



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

JUZGADO 28 CIVIL CTO

65416 27-MAR-'19 16:21

Señor

JUEZ VEINTIOCHO (28) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

E. S. D.

*Ref. Proceso verbal de FINANCIERA DE DESARROLLO NACIONAL S.A.
contra COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.- SEGUROS
CONFIANZA S.A. Rad. No. 2018-00639*

-CONTESTACIÓN DE DEMANDA -

Quien suscribe, **RICARDO VÉLEZ OCHOA**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.470.042 de Bogotá, portador de la tarjeta profesional No 67.706 del C. S. de la J., obrando en mi condición de apoderado judicial de **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.- SEGUROS CONFIANZA S.A.** en el proceso de la referencia, de acuerdo con el poder que adjunto, encontrándome dentro del término legal correspondiente, procedo a **contestar la demanda** presentada por **FINANCIERA DE DESARROLLO NACIONAL S.A.** (en adelante "FDN"), en los siguientes términos:

I. RESPECTO DE SEGUROS CONFIANZA S.A.

Dando cumplimiento a lo preceptuado en el numeral 1¹ del art. 96 CGP, me permito señalar que **SEGUROS CONFIANZA S.A.** (en adelante "**CONFIANZA**") identificada con el NIT No. 860.070.374-9, es una sociedad aseguradora legalmente constituida mediante la Escritura pública No. 1363 otorgada el 4 de junio de 1979 en la Notaria Décima Octava (18^o) de Bogotá

¹ "La contestación de la demanda contendrá: 1. El nombre del demandado, su domicilio y los de su representante o apoderado en caso de no comparecer por sí mismo. También deberá indicar el número de documento de identificación del demandado y de su representante. Tratándose de personas jurídicas o patrimonios autónomos deberá indicarse el Número de Identificación Tributaria (NIT)".





VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S



D.C., con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C, en la Calle 82 No. 11 - 37 Piso 7 de dicha ciudad, que se encuentra representada legalmente por Sandra Liliana Serrato Amortegui, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.784.501, domiciliada en Bogotá, D.C., quien me ha conferido poder especial, amplio y suficiente, para representar a la mencionada sociedad.

II. A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a toda y cada una de las pretensiones solicitadas en la demanda. Además, solicito que se condene en costas a la parte demandante:

1. **Me opongo** a la primera pretensión, en razón a que, entre otros motivos, las alegaciones de incumplimiento contractual resultan infundadas, en tanto, o no tienen soporte en el clausulado del contrato, y/o no generaron daño antijurídico alguno para la sociedad demandante.
2. **Me opongo** a la segunda pretensión, dado que, entre otros motivos, la misma entidad accionante dio por amortizado el anticipo, lo que se traduce en que su valor, haya o no estado mal invertido, fue debidamente reintegrado al patrimonio de la demandante (ausencia de daño antijurídico). En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.
3. **Me opongo** a la tercera pretensión, como quiera que, entre otras razones, no se entiende por qué se hicieron pagos por actividades supuestamente no ejecutadas, cuando el Contrato afianzado no permitía tal situación (agravación del estado del riesgo). En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.

68



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

4. **Me opongo** a la cuarta pretensión, habida cuenta que, de todos modos, FDN no hizo absolutamente nada para que los subcontratistas que tenían las muestras recolectadas (Génesis y Sahara) siguieran adelantando los estudios propuestos. En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.
5. **Me opongo** a la quinta pretensión, ya que, entre otras razones, incluso si fuere cierto que THX incumplió en sus prestaciones contractuales – ambientales, de todas maneras no se le generó ninguna clase de perjuicio a FDN. Al respecto, nótese que el cumplimiento de tales obligaciones tenían carácter rembolsable a favor de FDN; de tal modo que, si no se ejecutaron actividades, no había ningún monto que transferirle al contratista por parte de FDN. En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.
6. **Me opongo** a la sexta pretensión, toda vez que no existen elementos de juicio que acrediten la afirmación de FDN. Igual, si se incumplieron las condiciones para el pago, el único perjudicado sería THX. En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.
7. **Me opongo** a la séptima pretensión, no solo por lo ya señalado al manifestarme respecto a la sexta pretensión, sino también en tanto el giro de los catorce mil quinientos cuarenta y seis millones de pesos m/cte (\$14.546.000.000,00) obedeció a una orden judicial de la Superintendencia de Sociedades, y no a un incumplimiento contractual del contratista afianzado THX. En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.
8. **Me opongo parcialmente**, debido a que **CONFIANZA** solo responde conforme a los estrictos términos del clausulado del seguro de cumplimiento, y la normatividad que lo gobierna.



686



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

9. **Me opongo**, como consecuencia de todo lo anteriormente señalado. En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.
10. (denominada por error pretensión novena) **Me opongo**, a raíz de lo expuesto anteriormente y la cosecuente inexistencia de siniestro. En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.
11. (denominada por error pretensión décima) **Me opongo**, a raíz de lo expuesto anteriormente y la cosecuente inexistencia de siniestro. En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.
12. (denominada por error pretensión undécima) **Me opongo**, a raíz de lo expuesto anteriormente y la cosecuente inexistencia de siniestro. Además, debe señalarse que con ninguna de las mal llamadas “reclamaciones” formuladas por FDN se logró acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida (art. 1077² CCo); con lo cual jamás nació la obligación de pago a cargo de la Aseguradora ni empezó a correr el plazo suspensivo para su cumplimiento (art. 1080³ CCo). En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.
13. (denominada por error pretensión duodécima) **Me opongo**, a raíz de lo expuesto anteriormente y la cosecuente inexistencia de siniestro. En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.

² “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”.

³ “El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad. (...)”.

681



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

III. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Paso a pronunciarme expresamente sobre las manifestaciones realizadas en el capítulo de fundamentos de hecho de la demanda, siguiendo el orden allí expuesto:

1. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del convenio interadministrativo está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
2. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del convenio interadministrativo está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
3. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del contrato 69 de 2013 (“el Contrato afianzado”), está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
4. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
5. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
6. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
7. **Es cierto**. Destaco, de un lado, que los pagos intermedios sólo podían hacerse “(...) según el avance de la perforación realmente ejecutada y aprobada por la Interventoría del Contrato y/o la supervisión técnica de la ANH (...)”. Además, en la parte final de la transcripción se denota que las partes del Contrato afianzado contemplaron la posibilidad “(...) que por motivos geológicos o de fuerza mayor no se logre llegar a la profundidad inicialmente programada de 21.000 pies (...)”.

688



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

8. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
9. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
10. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado. Ahora bien, destaco que resulta llamativo que se hable de restituir un valor por corazonamiento no ejecutado, cuando la cláusula séptima del Contrato es clara al señalar que los pagos intermedios sólo podían hacerse “(...) según el avance de la perforación realmente ejecutada y aprobada por la Interventoría del Contrato y/o la supervisión técnica de la ANH (...)”. Tales pagos representaron, sin duda, un agravamiento del estado del riesgo, si es que las actividades de corazonamiento no habían materializado.

Igualmente, nótese que las mismas partes acordaron que “(...) [e]l valor calculado por el corazonamiento no ejecutado asciende a COP\$2.056.033.924 suma que fue corroborada por el Contratista mediante comunicación 20147220018522 del 22 de diciembre de 2014. (...)” (subrayado no original). En esa medida, si la suma fue corroborada por el Contratista, quiere decir que el origen de la misma se halla en la FDN. De ahí que sea incomprensible que la sociedad demandante pida el reconocimiento de un valor seis (6) veces superior por concepto del corazonamiento no ejecutado.

11. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
12. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.

639



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

13. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado. De todos modos, vale la pena aclarar, para evitar confusiones, que la suma indicada en el numeral está ligada al presupuesto para los análisis bioestratigráficos y químicos, no sobre el corazonamiento no ejecutado.
14. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
15. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado. Por otro lado, se llama la atención del Despacho que, como mínimo desde el 30 de mayo de 2015 (fin del plazo contractual), FDN conoció o debía conocer de los incumplimientos contractuales que le reprocha a THX.
16. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
17. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado. Ahora bien, nótese que, de acuerdo a la estipulación contractual transcrita en el numeral, en la liquidación se pueden "(...) *consignar todos los hechos que constituyen incumplimiento del contrato y a establecer la correspondiente valoración.* (...)". En tal sentido, en vista que así procedió FDN, citando a la Aseguradora al procedimiento administrativo previo en el que se establecieron los supuestos incumplimientos, y posteriormente remitiéndole a **CONFIANZA** el acta de liquidación unilateral con los valores e incumplimientos que constituyen las pretensiones que nos ocupan, queda claro que, con tales actuaciones, se formuló una reclamación de

690



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

indemnización a la Aseguradora, en los términos del inciso final del art. 94⁴ CGP; independientemente que dicha solicitud de pago no cumpliera con la carga probatoria fijada en el art. 1077 comercial.

18. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
19. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, laTHX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
20. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, laTHX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
21. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
22. **Es cierto**, aunque aclaro que los alcances de las coberturas y exclusiones correspondientes al seguro de cumplimiento, se encuentran circunscritas a los estrictos y precisos términos plasmados en su clausulado.

⁴ "El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez".





VÉLEZ GUTIÉRREZ

A B O G A D O S

23. **No es cierto** que se hubiere otorgado la cobertura de “*calidad y estabilidad de la obra*”, pues en realidad el amparo de calidad contratado corresponde al de “*calidad del servicio*”. De otra parte, las restantes afirmaciones del numeral **son ciertas**, aunque aclaro que los alcances de las coberturas y exclusiones correspondientes al seguro de cumplimiento, se encuentran circunscritas a los estrictos y precisos términos plasmados en su clausulado.
24. **Es cierto**, aunque aclaro que los alcances de las coberturas y exclusiones correspondientes al seguro de cumplimiento, se encuentran circunscritas a los estrictos y precisos términos plasmados en su clausulado.
25. **Es cierto**, aunque aclaro que los alcances de las coberturas y exclusiones correspondientes al seguro de cumplimiento, se encuentran circunscritas a los estrictos y precisos términos plasmados en su clausulado.
26. **No es cierto** que se hubiere otorgado la cobertura de “*amparo de pagos anticipados*”, pues la misma no fue contratada, ni aparece como tal en la carátula de la póliza de cumplimiento. De otra parte, las restantes afirmaciones del numeral **son ciertas**, aunque aclaro que los alcances de las coberturas y exclusiones correspondientes al seguro de cumplimiento, se encuentran circunscritas a los estrictos y precisos términos plasmados en su clausulado.

En todo caso, debe aclararse que, dado el carácter patrimonial del seguro de cumplimiento, el mismo no solamente opera cuando se registre la conducta constitutiva de incumplimiento contractual prevista en la póliza (hipótesis fáctica del amparo). Es necesario, además, que la falta contractual incurrida por el Contratista afianzado, si encaja en el supuesto de hecho del amparo aseguratorio, le cause un perjuicio económico directo al Contratante asegurado. Sin esto último, no habrá nada que indemnizar. Por ende, ambas situaciones (incumplimiento del contrato afianzado en los términos de la póliza y causación de un perjuicio directo) son indispensables para que se configure la condición

692



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

suspensiva de la cual pende el nacimiento de la prestación indemnizatoria asumida por las Aseguradoras.

27. **Es cierto**, aunque aclaro que los alcances de las coberturas y exclusiones correspondientes al seguro de cumplimiento, se encuentran circunscritas a los estrictos y precisos términos plasmados en su clausulado.
28. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
29. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
30. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
31. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que FDN acepta que desde el 4 de febrero de 2015 ya conocía de posibles problemas con la “legalización” del anticipo por parte de THX.



693



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

32. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
33. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Igualmente, el numeral hace referencia a un subcontrato que no afianzó mi representada. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
34. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Igualmente, el numeral hace referencia a un subcontrato que no afianzó mi representada. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
35. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Igualmente, el numeral hace referencia a un subcontrato que no afianzó mi representada. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
36. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Igualmente, el numeral hace referencia a un subcontrato que no afianzó mi representada. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.



694



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

37. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Igualmente, el numeral hace referencia a un subcontrato que no afianzó mi representada. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
38. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Igualmente, el numeral hace referencia a un subcontrato que no afianzó mi representada. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
39. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que FDN acepta que desde el 11 de febrero de 2015 ya conocía de posibles problemas con la “legalización” del anticipo por parte de THX.
40. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que FDN acepta que desde el 17 de abril de 2015 ya conocía de posibles problemas con la “legalización” del anticipo por parte de THX.
41. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que



participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

42. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que FDN acepta que desde el 30 de enero de 2015 ya conocía de posibles problemas con la “legalización” del anticipo por parte de THX.
43. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que FDN acepta que desde el 29 de octubre de 2014 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.
44. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que FDN acepta que desde el 20 de mayo de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.
45. Aunque **es cierta** la existencia de la comunicación, **no me consta** la existencia de incumplimientos contractuales, como quiera que tales circunstancias atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que FDN acepta que desde el 27 de mayo de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.

46. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que FDN acepta que desde el 30 de mayo de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.
47. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
48. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que FDN acepta que desde el 16 de junio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales – ambientales de THX.
49. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos



modos, destaco que FDN acepta que desde el 26 de junio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.

50. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que FDN acepta que desde el 16 de junio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales – ambientales de THX.
51. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que FDN acepta que desde el 16 de junio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales – ambientales de THX.
52. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que FDN acepta que desde el 16 de junio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales – ambientales de THX.
53. **Es cierta** la citación realizada el 3 de julio de 2013 a **CONFIANZA** y a THX para el procedimiento administrativo contemplado en el art. 86 de la Ley 1474 de 2011. Nótese cómo, con dicha citación, se hace evidente que la intención de FDN era iniciar los pasos pertinentes para requerir el pago a la Aseguradora, lo cual se concretó con las decisiones

698



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

tomadas en dicho procedimiento y la remisión a **CONFIANZA** del acta de liquidación unilateral.

De otra parte, **no me consta** ninguna de las restantes circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que FDN acepta que desde el 3 de julio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.

54. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que FDN acepta que desde el 3 de julio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.

55. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que FDN acepta que desde el 3 de julio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.

56. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos

modos, destaco que FDN acepta que desde el 3 de julio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.

57. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que FDN acepta que desde el 3 de julio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.
58. **Es cierto** el inicio del procedimiento con el objetivo de liquidar el Contrato por el posible incumplimiento contractual. Ahora bien, a partir de la afirmación contenida en este numeral se evidencia, aún más, que la intención de FDN al vincular al trámite administrativo a **CONFIANZA**, y al expedir la liquidación unilateral, no es otra distinta que requerirla para el pago. No de otra manera se entiende que la Aseguradora haya sido integrada a un procedimiento administrativo (conocimiento del supuesto incumplimiento) y se le haya enviado copia del proyecto de acta de liquidación (cuantificación de perjuicios).
59. **Es cierto.**
60. **Es cierta** la realización de la audiencia el 6 de julio de 2015, mas **no me consta** ninguna de las restantes circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
61. **Es cierta** la realización de la audiencia el 9 de julio de 2015 y lo en ella acontecido, **no me consta** ninguna de las restantes circunstancias referidas en este numeral, como quiera

700



VÉLEZ GUTIÉRREZ

A B O G A D O S

que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

62. **Es cierto.**

63. **Es cierto.** Ahora bien, no se entiende por qué razón FDN no adoptó las medidas conducentes para continuar con la ejecución del Contrato, a pesar de la propuesta del liquidador de THX. Con su injustificada negativa, THX desconoció el deber de mitigar sus propios daños y agravó el estado del riesgo.

64. **Es cierto.**

65. **Es cierto** lo acontecido en la audiencia. Ahora bien, **no es cierto**, como lo dice el representante de la FDN, que en ese momento no se está cobrando la garantía. Es obvio que sí se le estaba requiriendo el pago del siniestro a la Aseguradora, pues de otra manera no se entiende porqué fue vinculada a un trámite administrativo cuyo objetivo no era otro distinto que establecer la ocurrencia y cuantía del siniestro asegurado (declarar el incumplimiento del Contrato afianzado y establecer los posibles perjuicios en la liquidación unilateral). Además, con más veras es evidente la intención de cobrar la garantía cuando en agosto de 2015 se le remitió el acta de liquidación a **CONFIANZA**. Por ende, así las declaraciones administrativas de incumplimiento y el acta de liquidación carezcan de soporte probatorio, lo cierto es que, con las mismas, se le hizo a mi representada un requerimiento para el pago; el cual vino a ser reiterado solo hasta noviembre de 2016.

66. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos

701



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

modos, destaco que FDN acepta que desde el 14 de julio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.

67. **Es cierto** que el procedimiento finalizó el 19 de agosto de 2015 con el acta de liquidación unilateral, la cual le fue enviada a mi representada a manera de notificación, para hacerle oponible, la posible existencia de siniestro (declaración de incumplimiento del Contrato afianzado y posibles perjuicios en la liquidación unilateral). Por consiguiente, es claro que la intención de FDN era requerir a la Aseguradora para el pago del siniestro.

De otra parte, **no me consta** ninguna de las restantes circunstancias referidas en este numeral (incluyendo el contenido del acta de liquidación), como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

68. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

69. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

En todo caso, nótese que, en el acta de liquidación, FDN estaba poniendo de presente lo que, a su juicio, configuraba la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza de cumplimiento (declaración de incumplimiento del Contrato afianzado y posibles perjuicios en la liquidación unilateral). Por consiguiente, es claro que la intención de



FDN, al remitir dicha acta de liquidación a **CONFIANZA**, era requerir a la Aseguradora para el pago del siniestro.

70. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

En todo caso, nótese que, en el acta de liquidación, FDN estaba poniendo de presente lo que, a su juicio, configuraba la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza de cumplimiento (declaración de incumplimiento del Contrato afianzado y posibles perjuicios en la liquidación unilateral). Por consiguiente, es claro que la intención de FDN, al remitir dicha acta de liquidación a **CONFIANZA**, era requerir a la Aseguradora para el pago del siniestro.

71. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

En todo caso, nótese que, en el acta de liquidación, FDN estaba poniendo de presente lo que, a su juicio, configuraba la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza de cumplimiento (declaración de incumplimiento del Contrato afianzado y posibles perjuicios en la liquidación unilateral). Por consiguiente, es claro que la intención de FDN, al remitir dicha acta de liquidación a **CONFIANZA**, era requerir a la Aseguradora para el pago del siniestro.



VÉLEZ GUTIÉRREZ

A B O G A D O S

72. **Es cierto**, aunque aclaro que los alcances de las coberturas y exclusiones correspondientes al seguro de cumplimiento, se encuentran circunscritas a los estrictos y precisos términos plasmados en su clausulado.

73. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

Ahora bien, en vista de todos los pagos realizados a THX, destaco que resulta llamativo que se hable de restituir un valor por corazonamiento no ejecutado, cuando la cláusula séptima del Contrato es clara al señalar que los pagos intermedios sólo podían hacerse “(...) según el avance de la perforación realmente ejecutada y aprobada por la Interventoría del Contrato y/o la supervisión técnica de la ANH (...)”. Tales pagos representaron, sin duda, un agravamiento del estado del riesgo, si es que las actividades de corazonamiento no habían materializado.

74. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

75. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

704



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

En todo caso, si es verdad lo manifestado en el último párrafo del numeral, ¿por qué razón se debe restituir un valor por corazonamiento no ejecutado, si solo podía pagársele al Contratista cuando existieran actividades recibidas a satisfacción?

76. **Es cierta** la existencia del acta de liquidación, y de la existencia de una relación formal de facturas en la p. 7 del documento. Sin embargo, **no me consta** ninguna de las restantes circunstancias referidas en este numeral (la veracidad de lo dicho en el acta), como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

Ahora bien, en vista de todos los pagos realizados a THX, destaco que resulta llamativo que se hable de restituir un valor por corazonamiento no ejecutado, cuando la cláusula séptima del Contrato es clara al señalar que los pagos intermedios sólo podían hacerse “(...) según el avance de la perforación realmente ejecutada y aprobada por la Interventoría del Contrato y/o la supervisión técnica de la ANH (...)”. Tales pagos representaron, sin duda, un agravamiento del estado del riesgo, si es que las actividades de corazonamiento no habían materializado.

77. **Es cierta** la existencia del acta de liquidación, y de la existencia de una constancia en el literal ñ. Sin embargo, **no me consta** ninguna de las restantes circunstancias referidas en este numeral (la veracidad de lo dicho en el acta), como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.





VÉLEZ GUTIÉRREZ

A B O G A D O S

78. **Es cierta** la existencia del acta de liquidación, y de la existencia de referencia a costos reembolsables. Sin embargo, **no me consta** ninguna de las restantes circunstancias referidas en este numeral (la veracidad de lo dicho en el acta), como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

79. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, FDN, la THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

Ahora bien, si lo dicho en el numeral fuera verdad, FDN no habría sufrido perjuicio alguno, pues no tuvo que hacer una erogación indebida o injustificada a THX.

80. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo societario intrínseco de THX, y al trámite de liquidación judicial de dicha sociedad. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

81. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo societario intrínseco de THX, y al trámite de liquidación judicial de dicha sociedad. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

De todos modos, si fuere verdad lo manifestado en el numeral, salta de bulto que **CONFIANZA** no brindó cobertura sobre el pago realizado, debido a que el mismo no obedeció a un incumplimiento contractual asegurado de THX, el cual es el objeto de la

póliza de cumplimiento, sino a una orden judicial irresistible por parte de la Superintendencia de Sociedades, lo cual no está amparado por el seguro de cumplimiento.

82. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo societario intrínseco de THX, y al trámite de liquidación judicial de dicha sociedad. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

De todos modos, si fuere verdad lo manifestado en el numeral, salta de bulto que **CONFIANZA** no brindó cobertura sobre el pago realizado, debido a que el mismo no obedeció a un incumplimiento contractual asegurado de THX, el cual es el objeto de la póliza de cumplimiento, sino a una orden judicial irresistible por parte de la Superintendencia de Sociedades, lo cual no está amparado por el seguro de cumplimiento.

83. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo societario intrínseco de THX, y al trámite de liquidación judicial de dicha sociedad. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

De todos modos, si fuere verdad lo manifestado en el numeral, salta de bulto que **CONFIANZA** no brindó cobertura sobre el pago realizado, debido a que el mismo no obedeció a un incumplimiento contractual asegurado de THX, el cual es el objeto de la póliza de cumplimiento, sino a una orden judicial irresistible por parte de la Superintendencia de Sociedades, lo cual no está amparado por el seguro de cumplimiento.



84. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo societario intrínseco de THX, y al trámite de liquidación judicial de dicha sociedad. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

De todos modos, si fuere verdad lo manifestado en el numeral, salta de bulto que **CONFIANZA** no brindó cobertura sobre el pago realizado, debido a que el mismo no obedeció a un incumplimiento contractual asegurado de THX, el cual es el objeto de la póliza de cumplimiento, sino a una orden judicial irresistible por parte de la Superintendencia de Sociedades, lo cual no está amparado por el seguro de cumplimiento.

85. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo societario intrínseco de THX, y al trámite de liquidación judicial de dicha sociedad. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

De todos modos, si fuere verdad lo manifestado en el numeral, salta de bulto que **CONFIANZA** no brindó cobertura sobre el pago realizado, debido a que el mismo no obedeció a un incumplimiento contractual asegurado de THX, el cual es el objeto de la póliza de cumplimiento, sino a una orden judicial irresistible por parte de la Superintendencia de Sociedades, lo cual no está amparado por el seguro de cumplimiento.

86. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo societario intrínseco de THX, y al trámite de liquidación judicial de dicha sociedad. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

708



VÉLEZ GUTIÉRREZ

A B O G A D O S

De todos modos, si fuere verdad lo manifestado en el numeral, salta de bulto que **CONFIANZA** no brindó cobertura sobre el pago realizado, debido a que el mismo no obedeció a un incumplimiento contractual asegurado de THX, el cual es el objeto de la póliza de cumplimiento, sino a una orden judicial irresistible por parte de la Superintendencia de Sociedades, lo cual no está amparado por el seguro de cumplimiento.

De otro lado, nótese que la materialización del alegado detrimento patrimonial de FDN se dio, según su dicho, el 28 de diciembre de 2016; cuando ya había expirado, hacía más de un año, la vigencia del amparo de cumplimiento (30 de septiembre de 2015).

87. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo societario intrínseco de THX, y al trámite de liquidación judicial de dicha sociedad. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

De todos modos, si fuere verdad lo manifestado en el numeral, salta de bulto que **CONFIANZA** no brindó cobertura sobre el pago realizado, debido a que el mismo no obedeció a un incumplimiento contractual asegurado de THX, el cual es el objeto de la póliza de cumplimiento, sino a una orden judicial irresistible por parte de la Superintendencia de Sociedades, lo cual no está amparado por el seguro de cumplimiento.

De otro lado, nótese que la materialización del alegado detrimento patrimonial de FDN se dio, según su dicho, el 28 de diciembre de 2016; cuando ya había expirado, hacía más de un año, la vigencia del amparo de cumplimiento (30 de septiembre de 2015).



709



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

88. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo societario intrínseco de THX, al trámite de liquidación judicial de dicha sociedad, y a actuaciones procesales adelantadas, en razón de dicho trámite, por FDN. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
89. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo societario intrínseco de THX, al trámite de liquidación judicial de dicha sociedad, y a actuaciones procesales adelantadas, en razón de dicho trámite, por FDN. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
90. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo societario intrínseco de THX, al trámite de liquidación judicial de dicha sociedad, y a actuaciones procesales adelantadas, en razón de dicho trámite, por FDN. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

De todos modos, si fuere verdad lo manifestado en el numeral, salta de bulto que **CONFIANZA** no brindó cobertura sobre el pago realizado, debido a que el mismo no obedeció a un incumplimiento contractual asegurado de THX, el cual es el objeto de la póliza de cumplimiento, sino a una orden judicial irresistible por parte de la Superintendencia de Sociedades, lo cual no está amparado por el seguro de cumplimiento.

De otro lado, nótese que la materialización del alegado detrimento patrimonial de FDN se dio, según su dicho, el 28 de diciembre de 2016; cuando ya había expirado, hacía más de un año, la vigencia del amparo de cumplimiento (30 de septiembre de 2015).

91. **Es cierto** que mediante una comunicación fechada el 31 de octubre de 2016, la cual fue recibida por mi representada el 9 de noviembre del mismo año, FDN pidió el pago de la



indemnización derivada de la póliza de cumplimiento; lo cual ya había realizado mediante el procedimiento administrativo iniciado en julio de 2015 y la liquidación unilateral de agosto de 2015.

Empero, **no es cierto** que mediante el documento en cuestión FDN hubiere formulado una reclamación en los términos del art. 1077 comercial, toda vez que, con la misma, no acreditó la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida (incumplimientos contractuales alegados y los perjuicios solicitados); según lo expuso **CONFIANZA** en su respuesta del 9 de diciembre de 2016, y tal cual se expone en la presente contestación a la demanda.

92. **Es cierto** que mediante una comunicación fechada el 31 de octubre de 2016, la cual fue recibida por mi representada el 9 de noviembre del mismo año, FDN pidió el pago de la indemnización derivada de la póliza de cumplimiento; lo cual ya había realizado mediante el procedimiento administrativo iniciado en julio de 2015 y la liquidación unilateral de agosto de 2015.

Empero, **no es cierto** que mediante el documento en cuestión FDN hubiere formulado una reclamación en los términos del art. 1077 comercial, toda vez que, con la misma, no acreditó la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida (incumplimientos contractuales alegados y los perjuicios solicitados); según lo expuso **CONFIANZA** en su respuesta del 9 de diciembre de 2016, y tal cual se expone en la presente contestación a la demanda.

93. **Es cierta** la existencia de la objeción, aunque me permito remitir al contenido integral del documento calendado el 9 de diciembre de 2016 para poder evidenciar correcta y cabalmente los argumentos expuestos por **CONFIANZA**.

94. **Es cierta** la existencia de la objeción, aunque me permito remitir al contenido integral del documento calendado el 9 de diciembre de 2016 para poder evidenciar correcta y cabalmente los argumentos expuestos por **CONFIANZA**.

95. Aunque existen dudas frente a si el documento fue presentado el 12 o 17 de mayo de 2017, **es cierto** que mediante una comunicación fechada el 12 de mayo de 2017, FDN pidió el pago de la indemnización derivada de la póliza de cumplimiento; lo cual ya había realizado mediante el procedimiento administrativo iniciado en julio de 2015 y la liquidación unilateral de agosto de 2015.

Sin embargo, **no es cierto** que mediante el documento en cuestión FDN hubiere formulado una reclamación en los términos del art. 1077 comercial, toda vez que, con la misma, no acreditó la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida (incumplimientos contractuales alegados y los perjuicios solicitados); según lo expuso **CONFIANZA** en su respuesta del 9 de junio de 2017., y tal cual se expone en la presente contestación a la demanda

96. Aunque existen dudas frente a si el documento fue presentado el 12 o 17 de mayo de 2017, **es cierto** que mediante una comunicación fechada el 12 de mayo de 2017, FDN pidió el pago de la indemnización derivada de la póliza de cumplimiento; lo cual ya había realizado mediante el procedimiento administrativo iniciado en julio de 2015 y la liquidación unilateral de agosto de 2015.

Sin embargo, **no es cierto** que mediante el documento en cuestión FDN hubiere formulado una reclamación en los términos del art. 1077 comercial, toda vez que, con la misma, no acreditó la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida (incumplimientos contractuales alegados y los perjuicios solicitados); según lo expuso **CONFIANZA** en su respuesta del 9 de junio de 2017., y tal cual se expone en la presente contestación a la demanda



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

7/12

97. **Es cierta** la existencia de la manifestación de FDN, aunque **no es cierta** su veracidad, pues no hay evidencia de un mal uso del anticipo; y, de todas maneras, su amortización total implica que el valor ha sido reintegrado totalmente al patrimonio de FDN (inexistencia de daño).
98. **Es cierta** la existencia de la manifestación de FDN, aunque **no es cierta** su veracidad, pues no hay evidencia de un mal uso del anticipo; y, de todas maneras, su amortización total implica que el valor ha sido reintegrado totalmente al patrimonio de FDN (inexistencia de daño).
99. **Es cierta** la existencia de la objeción, aunque me permito remitir al contenido integral del documento calendado el 9 de junio de 2017 para poder evidenciar correcta y cabalmente los argumentos expuestos por **CONFIANZA**.
100. **Es cierta** la existencia de la objeción, aunque me permito remitir al contenido integral del documento calendado el 9 de junio de 2017 para poder evidenciar correcta y cabalmente los argumentos expuestos por **CONFIANZA**.
101. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo societario intrínseco de THX, al trámite de liquidación judicial de dicha sociedad, y a actuaciones procesales adelantadas, en razón de dicho trámite, por FDN. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

En todo caso, si FDN decidió iniciar actuaciones procesales en contra de la Superintendencia de Sociedades, con ello se confirma que la génesis del pago correspondiente al último diez por ciento (10%) del Contrato obedece, única y exclusivamente, a la decisión judicial irresistible impartida por dicha Superintendencia; la



cual fue mantenida incólume en sede de tutela por parte de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

IV. ARGUMENTOS DE DEFENSA Y EXCEPCIONES DE MÉRITO

1. PRESCRIPCIÓN DE CUALQUIER EVENTUAL DERECHO DERIVADO DEL CONTRATO DE SEGURO

Sobre el particular, es necesario empezar por destacar que los derechos derivados del contrato de seguro, tienen un término de prescripción ordinaria de dos años contados a partir de la fecha en que el interesado (FDN) conoció o debido conocer del hecho que da base a la acción, conforme lo establece el art. 1081 del Código de Comercio (CCo):

“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” (resaltado no original).

Ahora bien, en aras de dilucidar el correcto alcance de la estipulación normativa citada, es indispensable señalar que, para efectos de la operatividad del lapso prescriptivo ordinario, resulta imperioso que el interesado en hacer valer cualquier derecho derivado del contrato aseguratorio, conozca o deba conocer el *“hecho que da base a la acción”*; entendiendo por éste, ni más ni menos, el acaecimiento material del siniestro, tal cual lo ilustra el siguiente aparte jurisprudencial elaborado por la Corte Suprema de Justicia:



714



VÉLEZ GUTIÉRREZ

A B O G A D O S

“El recurrente propone como regla del caso, que el término de prescripción ordinaria establecido por el artículo 1081 del Código de Comercio inicia su curso cuando la aseguradora rechaza la reclamación que el interesado le presenta.

Pero tal planteo carece de fundamento, porque como ha interpretado la Corte, las expresiones “tener conocimiento del hecho que da base a la acción” y “desde el momento en que nace el respectivo derecho” (utilizadas en su orden por los incisos 2º y 3º del artículo 1081 del C. de Co.) comportan ‘una misma idea’, 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 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 oportunidad, 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”. En suma, la regla legal aplicable en casos como el presente, dista radicalmente del planteamiento del casacionista, pues el conocimiento real o presunto del siniestro por parte del interesado en demandar, es el hito temporal que debe ser considerado para que se inicie el conteo de la prescripción ordinaria.

Con abstracción del carácter objetivo o subjetivo que ronda en derredor de la prescripción ordinaria o extraordinaria en materia de seguros y que no es objeto del recurso, lo cierto es que sea cual sea la percepción acerca del fenómeno deletéreo, no hay elemento normativo alguno que permita tomar el rechazo de una reclamación como detonante del término prescriptivo.

Entonces, el rechazo de la reclamación no puede tenerse como el referente inicial para contar el término de prescripción ordinaria previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio, como sugiere el recurrente, porque según la propia norma la prescripción se inicia “desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción”, disposición que indudablemente descarta la búsqueda de una ocasión distinta para despuntar la contabilización del citado término de dos años”⁵.

“Resulta por ende de lo dicho, que los dos años de la prescripción ordinaria corren para todas las personas capaces, a partir del momento en que conocen real o presuntamente del hecho que da base a la acción, por lo cual dicho término se suspende en relación con los incapaces (artículo 2541 C.C.), y no corre contra quien no ha conocido ni podido o

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 12 de febrero de 2007, Exp. No. 68001-31-03-001-1999-00749-01, MP. Dr. Edgardo Villamil Portilla.



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

715

debido conocer aquél hecho; mientras que los cinco años de la prescripción extraordinaria corren sin solución de continuidad, desde el momento en que nace el respectivo derecho, contra las personas capaces e incapaces, con total prescindencia del conocimiento de ese hecho, como a espacio se refirió, y siempre que, al menos teóricamente, no se haya consumado antes la prescripción ordinaria”⁶ (subrayado no original).

Es así cómo, frente a cualquier cuestión indemnizatoria derivada del contrato de seguro, se verifica la prescripción ordinaria extintiva de los derechos de cobro correspondientes, cuando se da el transcurso de dos años desde el momento en que el interesado tuvo o ha debido tener conocimiento del acaecimiento del siniestro, sin que éste haya adelantado las actuaciones pertinentes para interrumpir el cómputo del referido término. Al respecto, debe anotarse que dentro de la categoría jurídica de “interesado”, pueden incluirse las instituciones del asegurado y del beneficiario de la póliza, que son aquellas que ostentaba FDN en relación con el seguro de cumplimiento celebrado con mi poderdante:

“Para el cabal entendimiento del artículo 1081 C. de Co. es preciso comprender claramente lo que se quiso regular en el inciso segundo de la disposición y establecer qué significan las expresiones “el interesado” y “hecho que da base a la acción” y (sic) al respecto, es necesario tener presente que por “el interesado” debe entenderse, en primer término, el sujeto de derecho (persona natural, jurídica o patrimonio autónomo) que tiene la posibilidad de ser indemnizada por el asegurador con ocasión de la ocurrencia de un siniestro (...)

Por consiguiente, no es un interés jurídico indirecto en el contrato el que permite tipificar la calidad de interesado, sino uno directo y de contenido económico que es el que se origina para quienes quedan vinculados al mismo y que son los sujetos antes referidos.

La Corte Suprema de Justicia, es de esta opinión al afirmar que “por *interesado* debe entenderse quien deriva algún derecho del contrato de seguro, que al tenor de los numerales 1° y 2° del art. 1047 son el tomador, el **asegurado**, el **beneficiario** y el asegurador”, agrega que “estas son las mismas personas contra quienes puede correr la prescripción extraordinaria porque no se trata de una acción pública que pueda ejercitar cualquiera”⁷.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 3 de mayo de 2000, Exp. No. 5360, MP. Dr. Nicolás Bechara Simancas.

⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia de julio 4 de 1977, publicada en “*Informativo Jurídico de Fasecolda*”, núm. 3, septiembre de 1977.





VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

En este orden de ideas creo que los arts. 1037 y 1080 del C. de Co. son las normas claves para poder conocer concretamente quiénes tienen la calidad de interesados, ya que el primero de ellos se refiere al tomador y a la aseguradora y el último establece los que pueden cobrar una indemnización (**asegurado o beneficiario**) y quién está obligado a pagarla. De las citadas disposiciones también se extrae que las personas mencionadas anteriormente son las que ostentan la calidad de interesados y, por ende, las cobijadas por el plazo de prescripción, ora a favor, bien en contra.

En consecuencia, si por “el interesado” se entiende a más del asegurador, el tomador, el **asegurado** o el **beneficiario**, con relación a estos sujetos de derecho correrán los términos de prescripción previstos en el art. 1081 del C. de Co. y no solo la ordinaria de dos años expresamente señalada en el inciso segundo, sino también la extraordinaria de que trata el inciso tercero (...)”⁸ (resaltado y subrayado no original).

Así las cosas, considerando que FDN pretende afectar una póliza de seguro que aseguró el cumplimiento del Contrato referido en la demanda, nótese que la jurisprudencia patria ha sido absolutamente clara en aplicar al seguro de cumplimiento, el lapso bianual correspondiente a la prescripción ordinaria del art. 1081 CCo, independientemente del régimen jurídico público o privado que gobierne al contrato estatal afianzado; tal cual pasa a ejemplificarse mediante las siguientes citas jurisprudenciales:

-“(…) “Cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento. Lo anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081⁹ del Código de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

⁸ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Bogotá: DUPRE Editores, 5 edición, 2010, p. 289-290.

⁹ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: «**Artículo 1081.-** La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos (2) 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 (5) 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.»

717



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

“El artículo 1081 del Código de Comercio consagró un término de dos años para la prescripción ordinaria y uno de cinco años para la extraordinaria, la primera de ellas corre desde el momento en que el interesado haya tenido conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, (factor subjetivo) mientras que la extraordinaria por ser objetiva, correrá contra toda clase de personas sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho.¹⁰,”

“De otra parte ha señalado la doctrina que los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria corren simultáneamente, es decir, que dentro del plazo de los cinco años puede operar el término de los dos años, lo cual no significa que el interesado pueda acogerse indistintamente, a su conveniencia, a una u otra de las prescripciones anotadas¹¹ toda vez que aquella que primero se agote está llamada a producir el efecto extintivo de la obligación o del derecho correlativo¹².”

“A su vez, el Consejo de Estado, en sentencia de 6 de octubre de 2005, reiteró el criterio que de tiempo atrás había sostenido en relación con el término del cual disponía la Administración para declarar el siniestro acaecido en un contrato estatal, amparado por un contrato de seguro. En el siguiente sentido se pronunció¹³:

‘El acaecimiento del siniestro, o sea, el incumplimiento, debe ocurrir dentro del plazo de vigencia del seguro fijado en la póliza, para que el Asegurador resulte obligado a la indemnización. Empero, dicho término no es el mismo dentro del cual las autoridades aduaneras deben declarar el incumplimiento. La Sala siguiendo este mismo criterio, se ha pronunciado reiteradamente en los siguientes términos¹⁴:

¹⁰ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667Al: “respecto puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de mayo de 2000, Exp. 5360, M.P. Nicolás Bechara Simancas.”

¹¹ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Aviso de siniestro, reclamación, objeción y subrogación dentro del contrato de seguro. Revista Fasecolda, No. 9.”

¹² Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “OSSA, Efrén, Teoría del contrato de Seguro, Segunda Edición. Editorial Temis, 1991. Bogotá, Colombia, pág. 443.”

¹³ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp. 7840, M.P. Camilo Arciniegas Andrade; sobre el mismo tema pueden consultarse las siguientes sentencias: de la Sección cuarta, sentencia de 31 de octubre de 1994, Exp. 5759; de la Sección Primera, sentencia de 21 de septiembre de 2000, Exp. 5796.”

¹⁴ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “Cita original del texto, Sentencia de 11 de julio de 2002 (C.P. Dr. Gabriel Mendoza Martelo) Exp: 11001-03-24-000-1999-0376-01 (Actor: Avianca S.A.)”





VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

‘Cosa distinta la constituye el término para proferir el acto administrativo que ordene hacer efectiva la garantía, que junto con la póliza otorgada constituyen el título ejecutivo conforme lo preceptúa el artículo 68 numeral 5o. del Código Contencioso Administrativo.

‘Término que contrariamente a lo expresado por el a-quo no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía, porque éste tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia. Ocurrencia que puede tener lugar en cualquier momento incluido el último instante del último día de vigencia. Hecho muy diferente al de reclamación del pago o a la declaratoria del siniestro ocurrido, que pueden ser coetáneos o posteriores a la de la vigencia de la póliza.»¹⁵

‘Por regla general, la Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, que establece los términos de prescripción en el contrato de seguros, a este tenor:’

‘De lo anteriormente expuesto se colige que la Administración tiene como termino máximo para declarar el siniestro, el de dos años después de haber tenido conocimiento de la ocurrencia de los hechos constitutivos del mismo, de tal suerte que expedido el acto administrativo que lo declara y ejecutoriado el mismo, mediante el agotamiento de la vía gubernativa, empezará a correr el término de los dos años que la ley ha previsto para el ejercicio de la acción contractual. (...)’¹⁶

‘(...) Por ser pertinente para dilucidar el caso sometido a valoración de la Sala como primera medida, se hace necesario diferenciar el momento de ocurrencia del riesgo amparado, y de otra parte, el de su declaratoria que se realiza posteriormente y la cual es efectuada por la entidad pública mediante acto administrativo, con el propósito de ver materializada la garantía que ampara el patrimonio público.

De esta manera, lo que le interesa a la compañía aseguradora para efectos del reconocimiento de la indemnización, es que el hecho constitutivo del riesgo haya acaecido en periodo de vigencia de la póliza.

¹⁵ Cita original del texto transcrito) Sentencia de 31 de octubre de 1994. (C.P: Dr. Guillermo Chaín Lizcano). Exp.5759. (Actor: Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A.)

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009, Exp. No. 14667, CP. Dra. Myriam Guerrero de Escobar; citada por la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. No. 21432, CP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.



VÉLEZ GUTIÉRREZ

A B O G A D O S

Así, lo ha resaltado la jurisprudencia de esta Corporación:

“El riesgo asegurado, se realizó durante la vigencia de la póliza, y lo único que hizo la entidad en el acto administrativo, fue declarar su ocurrencia, como mecanismo idóneo para proceder al cobro de la indemnización de las aseguradoras, puesto que esa era una exigencia contemplada en las mismas condiciones de sus pólizas: la declaratoria del siniestro, para hacer exigible la obligación. Antes de este acto, así se hubiera producido es incumplimiento del contratista – riesgo asegurado- la entidad no podía reclamar.

Debe tenerse en cuenta que lo que se exige en el régimen de los contratos de seguros, en cuanto a su vigencia y cobertura, es que el riesgo efectivamente se materialice durante el periodo de vigencia de la póliza, puesto que una cosa es el surgimiento del derecho al tener la indemnización y otra cosa es el derecho a recibir su pago, el que sí se concreta una vez se hace la reclamación en la forma establecida por la ley (...)

Aunado a lo anterior, se trae a colación la reiterada jurisprudencia de esta Corporación quien frente a la declaratoria de siniestro y prescripción de las acciones contemplada en el artículo 1081 del C.Co., discurrió:

“Amén: de lo anterior, cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento. Lo anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081 del Código de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

El artículo 1081 del Código de Comercio consagró un término de dos años para la prescripción ordinaria y uno de cinco años para la extraordinaria, la primera de ellas corre desde el momento en que el interesado haya tenido conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, (factor subjetivo) mientras que la extraordinaria por ser objetiva, correrá contra toda clase de personas sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho.

(...) De lo expuesto, la Sala puede establecer varias conclusiones a saber: (i) Primero es la ocurrencia del riesgo o siniestro y posteriormente, se produce su declaratoria. (ii) La Administración debe declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo; (ii) El plazo máximo con que cuenta la entidad estatal para esta declaratoria, es a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro; (iii) El riesgo debe acaecer durante la vigencia del seguro; y por último, (iv)

720



VÉLEZ GUTIÉRREZ

A B O G A D O S

No obstante, la declaratoria de ocurrencia del mismo, puede producirse después del vencimiento de la póliza.

Así las cosas, se infiere que el término establecido de dos años para que opere la prescripción ordinaria aludido por el artículo 1081 del C.Co., no significa que el acto administrativo que declara el siniestro debe quedar en firme dentro de ese período, solo se requiere, entiéndase bien, que durante ese término de vigencia de la póliza haya ocurrido del siniestro y que la Administración lo haya declarado mediante acto administrativo a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de la realización del riesgo amparado (...)”¹⁷ (negritas fuera de texto)

-“(…) ANTECEDENTES

1.- Los autos dan cuenta que la entidad demandante y la sociedad A. V. INGENIEROS LIMITADA, celebraron los contratos números CO-961821, CO-941434 y su “OTRO SP”, y CO-9797, relacionados, en general, con programas de vivienda de interés social, en los cuales, aquella se comprometió a entregar los aportes para la ejecución de cada proyecto, y esta última, a la construcción, venta y entrega de las respectivas unidades, así como a reintegrar a la primera el valor de su inversión.

La constructora, por esto, se obligó a constituir una garantía de cumplimiento por el valor total de cada aporte financiero, en caso de que incumpliera las obligaciones a su cargo, y otra dirigida a asegurar el pago de los perjuicios que con ocasión de ese proceder llegare a causar a la otra parte, amparos que efectivamente fueron constituidos por conducto de la compañía SEGUROS DEL ESTADO S. A.

2.- A partir de lo anterior, en el libelo que originó el proceso, la demandante afirma que la sociedad A. V. INGENIEROS LIMITADA, incumplió los aludidos contratos, de una parte, al no reintegrar la totalidad de los aportes que recibió para la ejecución de los proyectos, y de otra, al abstenerse de entregar las obras en su oportunidad y en la forma convenida.

Agrega que realizadas las respectivas reclamaciones, debidamente sustentadas, la aseguradora demandada las objetó sin fundamento serio alguno.

3.- Por lo tanto, en la demanda se solicitó que se declarara que SEGUROS DEL ESTADO S. A., incumplió las obligaciones derivadas de los contratos de seguros contenidos en las pólizas 963351921, 1057778, 98333906 Documento 2049, 973353476 y 973353477, y como consecuencia que se condenara a pagar a la CAJA DE COMPENSACIÓN

¹⁷Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de noviembre de 2015, Exp. 76001-23-31-000-2011-01873-00 (53.914), CP. Dr. Jaime Orlando Santofimio.

FAMILIAR, CAFAM, el valor asegurado en cada una de ellas, con intereses moratorios.
(...)

CONSIDERACIONES

1.- En el cargo, como se observa, no se pone en entredicho que, tratándose de la prescripción ordinaria de las acciones derivadas de la póliza de seguro de cumplimiento 973353476, vigente hasta el 31 de julio de 1998, relacionada con el contrato de construcción CO-9797 de 31 de enero de 1997, o de las disposiciones que la rigen, excepción que precisamente el Tribunal declaró fundada, que no la prescripción extraordinaria, el término extintivo empieza a correr desde el momento en que el interesado ha conocido o debido conocer el siniestro.

La discrepancia, desde luego, se predica de la época en que ese hecho se materializó, pues mientras que para el sentenciador, ello ocurrió el 30 de abril de 1998, dado que hasta ese día la sociedad constructora *“estaba en término de cumplir”* y no lo hizo, la entidad demandante sostiene, en general, que en virtud de lo estipulado en la cláusula novena del contrato de obra, el real conocimiento del siniestro se vino a tener el 29 de mayo del mismo año, fecha de suscripción del acta final de liquidación, dado que antes de esa data era imposible determinar el valor de la pérdida causada por el incumplimiento.

2.- Lo anterior significa, para ser coherentes con la posición que asume la recurrente en casación, respecto de la prescripción ordinaria, en cuanto el detonante de la misma obedecía a ese aspecto subjetivo, resulta claro que para nada importaba que la póliza en cuestión extendiera su vigencia hasta el 31 de julio de 1998. El juzgador, por lo tanto, sin más, no pudo incurrir en error de hecho manifiesto al pasar por alto esa circunstancia, porque, se repite, la excepción extintiva, que encontró fundada, no estaba atada, en lo referente al cómputo de la misma, objetivamente, al vencimiento del contrato de seguro.

3.- Sin mayores disquisiciones, lo mismo debe decirse de los demás yerros fácticos denunciados, específicamente en lo atañedor a la fecha en que el acreedor de la prestación amparada, conoció o debió conocer el siniestro, en el caso, el incumplimiento del contrato de construcción, porque una cosa es la realización de ese riesgo, y otra, diferente, el valor de la obligación correlativa de la compañía de seguros.

La distinción es del propio legislador, cuando impone al asegurado o beneficiario del seguro, la carga de acreditar uno y otro requisito, al momento de la reclamación judicial o extrajudicial, es decir, la *“ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso”* (artículo 1077 del Código de Comercio). Esto, por supuesto, tiene su razón de ser, puesto que no sería posible hablar del monto de la deuda de la aseguradora demandada, sin que previamente se haya establecido el hecho que la ocasiona.

Por esto, el acta final de liquidación del contrato de construcción, suscrita el 29 de mayo de 1998, únicamente permitía establecer la cuantía del siniestro, que no el conocimiento

72



VÉLEZ GUTIÉRREZ

A B O G A D O S

real o presunto del hecho que lo originó, es decir, el incumplimiento. En consonancia con la recurrente, indistintamente, “cuantificar” el proceso de ventas de las unidades de vivienda, “controlar y cuantificar la devolución del aporte”, determinar el “valor final” de las sumas a su cargo, en fin.

En esa medida, el Tribunal no pudo incurrir en ningún error de hecho probatorio, con las características de evidente, al computar el término de la prescripción ordinaria, respecto de las acciones que se derivaban de la póliza 973353476, a partir del vencimiento del contrato de construcción al que se refería, hecho que efectivamente ocurrió el 30 de abril de 1998, porque si hasta ese día la sociedad afianzada tenía la posibilidad de cumplir lo estipulado, resultaba diáfano que si el acreedor de la respectiva prestación no la recibió en esa fecha, necesariamente se entiende que ahí mismo tuvo que conocer el incumplimiento.

Con mayor razón, cuando ninguna liquidación final había que efectuarse, pues desde la misma demanda, con relación al contrato que se entroncaba con dicho seguro (CO-9797), se afirmó que la sociedad constructora, “no realizó ni entregó” las soluciones de vivienda de interés social. Por esto, el Tribunal, fincado en los medios que relacionó, concluyó que dicha sociedad “no construyó ninguno de los apartamentos a que se refiere el objeto del contrato, por lo que no se vendió ninguna unidad y por contera no se colectó cuota inicial alguna que debía ser destinada a la restitución del anticipo que se entregó por parte de CAFAM en cuantía de \$845'232.570”.

Obsérvese, de otra parte, que esa cantidad fue la que se pactó expresamente en la cláusula séptima del contrato de obra que se relaciona con el seguro en comento, como “aporte reembolsable para la financiación del proyecto”, y es la misma que se consignó a favor de la entidad demandante en el documento de liquidación final de 29 de mayo de 1988. Por lo mismo, en la pretensión correlativa se solicitó que se condenara a la demandada a pagar igual suma de dinero.

Frente a lo anterior, claramente se nota que la cláusula novena del contrato no fue convenida para establecer el conocimiento real o presunto del siniestro, sino para determinar la cuantía del mismo, de ahí que conforme a su tenor literal, la liquidación allí estipulada tenía aplicación solamente en el evento de “VENTA TOTAL” o “VENTA PARCIAL” de las “UNIDADES”. En el caso, desde luego, a ese estadio de ejecución de lo pactado no se arribó, porque como quedó dicho, en palabras del Tribunal, la contratista “no construyó ninguno de los apartamentos” comprometidos. (...)

4.2.- Distinto es que bajo la tesis de considerar, en el seguro de cumplimiento, al asegurado beneficiario como víctima o damnificado del hecho dañino, según el cargo segundo, se concluya que se trata de un amparo de responsabilidad civil contractual, cuando, entendiendo también que lo alegado en el punto se entronca con la tergiversación de la póliza, lo cierto es que esas relaciones aseguraticias son totalmente distintas, empezando por las normas que los regulan, aquél, en general, por el Decreto 225 de 1938 y el artículo

723



VÉLEZ GUTIÉRREZ

A B O G A D O S

203 del Decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y éste, como se dijo, por los artículos 1127 a 1133 del Código de Comercio, con las reformas que le introdujo la Ley 45 de 1990.

Además, porque el objeto jurídico de uno y otro seguro no puede ser el mismo, pues el primero, en palabras de la Corte, tiene como mira *“garantizar el cumplimiento de la obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento —o en ‘la eventualidad del incumplimiento del deudor’—, el asegurador toma a su cargo ‘hasta por el monto de la suma asegurada, los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada’”*¹⁸, en tanto que el segundo, según sentencia de 10 de febrero de 2005, *supra* citada, *“además de procurar la reparación del daño padecido por la víctima, concediéndole los beneficios derivados del contrato, igualmente protege, así sea refleja o indirectamente, la indemnidad patrimonial del asegurado responsable, en cuanto el asegurador asume el compromiso de indemnizar los daños provocados por éste, al incurrir en responsabilidad, dejando ilesa su integridad patrimonial, cuya preservación, en estrictez, es la que anima al eventual responsable a contratar voluntariamente un seguro de esta modalidad”*.

Por lo mismo, en el seguro de cumplimiento de un contrato, el beneficiario de la indemnización es el acreedor de la obligación incumplida por el contratista afianzado, mientras que en el de responsabilidad civil contractual, no puede ser, en línea de principio, el mismo asegurado, pues se trata del causante de los perjuicios patrimoniales irrogados, sin perjuicio, claro está, se reitera, de las prestaciones que a él le puedan corresponder. De ahí que la víctima o damnificado es quien se convierte, en ejercicio de la acción directa, en el beneficiario del seguro, al instituirlo como tal el artículo 1127 del Código de Comercio, con la modificación que le introdujo el artículo 87 de la Ley 45 de 1990.

5.- En definitiva, como el seguro contenido en la póliza 973353476, relacionado con el contrato de construcción CO-9797, no es de responsabilidad civil, bajo cuya óptica se reclama la aplicación de las normas sustanciales citadas en los cargos segundo y tercero, sino de cumplimiento, es claro que el Tribunal no pudo incurrir en ninguno de los errores enrostrados. (...)”¹⁹.

Pues bien, aplicando los anteriores derroteros jurisprudenciales al caso que nos ocupa, se llama la atención del Despacho en cuanto a que el plazo contractual del Contrato afianzado finalizó el pasado **30 de mayo de 2015**. Es decir, hasta esa fecha debieron haberse ejecutado las prestaciones asumidas por THX. Por consiguiente, tal cual lo presume la misma Sala de Casación

¹⁸ Sentencia de 081 de 15 de agosto de 2008, expediente 03216, reiterando doctrina anterior.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 20 de septiembre de 2010, Exp. No. C-1100131030112000-00428-01, MP. Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar.



724



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

Civil, huelga colegir que, para esa fecha, la entidad contratante -en este caso FDN- estaba al tanto de lo que había acaecido durante la ejecución del Contrato, incluyendo la cristalización de los reproches contractuales formulados a THX. Asumir lo contrario, sería partir de la premisa conforme a la cual FDN, a pesar de su naturaleza pública, se desentendió por completo del negocio jurídico cuyo alegado incumplimiento pretende hacer valer. De ahí que resulte totalmente válido y sensato asumir que desde ese mismo 30 de mayo de 2015 FDN conocía o debía conocer (vocablos empleados por el art. 1081 CCo), la ocurrencia de las faltas contractuales atribuidas a THX; máxime si se consideran los siguientes elementos de juicio, puestos de presente por la misma sociedad demandante:

- Hecho 2.31 de la demanda: supuesta comunicación de la Interventoría del **4 de febrero de 2015**, respecto a algunos saldos que se consideraron pendientes de amortizar.
- Hecho 2.39 de la demanda: supuesta comunicación de la Interventoría del **11 de febrero de 2015**, respecto a algunos saldos que se consideraron pendientes de amortizar.
- Hecho 2.45 de la demanda: comunicación del **27 de mayo de 2015** en la que FDN ya reportaba a mi representada lo que, en su sentir, constituían incumplimientos contractuales.
- Hecho. 2.46 de la demanda: acta de terminación del Contrato del **30 de mayo de 2015**, en la cual, de forma unilateral, se dejaron constancias de los supuestos incumplimientos contractuales.

COLOMBIA
Cristian
BOGOTÁ

En todo caso, incluso si se quisiera ser benévolo con la parte demandante, y aceptar, en gracia de discusión, que para el fin de la vigencia contractual FDN no sabía ni debía saber que, supuestamente, el Contrato afianzado había sido incumplido, de todos modos del cuerpo de la demanda, así como de sus documentos adjuntos, brotan las siguientes fechas, en las cuales no

cabe duda que FDN conocía perfectamente de las problemáticas contractuales argüidas como soporte de sus pretensiones:

- Hecho 2.48 de la demanda: hace alusión a una comunicación del **16 de junio de 2015**, tocante a supuestos incumplimientos contractuales de corte ambiental.
- Hecho 2.49 de la demanda: informe del **26 de junio de 2015** de la Interventoría, acerca de aparentes fallas en la legalización del anticipo y la entrega de productos.
- Hecho 2.50 de la demanda: reporte de la Interventoría del **30 de junio de 2015**, referente a supuestos incumplimientos de orden ambiental.
- Hecho 2.53 de la demanda: el **3 de julio de 2015** FDN citó a THX y a **CONFIANZA** al procedimiento fijado en el art. 86 de la Ley 1474 de 2011, con ocasión a los supuestos incumplimientos del Contrato.
- Hecho 2.57 de la demanda: el informe final de la Interventoría tuvo lugar el **3 de julio de 2015**.

En este orden de ideas, inclusive asumiendo la postura más beneficiosa para FDN, se puede tomar esta última fecha como inicio del devenir del periodo bianual de prescripción ordinaria de los derechos que pretenden derivarse del contrato de seguro; aunque es evidente que lo jurídicamente correcto es hacerlo desde el **30 de mayo de 2015**, acorde a la postura jurisprudencial fijada por la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, tampoco es un secreto que el inciso final del art. 94 CGP introdujo en nuestro ordenamiento una nueva modalidad de interrupción de la prescripción extintiva: *“El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez”* (resaltado no original). Contrario a lo que implícitamente propone FDN, dicho requerimiento no se realizó por primera vez el 9 de

noviembre de 2016, ni en mayo de 2017. En realidad, el primer requerimiento para el pago tuvo lugar a partir del procedimiento administrativo que inició el 3 de julio de 2015 y finalizó con el acta de liquidación unilateral, el cual le fue remitida a CONFIANZA el 12 de agosto de 2015.

En efecto, a pesar de que FDN, de manera cuanto menos curiosa, afirmó durante dicho procedimiento administrativo que con posterioridad iniciaría el trámite de reclamación a la Aseguradora de cumplimiento, lo cierto es que con el referido procedimiento administrativo y con la remisión del acta de liquidación unilateral, sí le requirió el pago del seguro a CONFIANZA. Ello se explica por cuanto, en primer lugar, el objetivo del procedimiento fijado en el art. 86 de la Ley 1474 de 2011 se encuentra claramente determinado por dicha norma legal:

“Las entidades (...) **podrán declarar el incumplimiento**, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un **posible incumplimiento de las obligaciones** a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. **En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación** y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. **En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera; (...)**” (resaltado no original).

Es decir, nótese que el propósito del procedimiento administrativo adelantado es declarar el incumplimiento del Contrato (siniestro seguro, en los estrictos términos de la póliza, por el seguro de cumplimiento); y hacerle conocer dicha declaración al garante (**CONFIANZA**).



Si a lo anterior se le suma la afirmación contenida en el numeral 2.58 de los hechos de la demanda²⁰, se evidencia, aún más, que la intención de FDN al vincular al trámite administrativo a **CONFIANZA**, y al expedir la liquidación unilateral, no es otra distinta que requerirla para el pago. No de otra manera se entiende que la Aseguradora haya sido integrada a un procedimiento administrativo (conocimiento del supuesto incumplimiento contractual) y se le haya enviado copia del proyecto de acta de liquidación en agosto de 2015, la cual contiene la cuantificación de los supuestos perjuicios cuyo reconocimiento ahora se pide en la demanda que nos ocupa; cuantificación que se terminó plasmando en el acta definitiva. Además, en dicha acta de liquidación se hace mención a la póliza de cumplimiento y a los amparos.

Es decir, ¿qué otro objetivo puede tener el hacer partícipe a **CONFIANZA** de un trámite administrativo en el cual se pone de presente los supuestos reproches contractuales, así como los aparentes daños derivados de los mismos, distinto a hacerle ver a la Aseguradora que, en opinión de FDN, ha acaecido el siniestro cubierto por el seguro de cumplimiento (condición suspensiva), lo cual dio nacimiento, acorde a la demandante, a la prestación de pago indemnizatoria derivada de la póliza? ¿qué otra es la utilidad práctica de tales actuaciones de FDN respecto de **CONFIANZA**, diferente a ponerle de presente que, en sentir de la entidad pública, la póliza de cumplimiento se ha visto afectada?

Tan entendió mi representada que con el procedimiento administrativo y la liquidación en cuestión estaba siendo requerida para afectar la póliza, que presentó argumentos de defensa para negar la ocurrencia del siniestro. Si no hubiese sido un requerimiento para pagar, sencillamente **CONFIANZA** ni hubiera sido citada al trámite, o hubiera guardado silencio durante el mismo. No lo hizo precisamente porque era obvio que todas las acciones de FDN estaban dirigidas a cobrar una indemnización a partir de la póliza de cumplimiento.

²⁰ “El 6 de julio de 2015 se dio inicio al procedimiento establecido por el contrato 069-2013 para proceder con su liquidación por incumplimiento contractual por parte de THX”.

728



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

En tal sentido, es evidente que las comunicaciones de cobro del 9 de noviembre de 2016 y mayo de 2017 no eran otra cosa distinta que reiterar lo que FDN ya le había hecho saber a **CONFIANZA**: que bajo la perspectiva de la entidad demandante, la Aseguradora de cumplimiento debía indemnizar los perjuicios derivados de las inobservancias prestacionales atribuidas a THX. De contera, y puesto que el art. 94 CGP es claro en que el requerimiento para interrumpir la prescripción solo procede por única vez, salta a la vista la inutilidad de tales solicitudes de pago del 9 de noviembre de 2016 y mayo de 2017.

En consecuencia, si hubiera que dar aplicación al inciso final del art. 94 CGP, forzosamente habría que inferir que la interrupción de la prescripción extintiva tuvo lugar el **12 de agosto de 2015**, día en que FDN le envió a **CONFIANZA** el proyecto de liquidación contractual, que terminaría replicándose idénticamente en el acta final de liquidación. De contera, habría que colegir, bajo este escenario, que el término de dos (2) años establecido legalmente para la prescripción ordinaria de los derechos derivados del contrato de seguro se consolidó a más tardar en el mes de **agosto de 2017**.

Habida cuenta que la solicitud de conciliación prejudicial en contra de mi representada solo vino a ser incoada hasta el **23 de octubre de 2018**, de acuerdo al acta anexa a la demanda, salta de bulto que el periodo bianual de prescripción ya había fenecido, con creces, para el momento en que FDN inició las actuaciones procesales tendientes a evitar la configuración de la excepción de mérito en comento.

**2. NO SE NOTIFICÓ LA MODIFICACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO EN LOS
TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1060 COMERCIAL, CON LAS CONSECUENCIAS
QUE DE ELLO SE DERIVAN**

Las partes del Contrato afianzado jamás notificaron o informaron formalmente a **CONFIANZA**, con la debida antelación o anticipación, que habían decidido contrariar lo señalado en la cláusula séptima de dicho contrato, efectuando pagos intermedios a partir de actividades de corazonamiento no ejecutadas, así como a partir de registros de pozo no



729



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

efectuados. Por tal virtud, debe entenderse que el contrato de seguro finalizó automáticamente desde las infracciones, habida cuenta que FDN y THX alteraron voluntariamente el estado del riesgo; y no dieron aviso, en los términos de ley, a la Aseguradora de cumplimiento.

En efecto, de acuerdo con lo establecido por el art. 1060 CCo²¹, la variación de la identidad local del riesgo debe ser notificada por el tomador y/o asegurado a la aseguradora, con una *“antelación no menor a diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación”*. De no informarse a la Compañía de Seguros el cambio en comento, la norma es clara en mencionar que se produce *“la terminación del contrato”*:

“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 1 del artículo 1058²², signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña,

²¹ “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 1 del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

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

²² “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”.



730



VÉLEZ GUTIÉRREZ

A B O G A D O S

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.”

Nótese que la variación de la identidad local o agravación del riesgo debe ser notificada siempre; la norma no deja espacio alguno para que la misma quede al arbitrio del tomador ni del asegurado, ni la hace depender de algún tipo de análisis en torno al efecto que dicha variación o agravación puede llegar a generar sobre el equilibrio contractual. Simplemente la impone, y por ello debe cumplirse con dicha carga de manera estricta en los términos establecidos en la misma norma legal.

En el presente caso, y de acuerdo a lo que se evidencia en todos los anexos emitidos respecto al seguro de cumplimiento No. CU066803, la sociedad demandada aceptó, en los términos de la póliza, amparar el cumplimiento de las obligaciones de THX, derivadas del Contrato afianzado, y de sus cuatro (4) otrosíes. Conforme a este entramado contractual, particularmente al tenor de lo convenido en la versión original del Contrato afianzado y de su Otrosí No. 1, la cláusula séptima del Contrato, en un aparte que permaneció inalterable hasta el último día de su vigencia, resultaba clara en señalar que los pagos intermedios sólo podían hacerse “(...) según el avance de la perforación realmente ejecutada y aprobada por la Interventoría del Contrato y/o la supervisión técnica de la ANH (...)”.



731



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

Bajo tal entendido, salta a la vista que, el riesgo voluntaria y expresamente asumido por mi poderdante, contemplaba, dentro de sus características esenciales, un esquema de pagos, acorde al cual, a excepción de lo tocante al último diez por ciento (10%), debía hacerse contra entrega del producto, y la correspondiente aprobación de la Interventoría y/o de la supervisión de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH).

Como es natural suponer, los aspectos que acaban de reseñarse en el párrafo anterior son esenciales e ínsitos a la ontología y contexto del riesgo asegurado (incumplimiento contractual). Los mismos permiten a la Aseguradora tener la tranquilidad que no se iban a generar erogaciones hasta tanto THX no acreditara que se iba satisfaciendo el objeto contractual. De ahí que pueda sostenerse, fácilmente, que la alteración de dicho escenario insoslayablemente produce una agravación o variación del riesgo contractual; máxime si se tiene en cuenta que **CONFIANZA** jamás aceptó asumir el amparo de pagos anticipados.

Pues bien, sin perjuicio de consideraciones y elementos de juicio adicionales que pudieran destacarse a lo largo del litigio, de la lectura de los eventos plasmados en la demanda y en los documentos allegados como soporte de la misma, se puede colegir que la aludida agravación del riesgo se materializó desde el instante mismo en que FDN decidió realizar pagos a THX, sin exigir que, previamente, se verificara la realización del corazonamiento y el registro de pozos. Obviamente, ello tuvo lugar desde el año 2014, pues documentos de esa anualidad, como el Acta No. 021 del 19 de noviembre de 2014 (anexa a la demanda), dan cuenta de pagos por actividades no ejecutadas

En este orden de ideas, resulta indubitable que el riesgo de incumplimiento del Contrato afianzado se agravó notoriamente, pues, se pasó de un esquema de pagos de indudable seguridad (pago contra entrega y aprobación) a uno de pagos anticipados de actividades que, según la FDN, no fueron realizadas por THX. Por consiguiente, la realidad contractual generada por este sistema de pagos anticipados dista en demasía de aquella que, en su momento, se comprometió

732



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

a asegurar **CONFIANZA**. Una cosa es un contrato dotado de un mecanismo que solo diera lugar a erogaciones a medida que se fuera verificando, técnicamente, la ejecución contractual, y otra muy diferente un negocio jurídico en el que paga por adelantado, antes de establecer si el contratista va a cumplir o no con sus prestaciones.

Y es más, también salta de bulto que, bajo el segundo modelo contractual (el derivado de los pagos anteriores a la verificación de la ejecución), la probabilidad de ocurrencia del siniestro de incumplimiento es mayor. Así entonces, ante mayor riesgo, lo lógico es que la Aseguradora hubiera estipulado condiciones más onerosas para dar su aseguramiento (v.gr. mayor prima), o se hubiere retraído de celebrar el contrato de seguro de cumplimiento.

En consecuencia, a la luz de lo preceptuado por los arts. 1060 y 1058 comerciales, se dieron todas las condiciones para que surgiera la obligación de notificar el agravamiento del estado del riesgo a mi representada. Sin embargo, ello no ocurrió en los términos consignados en el art. 1060 CCo. Producido el cambio de hecho al esquema de pagos sin previa verificación, no se dio aviso en tiempo a la Aseguradora. Es decir, no se informó diez (10) días antes de tales circunstancias, ni se reportaron las situaciones ni (10) días ni treinta (30) después de acaecidas fácticamente.

En este orden de ideas fuerza colegir que, desde el vencimiento de cualquiera de los antedichos plazos, la póliza de cumplimiento feneció por ministerio de la ley.

Sobre este particular, así se ha pronunciado una autoridad sobre la materia, como el Profesor Efrén Ossa:

“(…) A. Agravaciones voluntarias o cambio de lugar

En las agravaciones voluntarias o en el cambio de lugar, la terminación no tiene por qué producir su efecto natural desde el momento mismo en que el asegurado ha incurrido en la omisión de la notificación. Recuérdese que debe hacerla con diez (10)



733



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

días de antelación a la fecha programada para la modificación del riesgo, por lo menos hasta ese momento el riesgo original sigue siendo el mismo. El equilibrio contractual continua intacto. **El contrato solo puede terminar desde el momento mismo en que la agravación del riesgo o su cambio de lugar se hagan efectivos.** (...)”²³ (resaltado fuera de texto).

Del mismo modo, la terminación contractual por ministerio de la ley, también ha sido reconocida por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 15 de agosto de 1986, la cual es reseñada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 9 de marzo de 1988, en la que se decide no casar la sentencia emitida por el Tribunal, así:

“(...) Expuesta esa conclusión, aborda enseguida el problema de la terminación del contrato de seguro por falta de aviso oportuno, con arreglo al numeral 4 del artículo 1060 del C de Co., terminación que, señalan, **si bien se produce por ministerio de la ley**, no es óbice para que pueda ser variada por la voluntad de las partes, “o por la de asegurador a quien interesa, caso este último en que se estima indispensable que medie expresa manifestación o una conducta inequívoca que lleve a la certeza del ánimo de renunciar a ese beneficio y de persistir en el contrato (...)” (negrillas fuera de texto)

En el mismo sentido se pronunció el profesor Andrés Ordoñez, refiriéndose al incumplimiento de la obligación de la que se viene hablando:

“(...) La terminación se produce desde el momento en que se vence la oportunidad que tenía la parte asegurada para notificar, o, expresado de otra manera, desde el momento en que se incurre en mora en el cumplimiento de la carga, no desde el momento en que se produce el hecho agravante; aquí la ley protege a la parte asegurada, determinando que el contrato no se va a afectar con la agravación del estado del riesgo de manera inmediata y automática sino tras una serie de plazos de gracia, dentro de los cuales se puede notificar la agravación; **solo si se vence la oportunidad de hacer la notificación el contrato termina y termina automáticamente, sin necesidad de que haya una declaración de parte de este respecto.**

EFRÉN OSSA, en su obra, señala acertadamente a este respecto que hay un evento en que la terminación de contrato no coincide con el vencimiento del

²³ OSSA, J. Efrén. Teoría General del Seguro. El Contrato. Bogotá: Editorial Temis, 1991, p. 373.

IMP
JUN 1991
BOGOTÁ

734



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

término para notificar al asegurador, que es el caso de las agravaciones voluntarias del estado del riesgo (...)²⁴ (negrillas fuera de texto).

Así entonces, no queda duda que, en el caso que nos ocupa, la terminación automática del contrato de seguro se produjo de manera automática desde el instante en que se dieron de hecho las variaciones al sistema de pagos del Contrato afianzado; sin que se requiera ningún tipo de manifestación de la Aseguradora en el sentido de dar por terminado el contrato.

Como corolario de lo anterior, resulta imposible imponer obligación indemnizatoria alguna a **CONFIANZA**, toda vez que la aludida terminación tuvo lugar antes de la finalización del plazo total contractual, cualquiera que este sea, y antes que llegaran las fechas en las que, supuestamente, se debía dar cumplimiento a las obligaciones mencionadas en el escrito de demanda.

En todo caso, en el peor de los casos, si el Despacho considera que los anteriores argumentos no son de recibo, obsérvese que **CONFIANZA** solo pudo haber tenido conocimiento que el “(...) [e]l valor calculado por el corazonamiento no ejecutado asciende a COP\$2.056.033.924 suma que fue corroborada por el Contratista mediante comunicación 20147220018522 del 22 de diciembre de 2014. (...)”²⁵. En tal virtud, nunca conoció, en los términos del art. 1060 comercial, que se dieron pagos por causa de registros de pozos no tomados²⁶, ni lo tocante a la operación del taladros y sus componentes²⁷, ni menos de un costo global por concepto de no corazonamiento equivalente a doce mil ochocientos cuarenta y nueve millones ochocientos cuarenta y un mil doscientos cuarenta y siete pesos m/cte (\$12.849.841.247,00). Así, incluso si se señalara que mi representada

²⁴ ORDÓÑEZ Andrés. Lecciones de derecho de seguros No. 3. Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2004, p. 68 y 69.

²⁵ V. p. 2 del Otrosí No. 2 al Contrato.

²⁶ Según FDN, basado en una supuesta comunicación del 14 de julio de 2015, el valor a devolver por registros de pozo no tomados ascienden a dos mil doscientos sesenta y dos millones seiscientos cuarenta y seis mil novecientos setenta y ocho pesos con sesenta y siete centavos m/cte (\$2.262.646.978,67).

²⁷ Según FDN, basado en una supuesta comunicación del 14 de julio de 2015, el valor asciende a ocho mil ochocientos ochenta y nueve millones trescientos setenta y seis mil cuatrocientos dos pesos con cincuenta y nueve centavos m/cte (\$8.889.376.402,59).



735



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

sí sabía de la circunstancia anotada en el Otrosí No. 2, las restantes que acaban de mencionarse bastan por sí solas para sostener que sí se agravó el estado del riesgo, en violación a lo consagrado en el art. 1060 CCo, con la consecuencia extintiva antes referida.

3. AUSENCIA DE COBERTURA EN LO RELATIVO AL REINTEGRO DE PRODUCTOS NO ENTREGADOS (CORAZONAMIENTO Y REGISTROS ELÉCTRICOS NO TOMADOS)

3.1). No se otorgó el amparo de pagos anticipados.

De la lectura del escrito de demanda y de sus documentos anexos, salta a la vista que, en tratándose de las pretensiones tocantes a lo que FDN ha denominado “productos no entregados” (no corazonamiento y registros eléctricos no tomados), lo que la entidad demandante busca es la devolución o reembolso de valores que le fueron girados a THX. Dado que los mismos no son relacionados por la demandante como parte del anticipo entregado, fuerza colegir que las erogaciones se hicieron a título de pagos anticipados (antes de la ejecución de la obligación); pues éstas son las dos únicas opciones jurídicas que explican que un contratante le entregue recursos a un contratista.

Por ende, es claro que la reclamación que, por el aludido concepto, eleva FDN, encaja perfectamente dentro de la descripción del amparo de pagos anticipados contemplada en las condiciones generales aplicables a las pólizas de cumplimiento expedidas por **CONFIANZA**, para aquellos casos en que se decida incluir dicho amparo frente a cada póliza en particular:

“EL AMPARO DE PAGOS ANTICIPADOS CUBRE A LAS ENTIDADES CONTRATANTES FRENTE A LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL NO REINTEGRO POR PARTE DEL GARANTIZADO, DEL SALDO A SU CARGO, CORRESPONDIENTE A LA DIFERENCIA EXISTENTE ENTRE EL MONTO RECIBIDO COMO PAGO ANTICIPADO Y EL PORCENTAJE DE CUMPLIMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO. EN CONSECUENCIA, SI EL OBJETO DEL CONTRATO SE CUMPLIÓ PARCIALMENTE, LA INDEMNIZACIÓN A QUE HUBIERE LUGAR SE LIQUIDARÁ DESCONTANDO DEL VALOR RECIBIDO COMO PAGO ANTICIPADO EL



736



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

VALOR DE LA REMUNERACIÓN O PAGO DEL TRABAJO O DEL SERVICIO REALIZADO POR EL GARANTIZADO EQUIVALENTE A LA PARTE EJECUTADA DEL CONTRATO”.

Revisando cuidadosamente el clausulado correspondiente a la póliza de cumplimiento No. CU066803, se detecta, fácilmente, que solamente fueron contratados, pagados vía prima y otorgados los siguientes amparos: cumplimiento del contrato, anticipo, pago salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones; y calidad del servicio. En ningún momento CONFIANZA dio su consentimiento a brindar el amparo de pagos anticipados.

Así las cosas, no existe ningún soporte en la póliza de cumplimiento que justifique o sirva de apoyatura a la reclamación de FDN; considerando que si existe un amparo de pago anticipado diferente a los otros, es porque los restantes amparos no cobijan en su seno la hipótesis de reintegro o devolución de pagos tocantes a aspectos no ejecutados.

3.2). CONFIANZA no aceptó, expresamente, brindar cobertura sobre los eventos constitutivos de la reclamación por el concepto de reintegro de productos no entregados.

Conforme a lo normado en los artículos 1045²⁸ numeral 2, 1047²⁹ numeral 9 y 1056³⁰ CCo, compete libremente a la Compañía Aseguradora la asunción de los riesgos que pretenda adoptar por virtud del negocio asegurativo. Ello conlleva, igualmente, a que jurídicamente se haya reconocido que dicha facultad implica la delimitación de los riesgos transferidos, así como de las situaciones expresamente excluidas de cobertura, las cuales son aceptadas plenamente por el tomador al manifestar su consentimiento frente al respectivo contrato; el cual sólo puede probarse documentalmente o vía confesión (art. 1046 inciso 1³¹ CCo).

²⁸ “Son elementos esenciales del contrato de seguro: (...) 2) El riesgo asegurable (...)”.

²⁹ La póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato: (...) 9) Los riesgos que el asegurador toma su cargo”.

³⁰ “Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”.

³¹ “El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión”.





VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

Por consiguiente, es menester delimitar y comprender la eventual la responsabilidad que le compete a mí representada dentro de los estrictos y precisos términos del clausulado convenido libremente por las partes; teniendo presente que sólo la configuración de los siniestros expresamente amparados tienen la entidad suficiente para generar la obligación indemnizatoria radicada a su cargo, en el monto y modalidad estipulados en la póliza, respetando así el principio de legalidad de los contratos (art. 1602³² CC).

Bajo tal entendido, es de suma trascendencia advertir que, incluso si no se acepta el argumento de terminación automática del seguro de cumplimiento por modificación del estado del riesgo, de todos modos es inocultable que **CONFIANZA**, en el peor de los escenarios, solo pudo haber tenido conocimiento que el “(...) [e]l valor calculado por el corazonamiento no ejecutado asciende a COP\$2.056.033.924 suma que fue corroborada por el Contratista mediante comunicación 20147220018522 del 22 de diciembre de 2014. (...)”³³. Es decir, su voluntad aseguraticia se dio solo a sabiendas de dicha circunstancia. En tal virtud, nunca aceptó amparar el que se dieran pagos por causa de registros de pozos no tomados³⁴, ni lo tocante a la operación del taladros y sus componentes³⁵, ni menos que se produjeran pagos anticipados por valor de doce mil ochocientos cuarenta y nueve millones ochocientos cuarenta y un mil doscientos cuarenta y siete pesos m/cte (\$12.849.841.247,00). Tales circunstancias no aparecen en ninguno de los Otrosíes, y menos en los anexos de las pólizas de cumplimiento.

³² “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

³³ V. p. 2 del Otrosí No. 2 al Contrato.

³⁴ Según FDN, basado en una supuesta comunicación del 14 de julio de 2015, el valor a devolver por registros de pozo no tomados ascienden a dos mil doscientos sesenta y dos millones seiscientos cuarenta y seis mil novecientos setenta y ocho pesos con sesenta y siete centavos m/cte (\$2.262.646.978,67).

³⁵ Según FDN, basado en una supuesta comunicación del 14 de julio de 2015, el valor asciende a ocho mil ochocientos ochenta y nueve millones trescientos setenta y seis mil cuatrocientos dos pesos con cincuenta y nueve centavos m/cte (\$8.889.376.402,59).



738



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

Efectivamente, siendo el contrato de seguro un acto jurídico que requiere de prueba solemne en cuanto a su existencia y extensión (art. 1046 inciso 1³⁶ CCo), se llama la atención del Despacho en el sentido que solamente el Contrato en su versión original, así como sus otrosíes, fueron los que generaron la emisión de los anexos de la póliza de cumplimiento. Ningún otro evento diferente a los consignados en los otrosíes, como aquellos que se acaban de relacionar, produjeron la expedición de un anexo modificatorio al seguro de cumplimiento; siendo la modalidad contractual establecida para la modificación del objeto del seguro:

“(…) 2. EXCLUSIONES

LOS AMPAROS PREVISTOS EN LA PRESENTE PÓLIZA NO SE EXTIENDEN A CUBRIR LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE: (…)

2.4. LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES SURGIDAS DE MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL CONTRATO ORIGINAL, CUANDO TAL MODIFICACIÓN SE HUBIERE EFECTUADO SON PREVIO AVISO Y ACEPTACIÓN POR PARTE DE CONFIANZA, QUIEN PARA EL EFECTO EXPEDIRÁ EL CORRESPONDIENTE CERTIFICADO DE MODIFICACIÓN. (…)

14. MODIFICACIONES AL CONTRATO DE SEGURO

LA PRESENTE PÓLIZA SE EXPIDE BAJO LA GARANTÍA DE QUE CUALQUIER MODIFICACIÓN AL CONTRATO AMPARADO SERÁ INFORMADA A CONFIANZA, QUIEN PODRÁ AMPARAR DICHA MODIFICACIÓN, EVENTO EN EL CUAL LO HARÁ CONSTAR EN UN CERTIFICADO DE MODIFICACIÓN.

EL INCUMPLIMIENTO DE ESTA OBLIGACIÓN EXONERARÁ A CONFIANZA DE RESPONSABILIDAD, RESPECTO AL PAGO DE INDEMNIZACIÓN ALGUNA EN CASO SE INTRODUCIRSE, SIN SU AQUIESCENCIA EXPRESA, MODIFICACIONES AL CONTRATO CUYO CUMPLIMIENTO SE AMPARA”.

Además, vale la pena aclarar que la aludida ausencia de cobertura no es atribuible a mi representada, pues ésta no puede, unilateralmente, conforme a la cláusula del seguro citada,

³⁶ “El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión. (…)”.



739



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

expedir prórrogas de las vigencias de los seguros de cumplimiento, mientras no medie petición en ese sentido de los interesados; la cual, en todo caso, es sujeta a estudio.

En tal virtud, fuerza concluir que, en la hipótesis más grave, no puede predicarse ni declararse la afectación de la póliza de cumplimiento más allá de la suma que, por concepto de corazonamiento no ejecutado, se hizo contar en el Otrosí No. 2 al contrato afianzado.

Asumir lo contrario sería equivalente a desconocer los linderos conceptuales propios del seguro de cumplimiento, conforme a los cuales la responsabilidad del garante sólo puede decretarse en los estrictos y precisos términos del marco contractual y normativo aplicable a la póliza de seguros debidamente aceptada por la Aseguradora correspondiente.

3.3). El no corazonamiento no constituye incumplimiento contractual.

Frente al corazonamiento, tal como es ampliamente conocido por las partes, mediando modificación con la firma del otrosí N° 2, se sustituyó dicha actividad por la ejecución de análisis bioestratigráficos y químicos.

El cambio ejecutado no puede constituir una falta del contratista garantizado, toda vez que el *no corazonar*, signifique el paso siguiente a una obtención de los elementos con la puesta en marcha de los estudios o análisis bioestratigráficos y químicos; es decir, la sustitución de actividades no constituye *per se* el incumplimiento, generando, una ligereza en la pretensión de indemnización.

Por lo expuesto, no se entiende por qué se reclama como perjuicio una actividad que, al ser expresamente autorizada mediante Otrosí, dejó de ser obligación para el contratista garantizado, quedando fuera del alcance de la cobertura acogida en la póliza CU066803.



740



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

Aún más, en consideración al valor pretendido por los costos de operación del taladro y componentes, el contratista garantizado THX señaló en oficio 20153100006901 del 14 de mayo de 2015 lo siguiente: *“En ningún momento se recibió ningún requerimiento de la interventoría en el sentido de incluir los días de operación del taladro”* (negrilla y subrayados propios).

4. INEXISTENCIA DE SINIESTRO RELATIVO AL AMPARO DE ANTICIPO

Conforme al clausulado general de la póliza de cumplimiento CU066803, y al hecho que el amparo de anticipo sí fue contratado en dicho seguro, el supuesto de hecho amparado (parte de la condición suspensiva), fue vertido en los siguientes términos:

“EL AMPARO DE ANTICIPO CUBRE A LAS ENTIDADES CONTRATANTES, CONTRA LOS PERJUICIOS SUFRIDOS CON OCASIÓN DEL USO O APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL GARANTIZADO 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 INEBIDA 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, ÀRA QUE OPERE EL AMPARO ESTOS DEBERÁN ESTAR DEBIDAMENTE TASADOS EN DINERO.

SALVO ACEPTACIÓN EXPRESA DE CONFIANZA, EL PRESENTE AMPARO NO CUBRE ANTICIPOS EN DINERO EFECTIVO O EN TÍTULO VALORES DIFERENTES AL CHEQUE.

ESTE AMPARO NO SE EXTIENDE A CUBRIR EL USO DE LOS DINERPS ENTREGADOS COMO ANTICIPADO AL GARANTIZADO”.



741



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

Ahora bien, debe aclararse que, dado el carácter patrimonial del seguro de cumplimiento, el mismo no solamente opera cuando se registre la conducta constitutiva de incumplimiento contractual prevista en la póliza (hipótesis fáctica del amparo). Es necesario, además, que la falta contractual incurrida por el Contratista afianzado, si encaja en el supuesto de hecho del amparo aseguratorio, le cause un perjuicio económico directo al Contratante asegurado. Sin esto último, no habrá nada que indemnizar. Por ende, ambas situaciones (incumplimiento del contrato afianzado en los términos de la póliza y causación de un perjuicio directo) son indispensables para que se configure la condición suspensiva de la cual pende el nacimiento de la prestación indemnizatoria asumida por las Aseguradoras:

“(…) El seguro de cumplimiento, cuyo origen se remonta a la expedición de la Ley 225 de 1938 y que aparece consignado en el artículo 203 del Decreto 663 de 1993, consiste en un acuerdo por medio del cual la aseguradora se compromete, por el pago de una prima, a indemnizar al beneficiario que se ve afectado por el incumplimiento de las obligaciones emanadas de la ley o un contrato, constituyéndose en una garantía de satisfacción para el directamente lesionado frente al proceder de quien desatiende los deberes que le son propios, ya sea por imposición estatutaria o en ejercicio de su libre albedrío.

La Corte al respecto, en fallo de 15 de agosto de 2008, exp 1994-03216, señaló “en lo que concierne al denominado seguro de cumplimiento (que otros prefieren llamar de fianza o de caución), es oportuno comenzar por acotar que se trata del compromiso adquirido por una compañía de seguros de indemnizar, a cambio de una suma de dinero llamada prima, los perjuicios que sufra una persona por razón del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley o de un contrato (...) En consecuencia, en palabras de la Corte, el cometido de esta especie de seguro no es otro que el de ‘garantizar el cumplimiento de la obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento –o en ‘la eventualidad del incumplimiento del deudor’, el asegurador toma a su cargo ‘basta por el monto de la suma asegurada, los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada’” (Sent. de marzo 15 de 1983) (Sent. de septiembre 21 de 2000, exp.: 6140). (sent. Cas. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670)”. (...)”³⁷ (subrayado fuera de texto).

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2012, Exp. No. 1100131030392007-00071-01, MP. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez.

LOM
FSE
LO-DE

742



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

Por consiguiente, así se lograre demostrar la falta contractual (v.gr. no utilización de bienes en la ejecución del Contrato afianzado), no se generará siniestro alguno (obligación condicional de pago), mientras no se pruebe la existencia de un perjuicio causado a partir de dicha falta.

En este orden de ideas, se llama la atención del Despacho en cuanto a que, según se observa en la p. 8 del documento radicado el 9 de noviembre de 2016 en **CONFIANZA**, FDN reconoce que el anticipo tocante al subcontrato celebrado entre THX y Virowa Energy Resources fue “(...) *amortizado en su totalidad. (...)*” . Y es más, acorde a la certificación expedida el 6 de febrero de 2015 por el Dr. Wilhelm Adolphs Montes, Jefe del Departamento Financiero de FDN, la misma demandante dio fe “(...) *que THX Energy Sucursal Colombia a la fecha ya realizó la amortización total del anticipo*”, por valor de cuarenta mil dieciséis millones novecientos cincuenta y ocho mil cuatrocientos treinta y cuatro pesos m/cte (\$40.016.958.434,00). De ahí que esté por fuera de toda duda que la totalidad del anticipo se encuentre amortizada.

En consonancia con ello, necesariamente debe deducirse la imposibilidad de afectar el amparo de anticipo, en cuanto su amortización total implica que el “préstamo” ha sido pagado por el contratista, reintegrándose todos los recursos al patrimonio de la entidad estatal contratante. Ello, como es obvio, se traduce en la ausencia de un perjuicio a compensar; con mayor razón cuando la suma certificada el 6 de febrero de 2015 por la FDN como valor amortizado, corresponde con la suma máxima asegurada para el amparo de anticipo en la póliza de cumplimiento.

Al respecto, así se ha pronunciado la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo:

“(...) ‘Amortizar’ es ‘Redimir o extinguir el capital de un censo, préstamo u otra deuda (...) Recuperar o compensar los fondos invertidos en alguna empresa...’ [[lxxxv]] ‘**pagar parte o el total de una deuda**’ [[lxxxvi]], y por ello es que el Consejo de Estado ha dicho que ‘El anticipo pasará a ser parte del precio, en la medida en que se amortice siguiendo las cláusulas del contrato’ [[lxxxvii]].



743



VÉLEZ GUTIÉRREZ

A B O G A D O S

“La amortización es distinta de otros riesgos, y consiste como ya se había venido adelantando, **en la devolución paulatina del anticipo por parte del contratista al contratante con corte a la facturación**, normalmente conviniéndose que de cada factura emitida por el contratista se haga un descuento porcentual, hasta tanto el anticipo sea totalmente devuelto al contratante, es decir amortizado, entrando, ahí sí, a formar parte del precio pactado en el contrato [[xxxviii]]. En tales condiciones, como la amortización del anticipo está referida a la ejecución de un porcentaje de la obra en la misma proporción, a menos que el asegurador asuma de manera expresa tal riesgo dentro del amparo de anticipo, la NO amortización, vale decir, la no restitución al asegurado de un porcentaje del anticipo igual al de obra equivalente, no es un riesgo asociado a la utilización del anticipo o su apropiación. (...)”³⁸ (resaltado no original).

Bajo tal entendido, respecto a las fracciones o partes del anticipo que el contratista va reembolsando vía amortización, no es física ni jurídicamente posible que se genere perjuicio para el patrimonio de la entidad estatal, por la potísima razón que los recursos amortizados regresan materialmente³⁹ al pecunio estatal. De contera, en torno a los mismos no puede darse ya ningún siniestro de mala administración o inversión o apropiación indebida del contratista, como quiera que el anticipo amortizado ha dejado de ser un simple crédito a favor del Estado, para convertirse en un bien determinable dentro de su órbita patrimonial, respecto del cual el contratista no tiene ya ningún control práctico para invertirlo o manejarlo.

En punto de lo anterior, recuérdese que, dada la naturaleza pública de los recursos constitutivos del anticipo, el propósito del amparo correspondiente responde a la naturaleza propia de la garantía única de cumplimiento, que no es otra distinta que salvaguardar la integridad del erario estatal. En esa medida, si el préstamo se va pagando paso a paso por medio de la amortización, claramente este fenómeno contable impide que, respecto a los dineros objeto de amortización, se genere desmedro al patrimonio de la entidad pública contratante; que es exactamente, se reitera, el riesgo que busca subsanar todo seguro de cumplimiento de un contrato estatal:

³⁸ http://www.contratacionestatal.com/textos/amparo-de-buen-manejo-del-anticipo-relacion-con-el-amparo-de-cumplimiento-independencia-sentencia-28917-de-2016_5355-3#_edn88; citado por Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de febrero de 2016, Exp. No. 28917, CP. Dr. Hernán Andrade Rincón.

³⁹ Jurídicamente siempre fueron parte del patrimonio estatal.



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

“(…) El propósito de dicha garantía no es otra que asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, llamado por la Administración a colaborar con los cometidos estatales, los cuales necesariamente involucran el interés público, cláusula que es de forzosa estipulación, a tal punto que si no es pactada en aquellos contratos en los cuales la ley establece su obligatoriedad, se presume incorporada en el respectivo contrato y no podrá ser renunciada por la Administración.”⁴⁰

La garantía de cumplimiento del contrato estatal mediante la cual la compañía se seguros se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el tomador en virtud de la celebración de un contrato tienen carácter indemnizatorio pues su finalidad como ya se dijo es proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista y de esta manera evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido.

*El artículo 1088 del Código de Comercio establece que “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”.*

Al tenor de la norma transcrita, los seguros de daños tienen carácter indemnizatorio para el asegurado con el fin de evitar que su patrimonio resulte afectado por la ocurrencia del hecho constitutivo del riesgo asegurado; en otras palabras, los seguros de daños tienen como finalidad última la de indemnizar al asegurado o beneficiario cuando su patrimonio es afectado por la realización del riesgo asegurado, principio este denominado “de la indemnización”⁴¹ por la ley comercial.

En este orden de ideas, si la garantía de cumplimiento del contrato estatal está orientada a indemnizar al Estado para que el patrimonio público no se vea afectado por razón del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista en virtud de la celebración de un contrato y los seguros de daños también tienen una finalidad indemnizatoria para el asegurado o beneficiario cuando quiera que su patrimonio resulte afectado por la ocurrencia del riesgo asegurado, debe arribarse a la conclusión de que la garantía de cumplimiento de los contratos estatales se ubica dentro de los seguros de daños de que trata la ley comercial.

⁴⁰ Escobar Gil Rodrigo, Teoría General de los contratos, Editorial Legis, Bogotá, 2000, Pág. 245.
⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 063 de 24 de mayo de 2000 de 2000, Exp. 5439, M. P. Manuel Ardila Velásquez.



745



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha sostenido que los seguros de cumplimiento constituyen una especie de los seguros de daños, así se desprende del contenido de los siguientes pronunciamientos:

En sentencia de 21 de septiembre de 2000⁴², precisó lo siguiente:

1. El contrato de seguro de cumplimiento, por el cual una compañía aseguradora se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones a cargo del tomador dimanantes de un contrato, clasifica en la especie de los seguros de daños, y, por ende, se aplica el principio de indemnización que los inspira, el cual se concreta en que, respecto del asegurado, "serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento", de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1088 del C. de Comercio; el riesgo lo constituye, entonces, la eventualidad del incumplimiento del deudor.

En sentencia de 24 de mayo de 2000⁴³, determinó la naturaleza de los seguros de cumplimiento y la exigencia de la causación efectiva del perjuicio como elemento de su esencia, criterio que fue reiterado en idénticos términos en sentencia de 12 de diciembre de 2006⁴⁴, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

"Reitera la Corte que los seguros como el de cumplimiento -que por naturaleza corresponden a los seguros de daños - implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivos de un daño, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento para el asegurado, lo cual está prohibido para los seguros de daños."

En sentencia de 24 de julio de 2006⁴⁵, respecto del contrato de seguro de cumplimiento, discurrió la Corte:

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 170 de 21 de septiembre de 2000, Exp. 6140; M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de mayo de 2000, Exp. 5439; M. P. Manuel Ardila Velásquez.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de diciembre de 2006, Exp. 68001 31 03 001 2000 00137 01 M. P. Edgardo Villamil Portilla



746



VÉLEZ GUTIÉRREZ

ABOGADOS

"1. En las varias ocasiones en que la Corte se ha ocupado del seguro de cumplimiento, ha precisado que este fue expresamente reconocido en el plano legal por la Ley 225 de 1938, cuyo art. 2° estableció que su objeto sería el de amparar el "... cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes y contratos" (se subraya) y, adicionalmente, que tal figura negocial es mencionada explícitamente por el art. 1099 del estatuto mercantil, en prueba fehaciente de su disciplina y referencia legislativa.

Según hubo de explicarlo la Sala en cas. civ. de 2 de mayo de 2002, Exp. 6785, la referida ley se encuentre vigente "...porque es el propio código de comercio de 1971 el que da cuenta de su existencia cuando a él hace expresa alusión en el artículo 1099; alusión que, por lo demás, es la respuesta consciente a la idea que siempre acompañó a los autores de la codificación quienes jamás perdieron de mira esa tipología de contrato, cual lo revelan sin ambages las correspondientes actas de la comisión revisora, cumplidamente en los pasajes que fueron dedicados a auscultar las secuelas que se desgajan cuando el tomador del seguro es un tercero".

De conformidad con lo establecido en el citado texto legal, mediante esta modalidad contractual, que es una variante o especie de los seguros de daños -conforme lo ha expresado repetidamente esta Sala (Vid: cas. civ. 22 de junio de 1999, Exp. 5065; 2 de febrero de 2001, Exp. 5670; 26 de octubre de 2001, Exp. 5942 y 7 de mayo de 2002, Exp. 6181), se puede garantizar el cumplimiento de obligaciones que tengan su fuente en un contrato o en la ley.

Por virtud de dicho pacto, el asegurador, previo el desembolso de la correspondiente prima, ampara al asegurado contra el incumplimiento de obligaciones de la clase señalada. Gracias a él se garantiza el pago de los perjuicios que experimente el acreedor por causa del incumplimiento total o parcial, de la obligación asegurada, en tanto imputable al deudor -llamado tradicionalmente "afianzado", es decir, no proveniente de un caso fortuito o de fuerza mayor -o en general de una causa extraña-, a menos que tales eventos hayan sido realmente asumidos por el asegurador.

Bajo esta modalidad negocial, entonces, se asegura "...la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que si el contratante 'afianzado' no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inefecución prestacional, merced a su indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de los regulado por el art. 1110 del estatuto mercantil" (cas. civ. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670).

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de julio de 2006, Exp. 00191, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.





VÉLEZ GUTIÉRREZ

A B O G A D O S

En el seguro de cumplimiento, como lo ha puntualizado esta Sala, conforme con su naturaleza y con arreglo a la finalidad que le sirve de báculo, "...el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación amparada, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico" (art. 1083 C.C. | [cas. civ. 7 de mayo de 2002, Exp. 6181], el riesgo "consiste en el no cumplimiento - o en 'la eventualidad del incumplimiento del deudor' (cas. civ. 15 de marzo de 1983" (cas. civ. 21 de septiembre de 2000, Exp. 6140), como varias veces lo ha resaltado esta Corporación (Vid: cas. civ. 22 de julio de 1999, Exp. 5065; 26 de octubre de 2001, Exp. 5942; 2 de mayo de 2002, Exp. 6785). No en vano, se reitera, el de cumplimiento encuadra en la arquitectura del seguro de daños como lo reconoce el aludido art. 1099 del cuerpo de normas mercantiles.

Tratándose como se mencionó, de un seguro de daños, regido por el principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, el de cumplimiento tiene por objeto resarcir al asegurado, en todo o en parte, el detrimento patrimonial experimentado como consecuencia del acaecimiento del siniestro, entendido éste, a términos del art. 1054 ib., como la realización del riesgo asegurado, por manera que no puede constituirse en fuente de lucro para éste. Por ende, la obligación del asegurador no consiste en pagarle al acreedor-asegurado la suma de dinero que pretenda, sino indemnizarle el daño o perjuicio que, en estrictez, derive del incumplimiento imputable al deudor, que se le demuestre suficientemente y hasta concurrencia, claro está, de la suma asegurada.

En sentencia de 17 de julio de 2006⁴⁶ reiteró lo siguiente:

"(...) este tipo de seguro, conforme con su naturaleza y regido por el principio indemnizatorio, tiene por objeto resarcir al asegurado, en todo o en parte, el detrimento patrimonial experimentado como consecuencia del acaecimiento del siniestro, entendido éste, como el incumplimiento de la obligación amparada o garantizada; de manera que la obligación del asegurador no consiste en pagarle al acreedor-asegurado la suma de dinero que pretenda, sino indemnizarle el daño o perjuicio, que en estrictez, derive del incumplimiento imputable al deudor, que se le demuestre suficientemente y hasta la concurrencia, claro está, de la suma asegurada.

De estos lineamientos jurisprudenciales, mediante los cuales se precisa el contenido y alcance del artículo 1088 del Código de Comercio, claramente se colige lo siguiente: i) la garantía de cumplimiento de los contratos estatales es una especie del seguro de daños;

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 17 de julio de 2006 Exp. 17191, M. P. Cesar Julio Valencia Copete.

748



VÉLEZ GUTIÉRREZ

A B O G A D O S

ii) dada la naturaleza indemnizatoria de los seguros de daños no basta que el hecho constitutivo del siniestro haya acaecido, sino que resulta indispensable que éste haya causado un daño al patrimonio del acreedor el cual debe ser resarcido: iii) el monto a indemnizar por parte del asegurador no necesariamente es el que corresponde al valor asegurado, sino aquel que resulte del daño o perjuicio efectivamente ocasionado al patrimonio del acreedor; iv) el valor a indemnizar, no puede ser mayor a la suma asegurada⁴⁷ mediante la póliza de garantía. (...)»⁴⁸.

Consecuentemente, la amortización del anticipo, se recalca, hace cesar cualquier riesgo de afectación al patrimonio público, en relación a los bienes entregados a título de anticipo. Así lo reconoce la norma reglamentaria relevante, así lo señala el Consejo de Estado, así se desprende de un sencillo entendimiento contable de los alcances de la amortización del anticipo; y mal haría FDN en obviar tan palpable realidad, a menos que persista en mantener su argumentación al margen del ordenamiento jurídico que gobierna la materia.

Ahora bien, alguien podría argüir que el anterior razonamiento deviene en plausible únicamente en tratándose del riesgo concerniente a la apropiación indebida del anticipo, mas no así en frente de su no inversión o uso indebido. Ese mismo alguien pudiera señalar, que el anticipo amortizado igual pudo haber recibido una destinación diferente a la que correspondía al plan de manejo contractualmente aprobado; de manera tal que, igual, se genera un siniestro amparado por el seguro de cumplimiento.

No obstante, las reflexiones recogidas en el párrafo anterior, que constituyen uno de los núcleos argumentativos de FDN, son desvirtuadas al dimensionar correctamente lo que verdaderamente significa amortizar un préstamo. Piénsese, por ejemplo, en un contratista que recibe \$1000 pesos por anticipo, y que procede a la inversión de esos recursos de forma totalmente descoordinada con lo dispuesto en el plan de manejo (v.gr. debía destinar \$200 a una sección de la obra, pero

⁴⁷ En la obra "Teoría General del Seguro- El contrato" el tratadista Efrén Ossa, ha precisado que "la suma asegurada es el valor del seguro o valor asegurado, el cual debe indicarse en la póliza por medio de una cifra absoluta o de criterios que permitan su fijación. La determinación de la suma asegurada es una decisión del asegurado, adoptada atendiendo el grado de protección que estime conveniente y su capacidad de pago de prima.

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009, Exp. No. 190012331000199409004-01 (14667), CP. Dra. Myriam Guerrero de Escobar.



749



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

sólo invierte \$50, y el exceso lo gasta en pago de alquiler de maquinaria). Supóngase ahora que de los \$1000 recibidos por causa del anticipo, el contratista ya ha amortizado, por decir algo, \$300 mediante actas de obra, los cuales incluyen los \$150 que no gastó conforme al plan de manejo. Ello significa, ni más ni menos, que esos originariamente recursos monetarios (\$300) han reingresado al patrimonio de la Administración. Por ende, como los \$150 erróneamente invertidos ya volvieron al pecunio del Estado, y lo hicieron a través de los descuentos que por concepto de anticipo debieron realizarse respecto a los pagos al contratista, resulta completamente irrelevante el yerro en su destinación, pues la entidad pública contratante no ha sufrido daño patrimonial en relación a los \$150 originalmente mal invertidos. Y sin daño patrimonial, no ha lugar a afectar la garantía única de cumplimiento; la cual, como ya se vio en el aparte jurisprudencial antes citado, tiene una teleología o finalidad exclusivamente resarcitoria (art. 1088⁴⁹ CCo).

En tal sentido, aunque teóricamente sí es posible que un anticipo amortizado hubiere podido ser objeto de no inversión o inversión indebida (uso indebido conforme plan de manejo), estas dos eventualidades pierden toda importancia por virtud de la amortización, en tanto ésta sólo es permisible cuando la entidad estatal contratante ha recibido el pago del préstamo efectuado (anticipo); de tal modo que, frente a los dineros amortizados, no es concebible la existencia de un perjuicio patrimonial que el seguro de cumplimiento deba entrar a indemnizar.

En otras palabras: teniendo muy presente que el seguro de cumplimiento lo que busca es proteger el patrimonio de la entidad del Estado que contrata, la sola no inversión o la inversión indebida del anticipo no tendrán ninguna relevancia a la luz del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, mientras tales conductas no se reflejen en un daño patrimonial estatal concreto que deba ser resarcido por la póliza. Y, precisamente, una de las formas en que daño estatal no se da es que los recursos posiblemente mal invertidos regresen materialmente al

⁴⁹ "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".

patrimonio del Estado por gracia de su amortización vía recepciones parciales de las prestaciones contratadas.

Por consiguiente, no basta simplemente con la verificación de la conducta de indebida inversión o mala utilización para que proceda el siniestrar la póliza de cumplimiento, como muy erróneamente lo sostiene FDN. Mientras esas conductas no se traduzcan en un daño o perjuicio al pecunio del Estado, no habrá nada que indemnizar por parte del seguro de cumplimiento. Y si por gracia de la amortización del anticipo, la parte amortizada reingresa al patrimonio del Estado, salta de bulto la absoluta inexistencia de daño al patrimonio público frente a la parte materia de amortización.

5. INEXISTENCIA DE SINIESTRO EN RELACIÓN CON EL PAGO DEL ÚLTIMO DIEZ POR CIENTO (10%) DEL VALOR CONTRACTUAL

Por otra parte, en lo atinente a la pretensión relativa al reconocimiento del pago contractual que, por disposición judicial de la Superintendencia de Sociedades, supuestamente debió efectuar FDN por valor de catorce mil quinientos cuarenta y seis millones de pesos m/cte (\$14.546.000.000,00), debe anotarse, igualmente, que dicho evento no constituye un siniestro a la luz de la póliza de cumplimiento.

En efecto, conforme al relato fáctico plasmado en la demanda, el aludido pago tuvo su génesis en una orden judicial irresistible emanada de la Superintendencia de Sociedades, en el marco del procedimiento de liquidación judicial de THX; decisión que fue combatida sin éxito, incluso en sede de tutela, por parte de la demandante. En ningún momento se evidencia que la erogación responda, directamente, a un incumplimiento contractual de THX. De hecho, la falta de cumplimiento de las condiciones de la cláusula séptima por parte del Contratista afianzado llevaba al supuesto exactamente opuesto al registrado: el no pago del diez por ciento (10%).



757



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

Así, habida cuenta que, en los términos de la póliza, el seguro de cumplimiento solo ampara los perjuicios directamente irrogados los incumplimientos obligacionales del Contratista afianzado, se deduce con facilidad la improcedibilidad de pretender cargar el rubro en cuestión a la póliza de cumplimiento; máxime cuando el pago no se realizó directamente a THX, sino a la masa liquidatoria de la cual se cobrarán sus acreedores.

Además, conforme a la demanda, el pago ordenado por la Superintendencia de Sociedades tuvo lugar el pasado **28 de diciembre de 2016⁵⁰**, a raíz de una orden judicial impartida el **11 de mayo de 2016⁵¹**. En esa medida, la configuración del “daño” alegado, acaeció por fuera de la vigencia de la póliza de cumplimiento, la cual tuvo lugar el **30 de septiembre de 2015**.

6. INEXISTENCIA DE SINIESTRO EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES AMBIENTALES (PLAN DE MANEJO AMBIENTAL)

Como primera medida, debe señalarse que, según lo observado en la demanda y sus anexos, el valor correspondiente a esta pretensión, está dado por lo que, en opinión de FDN, constituye el monto de lo que sería necesario para satisfacer las prestaciones ambientales – contractuales.

Al respecto, debe indicarse, en primer lugar, que tal suma no constituye un perjuicio para FDN, como quiera que, si es verídica su versión, la cuantía correspondiente a la ejecución de tales prestaciones no ha sido desembolsada por la sociedad accionante; de manera que tales recursos no se han perdido.

En todo caso, incluso con independencia de lo anterior, de todos modos el incumplimiento de las obligaciones tocantes al plan de manejo ambiental jamás puede traducirse en un detrimento patrimonial para la sociedad demandante, debido a que su materialización debía acometerse bajo

⁵⁰ V. hecho. 2.87.

⁵¹ V. hecho 2.82.

el mecanismo de costos reembolsables, según lo pactado en la cláusula segunda del Contrato afianzado:

“(…) OBLIGACIONES RELACIONADAS CON LA EJECUCIÓN DEL PLAN DE MANEJO AMBIENTAL Y DEL PLAN DE GESTIÓN SOCIAL Y PLAN DE BENEFICIO A LAS COMUNIDADES

1. El CONTRATISTA deberá ejecutar el PLAN DE MANEJO AMBIENTAL y el PLAN DE MANEJO SOCIAL Y PLAN DE BENEFICIO A LAS COMUNIDADES de acuerdo con lo que finalmente sea aprobado por parte de la entidad competente. (…)

4. El pago de las obligaciones allí contenidas, será de carácter reembolsable, de acuerdo con lo que demuestre el contratista, previamente aprobado por la Interventoría, para lo cual deberá presentar una cuenta de cobro a la cual deberá anexar los soportes de los gastos correspondientes incluidos en dicha cuenta” (subrayado no original).

Por ende, incluso si las obligaciones contractual – ambientales eran satisfechas, al final del día su ejecución siempre sería reembolsada por parte de FDN; de tal suerte que la no ejecución simplemente se refleja en la inexistencia de una obligación de reintegro para FDN, no en un daño para su pecunio.

Adicionalmente, al tenor de lo estipulado en los arts. 11 y 12 del Decreto 4741 de 2005, es responsabilidad -indelegable- única y exclusivamente del generador de los hechos, todas las actuaciones y hechos que afecten a la salud y al ambiente. Por esta razón, en últimas la AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS (ANH) es la única responsable de los residuos o cualquier otro elemento que hubiese quedado pendiente.

A su vez, tampoco puede obviarse que en el Otrosí No. 3 al Contrato, suscrito el 13 de febrero de 2015, las partes del Contrato afianzado reconocieron que, para ese momento, no se habían “(…) *presentado inconvenientes operativos, ambientales y/o sociales durante la perforación.* (…)”⁵²

⁵² V. considerando No. 4, p. 2.

7. INEXISTENCIA DE SINIESTRO EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE OBTENCIÓN DE ESTUDIOS BIOESTRATIGRÁFICOS

Igualmente, debe indicarse que, según lo observado en la demanda y sus anexos, el valor correspondiente a esta pretensión, está dado por lo que, en opinión de FDN, constituye el monto de lo que sería necesario para adelantar los estudios supuestamente faltantes.

Al respecto, se anota simplemente, por el momento, que tal suma no constituye un perjuicio para FDN, como quiera que, si es verídica su versión, la cuantía correspondiente a la ejecución de tales prestaciones no ha sido desembolsada por la sociedad accionante; de manera que tales recursos no se han perdido debe señalarse que, según lo observado en la demanda y sus anexos, el valor correspondiente a esta pretensión, está dado por lo que, en opinión de FDN, constituye el monto de lo que sería necesario para satisfacer las prestaciones ambientales – contractuales.

Al respecto, debe indicarse, en primer lugar, que tal suma no constituye un perjuicio para FDN, como quiera que, si es verídica su versión, la cuantía correspondiente a la ejecución de tales prestaciones no ha sido desembolsada por la sociedad accionante; de manera que tales recursos no se han perdido.

8. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE MITIGACIÓN DE LOS DAÑOS PROPIOS

Ahora, si solo en gracia de discusión se aceptara que las reclamaciones elevadas en la demanda sí constituyen daños en el patrimonio de FDN, de todos modos no puede perderse de vista que la misma sociedad demandante contribuyó a que los mismos no pudieran ser aminorados. Lo anterior no solo en razón a que adoptó un esquema irresponsable de pagos anticipados, sino también por cuanto no atendió la propuesta para la finalización de las obligaciones del Contrato, formulada el 16 de julio de 2015 por el liquidador de THX.





VÉLEZ GUTIÉRREZ

A B O G A D O S

En tal sentido, FDN debe soportar, en todo o en parte, la cuantía de los perjuicios sufridos, al no haber sido diligente en adoptar o buscar las medidas tendientes a evitar la agravación de los supuestos daños; al tenor de la postura acogida en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia: por criterios de justicia, se hace necesario que la actora soporte todo o una parte del daño, pues resulta antijurídico que se valga de su inacción para enfrentar el escenario creado por la ausencia de obligaciones ejecutadas, para, posteriormente, en sede procesal, reclamar perjuicios a partir de la misma:

“(...) Ahora bien, es claro que el hecho o la conducta –positiva o negativa- de la víctima siempre tiene una incidencia relevante en el análisis de la responsabilidad civil. Así, en primer término, es evidente que en la mayoría de las ocasiones la persona que sufre los daños desempeña un rol, así sea meramente pasivo, para que el perjuicio se materialice. En ese sentido, se señala que el hecho o el comportamiento de la víctima puede corresponder a una “condición” del daño, en cuanto que se convierte en el sustrato necesario para su concreción. No obstante, es claro, también, que una participación del perjudicado como la que se ha reseñado no tiene eficacia para infirmar la responsabilidad civil del autor, ni para modificar el quantum indemnizatorio, pues, en tales eventos, la participación de la víctima o perjudicado no actúa como causa exclusiva o concurrente del daño que ella misma padece.

En ese orden de ideas, se puede señalar que en ocasiones el hecho o la conducta de quien ha sufrido el daño pueden ser, en todo o en parte, la causa del perjuicio que ésta haya sufrido. En el primer supuesto –conducta del perjudicado como causa exclusiva del daño-, su proceder desvirtuará, correlativamente, el nexo causal entre el comportamiento del presunto ofensor y el daño inferido, dando lugar a que se exonere por completo al demandado del deber de reparación. Para que el demandado se libere completamente de la obligación indemnizatoria se requiere que la conducta de la víctima reúna los requisitos de toda causa extraña, en particular que se trate de un evento o acontecimiento exterior al círculo de actividad o de control de aquel a quien se le imputa la responsabilidad. En el segundo de tales supuestos –conurrencia del agente y de la víctima en la producción del perjuicio-, tal coparticipación causal conducirá a que la condena reparatoria que se le imponga al demandado se disminuya proporcionalmente, en la medida de la incidencia del comportamiento de la propia víctima en la producción del resultado dañoso. (...)”⁵³.

⁵³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2010, Exp. No. 1989-00042-01, MP. Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

9. FALTA DE INTERÉS EN LA PRETENSIÓN O INTERÉS PARA OBRAR EN EL PRESENTE PROCESO POR PARTE DE FDN, DADA SU NATURALEZA PÚBLICA, Y LA DE LOS RECURSOS QUE ADMINISTRA; CONSIDERNADO QUE YA EXISTE UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL POR LOS MISMOS HECHO.

Al respecto, conviene en primer lugar comprender lo que la doctrina nacional como la jurisprudencia han entendido por interés para obrar. El Profesor Hernando Devis Echandía definió la mencionada figura de la siguiente manera:

“Es el interés sustancial subjetivo, concreto, sano y actual, que deben tener el demandante, el demandado y los intervinientes (en los procesos civiles, laborales, contencioso-administrativo y fiscales), el imputado y el procesado, el querellante o denunciante y la parte civil, e inclusive el Ministerio Público (en los procesos penales), para ser titular del derecho procesal a exigir del juez una sentencia de fondo o mérito que resuelva sobre las pretensiones u oposiciones o sobre las imputaciones y defensas formuladas en cualquier proceso y también en el sumario o etapa de investigación previa al proceso penal.”⁵⁴ (Negrilla y subrayado no original)

El concepto antes indicado, predicable en cualquier tipo de procedimiento y para cada uno de los sujetos procesales que los componen, ha sido también objeto de múltiples análisis de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, en una reciente decisión de la corporación en comento, se sostuvo:

“El interés para obrar y ejercer la tutela judicial efectiva, adviértase, complementariamente, está dado por el perjuicio cierto, legítimo y concreto que ostenta determinada parte o interviniente procesal para obtener sentencia de fondo cuando han sido lesionados sus derechos o éstos se encuentren en peligro. Por tal razón, se predica por la doctrina de esta Sala que debe ser cierto, serio, actual y concreto de modo que se halle facultado para formular la respectiva pretensión o excepción en cada caso específico. Con razón, afirma la Sala “(...) un interés jurídico, serio y actual, que no es otra cosa que la titularidad de un derecho cierto cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, que por ser fingido su declaración de simulación se reclama (G.J. CXCVI, 2º semestre, pág. 23).”



⁵⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Editorial TEMIS S.A. Bogotá, Colombia. 2015. Pág. 229.



VÉLEZ GUTIÉRREZ

A B O G A D O S

El interés para obrar, de consiguiente, es el motivo sustancial de carácter particular, subjetivo (no general), legítimo (autorizado por ley), directo (para su propio provecho o del representado), real y concreto (que no sea abstracto) que mueve a una parte seriamente para presentar una pretensión o excepción al Estado para obtener una sentencia de mérito o de fondo a su favor, asimilable propiamente con el interés en la pretensión, o con la excepción con el beneficio que le pueda reportar el desenlace de la controversia, por cuanto constituye esencia de la pretensión más no de la acción o de la contradicción. En el caso del demandado, con relación al móvil para contrarrestar las pretensiones y en los terceros por aquello que en concreto motiva su intervención; o como expone la doctrina académica: «(...) la utilidad o el perjuicio jurídico, moral o económico que para el demandante y el demandado puedan representar las peticiones incoadas en la demanda y la consiguiente decisión que sobre ellas se adopte en la sentencia»⁵⁵.

En 1999 esta Corte, a propósito de un debate casacional simulatorio, aun cuando la Sala reiteró que el interés debía existir al intentar la acción, también dijo:

“(…) [S]i se recuerda que ‘en los casos en que la ley habla del interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés’; es más, con ese perjuicio ‘(...) es preciso que se hieran directa, real y determinadamente, los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas, o porque sufran desmedro en su integridad’. (Cas. Civ., sentencia del 17 de noviembre de 1998, expediente No. 5016)”⁵⁶.

Ese criterio, también lo expresó la Sala, como adelante se trasunta, en decisión de 14 de octubre del 2010, en el expediente 00855; así como luego, en la sentencia de esta Sala SC16279-2016 de 11 de noviembre de 2016, parafraseando la del 17 de noviembre de 1998, así como las tesis del profesor, Devis Echandía.”⁵⁷ (Negrilla y subrayado no original)

Ahora bien, resulta aquí también conveniente diferenciar el mencionado interés para obrar de la legitimación en la causa. Para ello, la Corte Suprema de Justicia ha entendido, de manera reiterada, lo siguiente:

⁵⁵ DEVIS ECHANDÍA Hernando. Tratado de derecho procesal civil. Tomo I. Generalidades. Bogotá: Editorial Temis, 1961, p. 446.

⁵⁶ CSJ. Civil: Cas. Civ., sentencia del 17 de noviembre de 1998, expediente No. 5016, reiterado en exp.13001-3103-005-2003-00168-01 de la Sala de Casación Civil.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. SC21761-2017. Radicación: 11001-31-03-043-2007-00692-01. Bogotá, Colombia. Sentencia del 18 de diciembre de 2017.



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

“La legitimación en la causa -indicó Devis Echandía- es un instituto diferente del anterior, pues la parte puede tener esa legitimación, pero no un interés serio y actual en los resultados del juicio, lo que determinaría su falta de interés para obrar.

Como ejemplo de esa divergencia, señaló el del hijo legítimo de una persona, quien reclama para sí la herencia o parte de ella, pues si bien «tiene perfecta legitimación para la causa, por ser el titular del interés en la declaración de si le corresponde o no derecho a la herencia...si su padre no ha muerto o no ha sido declarado muerto presuntivamente, carece de interés serio y actual en la declaración solicitada, y por lo tanto, de interés para obrar».⁵⁸

Por el contrario, el demandante que carezca de legitimación en la causa, no puede tener interés serio y actual en que se realicen las declaraciones consignadas en la demanda, al paso que aquel que sea titular de interés jurídico para obrar, necesariamente está legitimado para demandar, pues no es concebible la existencia de ese tipo de interés en el actor, sin ostentar el derecho de perseguir que sea satisfecho por el fallo de mérito.”⁵⁹

Obsérvese cómo, el interés para obrar no es otra cosa que la titularidad *del derecho procesal a exigir del juez una sentencia de fondo o mérito que resuelva sobre las pretensiones u oposiciones o sobre las imputaciones y defensas formuladas en cualquier proceso.* En otras palabras, esa titularidad radica en la finalidad práctica de la sentencia, en tanto que, cómo bien se ejemplificaba por la Corte, el hijo que pretenda la herencia de un padre que no ha muerto, sin perjuicio de que le asista legitimación en la causa, la imposibilidad práctica de una sentencia de fondo impide la configuración de su real interés para obrar al respecto. De tal suerte que, de no existir tal interés, pues la consecuencia resultante es una sentencia desfavorable a sus pretensiones.

Pues bien, en el presente caso la ausencia de interés para obrar se configura respecto del extremo demandante, esto es, de FDN, dado que ya existe un proceso de responsabilidad fiscal iniciado por la Contraloría General de la República por los mismos hechos en los que busca sustentar las pretensiones de la demanda.

⁵⁸ DEVIS, Tratado de derecho procesal civil, t. I, pág. 475.

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Ariel Salazar Ramírez. SC16279-2016. Radicación No.: 05001-31-10-013-2004-00197-01. Sentencia del 11 de noviembre de 2016.





VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

En efecto, los hechos de la demanda se soportan en la suscripción del Convenio Interadministrativo ANH-FEN 01 de 2007 entre la Financiera de Desarrollo Nacional y la Agencia Nacional de Hidrocarburos, en orden a:

Ahora bien, en virtud de tal cooperación económica se suscribió, de acuerdo a FDN, el Contrato No. 69 de 2013 entre la Financiera de Desarrollo Nacional y THX ENERGY SUCURSAL COLOMBIA (hecho 2.3.), cuyo valor es, en definitiva, lo que se pretende indemnizar mediante la afectación de la Póliza CU066803 de fecha 14 de abril de 2015 expedida por Confianza, esto, a través del ejercicio de la acción objeto de este proceso.

No obstante, en mayo 4 de 2017, la Contraloría General de la República en razón a los mismos hechos, inició el proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-2017-00535_UCC-PRF 009-2017. Obsérvese que, los fundamentos de hecho que soportan el proceso ordinario de responsabilidad fiscal radican en la supuesta *“pérdida de recursos en ejecución del contrato 69 de 2013”*, ello, *“en el marco del convenio 01 de 20177 suscrito entre la ANH y la Financiera de Desarrollo Nacional S.A.”*.

Con base en las anteriores razones se fundamentaron los señalamientos fiscales propuestos por la Contraloría General de la República; lo que de paso denota cómo, en el remoto evento donde la Contraloría llegase a encontrar probados los supuestos que dan origen a una eventual condena, se afectaría la Póliza CU066803 de fecha 14 de abril de 2015 por los mismos hechos propuestos en la demanda. Dicha hipótesis, impediría que las pretensiones de la demanda y la sentencia que con estas se pretende llegaran a producir efecto práctico alguno, por cuanto impondrían a CONFIANZA la misma obligación de pago que podría fijar en una hipotética condena fiscal la Contraloría.

Lo anterior, en tanto que, en aquel procedimiento, así como en el presente, está de por medio el concepto relativo al valor asegurado, el cual se interpone cómo límite máximo al cual está obligado el garante. Al respecto, obsérvese lo dispuesto en el Código de Comercio, así:

759



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

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.

ARTÍCULO 1088. <CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL SEGURO>. 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.

ARTÍCULO 1089. <LÍMITE MÁXIMO DE LA INDEMNIZACIÓN>. 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.

Se presume valor real del interés asegurado el que haya sido objeto de un acuerdo expreso entre el asegurado y el asegurador. Este, no obstante, podrá probar que el valor acordado excede notablemente el verdadero valor real del interés objeto del contrato, mas no que es inferior a él.

La anterior hipótesis, en suma, impediría una sentencia de fondo y/o favorable respecto de las pretensiones esbozadas por la demandante, situación que desde ya permite evidenciar con claridad la ausencia del aludido interés práctico y jurídico para obrar de la Financiera de Desarrollo Nacional.

10. IMPOSIBILIDAD DE CAUSACIÓN DE INTERESES DE MORA

Dentro de las pretensiones de la demanda que nos ocupa, se observa que FINANCIERA DE DESARROLLO NACIONAL S.A. solicita que se condene a SEGUROS CONFIANZA S.A. a pagar a su favor *“intereses de mora sobre las sumas de dinero a las que resulte condenada, desde el momento en que se presentaron las reclamaciones y hasta cuando realice el pago total de la misma”* (pretensión undécima). Al respecto, vale la pena tener en cuenta que de conformidad con los hechos de la demanda, la FINANCIERA aduce haber presentado reclamación los días 9 de noviembre de 2016 y 17 de mayo de 2017.



Sin embargo, tal pretensión resulta a todas luces improcedente, como quiera que, a la fecha, la FDN no ha acreditado la ocurrencia del siniestro en los términos exigidos por el artículo 1077 del Código de Comercio, y por consiguiente, sobre el asegurador no existe obligación de pago de la indemnización de conformidad con lo estipulado en el artículo 1080 del Código de Comercio, y por lo tanto tampoco le resulta imputable sanción alguna por mora en el cumplimiento de la misma.

En efecto, el artículo 1080 del Código de Comercio establece que:

“El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio [...].”

En este sentido, establece el artículo 1077 del Código de Comercio que *“corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.”* Así las cosas, se tiene que la obligación de pago de la aseguradora resulta exigible únicamente transcurrido un mes desde que el asegurado haya acreditado la ocurrencia del siniestro, y por consiguiente, sólo vencido ese mes, se causarán intereses de mora.

Aterrizados los anteriores presupuestos al caso que nos ocupa, se destaca al Despacho que a la fecha, la asegurada FDN no ha acreditado la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida, y por consiguiente, no ha empezado a correr el plazo de un mes con el que cuenta la aseguradora para efectuar el pago de la correspondiente indemnización.

Al respecto debe tenerse en cuenta que, tal como lo expuso mi representada de manera detallada y sustentada en comunicaciones del 9 de diciembre de 2016 y 9 de junio de 2017, las comunicaciones radicadas por la FDN ante SEGUROS CONFIANZA S.A. los días 9 de



767



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

noviembre de 2016 y 17 de mayo de 2017 no revisten la idoneidad para acreditar la ocurrencia del siniestro ni su cuantía en los términos exigidos por el artículo 1077 del Código de Comercio.

Por consiguiente, no resulta posible considerar que, a la fecha, se encuentra vencido el plazo de un mes con el que cuenta mi representada para pagar la indemnización, pues éste únicamente comienza a correr con la acreditación del siniestro y la cuantía del mismo. Corolario de lo anterior, tampoco puede sostenerse, como lo hace la parte demandante, que mi representada ha incurrido en mora en el cumplimiento de tal obligación, que justifique la imposición y pago a su cargo de intereses moratorios, pues los mismos sólo se causan una vez transcurrido un mes contado desde la acreditación por parte del asegurado de la ocurrencia del siniestro y su cuantía, supuesto este que no se ha evidenciado en el caso que nos ocupa.

Ahora bien, en virtud de lo expuesto, en el remoto evento que el Despacho considere que resulta procedente condenar a mi representada por concepto de intereses moratorios, los mismos sólo se podrán entender causados desde la fecha del auto admisorio de la demanda, de conformidad con lo estipulado en el artículo 94 del Código General del Proceso.

En efecto, debe tenerse en cuenta que si bien el artículo 1080 del Código de Comercio consagra un presupuesto especial en materia de seguros, su aplicación se sujeta a que el asegurado haya efectuado una reclamación en los términos del artículo 1077, evento en el cual se causarán intereses de mora a partir del mes siguiente a tal circunstancia. Sin embargo, en el caso objeto de litigio no nos encontramos bajo tal presupuesto como quiera que a la fecha la asegurada FDN no ha efectuado reclamación acreditando la ocurrencia del siniestro ni su cuantía.

Por consiguiente, la presente controversia deberá regirse por lo dispuesto de manera general en el artículo 94 del Código General del Proceso, tal como lo ha reconocido el doctor Hernán Fabio López Blanco en su obra "Comentarios al Contrato de Seguro", en la que expone:

PALE
E-8000



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

769

“[...] Tal como se analizó al estudiar la reclamación, en caso de que esta no se presente y se formule directamente la demanda judicial, la base para liquidar los intereses impide acudir al art. 1080 del C. de Co. y se regirá por lo dispuesto de manera general en el artículo 94 del CGP, o sea se computan a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda.”⁶⁰

Así las cosas, en el hipotético y remoto evento en que el Despacho acceda a las pretensiones de la demanda y en consecuencia decida condenar a mi representada SEGUROS CONFIANZA S.A. por concepto de intereses moratorios, los mismos sólo se podrán liquidar a partir de la fecha del auto admisorio de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 94 del CGP.

Ahora, incluso en el peor de los eventos en que el señor Juez considere que con anterioridad al presente proceso la parte actora sí efectuó reclamación acreditando la ocurrencia del siniestro y su cuantía en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, de manera alguna la condena por concepto de intereses moratorios podrá darse en los términos pretendidos por la FDN, es decir, desde la fecha en que la demandante aduce haber efectuado reclamación, pues tal como se explicó anteriormente, incluso en tal evento los intereses de mora sólo se causarán una vez vencido el mes con el que cuenta la aseguradora para efectuar el pago de la indemnización, tal como lo establece el artículo 1080 del Código de Comercio. Al respecto, resulta de utilidad lo señalado por el doctor Hernán Fabio López:

“Dichos intereses se deben no desde la fecha de la presentación de la reclamación ni tampoco a partir de la ejecutoria de la sentencia, sino vencido el plazo con el que se contaba para el pago, usualmente el del mes luego de la mencionada reclamación, ya que fue a partir de ese momento cuando el asegurador entró en mora.”⁶¹

⁶⁰ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. 6ª Edición. Dupre Editores, Bogotá D.C., 2014. P. 431.

⁶¹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. 6ª Edición. Dupre Editores, Bogotá D.C., 2014. P. 423-424.



763



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

En mérito de lo expuesto, de manera respetuosa solicito al Despacho que deniegue la pretensión de condena por concepto de intereses moratorios en los términos formulados por la parte actora; o en su defecto, los mismos se liquiden desde la fecha del auto admisorio de la demanda, en virtud de lo estipulado por el artículo 94 del C.G.P. y en atención a la ausencia de acreditación extrajudicial del siniestro en los términos estipulados por el artículo 1077 del Código de Comercio y la consecuente inaplicabilidad del artículo 1080 del Código de Comercio.

11. LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA SE EXTIENDE HASTA LA SUMA MÁXIMA ASEGURADA

En el evento improbable que el Despacho decida rechazar los anteriores argumentos de defensa y excepciones formuladas contra la demanda, y decida así proferir condena en contra de la Aseguradora que represento, deberá tenerse en cuenta que, en tal evento, la responsabilidad de mi poderdante se encuentra limitada por el valor de las sumas máximas aseguradas establecidas en el contrato de seguro, las cuales se erigen en un tope o límite insuperable, después del cual no se podrá proferir condena en contra de la Compañía de Seguros.

Al respecto, dispone el art. 1079 CCo: *"El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1074."*

Así las cosas, de conformidad con dicha norma y con las condiciones de la póliza, es evidente que en el evento en que el Despacho acepte las pretensiones formuladas contra **CONFIANZA**, ésta no podrá ser condenada a pagar suma que exceda el monto de las siguientes sumas aseguradas:

- Amparo de cumplimiento: dieciocho mil seiscientos setenta y cinco millones cuatrocientos seis mil setecientos doce pesos con sesenta y un centavos m/cte (\$18.675.406.712,61).



En todo caso, teniendo en cuenta la existencia del proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-2017-00535_UCC-PRF 009-2017 iniciado por la Contraloría General de la República, en el cual se pretende afectar la misma póliza de cumplimiento, con base en unos supuestos similares y/o idénticos a los plasmados en la demanda, se debe condicionar cualquier eventual condena a mi representada, de manera que el monto señalado en la sentencia se deba ver disminuido por cualquier hipotética condena fiscal. Lo anterior, a efectos de evitar que mi poderdante termine pagando dos veces por el mismo siniestro, en contravía del principio indemnizatorio del seguro (art. 1088 CCo).

V. OBJECCIÓN A LA ESTIMACIÓN DE LOS PERJUICIOS

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 206 CGP, me permito objetar la cuantificación de perjuicios hecha por la parte demandante, de la siguiente forma:

1. En primer lugar, es pertinente recordar que las consecuencias probatorias derivadas del juramento estimatorio, al tenor de las normas antedichas, se producen en tanto el accionante estime **razonadamente** la cuantía de los perjuicios por él alegados; lo cual implica, por razones obvias, que no es suficiente la enunciación del juramento dentro del acápite pertinente, sino que es necesario que el demandante despliegue un discurso argumentativo lo bastante sustancioso, a efectos de que la carga procesal señalada por el legislador pueda considerarse satisfecha.

En torno a este tópico, el reconocido Profesor Hernán Fabio López se ha manifestado así, en términos que si bien son aplicables a la Ley 1395 de 2010, son perfectamente aplicables al CGP:

“La norma sin duda busca disciplinar a los abogados, quienes con frecuencia en sus demandas no vacilan en solicitar de manera precipitada (...), especialmente cuando de indemnización de perjuicios se trata, sumas exageradas, sin base real alguna, que aspiran a demostrar dentro del proceso, pero sin que previamente, como es su deber, traten sobre bases probatorias previas serias frente al concreto caso, de ubicarlas en su real dimensión económica, de ahí que en veces, no pocas, de manera aventurada lanzan cifras





765



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

estrambóticas a sabiendas que están permitidos los fallos mínima petita; en otras ocasiones se limitan a dar una suma básica o “lo que se pruebe”, fórmula con la cual eluden los efectos de aplicación de la regla de la congruencia.

A esa práctica le viene a poner fin esta disposición, porque ahora es deber perentorio en las pretensiones de la demanda por algunos de los rubros citados, **señalar razonablemente el monto al cual considera asciende el perjuicio reclamado, lo que conlleva la necesidad de estudiar responsablemente y de manera previa a la elaboración de la demanda, las bases económicas del daño sufrido**, de manera tal que si la estimación resulta abiertamente exagerada, que para la norma lo viene a constituir un exceso de más del 30%, se impone la multa equivalente al diez por ciento de la diferencia (...)”⁶² (resaltado fuera de texto).

Sin embargo, revisando el texto de la demanda, se observa que la aludida argumentación brilla por su ausencia, puesto que la parte actora, respecto a la cuantificación del lucro cesante, no razonó el porqué de la cifra propuesta (tasa empleada, meses de mora, etc.).

2. De otra parte, me permito remitir a lo ya expuesto frente a cada pretensión particular en el acápite correspondiente a las excepciones de mérito y argumentos de defensa; agregando que, respecto a las reclamaciones relativas a la devolución por productos no entregados, incumplimiento de obligaciones ambientales y de entrega de análisis bioestratigráficos, los valores solicitados constituyen meras estimaciones hipotéticas.

VI. PRUEBAS

Para la defensa de los intereses de mi mandante, y para el éxito de los argumentos de defensa y excepciones propuestas, comedidamente solicito se decreten las siguientes pruebas:

DOCUMENTALES

1. Poder que me ha sido otorgado.

⁶² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. La Ley 1395 de 2010 y sus reformas al Código de Procedimiento Civil. Análisis Comparativo. Dupre Editores: Bogotá, 2010. p. 47.



766



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

2. Certificado de existencia y representación legal de **SEGUROS CONFIANZA S.A.**, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
3. Copia de las condiciones generales y particulares de la póliza de seguro de cumplimiento No. CU066803, y de sus anexos (en 10 folios).
4. Copia de la nota aclaratoria a la Factura No. 61 de B&F Services, junto con sus anexos.
5. Copia de la comunicación del 17 de junio de 2015, emanada de **CONFIANZA** (respuesta a posible aviso de siniestro).
6. Copia del documento del 15 de julio de 2015, radicado el día 16 del mismo mes y año, por parte del liquidador de THX (propuesta ejecución Contrato).
7. Copia del memorial del 16 de julio de 2015 (THX-PL-2015-097, Rad. No. 20157130019528), contentivo de los argumentos de defensa de THX en el procedimiento administrativo; y de sus anexos.
8. Ente otros documentos, dentro de tales anexos se encuentra copia de la certificación del 6 de febrero de 2015, emanada del Dr. Dr. Wilhelm Adolphs Montes, Jefe del Departamento Financiero de FDN (amortización total del anticipo).
9. Copia del memorial de argumentos iniciales de defensa de **CONFIANZA** (5 de agosto de 2015, Rad. No. 20157130021502).
10. Copia del documento entregado a **CONFIANZA** el 12 de agosto de 2015 (Rad. No. 20153100011781), y del proyecto de acta de liquidación anexa.
11. Copia de la comunicación del 9 de diciembre de 2016, expedida por **CONFIANZA** (negativa a pagar solicitud de indemnización).



12. Copia de la comunicación del 9 de junio de 2017, expedida por **CONFIANZA** (negativa a pagar solicitud de indemnización).
13. Copia de la comunicación del 17 de diciembre de 2018, expedida por **CONFIANZA** (respuesta a solicitud de conciliación prejudicial).
14. Copia del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-2017-00535_UCC-PRF 009-2017, del 4 de mayo de 2017.

EXHIBICIÓN DOCUMENTAL

15. Al amparo de lo consagrado en los arts. 265 y siguientes del CGP, pido respetuosamente que se fije fecha y hora para que FDN, ora mediante su representante legal, ora a través de su apoderado judicial, exhiba los siguientes documentos, los cuales se encuentran en su poder:
 - 15.1. Contratos fiduciarios suscritos con la entidad o entidades fiduciarias contratadas para la administración y pago de los recursos correspondientes al anticipo objeto del Contrato afianzado; junto con todos sus anexos, prórrogas, modificaciones y otrosíes. El objeto de esta petición es acreditar la existencia y alcance del mecanismo jurídico por medio del cual se administraban, recibían, desembolsaban y ejecutaban los recursos de anticipo entregados por FDN. Todo con el objeto de verificar la correcta inversión del anticipo.
 - 15.2. Soportes de los desembolsos efectuados por el patrimonio autónomo o el encargo fiduciario constituido con los recursos del anticipo del Contrato afianzado; incluyendo, pero sin limitarse a, autorizaciones de FDN y/o de la interventoría, facturas que demuestren la inversión, etc. El objetivo de esta solicitud es indagar si, con el visto bueno del FDN y/o de la interventoría, todos los recursos utilizados se emplearon en la ejecución del Contrato afianzado.



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

768

- 15.3. Copia del oficio 20153100006901 del 14 de mayo de 2015, proveniente de THX, en el que el contratista manifestó lo siguiente: *"En ningún momento se recibió ningún requerimiento de la interventoría en el sentido de incluir los días de operación del taladro"*. Lo anterior, con el objeto de demostrar la inviabilidad de introducir los costos relativos al taladro, en la cuantificación de los supuestos daños derivados por productos no entregados (corazonamiento y registros eléctricos).
- 15.4. Copia de las facturas pagadas a THX, en las cuales se hubiere compensado el saldo correspondiente a los COP\$2.056.033.924 por concepto de corazonamiento no ejecutado, reconocido en el Otrosí No. 2 al Contrato afianzado. El propósito de la prueba es evidenciar que dicho saldo ya le fue descontado al Contratista, con la facturación correspondiente.
- 15.5. Copia de los fallos con responsabilidad fiscal que pudieran ser emitidos por la Contraloría General de la República, en los cuales se ordenara hacer efectiva la póliza de cumplimiento CU066803, con fundamento en hechos idénticos y/o similares a los descritos en la demanda. El objetivo de la prueba es acreditar el agotamiento de las sumas aseguradas de la póliza de cumplimiento, y evitar un doble pago a cargo de mi representada.
16. Al amparo de lo consagrado en los arts. 265 y siguientes del CGP, pido respetuosamente que se fije fecha y hora para que Credicorp Capital Fiduciaria (entidad fiduciaria con la que, al parecer, se firmó el contrato fiduciario para administración del anticipo), ora mediante su representante legal, ora a través de su apoderado judicial, exhiba los siguientes documentos, los cuales se encuentran en su poder:
- 16.1. Contratos fiduciarios suscritos con la entidad o entidades fiduciarias contratadas para la administración y pago de los recursos correspondientes al anticipo objeto del Contrato afianzado (Contrato No. 69-2013 de la FINANCIERA DE DESARROLLO



769



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

NACIONAL con THX); junto con todos sus anexos, prórrogas, modificaciones y otros. El objeto de esta petición es acreditar la existencia y alcance del mecanismo jurídico por medio del cual se administraban, recibían, desembolsaban y ejecutaban los recursos de anticipo entregados por la FINANCIERA DE DESARROLLO NACIONAL. Todo con el objeto de verificar la correcta inversión del anticipo.

- 16.2. Soportes de los desembolsos efectuados por el patrimonio autónomo o el encargo fiduciario constituido con los recursos del anticipo del Contrato afianzado; incluyendo, pero sin limitarse a, autorizaciones de la FINANCIERA DE DESARROLLO NACIONAL y/o de la interventoría, facturas que demuestren la inversión, etc. El objetivo de esta solicitud es indagar si, con el visto bueno de la FINANCIERA DE DESARROLLO NACIONAL y/o de la interventoría, todos los recursos utilizados se emplearon en la ejecución del Contrato afianzado.

Mi representada se compromete a notificar por aviso a Credicorp Capital Fiduciaria en la dirección que corresponda según su registro mercantil, según lo ordena el segundo inciso⁶³ del art. 266 CGP.

17. Pido respetuosamente que se ordene a la Contraloría General de la República, con fundamento en el proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-2017-00535_UCC-PRF 009-2017, exhibir los siguientes documentos, los cuales se encuentran en su poder:

- 17.1. Copia de los fallos con responsabilidad fiscal que pudieran ser emitidos por la Contraloría General de la República, en los cuales se ordenara hacer efectiva la póliza de cumplimiento CU066803. El objetivo de la prueba es acreditar el agotamiento de las sumas aseguradas de la póliza de cumplimiento, y evitar un doble pago a cargo de mi representada.

⁶³ "(...) Cuando la persona a quien se ordena la exhibición sea un tercero, el auto respectivo se le notificará por aviso. (...) "



17.2. Constancia de los pagos realizados por **CONFIANZA**, de las anteriores condenas impuestas en sede de responsabilidad fiscal.

Mi representada se compromete a notificar por aviso a la Contraloría General de la República en la dirección que corresponda, según lo ordena el segundo inciso⁶⁴ del art. 266 CGP.

DICTAMEN PERICIAL

18. De conformidad con lo prescrito por el art. 227⁶⁵ CGP, me permito solicitar respetuosamente al Despacho, que se me conceda un plazo prudencial para allegar al expediente uno o varios dictámenes periciales elaborados por uno o varios profesionales expertos en ingeniería, o exploración de hidrocarburos, o corazonamiento, o análisis bioestratigráficos, etc., con el objetivo de acreditar, desde una perspectiva técnica, los yerros en los que se incurre en las reclamaciones de FDN, los cuales tornan inviable el reconocimiento de las pretensiones (v.gr. uso del taladro, alcances de la actividad de corazonamiento y el impacto de su remplazo en los otrosíes, la irrazonabilidad de la cifra pedida por productos no entregados, fuerza mayor en entrega de productos, etc.). Algunos de estos yerros ya fueron anticipados, brevemente, en la objeción del 9 de junio de 2017.

TESTIMONIOS

⁶⁴ “(...) Cuando la persona a quien se ordena la exhibición sea un tercero, el auto respectivo se le notificará por aviso. (...)”

⁶⁵ “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”.

777



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

19. Solicito comedidamente que se reciba la declaración de Antonio Medina Duarte, Representante legal de GETEK Colombia S.A., quien fue la firma ajustadora que, desde el punto de vista de ingeniería, asesoró a la Compañía Aseguradora durante el trámite de las solicitudes de pago elevadas por FDN; con el objeto de ilustrar al Despacho y a los sujetos procesales en relación a los aspectos de orden técnico plasmados en la objeción del 9 de junio de 2017, las demás situaciones de ingeniería que hacen inviable las reclamaciones de FDN, y los demás aspectos de relevancia procesal que le puedan constar frente al caso. El señor Medina Duarte podrá ser citado en la Carrera 19 A No. 116 – 19 Oficina 203 de la ciudad de Bogotá, D.C.

A efectos de garantizar el principio de inmediación y contradicción de la prueba, desde ya mi representada anuncia que hará todo lo posible para la comparecencia personal del testigo al Despacho. En caso que ello no sea posible, se pide respetuosamente que se facilite la práctica de la prueba a través de medios tecnológicos de comunicación de intercambio instantáneo (v.gr. videollamada).

VII. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento la contestación en los artículos 1602 y siguientes del Código Civil, en los artículos 1127 y siguientes del Código de Comercio, y en las demás normas concordantes y complementarias.

IX. ANEXOS

1. Documentos citados en el acápite de pruebas.







VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

772

X. NOTIFICACIONES

1. La parte demandante recibirá notificaciones en la dirección indicada en la demanda.
2. Mi representada, **SEGUROS CONFIANZA S.A.**, así como su representante legal, recibirán notificaciones en la Calle 82 No. 11 – 37 Piso 7 de la ciudad de Bogotá, D.C.; y al correo electrónico ccorreo@confianza.com.co
3. Por mi parte las recibiré en la Calle 79 A No.8-63 Piso 6° de la ciudad de Bogotá, D.C., y a los correos electrónicos rvelez@velezgutierrez.com, agutierrez@velezgutierrez.com y lmcubillos@velezgutierrez.com.

Del Señor Juez, respetuosamente,

RICARDO VÉLEZ OCHOA
C.C. 79.470.042 de Bogotá
T. P. 67.706 del C. S. de la J.



PRESENTACION PERSONAL
El anterior escrito fue presentado ante el
NOTARIO ONCE DEL CIRCULO DE BOGOTÁ, D.C.

Personalmente por: Ricardo
Velazco
quien exhibió la C.C. 79470042 de Psta
y Tarjeta Profesional No. 67706 C.S.J.

Firma [Signature] **27 MAR. 2019**

Guillermo Chávez Crisanch
Notario





VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

72115 4-FEB-'20 16:29

0026600 28 CIVIL CTO

Señor

JUEZ VEINTIOCHO (28) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

E. S. D.

*Ref. Proceso verbal de FINANCIERA DE DESARROLLO NACIONAL S.A.
contra COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.- SEGUROS
CONFIANZA S.A. Rad. No. 2018-00639*

-CONTESTACIÓN DE LA REFORMA A LA DEMANDA -

Quien suscribe, **RICARDO VÉLEZ OCHOA**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.470.042 de Bogotá, portador de la tarjeta profesional No 67.706 del C. S. de la J., obrando en mi condición de apoderado judicial de **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.- SEGUROS CONFIANZA S.A.** en el proceso de la referencia, de acuerdo con el poder que obra en el expediente, y que ahora reasumo, encontrándome dentro del término legal correspondiente, procedo a **contestar la reforma a la demanda** presentada por FINANCIERA DE DESARROLLO NACIONAL S.A. (en adelante "FDN"), en los siguientes términos:

I. RESPECTO DE SEGUROS CONFIANZA S.A.

Dando cumplimiento a lo preceptuado en el numeral 1¹ del art. 96 CGP, me permito señalar que **SEGUROS CONFIANZA S.A.** (en adelante "**CONFIANZA**") identificada con el NIT No. 860.070.374-9, es una sociedad aseguradora legalmente constituida mediante la Escritura pública No. 1363 otorgada el 4 de junio de 1979 en la Notaria Décima Octava (18^o) de Bogotá D.C., con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., en la Calle 82 No. 11 - 37 Piso 7 de

¹ "La contestación de la demanda contendrá: 1. El nombre del demandado, su domicilio y los de su representante o apoderado en caso de no comparecer por sí mismo. También deberá indicar el número de documento de identificación del demandado y de su representante. Tratándose de personas jurídicas o patrimonios autónomos deberá indicarse el Número de Identificación Tributaria (NIT)".

11

dicha ciudad, que se encuentra representada legalmente por Sandra Liliana Serrato Amortegui, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.784.501, domiciliada en Bogotá, D.C., quien me ha conferido poder especial, amplio y suficiente, para representar a la mencionada sociedad.

II. A LAS PRETENSIONES DE LA REFORMA A LA DEMANDA

Me opongo a toda y cada una de las pretensiones solicitadas en la reforma a la demanda. Además, solicito que se condene en costas a la parte demandante:

1. **Me opongo** a la primera pretensión, en razón a que, entre otros motivos, las alegaciones de incumplimiento contractual resultan infundadas, en tanto, o no tienen soporte en el clausulado del contrato, y/o no generaron daño antijurídico alguno para la sociedad demandante.
2. **Me opongo** a la segunda pretensión, dado que, entre otros motivos, la misma entidad accionante dio por amortizado el anticipo, lo que se traduce en que su valor, haya o no estado mal invertido, fue debidamente reintegrado al patrimonio de la demandante (ausencia de daño antijurídico). En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.
3. **Me opongo** a la tercera pretensión, como quiera que, entre otras razones, no se entiende por qué se hicieron pagos por actividades supuestamente no ejecutadas, cuando el Contrato afianzado no permitía tal situación (agravación del estado del riesgo). En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.
4. **Me opongo** a la cuarta pretensión, habida cuenta que, de todos modos, FDN no hizo absolutamente nada para que los subcontratistas que tenían las muestras recolectadas



(Génesis y Sahara) siguieran adelantando los estudios propuestos. En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.

5. **Me opongo parcialmente**, debido a que **CONFIANZA** solo responde conforme a los estrictos términos del clausulado del seguro de cumplimiento, y la normatividad que lo gobierna.
6. **Me opongo**, como consecuencia de todo lo anteriormente señalado. En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.
7. **Me opongo**, a raíz de lo expuesto anteriormente y la consecuente inexistencia de siniestro. En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.
8. **Me opongo**, a raíz de lo expuesto anteriormente y la consecuente inexistencia de siniestro. En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.
9. **Me opongo**, a raíz de lo expuesto anteriormente y la consecuente inexistencia de siniestro. Además, no existe ningún título jurídico que habilite a la FDN a percibir un lucro derivado del uso de las indemnizaciones solicitadas. En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.
10. **Me opongo**, a raíz de lo expuesto anteriormente y la consecuente inexistencia de siniestro. En todo caso, cualquier hipotético derecho derivado de la póliza de cumplimiento se encuentra prescrito.

III. A LOS HECHOS DE LA REFORMA A LA DEMANDA

Paso a pronunciarme expresamente sobre las manifestaciones realizadas en el capítulo de fundamentos de hecho de la demanda reformada, siguiendo el orden allí expuesto:

1. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del convenio interadministrativo está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
2. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del convenio interadministrativo está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
3. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del contrato 69 de 2013 (“el Contrato afianzado”), está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
4. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
5. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
6. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
7. **Es cierto**. Destaco, de un lado, que los pagos intermedios sólo podían hacerse “(...) según el avance de la perforación realmente ejecutada y aprobada por la Interventoría del Contrato y/o la supervisión técnica de la ANH (...)”. Además, en la parte final de la transcripción se denota que las partes del Contrato afianzado contemplaron la posibilidad “(...) que por motivos geológicos o de fuerza mayor no se logre llegar a la profundidad inicialmente programada de 21.000 pies (...)”.

8. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
9. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
10. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado. Ahora bien, destaco que resulta llamativo que se hable de restituir un valor por corazonamiento no ejecutado, cuando la cláusula séptima del Contrato es clara al señalar que los pagos intermedios sólo podían hacerse “(...) según el avance de la perforación realmente ejecutada y aprobada por la Interventoría del Contrato y/o la supervisión técnica de la ANH (...)”. Tales pagos representaron, sin duda, un agravamiento del estado del riesgo, si es que las actividades de corazonamiento no habían materializado.

Igualmente, nótese que las mismas partes acordaron que “(...) [e]l valor calculado por el corazonamiento no ejecutado asciende a COP\$2.056.033.924 suma que fue corroborada por el Contratista mediante comunicación 20147220018522 del 22 de diciembre de 2014. (...)” (subrayado no original). En esa medida, si la suma fue corroborada por el Contratista, quiere decir que el origen de la misma se halla en la FDN. De ahí que sea incomprensible que la sociedad demandante pida el reconocimiento de un valor seis (6) veces superior por concepto del corazonamiento no ejecutado.

11. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
12. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

12/4

13. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado. De todos modos, vale la pena aclarar, para evitar confusiones, que la suma indicada en el numeral está ligada al presupuesto para los análisis bioestratigráficos y químicos, no sobre el corazonamiento no ejecutado.
14. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
15. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado. Por otro lado, se llama la atención del Despacho que, como mínimo desde el 30 de mayo de 2015 (fin del plazo contractual), la FDN conoció o debía conocer de los incumplimientos contractuales que le reprocha a THX.
16. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
17. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.

Ahora bien, nótese que, de acuerdo a la estipulación contractual transcrita en el numeral, en la liquidación se pueden “(...) *consignar todos los hechos que constituyen incumplimiento del contrato y a establecer la correspondiente valoración.* (...)”. En tal sentido, en vista que así procedió FDN, citando a la Aseguradora al procedimiento administrativo previo en el que se establecieron los supuestos incumplimientos, y posteriormente remitiéndole a **CONFIANZA** el acta de liquidación unilateral con los valores e incumplimientos que constituyen las pretensiones que nos ocupan, queda claro que, con tales actuaciones, se formuló una reclamación de indemnización a la Aseguradora, en los términos del inciso

454

1 2
3 4



final del art. 94² CGP; independientemente que dicha solicitud de pago no cumpliera con la carga probatoria fijada en el art. 1077 comercial.

18. **Es cierto**, aunque el contenido y alcance del Contrato afianzado está dado por los estrictos y precisos términos de su clausulado.
19. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
20. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
21. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
22. **Es cierto**, aunque aclaro que los alcances de las coberturas y exclusiones correspondientes al seguro de cumplimiento, se encuentran circunscritas a los estrictos y precisos términos plasmados en su clausulado.
23. **No es cierto** que se hubiere otorgado la cobertura de *“calidad y estabilidad de la obra”*, pues en realidad el amparo de calidad contratado corresponde al de *“calidad del servicio”*. De

² “El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez”.

otra parte, las restantes afirmaciones del numeral **son ciertas**, aunque aclaro que los alcances de las coberturas y exclusiones correspondientes al seguro de cumplimiento, se encuentran circunscritas a los estrictos y precisos términos plasmados en su clausulado.

24. **Es cierto**, aunque aclaro que los alcances de las coberturas y exclusiones correspondientes al seguro de cumplimiento, se encuentran circunscritas a los estrictos y precisos términos plasmados en su clausulado.
25. **Es cierto**, aunque aclaro que los alcances de las coberturas y exclusiones correspondientes al seguro de cumplimiento, se encuentran circunscritas a los estrictos y precisos términos plasmados en su clausulado.
26. **No es cierto** que se hubiere otorgado la cobertura de “*amparo de pagos anticipados*”, pues la misma no fue contratada, ni aparece como tal en la carátula de la póliza de cumplimiento. De otra parte, las restantes afirmaciones del numeral **son ciertas**, aunque aclaro que los alcances de las coberturas y exclusiones correspondientes al seguro de cumplimiento, se encuentran circunscritas a los estrictos y precisos términos plasmados en su clausulado.

En todo caso, debe aclararse que, dado el carácter patrimonial del seguro de cumplimiento, el mismo no solamente opera cuando se registre la conducta constitutiva de incumplimiento contractual prevista en la póliza (hipótesis fáctica del amparo). Es necesario, además, que la falta contractual incurrida por el Contratista afianzado, si encaja en el supuesto de hecho del amparo asegurativo, le cause un perjuicio económico directo al Contratante asegurado. Sin esto último, no habrá nada que indemnizar. Por ende, ambas situaciones (incumplimiento del contrato afianzado en los términos de la póliza y causación de un perjuicio directo) son indispensables para que se configure la condición suspensiva de la cual pende el nacimiento de la prestación indemnizatoria asumida por las Aseguradoras.



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

12/17

27. **Es cierto**, aunque aclaro que los alcances de las coberturas y exclusiones correspondientes al seguro de cumplimiento, se encuentran circunscritas a los estrictos y precisos términos plasmados en su clausulado.
28. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
29. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
30. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
31. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que la FDN acepta que desde el 4 de febrero de 2015 ya conocía de posibles problemas con la “legalización” del anticipo por parte de THX.
32. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que

6. 11

1. 1
1. 1





VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

12/8

participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

33. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Igualmente, el numeral hace referencia a un subcontrato que no afianzó mi representada. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

34. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Igualmente, el numeral hace referencia a un subcontrato que no afianzó mi representada. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

35. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Igualmente, el numeral hace referencia a un subcontrato que no afianzó mi representada. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

36. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Igualmente, el numeral hace referencia a un subcontrato que no afianzó mi representada. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

37. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que

1. The first part of the report is a general introduction to the subject of the study.

2. The second part of the report is a detailed description of the methods used in the study.

3. The third part of the report is a discussion of the results of the study.

4. The fourth part of the report is a conclusion and a list of references.

5. The fifth part of the report is a summary of the findings of the study.

6. The sixth part of the report is a list of the names of the people who were involved in the study.

7. The seventh part of the report is a list of the names of the people who were consulted during the study.

8. The eighth part of the report is a list of the names of the people who were interviewed during the study.

9. The ninth part of the report is a list of the names of the people who were observed during the study.

10. The tenth part of the report is a list of the names of the people who were interviewed during the study.

11. The eleventh part of the report is a list of the names of the people who were observed during the study.

12. The twelfth part of the report is a list of the names of the people who were interviewed during the study.

13. The thirteenth part of the report is a list of the names of the people who were observed during the study.

14. The fourteenth part of the report is a list of the names of the people who were interviewed during the study.

participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Igualmente, el numeral hace referencia a un subcontrato que no afianzó mi representada. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

38. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Igualmente, el numeral hace referencia a un subcontrato que no afianzó mi representada. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

39. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que la FDN acepta que desde el 11 de febrero de 2015 ya conocía de posibles problemas con la “legalización” del anticipo por parte de THX.

40. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que la FDN acepta que desde el 17 de abril de 2015 ya conocía de posibles problemas con la “legalización” del anticipo por parte de THX.

41. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.



42. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que la FDN acepta que desde el 30 de enero de 2015 ya conocía de posibles problemas con la “legalización” del anticipo por parte de THX.
43. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que la FDN acepta que desde el 29 de octubre de 2014 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.
44. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que la FDN acepta que desde el 20 de mayo de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.
45. Aunque **es cierta** la existencia de la comunicación, **no me consta** la existencia de incumplimientos contractuales, como quiera que tales circunstancias atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que la FDN acepta que desde el 27 de mayo de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

46. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que la FDN acepta que desde el 30 de mayo de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.
47. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.
48. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que la FDN acepta que desde el 16 de junio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales – ambientales de THX.
49. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que la FDN acepta que desde el 26 de junio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.
50. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere

contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que la FDN acepta que desde el 30 de junio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales – ambientales de THX.

51. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que la FDN acepta que desde el 30 de junio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales – ambientales de THX.
52. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que la FDN acepta que desde el 30 de junio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales – ambientales de THX.
53. **Es cierta** la citación realizada el 3 de julio de 2013 a **CONFIANZA** y a THX para el procedimiento administrativo contemplado en el art. 86 de la Ley 1474 de 2011. Nótese cómo, con dicha citación, se hace evidente que la intención de la FDN era iniciar los pasos pertinentes para requerir el pago a la Aseguradora, lo cual se concretó con las decisiones tomadas en dicho procedimiento y la remisión a **CONFIANZA** del acta de liquidación unilateral.

De otra parte, **no me consta** ninguna de las restantes circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el

proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que la FDN acepta que desde el 3 de julio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.

54. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que la FDN acepta que desde el 3 de julio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.
55. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que la FDN acepta que desde el 3 de julio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.
56. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que FDN acepta que desde el 3 de julio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.
57. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos

modos, destaco que FDN acepta que desde el 3 de julio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.

58. **Es cierto** el inicio del procedimiento con el objetivo de liquidar el Contrato por el posible incumplimiento contractual. Ahora bien, a partir de la afirmación contenida en este numeral se evidencia, aún más, que la intención de la FDN al vincular al trámite administrativo a **CONFIANZA**, y al expedir la liquidación unilateral, no es otra distinta que requerirla para el pago. No de otra manera se entiende que la Aseguradora haya sido integrada a un procedimiento administrativo (conocimiento del supuesto incumplimiento) y se le haya enviado copia del proyecto de acta de liquidación (cuantificación de perjuicios).

59. **Es cierto.**

60. **Es cierta** la realización de la audiencia el 6 de julio de 2015, mas **no me consta** ninguna de las restantes circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

61. **Es cierta** la realización de la audiencia el 9 de julio de 2015 y lo en ella acontecido, **no me consta** ninguna de las restantes circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

62. **Es cierto.**

63. **Es cierto.** Ahora bien, no se entiende por qué razón la FDN no adoptó las medidas conducentes para continuar con la ejecución del Contrato, a pesar de la propuesta del liquidador de THX. Con su injustificada negativa, la FDN desconoció el deber de mitigar sus propios daños y agravó el estado del riesgo.
64. **Es cierto.**
65. **Es cierto** lo ocurrido en la audiencia. Ahora bien, **no es cierto**, como lo dice el representante de la FDN, que en ese momento no se está cobrando la garantía. Es obvio que sí se le estaba requiriendo el pago del siniestro a la Aseguradora, pues de otra manera no se entiende por qué fue vinculada a un trámite administrativo cuyo objetivo no era otro distinto que establecer la ocurrencia y cuantía del siniestro asegurado (declarar el incumplimiento del Contrato afianzado y establecer los posibles perjuicios en la liquidación unilateral). Además, con más veras es evidente la intención de cobrar la garantía cuando en agosto de 2015 se le remitió el acta de liquidación a **CONFIANZA**. Por ende, así las declaraciones administrativas de incumplimiento y el acta de liquidación carezcan de soporte probatorio, lo cierto es que, con las mismas, se le hizo a mi representada un requerimiento para el pago; el cual vino a ser reiterado solo hasta noviembre de 2016.
66. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado. De todos modos, destaco que la FDN acepta que desde el 14 de julio de 2015 ya conocía de posibles faltas contractuales de THX.
67. **Es cierto** que el procedimiento finalizó el 19 de agosto de 2015 con el acta de liquidación unilateral, la cual le fue enviada a mi representada a manera de notificación, para hacerle

oponible, la posible existencia de siniestro (declaración de incumplimiento del Contrato afianzado y posibles perjuicios en la liquidación unilateral). Por consiguiente, es claro que la intención de la FDN era requerir a la Aseguradora para el pago del siniestro.

De otra parte, **no me consta** ninguna de las restantes circunstancias referidas en este numeral (incluyendo el contenido del acta de liquidación), como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

68. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

69. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

En todo caso, nótese que, en el acta de liquidación, la FDN estaba poniendo de presente lo que, a su juicio, configuraba la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza de cumplimiento (declaración de incumplimiento del Contrato afianzado y posibles perjuicios en la liquidación unilateral). Por consiguiente, es claro que la intención de la FDN, al remitir dicha acta de liquidación a **CONFIANZA**, era requerir a la Aseguradora para el pago del siniestro.

70. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que

participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

En todo caso, nótese que, en el acta de liquidación, la FDN estaba poniendo de presente lo que, a su juicio, configuraba la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza de cumplimiento (declaración de incumplimiento del Contrato afianzado y posibles perjuicios en la liquidación unilateral). Por consiguiente, es claro que la intención de la FDN, al remitir dicha acta de liquidación a **CONFIANZA**, era requerir a la Aseguradora para el pago del siniestro.

71. **No me consta** ninguna de las circunstancias referidas en este numeral, como quiera que las mismas atañen al desarrollo de una relación contractual que materializaron y en la que participaron, exclusivamente, la FDN, THX y la Interventoría que la primera hubiere contratado. Al respecto, me atengo a lo que en el proceso resulte demostrado.

En todo caso, nótese que, en el acta de liquidación, la FDN estaba poniendo de presente lo que, a su juicio, configuraba la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza de cumplimiento (declaración de incumplimiento del Contrato afianzado y posibles perjuicios en la liquidación unilateral). Por consiguiente, es claro que la intención de la FDN, al remitir dicha acta de liquidación a **CONFIANZA**, era requerir a la Aseguradora para el pago del siniestro.

72. **Es cierto** que mediante una comunicación fechada el 31 de octubre de 2016, la cual fue recibida por mi representada el 9 de noviembre del mismo año, la FDN pidió el pago de la indemnización derivada de la póliza de cumplimiento; lo cual ya había realizado mediante el procedimiento administrativo iniciado en julio de 2015 y la liquidación unilateral de agosto de 2015.

1228

Empero, **no es cierto** que mediante el documento en cuestión la FDN hubiere formulado una reclamación en los términos del art. 1077 comercial, toda vez que, con la misma, no acreditó la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida (incumplimientos contractuales alegados y los perjuicios solicitados); según lo expuso **CONFIANZA** en su respuesta del 9 de diciembre de 2016, y tal cual se pone de presente en la presente contestación a la demanda reformada.

73. **Es cierto** que mediante una comunicación fechada el 31 de octubre de 2016, la cual fue recibida por mi representada el 9 de noviembre del mismo año, la FDN pidió el pago de la indemnización derivada de la póliza de cumplimiento; lo cual ya había realizado mediante el procedimiento administrativo iniciado en julio de 2015 y la liquidación unilateral de agosto de 2015.

Empero, **no es cierto** que mediante el documento en cuestión la FDN hubiere formulado una reclamación en los términos del art. 1077 comercial, toda vez que, con la misma, no acreditó la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida (incumplimientos contractuales alegados y los perjuicios solicitados); según lo expuso **CONFIANZA** en su respuesta del 9 de diciembre de 2016, y tal cual se pone de presente en la presente contestación a la demanda reformada.

74. **Es cierta** la existencia de la objeción, aunque me permito remitir al contenido integral del documento calendado el 9 de diciembre de 2016 para poder evidenciar correcta y cabalmente los argumentos expuestos por **CONFIANZA**.
75. **Es cierta** la existencia de la objeción, aunque me permito remitir al contenido integral del documento calendado el 9 de diciembre de 2016 para poder evidenciar correcta y cabalmente los argumentos expuestos por **CONFIANZA**.

76. Aunque existen dudas frente a si el documento fue presentado el 12 o 17 de mayo de 2017, **es cierto** que mediante una comunicación fechada el 12 de mayo de 2017, la FDN pidió el pago de la indemnización derivada de la póliza de cumplimiento; lo cual ya había realizado mediante el procedimiento administrativo iniciado en julio de 2015 y la liquidación unilateral de agosto de 2015.

Sin embargo, **no es cierto** que mediante el documento en cuestión la FDN hubiere formulado una reclamación en los términos del art. 1077 comercial, toda vez que, con la misma, no acreditó la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida (incumplimientos contractuales alegados y los perjuicios solicitados); según lo expuso **CONFIANZA** en su respuesta del 9 de junio de 2017, y tal cual pone de presente en la presente contestación a la demanda reformada.

77. Aunque existen dudas frente a si el documento fue presentado el 12 o 17 de mayo de 2017, **es cierto** que mediante una comunicación fechada el 12 de mayo de 2017, la FDN pidió el pago de la indemnización derivada de la póliza de cumplimiento; lo cual ya había realizado mediante el procedimiento administrativo iniciado en julio de 2015 y la liquidación unilateral de agosto de 2015.

Sin embargo, **no es cierto** que mediante el documento en cuestión la FDN hubiere formulado una reclamación en los términos del art. 1077 comercial, toda vez que, con la misma, no acreditó la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida (incumplimientos contractuales alegados y los perjuicios solicitados); según lo expuso **CONFIANZA** en su respuesta del 9 de junio de 2017, y tal cual se expone en la presente contestación a la demanda reformada.

78. **Es cierta** la existencia de la manifestación de la FDN, aunque **no es cierta** su veracidad, pues no hay evidencia de un mal uso del anticipo; y, de todas maneras, su amortización

total implica que el valor ha sido reintegrado totalmente al patrimonio de la FDN (inexistencia de daño).

79. **Es cierta** la existencia de la manifestación de la FDN, aunque **no es cierta** su veracidad, pues no hay evidencia de un mal uso del anticipo; y, de todas maneras, su amortización total implica que el valor ha sido reintegrado totalmente al patrimonio de la FDN (inexistencia de daño).

80. **Es cierta** la existencia de la objeción, aunque me permito remitir al contenido integral del documento calendado el 9 de junio de 2017 para poder evidenciar correcta y cabalmente los argumentos expuestos por **CONFIANZA**.

81. **Es cierta** la existencia de la objeción, aunque me permito remitir al contenido integral del documento calendado el 9 de junio de 2017 para poder evidenciar correcta y cabalmente los argumentos expuestos por **CONFIANZA**.

IV. ARGUMENTOS DE DEFENSA Y EXCEPCIONES DE MÉRITO

1. PRESCRIPCIÓN DE CUALQUIER EVENTUAL DERECHO DERIVADO DEL CONTRATO DE SEGURO

Sobre el particular, es necesario empezar por destacar que los derechos derivados del contrato de seguro, tienen un término de prescripción ordinaria de dos (2) años contados a partir de la fecha en que el interesado (FDN) conoció o debido conocer del hecho que da base a la acción, conforme lo establece el art. 1081 del Código de Comercio (CCo):

“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” (resaltado no original).

Ahora bien, en aras de dilucidar el correcto alcance de la estipulación normativa citada, es indispensable señalar que, para efectos de la operatividad del lapso prescriptivo ordinario, resulta imperioso que el interesado en hacer valer cualquier derecho derivado del contrato aseguratorio, conozca o deba conocer el *“hecho que da base a la acción”*; entendiendo por éste, ni más ni menos, el acaecimiento material del siniestro, tal cual lo ilustra el siguiente aparte jurisprudencial elaborado por la Corte Suprema de Justicia:

“El recurrente propone como regla del caso, que el término de prescripción ordinaria establecido por el artículo 1081 del Código de Comercio inicia su curso cuando la aseguradora rechaza la reclamación que el interesado le presenta.

Pero tal planteo carece de fundamento, porque como ha interpretado la Corte, las expresiones “tener conocimiento del hecho que da base a la acción” y “desde el momento en que nace el respectivo derecho” (utilizadas en su orden por los incisos 2º y 3º del artículo 1081 del C. de Co.) comportan ‘una misma idea’, 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 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 oportunidad, 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”. En suma, la regla legal aplicable en casos como el presente, dista radicalmente del planteamiento del casacionista, pues el conocimiento real o presunto del siniestro por parte del interesado en demandar, es el hito temporal que debe ser considerado para que se inicie el conteo de la prescripción ordinaria.

Con abstracción del carácter objetivo o subjetivo que ronda en derredor de la prescripción ordinaria o extraordinaria en materia de seguros y que no es objeto del recurso, lo cierto es que sea cual sea la percepción acerca del fenómeno deletéreo, no hay elemento normativo alguno que permita tomar el rechazo de una reclamación como detonante del término prescriptivo.

Entonces, el rechazo de la reclamación no puede tenerse como el referente inicial para contar el término de prescripción ordinaria previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio, como sugiere el recurrente, porque según la propia norma la prescripción se inicia “desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción”, disposición que indudablemente descarta la búsqueda de una ocasión distinta para despuntar la contabilización del citado término de dos años³.

“Resulta por ende de lo dicho, que los dos años de la prescripción ordinaria corren para todas las personas capaces, a partir del momento en que conocen real o presuntamente del hecho que da base a la acción, por lo cual dicho término se suspende en relación con los incapaces (artículo 2541 C.C.), y no corre contra quien no ha conocido ni podido o debido conocer aquél hecho; mientras que los cinco años de la prescripción extraordinaria corren sin solución de continuidad, desde el momento en que nace el respectivo derecho, contra las personas capaces e incapaces, con total prescindencia del conocimiento de ese hecho, como a espacio se refirió, y siempre que, al menos teóricamente, no se haya consumado antes la prescripción ordinaria”⁴ (subrayado no original).

Es así cómo, frente a cualquier cuestión indemnizatoria derivada del contrato de seguro, se verifica la prescripción ordinaria extintiva de los derechos de cobro correspondientes, cuando se da el transcurso de dos (2) años desde el momento en que el interesado tuvo o ha debido tener conocimiento del acaecimiento del siniestro, sin que éste haya adelantado las actuaciones pertinentes para interrumpir el cómputo del referido término. Al respecto, debe anotarse que dentro de la categoría jurídica de “interesado”, pueden incluirse las instituciones del asegurado y del beneficiario de la póliza, que son aquellas que ostentaba la FDN en relación con el seguro de cumplimiento celebrado con mi poderdante:

“Para el cabal entendimiento del artículo 1081 C. de Co. es preciso comprender claramente lo que se quiso regular en el inciso segundo de la disposición y establecer qué

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 12 de febrero de 2007, Exp. No. 68001-31-03-001-1999-00749-01, MP. Dr. Edgardo Villamil Portilla.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 3 de mayo de 2000, Exp. No. 5360, MP. Dr. Nicolás Bechara Simancas.



significan las expresiones “el interesado” y “hecho que da base a la acción” y (sic) al respecto, es necesario tener presente que por “el interesado” debe entenderse, en primer término, el sujeto de derecho (persona natural, jurídica o patrimonio autónomo) que tiene la posibilidad de ser indemnizada por el asegurador con ocasión de la ocurrencia de un siniestro (...)

Por consiguiente, no es un interés jurídico indirecto en el contrato el que permite tipificar la calidad de interesado, sino uno directo y de contenido económico que es el que se origina para quienes quedan vinculados al mismo y que son los sujetos antes referidos.

La Corte Suprema de Justicia, es de esta opinión al afirmar que “por *interesado* debe entenderse quien deriva algún derecho del contrato de seguro, que al tenor de los numerales 1º y 2º del art. 1047 son el tomador, el **asegurado**, el **beneficiario** y el asegurador”, agrega que “estas son las mismas personas contra quienes puede correr la prescripción extraordinaria porque no se trata de una acción pública que pueda ejercitar cualquiera”⁵.

En este orden de ideas creo que los arts. 1037 y 1080 del C. de Co. son las normas claves para poder conocer concretamente quiénes tienen la calidad de interesados, ya que el primero de ellos se refiere al tomador y a la aseguradora y el último establece los que pueden cobrar una indemnización (**asegurado o beneficiario**) y quién está obligado a pagarla. De las citadas disposiciones también se extrae que las personas mencionadas anteriormente son las que ostentan la calidad de interesados y, por ende, las cobijadas por el plazo de prescripción, ora a favor, bien en contra.

En consecuencia, si por “el interesado” se entiende a más del asegurador, el tomador, el **asegurado** o el **beneficiario**, con relación a estos sujetos de derecho correrán los términos de prescripción previstos en el art. 1081 del C. de Co. y no solo la ordinaria de dos años expresamente señalada en el inciso segundo, sino también la extraordinaria de que trata el inciso tercero (...)”⁶ (resaltado y subrayado no original).

Así las cosas, considerando que la FDN pretende afectar una póliza de seguro que aseguró el cumplimiento del Contrato referido en la demanda, nótese que la jurisprudencia patria ha sido absolutamente clara en aplicar al seguro de cumplimiento, el lapso bianual correspondiente a la prescripción ordinaria del art. 1081 CCo, independientemente del régimen jurídico público o

⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia de julio 4 de 1977, publicada en “*Informativo Jurídico de Fasecolda*”, núm. 3, septiembre de 1977.

⁶ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Bogotá: DUPRE Editores, 5 edición, 2010, p. 289-290.

privado que gobierne al contrato estatal afianzado; tal cual pasa a ejemplificarse mediante las siguientes citas jurisprudenciales:

-“(…) “Cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento. Lo anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081⁷ del Código de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

“El artículo 1081 del Código de Comercio consagró un término de dos años para la prescripción ordinaria y uno de cinco años para la extraordinaria, la primera de ellas corre desde el momento en que el interesado haya tenido conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, (factor subjetivo) mientras que la extraordinaria por ser objetiva, correrá contra toda clase de personas sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho.”⁸

“De otra parte ha señalado la doctrina que los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria corren simultáneamente, es decir, que dentro del plazo de los cinco años puede operar el término de los dos años, lo cual no significa que el interesado pueda acogerse indistintamente, a su conveniencia, a una u otra de las prescripciones anotadas⁹ toda vez que aquella que primero se agote está llamada a producir el efecto extintivo de la obligación o del derecho correlativo¹⁰.

⁷ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: *«Artículo 1081.- La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

La prescripción ordinaria será de dos (2) 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 (5) 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.»

⁸ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667Al: “respecto puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de mayo de 2000, Exp. 5360, M.P. Nicolás Bechara Simancas.”

⁹ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Aviso de siniestro, reclamación, objeción y subrogación dentro del contrato de seguro. Revista Fasecolda, No. 9.”

¹⁰ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “OSSA, Efrén, Teoría del contrato de Seguro, Segunda Edición. Editorial Temis, 1991. Bogotá, Colombia, pág. 443.”



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

1235

“A su vez, el Consejo de Estado, en sentencia de 6 de octubre de 2005, reiteró el criterio que de tiempo atrás había sostenido en relación con el término del cual disponía la Administración para declarar el siniestro acaecido en un contrato estatal, amparado por un contrato de seguro. En el siguiente sentido se pronunció¹¹:

‘El acaecimiento del siniestro, o sea, el incumplimiento, debe ocurrir dentro del plazo de vigencia del seguro fijado en la póliza, para que el Asegurador resulte obligado a la indemnización. Empero, dicho término no es el mismo dentro del cual las autoridades aduaneras deben declarar el incumplimiento. La Sala siguiendo este mismo criterio, se ha pronunciado reiteradamente en los siguientes términos¹²:

‘Cosa distinta la constituye el término para proferir el acto administrativo que ordene hacer efectiva la garantía, que junto con la póliza otorgada constituyen el título ejecutivo conforme lo preceptúa el artículo 68 numeral 5o. del Código Contencioso Administrativo.

‘Término que contrariamente a lo expresado por el a-quo no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía, porque éste tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia. Ocurrencia que puede tener lugar en cualquier momento incluido el último instante del último día de vigencia. Hecho muy diferente al de reclamación del pago o a la declaratoria del siniestro ocurrido, que pueden ser coetáneos o posteriores a la de la vigencia de la póliza.»¹³

‘Por regla general, la Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, que establece los términos de prescripción en el contrato de seguros, a este tenor:’

“De lo anteriormente expuesto se colige que la Administración tiene como termino máximo para declarar el siniestro, el de dos años después de haber tenido conocimiento

¹¹ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp. 7840, M.P. Camilo Arciniegas Andrade; sobre el mismo tema pueden consultarse las siguientes sentencias: de la Sección cuarta, sentencia de 31 de octubre de 1994, Exp. 5759; de la Sección Primera, sentencia de 21 de septiembre de 2000, Exp. 5796.”

¹² Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “Cita original del texto, Sentencia de 11 de julio de 2002 (C.P. Dr. Gabriel Mendoza Martelo) Exp: 11001-03-24-000-1999-0376-01 (Actor: Avianca S.A.)”

¹³ Cita original del texto transcrito) Sentencia de 31 de octubre de 1994. (C.P: Dr. Guillermo Chaín Lizcano). Exp.5759. (Actor: Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A.)

de la ocurrencia de los hechos constitutivos del mismo, de tal suerte que expedido el acto administrativo que lo declara y ejecutoriado el mismo, mediante el agotamiento de la vía gubernativa, empezará a correr el término de los dos años que la ley ha previsto para el ejercicio de la acción contractual. (...)”¹⁴.

“(...) Por ser pertinente para dilucidar el caso sometido a valoración de la Sala como primera medida, se hace necesario diferenciar el momento de ocurrencia del riesgo amparado, y de otra parte, el de su declaratoria que se realiza posteriormente y la cual es efectuada por la entidad pública mediante acto administrativo, con el propósito de ver materializada la garantía que ampara el patrimonio público.

De esta manera, lo que le interesa a la compañía aseguradora para efectos del reconocimiento de la indemnización, es que el hecho constitutivo del riesgo haya acaecido en periodo de vigencia de la póliza.

Así, lo ha resaltado la jurisprudencia de esta Corporación:

“El riesgo asegurado, se realizó durante la vigencia de la póliza, y lo único que hizo la entidad en el acto administrativo, fue declarar su ocurrencia, como mecanismo idóneo para proceder al cobro de la indemnización de las aseguradoras, puesto que esa era una exigencia contemplada en las mismas condiciones de sus pólizas: la declaratoria del siniestro, para hacer exigible la obligación. Antes de este acto, así se hubiera producido es incumplimiento del contratista – riesgo asegurado- la entidad no podía reclamar.

Debe tenerse en cuenta que lo que se exige en el régimen de los contratos de seguros, en cuanto a su vigencia y cobertura, es que el riesgo efectivamente se materialice durante el periodo de vigencia de la póliza, puesto que una cosa es el surgimiento del derecho al tener la indemnización y otra cosa es el derecho a recibir su pago, el que sí se concreta una vez se hace la reclamación en la forma establecida por la ley (...)”

Aunado a lo anterior, se trae a colación la reiterada jurisprudencia de esta Corporación quien frente a la declaratoria de siniestro y prescripción de las acciones contemplada en el artículo 1081 del C.Co., discurrió:

“Amén: de lo anterior, cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009, Exp. No. 14667, CP. Dra. Myriam Guerrero de Escobar; citada por la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. No. 21432, CP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento. Lo anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081 del Código de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

El artículo 1081 del Código de Comercio consagró un término de dos años para la prescripción ordinaria y uno de cinco años para la extraordinaria, la primera de ellas corre desde el momento en que el interesado haya tenido conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, (factor subjetivo) mientras que la extraordinaria por ser objetiva, correrá contra toda clase de personas sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho.

(...) De lo expuesto, la Sala puede establecer varias conclusiones a saber: (i) Primero es la ocurrencia del riesgo o siniestro y posteriormente, se produce su declaratoria. (ii) La Administración debe declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo; (ii) El plazo máximo con que cuenta la entidad estatal para esta declaratoria, es a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro; (iii) El riesgo debe acaecer durante la vigencia del seguro; y por último, (iv) No obstante, la declaratoria de ocurrencia del mismo, puede producirse después del vencimiento de la póliza.

Así las cosas, se infiere que el término establecido de dos años para que opere la prescripción ordinaria aludido por el artículo 1081 del C.Co., no significa que el acto administrativo que declara el siniestro debe quedar en firme dentro de ese período, solo se requiere, entiéndase bien, que durante ese término de vigencia de la póliza haya ocurrido del siniestro y que la Administración lo haya declarado mediante acto administrativo a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de la realización del riesgo amparado (...)”¹⁵ (negrillas fuera de texto)

-“(...) ANTECEDENTES

1.- Los autos dan cuenta que la entidad demandante y la sociedad A. V. INGENIEROS LIMITADA, celebraron los contratos números CO-961821, CO-941434 y su “OTRO SP”, y CO-9797, relacionados, en general, con programas de vivienda de interés social, en los cuales, aquélla se comprometió a entregar los aportes para la ejecución de cada proyecto, y esta última, a la construcción, venta y entrega de las respectivas unidades, así como a reintegrar a la primera el valor de su inversión.

¹⁵Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de noviembre de 2015, Exp. 76001-23-31-000-2011-01873-00 (53.914), CP. Dr. Jaime Orlando Santofimio.



VÉLEZ GUTIÉRREZ

A B O G A D O S

1238

La constructora, por esto, se obligó a constituir una garantía de cumplimiento por el valor total de cada aporte financiero, en caso de que incumpliera las obligaciones a su cargo, y otra dirigida a asegurar el pago de los perjuicios que con ocasión de ese proceder llegare a causar a la otra parte, amparos que efectivamente fueron constituidos por conducto de la compañía SEGUROS DEL ESTADO S. A.

2.- A partir de lo anterior, en el libelo que originó el proceso, la demandante afirma que la sociedad A. V. INGENIEROS LIMITADA, incumplió los aludidos contratos, de una parte, al no reintegrar la totalidad de los aportes que recibió para la ejecución de los proyectos, y de otra, al abstenerse de entregar las obras en su oportunidad y en la forma convenida.

Agrega que realizadas las respectivas reclamaciones, debidamente sustentadas, la aseguradora demandada las objetó sin fundamento serio alguno.

3.- Por lo tanto, en la demanda se solicitó que se declarara que SEGUROS DEL ESTADO S. A., incumplió las obligaciones derivadas de los contratos de seguros contenidos en las pólizas 963351921, 1057778, 98333906 Documento 2049, 973353476 y 973353477, y como consecuencia que se condenara a pagar a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR, CAFAM, el valor asegurado en cada una de ellas, con intereses moratorios. (...)

CONSIDERACIONES

1.- En el cargo, como se observa, no se pone en entredicho que, tratándose de la prescripción ordinaria de las acciones derivadas de la póliza de seguro de cumplimiento 973353476, vigente hasta el 31 de julio de 1998, relacionada con el contrato de construcción CO-9797 de 31 de enero de 1997, o de las disposiciones que la rigen, excepción que precisamente el Tribunal declaró fundada, que no la prescripción extraordinaria, el término extintivo empieza a correr desde el momento en que el interesado ha conocido o debido conocer el siniestro.

La discrepancia, desde luego, se predica de la época en que ese hecho se materializó, pues mientras que para el sentenciador, ello ocurrió el 30 de abril de 1998, dado que hasta ese día la sociedad constructora *"estaba en término de cumplir"* y no lo hizo, la entidad demandante sostiene, en general, que en virtud de lo estipulado en la cláusula novena del contrato de obra, el real conocimiento del siniestro se vino a tener el 29 de mayo del mismo año, fecha de suscripción del acta final de liquidación, dado que antes de esa data era imposible determinar el valor de la pérdida causada por el incumplimiento.

2.- Lo anterior significa, para ser coherentes con la posición que asume la recurrente en casación, respecto de la prescripción ordinaria, en cuanto el detonante de la misma obedecía a ese aspecto subjetivo, resulta claro que para nada importaba que la póliza en cuestión extendiera su vigencia hasta el 31 de julio de 1998. El juzgador, por lo tanto, sin

más, no pudo incurrir en error de hecho manifiesto al pasar por alto esa circunstancia, porque, se repite, la excepción extintiva, que encontró fundada, no estaba atada, en lo referente al cómputo de la misma, objetivamente, al vencimiento del contrato de seguro.

3.- Sin mayores disquisiciones, lo mismo debe decirse de los demás yerros fácticos denunciados, específicamente en lo atañedor a la fecha en que el acreedor de la prestación amparada, conoció o debió conocer el siniestro, en el caso, el incumplimiento del contrato de construcción, porque una cosa es la realización de ese riesgo, y otra, diferente, el valor de la obligación correlativa de la compañía de seguros.

La distinción es del propio legislador, cuando impone al asegurado o beneficiario del seguro, la carga de acreditar uno y otro requisito, al momento de la reclamación judicial o extrajudicial, es decir, la *"ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso"* (artículo 1077 del Código de Comercio). Esto, por supuesto, tiene su razón de ser, puesto que no sería posible hablar del monto de la deuda de la aseguradora demandada, sin que previamente se haya establecido el hecho que la ocasiona.

Por esto, el acta final de liquidación del contrato de construcción, suscrita el 29 de mayo de 1998, únicamente permitía establecer la cuantía del siniestro, que no el conocimiento real o presunto del hecho que lo originó, es decir, el incumplimiento. En consonancia con la recurrente, indistintamente, *"cuantificar"* el proceso de ventas de las unidades de vivienda, *"controlar y cuantificar la devolución del aporte"*, determinar el *"valor final"* de las sumas a su cargo, en fin.

En esa medida, el Tribunal no pudo incurrir en ningún error de hecho probatorio, con las características de evidente, al computar el término de la prescripción ordinaria, respecto de las acciones que se derivaban de la póliza 973353476, a partir del vencimiento del contrato de construcción al que se refería, hecho que efectivamente ocurrió el 30 de abril de 1998, porque si hasta ese día la sociedad afianzada tenía la posibilidad de cumplir lo estipulado, resultaba diáfano que si el acreedor de la respectiva prestación no la recibió en esa fecha, necesariamente se entiende que ahí mismo tuvo que conocer el incumplimiento.

Con mayor razón, cuando ninguna liquidación final había que efectuarse, pues desde la misma demanda, con relación al contrato que se entroncaba con dicho seguro (CO-9797), se afirmó que la sociedad constructora, *"no realizó ni entregó"* las soluciones de vivienda de interés social. Por esto, el Tribunal, fincado en los medios que relacionó, concluyó que dicha sociedad *"no construyó ninguno de los apartamentos a que se refiere el objeto del contrato, por lo que no se vendió ninguna unidad y por contera no se colectó cuota inicial alguna que debía ser destinada a la restitución del anticipo que se entregó por parte de CAFAM en cuantía de \$845'232.570"*.

Obsérvese, de otra parte, que esa cantidad fue la que se pactó expresamente en la cláusula séptima del contrato de obra que se relaciona con el seguro en comento, como *"aporte reembolsable para la financiación del proyecto"*, y es la misma que se consignó a favor de la entidad demandante en el documento de liquidación final de 29 de mayo de 1988. Por lo mismo,

en la pretensión correlativa se solicitó que se condenara a la demandada a pagar igual suma de dinero.

Frente a lo anterior, claramente se nota que la cláusula novena del contrato no fue convenida para establecer el conocimiento real o presunto del siniestro, sino para determinar la cuantía del mismo, de ahí que conforme a su tenor literal, la liquidación allí estipulada tenía aplicación solamente en el evento de “VENTA TOTAL” o “VENTA PARCIAL” de las “UNIDADES”. En el caso, desde luego, a ese estadio de ejecución de lo pactado no se arribó, porque como quedó dicho, en palabras del Tribunal, la contratista “no construyó ninguno de los apartamentos” comprometidos. (...)

4.2.- Distinto es que bajo la tesis de considerar, en el seguro de cumplimiento, al asegurado beneficiario como víctima o damnificado del hecho dañino, según el cargo segundo, se concluya que se trata de un amparo de responsabilidad civil contractual, cuando, entendiendo también que lo alegado en el punto se entronca con la tergiversación de la póliza, lo cierto es que esas relaciones aseguraticias son totalmente distintas, empezando por las normas que los regulan, aquél, en general, por el Decreto 225 de 1938 y el artículo 203 del Decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y éste, como se dijo, por los artículos 1127 a 1133 del Código de Comercio, con las reformas que le introdujo la Ley 45 de 1990.

Además, porque el objeto jurídico de uno y otro seguro no puede ser el mismo, pues el primero, en palabras de la Corte, tiene como mira “*garantizar el cumplimiento de la obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento —o en la eventualidad del incumplimiento del deudor—, el asegurador toma a su cargo ‘hasta por el monto de la suma asegurada, los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada’*”¹⁶, en tanto que el segundo, según sentencia de 10 de febrero de 2005, *supra* citada, “*además de procurar la reparación del daño padecido por la víctima, concediéndole los beneficios derivados del contrato, igualmente protege, así sea refleja o indirectamente, la indemnidad patrimonial del asegurado responsable, en cuanto el asegurador asume el compromiso de indemnizar los daños provocados por éste, al incurrir en responsabilidad, dejando ilesa su integridad patrimonial, cuya preservación, en estrictez, es la que anima al eventual responsable a contratar voluntariamente un seguro de esta modalidad*”.

Por lo mismo, en el seguro de cumplimiento de un contrato, el beneficiario de la indemnización es el acreedor de la obligación incumplida por el contratista afianzado, mientras que en el de responsabilidad civil contractual, no puede ser, en línea de principio, el mismo asegurado, pues se trata del causante de los perjuicios patrimoniales irrogados, sin perjuicio, claro está, se reitera, de las prestaciones que a él le puedan corresponder. De ahí que la víctima o damnificado es quien se convierte, en ejercicio de la acción directa, en el beneficiario del seguro, al instituirlo como tal el artículo 1127 del Código de Comercio, con la modificación que le introdujo el artículo 87 de la Ley 45 de 1990.

¹⁶ Sentencia de 081 de 15 de agosto de 2008, expediente 03216, reiterando doctrina anterior.

5.- En definitiva, como el seguro contenido en la póliza 973353476, relacionado con el contrato de construcción CO-9797, no es de responsabilidad civil, bajo cuya óptica se reclama la aplicación de las normas sustanciales citadas en los cargos segundo y tercero, sino de cumplimiento, es claro que el Tribunal no pudo incurrir en ninguno de los errores enrostrados. (...)»¹⁷.

Pues bien, aplicando los anteriores derroteros jurisprudenciales al caso que nos ocupa, se llama la atención del Despacho en cuanto a que el plazo contractual del Contrato afianzado finalizó el pasado **30 de mayo de 2015**. Es decir, hasta esa fecha debieron haberse ejecutado las prestaciones asumidas por THX. Por consiguiente, tal cual lo presume la misma Sala de Casación Civil, huelga colegir que, para esa fecha, la entidad contratante -en este caso la FDN- estaba al tanto de lo que había acaecido durante la ejecución del Contrato, incluyendo la cristalización de los reproches contractuales formulados a THX. Asumir lo contrario, sería partir de la premisa conforme a la cual FDN, a pesar de su naturaleza pública, se desentendió por completo del negocio jurídico cuyo alegado incumplimiento pretende hacer valer. De ahí que resulte totalmente válido y sensato asumir que desde ese mismo 30 de mayo de 2015 FDN conocía o debía conocer (vocablos empleados por el art. 1081 CCo), la ocurrencia de las faltas contractuales atribuidas a THX; máxime si se consideran los siguientes elementos de juicio, puestos de presente por la misma sociedad demandante:

- Hecho 2.31 de la demanda reformada: supuesta comunicación de la Interventoría del **4 de febrero de 2015**, respecto a algunos saldos que se consideraron pendientes de amortizar.
- Hecho 2.39 de la reforma a la demanda: supuesta comunicación de la Interventoría del **11 de febrero de 2015**, respecto a algunos saldos que se consideraron pendientes de amortizar.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 20 de septiembre de 2010, Exp. No. C-1100131030112000-00428-01, MP. Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

- Hecho 2.45 de la demanda reformada: comunicación del **27 de mayo de 2015** en la que la FDN ya reportaba a mi representada lo que, en su sentir, constituían incumplimientos contractuales.
- Hecho. 2.46 de la demanda reformada: acta de terminación del Contrato del **30 de mayo de 2015**, en la cual, de forma unilateral, se dejaron constancias de los supuestos incumplimientos contractuales.

En todo caso, incluso si se quisiera ser benévolo con la parte demandante, y aceptar, en gracia de discusión, que para el fin de la vigencia contractual la FDN no sabía ni debía saber que, supuestamente, el Contrato afianzado había sido incumplido, de todos modos del cuerpo de la reforma a la demanda, así como de sus documentos adjuntos, brotan las siguientes fechas, en las cuales no cabe duda que FDN conocía perfectamente de las problemáticas contractuales argüidas como soporte de sus pretensiones:

- Hecho 2.48 de la reforma a la demanda: hace alusión a una comunicación del **16 de junio de 2015**, tocante a supuestos incumplimientos contractuales de corte ambiental.
- Hecho 2.49 de la demanda reformada: informe del **26 de junio de 2015** de la Interventoría, acerca de aparentes fallas en la legalización del anticipo y la entrega de productos.
- Hecho 2.50 de la reforma a la demanda: reporte de la Interventoría del **30 de junio de 2015**, referente a supuestos incumplimientos de orden ambiental.
- Hecho 2.53 de la demanda reformada: el **3 de julio de 2015** FDN citó a THX y a **CONFIANZA** al procedimiento fijado en el art. 86 de la Ley 1474 de 2011, con ocasión a los supuestos incumplimientos del Contrato.

- Hecho 2.57 de la reforma a la demanda: el informe final de la Interventoría tuvo lugar el **3 de julio de 2015**.

En este orden de ideas, inclusive asumiendo la postura más beneficiosa para la FDN, se puede tomar esta última fecha como inicio del devenir del periodo bianual de prescripción ordinaria de los derechos que pretenden derivarse del contrato de seguro; aunque es evidente que lo jurídicamente correcto es hacerlo desde el **30 de mayo de 2015**, acorde a la postura jurisprudencial fijada por la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, tampoco es un secreto que el inciso final del art. 94 CGP introdujo en nuestro ordenamiento una nueva modalidad de interrupción de la prescripción extintiva: *“El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. **Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez**”* (resaltado no original). Contrario a lo que implícitamente propone la FDN, dicho requerimiento no se realizó por primera vez el 9 de noviembre de 2016, ni en mayo de 2017. En realidad, el primer requerimiento para el pago tuvo lugar a partir del procedimiento administrativo que inició el 3 de julio de 2015 y finalizó con el acta de liquidación unilateral, el cual le fue remitida a CONFIANZA el 12 de agosto de 2015.

En efecto, a pesar de que la FDN, de manera cuanto menos curiosa, afirmó durante dicho procedimiento administrativo que con posterioridad iniciaría el trámite de reclamación a la Aseguradora de cumplimiento, lo cierto es que con el referido procedimiento administrativo y con la remisión del acta de liquidación unilateral, sí le requirió el pago del seguro a CONFIANZA. Ello se explica por cuanto, en primer lugar, el objetivo del procedimiento fijado en el art. 86 de la Ley 1474 de 2011 se encuentra claramente determinado por dicha norma legal:

“Las entidades (...) **podrán declarar el incumplimiento**, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un **posible incumplimiento de las obligaciones** a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. **En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación** y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. **En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera; (...)**” (resaltado no original).

Es decir, nótese que el propósito del procedimiento administrativo adelantado es declarar el incumplimiento del Contrato (siniestro aseguro, en los estrictos términos de la póliza, por el seguro de cumplimiento); y hacerle conocer dicha declaración al garante (**CONFIANZA**).

Si a lo anterior se le suma la afirmación contenida en el numeral 2.58 de los hechos de la reforma a la demanda¹⁸, se evidencia, aún más, que la intención de la FDN al vincular al trámite administrativo a **CONFIANZA**, y al expedir la liquidación unilateral, no es otra distinta que requerirla para el pago. No de otra manera se entiende que la Aseguradora haya sido integrada a un procedimiento administrativo (conocimiento del supuesto incumplimiento contractual) y se le haya enviado copia del proyecto de acta de liquidación en agosto de 2015, la cual contiene la cuantificación de los supuestos perjuicios cuyo reconocimiento ahora se pide en la demanda que nos ocupa; cuantificación que se terminó plasmando en el acta definitiva. Además, en dicha acta de liquidación se hace mención a la póliza de cumplimiento y a los amparos.

Es decir, ¿qué otro objetivo puede tener el hacer partícipe a **CONFIANZA** de un trámite administrativo en el cual se pone de presente los supuestos reproches contractuales, así como los aparentes daños derivados de los mismos, distinto a hacerle ver a la Aseguradora que, en opinión de la FDN, ha acaecido el siniestro cubierto por el seguro de cumplimiento (condición

¹⁸ “El 6 de julio de 2015 se dio inicio al procedimiento establecido por el contrato 069-2013 para proceder con su liquidación por incumplimiento contractual por parte de THX”.



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

1247

suspensiva), lo cual dio nacimiento, acorde a la demandante, a la prestación de pago indemnizatoria derivada de la póliza? ¿qué otra es la utilidad práctica de tales actuaciones de la FDN respecto de **CONFIANZA**, diferente a ponerle de presente que, en sentir de la entidad pública, la póliza de cumplimiento se ha visto afectada?

Tan entendió mi representada que con el procedimiento administrativo y la liquidación en cuestión estaba siendo requerida para afectar la póliza, que presentó argumentos de defensa para negar la ocurrencia del siniestro. Si no hubiese sido un requerimiento para pagar, sencillamente **CONFIANZA** ni hubiera sido citada al trámite, o hubiera guardado silencio durante el mismo. No lo hizo precisamente porque era obvio que todas las acciones de la FDN estaban dirigidas a cobrar una indemnización a partir de la póliza de cumplimiento.

En tal sentido, es evidente que las comunicaciones de cobro del 9 de noviembre de 2016 y mayo de 2017 no eran otra cosa distinta que reiterar lo que la FDN ya le había hecho saber a **CONFIANZA**: que bajo la perspectiva de la entidad demandante, la Aseguradora de cumplimiento debía indemnizar los perjuicios derivados de las inobservancias prestacionales atribuidas a THX. De contera, y puesto que el art. 94 CGP es claro en que el requerimiento para interrumpir la prescripción solo procede por única vez, salta a la vista la inutilidad de tales solicitudes de pago del 9 de noviembre de 2016 y mayo de 2017.

En consecuencia, si hubiera que dar aplicación al inciso final del art. 94 CGP, forzosamente habría que inferir que la interrupción de la prescripción extintiva tuvo lugar el **12 de agosto de 2015**, día en que la FDN le envió a **CONFIANZA** el proyecto de liquidación contractual, que terminaría replicándose idénticamente en el acta final de liquidación. De contera, habría que colegir, bajo este escenario, que el término de dos (2) años establecido legalmente para la prescripción ordinaria de los derechos derivados del contrato de seguro se consolidó a más tardar en el mes de **agosto de 2017**.

Habida cuenta que la solicitud de conciliación prejudicial en contra de mi representada solo vino a ser incoada hasta el **23 de octubre de 2018**, de acuerdo al acta anexa a la demanda, salta de bulto que el periodo bianual de prescripción ya había fenecido, con creces, para el momento en que la FDN inició las actuaciones procesales tendientes a evitar la configuración de la excepción de mérito en comento.

2. NO SE NOTIFICÓ LA MODIFICACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1060 COMERCIAL, CON LAS CONSECUENCIAS QUE DE ELLO SE DERIVAN

Las partes del Contrato afianzado jamás notificaron o informaron formalmente a **CONFIANZA**, con la debida antelación o anticipación, que habían decidido contrariar lo señalado en la cláusula séptima de dicho contrato, efectuando pagos intermedios a partir de actividades de corazonamiento no ejecutadas, así como a partir de registros de pozo no efectuados. Por tal virtud, debe entenderse que el contrato de seguro finalizó automáticamente desde las infracciones, habida cuenta que la FDN y THX alteraron voluntariamente el estado del riesgo; y no dieron aviso, en los términos de ley, a la Aseguradora de cumplimiento.

En efecto, de acuerdo con lo establecido por el art. 1060 CCo¹⁹, la variación de la identidad local del riesgo debe ser notificada por el tomador y/o asegurado a la aseguradora, con una “*antelación no menor a diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o tomador.*”

¹⁹ “El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

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





VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

1247

Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación". De no informarse a la Compañía de Seguros el cambio en comento, la norma es clara en mencionar que se produce "la terminación del contrato":

"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 1 del artículo 1058²⁰, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

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

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."

Nótese que la variación de la identidad local o agravación del riesgo debe ser notificada siempre; la norma no deja espacio alguno para que la misma quede al arbitrio del tomador ni del asegurado, ni la hace depender de algún tipo de análisis en torno al efecto que dicha variación o agravación puede llegar a generar sobre el equilibrio contractual. Simplemente la impone, y por

²⁰ "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".

ello debe cumplirse con dicha carga de manera estricta en los términos establecidos en la misma norma legal.

En el presente caso, y de acuerdo a lo que se evidencia en todos los anexos emitidos respecto al seguro de cumplimiento No. CU066803, la sociedad demandada aceptó, en los términos de la póliza, amparar el cumplimiento de las obligaciones de THX, derivadas del Contrato afianzado, y de sus cuatro (4) otrosíes. Conforme a este entramado contractual, particularmente al tenor de lo convenido en la versión original del Contrato afianzado y de su Otrosí No. 1, la cláusula séptima del Contrato, en un aparte que permaneció inalterable hasta el último día de su vigencia, resultaba clara en señalar que los pagos intermedios sólo podían hacerse “(...) según el avance de la perforación realmente ejecutada y aprobada por la Interventoría del Contrato y/o la supervisión técnica de la ANH (...)”.

Bajo tal entendido, salta a la vista que, el riesgo voluntaria y expresamente asumido por mi poderdante, contemplaba, dentro de sus características esenciales, un esquema de pagos, acorde al cual, a excepción de lo tocante al último diez por ciento (10%), debía hacerse en función de la perforación acometida, y la correspondiente aprobación de la Interventoría y/o de la supervisión de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH).

Como es natural suponer, los aspectos que acaban de reseñarse en el párrafo anterior son esenciales e ínsitos a la ontología y contexto del riesgo asegurado (incumplimiento contractual). Los mismos permiten a la Aseguradora tener la tranquilidad que no se iban a generar erogaciones hasta tanto THX no acreditara que se iba satisfaciendo el objeto contractual mediante la perforación correspondiente. De ahí que pueda sostenerse, fácilmente, que la alteración de dicho escenario insoslayablemente produce una agravación o variación del riesgo contractual; máxime si se tiene en cuenta que **CONFIANZA** jamás aceptó asumir el amparo de pagos anticipados.

Pues bien, sin perjuicio de consideraciones y elementos de juicio adicionales que pudieran destacarse a lo largo del litigio, de la lectura de los eventos plasmados en la reforma a la demanda



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

1249

y en los documentos allegados como soporte de la misma, se puede colegir que la aludida agravación del riesgo se materializó desde el instante mismo en que la FDN decidió realizar pagos a THX, con ocasión a actividades no realizadas (realización del corazonamiento y el registro de pozos), y que no respondían a lo dispuesto en la cláusula de pagos del Contrato. Obviamente, ello tuvo lugar desde el año 2014, pues documentos de esa anualidad, como el Acta No. 021 del 19 de noviembre de 2014 (anexa a la demanda), dan cuenta de pagos por actividades no ejecutadas

En este orden de ideas, resulta indubitable que el riesgo de incumplimiento del Contrato afianzado se agravó notoriamente, pues, se pasó de un esquema de pagos de indudable seguridad (pago contra perforación y aprobación) a uno de pagos anticipados de actividades que, según la FDN, no fueron realizadas por THX. Por consiguiente, la realidad contractual generada por este sistema de pagos anticipados dista en demasía de aquella que, en su momento, se comprometió a asegurar **CONFIANZA**. Una cosa es un contrato dotado de un mecanismo que solo diera lugar a erogaciones a medida que se fuera verificando, técnicamente, la ejecución contractual, y otra muy diferente un negocio jurídico en el que paga por adelantado, antes de establecer si el contratista va a cumplir o no con sus prestaciones.

Y es más, también salta de bulto que, bajo el segundo modelo contractual (el derivado de los pagos anteriores a la verificación de la ejecución), la probabilidad de ocurrencia del siniestro de incumplimiento es mayor. Así entonces, ante mayor riesgo, lo lógico es que la Aseguradora hubiera estipulado condiciones más onerosas para dar su aseguramiento (v.gr. mayor prima), o se hubiere retraído de celebrar el contrato de seguro de cumplimiento.

En consecuencia, a la luz de lo preceptuado por los arts. 1060 y 1058 comerciales, se dieron todas las condiciones para que surgiera la obligación de notificar el agravamiento del estado del riesgo a mi representada. Sin embargo, ello no ocurrió en los términos consignados en el art. 1060 CCo. Producido el cambio de hecho al esquema de pagos sin previa verificación, no se dio aviso en tiempo a la Aseguradora. Es decir, no se informó diez (10) días antes de tales



circunstancias, ni se reportaron las situaciones ni (10) días ni treinta (30) después de acaecidas fácticamente.

En este orden de ideas fuerza colegir que, desde el vencimiento de cualquiera de los antedichos plazos, la póliza de cumplimiento feneció por ministerio de la ley.

Sobre este particular, así se ha pronunciado una autoridad sobre la materia, como el Profesor Efrén Ossa:

“(...) A. Agravaciones voluntarias o cambio de lugar

En las agravaciones voluntarias o en el cambio de lugar, la terminación no tiene por qué producir su efecto natural desde el momento mismo en que el asegurado ha incurrido en la omisión de la notificación. Recuérdese que debe hacerla con diez (10) días de antelación a la fecha programada para la modificación del riesgo, por lo menos hasta ese momento el riesgo original sigue siendo el mismo. El equilibrio contractual continua intacto. **El contrato solo puede terminar desde el momento mismo en que la agravación del riesgo o su cambio de lugar se hagan efectivos. (...)**”²¹ (resaltado fuera de texto).

Del mismo modo, la terminación contractual por ministerio de la ley, también ha sido reconocida por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 15 de agosto de 1986, la cual es reseñada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 9 de marzo de 1988, en la que se decide no casar la sentencia emitida por el Tribunal, así:

“(...) Expuesta esa conclusión, aborda enseguida el problema de la terminación del contrato de seguro por falta de aviso oportuno, con arreglo al numeral 4 del artículo 1060 del C de Co., terminación que, señalan, **si bien se produce por ministerio de la ley**, no es óbice para que pueda ser variada por la voluntad de las partes, “o por la de asegurador a quien interesa, caso este último en que se estima indispensable que medie expresa manifestación o una conducta inequívoca que lleve a la certeza del ánimo de renunciar a ese beneficio y de persistir en el contrato (...)” (negritas fuera de texto)

²¹ OSSA, J. Efrén. Teoría General del Seguro. El Contrato. Bogotá: Editorial Temis, 1991, p. 373.

En el mismo sentido se pronunció el Profesor Andrés Ordoñez, refiriéndose al incumplimiento de la obligación de la que se viene hablando:

“(…) La terminación se produce desde el momento en que se vence la oportunidad que tenía la parte asegurada para notificar, o, expresado de otra manera, desde el momento en que se incurre en mora en el cumplimiento de la carga, no desde el momento en que se produce el hecho agravante; aquí la ley protege a la parte asegurada, determinando que el contrato no se va a afectar con la agravación del estado del riesgo de manera inmediata y automática sino tras una serie de plazos de gracia, dentro de los cuales se puede notificar la agravación; **solo si se vence la oportunidad de hacer la notificación el contrato termina y termina automáticamente, sin necesidad de que haya una declaración de parte de este respecto.**

EFRÉN OSSA, en su obra, señala acertadamente a este respecto que hay un evento en que la terminación de contrato no coincide con el vencimiento del término para notificar al asegurador, que es el caso de las agravaciones voluntarias del estado del riesgo (...) ²² (negritas fuera de texto).

Así entonces, no queda duda que, en el caso que nos ocupa, la terminación automática del contrato de seguro se produjo de manera automática desde el instante en que se dieron de hecho las variaciones al sistema de pagos del Contrato afianzado; sin que se requiera ningún tipo de manifestación de la Aseguradora en el sentido de dar por terminado el contrato.

Como corolario de lo anterior, resulta imposible imponer obligación indemnizatoria alguna a **CONFIANZA**, toda vez que la aludida terminación tuvo lugar antes de la finalización del plazo total contractual, cualquiera que este sea, y antes que llegaran las fechas en las que, supuestamente, se debía dar cumplimiento a las obligaciones mencionadas en el escrito de demanda.

²² ORDÓÑEZ Andrés. Lecciones de derecho de seguros No. 3. Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2004, p. 68 y 69.

En todo caso, en el peor de los casos, si el Despacho considera que los anteriores argumentos no son de recibo, obsérvese que **CONFIANZA** solo pudo haber tenido conocimiento que el “(...) [e]l valor calculado por el corazonamiento no ejecutado asciende a COP\$2.056.033.924 suma que fue corroborada por el Contratista mediante comunicación 20147220018522 del 22 de diciembre de 2014. (...)”²³. En tal virtud, nunca conoció, en los términos del art. 1060 comercial, que se dieron pagos por causa de registros de pozos no tomados²⁴, ni lo tocante a la operación del taladros y sus componentes²⁵, ni menos de un costo global por concepto de no corazonamiento equivalente a doce mil ochocientos cuarenta y nueve millones ochocientos cuarenta y un mil doscientos cuarenta y siete pesos m/cte (\$12.849.841.247,00). Así, incluso si se señalara que mi representada sí sabía de la circunstancia anotada en el Otrosí No. 2, las restantes que acaban de mencionarse bastan por sí solas para sostener que sí se agravó el estado del riesgo, en violación a lo consagrado en el art. 1060 CCo, con la consecuencia extintiva antes referida.

3. AUSENCIA DE COBERTURA EN LO RELATIVO AL REINTEGRO DE PRODUCTOS NO ENTREGADOS (CORAZONAMIENTO Y REGISTROS ELÉCTRICOS NO TOMADOS)

3.1). No se otorgó el amparo de pagos anticipados.

De la lectura del escrito de la reforma a la demanda y de sus documentos anexos, salta a la vista que, en tratándose de las pretensiones tocantes a lo que FDN ha denominado “productos no entregados” (no corazonamiento y registros eléctricos no tomados), lo que la entidad demandante busca es la devolución o reembolso de valores que le fueron girados a THX. Dado que los mismos no son relacionados por la demandante como parte del anticipo entregado, fuerza colegir que las erogaciones se hicieron a título de pagos anticipados (antes de la ejecución

²³ V. p. 2 del Otrosí No. 2 al Contrato.

²⁴ Según FDN, basado en una supuesta comunicación del 14 de julio de 2015, el valor a devolver por registros de pozo no tomados ascienden a dos mil doscientos sesenta y dos millones seiscientos cuarenta y seis mil novecientos setenta y ocho pesos con sesenta y siete centavos m/cte (\$2.262.646.978,67).

²⁵ Según FDN, basado en una supuesta comunicación del 14 de julio de 2015, el valor asciende a ocho mil ochocientos ochenta y nueve millones trescientos setenta y seis mil cuatrocientos dos pesos con cincuenta y nueve centavos m/cte (\$8.889.376.402,59).

de la obligación); pues éstas son las dos únicas opciones jurídicas que explican que un contratante le entregue recursos a un contratista.

Por ende, es claro que la reclamación que, por el aludido concepto, eleva FDN, encaja perfectamente dentro de la descripción del amparo de pagos anticipados contemplada en las condiciones generales aplicables a las pólizas de cumplimiento expedidas por **CONFIANZA**, para aquellos casos en que se decida incluir dicho amparo frente a cada póliza an particular:

“EL AMPARO DE PAGOS ANTICIPADOS CUBRE A LAS ENTIDADES CONTRATANTES FRENTE A LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL NO REINTEGRO POR PARTE DEL GARANTIZADO, DEL SALDO A SU CARGO, CORRESPONDIENTE A LA DIFERENCIA EXISTENTE ENTRE EL MONTO RECIBIDO COMO PAGO ANTICIPADO Y EL PORCENTAJE DE CUMPLIMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO. EN CONSECUENCIA, SI EL OBJETO DEL CONTRATO SE CUMPLIÓ PARCIALMENTE, LA INDEMNIZACIÓN A QUE HUBIERE LUGAR SE LIQUIDARÁ DESCONTANDO DEL VALOR RECIBIDO COMO PAGO ANTICIPADO EL VALOR DE LA REMUNERACIÓN O PAGO DEL TRABAJO O DEL SERVICIO REALIZADO POR EL GARANTIZADO EQUIVALENTE A LA PARTE EJECUTADA DEL CONTRATO”.

Revisando cuidadosamente el clausulado correspondiente a la póliza de cumplimiento No. CU066803, se detecta, fácilmente, que solamente fueron contratados, pagados vía prima y otorgados los siguientes amparos: cumplimiento del contrato, anticipo, pago salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones; y calidad del servicio. En ningún momento CONFIANZA dio su consentimiento a brindar el amparo de pagos anticipados.

Así las cosas, no existe ningún soporte en la póliza de cumplimiento que justifique o sirva de apoyatura a la reclamación de FDN; considerando que si existe un amparo de pago anticipado diferente a los otros, es porque los restantes amparos no cobijan en su seno la hipótesis de reintegro o devolución de pagos tocantes a aspectos no ejecutados.

3.2). **CONFIANZA** no aceptó, expresamente, brindar cobertura sobre los eventos constitutivos de la reclamación por el concepto de reintegro de productos no entregados.

Conforme a lo normado en los artículos 1045²⁶ numeral 2, 1047²⁷ numeral 9 y 1056²⁸ CCo, compete libremente a la Compañía Aseguradora la asunción de los riesgos que pretenda adoptar por virtud del negocio asegurativo. Ello conlleva, igualmente, a que jurídicamente se haya reconocido que dicha facultad implica la delimitación de los riesgos transferidos, así como de las situaciones expresamente excluidas de cobertura, las cuales son aceptadas plenamente por el tomador al manifestar su consentimiento frente al respectivo contrato; el cual sólo puede probarse documentalmente o vía confesión (art. 1046 inciso 1²⁹ CCo).

Por consiguiente, es menester delimitar y comprender la eventual la responsabilidad que le compete a mí representada dentro de los estrictos y precisos términos del clausulado convenido libremente por las partes; teniendo presente que sólo la configuración de los siniestros expresamente amparados tienen la entidad suficiente para generar la obligación indemnizatoria radicada a su cargo, en el monto y modalidad estipulados en la póliza, respetando así el principio de legalidad de los contratos (art. 1602³⁰ CC).

Bajo tal entendido, es de suma trascendencia advertir que, incluso si no se acepta el argumento de terminación automática del seguro de cumplimiento por modificación del estado del riesgo, de todos modos es inocultable que **CONFIANZA**, en el peor de los escenarios, solo pudo haber tenido conocimiento que el “(...) [e]l valor calculado por el corazonamiento no ejecutado asciende a COP\$2.056.033.924 suma que fue corroborada por el Contratista mediante comunicación 20147220018522

²⁶ “Son elementos esenciales del contrato de seguro: (...) 2) El riesgo asegurable (...)”.

²⁷ La póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato: (...) 9) Los riesgos que el asegurador toma su cargo”.

²⁸ “Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”.

²⁹ “El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión”.

³⁰ “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.



del 22 de diciembre de 2014. (...)”³¹. Es decir, su voluntad aseguraticia se dio solo a sabiendas de dicha circunstancia. En tal virtud, nunca aceptó amparar el que se dieran pagos por causa de registros de pozos no tomados³², ni lo tocante a la operación del taladros y sus componentes³³, ni menos que se produjeran pagos anticipados por valor de doce mil ochocientos cuarenta y nueve millones ochocientos cuarenta y un mil doscientos cuarenta y siete pesos m/cte (\$12.849.841.247,00). Tales circunstancias no aparecen en ninguno de los Otrosíes, y menos en los anexos de las pólizas de cumplimiento.

Efectivamente, siendo el contrato de seguro un acto jurídico que requiere de prueba solemne en cuanto a su existencia y extensión (art. 1046 inciso 1³⁴ CCo), se llama la atención del Despacho en el sentido que solamente el Contrato en su versión original, así como sus otrosíes, fueron los que generaron la emisión de los anexos de la póliza de cumplimiento. Ningún otro evento diferente a los consignados en los otrosíes, como aquellos que se acaban de relacionar, produjeron la expedición de un anexo modificadorio al seguro de cumplimiento; siendo la modalidad contractual establecida para la modificación del objeto del seguro:

“(…) 2. EXCLUSIONES

LOS AMPAROS PREVISTOS EN LA PRESENTE PÓLIZA NO SE EXTIENDEN A CUBRIR LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE: (...)

2.4. LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES SURGIDAS DE MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL CONTRATO ORIGINAL, CUANDO TAL MODIFICACIÓN SE HUBIERE EFECTUADO SON PREVIO AVISO Y ACEPTACIÓN POR PARTE DE CONFIANZA, QUIEN PARA EL EFECTO EXPEDIRÁ EL CORRESPONDIENTE CERTIFICADO DE MODIFICACIÓN. (...)

³¹ V. p. 2 del Otrosí No. 2 al Contrato.

³² Según FDN, basado en una supuesta comunicación del 14 de julio de 2015, el valor a devolver por registros de pozo no tomados ascienden a dos mil doscientos sesenta y dos millones seiscientos cuarenta y seis mil novecientos setenta y ocho pesos con sesenta y siete centavos m/cte (\$2.262.646.978,67).

³³ Según FDN, basado en una supuesta comunicación del 14 de julio de 2015, el valor asciende a ocho mil ochocientos ochenta y nueve millones trescientos setenta y seis mil cuatrocientos dos pesos con cincuenta y nueve centavos m/cte (\$8.889.376.402,59).

³⁴ “El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión. (...)”.

14. MODIFICACIONES AL CONTRATO DE SEGURO

LA PRESENTE PÓLIZA SE EXPIDE BAJO LA GARANTÍA DE QUE CUALQUIER MODIFICACIÓN AL CONTRATO AMPARADO SERÁ INFORMADA A CONFIANZA, QUIEN PODRÁ AMPARAR DICHA MODIFICACIÓN, EVENTO EN EL CUAL LO HARÁ CONSTAR EN UN CERTIFICADO DE MODIFICACIÓN.

EL INCUMPLIMIENTO DE ESTA OBLIGACIÓN EXONERARÁ A CONFIANZA DE RESPONSABILIDAD, RESPECTO AL PAGO DE INDEMNIZACIÓN ALGUNA EN CASO SE INTRODUCIRSE, SIN SU AQUIESCENCIA EXPRESA, MODIFICACIONES AL CONTRATO CUYO CUMPLIMIENTO SE AMPARA”.

Además, vale la pena aclarar que la aludida ausencia de cobertura no es atribuible a mi representada, pues ésta no puede, unilateralmente, conforme a la cláusula del seguro citada, expedir prórrogas de las vigencias de los seguros de cumplimiento, mientras no medie petición en ese sentido de los interesados; la cual, en todo caso, es sujeta a estudio.

En tal virtud, fuerza concluir que, en la hipótesis más grave, no puede predicarse ni declararse la afectación de la póliza de cumplimiento más allá de la suma que, por concepto de corazonamiento no ejecutado, se hizo contar en el Otrosí No. 2 al contrato afianzado.

Asumir lo contrario sería equivalente a desconocer los linderos conceptuales propios del seguro de cumplimiento, conforme a los cuales la responsabilidad del garante sólo puede decretarse en los estrictos y precisos términos del marco contractual y normativo aplicable a la póliza de seguros debidamente aceptada por la Aseguradora correspondiente.

3.3). El no corazonamiento no constituye incumplimiento contractual.

Frente al corazonamiento, tal como es ampliamente conocido por las partes, mediando modificación con la firma del otrosí N° 2, se sustituyó dicha actividad por la ejecución de análisis bioestratigráficos y químicos.

El cambio ejecutado no puede constituir una falta del contratista garantizado, toda vez que el *no corazonar*, signífico el paso siguiente a una obtención de los elementos con la puesta en marcha de los estudios o análisis bioestratigraficos y químicos; es decir, la sustitución de actividades no constituye *per se* el incumplimiento, generando, una ligereza en la pretensión de indemnización.

Por lo expuesto, no se entiende por qué se reclama como perjuicio una actividad que, al ser expresamente autorizada mediante Otrosí, dejó de ser obligación para el contratista garantizado, quedando fuera del alcance de la cobertura acogida en la póliza CU066803.

Aún más, en consideración al valor pretendido por los costos de operación del taladro y componentes, el contratista garantizado THX señaló en oficio 20153100006901 del 14 de mayo de 2015 lo siguiente: "En ningún momento se recibió ningún requerimiento de la interventoría en el sentido de incluir los días de operación del taladro" (negrilla y subrayados propios).

4. INEXISTENCIA DE SINIESTRO RELATIVO AL AMPARO DE ANTICIPO

Conforme al clausulado general de la póliza de cumplimiento CU066803, y al hecho que el amparo de anticipo sí fue contratado en dicho seguro, el supuesto de hecho amparado (parte de la condición suspensiva), fue vertido en los siguientes términos:

"EL AMPARO DE ANTICIPO CUBRE A LAS ENTIDADES CONTRATANTES, CONTRA LOS PERJUICIOS SUFRIDOS CON OCASIÓN DEL USO O APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL GARANTIZADO 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 INEBIDA 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.



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

1258

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

SALVO ACEPTACIÓN EXPRESA DE CONFIANZA, EL PRESENTE AMPARO NO CUBRE ANTICIPOS EN DINERO EFECTIVO O EN TÍTULO VALORES DIFERENTES AL CHEQUE.

ESTE AMPARO NO SE EXTIENDE A CUBRIR EL USO DE LOS DINEROS ENTREGADOS COMO ANTICIPADO AL GARANTIZADO”.

Ahora bien, debe aclararse que, dado el carácter patrimonial del seguro de cumplimiento, el mismo no solamente opera cuando se registre la conducta constitutiva de incumplimiento contractual prevista en la póliza (hipótesis fáctica del amparo). Es necesario, además, que la falta contractual incurrida por el Contratista afianzado, si encaja en el supuesto de hecho del amparo aseguratorio, le cause un perjuicio económico directo al Contratante asegurado. Sin esto último, no habrá nada que indemnizar. Por ende, ambas situaciones (incumplimiento del contrato afianzado en los términos de la póliza y causación de un perjuicio directo) son indispensables para que se configure la condición suspensiva de la cual pende el nacimiento de la prestación indemnizatoria asumida por las Aseguradoras:

“(…) El seguro de cumplimiento, cuyo origen se remonta a la expedición de la Ley 225 de 1938 y que aparece consignado en el artículo 203 del Decreto 663 de 1993, consiste en un acuerdo por medio del cual la aseguradora se compromete, por el pago de una prima, a indemnizar al beneficiario que se ve afectado por el incumplimiento de las obligaciones emanadas de la ley o un contrato, constituyéndose en una garantía de satisfacción para el directamente lesionado frente al proceder de quien desatiende los deberes que le son propios, ya sea por imposición estatutaria o en ejercicio de su libre albedrío.

La Corte al respecto, en fallo de 15 de agosto de 2008, exp 1994-03216, señaló *“en lo que concierne al denominado seguro de cumplimiento (que otros prefieren llamar de fianza o de caución), es oportuno comenzar por acotar que se trata del compromiso adquirido por una compañía de seguros de indemnizar, a cambio de una suma de dinero llamada prima, los perjuicios que sufra una persona por razón del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley o de un contrato (...) En consecuencia, en palabras de la Corte, el cometido de esta especie de seguro no es otro que el de ‘garantizar el*

1254

cumplimiento de la obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento –o en ‘la eventualidad del incumplimiento del deudor’, el asegurador toma a su cargo ‘hasta por el monto de la suma asegurada, los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada’ (Sent. de marzo 15 de 1983) (Sent. de septiembre 21 de 2000, exp.: 6140). (sent. Cas. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670). (...)”³⁵ (subrayado fuera de texto).

Por consiguiente, así se logrará demostrar la falta contractual (v.gr. no utilización de bienes en la ejecución del Contrato afianzado), no se generará siniestro alguno (obligación condicional de pago), mientras no se pruebe la existencia de un perjuicio causado a partir de dicha falta.

En este orden de ideas, se llama la atención del Despacho en cuanto a que, según se observa en la p. 8 del documento radicado el 9 de noviembre de 2016 en **CONFIANZA**, FDN reconoce que el anticipo tocante al subcontrato celebrado entre THX y Virowa Energy Resources fue “(...) amortizado en su totalidad. (...)”. Y es más, acorde a la certificación expedida el 6 de febrero de 2015 por el Dr. Wilhelm Adolphs Montes, Jefe del Departamento Financiero de FDN, la misma demandante dio fe “(...) que THX Energy Sucursal Colombia a la fecha ya realizó la amortización total del anticipo”, por valor de cuarenta mil dieciséis millones novecientos cincuenta y ocho mil cuatrocientos treinta y cuatro pesos m/cte (\$40.016.958.434,00). De ahí que esté por fuera de toda duda que la totalidad del anticipo se encuentre amortizada.

En consonancia con ello, necesariamente debe deducirse la imposibilidad de afectar el amparo de anticipo, en cuanto su amortización total implica que el “préstamo” ha sido pagado por el contratista, reintegrándose todos los recursos al patrimonio de la entidad estatal contratante. Ello, como es obvio, se traduce en la ausencia de un perjuicio a compensar; con mayor razón cuando la suma certificada el 6 de febrero de 2015 por la FDN como valor amortizado, corresponde con la suma máxima asegurada para el amparo de anticipo en la póliza de cumplimiento.

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2012, Exp. No. 1100131030392007-00071-01, MP. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez.

Al respecto, así se ha pronunciado la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo:

“(…) ‘Amortizar’ es ‘Redimir o extinguir el capital de un censo, préstamo u otra deuda (...) Recuperar o compensar los fondos invertidos en alguna empresa...’ [[lxxxv]] ‘**pagar parte o el total de una deuda**’ [[lxxxvi]], y por ello es que el Consejo de Estado ha dicho que ‘El anticipo pasará a ser parte del precio, en la medida en que se amortice siguiendo las cláusulas del contrato’ [[lxxxvii]].

“La amortización es distinta de otros riesgos, y consiste como ya se había venido adelantando, **en la devolución paulatina del anticipo por parte del contratista al contratante con corte a la facturación**, normalmente conviniéndose que de cada factura emitida por el contratista se haga un descuento porcentual, hasta tanto el anticipo sea totalmente devuelto al contratante, es decir amortizado, entrando, ahí sí, a formar parte del precio pactado en el contrato [[lxxxviii]]. En tales condiciones, como la amortización del anticipo está referida a la ejecución de un porcentaje de la obra en la misma proporción, a menos que el asegurador asuma de manera expresa tal riesgo dentro del amparo de anticipo, la NO amortización, vale decir, la no restitución al asegurado de un porcentaje del anticipo igual al de obra equivalente, no es un riesgo asociado a la utilización del anticipo o su apropiación. (...)”³⁶ (resaltado no original).

Bajo tal entendido, respecto a las fracciones o partes del anticipo que el contratista va reembolsando vía amortización, no es física ni jurídicamente posible que se genere perjuicio para el patrimonio de la entidad estatal, por la potísima razón que los recursos amortizados regresan materialmente³⁷ al pecunio estatal. De contera, en torno a los mismos no puede darse ya ningún siniestro de mala administración o inversión o apropiación indebida del contratista, como quiera que el anticipo amortizado ha dejado de ser un simple crédito a favor del Estado, para convertirse en un bien determinable dentro de su órbita patrimonial, respecto del cual el contratista no tiene ya ningún control práctico para invertirlo o manejarlo.

³⁶ http://www.contratacionestatal.com/textos/amparo-de-buen-manejo-del-anticipo-relacion-con-el-amparo-de-cumplimiento-independencia-sentencia-28917-de-2016-5355-3#_edn88; citado por Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de febrero de 2016, Exp. No. 28917, CP. Dr. Hernán Andrade Rincón.

³⁷ Jurídicamente siempre fueron parte del patrimonio estatal.

En punto de lo anterior, recuérdese que, dada la naturaleza pública de los recursos constitutivos del anticipo, el propósito del amparo correspondiente responde a la naturaleza propia de la garantía única de cumplimiento, que no es otra distinta que salvaguardar la integridad del erario estatal. En esa medida, si el préstamo se va pagando paso a paso por medio de la amortización, claramente este fenómeno contable impide que, respecto a los dineros objeto de amortización, se genere desmedro al patrimonio de la entidad pública contratante; que es exactamente, se reitera, el riesgo que busca subsanar todo seguro de cumplimiento de un contrato estatal:

“(…) El propósito de dicha garantía no es otra que asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, llamado por la Administración a colaborar con los cometidos estatales, los cuales necesariamente involucran el interés público, cláusula que es de forzosa estipulación, a tal punto que si no es pactada en aquellos contratos en los cuales la ley establece su obligatoriedad, se presume incorporada en el respectivo contrato y no podrá ser renunciada por la Administración.³⁸

La garantía de cumplimiento del contrato estatal mediante la cual la compañía se seguros se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el tomador en virtud de la celebración de un contrato tienen carácter indemnizatorio pues su finalidad como ya se dijo es proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista y de esta manera evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido.

*El artículo 1088 del Código de Comercio establece que “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”.*

Al tenor de la norma transcrita, los seguros de daños tienen carácter indemnizatorio para el asegurado con el fin de evitar que su patrimonio resulte afectado por la ocurrencia del hecho constitutivo del riesgo asegurado; en otras palabras, los seguros de daños tienen como finalidad última la de indemnizar al asegurado o beneficiario cuando su patrimonio

³⁸ Escobar Gil Rodrigo, Teoría General de los contratos, Editorial Legis, Bogotá, 2000, Pág. 245.

es afectado por la realización del riesgo asegurado, principio este denominado “de la indemnización”³⁹ por la ley comercial.

En este orden de ideas, si la garantía de cumplimiento del contrato estatal está orientada a indemnizar al Estado para que el patrimonio público no se vea afectado por razón del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista en virtud de la celebración de un contrato y los seguros de daños también tienen una finalidad indemnizatoria para el asegurado o beneficiario cuando quiera que su patrimonio resulte afectado por la ocurrencia del riesgo asegurado, debe arribarse a la conclusión de que la garantía de cumplimiento de los contratos estatales se ubica dentro de los seguros de daños de que trata la ley comercial.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha sostenido que los seguros de cumplimiento constituyen una especie de los seguros de daños, así se desprende del contenido de los siguientes pronunciamientos:

En sentencia de 21 de septiembre de 2000⁴⁰, precisó lo siguiente:

1. El contrato de seguro de cumplimiento, por el cual una compañía aseguradora se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones a cargo del tomador dimanantes de un contrato, clasifica en la especie de los seguros de daños, y, por ende, se aplica el principio de indemnización que los inspira, el cual se concreta en que, respecto del asegurado, “serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1088 del C. de Comercio; el riesgo lo constituye, entonces, la eventualidad del incumplimiento del deudor.

En sentencia de 24 de mayo de 2000⁴¹, determinó la naturaleza de los seguros de cumplimiento y la exigencia de la causación efectiva del perjuicio como elemento de su esencia, criterio que fue reiterado en idénticos términos en sentencia de 12 de diciembre de 2006⁴², cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

“Reitera la Corte que los seguros como el de cumplimiento -que por naturaleza corresponden a los seguros de daños - implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 063 de 24 de mayo de 2000 de 2000, Exp. 5439, M. P. Manuel Ardila Velásquez.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 170 de 21 de septiembre de 2000, Exp. 6140; M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de mayo de 2000, Exp. 5439; M. P. Manuel Ardila Velásquez.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de diciembre de 2006, Exp. 68001 31 03 001 2000 00137 01 M. P. Edgardo Villamil Portilla

el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivos de un daño, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento para el asegurado, lo cual está prohibido para los seguros de daños.”

En sentencia de 24 de julio de 2006⁴³, respecto del contrato de seguro de cumplimiento, discurrió la Corte:

”1. En las varias ocasiones en que la Corte se ha ocupado del seguro de cumplimiento, ha precisado que este fue expresamente reconocido en el plano legal por la Ley 225 de 1938, cuyo art. 2º estableció que su objeto sería el de amparar el “... cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes y contratos” (se subraya) y, adicionalmente, que tal figura negocial es mencionada explícitamente por el art. 1099 del estatuto mercantil, en prueba fehaciente de su disciplina y referencia legislativa.

Según hubo de explicarlo la Sala en cas. civ. de 2 de mayo de 2002, Exp. 6785, la referida ley se encuentre vigente “...porque es el propio código de comercio de 1971 el que da cuenta de su existencia cuando a él hace expresa alusión en el artículo 1099; alusión que, por lo demás, es la respuesta consciente a la idea que siempre acompañó a los autores de la codificación quienes jamás perdieron de mira esa tipología de contrato, cual lo revelan sin ambages las correspondientes actas de la comisión revisora, cumplidamente en los pasajes que fueron dedicados a auscultar las secuelas que se desgajan cuando el tomador del seguro es un tercero”.

De conformidad con lo establecido en el citado texto legal, mediante esta modalidad contractual, que es una variante o especie de los seguros de daños -conforme lo ha expresado repetidamente esta Sala (Vid: cas. civ. 22 de junio de 1999, Exp. 5065; 2 de febrero de 2001, Exp. 5670; 26 de octubre de 2001, Exp. 5942 y 7 de mayo de 2002, Exp. 6181), se puede garantizar el cumplimiento de obligaciones que tengan su fuente en un contrato o en la ley.

Por virtud de dicho pacto, el asegurador, previo el desembolso de la correspondiente prima, ampara al asegurado contra el incumplimiento de obligaciones de la clase señalada. Gracias a él se garantiza el pago de los perjuicios que experimente el acreedor por causa del incumplimiento total o parcial, de la obligación asegurada, en tanto imputable al deudor -llamado tradicionalmente “afianzado”, es decir, no proveniente de un caso fortuito o de fuerza mayor -o en general de una causa

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de julio de 2006, Exp. 00191, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.

17264

extraña-, a menos que tales eventos hayan sido realmente asumidos por el asegurador.

Bajo esta modalidad negocial, entonces, se asegura "...la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que si el contratante 'afianzado' no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inexecución prestacional, merced a su indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de los regulado por el art. 1110 del estatuto mercantil" (cas. civ. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670).

En el seguro de cumplimiento, como lo ha puntualizado esta Sala, conforme con su naturaleza y con arreglo a la finalidad que le sirve de báculo, "...el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación amparada, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico" (art. 1083 C.C. | [cas. civ. 7 de mayo de 2002, Exp. 6181], el riesgo "consiste en el no cumplimiento - o en 'la eventualidad del incumplimiento del deudor' (cas. civ. 15 de marzo de 1983" (cas. civ. 21 de septiembre de 2000, Exp. 6140), como varias veces lo ha resaltado esta Corporación (Vid: cas. civ. 22 de julio de 1999, Exp. 5065; 26 de octubre de 2001, Exp. 5942; 2 de mayo de 2002, Exp. 6785). No en vano, se reitera, el de cumplimiento encuadra en la arquitectura del seguro de daños como lo reconoce el aludido art. 1099 del cuerpo de normas mercantiles.

Tratándose como se mencionó, de un seguro de daños, regido por el principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, el de cumplimiento tiene por objeto resarcir al asegurado, en todo o en parte, el detrimento patrimonial experimentado como consecuencia del acaecimiento del siniestro, entendido éste, a términos del art. 1054 ib., como la realización del riesgo asegurado, por manera que no puede constituirse en fuente de lucro para éste. Por ende, la obligación del asegurador no consiste en pagarle al acreedor-asegurado la suma de dinero que pretenda, sino indemnizarle el daño o perjuicio que, en estrictez, derive del incumplimiento imputable al deudor, que se le demuestre suficientemente y hasta concurrencia, claro está, de la suma asegurada.

En sentencia de 17 de julio de 2006⁴⁴ reiteró lo siguiente:

"(...) este tipo de seguro, conforme con su naturaleza y regido por el principio indemnizatorio, tiene por objeto resarcir al asegurado, en todo o en parte, el detrimento patrimonial experimentado como consecuencia del acaecimiento del siniestro, entendido éste, como el incumplimiento de la obligación amparada o

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 17 de julio de 2006 Exp. 17191, M. P. Cesar Julio Valencia Copete.



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

1265

garantizada; de manera que la obligación del asegurador no consiste en pagarle al acreedor-asegurado la suma de dinero que pretenda, sino indemnizarle el daño o perjuicio, que en estrictez, derive del incumplimiento imputable al deudor, que se le demuestre suficientemente y hasta la concurrencia, claro está, de la suma asegurada.

De estos lineamientos jurisprudenciales, mediante los cuales se precisa el contenido y alcance del artículo 1088 del Código de Comercio, claramente se colige lo siguiente: i) la garantía de cumplimiento de los contratos estatales es una especie del seguro de daños; ii) dada la naturaleza indemnizatoria de los seguros de daños no basta que el hecho constitutivo del siniestro haya acaecido, sino que resulta indispensable que éste haya causado un daño al patrimonio del acreedor el cual debe ser resarcido; iii) el monto a indemnizar por parte del asegurador no necesariamente es el que corresponde al valor asegurado, sino aquel que resulte del daño o perjuicio efectivamente ocasionado al patrimonio del acreedor; iv) el valor a indemnizar, no puede ser mayor a la suma asegurada⁴⁵ mediante la póliza de garantía. (...)”⁴⁶.

Consecuentemente, la amortización del anticipo, se recalca, hace cesar cualquier riesgo de afectación al patrimonio público, en relación a los bienes entregados a título de anticipo. Así lo reconoce la norma reglamentaria relevante, así lo señala el Consejo de Estado, así se desprende de un sencillo entendimiento contable de los alcances de la amortización del anticipo; y mal haría la FDN en obviar tan palpable realidad, a menos que persista en mantener su argumentación al margen del ordenamiento jurídico que gobierna la materia.

Ahora bien, alguien podría argüir que el anterior razonamiento deviene en plausible únicamente en tratándose del riesgo concerniente a la apropiación indebida del anticipo, mas no así en frente de su no inversión o uso indebido. Ese mismo alguien pudiera señalar, que el anticipo amortizado igual pudo haber recibido una destinación diferente a la que correspondía al plan de manejo contractualmente aprobado; de manera tal que, igual, se genera un siniestro amparado por el seguro de cumplimiento.

⁴⁵ En la obra “Teoría General del Seguro- El contrato” el tratadista Efrén Ossa, ha precisado que “la suma asegurada es el valor del seguro o valor asegurado, el cual debe indicarse en la póliza por medio de una cifra absoluta o de criterios que permitan su fijación. La determinación de la suma asegurada es una decisión del asegurado, adoptada atendiendo el grado de protección que estime conveniente y su capacidad de pago de prima.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009, Exp. No. 190012331000199409004-01 (14667), CP. Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

No obstante, las reflexiones recogidas en el párrafo anterior, que constituyen uno de los núcleos argumentativos de la FDN, son desvirtuadas al dimensionar correctamente lo que verdaderamente significa amortizar un préstamo. Piénsese, por ejemplo, en un contratista que recibe \$1000 pesos por anticipo, y que procede a la inversión de esos recursos de forma totalmente descoordinada con lo dispuesto en el plan de manejo (v.gr. debía destinar \$200 a una sección de la obra, pero sólo invierte \$50, y el exceso lo gasta en pago de alquiler de maquinaria). Supóngase ahora que de los \$1000 recibidos por causa del anticipo, el contratista ya ha amortizado, por decir algo, \$300 mediante actas de obra, los cuales incluyen los \$150 que no gastó conforme al plan de manejo. Ello significa, ni más ni menos, que esos originariamente recursos monetarios (\$300) han reingresado al patrimonio de la Administración. Por ende, como los \$150 erróneamente invertidos ya volvieron al pecunio del Estado, y lo hicieron a través de los descuentos que por concepto de anticipo debieron realizarse respecto a los pagos al contratista, resulta completamente irrelevante el yerro en su destinación, pues la entidad pública contratante no ha sufrido daño patrimonial en relación a los \$150 originalmente mal invertidos. Y sin daño patrimonial, no ha lugar a afectar la garantía única de cumplimiento; la cual, como ya se vio en el aparte jurisprudencial antes citado, tiene una teleología o finalidad exclusivamente resarcitoria (art. 1088⁴⁷ CCo).

En tal sentido, aunque teóricamente sí es posible que un anticipo amortizado hubiere podido ser objeto de no inversión o inversión indebida (uso indebido conforme plan de manejo), estas dos eventualidades pierden toda importancia por virtud de la amortización, en tanto ésta sólo es permisible cuando la entidad estatal contratante ha recibido el pago del préstamo efectuado (anticipo); de tal modo que, frente a los dineros amortizados, no es concebible la existencia de un perjuicio patrimonial que el seguro de cumplimiento deba entrar a indemnizar.

⁴⁷ “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”.

En otras palabras: teniendo muy presente que el seguro de cumplimiento lo que busca es proteger el patrimonio de la entidad del Estado que contrata, la sola no inversión o la inversión indebida del anticipo no tendrán ninguna relevancia a la luz del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, mientras tales conductas no se reflejen en un daño patrimonial estatal concreto que deba ser resarcido por la póliza. Y, precisamente, una de las formas en que daño estatal no se da es que los recursos posiblemente mal invertidos regresen materialmente al patrimonio del Estado por gracia de su amortización vía recepciones parciales de las prestaciones contratadas.

Por consiguiente, no basta simplemente con la verificación de la conducta de indebida inversión o mala utilización para que proceda el siniestrar la póliza de cumplimiento, como muy erróneamente lo sostiene la FDN. Mientras esas conductas no se traduzcan en un daño o perjuicio al pecunio del Estado, no habrá nada que indemnizar por parte del seguro de cumplimiento. Y si por gracia de la amortización del anticipo, la parte amortizada reingresa al patrimonio del Estado, salta de bulto la absoluta inexistencia de daño al patrimonio público frente a la parte materia de amortización.

5. INEXISTENCIA DE SINIESTRO EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE OBTENCIÓN DE ESTUDIOS BIOESTRATIGRÁFICOS

Igualmente, debe indicarse que, según lo observado en la demanda y sus anexos, el valor correspondiente a esta pretensión, está dado por lo que, en opinión de la FDN, constituye el monto de lo que sería necesario para adelantar los estudios supuestamente faltantes.

Al respecto, se anota simplemente, por el momento, que tal suma no constituye un perjuicio para la FDN, como quiera que, si es verídica su versión, la cuantía correspondiente a la ejecución de tales prestaciones no ha sido desembolsada por la sociedad accionante; de manera que tales recursos no se han perdido debe señalarse que, según lo observado en la demanda y sus anexos, el valor correspondiente a esta pretensión, está dado por lo que, en opinión de la FDN,

constituye el monto de lo que sería necesario para satisfacer las prestaciones ambientales – contractuales.

Al respecto, debe indicarse, en primer lugar, que tal suma no constituye un perjuicio para la FDN, como quiera que, si es verídica su versión, la cuantía correspondiente a la ejecución de tales prestaciones no ha sido desembolsada por la sociedad accionante; de manera que tales recursos no se han perdido.

6. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE MITIGACIÓN DE LOS DAÑOS PROPIOS

Ahora, si solo en gracia de discusión se aceptara que las reclamaciones elevadas en la demanda sí constituyen daños en el patrimonio de la FDN, de todos modos no puede perderse de vista que la misma sociedad demandante contribuyó a que los mismos no pudieran ser aminorados. Lo anterior no solo en razón a que adoptó un esquema irresponsable de pagos anticipados, sino también por cuanto no atendió la propuesta para la finalización de las obligaciones del Contrato, formulada el 16 de julio de 2015 por el liquidador de THX.

En tal sentido, la FDN debe soportar, en todo o en parte, la cuantía de los perjuicios sufridos, al no haber sido diligente en adoptar o buscar las medidas tendientes a evitar la agravación de los supuestos daños; al tenor de la postura acogida en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia: por criterios de justicia, se hace necesario que la actora soporte todo o una parte del daño, pues resulta antijurídico que se valga de su inacción para enfrentar el escenario creado por la ausencia de obligaciones ejecutadas, para, posteriormente, en sede procesal, reclamar perjuicios a partir de la misma:

“(…) Ahora bien, es claro que el hecho o la conducta –positiva o negativa- de la víctima siempre tiene una incidencia relevante en el análisis de la responsabilidad civil. Así, en primer término, es evidente que en la mayoría de las ocasiones la persona que sufre los daños desempeña un rol, así sea meramente pasivo, para que el perjuicio se materialice. En ese sentido, se señala que el hecho o el comportamiento de la víctima

1269

puede corresponder a una "condición" del daño, en cuanto que se convierte en el sustrato necesario para su concreción. No obstante, es claro, también, que una participación del perjudicado como la que se ha reseñado no tiene eficacia para infirmar la responsabilidad civil del autor, ni para modificar el quantum indemnizatorio, pues, en tales eventos, la participación de la víctima o perjudicado no actúa como causa exclusiva o concurrente del daño que ella misma padece.

En ese orden de ideas, se puede señalar que en ocasiones el hecho o la conducta de quien ha sufrido el daño pueden ser, en todo o en parte, la causa del perjuicio que ésta haya sufrido. En el primer supuesto -conducta del perjudicado como causa exclusiva del daño-, su proceder desvirtuará, correlativamente, el nexo causal entre el comportamiento del presunto ofensor y el daño inferido, dando lugar a que se exonere por completo al demandado del deber de reparación. Para que el demandado se libere completamente de la obligación indemnizatoria se requiere que la conducta de la víctima reúna los requisitos de toda causa extraña, en particular que se trate de un evento o acontecimiento exterior al círculo de actividad o de control de aquel a quien se le imputa la responsabilidad. En el segundo de tales supuestos -conurrencia del agente y de la víctima en la producción del perjuicio-, tal coparticipación causal conducirá a que la condena reparatoria que se le imponga al demandado se disminuya proporcionalmente, en la medida de la incidencia del comportamiento de la propia víctima en la producción del resultado dañoso. (...) ⁴⁸.

7. FALTA DE INTERÉS EN LA PRETENSIÓN O INTERÉS PARA OBRAR EN EL PRESENTE PROCESO POR PARTE DE FDN, DADA SU NATURALEZA PÚBLICA, Y LA DE LOS RECURSOS QUE ADMINISTRA; CONSIDERNADO QUE YA EXISTE UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL POR LOS MISMOS HECHOS

Al respecto, conviene en primer lugar comprender lo que la doctrina nacional como la jurisprudencia han entendido por interés para obrar. El Profesor Hernando Devis Echandía definió la mencionada figura de la siguiente manera:

"Es el interés sustancial subjetivo, concreto, sano y actual, que deben tener el demandante, el demandado y los intervinientes (en los procesos civiles, laborales, contencioso-administrativo y fiscales), el imputado y el procesado, el querellante o denunciante y la parte civil, e inclusive el Ministerio Público (en los procesos penales), para ser titular del derecho procesal a exigir del juez una sentencia de fondo o mérito que resuelva

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2010, Exp. No. 1989-00042-01, MP. Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

sobre las pretensiones u oposiciones o sobre las imputaciones y defensas formuladas en cualquier proceso y también en el sumario o etapa de investigación previa al proceso penal.⁴⁹ (Negrilla y subrayado no original)

El concepto antes indicado, predicable en cualquier tipo de procedimiento y para cada uno de los sujetos procesales que los componen, ha sido también objeto de múltiples análisis de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, en una reciente decisión de la corporación en comento, se sostuvo:

“El interés para obrar y ejercer la tutela judicial efectiva, adviértase, complementariamente, está dado por el perjuicio cierto, legítimo y concreto que ostenta determinada parte o interviniente procesal para obtener sentencia de fondo cuando han sido lesionados sus derechos o éstos se encuentren en peligro. Por tal razón, se predica por la doctrina de esta Sala que debe ser cierto, serio, actual y concreto de modo que se halle facultado para formular la respectiva pretensión o excepción en cada caso específico. Con razón, afirma la Sala “(...) un interés jurídico, serio y actual, que no es otra cosa que la titularidad de un derecho cierto cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, que por ser fingido su declaración de simulación se reclama (G.J. CXCVI, 2º semestre, pág. 23).

El interés para obrar, de consiguiente, es el motivo sustancial de carácter particular, subjetivo (no general), legítimo (autorizado por ley), directo (para su propio provecho o del representado), real y concreto (que no sea abstracto) que mueve a una parte seriamente para presentar una pretensión o excepción al Estado para obtener una sentencia de mérito o de fondo a su favor, asimilable propiamente con el interés en la pretensión, o con la excepción con el beneficio que le pueda reportar el desenlace de la controversia, por cuanto constituye esencia de la pretensión más no de la acción o de la contradicción. En el caso del demandado, con relación al móvil para contrarrestar las pretensiones y en los terceros por aquello que en concreto motiva su intervención; o como expone la doctrina académica: «(...) la utilidad o el perjuicio jurídico, moral o económico que para el demandante y el demandado puedan representar las peticiones incoadas en la demanda y la consiguiente decisión que sobre ellas se adopte en la sentencia»⁵⁰.

En 1999 esta Corte, a propósito de un debate casacional simulatorio, aun cuando la Sala reiteró que el interés debía existir al intentar la acción, también dijo:

⁴⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Editorial TEMIS S.A. Bogotá, Colombia. 2015. Pág. 229.

⁵⁰ DEVIS ECHANDÍA Hernando. Tratado de derecho procesal civil. Tomo I. Generalidades. Bogotá: Editorial Temis, 1961, p. 446.

“(…) [S]i se recuerda que ‘en los casos en que la ley habla del interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés’; es más, con ese perjuicio ‘(…) es preciso que se hieran directa, real y determinadamente, los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas, o porque sufran desmedro en su integridad’. (Cas. Civ., sentencia del 17 de noviembre de 1998, expediente No. 5016)”⁵¹.

Ese criterio, también lo expresó la Sala, como adelante se trasunta, en decisión de 14 de octubre del 2010, en el expediente 00855; así como luego, en la sentencia de esta Sala SC16279-2016 de 11 de noviembre de 2016, parafraseando la del 17 de noviembre de 1998, así como las tesis del profesor, Devis Echandía.”⁵² (Negrilla y subrayado no original)

Ahora bien, resulta aquí también conveniente diferenciar el mencionado interés para obrar de la legitimación en la causa. Para ello, la Corte Suprema de Justicia ha entendido, de manera reiterada, lo siguiente:

“La legitimación en la causa -indicó Devis Echandía- es un instituto diferente del anterior, pues la parte puede tener esa legitimación, pero no un interés serio y actual en los resultados del juicio, lo que determinaría su falta de interés para obrar.

Como ejemplo de esa divergencia, señaló el del hijo legítimo de una persona, quien reclama para sí la herencia o parte de ella, pues si bien «tiene perfecta legitimación para la causa, por ser el titular del interés en la declaración de si le corresponde o no derecho a la herencia...si su padre no ha muerto o no ha sido declarado muerto presuntivamente, carece de interés serio y actual en la declaración solicitada, y por lo tanto, de interés para obrar.»⁵³

Por el contrario, el demandante que carezca de legitimación en la causa, no puede tener interés serio y actual en que se realicen las declaraciones consignadas en la demanda, al paso que aquel que sea titular de interés jurídico para obrar, necesariamente está legitimado

⁵¹ CSJ. Civil: Cas. Civ., sentencia del 17 de noviembre de 1998, expediente No. 5016, reiterado en exp.13001-3103-005-2003-00168-01 de la Sala de Casación Civil.

⁵² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. SC21761-2017. Radicación: 11001-31-03-043-2007-00692-01. Bogotá, Colombia. Sentencia del 18 de diciembre de 2017.

⁵³ DEVIS, Tratado de derecho procesal civil, t. I, pág. 475.

1242

para demandar, pues no es concebible la existencia de ese tipo de interés en el actor, sin ostentar el derecho de perseguir que sea satisfecho por el fallo de mérito.”⁵⁴

Obsérvese cómo, el interés para obrar no es otra cosa que la titularidad *del derecho procesal a exigir del juez una sentencia de fondo o mérito que resuelva sobre las pretensiones u oposiciones o sobre las imputaciones y defensas formuladas en cualquier proceso*. En otras palabras, esa titularidad radica en la finalidad práctica de la sentencia, en tanto que, cómo bien se ejemplificaba por la Corte, el hijo que pretenda la herencia de un padre que no ha muerto, sin perjuicio de que le asista legitimación en la causa, la imposibilidad práctica de una sentencia de fondo impide la configuración de su real interés para obrar al respecto. De tal suerte que, de no existir tal interés, pues la consecuencia resultante es una sentencia desfavorable a sus pretensiones.

Pues bien, en el presente caso la ausencia de interés para obrar se configura respecto del extremo demandante, esto es, de la FDN, dado que ya existe un proceso de responsabilidad fiscal iniciado por la Contraloría General de la República por los mismos hechos en los que busca sustentar las pretensiones de la demanda.

En efecto, los hechos de la demanda se soportan en la suscripción del Convenio Interadministrativo ANH-FEN 01 de 2007 entre la FDN y la Agencia Nacional de Hidrocarburos, en orden a:

Ahora bien, en virtud de tal cooperación económica se suscribió, de acuerdo a FDN, el Contrato No. 69 de 2013 entre la FDN y THX ENERGY SUCURSAL COLOMBIA (hecho 2.3.), cuyo valor es, en definitiva, lo que se pretende indemnizar mediante la afectación de la Póliza CU066803 de fecha 14 de abril de 2015 expedida por **CONFIANZA**, esto, a través del ejercicio de la acción objeto de este proceso.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Ariel Salazar Ramírez. SC16279-2016. Radicación No.: 05001-31-10-013-2004-00197-01. Sentencia del 11 de noviembre de 2016.

No obstante, en mayo 4 de 2017, la Contraloría General de la República en razón a los mismos hechos, inició el proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-2017-00535_UCC-PRF 009-2017. Obsérvese que, los fundamentos de hecho que soportan el proceso ordinario de responsabilidad fiscal radican en la supuesta “*pérdida de recursos en ejecución del contrato 69 de 2013*”, ello, “*en el marco del convenio 01 de 20177 suscrito entre la ANH y la Financiera de Desarrollo Nacional S.A.*”.

Con base en las anteriores razones se fundamentaron los señalamientos fiscales propuestos por la Contraloría General de la República; lo que de paso denota cómo, en el remoto evento donde la Contraloría llegase a encontrar probados los supuestos que dan origen a una eventual condena, se afectaría la Póliza CU066803 de fecha 14 de abril de 2015 por los mismos hechos propuestos en la demanda. Dicha hipótesis, impediría que las pretensiones de la demanda y la sentencia que con estas se pretende llegaran a producir efecto práctico alguno, por cuanto impondrían a CONFIANZA la misma obligación de pago que podría fijar en una hipotética condena fiscal la Contraloría.

Lo anterior, en tanto que, en aquel procedimiento, así como en el presente, está de por medio el concepto relativo al valor asegurado, el cual se interpone cómo límite máximo al cual está obligado el garante. Al respecto, obsérvese lo dispuesto en el Código de Comercio, así:

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.

ARTÍCULO 1088. <CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL SEGURO>. 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.

ARTÍCULO 1089. <LÍMITE MÁXIMO DE LA INDEMNIZACIÓN>. 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.

Se presume valor real del interés asegurado el que haya sido objeto de un acuerdo expreso entre el asegurado y el asegurador. Este, no obstante, podrá probar que el valor acordado excede notablemente el verdadero valor real del interés objeto del contrato, mas no que es inferior a él.

La anterior hipótesis, en suma, impediría una sentencia de fondo y/o favorable respecto de las pretensiones esbozadas por la demandante, situación que desde ya permite evidenciar con claridad la ausencia del aludido interés practico y jurídico para obrar de la FDN.

8. IMPOSIBILIDAD DE CAUSACIÓN DE INTERESES CORRIENTES

Dentro de las pretensiones de la reforma a la demanda que nos ocupa, se observa que la FDN solicita que se condene a **CONFIANZA** a pagar a su favor “(...) *intereses corrientes sobre las sumas de dinero a las que resulte condenada, desde el momento en que se presentaron las reclamaciones y hasta cuando realice el pago total de las mismas*”.

Pues bien, como es sabido, los intereses corrientes hacen referencia a los réditos que se causan sobre un capital (arts. 884⁵⁵ CCo). Por ende, la generación de los mismos debe provenir de un título legal o contractual (v.gr. mutuo) que le permita a la FDN lucrarse o enriquecerse a partir de la producción de frutos del capital. Dicho título no existe en el caso que nos ocupa. Además, como en este proceso lo que busca la FDN es una indemnización de perjuicios, cuyo objetivo jamás podrá tornarse en fuente de enriquecimiento, se observa con claridad que repugna a la naturaleza resarcitoria de la indemnización, el pretender el pago de réditos o intereses corrientes sobre la misma.

⁵⁵ “Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990. Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria”.

1275

9. LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA SE EXTIENDE HASTA LA SUMA MÁXIMA ASEGURADA

En el evento improbable que el Despacho decida rechazar los anteriores argumentos de defensa y excepciones formuladas contra la demanda, y decida así proferir condena en contra de la Aseguradora que represento, deberá tenerse en cuenta que, en tal evento, la responsabilidad de mi poderdante se encuentra limitada por el valor de las sumas máximas aseguradas establecidas en el contrato de seguro, las cuales se erigen en un tope o límite insuperable, después del cual no se podrá proferir condena en contra de la Compañía de Seguros.

Al respecto, dispone el art. 1079 CCo: *“El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1074.”*

Así las cosas, de conformidad con dicha norma y con las condiciones de la póliza, es evidente que en el evento en que el Despacho acepte las pretensiones formuladas contra **CONFIANZA**, ésta no podrá ser condenada a pagar suma que exceda el monto de las siguientes sumas aseguradas:

- Amparo de cumplimiento: dieciocho mil seiscientos setenta y cinco millones cuatrocientos seis mil setecientos doce pesos con sesenta y un centavos m/cte (\$18.675.406.712,61).

En todo caso, teniendo en cuenta la existencia del proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-2017-00535_UCC-PRF 009-2017 iniciado por la Contraloría General de la República, en el cual se pretende afectar la misma póliza de cumplimiento, con base en unos supuestos similares y/o idénticos a los plasmados en la demanda, se debe condicionar cualquier eventual condena a mi representada, de manera que el monto señalado en la sentencia se deba ver disminuido por cualquier hipotética condena fiscal. Lo anterior, a efectos de evitar que mi poderdante termine

118

4



pagando dos veces por el mismo siniestro, en contravía del principio indemnizatorio del seguro (art. 1088 CCo).

V. OBJECCIÓN A LA ESTIMACIÓN DE LOS PERJUICIOS

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 206 CGP, me permito objetar la cuantificación de perjuicios hecha por la parte demandante, de la siguiente forma:

1. En primer lugar, es pertinente recordar que las consecuencias probatorias derivadas del juramento estimatorio, al tenor de las normas antedichas, se producen en tanto el accionante estime **razonadamente** la cuantía de los perjuicios por él alegados; lo cual implica, por razones obvias, que no es suficiente la enunciación del juramento dentro del acápite pertinente, sino que es necesario que el demandante despliegue un discurso argumentativo lo bastante sustancioso, a efectos de que la carga procesal señalada por el legislador pueda considerarse satisfecha.

En torno a este tópico, el reconocido Profesor Hernán Fabio López se ha manifestado así, en términos que si bien son aplicables a la Ley 1395 de 2010, son perfectamente aplicables al CGP:

“La norma sin duda busca disciplinar a los abogados, quienes con frecuencia en sus demandas no vacilan en solicitar de manera precipitada (...), especialmente cuando de indemnización de perjuicios se trata, sumas exageradas, sin base real alguna, que aspiran a demostrar dentro del proceso, pero sin que previamente, como es su deber, traten sobre bases probatorias previas serias frente al concreto caso, de ubicarlas en su real dimensión económica, de ahí que en veces, no pocas, de manera aventurada lanzan cifras estrambóticas a sabiendas que están permitidos los fallos mínima petita; en otras ocasiones se limitan a dar una suma básica o “lo que se pruebe”, fórmula con la cual eluden los efectos de aplicación de la regla de la congruencia.

A esa práctica le viene a poner fin esta disposición, porque ahora es deber perentorio en las pretensiones de la demanda por algunos de los rubros citados, **señalar razonablemente el monto al cual considera asciende el perjuicio reclamado, lo que conlleva la necesidad de estudiar responsablemente y de manera previa a la elaboración de la demanda, las bases económicas del daño sufrido**, de manera tal que si la estimación resulta abiertamente exagerada, que para la norma lo viene a

constituir un exceso de más del 30%, se impone la multa equivalente al diez por ciento de la diferencia (...)»⁵⁶ (resaltado fuera de texto).

Sin embargo, revisando el texto de la demanda, se observa que la aludida argumentación brilla por su ausencia, puesto que la parte actora, respecto a la cuantificación del lucro cesante, no razonó el porqué de la cifra propuesta (tasa empleada, meses de mora, etc.).

2. De otra parte, me permito remitir a lo ya expuesto frente a cada pretensión particular en el acápite correspondiente a las excepciones de mérito y argumentos de defensa; agregando que, respecto a las reclamaciones relativas a la devolución por productos no entregados y entrega de análisis bioestratigráficos, los valores solicitados constituyen meras estimaciones hipotéticas.

VI. PRUEBAS

Para la defensa de los intereses de mi mandante, y para el éxito de los argumentos de defensa y excepciones propuestas, comedidamente solicito se decreten las siguientes pruebas:

DOCUMENTALES

1. Poder que me ha sido otorgado, que obra en el expediente.
2. Certificado de existencia y representación legal de **SEGUROS CONFIANZA S.A.**, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, que obra en el expediente.
3. Copia de las condiciones generales y particulares de la póliza de seguro de cumplimiento No. CU066803, y de sus anexos (en 10 folios), que obra en el expediente.

⁵⁶ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. La Ley 1395 de 2010 y sus reformas al Código de Procedimiento Civil. Análisis Comparativo. Dupre Editores: Bogotá, 2010. p. 47.

1278

4. Copia de la nota aclaratoria a la Factura No. 61 de B&F Services, junto con sus anexos, que obran en el expediente.
5. Copia de la comunicación del 17 de junio de 2015, emanada de **CONFIANZA** (respuesta a posible aviso de siniestro), que obra en el expediente.
6. Copia del documento del 15 de julio de 2015, radicado el día 16 del mismo mes y año, por parte del liquidador de THX (propuesta ejecución Contrato), que obra en el expediente.
7. Copia del memorial del 16 de julio de 2015 (THX-PL-2015-097, Rad. No. 20157130019528), contentivo de los argumentos de defensa de THX en el procedimiento administrativo; y de sus anexos, que obra en el expediente.
8. Ente otros documentos, dentro de tales anexos se encuentra copia de la certificación del 6 de febrero de 2015, emanada del Dr. Dr. Wilhelm Adolphs Montes, Jefe del Departamento Financiero de FDN (amortización total del anticipo), que obra en el expediente.
9. Copia del memorial de argumentos iniciales de defensa de **CONFIANZA** (5 de agosto de 2015, Rad. No. 20157130021502), que obra en el expediente.
10. Copia del documento entregado a **CONFIANZA** el 12 de agosto de 2015 (Rad. No. 20153100011781), y del proyecto de acta de liquidación anexa, que obran en el expediente.
11. Copia de la comunicación del 9 de diciembre de 2016, expedida por **CONFIANZA** (negativa a pagar solicitud de indemnización), que obra en el expediente.
12. Copia de la comunicación del 9 de junio de 2017, expedida por **CONFIANZA** (negativa a pagar solicitud de indemnización), que obra en el expediente.
13. Copia de la comunicación del 17 de diciembre de 2018, expedida por **CONFIANZA** (respuesta a solicitud de conciliación prejudicial), que obra en el expediente.

14. Copia del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-2017-00535_UCC-PRF 009-2017, del 4 de mayo de 2017, que obra en el expediente.

EXHIBICIÓN DOCUMENTAL

15. Al amparo de lo consagrado en los arts. 265 y siguientes del CGP, pido respetuosamente que se fije fecha y hora para que FDN, ora mediante su representante legal, ora a través de su apoderado judicial, exhiba los siguientes documentos, los cuales se encuentran en su poder:

15.1. Contratos fiduciarios suscritos con la entidad o entidades fiduciarias contratadas para la administración y pago de los recursos correspondientes al anticipo objeto del Contrato afianzado; junto con todos sus anexos, prórrogas, modificaciones y otrosíes. El objeto de esta petición es acreditar la existencia y alcance del mecanismo jurídico por medio del cual se administraban, recibían, desembolsaban y ejecutaban los recursos de anticipo entregados por FDN. Todo con el objeto de verificar la correcta inversión del anticipo.

15.2. Soportes de los desembolsos efectuados por el patrimonio autónomo o el encargo fiduciario constituido con los recursos del anticipo del Contrato afianzado; incluyendo, pero sin limitarse a, autorizaciones de FDN y/o de la interventoría, facturas que demuestren la inversión, etc. El objetivo de esta solicitud es indagar si, con el visto bueno del FDN y/o de la interventoría, todos los recursos utilizados se emplearon en la ejecución del Contrato afianzado.

15.3. Copia del oficio 20153100006901 del 14 de mayo de 2015, proveniente de THX, en el que el contratista manifestó lo siguiente: *“En ningún momento se recibió ningún requerimiento de la interventoría en el sentido de incluir los días de operación del taladro”*. Lo anterior, con el objeto de demostrar la inviabilidad de introducir los costos relativos al taladro,

en la cuantificación de los supuestos daños derivados por productos no entregados (corazonamiento y registros eléctricos).

- 15.4. Copia de las facturas pagadas a THX, en las cuales se hubiere compensado el saldo correspondiente a los COP\$2.056.033.924 por concepto de corazonamiento no ejecutado, reconocido en el Otrosí No. 2 al Contrato afianzado. El propósito de la prueba es evidenciar que dicho saldo ya le fue descontado al Contratista, con la facturación correspondiente.
- 15.5. Copia de los fallos con responsabilidad fiscal que pudieran ser emitidos por la Contraloría General de la República, en los cuales se ordenara hacer efectiva la póliza de cumplimiento CU066803, con fundamento en hechos idénticos y/o similares a los descritos en la demanda. El objetivo de la prueba es acreditar el agotamiento de las sumas aseguradas de la póliza de cumplimiento, y evitar un doble pago a cargo de mi representada.
16. Al amparo de lo consagrado en los arts. 265 y siguientes del CGP, pido respetuosamente que se fije fecha y hora para que Credicorp Capital Fiduciaria (entidad fiduciaria con la que, al parecer, se firmó el contrato fiduciario para administración del anticipo), ora mediante su representante legal, ora a través de su apoderado judicial, exhiba los siguientes documentos, los cuales se encuentran en su poder:
- 16.1. Contratos fiduciarios suscritos con la entidad o entidades fiduciarias contratadas para la administración y pago de los recursos correspondientes al anticipo objeto del Contrato afianzado (Contrato No. 69-2013 de la FINANCIERA DE DESARROLLO NACIONAL con THX); junto con todos sus anexos, prórrogas, modificaciones y otrosíes. El objeto de esta petición es acreditar la existencia y alcance del mecanismo jurídico por medio del cual se administraban, recibían, desembolsaban y ejecutaban los recursos de anticipo entregados por la FINANCIERA DE DESARROLLO NACIONAL. Todo con el objeto de verificar la correcta inversión del anticipo.

35



16.2. Soportes de los desembolsos efectuados por el patrimonio autónomo o el encargo fiduciario constituido con los recursos del anticipo del Contrato afianzado; incluyendo, pero sin limitarse a, autorizaciones de la FINANCIERA DE DESARROLLO NACIONAL y/o de la interventoría, facturas que demuestren la inversión, etc. El objetivo de esta solicitud es indagar si, con el visto bueno de la FINANCIERA DE DESARROLLO NACIONAL y/o de la interventoría, todos los recursos utilizados se emplearon en la ejecución del Contrato afianzado.

Mi representada se compromete a notificar por aviso a Credicorp Capital Fiduciaria en la dirección que corresponda según su registro mercantil, según lo ordena el segundo inciso⁵⁷ del art. 266 CGP.

17. Pido respetuosamente que se ordene a la Contraloría General de la República, con fundamento en el proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-2017-00535_UCC-PRF 009-2017, exhibir los siguientes documentos, los cuales se encuentran en su poder:

17.1. Copia de los fallos con responsabilidad fiscal que pudieran ser emitidos por la Contraloría General de la República, en los cuales se ordenara hacer efectiva la póliza de cumplimiento CU066803. El objetivo de la prueba es acreditar el agotamiento de las sumas aseguradas de la póliza de cumplimiento, y evitar un doble pago a cargo de mi representada.

17.2. Constancia de los pagos realizados por **CONFIANZA**, de las anteriores condenas impuestas en sede de responsabilidad fiscal.

⁵⁷ “(...) Cuando la persona a quien se ordena la exhibición sea un tercero, el auto respectivo se le notificará por aviso. (...)”

100



Mi representada se compromete a notificar por aviso a la Contraloría General de la República en la dirección que corresponda, según lo ordena el segundo inciso⁵⁸ del art. 266 CGP.

DICTAMEN PERICIAL

18. De conformidad con lo prescrito por el art. 227⁵⁹ CGP, me permito solicitar respetuosamente al Despacho, que se incorpore al proceso como prueba el informe pericial elaborado por el Dr. Carlos Julio Cortes S. (contador público) y el Ing. Oscar Díaz Martínez (ingeniero de petróleos); el cual versa en torno a los errores y razones técnicas que impiden la prosperidad de las pretensiones incoadas.

Este dictamen ya fue aportado al expediente en la oportunidad procesal correspondiente.

TESTIMONIOS

19. Solicito comedidamente que se reciba la declaración de Antonio Medina Duarte, Representante legal de GETEK Colombia S.A., quien fue la firma ajustadora que, desde el punto de vista de ingeniería, asesoró a la Compañía Aseguradora durante el trámite de las solicitudes de pago elevadas por FDN; con el objeto de ilustrar al Despacho y a los sujetos procesales en relación a los aspectos de orden técnico plasmados en la objeción del 9 de junio de 2017, las demás situaciones de ingeniería que hacen inviable las reclamaciones de FDN, y los demás aspectos de relevancia procesal que le puedan constar frente al caso. El

⁵⁸ “(...) Cuando la persona a quien se ordena la exhibición sea un tercero, el auto respectivo se le notificará por aviso. (...)”

⁵⁹ “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”.

100



señor Medina Duarte podrá ser citado en la Carrera 19 A No. 116 – 19 Oficina 203 de la ciudad de Bogotá, D.C.

A efectos de garantizar el principio de inmediación y contradicción de la prueba, desde ya mi representada anuncia que hará todo lo posible para la comparecencia personal del testigo al Despacho. En caso que ello no sea posible, se pide respetuosamente que se facilite la práctica de la prueba a través de medios tecnológicos de comunicación de intercambio instantáneo (v.gr. videollamada).

VII. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento la contestación en los artículos 1602 y siguientes del Código Civil, en los artículos 1127 y siguientes del Código de Comercio, y en las demás normas concordantes y complementarias.

IX. ANEXOS

1. Documentos citados en el acápite de pruebas.

X. NOTIFICACIONES

1. La parte demandante recibirá notificaciones en la dirección indicada en la demanda.
2. Mi representada, **SEGUROS CONFIANZA S.A.**, así como su representante legal, recibirán notificaciones en la Calle 82 No. 11 – 37 Piso 7 de la ciudad de Bogotá, D.C.; y al correo electrónico ccorreos@confianza.com.co
3. Por mi parte las recibiré en la Carrera 7 No. 74B – 56 Oficina 1401 (Edificio Corficaldas) de la ciudad de Bogotá, D.C., y a los correos electrónicos

12





VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

1284

lmcubillos@velezgutierrez.com

rvelez@velezgutierrez.com

y

agutierrez@velezgutierrez.com

Del Señor Juez, respetuosamente,

RICARDO VÉLEZ OCHOA
C.C. 79.470.042 de Bogotá
T. P. 67.706 del C. S. de la J.



Handwritten signature or text, possibly "J. H. Smith".



73 + 8

CONSTANCIA DE TRASLADO DENTRO DEL PROCESO No 2018-00639 (Excepciones de mérito folios, 683 a 772, 1209 A 1284 del cuaderno 1). ARTICULOS 370 Y 110 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.

FECHA FIJACION:

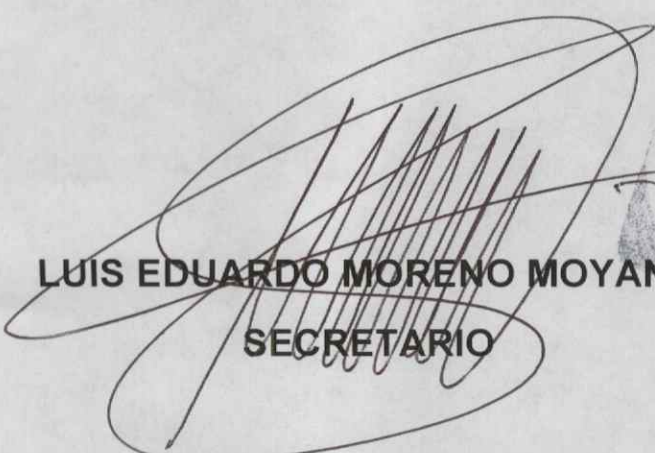
24 DE NOVIEMBRE DE 2020

EMPIEZA TÉRMINO:

25 DE NOVIEMBRE DE 2020

VENCE TÉRMINO:

1 DE DICIEMBRE DE 2020


LUIS EDUARDO MORENO MOYANO
SECRETARIO



