

RV: Excepciones previas. Exp. No. Contestación. Exp. No. 11001310303820190077000

Juzgado 38 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C. <ccto38bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 3/08/2020 10:08 AM

Para: Juz 38 Civil del Circuito de Bogotá DC <juz38cctobta@cendoj.ramajudicial.gov.co> 2 archivos adjuntos (299 KB)

Excepciones previas .pdf; Outlook-qrmgbe22.png;

De: Ricardo Velez**Enviados:** lunes, 3 de agosto de 2020 10:07:02 a. m. (UTC-05:00) Bogota, Lima, Quito, Rio Branco**Para:** Juzgado 38 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C.**Cc:** Armando Gutierrez; Luis Miguel Cubillos; santiago.lozano@lozanoatuesta.com; juridico_col@ohl.com.co; Anguie Acosta**Asunto:** Excepciones previas. Exp. No. Contestación. Exp. No. 11001310303820190077000

Igualmente, me permito adjuntar el memorial de excepciones previas.

Señora

JUEZ TREINTA Y OCHO (38) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

E. S. D.

Ref. Proceso verbal de mayor cuantía de AUTOPISTA RÍO MAGDALENA S.A.S. contra NACIONAL DE SEGUROS S.A. Rad. No. 11001310303820190077000.

-EXCEPCIONES PREVIAS-

Quien suscribe, **RICARDO VÉLEZ OCHOA**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.470.042 expedida en Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 67.706 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de **NACIONAL DE SEGUROS S.A.** en el proceso de la referencia, de acuerdo con el poder que obra en el expediente, y que ahora reasumo, encontrándome en la oportunidad procesal correspondiente, por medio del presente escrito me permito formular las siguientes **excepciones previas**:

1). Art. 100 numeral 5 CGP: “5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones”.

1.1). Indebida acumulación de pretensiones.

Según el art. 88 CGP, uno de los requisitos legales necesarios para la acumulación de pretensiones, está dado por la necesaria y lógica inexistencia de exclusión y/o contradicción entre las peticiones aunadas: “*El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurran los siguientes requisitos: (...) 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias. (...)*”.

En el caso que nos ocupa, las pretensiones cuarta, octava, décima segunda, décima sexta, vigésima y vigésima cuarta del escrito de demanda, contienen una solicitud atinente al reconocimiento y pago de lo que, a juicio de la sociedad accionante, constituyen los intereses de mora que se han causado, en desarrollo de lo estipulado en el art. 1080 CCo:

“Que por tanto y en un todo de conformidad con el art. 1080 del C. de Co. y el art. 94 del C.G.P. se condene a la demandada NACIONAL DE SEGUROS S.A. a pagar a favor de la demandante, sobre las anteriores sumas intereses moratorios equivalentes al certificado bancario corriente por la Superintendencia Financiera de Colombia aumentado en la mitad desde la fecha de notificación de esta demanda y hasta tanto se pague el valor total de la indemnización”.

Igualmente, en la pretensión vigésima quinta, que de acuerdo a la demandante es común a todas las pretensiones que le anteceden, y que tiene la condición de ser pretensión principal, se pidió al Despacho la condena en “(..) *cotas, agencias en derecho y perjuicios si a ello hay lugar a la aseguradora demandada*” (resaltado no original).

Así las cosas, se observa con calidad que la sociedad actora ha acumulado varias pretensiones destinadas al reconocimiento y pago de los intereses de mora que, en su opinión, se han generado sobre las sumas que estima son constitutivas de siniestros amparados; junto con la condena a los perjuicios que, supuestamente, le han sido irrogados por la Compañía Aseguradora demandada.

Sin embargo, tal y como ha quedado planteada la acumulación antes señalada, no puede perderse de vista que la misma choca abiertamente con el texto del art. 1080 del Estatuto Comercial. Tal y como se colige de su lectura, esta norma legal ofrece al asegurado o beneficiario la alternativa de (i) o solicitar el pago de los intereses de mora causados sobre el valor de la indemnización no sufragado oportunamente por la Aseguradora, o (ii) pedir el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por la Compañía de Seguros a raíz de su mora:

“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 igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.

El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro.

El asegurado o el beneficiario tendrán derecho a demandar, en lugar de los intereses a que se refiere el inciso anterior <inciso primero original del artículo>, la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador” (resaltado y subrayado fuera de texto).

De ninguna manera el tenor legal citado autoriza al asegurado o beneficiario a acumular ambas pretensiones: o se implora el reconocimiento de los intereses de mora, o se requiere la compensación los perjuicios infligidos por la Aseguradora; pero no ambas cosas a la vez:

“(…) Finalmente, cabe advertir que la posibilidad de demandar intereses o perjuicios queda a la libre determinación del actor, sin que sea injurídico presentar las dos pretensiones acumulándolas como principal y subsidiaria, pues aunque en principio podría pensarse que cuando el num. 3° del art. 1080 del C. de Co. dispone que el demandante podrá solicitar, “en lugar de los intereses”, la indemnización por perjuicios no da lugar a la alternativa porque o se obtiene una cosa o la otra.

Empero, aplicando el num. 2° del art. 82 del C. de P. C. aun pretensiones excluyentes son admisibles siempre y cuando que se priponen en la forma dicha. (...)”¹.

En consecuencia, en vista que la demandante ha propuesto como pretensiones principales las relativas a los intereses de mora referenciados por el art. 1080 comercial, y la tocante a los perjuicios que, según sus alegaciones, ha causado la Aseguradora con su actuar, salta a la vista la indebida acumulación de todas estas solicitudes, por tratarse de pretensiones excluyentes.

De ahí que, de acuerdo a las normas adjetivas mencionadas el inicio de este memorial, no es factible que la demanda integrada continúe gestando el proceso, en los términos en que el libelo

¹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Bogotá: DUPRE Editores, sexta edición, 2014, p. 436.

ha sido planteado por AUTOPISTAS RÍO MAGDALENA. Así pues, pido respetuosamente al Despacho que proceda en tal sentido.

1.2). Ausencia parcial del juramento estimatorio.

Acorde a lo prescrito en el primer inciso del art. 206 adjetivo, “[q]uien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. (...)”.

Revisando el texto de la demanda integrada, particularmente de la p. 50 en adelante, se observa que el juramento estimatorio propuesto por la parte actora se limitó, única y exclusivamente, a señalar los valores monetarios que, en su opinión, constituyen los anticipos no amortizados. Esto, en consonancia con las pretensiones condenatorias principales, en las que las súplicas de AUTOPISTAS RÍO MAGDALENA se encaminaron a unas sumas específicas “(...) correspondiente[s] al anticipo no amortizado y no devuelto”.

Sin embargo, de la lectura de todas y cada una de las pretensiones subsidiarias impetradas, se advierte que la parte demandante ha solicitado, en defecto de las diversas peticiones condenatorias principales, “(...) que se condene a la demandada a pagar a la demandante las sumas de dinero que se prueben en el curso del proceso como valor del **anticipo no invertido** (...)” (resaltado no original).

A su turno, en la pretensión vigésima quinta, que la parte actora ha encasillado como pretensión común, se ha implorado la condena “(...) en costas, agencias en derecho **y perjuicios** si a ello hay lugar a la aseguradora demandada” (resaltado no original).

En tal sentido, salta a la vista que la sociedad demandante no satisfizo el requerimiento legal de razonar y estimar, bajo la gravedad de juramento, los daños que, en su sentir, constituyen los anticipos no invertidos y los perjuicios adicionales a los que hubiere lugar.

Tal omisión no solo impide tramitar las dos reclamaciones en comento, por causa del incumplimiento de un requisito formal de la demanda, sino que, de contera, hace nugatorio el ejercicio del derecho de contradicción y defensa de mi representada, en tanto se desconoce a qué rubros, conceptos o ítems hace referencia la demandante en sus pretensiones subsidiarias y en la pretensión vigésima quinta.

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 extendibles 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 (...)² (resaltado fuera de texto).

Así las cosas, corresponde a la parte demandante subsanar oportuna y correctamente el defecto formal acá señalado.

² 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.

2). Art. 100 numeral 9 CGP: “9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha destacado los caracteres esenciales de los seguros de cumplimiento, en los siguientes términos:

“(…) Es que, como también ha sentado la Corte, por su especialidad este seguro no debe confundirse con el contrato de fianza, ni con otros medios de aseguramiento, y que por asignación legal pertenece a los seguros de daños (SC, 2 may. 2002 y 24 jul. 2006), por cuanto su objeto es:

...servir de garantía a los acreedores de obligaciones que tengan venero en el contrato o en la ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado. Por virtud de él la parte aseguradora, mediante el pago de una prima, ampara al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de obligaciones de la estirpe señalada. En él, bajo la forma de seguro, se garantiza ‘... el cumplimiento de una obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurador toma a su cargo hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación amparada. (C.S.J., Sent. del 15 de marzo de 1983).

Consecuentemente con su naturaleza y con el fin que está llamado a cumplir, en tal modalidad contractual el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico: que el riesgo que envuelve el convenio, quede garantizado... El riesgo asegurado está constituido por la eventualidad de un incumplimiento por parte del deudor, quien por múltiples circunstancias puede desatender los compromisos adquiridos con ocasión del contrato.

Tratándose como se anticipó, de una variante de los seguros de daños, que se encuentran sometidos al principio indemnizatorio consagrado por el artículo 1088 del C. de Co., la obligación del asegurador consiste en resarcir al acreedor el daño o perjuicio que deriva del incumplimiento del deudor, hasta concurrencia de la suma asegurada.

Bajo tal perspectiva, acaecido el siniestro, con la realización del riesgo asegurado, es decir, con el incumplimiento de la obligación amparada, del cual dimana la obligación del asegurador, incumbe al asegurado demostrar ante el asegurador la ocurrencia del mismo, el menoscabo patrimonial que le irroga (perjuicio) y su cuantía, para que éste a su turno deba indemnizarle

*el daño padecido, hasta concurrencia del valor asegurado... (SC, 15 ag. 2006, rad. n° 1994-03216-01). (...)*³.

Pues bien, siendo condicional la obligación indemnizatoria asumida por la Aseguradora (art. 1045 numeral 4^a CCo), el nacimiento de la prestación de pago depende la materialización fehaciente de las circunstancias que, al tenor del clausulado de la póliza (art. 1046⁵ inciso 1 CCo), estructuran el siniestro indemnizable (arts. 1054⁶ y 1072⁷ CCo). En tratándose de los seguros de cumplimiento, según acaba de verse, los elementos que configuran el siniestro o condición suspensiva son fundamentalmente los siguientes: (i) **el incumplimiento del contrato amparado por parte del deudor**, (ii) **la causación de un perjuicio directo a partir de dicha violación contractual**, y (iii) la fiel observancia de todas las demás condiciones estipuladas en la póliza correspondiente (v.gr. inexistencia de exclusiones, cumplimiento de garantías, conjunción de los ítems fácticos que determinan los incumplimientos asegurados en contraposición con aquellos que, no obstante ser incumplimientos del contrato asegurado, no están cubiertos, etc.).

De ahí que, conforme a las reglas legales que fijan la carga probatoria en cabeza de quien pretende ser beneficiario de la indemnización correspondiente (art. 1077⁸ CCo), deben aparecer plenamente acreditadas todas las anteriores circunstancias.

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de abril de 2017, Exp. No. 11001-31-03-023-1996-02422-01 (SC4659-2017), MP. Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

⁴ “Son elementos esenciales del contrato de seguro:

- 1) El interés asegurable;
- 2) El riesgo asegurable;
- 3) La prima o precio del seguro, y
- 4) La obligación condicional del asegurado”.

⁵ “El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión. (...)”.

⁶ “Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.

⁷ “Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado”.

⁸ “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

Es decir, es evidente que el éxito de las pretensiones de la parte demandante únicamente podrá tener lugar, entre otros eventos, si el Despacho concluye que las sociedades OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S (integrantes del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA) incumplieron los diferentes Anexos de anticipo asegurados por **NACIONAL**, de acuerdo a las imputaciones formuladas en la demanda; y que tales incumplimientos le produjeron a AUTOPISTAS RÍO MAGDALENA los daños patrimoniales directos invocados en el juramento estimatorio.

Por consiguiente, es claro que tales determinaciones no solo tocan directamente a las sociedades OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S (integrantes del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA), sino que, igualmente, la afectación será uniforme para ellas y para **NACIONAL DE SEGUROS**. Ello se explica debido a que, si el Despacho considera que los incumplimientos contractuales referidos en la demanda no tuvieron lugar, obviamente tal postura comprende, de manera uniforme, tanto a las sociedades contratistas (no violaron el Contrato EPC ni los anexos de anticipo) como a la Aseguradora (no habría siniestro de incumplimiento que indemnizar). Y lo mismo ocurre en el escenario contrario, en tanto, de encontrar fundados los supuestos de hecho alegados por la sociedad accionante, ello implicará que OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S (integrantes del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA) sí vulneraron sus obligaciones contractuales respecto de AUTOPISTA RÍO MAGDALENA, y que, además, se ha constituido uno de los supuestos condicionales de los cuales depende el surgimiento de la obligación resarcitoria asumida por la Aseguradora de cumplimiento.

¿Cómo resulta posible, entonces, afirmar que es dable afectar las pólizas de cumplimiento suscritas por mi representada, sin la comparecencia obligatoria de OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S (integrantes del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA)? ¿Cómo aseverar que estas últimas violaron el Contrato EPC y los anexos de anticipo sin que las mismas tengan el derecho a ser escuchadas previamente por el Despacho?

De esta manera, ante la naturaleza uniforme de las determinaciones que en torno al Contrato EPC y sus Anexos de anticipos ha de adoptar el Despacho, y la imperiosa necesidad constitucional que las sociedades contratistas puedan participar procesalmente en un trámite judicial en el que su conducta es el núcleo del problema jurídico a resolver, no cabe duda que se estructuran los elementos necesarios para la configuración de un verdadero litisconsorcio necesario, tal cual lo establece el art. 61 procesal:

“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado. (...)”.

En consecuencia, pido respetuosamente que, desde el mismo inicio del litigio, se ordene la citación de las OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. (integrantes del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA) como litisconsortes necesarias por pasiva, so pena de evitar que la sentencia de mérito devenga en nula.

Al respecto, no sobra aclarar que lo anterior no se opone o contradice, en nada, al hecho que las mismas sociedades son llamadas en garantía por mi representada. En realidad se trata de dos relaciones jurídico – procesales diversas: (i) la primera, planteada por la sociedad demandante, que no es pasible de resolución de mérito sin la comparecencia de las contratistas (litisconsorcio por pasiva); y la (ii), formulada por mi poderdante en el llamamiento en garantía, en la que se busca recobrar a las contratistas afianzadas cualquier siniestro que la Aseguradora se vea forzada a cubrir.

3). Anexos.

1. Poder que me legitima para actuar, que obra en el expediente.

2. Certificado de existencia y representación legal de **NACIONAL DE SEGUROS S.A.**, que obra en el expediente.
3. Certificado de existencia y representación legal de OHL COLOMBIA S.A.S., que obra en el expediente, y que se adjunta al escrito de llamamiento en garantía.
4. Certificado de existencia y representación legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S., que obra en el expediente, y que se adjunta al escrito de llamamiento en garantía.

De la Señora Juez, respetuosamente,



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