considerar cuales son los valores adeudados a Prontex, disminuyendo así el monto de la indemnización, como se convino:

“CLÁUSULA OCTAVA. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. Si el asegurado al momento de verificarse el incumplimiento o en cualquier momento posterior a este, fuere deudor del contratista por cualquier concepto, la indemnización a cargo de Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa se disminuirá en el monto de dicha deuda, siempre y cuando la compensación no se oponga a las leyes vigentes.

Los montos así compensados se disminuirán del valor de la indemnización.”

En conclusión, si en el presente asunto llegare a producirse un saldo a favor del contratista, la Póliza

de Cumplimiento no podrá verse afectada, en tanto se debe aplicar lo estipulado en la cláusula octava del Condicionado General. En efecto, esta disposición fue precisa en señalar que si al momento de verificarse el incumplimiento el asegurado fuese deudor del contratista, la indemnización a cargo de Aseguradora Solidaria debe reducirse en el monto de dicha deuda. En este caso, si se prueba que Contempo le adeuda a Prontex el 60% del valor del contrato, dicha suma deberá ser compensada de la eventual indemnización a que hubiere lugar.

10. CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO QUE REVISTEN LOS CONTRATOS DE SEGUROS.

Es un principio que rige el contrato de seguro de daños, el carácter indemnizatorio del mismo, esto es, que el contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo. De modo que la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065, dispuso:

“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 tolerancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato.”³⁰

Se puede concluir entonces que el Contrato de Seguro tiene un carácter meramente indemnizatorio y por tal motivo, tiene como finalidad llevar a la víctima al estado anterior, más no enriquecerla. Es por ello que aterrizando al caso en cuestión no es de recibo indemnizar el supuesto incumplimiento tal y como fue pretendido por la parte Demandante, más aún, teniendo en cuenta que la suma supuestamente dejada de ejecutar no se encuentra acreditada, tampoco se ha demostrado la indebida utilización del anticipo

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065

entregado a Prontex e incluso la cláusula penal no se encuentra amparada en el contrato de seguro. En tal sentido, el artículo 1088 del Código de Comercio estableció lo siguiente:

“Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso” (énfasis añadido).

Así las cosas, el carácter de los seguros de daños y en general de cualquier seguro es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el asegurado/beneficiario con el pago de la indemnización, es decir no puede nunca pensarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento. Conforme a ello, se resalta que:

1. La cláusula penal no se encuentra amparada en el seguro, debido a que el amparo de cumplimiento exige demostrar los perjuicios causados al contratante (Contempo) y por lo tanto una tasación anticipada de los mismos contraviene la disposición mediante la cual se exige la demostración de aquellos. Aunado a lo anterior el contrato de seguro en el numeral 2.3 excluyó de cobertura las multas y cláusulas penales entre otras. Por ende, reconocer rubro alguno por este concepto sin duda contraviene el carácter meramente indemnizatorio del contrato de seguro, pues se ordenaría la indemnización de un perjuicio no demostrado y además excluido de cobertura.
2. En caso de reconocerse rubro alguno respecto al amparo de cumplimiento cuando no se ha demostrado que en efecto el contratista Prontex haya faltado a sus obligaciones contractuales y que además de no encontrarse debidamente acreditado el daño emergente que reclama como necesario para ejecutar la obra objeto del contrato garantizado. Antes este panorama indudablemente se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de Contempo, pues se estarían reconociendo rubros indemnizatorios sin estar debidamente demostrados contrariando abiertamente el principio indemnizatorio. Es decir, que sin existir prueba del perjuicio y aun así ordenarse una indemnización a favor de la demandante sería evidente el enriquecimiento injustificado que claramente la honorable Juez no puede avalar.

3. En el evento de ordenarse cualquier tipo de pago imputable al amparo de anticipo pese a que no se ha demostrado que se haya producido un uso o apropiación indebida del mismo, situación que basta para impedir la activación del amparo, implicaría un enriquecimiento lo que contraviene el carácter indemnizatorio del seguro. Luego, reconocer suma alguna por este concepto sin duda contraviene el principio indemnizatorio debido a que la ausencia e perjuicio impide que se ordene una indemnización. Es decir, como en este caso no se acreditó la realización del riesgo asegurado que suponga un perjuicio para Contempo, deberá decirse que acceder al reembolso del anticipo como lo ha solicitado en la demanda sin duda generaría una indemnización sin causa legal, situación que el Tribunal no podría avalar.

En vista de lo expuesto, no puede perderse de vista que el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento y que el mismo tiene a un carácter meramente indemnizatorio. Así las cosas, de efectuar cualquier pago imputable al amparo de cumplimiento y de anticipo cuando el perjuicio no se encuentra demostrado y cuando la cláusula penal no tiene cobertura material implicaría un enriquecimiento para la Demandante por transgredir el carácter meramente indemnizatorio del aseguramiento. Lo anterior, por cuanto es inviable reconocer una suma que no se encuentra probada dentro del proceso so pena de transgredir el carácter meramente indemnizatorio que reviste a los contratos de seguro.

Por lo anteriormente expuesto, solicito declarar probada esta excepción.

11. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO EN LA PÓLIZA No. 376- 45- 994000005758

En el remoto e improbable evento en que el Despacho considere que sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. en virtud de la Póliza vinculada. Exclusivamente bajo esta hipótesis, el Juzgado deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada. 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 realización³¹”(énfasis añadido)

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda debido a la porción de riesgo asumido. Así las cosas, el límite de la responsabilidad de la Aseguradora corresponde a la suma asegurada individual indicado en la carátula de la Póliza, así:

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

AMPAROS			
DESCRIPCION AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
GIRO DE NEGOCIO: CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA			
CONTRATO			
CUMPLIMIENTO	15/10/2021	25/01/2022	14,411,806.20
ANTICIPO	15/10/2021	25/10/2021	28,823,612.40
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E IND	15/10/2021	25/10/2024	7,205,903.10
ESTABILIDAD DE LA OBRA		VER NOTA ACLARATORIA	14,411,806.20
BENEFICIARIOS			
NIT 860038556 - GRUPO CONTEMPO S.A.S			

Transcripción parte esencial CUMPLIMIENTO: \$14,411,806.20; ANTICIPO:
\$28,823,612.40.

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al Honorable Despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis Aseguradora Solidaria de Colombia no puede ser condenada por un mayor valor que el expresamente establecido en la Póliza. En todo caso, dicha póliza contiene unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por el Tribunal en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

12. CONFIGURACIÓN DEL FENÓMENO JURÍDICO DE LA NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO DE SEGURO POR LA RETICENCIA DEL AFIANZADO Y/O ASEGURADO.

En este caso en particular, resulta plausible formular la presente excepción, bajo el entendido que, de encontrarse probado que la Prontex S.A.S o Grupo Contempo S.A.S. no declararon sinceramente los hechos o circunstancias que determinaban el estado del riesgo se configuraría la nulidad relativa del contrato de seguro con ocasión a esa reticencia por parte del afianzado y/o del asegurado.

Al respecto, establece el artículo 1058 del Código de Comercio lo siguiente:

El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160.

Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente.

Por lo anterior, solicito respetuosamente al Tribunal, declara probada esta excepción.

13. GENÉRICA O INNOMINADA

En atención a los mandatos impuestos en el artículo 282 del CGP, solicito declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, que se origine en la Ley o en el contrato que con el que se convocó a mi poderdante, incluida la de caducidad y la de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio.

V. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDANTE.

SOLICITUD DE RATIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

El artículo 262 del Código General del Proceso faculta a las partes dentro de un proceso para que, si a

bien lo tienen, soliciten la ratificación de los documentos provenientes de terceros aportados por la parte contraria. Vale la pena resaltar que esta disposición establece una clara consecuencia jurídica ante el evento en que una parte solicite la ratificación del documento y ello no se lleve a cabo:

*“(...) Artículo 262. Documentos declarativos emanados de terceros. 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 (...)**”*

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. En virtud de lo anterior, solicito a la Honorable Árbitero que no se les conceda valor alguno demostrativo a los documentos provenientes de terceros aportados por la parte demandante mientras no se realice su ratificación, y entre ellos, de manera enunciativa enumero los siguientes:

1. Concepto de resistencia de núcleos de concreto de la placa Chicó 94.
2. Cotización formal emitida por Tereg internacional de representaciones y servicios de Ingeniería Tereg de Colombia LTDA.

OPOSICIÓN FRENTE AL DICTAMEN PERICIAL

La parte demandante en su escrito de demanda solicita el decreto de una prueba pericial. Sin embargo, en su solicitud no se cumplen los requisitos ni las ritualidades mínimas exigidas por mandato de la Ley, para que pueda la honorable Juez decretar esta prueba. En otras palabras, la Ley Procesal aplicable a la materia establece unos requisitos que deben cumplirse estrictamente durante la petición de una prueba, so pena que el Juzgador se vea en la obligación de negar el decreto y por ende práctica de la misma.

El Código General del Proceso en su artículo 227 (norma citada por la demandante) fija los requisitos mínimos que debe cumplir una parte procesal para solicitar el decreto de una pericia. Esta norma señala:

*“ARTÍCULO 227. DICTAMEN APORTADO POR UNA DE LAS PARTES. **La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen,** la parte interesada **podrá anunciarlo en el escrito respectivo** y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días. En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba.
El dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado”.*
(énfasis añadido).

Esta norma imperativa de orden público señala que cuando se requiera el decreto de una pericia, debe el solicitante aportarla en la oportunidad procesal respectiva, que para el demandante indudablemente lo constituye el escrito de la demanda. Ahora bien, al contrastar este requisito con lo escrito por el demandante, se evidencia que se está solicitando un término para aportar el dictamen, cuando el mismo debió haberse aportado conjuntamente con su libelo genitor. En otras palabras, la parte actora no solo no cumple con los requisitos mínimos para el decreto de una prueba pericial, esto es, el hecho de aportar el dictamen junto con su escrito de demanda, sino que también, busca esquivar u omitir la carga que recae sobre sus hombros y que debió cumplir en su oportunidad. Lo mencionado, pues teniendo un extenso camino para hacerse a la prueba y presentarla en su oportunidad procesal (la demanda) pretende sortear su incumplimiento a través del anuncio de la misma, situación evidentemente improcedente para el caso concreto.

Adicionalmente, se debe recapitular lo expuesto por la Corte Constitucional en su sentencia T- 504 de 1998, en donde expuso sin lugar a dudas que cuando una solicitud probatoria no cumple con los requisitos mínimos para su decreto, el juez en calidad de director del proceso, deberá abstenerse de decretar la misma. El tenor literal de dicha sentencia establece lo siguiente:

“En el modo de pedir, ordenar y practicar las pruebas se exigen ciertos requisitos consagrados en el Código de Procedimiento Civil que constituyen una ordenación legal, una ritualidad de orden público, lo que significa que son reglas imperativas

y no supletivas, es decir, son de derecho estricto y de obligatorio acatamiento por el juez y las partes. Por otra parte, el juez como director del proceso, debe garantizar, en aras del derecho de defensa de las partes, los principios generales de la contradicción y publicidad de la prueba, y en este sentido, debe sujetarse a las exigencias consagradas en el procedimiento para cada una de las pruebas que se pidan (...) (énfasis añadido)”.

En conclusión, teniendo en cuenta que la ley prevé dentro de la senda procesal determinados momentos para la solicitud probatoria y que realizando una interpretación lógica del artículo 227 del CGP se extrae que la posibilidad de anunciar el dictamen pericial no está destinada para la parte demandante en su acto de presentación de la demanda, pues claramente dispone que la parte que pretenda valerse de un dictamen deberá aportarlo en el momento de pedir pruebas y solo si ese término es insuficiente podrá anunciarlo y aportarlo en el término que disponga el despacho. Lo anterior, implica que como presupuesto de tal petición debe existir un término perentorio que se encuentre corriendo para la parte, lo que podría ser por ejemplo el traslado de la demanda. Sin embargo, frente al demandante desde la presentación de la demanda no se encuentra corriendo término procesal alguno y por ende no podría entenderse que la posibilidad consagrada en el artículo 227 del CGP es aplicable al caso concreto. Así las cosas, como la solicitud efectuada por la parte demandante no cumple con los requisitos mínimos y exigidos por la ley procesal para habilitar el decreto de la misma, comedidamente solicito al Despacho, que niegue el decreto y por ende, práctica de la pericia.

Se reitera, porque el dictamen debió haberse aportado con la demanda.

VI. MEDIOS DE PRUEBA.

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

DOCUMENTALES

1. Copia de la póliza de cumplimiento No 37645994000005758 y su correspondiente clausulado.

2. Copia de la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 376-74- 994000004066 y su correspondiente clausulado.

3. Derecho de petición remitido a Grupo Contempo y Prontex SAS a fin de que remitan el expediente del contrato y soportes de pagos.

INTERROGATORIO DE PARTE

1. Comedidamente solicito se cite para que absuelva interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad **GRUPO CONTEMPO S.A.S.** Alexander Pineda Gutiérrez o quien haga sus veces, a fin de que conteste el interrogatorio que se le formulará frente a los hechos de la demanda, de la contestación a la demanda y en general, de todos los argumentos de hecho y de derecho expuestos en este litigio. El Representante legal de Grupo Contempo podrá ser citado en la dirección de notificación que relaciona en su líbello de demanda diana.reina@grupo-contempo.com

2. Comedidamente solicito se cite para que absuelva interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad **PRONTEX S.A.S.** Andrés Angarita o quien haga sus veces, a fin de que conteste el interrogatorio que se le formulará frente a los hechos de la demanda, de la contestación a la demanda y en general, de todos los argumentos de hecho y de derecho expuestos en este litigio. El Representante legal de Prontex podrá ser citado en la dirección de notificación prontex10@gmail.com

DECLARACIÓN DE PARTE

1. 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, exclusiones, términos y condiciones de la Póliza de cumplimiento No.37645994000005758.

TESTIMONIALES

1. Solicito respetuosamente se decrete el testimonio de la doctora **DAISY CAROLINA LOPEZ ROMERO** quien ostenta la calidad de asesora externa de la Compañía que representó y podrá dar cuenta al despacho sobre los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la presente contestación, del mismo modo podrá exponer y explicar las particularidades de la póliza de seguro de cumplimiento relacionada en el proceso, su naturaleza y alcance indemnizatorio. Este testimonio es conducente, pertinente y útil, ya que puede ilustrar al Despacho sobre las condiciones particulares y generales de la póliza, características, vigencia, coberturas y en general, sobre las excepciones propuestas frente a la demanda, de cara al contrato de seguro comentado en este litigio.

La Doctora podrá ser citado en la Carrera 11A No. 94^a -23, Oficina 201 de la ciudad de Bogotá y al correo electrónico lopezromerodc@hotmail.com

EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

1. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 265 y siguientes del C.G.P., comedidamente ruego se ordene a **GRUPO CONTEMPO S.A.S.**, exhibir en la oportunidad procesal pertinente los siguientes documentos:

Todas las comunicaciones cruzadas entre Grupo Contempo S.A.S. y Prontex S.A.S relativas al contrato suscrito el 24 de septiembre de 2021.

- Copia integral del expediente contractual relativo al contrato de prestación de servicios para la placa del Edificio Chico 94, sus otrossí, prorrogas, y demás documentos relacionados a dicho acto jurídico.
- Copia de las facturas y su fecha de radicación, cuentas de cobro y comprobantes de pago relacionados con el contrato de prestación de servicios de fecha 24 de septiembre de 2021.

Estos documentos se encuentran en poder de Contempo S.A.S. debido a que dicha sociedad ostentó la calidad de contratante frente al contrato afianzado del 24 de septiembre de 2021 y es quien tiene todo el expediente referente a dicho acto jurídico, al igual que los soportes de pago que hubiera realizado. Así como todas las comunicaciones que en su calidad le envió al contratista

referentes a los avances de obra o posibles incumplimientos.

El propósito de la exhibición de estos documentos es evidenciar en qué términos se entregó la obra, si existieron comunicaciones sobre presuntos incumplimientos o inconformidades sobre la ejecución de la obra que y en qué tiempo se presentaron.

Verificar si existen actas de entrega de la obra o actas de seguimiento. Además, también resultan necesarios para avizorar si existe suma de dinero pendiente de pago por parte de Contempo que permita en un hipotético caso aplicar la compensación y reducción de la indemnización pretendida.

GRUPO CONTEMPO S.A.S. puede ser notificada a través de la dirección electrónica relacionada en su escrito de demanda diana.reina@grupo-contempo.com

2. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 265 y siguientes del C.G.P., comedidamente ruego se ordene a **PRONTEX S.A.S.**, exhibir en la oportunidad procesal pertinente los siguientes documentos:

- Todas las comunicaciones cruzadas entre Grupo Contempo S.A.S. y Prontex S.A.S relativas al contrato suscrito el 24 de septiembre de 2021.
- Copia íntegra del expediente contractual relativo al contrato de prestación de servicios para la placa del Edificio Chico 94, sus otros sí, prórrogas, y demás documentos relacionados a dicho acto jurídico.
- Copia de las facturas y su fecha de radicación, cuentas de cobro y comprobantes de pago relacionados con el contrato de prestación de servicios de fecha 24 de septiembre de 2021.

Estos documentos se encuentran en poder de Prontex S.A.S. debido a que dicha sociedad ostentó la calidad de contratista frente al contrato afianzado del 24 de septiembre de 2021 y es quien tiene todo el expediente referente a dicho acto jurídico, al igual que los soportes de pago que hubiera realizado Cotempo a su favor. Así como todas las comunicaciones referentes a los avances de obra o posibles incumplimientos que el contratante y Prontex hubieren intercambiado.

El propósito de la exhibición de estos documentos es evidenciar en qué términos se entregó la obra, si existieron comunicaciones sobre presuntos incumplimientos o inconformidades sobre la ejecución de la obra que y en qué tiempo se presentaron. Verificar si existen actas de entrega de la obra o actas de seguimiento. Además, también resultan necesarios para avizorar si existe suma de dinero pendiente de pago por parte de Contempo que permita en un hipotético caso aplicar la compensación y reducción de la indemnización pretendida.

PRONTEX S.A.S. puede ser notificada a través de la dirección electrónica relacionada prontex10@gmail.com

PRUEBA POR OFICIOS

1. Comedidamente ruego se oficie a **CONTEMPO S.A.S.**, para que con destino a este proceso remita copia íntegra de los siguientes documentos:

- Todas las comunicaciones cruzadas entre Grupo Contempo S.A.S. y Prontex S.A.S relativas al contrato suscrito el 24 de septiembre de 2021.
- Copia íntegra del expediente contractual relativo al contrato de prestación de servicios para la placa del Edificio Chico 94, sus otros sí, prorrogas, y demás documentos relacionados a dicho acto jurídico.
- Copia de las facturas y su fecha de radicación, cuentas de cobro y comprobantes de pago relacionados con el contrato de prestación de servicios de fecha 24 de septiembre de 2021.

El propósito de la exhibición de estos documentos es evidenciar en qué términos se entregó la obra, si existieron comunicaciones sobre presuntos incumplimientos o inconformidades sobre la ejecución de la obra que y en qué tiempo se presentaron. Verificar si existen actas de entrega de la obra o actas de seguimiento. Además, también resultan necesarios para avizorar si existe suma de dinero pendiente de pago por parte de Contempo que permita en un hipotético caso aplicar la compensación y reducción de la indemnización pretendida.

Esta solicitud se formula teniendo en cuenta que no fue posible obtener esta información por vía del Derecho de Petición que fue efectivamente radicado ante la mencionada entidad en cumplimiento

de lo ordenado por el numeral 10 del artículo 78 del C.G.P.

GRUPO CONTEMPO S.A.S. puede ser notificada a través de la dirección electrónica relacionada en su escrito de demanda diana.reina@grupo-contempo.com

2. Comedidamente ruego se oficie a **PRONTEX S.A.S.**, para que con destino a este proceso remita copia íntegra de los siguientes documentos:

- Todas las comunicaciones cruzadas entre Grupo Contempo S.A.S. y Prontex S.A.S. relativas al contrato suscrito el 24 de septiembre de 2021.
- Copia íntegra del expediente contractual relativo al contrato de prestación de servicios para la placa del Edificio Chico 94, sus otros sí, prorrogas, y demás documentos relacionados a dicho acto jurídico.
- Copia de las facturas y su fecha de radicación, cuentas de cobro y comprobantes de pago relacionados con el contrato de prestación de servicios de fecha 24 de septiembre de 2021.

El propósito de la exhibición de estos documentos es evidenciar en qué términos se entregó la obra, si existieron comunicaciones sobre presuntos incumplimientos o inconformidades sobre la ejecución de la obra que y en qué tiempo se presentaron. Verificar si existen actas de entrega de la obra o actas de seguimiento. Además, también resultan necesarios para avizorar si existe suma de dinero pendiente de pago por parte de Contempo que permita en un hipotético caso aplicar la compensación y reducción de la indemnización pretendida.

Esta solicitud se formula teniendo en cuenta que no fue posible obtener esta información por vía del Derecho de Petición que fue efectivamente radicado ante la mencionada entidad en cumplimiento de lo ordenado por el numeral 10 del artículo 78 del C.G.P.

PRONTEX S.A.S. puede ser notificada a través de la dirección electrónica relacionada prontex10@gmail.com

Anuncio respetuosamente que me valdré de una prueba pericial de ingeniería, que tiene como finalidad acreditar tres asuntos esenciales para el litigio: **(i)** la calidad técnica de la obra ejecutada, **(ii)** el porcentaje de ejecución de la obra realizada por Contempo y su costo, **(iii)** la necesidad o no de ejecutar obra adicional sobre la placa del Edificio Chico 94 **(iv)** y la debida utilización del anticipo entregado a Prontex. Es decir, el dictamen demostrará si en el caso concreto es posible afirmar que existió un incumplimiento por parte del contratista o contrario a ello si el mismo no se presenta, además de establecer el porcentaje de ejecución de la obra de cara a desvirtuar la posibilidad de solicitar un reintegro del anticipo y también permitirá establecer si el daño emergente por sobrecostos de la obra es un perjuicio que emerge de una imperiosa necesidad de realizar obras adicionales o no sobre la placa del Edificio Chico 94

En tal virtud, el dictamen pericial que se solicita es conducente, pertinente y útil para el litigio, pues con esta prueba se acreditará si de manera técnica se presentan situaciones de incumplimiento así como definir la necesidad técnica de realizar o no obras adicionales que generen un sobrecosto. En otras palabras, con la prueba pericial se demostrarán los supuestos de hecho en que se sustenta esta defensa.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 227 del C.G.P que dispone: *“Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días”*. Comedidamente se le solicita a la honorable arbitro un término no inferior a un mes para aportar la experticia al proceso y que se requiera a la parte demandante a fin de que preste colaboración permitiendo el ingreso del personal experto que sea designado para realizar la experticia. Como se observa, no es factible que junto con este escrito se aporte el dictamen pericial, pues además de que el término de traslado fue insuficiente para obtenerlo debido a su complejidad, de todas maneras, se requiere la colaboración de la parte demandante para conceder acceso al lugar.

VII. ANEXOS.

1. Todas las pruebas documentales relacionadas en el acápite de pruebas.
2. Poder conferido al suscrito.
3. Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Superintendencia

Financiera de Colombia de Aseguradora Solidaria de Colombia E.C.

VIII. NOTIFICACIONES.

El suscrito, en la Carrera 11A No. 94^a -23, Oficina 201 de la ciudad de Bogotá, o en la dirección de correo electrónico notificaciones@gha.com.co

Mi representada ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, recibirá notificaciones en la Calle 100 No. 9-A — 45 Piso 12, de la ciudad de Bogotá, correo electrónico: notificaciones@solidaria.com.co

El Demandante, en las direcciones que relaciona en su libelo.

Del Señor Juez, Atentamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114

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