Bogotá, D.C., julio 19 de 2024
ISP04601– RUP4601

Doctora
Erica Lucía Martínez Nájera
Apoderada
CONSORCIO DESARROLLO ESCOLAR
ericaluciamn@gmail.com y martinezynajeraabogados@gmail.com

Ref.: CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DEL BLOQUE A2
Contratista: CALDERON D&AZ CONSTRUCCIONES SAS
Pólizas Nos. 480-45- 994000009564.

Respetada Doctora:

De manera atenta, acusamos recibo de su comunicación enviada por correo electrónico el 19 de junio de 2024, a través de la cual presenta los documentos relacionados con la reclamación.

sobre el particular nos permitimos manifestarle lo siguiente:

De acuerdo con su comunicación “Reclamación prejudicial”, con fundamento en los mismos hechos de incumplimiento presentados en la reclamación, se entenderá solicita la afectación de los amparos de cumplimiento y anticipo, presentando como pretensiones las siguientes, sin determinar el amparo sobre el cual están dirigidas:

A. Perjuicio por no amortización del anticipo: de **CINCUENTA Y UN MILLONES CINCUENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS VEINTISIETE PESOS ($51.058.627,oo)** de conformidad con lo señalado en el hecho 8 de la reclamación. **(Vercarpeta 7 – Subcarpeta 7.1.)**

B. Perjuicio por sobre costos de nuevos contratos: **CUARENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTISEIS PESOS ($47.865.326),** de conformidad con lo señalado en el hecho 14 de la reclamación. **(Ver carpeta 7 – Subcarpeta 7.2.)**

C. Perjuicio por pago de corrección de actividades ejecutadas de manera defectuosa y/o deficiente en la obra: **DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS SEIS MIL SESENTA Y SEIS PESOS ($10.806.066),** de conformidad con lo señalado en el hecho 15 de la reclamación. **(Ver carpeta 7 – Subcarpeta 7.3.)**

D. Cláusula Penal: El 10% del valor del contrato de conformidad con la cláusula novena del mismo, esto es, **TREINTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS DIECISEIS PESOS ($38.554.216.oo),** de conformidad con lo establecido en el hecho 16 de la reclamación **(Ver carpeta 4).**

En relación con lo anterior, lo primero es reiterar, que la Póliza de Seguro No. 480-45-994000009564 como lo puede leer en la carátula de la póliza NO tiene por objeto indemnizar el simple incumplimiento del contrato. El objeto del seguro es la indemnización de los perjuicios que dicho incumplimiento causaron al asegurado y que se encuentren enmarcados en el alcance de la cobertura para cada uno de los amparos de la póliza y dentro de las descripciones de las Condiciones Generales del Contrato de Seguro.

El artículo 1077 de la misma normatividad dispone que el asegurado deberá demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios; el artículo 1072 ibídem señala que "se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado".

Ahora bien, en razón a su comunicación y confrontada la totalidad de la información allegada con sus respectivos anexos, se determina lo siguiente:

A. Perjuicios por no amortización del Anticipo.

En lo que respecta al amparo anticipo de la referida póliza, es preciso advertir que este cubre los perjuicios sufridos con ocasión de *(i)* la no inversión; *(ii)* el uso indebido y *(iii)* la apropiación indebida que el contratista haga de los recursos que recibió en calidad de anticipo para la ejecución del contrato, situación que en el presente caso no se evidencia, puesto que existe obra ejecutada e inversión del anticipo, lo cual permitiría concluir que los dineros entregados por concepto de anticipo fueron invertidos en la ejecución del contrato:

Anticipo asegurado: *$57´344.917,00*
Obra pagada y ejecutada: *$88´834.407,00*

Lo anterior, en razón a que verificada toda la documentación se observa con relación a lo establecido en la cláusula segunda, referente a pecio y forma de pago, disposición contractual que de conformidad con lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil, corresponde a una Ley para las partes contratantes, que se pacto lo siguiente:

CLAUSULA SEGUNDA - PRECIO Y FORMA DE PAGO: El valor del presente Contrato para efectos fiscales y financieros será de **COP 385.542.167 IVA y AIU INCLUIDO.** Este valor incluye todos los gastos y costos que emplee EL CONTRATISTA para el cumplimiento de este Contrato, así como todas las prestaciones sociales que deba efectuar según la ley, los imprevistos, las primas de las pólizas, indemnizaciones y la utilidad que espera recibir.

- **ANTICIPO:** La suma de **COP 57.344.917,27** equivalente al quince por ciento (15%) del valor del Contrato excluido de IVA.
- **SALDO RESTANTE:** El saldo restante se cancelará en pagos parciales de avance de obra aprobadas por EL CONTRATANTE y justificando mediante soporte físico y digital las actividades realizadas, de acuerdo con los precios unitarios previamente pactados entre EL CONTRATISTA y EL CONTRATANTE. De estas actas se harán descuentos de la siguiente manera: a) El 15% del valor de cada acta, a manera de amortización, en todas las actas hasta completar el 100% del valor del anticipo entregado. b) El 10% del valor de cada acta, a título de retención en garantía para garantizar el cumplimiento del presente Contrato y el pago de las sanciones que establece el mismo.

De esta manera se determina que posterior al pago del anticipo, solo se pagaría de conformidad al avance de obra aprobada por el contratante y justificado mediante soporte físico y digital de las actividades realizadas de conformidad con el objeto contratado, lo que determina que al existir pagos por un valor superior al pactado como anticipo, significaría que existe avance superior al 15 % del porcentaje pactado por concepto de anticipo,

permitiendo concluir que los dinero pagado por este concepto fueron invertidos en su totalidad en la obra objeto de reclamación.

Adicionalmente, Las Condiciones Generales del Contrato de Seguro describen los alcances de la cobertura de los amparos contenidos en la póliza, las cuales indican lo siguiente:

> **"PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES PARTICULARES**
> **CONDICIONES GENERALES**
>
> **CLAUSULA PRIMERA: AMPARO Y EXCLUSIONES**
>
> **1. AMPAROS BÁSICOS RIESGOS DE INCUMPLIMIENTO**
>
> CON SUJECIÓN A LAS CONDICIONES DE LA PRESENTE PÓLIZA, ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA CUBRE LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES QUE SUFRA DIRECTAMENTE EL CONTRATANTE O RECEPTOR DE LA OFERTA (ACREEDOR DE LAS OBLIGACIONES QUIEN ES EL ASEGURADO), SEGÚN LO INDICADO EN LA CARATULA DE LA PRESENTE PÓLIZA, CON SUJECIÓN, EN SU ALCANCE Y CONTENIDO Y SIN EXCEDER EL VALOR ASEGURADO, POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA U OFERENTE (DEUDOR DE LA OBLIGACIÓN) OCURRIDO DURANTE LA VIGENCIA DEL SEGURO EN RELACIÓN CON:
>
> (…)
>
> "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 TITULO 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 INEQUÍVOCA 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"

De acuerdo con la descripción transcrita, el amparo de anticipo no garantiza la no amortización del recuso entregado al contratista en tal calidad. Lo que el amparo garantiza es el "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 TITULO DE ANTICIPO EN EL EVENTO EN QUE TALES DINEROS O BIENES NO SEAN UTILIZADOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO"

Por lo anterior, de conformidad con las obligaciones que emanan del contrato de seguro instrumentado en la póliza de cumplimiento particular No. 480-45- 994000009564 y los acuerdos plasmados en el contrato de obra suscrito, los perjuicios ocasionados por la no amortización del anticipo por la suma de $51´058.627 con cargo a la póliza se imposibilita.

B. Perjuicios por sobre costos de nuevos contratos.

En Relación al amparo de cumplimiento, es importante tener en cuenta que la póliza de cumplimiento particular en asunto, establece dentro de sus presupuestos que es necesario que se acredite, la ocurrencia del siniestro (incumplimiento), la existencia, naturaleza y cuantía de los perjuicios generados directamente por el incumplimiento.

De esta manera, verificados los soportes, observamos que no se encuentra evidencia clara y precisa de los sobre costos directos generados por la nueva contratación, lo anterior en razón a que el nuevo contrato no guarda relación con el contrato asegurado y con el valor ejecutado y pagado conforme avance de obra por la suma de $88´834.407,00

Por otra parte, resaltamos que uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, de conformidad con la normatividad que nos rige, es el ***riesgo asegurable,*** definido en el artículo 1054 del Código de Comercio, como:

"Artículo 1054. Definición de riesgo. Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento."

De acuerdo con la anterior definición legal, el riesgo no pude depender de la voluntad del asegurado, que en el presente caso es CONSORCIO DESARROLLO ESCOLAR.

Aterrizado lo anterior al caso concreto, vemos que el incumplimiento (riesgo asegurado) que se le imputa al contratista y cuya indemnización se reclama, dependió de la voluntad del asegurado CONSORCIO DESARROLLO ESCOLAR, toda vez que, tal como se indica en el texto del CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DEL BLOQUE A2, la supervisión, vigilancia y control de las actividades a ejecutar por parte del contratista estaban a cargo del asegurado o de la persona que este designara, de conformidad a la forma de pago pactada.

De esta manera, decimos que este incumplimiento dependió de la voluntad del asegurado, toda vez que, contractualmente, el Contratante (CONSORCIO DESARROLLO ESCOLAR), debía ejercer la supervisión, vigilancia y control sobre el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista (CALDERON D&AZ CONSTRUCCIONES SAS); en donde, esta vigilancia, supervisión y control pactada en el contrato, le transmitió a la aseguradora la

confianza, que a través de ella se iba a minimizar el riesgo de un incumplimiento de las obligaciones del contratista, lo que aparentemente no ocurrió ya que no contamos con informe dentro del desarrollo del contrato de la supervisión.

Lo anterior determina la imposibilidad de afectar la póliza en razón a los perjuicios señalados por la suma de $47´865.326

C. Perjuicio por pago de corrección de actividades ejecutadas de manera defectuosa y/o deficientes en la obra

Seguidamente, en lo que respecta a la solicitud de pago de perjuicios por corrección de actividades ejecutadas de manera defectuosa y/o deficientes en la obra por la suma de $10´806066.

Debemos decir que en cumplimiento de la clausula segunda y el numeral 12 clausula cuarta de las obligaciones de las partes, es claro que *la vigilancia, supervisión y control de la ejecución del contrato fue ejercida directamente por el Contratante o su representante o por quien este designe*, lo que facultaba al CONSORCIO DESARROLLO ESCOLAR a no recibir ni pagar las obras defectuosas o deficientes.

Adicionalmente, no obra prueba técnica que permita determinar la responsabilidad exclusiva de la sociedad CALDERON D&AZ CONSTRUCCIONES SAS frente a las presuntas fallas relacionadas.

Recordemos que el artículo 1602 del Código Civil dice que "***todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*;** el artículo 1609 del mismo código prevé: "***en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla de su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempos debidos."***

Lo anterior, determina la imposibilidad de indemnizar estos perjuicios con cargo a la póliza en asunto.

Señalamos que el amparo de estabilidad de la obra no fue activado al no contar con acta de recibo a satisfacción de la obra, lo que imposibilita alguna indemnización por este concepto al ser un amparo postcontractual.

EL AMPARO DE ESTABILIDAD OTORGADO MEDIANTE LA PRESENTE POLIZA, TIENE VIGENCIA DE DOS (2) AÑOS, CONTADOS APARTIR DE LA FECHA DE SUSCRIPCION DEL ACTA DE RECIBO Y ENTREGA FINAL DE LA OBRA A ENTERA SATISFACCIÓN POR PARTEDE LA ENTIDAD CONTRATANTE, LO CUAL DEBERA SER REPORTADO OPORTUNAMENTE Y POR ESCRITO A ASEGURADORA SOLIDARIA". Esto determina que el acta de recibo a entera satisfacción es indispensable para poder afectar el amparo de estabilidad de la obra, es decir, que, si no existe acta de entrega a satisfacción, la mencionada cobertura no podrá afectarse.

D. Clausula penal:

Por otro lado, en lo que se refiere a la cuantificación de la multa o cualquier clase de sanción independientemente de su cuantía, tampoco podrá ser objeto de indemnización a cargo de la póliza de seguro en aplicación de las Condiciones Generales del Contrato de Seguro que incluye, además de las descripciones del alcance de las coberturas de los amparos contratados, las exclusiones; entre ellas, la expuesta en el numeral 2.3 que señala:

"2. EXCLUSIONES
EL PRESENTE SEGURO NO AMPARA.
(…)
2.3 LAS CLAUSULAS PENALES, MULTAS Y CUALQUIER SANCIÓN PECUNIARIA IMPUESTAS AL CONTRATISTA, LAS CUALES SERÁN DE SU CARGO EXCLUSIVO."

Finalmente, insistimos que en cumplimiento a la forma de pago pactada se debió retener en garantía el 10% del valor de cada pago, valor que debe ser tenido en cuenta al momento de efectuar la liquidación de contrato, junto con los pagos pendientes por obra ejecutada y no pagada, lo cual debe ser considerado tanto para el beneficiario como para la compañía aseguradora como un saldo a favor y de compensación directa por los posibles perjuicios que haya causado el incumplimiento exclusivo del contratista, lo cual en razón a los pagos efectuados y la información obrante debe ser por un valor superior a los señalados $2´723.217.

En virtud de lo expuesto, Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa objeta la reclamación de indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. No. 480-45- 994000009564 presentada por CONSORCIO DESARROLLO ESCOLAR, al no encontrar acreditadas las condiciones previstas en el artículo 1077 del Código de Comercio, y las Condiciones Generales de la Póliza.

Atentamente,

GERENCIA INDEMNIZACIONES SEGUROS GENERALES
Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa