

JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO

Bucaramanga, diez (10) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

**Ref. Declarativo Marlon Yesid Rodríguez Vega, Santiago Sánchez Vesga, Holman Eduardo Fuentes Garrido, Logra S.A.S. y U.T. vs. Asfaltart S.A.S.
Radicación No. 2016-00233-00.**

Habiéndose anunciado el sentido del fallo en audiencia pública, procede el despacho a proferir sentencia dentro del asunto de la referencia, en los siguientes términos.

ANTECEDENTES

Se incoaron como pretensiones en el libelo demandatorio el incumplimiento contractual por parte de Asfaltart- S.A.S., originado en las obligaciones contenidas en el contrato de obra No. UT01-112013 celebrado con la U.T., deprecando en razón a ello, condenar al pago de la indemnización de los perjuicios causados a los demandantes, comprendiendo ello como daño emergente la suma de mil quinientos once millones seiscientos ocho mil cuatrocientos diecisiete pesos (\$1.511.608.417), lucro cesante la suma de setecientos cincuenta y siete millones cuatrocientos sesenta y tres mil setecientos ocho pesos con noventa y un centavos (\$757.463.708.91), solicitando además la condena en costas y agencias en derecho.

Como fundamento de las pretensiones se señala que, a mediados del año 2013, Logra S.A.S. y Santiago Sánchez, unieron fortalezas individuales en diferentes ramas para constituir una U.T., situación por la cual el Ingeniero Santiago, presentó ante Logra S.A.S. -, representada legalmente por Marlon Rodríguez Vega, a la empresa Asfaltart S.A.S y Movitierra S.A. para mediante acta conformar una U.T., mucho más competitiva, con el fin de participar en una licitación pública programada por el departamento de Arauca.

Aducen los demandantes que, se logró consolidar la U.T., conformada por Santiago Sánchez Vesga, Logra S.A.S, Asfaltart S.A.S y Movitierra S.A., permitiendo ello el mes de agosto de 2013 presentar la propuesta conforme a los pliegos de condiciones y especificaciones técnicas requeridas por la administración departamental de Arauca, logrando adjudicación del contrato 458 de 2013 entre la Gobernación de Arauca y la Unión Temporal.

Se refiere que, para la ejecución exitosa del Contrato 458 de 2013, se determinaron según la experiencia de cada uno, tareas específicas a ejecutar para cada integrante de la Unión Temporal, tareas que fueron materializadas a través de contratos internos bajo los mismos lineamientos del contrato principal 458 de 2013, surgiendo en consecuencia, el contrato de obra No. UT01-112013, por valor de doce mil veinte millones trescientos cuarenta y nueve mil novecientos setenta y ocho pesos (\$12.020.349.978), entre la U.T. y la demandada Asfaltart S.A.S, acuerdo contractual al cual se dio inicio el 05 de noviembre de 2013.

Mediante reunión formal entre Asfaltart S.A.S, Logra S.A.S y Santiago Sánchez Vesga, establecieron mediante minuta los lineamientos jurídicos bajo los cuales la gobernación de Arauca contrató con la U.T., misma donde en su cláusula primera se estipuló: "OBJETO: En desarrollo del presente contrato, el contratista se obliga para con el contratante a realizar el SUMINISTRO DE MATERIALES, MANO DE OBRA Y EQUIPOS PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO PARA MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN DE LA VÍA TAME - SAN SALVADOR PR 16+000 AL PR27+280, DEPARTAMENTO DE ARAUCA. PARÁGRAFO PRIMERO: Las actividades aquí contratadas serán realizadas de conformidad con las condiciones y descripciones técnicas exigidas en el contrato principal (458 de 2013 celebrado entre el Departamento de Arauca y la U.T., , junto con los estudios que sirven de soporte al mismo, los cuales harán parte integral del presente documento) y se atenderán además las especificaciones generales y particulares de construcción dadas durante la ejecución del mismo a través de la firma interventora designada para tal efecto".

Así las cosas, Asfaltart S.A.S se obligaba a construir, en las mismas condiciones y características establecidas o previstas en el contrato primigenio con la Gobernación de Arauca.

Sostienen los actores que, para poder entregar el anticipo correspondiente del contrato UT01-112013, se solicitó conforme a los mismos direccionamientos del contrato 458 de 2013, el Contrato UT01- 112013, manejo de anticipo y la póliza correspondiente, situación que generó que Asfaltart S.A.S. presentará la póliza Liberty Seguros No. 2290189 del 19 de diciembre de 2013, manifestando que el contrato y el documento de manejo de anticipo había sido remitido mediante correo físico, aspecto que fue dado por cierto por la Unión Temporal, en razón al principio de buena fe.

Se indica que, la Unión Temporal solicitó el giro de tres mil seiscientos seis millones ciento cuatro mil novecientos noventa y tres pesos (\$3.606.104.993) a la fiduciaria Banco de Bogotá el 26 de diciembre de 2013, efectuándose el desembolso el 02 de enero de 2014 a la cuenta corriente No. 376046470 de la misma entidad financiera, a nombre de Asfaltart S.A.S, para la ejecución del contrato UT01-112013 conforme a los mismos parámetros insertos dentro del contrato 458 de 2013.

Señalan los actores que, de común acuerdo se permitió el inicio de las labores de Asfaltart S.A.S para el 7 de enero de 2014, generándose desde allí los primeros incumplimientos, pues dicha sociedad no tenía dispuesto nada conforme a lo contratado y especificado en el contrato 458 de 2013 y, por ende, el contrato No. UT01- 112013, incumplimiento que inmediatamente se hizo saber a la sociedad demandada, mediante correo electrónico de 8 de enero de 2014, (folio 158 C.1 – T.1), quien a la fecha en mención no hacía presencia en la obra con personal, ni maquinaria.

El 15 de enero de 2014 (folio 160 C.1 – T.1) recibieron el avance de obra No. 1 y el cronograma de Estudios y Diseños, por lo que, la U.T. remitió ese mismo día correo electrónico con asunto - INFORME DE AVANCE 01-, evidenciando algunos de los incumplimientos por parte de la demandada, de allí en adelante se presentó una situación de recurrentes incumplimientos, generando distintas oportunidades por la parte demandante, para mejorar la tarea encomendada contractualmente y evidenciar avances de obra.

Añaden los actores que, el 26 de febrero de 2014, la U.T., mediante oficio No. UT-022614, denominado requerimientos en el marco del contrato suscrito entre la Unión Temporal y Asfaltart S.A.S. (folios 170 a 172 C.1 – T.1), realizó solicitud en relación a diversos puntos que se venían presentado en el desarrollo de la obra, tales como el accidente laboral presentado, la indebida extracción de materiales y del diligenciamiento del permiso de concesión de aguas, sin embargo, al 26 de febrero de 2014, casi cuatro (4) meses después de haber iniciado las labores de obra la empresa demandada no había tramitado y obtenido el respectivo permiso de aguas.

En consecuencia, se solicitó que: "(...) en un plazo máximo de tres (3) días, siguientes al recibo de la presente comunicación, sea allegada la siguiente información: a.) Relación y copia de los contratos del personal mínimo contemplado en la estructura organizacional inmersa en el Anexo No. 2 del Contrato entre Asfaltart S.A.S. y la U.T., b.) Se indique el horario en el cual se encuentran en obra, entre otros profesionales, el de calidad, director y residente de la misma. c.) Actas de recibo de la dotación entregada al personal de obra. d.) Relación y copia de las órdenes o documento oficial de compra de todos los proveedores de bienes y servicios. e.) Soportes de pago de seguridad social y parafiscales del personal que se encuentra laborando en la ejecución contractual, sin pasar por alto que los profesionales relacionados dentro de la propuesta de la U.T., en el proceso de selección adelantado por la gobernación de Arauca, debe estar referido dentro de tales soportes. f.) Copia de las bitácoras semanales de la ejecución en campo de la obra, desde el inicio del contrato hasta la fecha y las que van a generarse gradualmente en la ejecución del proyecto. g.) Tomar los correctivos necesarios y realizar

llamado de atención por escrito a quienes incurrieron en faltas graves y tomaron las decisiones erradas en el accidente laboral presentado...” Documentos que nunca fueron recibidos.

A su vez, el 29 de febrero de 2014, la sociedad demandada presentó los estudios y diseños para ser aprobados, mismos que previa revisión a la interventoría los aprobó el 25 de marzo de 2014, por lo cual la U.T solicitó la reprogramación de la obra por la nueva fecha de aprobación, ello debido a que la demandada analizó internamente el nuevo panorama en tiempos y consiente de los términos presentó la nueva reprogramación de la obra, comprometiéndose a terminar el día 18 de septiembre de 2014.

Se alega que, el 17 de marzo de 2014 la interventoría envió un oficio dirigido a la Unión Temporal suscrito por la Ingeniera Mayda Jara Ramírez, representante de la firma, denominado “avance de obra”, donde refirió que había radicado el 5 de marzo de 2014 el informe de aprobación a los estudios y diseños a la gobernación de Arauca, recordando el retraso considerable en la programación de la obra y, el 25 de marzo estos fueron aprobados por parte de dicho ente.

El 21 de abril de 2014, la interventoría envía oficio número UTMJ-006-TAME-2014 a la U.T. donde indica que una vez iniciada la semana de pascua se observó el abandono total de las actividades de obra, solicitando explicación al respecto, pues los rendimientos en obra eran bastante bajos como para dejar la obra y no continuar con su ejecución.

El 25 de abril de 2014, (folios 181 a 183 C.1 – T.1) la U.T. demandante, envió a la empresa Asfaltart S.A.S, el oficio No. UT-250414 denominado incumplimientos generados, el cual contenía situaciones tales como la falta de respuesta a requerimientos del oficio UT-022614, omisión en el cumplimiento de obligaciones laborales, falta de informes mínimos, falta de maquinaria necesaria y personal mínimo, falta de bitácora, no se disponía de lo precisado en el anexo No. 2 del Contrato UT01-11203 y falta de ejecución del plan de calidad y laboratorio.

En igual sentido, el 25 de abril de 2014, (folios 184 y 185 C.1 – T.1) la Interventoría, envió oficio por parte de la Ingeniera Mayda Jara Ramírez, representante de la interventoría, debido a que, a esa fecha, no se había obtenido respuesta formal por parte de la U.T. por la suspensión de actividades por la empresa ejecutora desde el 21 de Abril de 2014, situación que causo preocupación ante los bajos rendimientos que a la fecha se presentaban, pues sólo se tenía un único frente de obra que disponía Asfaltart S.A.S., además que, el 28 de abril de 2014 fue suspendido el contrato UT01-112013 de 2013 por paro agrario en la Zona.

Sostienen los actores que, el 10 de mayo de 2014, Néstor Coca González, Ingeniero Director del Proyecto Tame, remitió al buzón electrónico de la demandante oficio (folios 188 a 190 C.1 – T.1) informando el estado del proyecto y su preocupación por los bajos rendimientos, advirtiendo las consecuencias de seguir en el mismo camino, indicando que se requería producir una gran cantidad de materiales, la necesidad de equipos adicionales para incrementar los frentes de trabajo; todo esto viendo que, Asfaltart pretendía extraer sólo de la cantera Fundeoriente y cargar todo el crudo (aproximadamente 35.000,00 M³), además cargar y extraer crudo para producir la sub base 49.596,00 M³, base 26.790,00 M³ y los agregados para la mezcla MDC2 necesaria para el proyecto, en una aparente planta que aún no tenía los permisos y presentaba constantemente fallas mecánicas, produciendo en ese momento aproximadamente entre 200 y 400 M³ de crudo zarandeado de río diarias, cantidades a veces insuficientes para un día de trabajo de un solo frente de obra, compromiso considerado desde todo punto de vista imposible. Ello sumado a que, en el campo solo contaban con un equipo que presentaba constantemente fallas mecánicas.

El 12 de mayo de 2014 se suscribió acta de reinicio No. 1 (folio 191 C.1 – T.1) al contrato UT-11-2013, debido a que fue superada la causa de la suspensión, no obstante, el 13 de mayo de 2014 la interventoría envía comunicación número UTMJ-011-TAME-2014, solicitando explicación

por suspensión de actividades en obra el día 12 y 13 de mayo de 2014, pues la empresa demandada abandonó sin previo aviso las actividades en obra.

Se dice por los actores que, 14 de mayo de 2014 mediante correo electrónico enviado por el ingeniero Andrés Montero coordinador del proyecto de la parte demandada, se informó haber dado solución a los problemas del diseño geométrico, comprometiéndose a tener el 20 de mayo de 2014 un equipo adicional en obra. De igual forma, confirmo en el mismo escrito contar solo con un frente de trabajo, habiéndose pactado una cantidad superior (folio 193 C.1 – T.1), comunicación que fue contestada el 16 de mayo de 2014 por la ingeniera Elizabeth Ríos representante de Asfaltart S.A.S., asegurando que con la llegada del nuevo equipo (Motoniveladora, vibro compactador, etc.) se completarían tres (3) equipos en obra para el nuevo frente de trabajo (folios 194 a 195 C.1 – T.1).

La empresa interventora el 20 de mayo de 2014 mediante oficio adujo nuevamente su preocupación por el poco avance presentado en la obra, producto de las deficiencias administrativas y de desorganización de la empresa Asfaltart S.A.S durante el último mes, indicando que, nuevamente el 12 y 13 de mayo de 2014 no se adelantaron actividades en la vía, por lo que, solicitó a la U.T. tomar por su cuenta las actividades de obra e incrementar de manera inmediata los frentes de obra, advirtiendo las consecuencias propias del incumplimiento (folio 197 C.1 – T.1).

Indican los actores que, para el mes de junio de 2014 se realizó una revisión de la ejecución del contrato UT01-112013 por parte de la Unión Temporal, obteniendo un avance del 11,54% de acuerdo al informe entregado por Asfaltart el día 18 de junio del mismo año, documento que al confrontarse con el acta de reprogramación arrojó un retraso del 51,64%, debiéndose tener a tal fecha un avance del 63,28% motivo que llevo a la U.T. a incrementar esfuerzos y sumar a lo poco ejecutado por Asfaltart un nuevo frente de trabajo el día 16 de Junio de 2014, iniciando la intervención desde el PR 25+000 al PR 23+000(Dos kilómetros) a nivel de crudo y así demostrar a la interventoría el compromiso de cumplimiento contractual. Lo anterior generaría que, Asfaltart continuará normalmente desde el PR 16+000 al 23+000 y el restante del 25+000 al 27+280, pese a los reiterados incumplimientos de dicha entidad.

El día 19 de junio del mismo año, se reiteró la solicitud por parte de la interventoría de la remisión de carteras topográficas (folio 199 C.1 – T.1).

Para el 3 de Julio de 2014 la empresa Asfaltart S.A.S presentó el acta parcial de obra No. 1 (folios 200 a 201 C.1 – T.1) por valor de \$2.154.894.943,08, mismo que, pese encontrarse incompleto fue recibido, en aras de agilizar el trámite de revisión por parte de la Interventoría (folio 203 C.1 – T.1).

Señalan como fundamento importante los actores que, de acuerdo a la CLAUSULA QUINTA del Contrato UT01-112013, FORMA DE PAGO, al pie de la letra reza: "... EL CONTRATANTE cancelará a EL CONTRATISTA el valor del contrato de la siguiente manera: Pago por actas parciales de obra ejecutada: Se cancelará hasta un 90% en actas parciales y 10% con el acta de liquidación del contrato No. 458 de 2013, celebrado entre el Departamento de Arauca y la U.T., , de acuerdo con las cantidades de obra aceptadas por la interventoría de este, formato de veeduría y a satisfacción del Departamento...", desprendiéndose de ello que para la Unión Temporal proceder con el pago, debía tener aprobación de cantidades de obra por parte de la interventoría y la gobernación de Arauca, por ello el pago del acta parcial No. 1 se desembolsaría cuando la interventoría y la gobernación reconocieran estas cantidades.

El día 21 de Julio de 2014 la demandada envió oficio CONT-458-031-13 solicitando el Anticipo al Acta Parcial de Obra No. 1, por \$800.000.000, informando un avance de obra del 17,93% y relacionando los gastos a su juicio pendientes por cancelar (folios 206 a 208 C.1 – T.1)

Alegan los actores que los días 22 de julio de 2014 y 25 del mismo mes se recibieron los oficios UTMJ-034-TAME-2014 y UTMJ-035-TAME-2014 respectivamente, donde se informó por la interventoría que del material extraído los días 17 y 18 de Julio de 2014 de la cantera Rio Cravo por parte de la sociedad demandada contenía terrones de arcilla y se encontraba saturado (folios 209 a 210 C.1 – T.1), a más de la suspensión de labores informada para el día 25 de julio respecto al transporte de materiales granulares (folios 211 a 212 C.1 – T.1).

Arguye el apoderado de la parte actora que, el día 31 de julio de 2014 la U.T. recibió oficio UTMJ-038-TAME-2014 informando la suspensión de las actividades en el tramo PR16+000 al PR23+000 mismo que permanecía a cargo de Asfaltart, solicitando retomar todos los frentes de trabajo, debido a que el plazo de terminación de la obra estaba a menos de dos meses (folio 213 C.1 – T.1).

Informa que, el día 1 de agosto de 2014, se decide realizar un abono al Acta Parcial No. 1 por valor de \$800.000.000, como consecuencia de una aparente falta de efectivo para la ejecución de la obra aducida por Asfaltart S.A.S., aun cuando se había entregado por concepto de anticipo la suma de tres mil seiscientos seis millones ciento cuatro mil novecientos noventa y tres pesos (\$3.606.104.993), y no haber sido aprobadas aún dichas cantidades por la gobernación de Arauca, esto como consecuencia de la suspensión del servicio de transporte por parte de las cooperativas de la zona por falta de pago (folio 214 C.1 – T.1), pago realizado por los socios de la Unión Temporal en la cuenta corriente No. 376046470 del Banco de Bogotá, a nombre de la empresa Asfaltart S.A.S.

Para el 5 de Agosto de 2014, la U.T. recibió oficio UTMJ-039-TAME-2014 de la interventoría manifestando que desde el 24 de Julio de 2014 se mantienen suspendidas las actividades de cargue, extensión y colocación de materiales granulares en la vía, situación que adujo comunicar a la entidad contratante, a fin de citar a la Unión Temporal para la imposición de multas (folios 219 a 220 C.1 – T.1), oficio este que, fue remitido a la sociedad demandada, ya que, en consecuencia de la deficiente labor de Asfaltart, los demandantes para evitar posibles sanciones implementaron un nuevo frente de trabajo, mismo que en el libelo demandatorio adujeron los actores continuaba laborando sin ninguna novedad y dando rendimiento satisfactorio.

El día 14 de agosto de 2014, la representante legal de Asfaltart S.A.S. envió en lo que consideraron un acto de mala Fe, un correo electrónico a la Unión Temporal, cuyo asunto era: solicitud de especificación técnica particular (folios 223 a 225 C.1 – T.1), anexando soportes de ensayos de laboratorio con el ánimo de lograr aprobación del cambio de dicha especificación y así tener un beneficio particular, lo anterior, buscando que la U.T. remitiera dicha información a la interventoría para que fuera revisada y aprobara, a efectos de modificar las especificaciones técnicas del contrato y poder instalar MDC2. Dicha petición fue remitida por parte de la Unión Temporal demandante el 21 de Agosto de 2016 a la interventoría mediante oficio número UTC-00-67,

Relata la actora que, el 26 de agosto de 2014 la interventoría envió comunicación a la gobernación de Arauca, con copia a la U.T., solicitando la imposición de multas frente al contrato de obra No. 458-2013, adjuntando un informe donde presuntamente evidenciaba el incumplimiento de obra, por la empresa Asfaltart.

El 26 de agosto de 2014, la interventoría envió oficio a la U.T. informando el avance de obra, manifestando los incumplimientos de los continuos compromisos adquiridos verbalmente en los diferentes comités de obra, en los dos (2) frentes de obra con los que cuenta la U.T. en campo, en especial el frente que se encuentra bajo la responsabilidad de la empresa Asfaltart, mismo sobre el que del 24 de Julio al 13 de Agosto de 2014 estuvieron suspendidas las actividades de instalación de material, sin existir motivo alguno que sustentara dicha suspensión de actividades, abandonando la obra irresponsablemente, por lo cual, hizo un llamado de atención a la Unión Temporal para que tomara las medidas necesarias y efectuara planes adicionales

que permitieran la terminación de las actividades, interviniendo en el frente manejado por Asfaltart S.A.S., con equipos, mano de obra y todo lo necesario, a fin de solventar la situación presentada, excluyendo a la entidad demandada de la realización de actividades, dado los evidentes y mayúsculos retrasos que se han mostrado en forma reiterada y sistemática, misma a la cual adujo la interventora realizar múltiples llamados de atención mediante oficios No. UTMJ-035-TAME-2014, UTMJ-038-TAME-2014 y UTMJ-039-TAME-2014 del por qué durante el 24 de Julio al 13 de agosto existió suspensión de cargue de material granular, hecho que había afectado directamente la ejecución de la obra, desaprovechando valiosos días de buen clima. Aduce la parte actora que, el oficio es contundente al mencionar expresamente que "...Motivados por el panorama de retrasos antes expuesto, es que comunicaremos a la entidad contratante, a fin de que se cite a la U.T., para la imposición de multas...", no obstante, la U.T. le siguió permitiendo a la empresa Asfaltart S.A. continuar desarrollando actividades conforme a sus capacidades (folios 231 a 232 C.1 – T.1).

Manifiesta la parte demandante que, el día 26 de agosto de 2014 la interventora remitió oficio No. UTMJ-044-TAME-2014 a la Unión Temporal informando hallazgos de incumplimiento por parte de Asfaltart en el PMA y la resolución otorgada por Corporinoquia, frente a la realización de captación de agua en punto no autorizado, inadecuada disposición de residuos sólidos en la planta trituradora la Y, además de inadecuado transporte de materiales desde la planta mencionada (folios 233 a 235 C.1 – T.1).

Nuevamente el 26 de agosto de 2014, la interventoría envió oficio No. UTMJ-045-TAME-2014 solicitando a la empresa Asfaltart los permisos ambientales y mineros de la planta trituradora la Y, una vez que se ha percatado del transporte e instalación de base granular procedente de esta trituradora, así mismo, solicitó para poder dar inicio a la producción de mezcla densa en caliente que se requiere, allegar la documentación de los respectivos permisos aprobados (folios 236 a 237 C.1 – T.1).

Además, el 29 de Agosto de 2014 el Ingeniero Alejandro Sarmiento, Secretario de Infraestructura Física Departamental de Arauca, envió comunicación a la U.T., de acuerdo a la solicitud de imposición de multas que efectuara la interventoría sobre el contrato 458-2013, dados los retrasos en la obra, citando a la Unión Temporal para Audiencia de imposición de multas el día miércoles 3 de Septiembre de 2014 a las 9:00 A.M. en las instalaciones de dicha dependencia (folio 243 C.1 – T.1).

El 8 de Septiembre de 2014, la interventoría envió oficio No. UTMJ-049-TAME-2014, , donde solicita que se allegue copia de los permisos de la trituradora - La Y - en un término no superior a tres días, de lo contrario se ordenará levantar el material instalado o en su defecto no se tendrá en cuenta para su respectivo pago.

Relata el apoderado de la demandante que, el 19 de septiembre de 201, el ingeniero Andrés Montero envió, email identificado como cuentas por pagar Tame, adjuntando una relación de pagos pendientes por realizar por parte de un tercero (Sánchez Construcciones y nóminas) sub contratista de Asfaltart S.A.S. (folios 247 a 248 C.1 – T.1), además de la cuenta de cobro remitida el 17 de octubre por la empresa Asfaltart para soportar los recursos cancelados por la U.T. (folio 256 C.1 – T.1).

Ante los constantes incumplimientos de la demandada, al punto de llegar a ejecutar al 15 de agosto de 2014 un porcentaje aproximado del 18%, cuando según la reprogramación No. 1 presentada por la sociedad demandada aseguraba que debían tener un avance del 82,39%, aspecto que demostró finalmente que la empresa Asfaltart no pudo cumplir con las obligaciones del contrato, aun cuando se le permitió todo el tiempo contemplado en el contrato y reprogramado por ellos mismos.

Finalmente, ante el evidenciado incumplimiento Asfaltart S.A.S. abandonó la ejecución de obra, con el agravante de tener aún recursos de la U.T. en sus arcas sin ejecutar, dejando un panorama

nefasto para la Unión Temporal quien había girado en calidad de anticipo un total de cuatro mil cuatrocientos seis millones ciento cuatro mil novecientos noventa y tres pesos (\$4.406.104.993), además del incumplimiento en materia de pago frente a terceros, quienes amenazaban con obstaculizar la ejecución contractual e impedir su desarrollo una vez retomada la obra por la U.T., si no se les cancelaba un valor de ciento noventa millones ciento veinticinco mil cuarenta y cuatro pesos (\$190.125.044), para un gran total de cuatro mil quinientos noventa y seis millones doscientos treinta mil treinta y siete pesos (\$4.596.230.037), entregados directa e indirectamente a la sociedad demandada.

Adiciona la actora que, la U.T. reconoció y aprobó tres 3 actas parciales presentadas por la sociedad demandada, que sumaron tres mil ochenta y cuatro millones seiscientos veintiún mil seiscientos veinte pesos (\$3.084.621.620), mismos que fueron cancelados en el Acta parcial No. 1 por valor de dos mil ciento sesenta y siete millones doscientos ocho mil seiscientos veintinueve pesos (\$2.167.208.629), en el Acta Parcial No. 2 por ochocientos setenta millones treinta y seis mil trescientos seis pesos (\$870.036.306) y en el Acta Parcial No. 3 por cuarenta y siete millones trescientos setenta y seis mil seiscientos ochenta y cinco pesos (\$47.376.685), aceptadas por la U.T., resultando como diferencia la suma de mil quinientos once millones seiscientos ocho mil cuatrocientos diecisiete pesos (\$1.511.608.417) a favor de la U.T., como resultado de una indebida apropiación de Asfaltart S.A.S., del contrato de obra No. UT01-112013.

Adicionalmente, se relacionan otros hechos aducidos de la falta de ética, mala fe, actuación premeditada y falta de compromiso de Asfaltart S.A. hoy Asfaltart S.A.S, tales como:

- a.- Extraer e instalar material de la trituradora, sin tener los permisos ambientales requeridos.
- b.- Solicitar a Liberty Seguros la anulación o devolución de la póliza No. 2290189, demostrando premeditación para evadir un control de cumplimiento, habida cuenta que conocían del incumplimiento de sus obligaciones.
- c.- Al hacer un balance de los dineros girados oficialmente a Asfaltart versus las cantidades de obra ejecutadas conforme a los ítems del contrato UT01-112013 y 458 de 2013, presentadas por la demandada y pagadas en su totalidad por la U.T., resulta un saldo adicional al daño emergente, el lucro cesante y a los rendimientos financieros, que la sociedad demandada debe reintegrar a la Unión Temporal.

Finalmente señala la actora, que la U.T. a través de quienes se presentan como demandantes, solicita la devolución de los recursos que arroja el balance, suma equivalente a mil quinientos once millones seiscientos ocho mil cuatrocientos diecisiete pesos (\$1.511.608.417), que irregularmente la empresa ASFALTART S.A.S. tiene bajo sus arcas o gastó de manera irresponsable en otras actividades diferentes a las contratadas, sumas que fueron entregadas para ser invertidas conforme al manejo de anticipo y correcta inversión en la obra ejecutada, valor que al no haber sido ejecutado contractualmente, no contempla todos los intereses que a tiempo presente tiene por el goce y disfrute con su rentabilidad, ni los daños, perjuicios e intereses ocasionados a los socios de la Unión Temporal, derivados de los créditos obtenidos con entidades financieras para cumplir con todos los compromisos adquiridos para terminar satisfactoriamente la ejecución de las actividades que la demandada tenía a su cargo.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A LIBERTY SEGUROS S.A.

Con el escrito de demanda se llamó en garantía a Liberty Seguros S.A., para exigir la indemnización de los perjuicios causados a los demandantes, resultantes de una eventual sentencia condenatoria.

Adicional a los hechos de la demanda, como respaldo del llamamiento se presentaron los siguientes:

En evaluación realizada en junio de 2014, se tomaron las cantidades ejecutadas versus las programadas arrojando un 1,78%, lo que demostró un atraso evidente de la obra, exponiendo a la Unión Temporal Construvial a una inminente sanción por parte de la gobernación de Arauca.

Asfaltart ante los diferentes requerimientos instados a cumplir el contrato, se comprometió en tener un nuevo frente de trabajo, situación que nunca ocurrió y que llevo a la Unión Temporal a aunar esfuerzos y sumar a lo poco ejecutado por la demandada, implementando un frente de trabajo adicional con el fin de demostrar a la Gobernación el cumplimiento del contrato. Sin embargo, la U.T. dando cumplimiento a sus obligaciones, reconoció y aceptó las cantidades del acta parcial No 1 del 03 de julio de 2014 por valor de dos mil ciento sesenta y siete millones doscientos ocho mil seiscientos veintinueve mil pesos (\$2.167.208.629).

Adicionalmente, la Unión Temporal actora giro a la demandada la suma de ochocientos millones de pesos (\$800.000.000) como abono al acta parcial No. 1 y realizó giros directos a Proveedores de Asfaltart, que la demandada adeudaba, por valor de ciento noventa millones ciento veinticinco mil cuarenta y cuatro pesos (\$190.125.044), resultando el siguiente balance:

Fecha	Descripción	Valor dineros entregados	Valor actas Parciales cobradas y reconocidas
02/01/2014	Giro Directo No. 1	\$3.606.104.993	
08/08/2014	Giro Directo No. 2	\$800.000.000	
11/10/2014	Giro a deuda proveedores Asfaltart	\$190.125.044	
03/07/2014	Acta parcial No. 1 Cobrada, aprobada por interventoría y reconocida en su totalidad.		\$2.167.208.629
18/11/2014	Acta parcial no. 2 cobrada, aprobada por interventoría y reconocida en su totalidad.		\$870.036.306
3/02/2015	Acta parcial no. 3 cobrada, aprobada por interventoría y reconocida en su totalidad.		\$47.376.685
	Total giros directos e Indirectos hechos a Asfaltart	\$4.596.230.037	
	Total actas parciales cobradas, aprobadas por interventoría y reconocidas en su totalidad		\$3.084.621.620
	Saldo sin intereses ni perjuicios que tiene pendiente por devolver de Asfaltart a la U.T.		\$1.511.608.417

Adicionaron los siguientes hechos, a su juicio demostrativos de la falta de ética y compromiso con lo pactado, por parte de la demandada:

Extraer e instalar material sin tener los permisos ambientales requeridos, siendo utilizados para la obra, además de solicitar mediante oficio a la agencia que expidió la Póliza Liberty Seguros No. 2290189 la anulación o devolución de la misma, para evadir un control de cumplimiento, en razón a que tenían conocimiento del incumplimiento de sus obligaciones y ante ello, decidieron no pagar para lograr su anulación de manera automática, lo que derivó que la Unión Temporal debiera asumir el valor comercial de dicha póliza.

Presentar ante la U.T., el MARSHALL (Especificación técnica del asfalto y agregados a utilizar) alterado, con firma falsificada del Ingeniero José David Santos, exponiendo gravemente a la U.T., quien presentó dicho documento ante la interventoría para ser aprobado. No obstante, la interventoría identificó falencias en las especificaciones técnicas y se pudo determinar la falsedad del documento, lo que expuso a la actora a tener que contratar al Ingeniero José David Santos, para que hiciera un análisis de la información en sitio y tener seguridad de la información, quien elaboró una especificación particular para aprobación de los materiales de la región.

Ante tales circunstancias y los constantes incumplimientos de la demandada, al punto de llegar a ejecutar al 15 de agosto de 2014 un porcentaje del 12,08%, cuando según la reprogramación No. 1 presentada por los demandados debían tener un porcentaje del 82,39%, resultando un atraso de más del 70,31%, concluyendo que la demandada fue incapaz de cumplir con lo contratado.

Arguyen que, para efectos de consolidar lo expuesto, se expidió por parte de Liberty Seguros S.A. póliza de seguro de cumplimiento para particulares, siendo el afianzado Asfaltart y asegurado - beneficiario la Unión Temporal Construvial, póliza que amparaba el cumplimiento del contrato y buen manejo del anticipo, entre otros.

Como objeto de la póliza en mención se estipuló el siguiente:

“T. CONTRATO A: EJECUCIÓN DE OBRA. OBJETO DE LA PÓLIZA: GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGA DEL GARANTIZADO, ORIGINADOS EN VIRTUD DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO SIN NRO. CUYO OBJETO ES: SUMINISTRO DE MATERIALES, MANO DE OBRA Y EQUIPOS PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO PARA MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN DE LA VÍA TAME –SAN SALVADOR PR16+000 AL PR27+280, DEPARTAMENTO DE ARAUCA”.

A dicha póliza se le surtió un anexo de modificación el 27 de junio de 2014, consistente en: “POR MEDIO DEL PRESENTE ANEXO Y SEGÚN ACTA DE SUSPENSIÓN AL PLAZO No. 001. ACTA DE REINICIO AL PLAZO N. 001, SE AJUSTAN LAS VIGENCIAS DE LAS GARANTÍAS QUEDANDO DE ACUERDO CON EL PRESENTE ANEXO. LOS DEMAS TÉRMINOS Y CONDICIONES NO MODIFICADOS CONTINÚAN VIGENTES”.

Se dice que, Asfaltart a su vez adquirió póliza de responsabilidad civil extracontractual derivada de cumplimiento el 2013-12-19, siendo prorrogada su vigencia, cuyo objeto consistió en “AMPARAR LOS PERJUICIOS MATERIALES CAUSADOS A TERCEROS, DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN QUE INCURRA EL TOMADOR DE ACUERDO CON LA LEY, POR LESIÓN, MUERTE O DAÑOS A BIENES, OCASIONADOS POR CAUSA DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO SIN NRO. CUYO OBJETO ES; SUMINISTRO DE MATERIALES, MANO DE OBRA Y EQUIPOS PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO PARA MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN DE LA VÍA TAME –SAN SALVADOR PR16+000 AL PR27+280, DEPARTAMENTO DE ARAUCA”.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE LIBERTY

Durante el termino otorgado, la aseguradora contesto el llamamiento en garantía, oponiéndose a la prosperidad del mismo y a todas y cada una de la pretensiones de la demanda, tanto en su contra como las que se efectúen en contra de Asfaltart S.A.S., así como cualquier clase de declaración y lo condena que afecte directa o indirectamente sus intereses, por considerar que aquellas carecen de fundamento jurídico, factico y probatorio.

Adujo en la contestación del llamamiento y de la demanda, no constarle ninguno de los hechos relatados en la demanda, toda vez que le resultan completamente extraños a la relación

contractual emanada del contrato de seguro que se plasmó en la Póliza de Cumplimiento para Particulares No. BO 2290189, dentro de la cual es asegurada la Unión Temporal Construvial, por lo que indicaron ni aceptar, ni negar los mismos.

Como excepciones de fondo frente a la demanda, presentaron las siguientes:

1. Falta de legitimación en la causa por activa.
2. Excepción de contrato no cumplido.
3. Errónea denominación e infundado cálculo de perjuicios.
4. Ausencia de culpa imputable al contratista durante la ejecución contractual.
5. Excepción genérica.

Frente a la falta de legitimación en la causa por activa, sosteniendo que, los demandantes carecen de legitimación por activa para pretender derivar derecho alguno del contrato demandado.

Frente a la excepción de contrato no cumplido, alegan que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1609 del Código Civil la parte activa pretende exigir el cumplimiento del contrato, cuando aquella a la fecha se encuentra en mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

Frente a la excepción denominada errónea denominación e infundado cálculo de perjuicios, arguye que, los perjuicios reclamados en la demanda resultan de una operación aritmética, que consiste en restar del valor de la suma de las tres actas cobradas y aceptadas el valor del anticipo, diferencia que denominaron daño emergente. Luego, se sumó una cifra por concepto de lucro cesante al daño emergente, misma que a su juicio no se realizó de la manera debida, pues no se indicó la individualización de la obligación incumplida derivada del contrato, ni se estableció cual perjuicio se causó con el incumplimiento, por ende, tampoco se pudo establecer su monto.

Frente a la denominada ausencia de culpa imputable al contratista durante la ejecución contractual, aduce que, se alega la inejecución del contrato, sin que se demostrara que el incumplimiento se derivó por culpa del demandado, por cuanto este fue ejecutado hasta el momento en que las circunstancias lo permitieron, lo que demuestra la intención del contratista de cumplir de manera íntegra con el objeto contractual, no obstante, la no ejecución se produjo como consecuencia de la conducta negligente del contratante, reflejada entre otras en la falta de pago de valores adeudados al contratista, la no entrega de diseños y especificaciones contractuales, y la carencia de permisos ambientales de construcción, cargas que a su decir estaban en cabeza de la demandante.

Frente a la excepción genérica, depreca la falta de derecho del demandante, inexistencia de responsabilidad por parte de la demandada, inexistencia de la obligación a indemnizar, alegación inadecuada de la fuente de responsabilidad, compensación, prescripción, y toda aquella que constituya causal eximente de responsabilidad, resultante de todo hecho probado dentro del curso del proceso, de conformidad con la estipulación contenida en el artículo 282 del Código General del Proceso.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE ASFALTAR S.A.S.

Respecto a los hechos de la demanda manifiesta que, se atiene exclusivamente al tenor literal del documento de constitución de la U.T. y en lo que respecta a la presentación de la propuesta y adjudicación del contrato 458 de 2013 por parte del Departamento de Arauca, se atiene a lo que resulte probado.

Aduce que, no obra en el expediente prueba de los denominados “contratos internos”, tan solo la existencia del denominado “Contrato de Obra No. UT01-112013”, pero desconoce el documento allegado por los demandantes, tampoco existe prueba alguna de la celebración de

la denominada “reunión formal” para la celebración de la minuta del contrato, ni que éste se haya ceñido a los lineamientos jurídicos del contrato de obra pública, pues no se desprende de aquel la facultad de sub contratación de la obra a un tercero o a un miembro de la Unión Temporal.

Adiciona, no ser cierto que se utilizaron los mismos direccionamientos del contrato de obra suscrito entre el Departamento de Arauca y la U.T., pues los documentos de prueba fueron modificados, tal como consta en el correo electrónico de fecha 13 de diciembre de 2013 en donde se adjuntaba el presupuesto, el plan de anticipo y otros documentos, por tanto el documento adjunto a la demanda para justificar la inversión del anticipo no corresponde al enviado por la demandada, ya que el mismo debe ir firmado por el contratista y no por el contratante, ellos sumado a que, ni las cantidades contempladas en el anexo 1, ni el plan de manejo de anticipo guarda relación con los documentos suscritos por Asfaltart S.A.S., además de encontrarse suscritos única y exclusivamente por quien dice ser representante legal de la U.T.

Adicionalmente alega que, no hay prueba del contenido y existencia de las ordenes impartidas por la U.T. a la Fiduciaria, sin embargo, es cierto que a la demandada se le consignó el valor indicado solamente hasta el día 26 de diciembre de 2013, cuando el acta de inicio determina que el contrato iniciaría el 5 de noviembre de 2013, lo que significa que los demandantes fueron contratantes incumplidos desde el principio, más no la demandada.

Sostiene que, no se acredita que existiera un acuerdo entre las partes de iniciar el día 7 de enero de 2014, ello como consecuencia del incumplimiento de la U.T. en los compromisos iniciales, pues no tenían diseños aprobados, lo que imposibilitaba el inicio de las obras en la fecha inicialmente acordada, por cusa imputable a la U.T., por lo cual, no resulta ser cierto que se exigiera a la demandada la presencia de personal o maquinaria en el sitio de la obra, al no poder iniciarse la misma pues no se contaba con los diseños contractuales.

Refiere que, sí dio respuesta al requerimiento realizado por la U.T., aclarando que respecto al accidente laboral presentado, es la ARL la encargada de velar y atender a los trabajadores al momento de la ocurrencia de un accidente, situación para la cual se brindó la atención requerida en el hospital de TAME, por lo que no se generó un perjuicio a la U.T.

Manifiesta que, la demandada se vio en la necesidad, ante la inexistencia de compromisos de la unidad ejecutora y la inexperiencia del resto de integrantes de la U.T., a aceptar la ejecución de los diseños por un valor de seis millones seiscientos cincuenta mil pesos (\$6.650.000) por kilómetro, suma que contemplaba: levantamiento topográfico, el diseño geométrico del corredor vial, el estudio hidráulico e hidrológico, el estudio de pavimentos debidamente firmados por cada uno de los profesionales en su rama ,como consta en los entregables que fueron la base y soporte técnico de la ejecución del contrato a la fecha de la entrega, empero, agrega, no ser cierto que la fecha de la entrega de los estudios y diseños haya sido el 29 de febrero de 2014 sino el 27 de enero de 2014, como consta en oficio del 15 de enero de 2014 con código CONT-458-005-14 y en acta de reunión con la Gobernación de Arauca, es decir, que la entidad tomó aproximadamente 60 días para la aprobación del insumo requerido para dar inicio al objeto del contrato, entre tanto, la demandada incurrió en sobrecosto de equipos y personal que habían obligado a permanecer en el proyecto, afectando económicamente a la demandada.

Adiciona que, los estudios y diseños solamente fueron aprobados hasta el 25 de marzo de 2014, situación que a su juicio constituye una confesión por parte del apoderado de la UT, en el sentido de que no tenían diseños, estudios, licencias, ni permisos, y que estos no hacían parte del contrato suscrito con la demandada, siendo ello obligación de la contratante.

Añade que, no es cierto que haya acuerdo de reprogramación de la obra, pues se allega un documento carente de firma, desconociendo de donde proviene y quien es su autor, razón por

la cual lo tacha de falso, así mismo, señala no ser cierto el supuesto análisis de los términos de ejecución de la obra, al no existir prueba alguna de que dicha modificación se haya aceptado, pues la única forma de entenderse la misma sería un recuento de los plazos, iniciando las labores una vez aprobados los diseños.

Indica que, como consta en el oficio del 25 de abril de 2014 con código CONT-458-021-14, el retiro de personal provisional se hizo como medida de seguridad para preservar la vida de los trabajadores por los hechos que constan en la mencionada comunicación, además resalta que, los retrasos en ese momento se debieron al amarre incorrecto de las coordenadas del proyecto inducido por el personal de topografía de la interventoría, pues la abscisa inicial de amarre en campo no correspondía con la plasmada en el contrato.

De igual manera, la programación del contrato no tuvo en cuenta el retraso ocasionado por la ejecución de los estudios y diseños, los permisos de las entidades ambientales, así como el orden público, negociaciones con los transportadores de materiales para el proyecto, situaciones totalmente ajenas a la responsabilidad de la demandada, además de que, en la reprogramación de la interventoría se hace una programación "ideal" para el cumplimiento del contrato pero no "real", por esta razón se solicitó una ampliación del plazo contratado en dos meses más para poder cumplir con las fechas contractualmente establecidas.

Añade que, al no pagarse oportunamente por parte de la U.T. los valores acordados, denota el incumplimiento grave de la demandante con las consecuencias derivadas de ello, citando como ejemplo de ello la mora en el pago de los proveedores, por lo cual, en momento alguno influyó con el avance de la obra, pues con independencia del cumplimiento del Departamento de Arauca para con la U.T., ella debía cancelar los emolumentos derivados del contrato de obra de manera oportuna, conforme se señala en la misma cláusula 8 numeral 1 del Contrato de Obra UT01-112013: "No obstante, el CONTRATANTE, está en la obligación de responder económicamente por los pagos de tal forma que no se genere parálisis en la obra, toda vez que el CONTRATISTA, no está en la obligación de financiar el contrato".

En lo referente a que la U.T. retoma las actividades aparentemente abandonadas por Asfaltart en la ejecución del contrato, indica ser un aspecto a probarse por parte de la demandante, pues no basta la simple afirmación de su apoderado, sino que deberá acreditarse con una programación de obra radicada ante la interventoría y la supervisión del contrato, con copia de la bitácora de campo que realmente demuestre que realizaron actividades bajo las mismas condiciones de limitaciones sufridas por Asfaltart S.A.S. y, que, cumplieron a satisfacción con los tiempos establecidos, teniéndose en cuenta el estado de tiempo, la movilidad, el orden público y los proveedores de materiales del proyecto, así como el flujo de caja y el sinnúmero de adiciones por ampliación del plazo y precio suscritas con el Departamento de Arauca, de las cuales dan buena cuenta el acta de liquidación del contrato.

Concierne en que la U.T. giró a la sociedad Asfaltart S.A.S., la suma de tres mil seiscientos seis millones ciento cuatro mil novecientos noventa y tres pesos (\$3.606.104.993) por concepto de anticipo, pero no es cierto que el valor del anticipo se aumentó en la suma de ochocientos millones de pesos (\$800.000.000), puesto que, esta suma fue girada como abono al Acta Número 1, tal como consta en el comunicado ASF-DT-2.7-6508-14 del 4 de septiembre de 2014, pretendiendo con ello la parte demandante, lucrarse con dineros que invirtió la sociedad demandada.

Arguye que, a raíz de los incumplimientos presentados por la U.T. con los pagos y por los sobrecostos de obra reportados en diversas comunicaciones, la sociedad Asfaltart se vio afectada económicamente, teniendo que solicitar un anticipo del acta de obra para cancelar a los proveedores de materiales, solicitud que se realizó por correo electrónico enviado por el ingeniero Andrés Montero, suma equivalente a ciento cincuenta y un millones quinientos cuatro mil cuatrocientos dieciséis pesos (\$151.504.416), como lo soporta la relación de pagos y las facturas No. 1141, 2794 y 0173.

Añade que, si bien Asfaltart radicó en las instalaciones de la U.T. tres actas de obra que sumaban tres mil ochenta y cuatro millones seiscientos veintiún mil seiscientos veinte pesos (\$3.084.621.620), mismas que fueron reconocidas y pagadas por los demandantes, también radicó tres facturas por concepto de materiales, que fueron devueltas de mala fe por la actora, siendo ésta quien adeuda a Asfaltart por gastos no cancelados la suma de cinco mil cuatrocientos noventa y cuatro millones doscientos noventa y tres mil doscientos cinco pesos (\$5.494.293.205).

Por último refiere que, el contrato suscrito entre U.T., y Asfaltart no se ha liquidado ni voluntariamente, ni judicialmente, por ello no existe ninguna conclusión que pueda justificar las afirmaciones del demandante, quien tendrá la carga total de la prueba para acreditar la diferencia entre lo ejecutado y lo entregado, el nexo causal y el daño o perjuicio supuestamente irrogado a la U.T.

EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR ASFALTAR S.A.S

Indebida representación de la U.T., fundamenta como prosperidad de la misma que ni el señor Rodríguez ni el señor Sánchez tenían la facultad para designar a mutuo propio apoderado alguno para presentar e instaurar la demanda en contra de Asfaltart, ya que si bien el Consejo de Estado en Sentencia de 25 de Septiembre de 2013 estableció o creó jurisprudencialmente una capacidad especial para los consorcios y uniones temporales, no la extendió a todos los actos y contratos celebrados por esta asociación, sino única y exclusivamente para aquellos casos relacionados con el objeto de su creación, que en este caso no es otro que la participación en la licitación pública mencionada en el documento de constitución, pero no para constituir apoderados judiciales para instaurar demandas relacionadas con otros contratos de corte privado celebrados por la asociación. Para estos efectos, para representar debidamente a la Unión Temporal deberán contar con el documento en el cual se autorice (i) adelantar la demanda respectiva, (ii) designar el apoderado que ha de representar a la asociación (iii) conceder las facultades necesarias para comparecer al juicio y, que, todos y cada uno de los miembros de la U.T. confieran el respectivo documento de apoderamiento.

Falta de Legitimación en la causa por activa en los demandantes Santiago Sánchez Vesga y la sociedad Logra S.A.S., sostiene que estos comparecen al proceso en calidad de demandantes junto con la ya mencionada Unión Temporal, no obstante, la causa que pretenden a través del proceso instaurado, no tiene como fuente la suscripción, celebración y ejecución de un contrato estatal, sino la celebración de un contrato civil que denominaron “Contrato de Obra” suscrito entre la U.T., y la Sociedad Asfaltart S.A.S., lo que significa que no estamos frente a un proceso donde se discuten las obligaciones y derechos derivados de la suscripción del contrato de asociación, en el cual si son partes el citado actor y la sociedad, sino que en este caso se discute el cumplimiento o no de las obligaciones de un contrato independiente suscrito entre la asociación y un tercero, en el que nada tienen que ver las mencionadas personas.

Sostiene que, la fuente obligacional es el contrato de obra y no el contrato de U.T., suscrito entre Santiago Sánchez Vesga, Logra S.A.S., Movitierra Constricciones S.A., y Asfaltart S.A.S., en el cual sí podrían y tendrían que comparecer a juicio la totalidad de los contratantes, pero una cosa es que por tratarse de una U.T., la especialidad del conflicto, esta deba comparecer a través de sus miembros y otra muy diferente es que los miembros puedan comparecer al juicio en busca de unos presuntos perjuicios indirectos o derivados de un contrato en que no fueron partes.

Inexistencia de solidaridad activa entre la U.T., Santiago Sánchez Vesga y Logra S.A.S., aduce que, la solidaridad de los integrantes de los consorcios y uniones temporales se predica frente a su acreedor, que no sería otro que la entidad del estado que contrata con estas especiales formas de asociación temporal, por ello frente a este acreedor, no les es posible excepcionar a los miembros de éstas el beneficio de indivisión. Por ello, no es posible que los

señores Santiago Sánchez Vesga y la sociedad comercial Logra S.A.S. pretendan una solidaridad activa frente al contrato suscrito ente la U.T., y Asfaltart S.A.S., ya que dichas personas no conformaban ni ostentaban la calidad de contratante o contratista dentro del negocio jurídico que se trae a instancias judiciales.

Inexistencia de Nexo Causal que genere responsabilidad civil contractual a favor de la demandante, por ostentar ésta la calidad de contratante incumplida, señala que el nexo causal es uno de los elementos, que junto con el daño y el hecho generador deben estar presentes para adelantar un juicio de responsabilidad en contra de un tercero, siendo conocido éste como aquella relación indisoluble que debe existir entre el daño y el hecho generador del mismo. Lo que significa, que si no existe dicha relación, mal podría haber una condena para resarcir un daño, precisando que en el factico en asunto no se avizora dicho nexo causa,, toda vez que no hubo indebido manejo del anticipo, como tampoco apropiación indebida del mismo y mucho menos incumplimiento, por cuanto.

Dice la demandada que al revisar el clausulado, de lo que denominan contrato principal, se encuentra que los estudios, diseños, permisos y licencias se encuentran a cargo de la U.T. y deben estar aprobados como requisito previo para el inicio de las obras, tal y como se desprende el numeral 3 del mismo, que a la letra reza: “3) La unidad ejecutora es la encargada de garantizar bajo su absoluta responsabilidad, la existencia previa de: planos, diseños , proyectos, licencias ambientales debidamente aprobadas por Corporinoquia y licencias de construcción”, siendo inviable iniciar las obras sin la acreditación de este requisito, derivándose de ello que la actora debía contar con dichos documentos para el inicio de las obras, siendo claro de las pruebas obrantes que ninguno se encontraba satisfecho, ya que ni siquiera los diseños los habían realizado, siendo entonces la Unión Temporal demandante quien en su tiempo incumplió el contrato traído a colación.

En ese orden de ideas, considera que no existe causalidad entre la pretensión de incumplimiento a la que se refiere la demanda, que a su juicio no es clara, y la actuación de la demandada, pues no podía exigírsele el suministro de materiales, mano de obra y equipos para la ejecución del contrato, hasta tanto la U.T. no tuviese los permisos, licencias, estudios y diseños, conforme lo demandaba la multicitada cláusula del contrato.

Inexistencia de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad Asfaltart S.A.S., en relación con el contrato suscrito con la U.T., pues, conforme al Contrato de Obra UT01-11201, era requisito previo para poder iniciar la ejecución del contrato celebrado entre la U.T. y Asfaltart S.A.S. que, Construvial como unidad ejecutoria del contrato contara con los planos, diseños, proyectos, licencias y permisos, conforme se desprende del punto 3) del mismo, cláusula que imponía una condición técnica para iniciar las labores contratadas a Asfaltart S.A.S., pues para exigir el cumplimiento de las obligaciones era necesario que la actora contará con los diseños y estudios aprobados, los permisos y licencias respectivas.

Agrega que, la cláusula séptima del contrato contenía una serie de obligaciones a cargo de Asfaltart S.A.S., las cuales fueron cumplidas a cabalidad, hasta aquel momento en que aquella persona que dice actuar en nombre de la U.T., pero que más bien parece actuar en nombre propio, pues ninguna rendición de cuentas ha entregado a sus miembros, decide ordenar a Asfaltart S.A.S. no continuar ejecutando el objeto contractual e invade la obra para ser éste quien termine su ejecución, de manera que no fue el actuar de Asfaltart S.A.S. lo que generó la imposibilidad de terminación de la ejecución del contrato, sino el acto propio y unilateral de los restantes miembros de la U.T., que hoy comparecen al proceso en busca del reconocimiento de unos perjuicios inexistentes.

Inexistencia de responsabilidad a cargo de Asfaltart S.A.S., ya que, para deprecar un juicio de responsabilidad contractual deberá demostrarse además de los elementos que integran el derecho de daños, la naturaleza jurídica del campo obligacional y el incumplimiento a la luz de la violación del postulado, propia de la culpa contractual.

Refiere que, en este caso la conducta de Asfaltart siempre estuvo marcada dentro de la diligencia propia del ser humano responsable y consciente de los riesgos, por ello informó, avisó, presentó y suministró el objeto contractual, dando respuesta a los requerimientos realizados por la demandante, presentando los documentos necesarios para acreditar el correcto manejo de los dineros entregados “a título de anticipo”, ejecutando inclusive, obligaciones no contratadas, lo que significa que si bien no ejecutó la totalidad del contrato, ello no ocurrió por la ausencia de diligencia de la demandada, sino por causas atribuibles a los restantes y hoy demandantes miembros de la U.T. y su representante, quienes hicieron y se valieron de todas las argucias, al punto de invadir la zona de la obra y colocar un frente de trabajo adicional en perjuicio de Asfaltart S.A.S.

Excepción de Contrato no Cumplido por parte de la demandante, aduciendo que, conforme lo previsto en el artículo 1609 del Código Civil “[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla con su parte, o no se allana a cumplirlos en la forma y tiempo debidos”, de manera que, no puede predicarse el cumplimiento de un contrato, cuando quien lo grita es igualmente contratante no cumplido.

Refiere que, al analizar la relación entre la U.T. y Asfaltart S.A.S derivada del tantas veces mencionado contrato de obra, ellos resuelven vincular la carga obligacional derivada del contrato suscrito entre la U.T. y el Departamento de Arauca dentro del contenido obligacional, es por ello, que no podrá la demandante exigir un cumplimiento, cuando fue el primer contratante incumplido en el término, precisamente por la carga obligacional consagrada en el contrato de obra pública, pues para poder ejecutar el contrato de obra privada, debía el contratista público cumplir con los compromisos previos, conocidos y derivados del contrato de obra pública.

Inexistencia de Daño Imputable a Asfaltart S.A.S., sosteniendo que, no existió daño alguno a la U.T., pues bien traen el texto de la liquidación bilateral del contrato celebrado entre la U.T. y el Departamento de Arauca, en donde ninguna multa, sanción, devolución o dinero en su contra resulta, por el contrario aparece allí un saldo a favor de la demandante por valor de mil ciento once millones cuatrocientos noventa y ocho mil cuatrocientos sesenta y un pesos con cincuenta y cinco centavos (\$1.111.498.461,55), los cuales a la fecha no han sido distribuidos entre sus miembros, al no haber sido liquidada la Unión Temporal.

Aduce que, se argumenta por el demandante una indebida utilización del anticipo, y para ello allegan un documento denominado “PRESUPUESTO OFICIAL OFERTA MERCANTIL”, mismo que tacha de falso al encontrarse suscrito únicamente por el señor Marlon Yesid Rodríguez Vera, y donde se aprecia que la Administración tendría un cargo del 7%, los imprevistos del 2% y la Utilidad del 3%, sin embargo, el documento aprobado entre la U.T. y Asfaltart S.A.S. tenía una distribución completamente diferente, donde se acordó que la Administración tendría un cargo del 8%, los imprevistos del 0% y la Utilidad del 4%, formula que fue utilizada en el momento de aprobarse las actas parciales de obra.

Como si no fuera suficiente, se viola por parte de la U.T. las cláusulas del contrato de obra suscrito con Asfaltart, pues de conformidad con la cláusula décima, antes de acudir a este proceso debía haberse suscrito el acta de liquidación del contrato, sin embargo, la demandada nunca ha sido requerida para proceder a liquidar el contrato, decidiendo la actora de manera unilateral no dar cumplimiento a la cláusula y acudir al operador judicial para que éste ordene o decrete el inexistente incumplimiento del contrato, con el correspondiente reconocimiento de perjuicios que deberá la U.T. demostrar, su nexos causal, su valoraciones económica y que él mismo es cierto, real, y personal.

Inexistencia de indebido manejo del anticipo por parte de Asfaltart S.A.S., dentro del Contrato de Obra UT01-113013 suscrito con U.T., indicando que, existen los documentos

donde reposan las pruebas de dicha inversión, las cuales fueron entregadas ante los requerimientos formulados por la compañía de seguros en su oportunidad, junto con el documento real y cierto de cómo se distribuiría o manejaría el valor del anticipo entregado, en resumen correspondiente a:

ÍTEM	VALOR
Subcontratos de obra	\$3.048.621.620,00
Transporte de Materiales	\$310.889.281
Materiales de Patio	\$368.500.000
Equipos de Activos	\$1.122.875.277
Gastos de Montaje Planta de Asfalto y Trituradora	\$353.412.936
Gastos de Movilización y Desmovilización de Equipos de Pavimentación	\$140.004.000

Advierte que, dentro de los anteriores conceptos, no se encuentra el valor y costo de los diseños que debió asumir Asphaltart S.A.S. para ejecutar el contrato, por cuanto la U.T. no tenía dichos diseños en forma previa a la celebración del contrato con el Departamento de Arauca, que ascienden a la suma de seis millones novecientos cincuenta mil pesos (\$6.950.000) por kilómetro, es decir, setenta y cinco millones ciento cuarenta y cinco mil pesos (\$75.145.000) más AU del 12%, para un total de ochenta y cuatro millones ciento sesenta y dos mil cuatrocientos pesos (\$84.162.400), que no se ha reconocido, ni pagado por el demandante.

Improcedencia de la acción por ausencia de liquidación del contrato de obra suscrito entre la U.T., y Asphaltart S.A.S., conforme la Cláusula Décima del contrato de obra suscrito entre U.T., y Asphaltart S.A.S., las partes resolvieron que cualquiera fuera el momento o causa de terminación del contrato, la necesidad de liquidarlo de manera unilateral o bilateral, para que, en caso de desacuerdo se pudiese acudir al operador judicial con una pretensión clara, siendo extensivo a la compañía de seguros, quien dejó constancia en el documento de objeción de la reclamación, la ausencia de la liquidación contractual.

Cuestiona cómo puede pretenderse una indemnización derivada de una acusación de indebido manejo del anticipo, cuando no se ha liquidado el contrato, se presentan documentos contrarios a la realidad para justificar una pretensión económica, nunca se recibió por parte de quien demanda las obras ejecutadas en forma correcta, sino que en un abuso de posición que ejerce el contratista estatal, en este caso la U.T., decidió arbitrariamente impedir que la demanda continuara ejecutando su contrato.

Inexistencia de mora que permita la reclamación o reconocimiento de intereses moratorios, reseñando que, el valor que se dice y califica como daño emergente es irreal, al igual que la liquidación de intereses de mora a título de lucro cesante, por cuanto no existe mora por parte de Asphaltart S.A.S, ni siquiera existe una obligación económica clara, expresa y exigible, que permita predicar la legitimidad de la petición de reconocimiento de intereses de mora.

Sostiene que, la obligación de la cual se predica la mora es inexistente, pues, esta se produce cuando se está en presencia de un contratante incumplido, víctima de un incumplimiento en el pago que ha requerido judicialmente al deudor, o que por lo menos ha consignado en documento alguno la existencia de una obligación a su favor, sin que exista en este factico compromiso obligacional, por lo que no hay certeza de la obligación, siendo inviable hablar de morosidad a favor de quien no cumplió, siendo esta la razón de ser de las actas de liquidación de los contratos, generar compromisos y determinar tiempos y modos de cumplimiento, mismo que no existe en este caso.

Compensación, citando el artículo 1714 del Código Civil, solicita el reconocimiento de la compensación, teniendo en cuenta que ASFALTART SAS es acreedora de la U.T. por los valores
Exp. 2016-00233-00

correspondientes a los diseños para el cumplimiento de la obra con el departamento de Arauca, y, en su participación como miembro de la U.T.

Genérica, A la luz del artículo 282 del Código General del Proceso, solicita se declare cualquier otro hecho exceptivo que surja probado.

CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

En cuanto a las pretensiones del llamamiento en garantía, se opone rotundamente a las mismas, por cuanto, en este proceso no aparecen los elementos necesarios para establecer un incumplimiento en cabeza del contratista afianzado.

Aduciendo además, frente a los hechos 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10 que los mismos no le constan, y, que, se estarán a lo que resulte probado.

Frente a los demás hechos, se pronunció explícitamente en el siguiente sentido_

AL HECHO No. 5: Es cierto, en cuanto a que la sociedad Asfaltart S.A.S. contrató con Liberty Seguros S.A. la Póliza de Seguro de Cumplimiento para Particulares No. BO 2290189 del 19 de diciembre de 2013, cuyo asegurado y beneficiario es la Unión Temporal Construvial, precisando que, la cobertura otorgada se encuentra limitada en las condiciones generales y particulares que forman parte integrante de la póliza, entre otros, al valor asegurado y exclusiones.

AL HECHO No. 11: No es cierto, la no devolución de dineros no es una conducta que conlleve a establecer un incumplimiento.

AL HECHO No. 12: No es cierto, pues como se explicará en el acápite de excepciones, lo afirmado por la parte demandante es una prueba fehaciente de la confusión que se tiene entre el anticipo amortizado y el buen manejo del anticipo.

AL HECHO No. 13: Como ya se manifestó, es cierto que LIBERTY SEGUROS S.A. expidió la póliza enunciada, pero se aclara que esta se encuentra limitada en las condiciones generales y particulares —que forman parte integrante de la misma- entre otros, frente al valor asegurado y exclusiones.

AL HECHO No. 14: Es cierto, en cuanto al objeto de la modificación se estarán a lo que consta en el anexo de fecha 27 de junio de 2014.

AL HECHO No. 15: Es cierto y se admite, precisando que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual derivada de Cumplimiento No. LB 477284, se encuentra limitada en las condiciones generales y particulares —que forman parte integrante de la póliza- en cuanto hace referencia, entre otros, al valor asegurado, sublímites, deducibles y exclusiones. Así mismo, se advierte que el referido contrato de seguro no podrá verse afectado si se tiene en cuenta la cobertura otorgada en el mismo, tendiente a amparar los perjuicios materiales causados a terceros derivados de la responsabilidad civil extracontractual en que incurra el tomador, circunstancias que no corresponden a la naturaleza de las pretensiones del proceso que incoa la parte demandante, cuyo propósito es la declaratoria de incumplimiento del contrato No. UT01-112013.

EXCEPCIONES DE FONDO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Falta de legitimación en la causa por activa, aduce que, los demandantes carecen de vocación por activa para pretender derivar derecho alguno del contrato de seguro en que fundamentó el llamamiento en garantía.

Falta de legitimación en la causa por pasiva, alega que, la entidad aseguradora carece de vocación por pasiva para responder a lo exigido por los demandantes.

Inexistencia de responsabilidad del asegurador por acaecimiento del riesgo fuera de la vigencia de la póliza, relata que, en el ámbito del seguro de cumplimiento el riesgo asegurado lo constituye el incumplimiento imputable al contratista afianzado, como en cualquier clase de seguro, el siniestro, es decir la realización del riesgo asegurado, deberá producirse dentro del ámbito temporal del contrato, que no es otro que el de la vigencia misma de la póliza.

De ocurrir o de realizarse el riesgo con posterioridad a la terminación de la vigencia del contrato de seguro, este carecerá de cobertura, regla que es de la esencia de la operación aseguradora y deriva del carácter futuro del riesgo y de la asunción del mismo, por parte del asegurador durante un periodo determinado.

Es así como, dentro de las condiciones generales aplicables a la Póliza de Seguro de Cumplimiento para Obligaciones en favor de Particulares No. 2290189, expedida por Liberty Seguros S.A. para garantizar el contrato celebrado entre Unión Temporal Construvial y Asfaltart S.A., hoy Asfaltart S.A.S., se establece la referida limitación temporal de cobertura, así:

"CLÁUSULA SEGUNDA: SINIESTRO: (...) La responsabilidad de Liberty Seguros S.A. no excederá en ningún caso del valor total asegurado para cada amparo y se hará exigible con respecto al incumplimiento en que incurra el contratista garantizado durante la vigencia de la presente póliza. El valor asegurado de la presente póliza no se restablecerá automáticamente en ningún caso."

Frente al caso, aduce que, la vigencia de la póliza en lo que a los amparos de cumplimiento del contrato y buen manejo de anticipo respecta, expiró el día 18 de enero del año 2015, según consta en el anexo No. 1 de modificación de la Póliza de Seguro de Cumplimiento para Particulares No. 2290189, emitido el 27 de junio de 2014, sin que hasta ese momento se hubiese presentado incumplimiento alguno imputable al contratista afianzado.

Inexistencia de responsabilidad del asegurador por modificación del contrato asegurado, precisando que, establece el legislador una obligación en cabeza del asegurado, según la cual él debe mantener el estado del riesgo y en caso de agravación del mismo, le corresponde la obligación de notificar por escrito al asegurador esos hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato, y la falta de notificación oportuna tiene como sanción la terminación del contrato de seguro.

En ese mismo sentido, las Condiciones Generales aplicables a la Póliza de Seguro de Cumplimiento para Particulares No. 2290189, establecen lo siguiente:

"CLÁUSULA PRIMERA: (...) AMPAROS Y EXCLUSIONES: (...) EXCLUSIONES: DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 1056 DEL CÓDIGO DE COMERCIO LOS RIESGOS Y PERJUICIOS QUE A CONTINUACIÓN SE RELACIONAN, NO ESTÁN CUBIERTOS NI AMPARADOS Y POR CONSIGUIENTE ESTÁN EXCLUIDOS DE LA PRESENTE PÓLIZA (...) 2.5. LOS PERJUICIOS QUE SE REFIERAN AL INCUMPLIMIENTO ORIGINADO EN MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL CONTRATO ORIGINAL SALVO CONVENIO EXPRESO QUE CONSTE EN EL CORRESPONDIENTE CERTIFICADO DE MODIFICACIÓN DE ESTA PÓLIZA".

De acuerdo con lo plasmado en el hecho No. 41 de la demanda, el contrato fue modificado por el asegurado Unión Temporal Construvial, al incrementar el valor del anticipo inicial en la suma de ochocientos millones de pesos (\$800'000,000), pasando de tres mil seiscientos seis millones ciento cuatro mil novecientos noventa y tres pesos (\$3.606'104.993) a cuatro mil cuatrocientos seis millones ciento cuatro mil novecientos noventa y tres pesos (\$4.406'104.993),

sin haberle dado aviso al asegurador, de tal suerte que en la póliza referida, continuó con un valor asegurado de tres mil seiscientos seis millones ciento cuatro mil novecientos noventa y tres pesos (\$3.606.104.993), para el amparo de anticipo.

Inexistencia de responsabilidad del asegurador por ausencia de siniestro que afecte el amparo de cumplimiento del contrato, alega que, de acuerdo con el artículo 1072 del Código de Comercio, se denomina siniestro a la realización del riesgo asegurado y, el riesgo asegurado en la Póliza de Seguro de Cumplimiento para Particulares No. 2290189 concretamente para el amparo de cumplimiento del contrato, se delimita positivamente en el cubrimiento de los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable al contratista garantizado, de las obligaciones emanadas del contrato multicitado.

Así las cosas, aduce que, como no existe incumplimiento imputable a la conducta ejercida por el contratista afianzado, durante la ejecución del contrato No. UTOI112013, no se realizó el riesgo asegurado y, por lo tanto, no surge obligación en cabeza del asegurador para el reconocimiento y pago de indemnización alguna.

Inexistencia de responsabilidad del asegurador por ausencia de siniestro que afecte el amparo de buen manejo de anticipo, arguye que, de conformidad con lo previsto en el artículo 1072 del Código de Comercio, se denomina siniestro a la realización del riesgo asegurado, y el riesgo asegurado en la Póliza de Seguro de Cumplimiento para Particulares No. 2290189, concretamente para el amparo de anticipo, se delimita positivamente así:

"CLÁUSULA PRIMERA: (...) AMPAROS Y EXCLUSIONES (...) 1. AMPAROS (...) 1.2 AMPARO DE ANTICIPO (...) EL AMPARO DEL ANTICIPO CUBRE A LA ENTIDAD CONTRATANTE ASEGURADA, CONTRA LOS PERJUICIOS SUFRIDOS CON OCASIÓN DEL USO O APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA 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 INDEBIDA DE LOS DINEROS O BIENES ENTREGADOS A TÍTULO DE ANTICIPO EN EL EVENTO EN OVE TALES DINEROS O BIENES NO SEAN UTILIZADOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO..." (folio 347 C.2).

Así las cosas, el riesgo asegurado lo constituyen los perjuicios que llegare a sufrir el asegurado como consecuencia del evento, en que el contratista afianzado no utilice los dineros recibidos como anticipo en la ejecución del contrato, razón por la cual esta cobertura no está encaminada a exigir del asegurador la devolución de los dineros no invertidos en la obra provenientes del anticipo, como lo pretende la parte activa en las peticiones de la demanda.

Insiste que, la obligación del asegurador adquirida mediante el otorgamiento de este amparo, es la de responder únicamente por los perjuicios que se causen al contratante asegurado como resultado del uso o apropiación indebida de los dineros que se le hayan entregado al contratista, en calidad de anticipo.

Y, es que, a su juicio, en el caso *sub lite*, tal y como se señaló en comunicación de fecha 16 de diciembre de 2015 dirigida por Luis Fernando Ramírez, Jefe de Indemnizaciones de Fianzas de Liberty Seguros S.A. al representante legal de la Unión Temporal Construvial, y se ratificó en el documento de objeción del 9 de septiembre de 2016, el contratista afianzado, hoy Asfaltart S.A.S., no incurrió en conducta alguna que permita siquiera inferir que se le dio un uso indebido a los dineros entregados a título de anticipo y mucho menos que se haya apropiado de forma indebida de tales recursos.

Por lo anterior, no es procedente la afectación del amparo de buen manejo de anticipo, sin la necesaria presencia de los elementos que se requieren para la realización del riesgo asegurado.

Lo anterior conlleva a la oposición de la prosperidad de la pretensión de la demanda, según la cual se debe devolver la diferencia existente entre el valor del anticipo y el valor de las tres actas aprobadas, situación ajena a la cobertura otorgada por el asegurador en el amparo de anticipo.

El riesgo asegurado no es entonces, la amortización del anticipo, sino estrictamente los perjuicios que se causen por el uso o apropiación indebida de dineros entregados al contratista a título de anticipo, evento totalmente ajeno a lo que consta en las pretensiones y hechos de la demanda.

Limitación de la responsabilidad del asegurador con base en el contrato de seguro exclusión de lucro cesante, alegando que, la responsabilidad del asegurador se rige por los límites contractuales, toda vez que no se le puede obligar a responder por una reclamación, si en el contrato de seguro no se consagró dicha obligación, además que a la indemnización se han de aplicar deducibles y tener en cuenta todas las demás cláusulas como son las exclusiones, garantías, entre otras.

En ejercicio de la facultad legal consagrada en el artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador asume sólo algunos de los riesgos a los que están expuestos el patrimonio del asegurado, facultad que se ejerce a través de la delimitación positiva del contrato celebrado, la cual se traduce en el señalamiento expreso del amparo que la aseguradora aceptó, o a través de la delimitación negativa, que se realiza mediante el establecimiento de exclusiones aplicables al contrato.

Es así como mediante el ejercicio de tal facultad de delimitación negativa del riesgo, dentro de las exclusiones pactadas al interior de los contratos de seguro No. BO 2290189 suscrito entre Asfaltart S.A.S. y Liberty Seguros S.A. se encuentra la EXCLUSIÓN DE LUCRO CESANTE, misma que reza:

"CLÁUSULA PRIMERA (...) AMPAROS Y EXCLUSIONES (...) 2 EXCLUSIONES: (...) DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 1056 DEL CÓDIGO DE COMERCIO LOS RIESGOS Y PERJUICIOS QUE A CONTINUACIÓN SE RELACIONAN, NO ESTÁN CUBIERTOS NI AMPARADOS Y POR CONSIGUIENTE ESTÁN EXCLUIDOS DE LA PRESENTE PÓLIZA (...) 2.4. LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL LUCRO CESANTE EN QUE INCURRA ENTIDAD CONTRATANTE ASEGURADA" (folio 348 C.2).

Por lo tanto, como el asegurador de manera expresa no aceptó el traslado del riesgo sobre estos perjuicios, solicitó exonerar de responsabilidad a la llamada en garantía por dichos conceptos, debiéndose declarar probada esta excepción.

Ausencia de prueba de la ocurrencia del siniestro y de los perjuicios sufridos, alega que, en punto de responsabilidad se estableció que será responsabilidad del asegurado demostrar no sólo la ocurrencia del siniestro, sino además, la cuantía del daño sufrido, demostración que exige un acucioso aporte probatorio que permita brindar certeza en primer lugar que el siniestro efectivamente ocurrió, es decir, que el incumplimiento de las obligaciones garantizadas no sólo se haya dado, sino que además sea atribuible al contratista y, seguidamente, que dicho incumplimiento causó perjuicios, mismos que deberán tipificarse y tasarse de forma adecuada y precisa.

En el caso que nos ocupa, aduce que la actora no aporta acervo probatorio suficiente que permita inferir la existencia de un hecho dañino imputable a la demandada, pues asume que hubo incumplimiento de aquella, pero no se evidencia que este hubiese causado una ruptura contractual que conllevara a la no terminación de las obras.

Resalta además que, la no ejecución del objeto contractual, no implica de manera alguna incumplimiento del contrato, pues la inejecución puede sobrevenir por diversas causas

totalmente ajenas a la voluntad del contratista, como en el caso *in examine*, donde existieron razones extrañas al demandado, e incluso imputables al demandante, que impidieron el desarrollo normal del objeto contractual.

En relación con los perjuicios pretendidos, advierte que tanto su tipificación como la cuantía aludida en la demanda son erradas, ya que, se limita a solicitar como daño emergente la devolución del dinero presuntamente adeudado por el demandado y los intereses correspondientes a la misma suma en calidad de lucro cesante.

Ausencia de responsabilidad del asegurador en relación con el amparo contratado bajo la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual derivada de cumplimiento No. LB 477284, precisando que, en el remoto e improbable evento en donde llegare a declararse el incumplimiento contractual por parte de Asfaltart S.A.S., a la aseguradora no se le puede atribuir de forma alguna la obligación de indemnizar tales perjuicios, en virtud de la existencia de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual derivada de Cumplimiento No. LB 477284, habida cuenta que el objeto contractual de dicho contrato de seguro consistió en "[a]mparar los perjuicios materiales causados a terceros derivados de la responsabilidad civil extracontractual en que incurra el tomador de acuerdo con la ley, por lesión, muerte o daños a bienes, ocasionados por causa de la ejecución del contrato".

Señala que, de ello es viable afirmar que este contrato de seguro sólo podrá verse afectado en el evento en que producto de la ejecución del objeto contractual se causen daños a los bienes de personas, se provoquen lesiones o muerte que configuren responsabilidad extracontractual del tomador y asegurado, es decir, de Asfaltart S.A.

Por lo dicho, solicitó exonerar de responsabilidad a la compañía aseguradora llamada en garantía, por tales conceptos.

Excepción genérica, depreca además de las anteriores, la falta de derecho del demandante, inexistencia de responsabilidad por parte de la demandada, inexistencia de la obligación a indemnizar, alegación inadecuada de la fuente de responsabilidad, inexistencia de obligación a cargo del asegurador por prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, subrogación, carácter independiente de los amparos, compensación y toda aquella que constituya causal eximente de responsabilidad, resultante de todo hecho probado dentro del curso del proceso, de conformidad con la estipulación contenida en el artículo 282 del Código General del Proceso.

PARTE DEMANDANTE DESCORRE TRASLADO DEL LLAMAMIENTO

La parte actora describió traslado del escrito de contestación allegado por la compañía aseguradora, en los siguientes términos.

Frente a la excepción denominada ausencia de culpa imputable al contratista durante la ejecución contractual, aduce que, en el punto de los diseños, en razón al plazo adicional que la interventoría requirió para su aprobación, se efectuó en forma concertada una reprogramación de obra, donde se establecieron nuevos plazos, los cuales tampoco fueron cumplidos por el contratista, sumado a que previo a la entrega de tales diseños, absolutamente factible y necesario resultaba el desarrollo de tareas como alistamiento de materiales, realización de campamentos, etc., los cuales no están sujetos a diseño alguno, por lo que el contratista inobservó en forma permanente el deber asumir una posición diligente, y lejos de ello, una vez entregados los dineros del anticipo, paralizó casi por completo sus tareas, lo cual se reflejó en constantes llamados de la interventoría externa para acelerar el paso en obra, sin obtener un respuesta eficaz y efectiva, que al final desembocó en el abandono de los trabajos.

Respecto a la falta de entrega de permisos ambientales debe señalarse que, los mismos resultaban necesarios para la extracción de material siempre que tal labor la efectuara

directamente el contratista, no obstante, perfectamente viable resultaba la compra de tal material a las distintas canteras de la zona, sin embargo, por un tema de ahorro de costos, el contratista llevó a una paralización de sus obras, hasta tanto el órgano ambiental no le entregara tales permisos, constituyéndose en una explicación más de los crudos retrasos que en obra mostró el contratista .

De manera que, a su criterio, lo afirmado en este punto por el llamado en garantía, no son más que meras afirmaciones sin fundamento real, carentes de un soporte probatorio que dé cuenta de su veracidad, contrarias sí a lo demostrado en la demanda.

Alega que, frente a lo dicho en contra del hecho No. 11 sin fundamento alguno, resulta sostener, que la no devolución de los dineros es una conducta que conlleve a establecer un incumplimiento, pues desconocería el carácter sinalagmático de los contratos de obra.

A su enterever, frente a la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva, no se hacen señalamientos concretos que precisen el porqué de la misma.

Frente a la excepción denominada Inexistencia de responsabilidad del asegurador por acaecimiento del riesgo fuera de la vigencia de la póliza, aduce que, los soportes que sustentan la demanda evidencian con claridad que el riesgo finalmente se materializó al momento del abandono irresponsable de la obra por parte del demandado, esto es, para mediados del mes de noviembre del año 2014, cuando se interpretó la ausencia absoluta de cumplir con lo pactado contractualmente, situación que generó una reclamación directa a la aseguradora, y, antes de acudir a instancias judiciales, formuló el contratante, de acuerdo a comunicación de fecha 22 de diciembre del año 2014.

Precisa que, la vigencia de los amparos de cumplimiento y anticipo se extendieron hasta las fechas a continuación señaladas, datos que pueden ser constatados incluso de lo aportado en la contestación de la demanda por parte de la compañía Aseguradora:

Fecha de expedición de la póliza: 2014/06/7

AMPARO	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA
CUMPLIMIENTO	2013-12-18	2015-01-18
ANTICIPO	2013-12-18	2015-01-18

Por consiguiente es palmario que, los siniestros entendidos como la configuración del riesgo asegurado, se configuraron en vigencia de los amparos de cumplimiento y anticipo, quedando sin fundamento lo afirmado por la aseguradora dentro de la presente excepción.

Frente al medio exceptivo denominado ausencia de prueba de la ocurrencia del siniestro y de los perjuicios sufridos, alude que, de la revisión que se efectúe a los soportes documentales que acompañan la demanda, se advierten los constantes llamados de atención generados por el contratante al contratista, en aras de lograr los ritmos requeridos para el cumplimiento de la programación de obra, sin que se obtuviera una respuesta positiva, lo que desembocó finalmente en el incumplimiento contractual, así como en la falta de inversión de recursos efectivamente entregados en calidad de anticipo en la obra, hecho que también se halla plenamente acreditado dentro de los soportes de la demanda.

Frente a la denominada inexistencia de responsabilidad del asegurador por ausencia de siniestro que afecte el amparo de buen manejo de anticipo, señala al tenor literal que,

"1.2 AMPARO DE ANTICIPO (...) EL AMPARO DEL ANTICIPO CUBRE A (...) ENTIDAD CONTRATANTE (...) ASEGURADA, CONTRA LOS PERJUICIOS SUFRIDOS CON OCASIÓN DEL USO O APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA 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 INDEBIDA DE LOS DINEROS O BIENES ENTREGADOS A TÍTULO DE ANTICIPO EN EL EVENTO EN QUE TALES DINEROS O BIENES NO SEAN UTILIZADOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO”.

Encontrándose el supuesto de hecho descrito plenamente materializado, en la medida que los dineros entregados en calidad de anticipo no se invirtieron en la ejecución contractual, siendo desviados a otro fin, pues de lo contrario se hubieran visto efectuados los trabajos contratados, lo que no ocurrió con buena parte de ellos, como a su juicio se demostró en la demanda.

Relata que, la obligación del contratista era de resultado y no de medio, por lo que debía demostrar efectivamente la realización de los ítems contratados en su totalidad, de manera que su indebida inversión se ve concretada en la falta de ejecución los fines contratados, sin embargo, del acta del mes de noviembre del año 2014, diligenciada directamente por contratista, se establece que las cantidades realizadas no fueron suficientes para demostrar la inversión total del anticipo, ni en general, de los dineros entregados al contratista .

De forma tal que, si el único fin de los dineros del anticipo es la inversión de los mismos en la ejecución de obra, la no realización de determinadas cantidades, constata una inversión distinta, por ende, una mala inversión de los recursos.

Frente a la denominada ausencia de responsabilidad del asegurador, en relación con el amparo contratado bajo la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual derivada de cumplimiento No. LB 477284, manifiesta que, el contrato de seguro, fue contratado con el objeto específico de:

"Amparar los perjuicios materiales causados a terceros derivados de la responsabilidad civil extracontractual en que incurra el tomador de acuerdo con la ley, por lesión, muerte o daños, ocasionados por causa de la ejecución del contrato”.

Resultando importante la argumentación esbozada por la compañía Aseguradora frente a la presente excepción, por cuanto lo que ahora se reclama, son daños derivados del incumplimiento contractual, jamás de orden extracontractual, lo cual queda en evidencia al analizar los hechos expuestos en la demanda y los soportes probatorios de los mismos.

Razón de ser para que no se entienda y carezca de lógica lo mostrado por el garante dentro de esta excepción, pues se reitera, se trata de hacer efectivos los amparos de cumplimiento y anticipo, que son meramente contractuales, cuya beneficiaria es la Unión Temporal Construvial y por esta vía, cada uno de sus integrantes, sin que pretenda endilgarse responsabilidad alguna a terceros.

TRÁMITE PROCESAL

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Concomitante con la contestación de la demanda, la demandada Asfaltart S.A.S., presenta demanda de reconvencción, en la que solicita se declare la existencia del Contrato de Obra No. UT01-112013 de fecha 5 de noviembre de 2013 entre la sociedad Asfaltart S.A.S. y la UT Construvial, así mismo que, esta última incumplió el mentado contrato.

Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la Unión Temporal Construvial a pagar a favor de Asfaltart S.A.S. dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, la suma de tres mil quinientos cuarenta y cinco millones quinientos noventa mil cuatrocientos treinta pesos con veinte seis centavos (\$3,545,590,430,26), a título de LUCRO CESANTE, derivado del incumplimiento contractual, suma está debidamente indexada hasta la fecha de la sentencia.

Así mismo, pretenden se condene a la Unión Temporal Construvial, a pagar a favor de Asfaltart S.A.S. los intereses moratorios a la tasa máxima prevista en la ley desde el momento de ejecutoria de la sentencia hasta el día en que se realice el pago total, más las costas y expensas, incluidas las agendas en derecho.

Solicitan se condene a Santiago Sánchez Vesga, a la sociedad Logra S.A.S. y a la sociedad Movitierra Construcciones S.A., para que, como miembros de la U.T., asuman de manera solidaria y principal la totalidad de las condenas que puedan surtir en contra de la multicitada Unión Temporal.

Como pretensiones subsidiarias solicitan, se declare que, la Unión Temporal Construvial, abuso de su derecho en perjuicio de la sociedad Asfaltart, con ocasión de la suscripción, ejecución y liquidación del “Contrato de Obra No. UT01-112013”, así mismo, que la U.T. al decidir unilateralmente modificar las cláusulas de ejecución contractual, demorar el inicio del contrato por no tener aprobados los planos y diseños y ejecutar el objeto contractual de forma directa y de manera intempestiva a pesar de existir y estar vigente un contrato para este mismo objeto, abuso de su derecho y violó el precepto contemplado en el artículo 973 del Código de Comercio.

Como fundamento del *petitum*, exponen que la sociedad Asfaltart S.A.S. y la Unión Temporal demandada en reconvención, se suscribió el Contrato de Obra No. UT01-112013 el día 5 de noviembre de 2013, cuyo objeto conforme al clausulado contractual fue: “... el SUMINISTRO DE MATERIALES, MANO DE OBRA Y EQUIPOS PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO PARA MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN DE LA VÍA TAME - SAN SALVADOR PR 16+000 AL PR 27+280, DEPARTAMENTO DE ARAUCA. PARÁGRAFO PRIMERO: Las actividades aquí contratadas serán realizadas de conformidad con las condiciones y descripciones técnicas exigidas en el contrato principal (458 de 2013 celebrado entre el Departamento de Arauca y la U.T., junto con los estudios que sirven de soporte al mismo, los cuales harán parte integral del presente documento (...).”.

Que, para el inicio y ejecución del mencionado contrato, debía someterse a los parámetros indicados en el Contrato suscrito entre el Departamento de Arauca y la Unión Temporal, dentro del cual se establecía que “3) la unidad ejecutora es la encargada de garantizar bajo su absoluta responsabilidad, la existencia previa de: planos, diseños, proyectos, licencias (o planes de manejo ambiental debidamente aprobados por Corporinoquia) y licencias de construcción. Dichas obras no podrán iniciar su plazo de ejecución sin la acreditación de este requisito”, precisando que, el contrato suscrito entre la demandante la demandada se encontraba modificado en su contenido, por el clausulado del contrato suscrito entre la U.T. y el Departamento de Arauca.

Aduce que, el contrato de obra UT01-112013, no podía ser ejecutado hasta tanto no se cumpliera con la aprobación de los “planos, diseños, proyectos y licencias”, por parte de la mencionada U.T., y dicho compromiso contractual, solamente fue cumplido hasta el día 25 de marzo de 2014, fecha en la cual el Departamento de Arauca, aprobó parte de los documentos a los que se refería el condicionamiento contractual. Así mismo, los demás documentos como fueron las licencias, en ningún momento fueron presentadas u obtenidas por parte de la U.T.

Adiciona que, como consecuencia de lo anterior, el plazo de ejecución del contrato de obra UT01-112013 estipulado en diez (10) meses, solamente podría contarse una vez los diseños estuviesen aprobados, es decir, desde el 25 de marzo de 2014 y no desde el 5 de noviembre de 2013, como caprichosamente lo ha interpretado y aplicado la U.T.

Indica que, el contrato en cuanto a los términos de ejecución fue suspendido desde el 28 de abril de 2014 hasta el 12 de mayo de la misma anualidad, conforme al documento denominado “ACTA DE REINICIO AL PLAZO No. 001”, aumentando así el plazo de los diez (10) meses en quince (15) días.

Por tal motivo, teniendo en cuenta que la ejecución real del contrato no se podía contar sino desde el momento en que se aprobaron los diseños por parte del DEPARTAMENTO DE ARAUCA (25 de Marzo de 2014), y, que, el contrato se encontraba suspendido entre el 28 de Abril de 2014 y el 12 de Mayo de 2014, la sociedad Asfaltart S.A.S. radicó ante la U.T. el 14 de Mayo de 2014 una solicitud de ampliación del plazo mediante comunicación No. CONT-458-025-14, informando las razones para tal solicitud, misma a la cual nunca se brindó respuesta por parte de la Unión Temporal, sino que procedieron el 22 de Septiembre de 2014 a declarar la terminación del contrato por vencimiento del plazo, y asumir de manera directa y sin dar solución al conflicto que se le planteó desde el 14 de Mayo de 2014 la ejecución contractual.

Refiere que, de contabilizarse los diez (10) meses desde la fecha de suscripción del contrato, estos se cumplirían el día 4 de septiembre de 2014, pero de contabilizarse como a su juicio debería hacerse, correrían entre el 25 de marzo de 2014 (fecha de aprobación de los planos y diseños) hasta el día 24 de enero de 2015, lo cual constituye el primer incumplimiento contractual imputable a la U.T.

Afirma que, la conducta contractual de la UNIÓN TEMPORAL, estuvo plagada de incumplimientos contractuales, tales como:

El incumplimiento de las condiciones contractuales y las modificaciones unilaterales del contrato de obra suscrito entre Asfaltart S.A.S. y U.T. generó sobre acarreo de los materiales de crudo, subbase y base granular para el proyecto, adicional conforme al pliego de condiciones del contrato suscrito entre el Departamento de Arauca y la U.T., esta última se comprometió entre otros aspectos a tener a disposición del contrato 10 volquetas doble troque, obligación que le fue trasladada por la U.T., a la sociedad Asfaltart S.A.S., quien efectivamente asumió el compromiso y lo cumplió a cabalidad. No obstante, al momento de iniciar la ejecución la U.T. manifestó que no iba permitir que se trabajara con volquetas propiedad del contratista, sino que debía trabajarse con volquetas propiedad de las cooperativas que operan en el sector, primer incumplimiento contractual que también generó sobrecostos y un desequilibrio económico.

Asfaltart S.A.S. y la unión Temporal llegaron a un acuerdo relacionado con los precios y condiciones de la actividad del transporte de materiales, que quedaron plasmadas en el Otro sí No. 1 del Contrato No. UT0-112013, de fecha 2 de abril de 2014, no obstante, la U.T. pese a reconocer las nuevas condiciones para el pago del transporte de materiales, no cumplió con el pago, adeudando a la fecha por este concepto la suma de trescientos diez millones ochocientos ochenta y nueve mil doscientos ochenta y un pesos (\$310.889.281), causando así el segundo incumplimiento contractual imputable a la U.T.

Que, con sus determinaciones e imposiciones unilaterales, la U.T. generó cuantiosas pérdidas económicas por la inutilización de dicho material, tal y como lo expuso a la contratista mediante comunicación identificada con el número CONT-458-032-14 de fecha 6 de agosto de 2014, pues no era imputable a Asfaltart S.A.S. los retrasos de ejecución generados por las demoras en la aprobación de los diseños y estudios del proyecto por parte de la interventoría y de la Gobernación de Arauca, la suspensión del Contrato con ocasión del paro agrario, las suspensiones por los problemas de orden público o paros armados y por la grave inseguridad que se vivía en la región, situaciones conocidas por la UT, entidad que al firmar y suscribir el contrato con el Departamento de Arauca no tenía los planos y diseños de la obra, siendo obligación suya tenerlos aprobados, requisito que tardó 4 meses y 20 días (5 de Noviembre de 2013 hasta el 25 de Marzo de 2014).

Por lo anterior, Asfaltart S.A.S. solicitó mediante comunicación No. CONT-458-025-14 de fecha 14 de mayo de 2014 a la U.T. la ampliación del plazo contractual, explicando las razones de la misma, plazo este al que tenía derecho Asfaltart S.A.S. para finalizar las obras, sin tener respuesta a su solicitud, por lo que fue imposible ejecutar todas las actividades objeto del

Contrato, llegando el 22 de septiembre de 2014 a tomarse el contrato bajo ejecución forzada de un ítem que no estaba aprobado, como era la mezcla en caliente tipo MDC-1 y la mezcla en caliente tipo MDC-2, sin que Asfaltart S.A.S. pudiera realizar todas las obras e instalar en su totalidad todo el material que había procesado y tenía acopiado en patio con destinación exclusiva para el Contrato. Además, tomando el contrato en lo que denominaron una posición muy cómoda, pues ya Asfaltart S.A.S. había tenido bajo su costo que sufragar todos los imprevistos del contrato y además basado en esos imprevistos, les fue aprobada la ampliación el 19 de septiembre de 2014.

Es así como, en una conducta atentatoria contra el principio de la buena Fe contractual y la lealtad de los contratantes, la U.T. decidió unilateralmente iniciar la ejecución de los trabajos por su cuenta, mucho antes de que se culminara el plazo inicial, impidiendo que Asfaltart S.A.S. continuara con la ejecución de las obras contratadas, generando una pérdida económica, pues todo el material adquirido para la obra quedó en patio, lo que conllevó a no poder ejecutar las actividades e instalar todo el material mencionado, ello sumado a que Asfaltart S.A.S. no pudiese facturar las obras y así recuperar la inversión hecha en la adquisición, transporte y procesamiento de dicho material y los imprevistos que a la fecha ya habían corrido por su cuenta, generándose de esta manera el tercer incumplimiento contractual imputable a la Unión Temporal, estimado en trecientos cuarenta y un millones seiscientos mil pesos(\$341.600.000), correspondiente al valor del inventario del material depositado en patio y los costos del mismo.

La demanda de reconvención se admitió en providencia de fecha 4 de abril de 2017, corriéndose traslado de ella al demandante quien solicita no aceptar las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención, por carecer de argumentos fácticos, probatorios y jurídicos. Así mismo, solicitó tener en cuenta el cúmulo de pruebas existentes, las cuales permitirán dilucidar la cuestión litigiosa planteada en favor de la parte actora.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA DE ASFALTART S.A.S. A LIBERTY SEGUROS S.A.

Dentro del término de contestación de la demanda, Asfaltart S.A.S. presenta llamamiento en garantía a Liberty Seguros S.A., solicitando que una vez se decida sobre la relación contractual existente entre Asfaltart S.A.S. en calidad de asegurado de las Pólizas de Responsabilidad Civil de Cumplimiento para particulares, de ser imputables los hechos a la sociedad demandada, se declare que la obligación debe ser asumida por la llamada en garantía y se le condene a indemnizar la totalidad de los perjuicios que se logren demostrar en el trámite procesal.

El petitum se basa en los siguientes hechos:

El día 16 de diciembre de 2013, la sociedad Liberty Seguros S.A., expidió la póliza de seguro de Cumplimiento para Particulares, de la cual es tomador la sociedad Asfaltart, asegurado Unión Temporal Construvial y beneficiario la misma UT.

Aduce que dicho contrato de seguro, tiene por objeto, el amparo de los siguientes riesgos:

Amparo	Valor Asegurado	Vigencia
Cumplimiento del contrato	2.404.069.995	2013-12-18 hasta 2015-12-18
Buen Manejo de Anticipo	3.606.104.993	2013-12-18 hasta 2015-12-18
Estabilidad de la Obra	2.404.069.995	(*) Ver Nota (1)
Salarios y Prestaciones	1.202.034.997	2013-12-18 hasta 2015-12-18

La vigencia del contrato de seguro, estaba comprendida desde el 18 de diciembre de 2013 hasta el 18 de diciembre de 2015.

Indica que, el beneficiario de la respectiva póliza de seguros adujo un inconveniente en lo concerniente al manejo del anticipo, razón por la cual formularon la presente demanda.

Que, teniendo en cuenta que la mencionada póliza de seguro afianza el amparo “Buen manejo del anticipo”, le asiste derecho a la sociedad para realizar el presente llamamiento en garantía, con fundamento en las pólizas de seguros vigentes para el momento de la ocurrencia de los hechos.

El anterior llamamiento fue rechazado, en auto del 24 de marzo de 2017, no obstante, se extendieron los efectos del llamamiento en garantía ya admitido, tanto para la parte actora como para la sociedad demandada.

TRASLADO EXCEPCIONES DE MÉRITO A LA PARTE DEMANDANTE

De las excepciones propuestas por Asfaltart S.A.S., se corrió traslado al demandante, misma que permaneció silente.

Posteriormente, en providencia del 21 de mayo de 2018 (folio 1952 T-6 C-1) se convocó a audiencia inicial, misma que se llevó a cabo el 06 de junio de 2018 (folio 1989 T-6 C-1), evacuando las etapas propias de dicha diligencia.

El 10 de julio de 2018, se dio inicio a la audiencia de instrucción y juzgamiento, misma que se extendió en varias sesiones por la cantidad y complejidad de pruebas a recaudar.

CONSIDERACIONES

El artículo 1494 del Código Civil establece que las obligaciones nacen ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como acontece en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y, en todos los cuasicontratos.

Por su parte, el artículo 1602 *ibidem* señala que, todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, quedando obligadas las partes a su cumplimiento literal.

En punto a la responsabilidad civil por incumplimiento de contratos, el artículo 1604 del estatuto civil consagra que, el deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor, es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieren dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, empero, la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las Leyes y de las estipulaciones expresas de las partes.

Ahora, sostenido tiene la Corte Suprema de Justicia que “la responsabilidad civil puede ser definida, de forma general, como el deber de reparar las consecuencias de un hecho dañoso por parte del causante, bien porque dicho hecho sea consecuencia de la violación de deberes entre el agente dañoso y la víctima al mediar una relación jurídica previa entre ambos, bien porque el daño acaezca sin que exista ninguna relación jurídica previa entre agente y víctima”, indicando como presupuestos a probar de quien sobre quien se endilga el incumplimiento contractual “(...) para la prosperidad de

la acción de responsabilidad contractual estará llamado el demandante a acreditar la existencia de los siguientes supuestos: “i) que exista un vínculo concreto entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato); ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposo), iii) y en fin, que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño)” (sentencia SC-5170 del 2018).

En este orden, aduce la Corte en la misma sentencia que “(...) quien concurre a la reclamación con soporte en la responsabilidad contractual, estará compelido a soportar sus pretensiones en los supuestos fácticos que evidencien la satisfacción de los mentados presupuestos, allegando las pruebas que respalden sus afirmaciones, de tal manera que, al amparo de las reglas que gobiernan las obligaciones negociales y el preciso acto jurídico que le sirve de báculo, se adopten las decisiones que en derecho correspondan” (sic).

En sentencia SC-2107 del 12 de junio del 2018, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, la Corte Suprema de Justicia se refirió al daño en los siguientes términos:

“El daño es entendido por la doctrina de esta Corte, como ‘la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio’ (...) el perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del ‘(...) perjuicio que el daño ocasionó (...) este último para que sea reparable, debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético. Es decir, ‘(...) cierto y no puramente conjetural, por cuanto (...) no basta afirmarlo, puesto que es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario (...)”.

En otras palabras, al margen de dejar establecida la autoría y existencia de un hecho injusto, el menoscabo que sufre una persona con ocasión del mismo, sólo podrá ser resarcible siempre y cuando demuestre su certidumbre “porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo”. También debe ser directo, esto es, que el quebranto irrogado se haya originado “con ocasión exclusiva del suceso arbitrario” (SC 10297 de 2014).

Recientemente y en el mismo sentido, expuso esta Corporación:

“(...) Para lograr prosperidad en las pretensiones derivadas de la responsabilidad, cualquiera sea el origen de esta, resulta indispensable que la parte interesada asuma la carga de acreditar los elementos axiológicos que conduzcan a establecer, sin duda, la presencia de esa fuente de obligaciones, máxime si se trata del perjuicio, pues como tiene dicho la Corte dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria” (SC2107-2018 CSJ).

Pues bien, tal como lo dejó sentado el máximo órgano de la jurisdicción civil, para reclamar la responsabilidad de tipo contractual, es necesario que quien la invoca demuestre la existencia de sus elementos constitutivos: la existencia del acuerdo de voluntades, su desatención por el demandado (incumplimiento), el menoscabo a afectación sufrida (el daño) y la relación de causalidad entre el daño y la referida desatención, elementos que pasan a analizarse:

La existencia del acuerdo de voluntades

El contrato sobre el cual descansan las pretensiones del demandante corresponde al UT01-112013 suscrito entre la empresa Asfaltart S.A.S. y la Unión Temporal Construvial, cuyo objeto se describió en la cláusula primera de la siguiente forma: “En desarrollo del presente contrato, el contratista se obliga para con el contratante a realizar el SUMINISTRO DE MATERIALES, MANO DE OBRA Y EQUIPOS PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO PARA MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN DE LA VÍA TAME – SAN SALVADOR PR 16+000 AL PR27+280, DEPARTAMENTO DE ARAUCA. PARÁGRAFO PRIMERO: Las actividades aquí contratadas serán realizadas de conformidad con las condiciones y descripciones técnicas exigidas en el contrato principal (458 de 2013 celebrado entre el Departamento de Arauca y la Unión Temporal Construvial, junto con los estudios que sirven de soporte al mismo, los cuales harán parte integral del presente documento) y se atenderán además las especificaciones generales y particulares de construcción dadas durante la ejecución del mismo a través de la firma interventora designada para tal efecto”. (Folio 409 a 413 C.1 – T.1)

Por su parte, el Contrato Interadministrativo 458 de 2013 celebrado entre el Departamento de Arauca y la U.T. tenía por objeto el MEJORAMIENTO, PAVIMENTACIÓN DE LA VÍA TAME SAN SALVADOR PR16+000 ALPR27+280, DEPARTAMENTO DE ARAUCA (folio 57 a 129 C.1 – T. 1)

Incumplimiento del demandado

Se aduce que la demandado no cumplió con sus obligaciones contractuales, pues a más de dar un uso indebido del anticipo entregado por la contratante, no ejecutó la obra en los plazos estipulados, debiendo la Unión Temporal demandante culminar la misma.

Respecto a la forma de pago se estableció en el contrato de obra UT01-112013 “QUINTA: FORMA DE PAGO: EL CONTRATANTE cancelara EL CONTRATISTA el valor del contrato de la siguiente manera; Pago por actas parciales de obra ejecutada; Se cancelara hasta un 90% del valor total de este contrato en actas parciales y 10% restante del valor total del referenciado contrato con el acta de liquidación del contrato No. 458 de 2013 celebrado entre el Departamento de Arauca y la Unión Temporal Construvial, de acuerdo con las cantidades de obra aceptadas por la interventoría de este, formato de veeduría y a satisfacción del Departamento. De las actas mensuales se descontará la fracción de porcentaje correspondiente a la amortización de anticipo. Se establece un anticipo del 30% del valor del contrato, que está sujeto al desembolso de anticipo del contrato 458 de 2013, aludido anteriormente. PARÁGRAFO PRIMERO: Entrega y Manejo del anticipo: EL CONTRATISTA se obliga a realizar la correcta inversión del anticipo el cual deberá estar soportado por un plan de Inversión del anticipo aprobado por el Representante legal, lo cual es el único requisito para realizar el desembolso del anticipo.” (folio 409 C-1- T.1)

Anticipo este que, fue cancelado a la sociedad demandada por valor de tres mil seiscientos seis millones ciento cuatro mil novecientos noventa y tres pesos (\$3.606.104.993), conforme se demuestra con la cuenta de cobro expedida por Asfaltar el 27 de diciembre de 2013, (folio 152 C-1- T.1), el comprobante de egreso 58 del 3 de enero de 2014 de Construvial (folio 153 C-1- T.1), el extracto de Fiduciaria Bogotá (folio 155 C-1- T.1) y, pantallazos de correos electrónicos remitidos entre Construvial y Asfaltar S.A.S (folios 156 a 157 C-1- T.1), así mismo, un pago por ochocientos millones de pesos (\$800.000.000) conforme se demuestra con la cuenta de cobro expedida por demandada del 14 de julio de 2014 (folio 216 C-1- T.1), el comprobante de egreso 258 del 14 de julio de 2014 de la U.T (folio 217 C-1- T.1), el extracto de Fiduciaria Bogotá (folio 215 C-1- T.1) y los pantallazos de correos electrónicos remitidos entre demandante y demandada (folio 218 C-1- T.1).

Por último, un giro hecho por la suma de ciento noventa millones ciento veinticinco mil cuarenta y cuatro pesos (\$190.125.044), conforme se demuestra con la cuenta de cobro expedida por Asfaltar del 17 de octubre de 2014 (folio 256 C-1- T.1), las constancias de transferencias y consignaciones a favor de: Cooperativa de Volqueteros de Tame – Coovoltta (folio 252 C-1- T.1), Cooperativa Multiactiva Transportadora de Materiales Cuna de la Libertad - Cootramalcl Ltda., (folio 253 C-1- T.1),

Fundación del Oriente Colombiano “Fundeoriente” (folio 254 C-1- T.1), Comunicación de Construvial UTC-00-117 dirigida a María Elizabeth Ríos Duran – Representante de la demandada (folios 257 a 258 C-1- T.1) y Constancia de correo electrónico Inclusión de Cuenta de Cobro Nómina y Seguridad Social por valor de quince millones seiscientos ochenta y cuatro mil seiscientos noventa y siete pesos (\$15,684,697).

Sumas anteriores que generan un total girado a la sociedad demandada por concepto de anticipo cuatro mil quinientos noventa y seis millones doscientos treinta mil treinta y siete pesos (\$4.596.230.037).

Frente a tales anticipos, aduce la actora solo estar acreditada la suma de tres mil ochenta y cuatro millones seiscientos veintiún mil seiscientos veinte pesos (\$3,084,621,620), valor que corresponde a las tres actas parciales de obra presentadas por Asfaltar a la UT CONSTRUVAL, a saber; *i*) No. 01 del 03 de julio de 2014, por valor de dos mil ciento sesenta y siete millones doscientos ocho mil seiscientos veintinueve pesos (\$2.167.208.629). (folios 200 a 201 C-1- T.1), *ii*) No. 02 del 18 de noviembre de 2014, por valor de ochocientos setenta millones treinta y seis mil trescientos seis pesos (\$870.036.306) (folios 261 a 262 C-1- T.1) y *iii*) No. 03 del 03 de febrero de 2015, por valor de cuarenta y siete millones trescientos setenta y seis mil seiscientos ochenta y cinco mil pesos (\$47.376.685) (folios 263 a 264 C-1- T.1).

En efecto, tal como lo aduce la parte demandante y sin ser desvirtuado por la demandada, únicamente se allegan al plenario las actas parciales antes mencionadas, en consecuencia, solo éstas podrán ser tenidas en cuenta para efectos de justificar la destinación dada por el contratista a los anticipos, ello de conformidad con lo plasmado en la cláusula quinta del contrato UT 01-112013.

Sostiene la sociedad demandada que, las sumas giradas por Construvial fueron debidamente invertidas en la obra, aportando para ello, las facturas obrantes de folios 892 a 1380 del cuaderno 1 tomos 3 y 4, no obstante, no se acredita que dichos materiales, insumos y demás hayan sido destinados a la obra de pavimentación de la vía Tame - San Salvador, misma que como se describió previamente fue el objeto contractual y cuyo destino debían ser tales anticipos, máxime cuando muchas de éstas resultan ilegibles y con anotaciones realizadas a mano.

Frente a la factura obrante a folio 892 del cuaderno 1 tomo III, por medio de la cual se relación una recarga por valor de quince mil pesos (\$15.000,) más allá de ser ilegible, nada dice acerca de su destinación para la ejecución del contrato.

Además, probado esta que la demandada suscribió un plan de manejo de anticipo, mismo donde no se consignó la compra de equipos como la trituradora y la planta de asfalto, lo que claramente permite inferir la indebida disposición de los recursos (folio 4 C. 6 – T.1) y, si bien, se cumplió de manera parcial lo dispuesto en el párrafo primero de la cláusula quinta, a saber, “el contratista se obliga a realizar la correcta inversión del anticipo el cual deberá estar soportado por un plan de inversión del anticipo aprobado por el representante legal lo cual es el único requisito para el desembolso” (folio 410 C.1 – T.1), cierto resulta ser que, la sociedad demandada se vio inmersa en gastos innecesarios que finalmente no fueron destinados a la obra, pues bien adujo en su testimonio rendido en audiencia del 4 de octubre de 2019 la Ingeniera Mayda Durley Jara, quien fuere la representante legal de la empresa interventora “(...) cuando autorice el anticipo era para el alquiler de materiales, compra de material y manejo de personal”, resultando así acreditado el incumplimiento contractual por parte de Asfaltart S.A.S., en lo que refiere a la indebida destinación de los anticipos, contenida en la cláusula en mención.

Ahora bien, respecto al incumplimiento en los tiempos de ejecución de la obra, se observan múltiples requerimientos por parte de la firma interventora a la UT Construvial, y de ésta al contratista, así:

Correo Electrónico remitido por UT Construvial a Asfaltart S.A.S. el 8 de enero de 2014, en donde se indica “Hoy es 8 de enero de aún no sabemos quién es el ingeniero residente a cargo de la obra, lo

anterior es preocupante ya que en la última reunión con la Ing. Mayda Jara y el Ing. Andrés se acordó mover máquinas esta semana, como tampoco se nos ha informado el perfil del personal inicial (...) Aún no sabemos cómo va el desarrollo del cronograma de Estudios y Diseños, donde va a quedar ubicada la Oficina de Tame, señalización de la vía, Maestro de Proveedores (Compra de Materiales y Transporte) (...)" (folio 158 C-1- T.1).

Así mismo, correo electrónico del 9 de enero de 2014, indicando "(...) parece el colmo que confiados en que el 07 estaba todo dispuesto como se comprometió Asfaltart S.A en cabeza de la Ing. María Elizabeth y el Ing. Héctor Sánchez no se haya dado estricto cumplimiento a lo acordado. Qué triste que a cada rato tengamos algún tipo de sin sabor, sea y cual sea la justificación. La interventoría quien me colaboró en TODO para que el giro de ANTICIPO a Asfaltar SA se hiciera el año pasado, me pidió en su momento NO QUEDAR MAL por nada en lo del 7 de enero de 2014. Hoy, la interventora me abordó y he pasado la pena y la vergüenza agachando la cara porque a la fecha no hay nada de lo que se había dicho tener para el 07 de enero de 2014" (folio 159 C-1- T.1).

Correo Electrónico remitido el 15 de enero de 2014, en el cual se señala "(...) la semana del 07 de enero de 2014, al 10 de enero de 2014, no había un responsable de la OBRA" (folio 159 C-1- T.1).

Comunicación remitida por UT Construvial a María Elizabeth Ríos Durán, Representante Legal de Asfaltart S.A. manifestando: "Conviene recordar, que los sitios en los que se hagan extracciones del material que sea necesario para el desarrollo de la obra, deben contar previamente con las respectivas autorizaciones, permisos y/o licencias de las entidades competentes, por lo que se hace un llamado a no desconocer tal previsión, en aras de evitar sanciones posteriormente. Acotar de igual manera, que para evitar circunstancias como la mencionada anteriormente; la Unión Temporal Construvial, de su buen administrar consolidó un maestro de proveedores con sus respectivas cotizaciones formales, permisos y licencias para analizar y realizar un plan de compras organizado y planeado (...) A hoy 26 de febrero de 2014 - un mes después -, no se ha recibido ningún soporte que confirme la diligencia por parte de Asfaltart S.A.S." (folios 170 a 172 C-1- T.1).

Oficio emitido por la Unión Temporal MJ a Construvial el día 17 de marzo de 2014, en el que se indica: "De la misma forma le manifiesto mi preocupación de que a la fecha no se han iniciado las actividades contractuales en campo, me permito recordarles que llevamos un atraso considerable respecto al tiempo contractual, sumado a esto los días de verano se nos agotan y nos veremos perjudicados en el desarrollo del proyecto" (folio 178 C-1- T.1).

Oficio emitido por la Unión Temporal MJ a Construvial el día 21 de abril de 2014, en el que se indica: "Una vez inicia la semana de pascua, se observa con preocupación la suspensión de actividades por parte de ustedes durante el día de hoy, tanto en las labores de extensión y compactación de material en la vía como en las labores de explotación y transporte de material de crudo. Lo anterior hace que se agrave la preocupación en cuanto al cumplimiento del plazo fijado por la entidad para el contrato, lo que nos obliga a solicitar una explicación de estos hechos, sumado a que como es de su conocimiento los rendimientos alcanzados en la ejecución del proyecto hasta la semana anterior han sido muy bajos" (folio 180 C-1- T.1).

Comunicación remitida por Ut Construvial a la Ingeniera María Elizabeth Ríos Duran, que tenía como asunto o referencia "INCUMPLIMIENTOS GENERADOS DENTRO DEL CONTRATO SUSCRITO ENTRE LA UNIÓN TEMPORAL CONSTRUVIAL Y ASFALTAR SA", donde se expuso:

"Falta de respuesta a requerimientos iniciales: No obstante que se presentaron previamente una serie de solicitudes relacionadas con la ejecución contractual, mediante oficio UT-022614 de fecha 26 de febrero de 2014, del cual se ha guardado silencio sepulcral sobre los mismos, sin justificación de ningún orden, reflejo de una desidia similar a la mostrada en los trabajos que se están llevando a cabo en terreno.

(...)

Omisión en el cumplimiento de obligaciones laborales: Pese a que habido trabajadores que han adelantado labores en horas extras, tales acreencias laborales no se han satisfecho, con inminente riesgo de demandas contra los integrantes de la Unión Temporal Construvial, sumado a la falta de entrega de: la dotación completa, deficiencias en las condiciones laborales (como falta de baños portátiles mínimos para los trabajadores, carpas para resguardarse de las inclemencias del clima), la alimentación mínima para los trabajadores en obra que se debe manejar, entre otras infracciones de orden laboral. Incumplimientos que nuevamente fueron expuestos de forma tácita por los trabajadores afectados, el pasado 25 de abril en reunión efectuada con la Interventoría en la obra.

(...)

Falta de informes mínimos, no se han presentado, entre otros, informe de salud ocupacional, ni del área ambiental, los cuales se necesitarán para la presentación de actas parciales futuras, de otro lado los de obras mensuales con los requerimientos mínimos exigidos en su presentación (enviados con anterioridad) no se han allegado, el último presentado fue el del 15 de enero de 2014.

(...)

Falta de maquinaria necesaria y personal mínimo, pues después de efectuadas distintas visitas en múltiples ocasiones al sitio de los trabajos por parte de la Interventoría, veeduría y supervisión de la Gobernación, se ha puesto en evidencia, la falta de maquinaria funcional y personal mínimo en la obra, máxime cuando existe el compromiso de parte de Asfaltart, de adelantar actividades mediante dos frentes de trabajo, lo que ha desembocado en retrasos evidentes posteriores a la aprobación por parte de la Gobernación a los diseños, situación que puede ser verificada en los cronogramas de obra general, reduciéndose la posibilidad de finalizar la totalidad de los trabajos, dentro del período previsto contractualmente. Es importante precisar que aun cuando el retraso se está referenciando posterior a la aprobación de los diseños, Asfaltart S.A. teniendo toda la experiencia en este tipo de obras, contó con más de cuatro meses (Noviembre 2013, Diciembre 2013, enero 2014, Febrero 2014) para negociar con los proveedores anticipadamente y no esperar a que los diseños fueren aprobados y posteriormente buscar los acercamientos con tales proveedores, desperdiciando aún más el tiempo que eficientemente pudo ser usado en la ejecución en terreno de la obra.

(...)

Falta de entrega de bitácora, pues, pese a múltiples requerimientos que se han hecho, no, ha sido allegada a las oficinas de la Unión Temporal Construvial, copia de las bitácoras de obra por semanas, posterior a la aprobación de diseños. Requerimiento que obedece -entre otras razones - a solicitud efectuada por la Interventoría y que a la fecha no se han recibido, y, por ende, ha sido imposible enviar lo pertinente a la interventoría.

(...)

No se dispone del personal administrativo precisado en el anexo No. 2, según el anexo No. 2 del contrato —organigrama del proyecto-, Asfaltart, se encuentra obligado a vincular al desarrollo contractual, un mínimo de personal administrativo con calidades específicas, sin que, en terreno, se observe el cumplimiento de tal obligación, lo que ha generado que el afrontar distintas dificultades en obra se haya tornado imposible y por el contrario se han agravado. Se solicitó, así mismo, la relación del personal contratado y la misma nunca fue recibida, confirmando con ello la no disposición mostrada hasta el momento.

(...)

Falta ejecución del plan de calidad y Laboratorio, pues, actualmente no existe el plan de calidad implementado, el cual incluye la ejecución de un Laboratorio de Control de Calidad donde se certifique que los agregados, mezclas y demás, cumplen con las especificaciones técnicas de Control

de Calidad. Al no contar con el plan de calidad, se abre un riesgo grande en la ejecución. Por ejemplo, por falta del plan de calidad, la persona que tomó las decisiones determinantes ante el accidente laboral presentada el pasado 11 de febrero de 2014, no tiene conocimiento de los procesos de calidad mínimos, por lo que no actuó en concordancia y desencadenó en una serie de problemas con la comunidad, dos derechos de peticiones e incluso se han generado amenazas”.

Denotando, además un preaviso por parte de la demandante, en el cual se dijo “es deber de la Unión Temporal Construvial, entablar acciones judiciales contra la firma por usted representada ante el evidente incumplimiento contractual, haciendo efectiva la póliza constituida para el efecto (...)” (folios 181 a 183 C-1- T.1).

Oficio emitido por la Unión Temporal MJ a Construvial el día 25 de abril de 2014, en el que se expone: “A la fecha no se ha obtenido respuesta formal por parte de la Unión Temporal Construvial por la suspensión de actividades desde el 21 de abril de 2014, por la empresa Asfaltar, por lo que expresamos nuestra preocupación ante la falta de compromiso para hacer frente a las actividades de obra planteadas, aún más conociendo los bajos rendimientos que se han alcanzado con este único frente de obra. En razón a lo anterior, solicitamos a la Unión Temporal Construvial ante el visible atraso de la programación de obra, tomar los correctivos necesarios, realizando la reprogramación necesaria y disponiendo de frentes de obra adicionales, por tanto, consideramos que será la mejor forma de evidenciar el compromiso por parte de la Unión temporal para el desarrollo de la obra” (folio 184 C-1- T.1).

Comunicado emitido por la Unión Temporal MJ (interventoría) a Construvial el día 13 de mayo de 2014, en el que se expone: “La interventoría solicita a ustedes una explicación del porque durante los días de ayer y hoy las actividades de extensión y compactación de material remanente se encuentran suspendidas, lo que genera no solo un ambiente de estado de abandono de las obras sino además generando un mayor atraso en la programación de obra, sumado al ya causado hasta la fecha por los bajos rendimientos alcanzados a lo largo de la ejecución del contrato. Lo anterior hace que se eleve una voz de alarma ante la entidad contratante con el fin de ir estudiando la posibilidad de tener que tomar las acciones correctivas sancionatorias al contrato de obra” (folio 192 C-1- T.1).

Misiva de la Unión Temporal MJ a Construvial el día 20 de mayo de 2014, exponiendo: “Con preocupación observamos el poco avance presentado en la obra, producto de las diferencias administrativas y de organización de la empresa Asfaltart durante el último mes, empresa a cargo de la cual, se encuentra en forma directa la ejecución de parte de las obras (...) por lo que instamos a la Unión Temporal Construvial a efectuar acciones de intervención directa en la obra, de manera concreta en el frente que ejecuta Asfaltart” (folio 197 C-1- T.1).

Comunicación enviada por la interventora a la U.T, el 31 de julio de 2014, señalando: “Nuevamente la Interventoría manifiesta su preocupación acerca de cómo no se está aprovechando el excelente tiempo que reina desde la semana anterior en la región para llevar a cabo la ejecución de actividades de extensión y colocación de materiales granulares, especialmente en los frentes de trabajo que vienen ejecutando el tramo comprendido entre el PR 16+000 al PR 36+00, afectando de manera notoria la programación presentada por ustedes en las que manifestaban que a mediados del mes de julio del presente año ya se estarían completando los primeros tres kilómetros de estructura de vía en su totalidad. Por lo anterior, la interventoría solicita se retomen a la mayor brevedad todos los frentes de trabajo, para de esta manera lograr alcanzar las metas trazadas en cuento a la programación y alcance de obra que se tienen estimados” (folio 213 C-1- T.1).

Oficio realizado por Unión Temporal MJ a Construvial el 05 de agosto de 2014: “...la interventoría hace un nuevo llamado para que a la mayor brevedad se retomen las actividades de cargue, extensión y colocación de materiales granulares, labores que viene suspendidas desde el día 24 de julio del año en curso (...) Motivados por el panorama de retrasos antes expuestos, es que comunicaremos a la entidad contratante, a fin de que cite a la Unión Temporal Construvial a la imposición de multas”. (folio 219 C-1- T.1).

Oficio dirigido por Construvial a Asfaltart el 05 agosto de 2014, cuyo asunto era "INCUMPLIMIENTOS GENERADOS DENTRO DEL CONTRATO SUSCRITO ENTRE LA UNIÓN TEMPORAL CONSTRUVIAL Y ASFALTAR S.A.", exponiendo al tenor literal:

"1. Existe Incumplimiento en las Obligaciones del Contratista: A la fecha según el cronograma de obra presentado el 04 de diciembre por Asfaltart (Anexo No. 1) (con fecha de inicio el pasado 05 de noviembre de 2013 y finalización el próximo el próximo 18 de septiembre de 2014), Asfaltart debe llevar en ejecución un 99.9%. Sin embargo, al 01 de agosto de 2013, fecha en que se recibió por parte de la interventoría el último requisito de cumplimiento del Acta Parcial 001 con corte a 10 de junio sólo lleva un 17.93%.

2. Existe ABANDONO INJUSTIFICADO en la vía para el tramo bajo responsabilidad de Asfaltart. Desde el pasado 24 de julio de 2014 no se realiza ningún tipo de actividad de extensión o aplicación de materiales.

(...)

La unión temporal ante las faltas graves antes narradas, ha tenido que asumir las deficiencias de ASFALTART S.A. para evitar posibles sanciones implementando nuevo frente de trabajo que es el único que a la fecha está laborando sin ninguna novedad y dando rendimiento satisfactorio" (folios 221 a 222 C-1- T.1).

En suma, mediante comunicación realizada por la interventoría a Construvial el 26 de agosto de 2014, denominado avance de obra, por medio del cual se informa que, "(...) el presente documento registra el incumplimiento presentado en avance de obra, como quiera que no entendemos cómo es que a pesar de los continuos compromisos adquiridos verbalmente en los diferentes comités de los dos (2) frentes de obra con los que cuenta la unión temporal en campo, el frente que se encuentra bajo la responsabilidad de la empresa Asfaltart del 24 de julio al 13 de agosto se muestran suspendidos las actividades de instalación de material, sin existir motivo alguno que sustente dicha para de actividades, por lo que hacemos un llamado respetuoso a la unión temporal para que se tomen la medidas necesarias y se efectúen planes adicionales que permitan llevar a feliz término la programación de actividades interviniendo, y lo señalamos una vez más, en el frente que actualmente maneja Asfaltart con equipos, mano de obra y todo lo necesario a fin de solventar la situación presentada excluyendo a dicha empresa de la realización de actividades, dados los evidentes y mayúsculos retrasos que se han presentado en forma reiterada y sistemática (...)" (folios 231 y 232 C-1- T.1).

Adicionalmente, en la misma fecha la U.T. MJ alega que, "(...) una vez la interventoría ha realizado el recorrido se encontraron hallazgo de incumplimiento al plan de manejo ambiental y la Resolución No. 700.41.14-048 otorgada por Corporinoquia para el desarrollo del proyecto" a saber, realización de captación de agua en punto no autorizado, inadecuada disposición de residuos sólidos e inadecuado transporte de materiales (folios 233 y 234 C-1- T.1).

De esta forma, se denota un incumplimiento con lo pactado entre las partes en el numeral 6° de la cláusula 7° del contrato UT01-112013, denominada OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA, que reza, "cumplir con la resolución No. 541 del 14 de diciembre de 1994 emanada del ministerio del medio ambiente, vivienda y desarrollo territorial en relación con el cargue, descargue, transporte, almacenamiento y disposición final de escombros, materiales y agregados sueltos que se originen por este contrato; si fuera el caso; igualmente y si hubiera lugar a ello, el contratista se obliga a presentar copia de la respectiva licencia ambiental y los permisos correspondientes para la explotación de los recursos naturales donde compre los materiales pétreos y materiales de arrastre a utilizar en la obra, en cumplimiento de la ley 99 de 1993, decreto reglamentario 1753 de 1994, decreto 1180 de 2003, ley 685 de 2001 (Código de Minas), y con el incumplimiento de la cláusula segunda del presente contrato" (folio 410 C.1 - T.1).

Todos estos requerimientos, bien dijo el ingeniero Andrés Julián Montero Pardo, coordinador de la obra, en su testimonio rendido en audiencia del 18 de julio de 2019, ser recibidos y tener conocimiento de ellos, al aducir“(...) Si se recibían y también se recibían del tercer frente (...) respecto a los frentes se hizo unos requerimientos como en enero diciendo que dispusieran del equipo porque todavía no habían empezado las actividades (...) frente a la ejecución de la obra habían también unos requerimiento de pronto de que le apareció un fallo o de que habían problemas no de situaciones tan críticas, el material que está llegando no es el apropiado”, situación que igualmente guarda relación con lo dicho por la ingeniera Mayda Durley Jara, quien frente a tales requerimientos adujo “(...) los oficios los remitía a la unión temporal porque la representación legal la tenía el ingeniero Yesid y por protocolo debía dirigirme a la unión temporal, independientemente del subcontrato, porque legalmente en la gobernación de Arauca el contrato no está con Asfaltart (...) yo solicite en comités de obra, por medio de oficios que si no tomaban las medidas correctivas para cumplir con la reprogramación que habían entregado, yo iba a pasar por la pena de solicitar una multa ante la gobernación, yo pase inclusive la solicitud a la gobernación en el mes de agosto, porque transcurrido el tiempo así trabajaran sábados, domingos y festivos, no iban a cumplir con los tiempos” y con lo expuesto en su testimonio por la interventora ambiental Ingeniera Jenny Alexandra Romero “(...) si había uno que otro incumplimiento, sin embargo, muchas veces no llegamos a hacer oficios reiterativos, si se hizo un oficio, donde yo digo que por favor me hagan allegar de la trituradora la Y todo lo que era la licencia ambiental y la concesión minera (...) cuando se enviaba el oficio era porque reiteradamente se les solicitaba que cumplieran con eso”.

Lo dicho, dilucida aún más el incumplimiento por parte de la demandada, pues, claramente se obligó a ser la responsable por el manejo de los permisos y las licencias ambientales respecto de los materiales pétreos y de arrastre que se iban a usar en la obra y no como se pretende hacer ver por dicha entidad, donde manifiestan qué, uno de los motivos por los cuales ocurrió la mora en la ejecución de la obra fue porque la Unión Temporal era la encargada de diligenciar los mismos, bien se desprende del clausulado en cita que dicha acción era única y exclusivamente competencia de la empresa demandada, además, dentro del presupuesto oficial firmado por la representante legal de Asfaltart remitido a la U.T., (folio 525 C.1 – T.2), la demandada oferta en el punto 6.1 “manejo ambiental” por valor de ciento tres millones ochocientos ochenta y nueve mil sesenta pesos (\$103.889.060), desprendiéndose de ello que, dicha labor era responsabilidad exclusiva de ésta última.

Súmese a lo expuesto que, la misma representante legal de Asfaltart en oficio del 20 de febrero de 2014, manifiesta “De conformidad con las obligaciones establecidas en el contrato de la referencia y el cronograma de ejecución de los estudios y diseños, era nuestro deber elaborar y entregar los estudios y diseños de la obra a más tardar el 30 de enero de 2014 (...)” (Folio 529 Tomo II C-1)

Con lo anterior, salta a la luz el incumplimiento por parte de la demandada, cuanto más si, Construvial tuvo que asumir las obligaciones adquiridas por el contratista, ello a efectos de continuar con la obra y no verse perjudicada por imposición de multas o sanciones, derivadas del incumplimiento de Asfaltart S.A., por parte del Departamento de Arauca, tal como dieron cuenta los testigos interrogados por el despacho, entre ellos, el Ingeniero Andrés Julián Montero Pardo quien al respecto dijo “(...) esa ejecución duro tal vez el restante el contrato y en ese momento ya empezaron los inconvenientes fuertes con la Unión Temporal y terminaron ellos colocando, creo que, en julio un frente adicional y terminaron lo de la pavimentación” y lo dicho por la Ingeniera Mayda Durley Jara “(...) en el mes de junio se montó otro frente de trabajo por parte de construvial, pero eran dos frentes diferentes, en vista de que yo en el mes de mayo y junio les dije por medio de oficios que si no avanzaban les iba a solicitar multas, la unión temporal monto un frente de trabajo hacia la parte final del proyecto (...) se requerían más frentes de trabajo para poder cumplir con la reprogramación, en reiteradas ocasiones mediante oficios y comités de obra indique que se requerían más frentes de trabajo, con uno no alcanzamos, necesitamos dos, yo vi la necesidad de dos frentes desde siempre para que nos rindiera, como mínimo dos frentes, son muchas las situaciones que se presentan en obra, Asfaltart también sabía que necesitábamos más frentes porque con ellos estábamos de la mano, estaban al cargo

de la parte técnica de la obra, les hable personalmente muchas veces, ellos sabían”, quien claramente frente a la pregunta del despacho frente a quien culminó las obras encargadas a Asfaltart, contestó “Construvial, fue Construvial”.

Precisamente, en oficio remitido por el Secretario de Infraestructura Física Departamental de la Gobernación de Arauca a la Unión Temporal Construvial el 29 de agosto de 2014, se expuso: “(...) dados los retrasos que viene presentando en obra, me permito citarlo en calidad de contratista, a fin de llevar a cabo audiencia de imposición de multas para el día miércoles 03 de septiembre del año en curso (...)” (Folio 243 Tomo I C-1).

Centrada la atención en lo dicho, si bien, algunos de los mencionados requerimientos fueron respondidos por Asfaltart, ninguna de las justificaciones allí expuestas puede entenderse como eximente o atenuante para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, ni mucho menos denotar que el contratante incumplido fue la Unión Temporal aquí demandante, o alguno de sus miembros, todo esto teniendo en cuenta que si alguien da buena cuenta del incumplimiento o no por parte de la demandada, fue la interventora del proyecto, quien al ser interrogada frente a cual fue específicamente el incumplimiento de Asfaltart, bien supo decir al despacho “zona pues todo, ahí están los oficios, abandonaban la obra sin una justificación alguna”.

En efecto, señala la demandada que el retraso en la ejecución del proyecto se debió a la demora en la aprobación de los diseños por parte de la interventoría, al paro agrario, a problemas de inseguridad en la zona, y a las dificultades que se presentaron con las cooperativas de transporte.

En lo que refiere a la aprobación de los diseños por parte de la interventoría, considera el despacho que sí bien, el plazo para ello se extendió más de los quince (15) días previstos, cierto es que, dicha demora no tiene la magnitud suficiente para llevar a la conclusión de que fue ello lo que originó el incumplimiento de los plazos contractuales, máxime la extensión que se originó sobre los mismos, dada la reprogramación de la obra, esto además guarda vocación frente a lo expuesto por el testigo Andrés Julián Montero Pardo, quien señaló “los diseños los ajustábamos nosotros, que al fin y al cabo éramos responsables de los ajustes de los diseños”, por el Ingeniero Jorge Iván Valencia Carvajal, quien en audiencia del 19 de julio de 2019, adujo “(...) obviamente la obra no se para, porque lo que hicimos fue sacar el primer kilómetro para poder que los equipos pudieran trabajar y no parar la obra, esa es como la forma de uno de diseñador apoyar el proyecto (...) si los diseños están terminados la obra si podía culminarse (...) se fue entregando parcialmente porque la obra no se podía parar, para el mes de marzo ya había entregado los diseños” y por quien fuere interventora de la obra, quien al respecto preciso “si presento muchos inconvenientes (...) dentro de los ítems del contrato hay unos diseños (...) ellos entregaron los diseños el 27 de enero de 2014, la interventoría se tomó su tiempo para revisarlo y lo paso los primeros días de marzo a la gobernación y el 25 de marzo se hizo un comité en las instalaciones de la gobernación dando por aprobados los diseños (...) de esa reunión hay un acta, estaba como inconforme un poco porque había situaciones donde no se estaban dando los manejos adecuados, porque si bien es cierto los diseños no estaban aprobados, habían actividades que se podían ir realizando, como por ejemplo el acopio de materiales, en todo ese tiempo se podían ir adelantando actividades, al 25 de marzo de 2014 no había empezado la obra, ellos si podían avanzar teniendo los movimientos de material (...) tan pronto se iniciaron los diseños que fue el 25 de marzo, allá siempre estuvo el banco de maquinaria pero no avanzaban, tenían por lo menos 20 volquetas diarias, que eso no daba el abasto o rendimiento para cumplir esos tiempos”, por ende, tal argumento no puede ser valorado por el despacho, pues como bien se denota de lo dicho, pese a la tardanza de los diseños, existían más responsabilidades y labores que se pudieron realizar mientras estos eran aprobados, no obstante, ello no ocurrió así, pues a más de no realizarse actividad alguna durante el tiempo requerido para la aprobación de los diseños, siempre el personal de Asfaltart fue insuficiente para lo requerido, tal como adujo la misma testigo “(...) cuando yo me dirigía a obra me daba cuenta personalmente que el ingeniero Néstor Coca que era el que estaba más al frente de la obra por Asfaltart estaba solo, estaba como sin apoyo, necesitaba de pronto más personal”.

Respecto al paro agrario y problemas de inseguridad en la zona, se evidencia que la demandada remitió varias comunicaciones a la Unión Temporal, haciéndole saber dichas circunstancias:

En comunicación del 25 de abril de 2014 refiere “a la inseguridad que se está viviendo en la zona donde se está ejecutando el proyecto, ya que se ha visto la presencia de personas motorizadas y armadas en los alrededores de dichas zonas y en la planta donde se hace la producción de material (...) fue necesario que dejaran de trabajar y se retiraran de los sitios de trabajo en aras de proteger su vida e integridad personal, por estos hechos no atribuibles al Contratista, no se le permitió trabajar a Asfaltart S.A.” (Folio 567 Tomo II C-1)

Así mismo, en oficio del 29 de abril de 2014, expuso Asfaltart: “les queremos manifestar que desde el día de ayer 28 de abril de 2014 se vieron suspendidas todas las actividades que se venían realizando objeto del contrato de la referencia, como consecuencia del PARO AGRARIO nacional que los gremios realizaron desde el día de ayer, cuya duración es indefinida, y que se vive también en el Municipio de Tame, lugar de ejecución del contrato (...)” (Folio 569 – 570 Tomo II C-1).

Así las cosas, se observa que en atención al paro agrario se procedió de común acuerdo entre los contratantes a la suspensión de la obra, conforme consta en el Acta de Suspensión del Plaza No. 001 de fecha 28 de abril de 2014, “por un periodo de veinte (20) días o antes si las condiciones que lo generaron son superadas en acuerdo entre las partes y se garantice la terminación de las mismas de manera satisfactoria dentro del plazo contractual”. (Folio 186-187 Tomo I C-1).

No obstante, se evidencia que el plazo de suspensión, lo fue solo por 20 días y se encontraba supeditado a la terminación de la obra en el plazo fijado en el contrato, por tanto, no resulta de recibo para este despacho afirmar que esta circunstancia fue un desencadenante en el incumplimiento del contratista.

En efecto, mediante Acta de Reinicio de Plazo No. 001, también suscrita por los contratantes el 12 de mayo de 2014, se estableció como fecha de reinicio de las labores para el día doce (12) del mes de mayo de 2014, indicándose allí que la causa, que motivó la suspensión del plazo “se considera que esta ha sido completamente superada”.

Sin embargo, se advierte que el día 12 de mayo de 2014, Asfaltart no reinició dichas labores como se había comprometido, y de ello da cuenta el requerimiento elevado por la interventora Unión Temporal JM el 13 de mayo de 2014, en el cual manifiesta a tenor literal “ayer y hoy las actividades de extensión y compactación de material remanente se encuentran suspendidas”.

Entonces, se puede concluir que a pesar de haberse superado las causas que motivaron la suspensión de las obras con ocasión del paro agrario, la empresa contratista demandada, no reinicio sus labores el día 12 de mayo de 2014, extendiéndose la inactividad en la obra incluso el día 13 del mismo mes y año, sin motivación alguna, acreditándose de ello el incumplimiento de las estipulaciones contractuales.

Además, frente a dicha suspensión y el requerimiento recibido frente a la suspensión por el aducido paro agrario, adujo quien fuere coordinador de la obra “(...) posiblemente si este el requerimiento, pero el 12 y 13 de mayo, 12 de mayo yo creo que fue la culminación del paro agrario, posiblemente sí estuvo el requerimiento, porque querían que al otro día de terminado el paro estuviéramos trabajando, tal vez fue el paro agrario y se mandó a descansar la gente por el paro agrario, termina el paro agrario y se traslada la gente nuevamente a la zona e inician los trabajos, pero lo que pasa es que usted no sabe cuánto dura un paro agrario, mejor mandar la gente para la casa (...) lo del paro más dos días, tres días”, aunado a lo agregado por la representante legal de la entidad interventora “hubo un cese de actividades, por eso el oficio porque no hay justificación alguna del porqué, dejaron de hacer actividades esos días, nosotros íbamos y que paso, no hay nadie, duro más o menos como 4 o 5 días (...) en abril se paró el trabajo por un paro agrario, se suspendió el contrato por unos días porque no se podía trabajar, no tuvimos ninguna justificación del porque no asistieron o hicieron (...) ellos tuvieron un cese

del 24 de julio al 13 de agosto, yo tengo unos oficios donde les pido cual es el motivo del porque no avanzan, la maquinaria estaba al lado de la vía pero no estaba en funcionamiento, que yo recuerde nunca me dieron respuesta de los oficios sobre el cese de las actividades”, concluyendo así que, pese a que acertadamente existió el aludido paro agrario, ello fue motivo de suspensión del contrato, sin embargo, transcurrida dicha suspensión no se retomaron las labores de manera inmediata, como debió ocurrir, además de otro abandono de la obra supeditado del 24 de julio al 13 de agosto, del que nunca dieron motivo, situación que denota la improsperidad de tal alegato.

De otra parte, no se allegan pruebas que acrediten realmente las circunstancias de inseguridad en la zona de la obra que alega la demandada, a fin de demostrar que dichas circunstancias hayan impendido el avance de la obra.

Respecto a las inconvenientes originados con las cooperativas transportadoras, es claro que en el contrato UT01-112013, se adujo en el párrafo segundo de la cláusula primera que, el contratista ofrecía para la ejecución del contrato usar los materiales de la región, con las calidades que se encuentren en el área de influencia del proyecto, Municipio de Tame y sus veredas, siendo además cierto que si bien los materiales de la zona no cumplían en un 100% con los requerimientos establecidos, fue con dichos materiales que se dio culminación a la obra por parte de Construvial, de cuya cuenta dio certeza en su testimonio la ingeniera Mayda Durley Jara “(...)ellos podían comprar a mas proveedores, mientras los permisos o mientras gestionaban (...) la zona de Tame ningún material del departamento o de la zona donde se estaba realizando el proyecto cumple específicamente con las normas técnicas de Invias del 2007, hubo la necesidad de una especificación particular, pero igual era con los mismos materiales de la zona, entonces si se podían comprar materiales de la zona (...)para terminar la obra construvial adquirió los materiales de terceros de la zona”, razón por la cual no es de recibo para el despacho que en su defensa alegue que la exigencia de contratar con las cooperativas de la región y no utilizar sus propias volquetas hizo que se retrasaran los tiempos de ejecución de la obra, sumado a la acreditación expuesta en el plenario, que quien canceló las facturas por los costos asumidos con dichas cooperativas fue asumido la Unión Temporal demandante.

En razón al daño, se tiene acreditado el perjuicio causado a la parte demandante, constituido por el valor del anticipo que no fue justificado por Asfaltart SAS, esto es, la suma de mil quinientos once millones seiscientos ocho mil cuatrocientos diecisiete pesos (\$1.511.608.417), valor resultante de restar el valor girado por la Unión Temporal Construvial y el valor efectivamente invertido en la obra por parte de la sociedad demandada.

En efecto, se reitera que, probado esta y así fue aceptado por la pasiva, que Construvial realizó el giro de tres anticipos un valor total de cuatro mil quinientos noventa y seis millones doscientos treinta mil treinta y siete pesos (\$4.596.230.037), de los cuales solo tres mil ochenta y cuatro millones seiscientos veintiún mil seiscientos veinte pesos (\$3.084.621.620) fueron debidamente soportados por Asfaltart S.A., a través de las tres actas parciales debidamente presentadas y aportadas por Construvial.

La relación de causalidad, se encuentra debidamente acreditada, pues fue el incumplimiento reseñado en las obligaciones contractuales por parte de Asfaltart, lo que originó el daño, habida cuenta que bien debe entenderse el mismo como el enlace entre el hecho culposo, con el daño causado.

Conforme a lo expuesto, al desatender la demandada sus obligaciones contractuales y no dar un debido manejo al anticipo girado por la UT Construvial, causó el detrimento económico en el presupuesto de la obra contratada.

EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR LA PASIVA Y POR LA LLAMADA EN GARANTÍA

Indebida Representación de la Unión Temporal Construvial

De manera liminar se advierte la improsperidad del medio exceptivo, habida cuenta que el representante legal la Unión Temporal, no está extendiendo sus facultades a otros actos celebrados por la asociación, sino que está demandando precisamente el incumplimiento de un subcontrato realizado con ocasión del convenio principal, para el cual fue creada o nació la Unión Temporal, siendo ello, "(...) participar en la LICITACIÓN PÚBLICA de la referencia cuyo objeto es MEJORAMIENTO, PAVIMENTACIÓN DE LA VÍA TAME SAN SALVADOR PR6+000 AL PR27+280, DEPARTAMENTO DE ARAUCA".

Además, el objeto contractual del convenio celebrado entre la unión temporal y Asfaltart S.A., es precisamente el suministro de materiales, mano de obra y equipos para la ejecución del contrato para mejoramiento y pavimentación de La vía Tame – San Salvador Pr 16+000 Al Pr27+280 del Departamento de Arauca, en el cual además, se estableció que "las actividades aquí contratadas serán realizadas de conformidad con las condiciones y descripciones técnicas exigidas en el contrato principal (458 de 2013 celebrado entre el Departamento de Arauca y la Unión Temporal Construvial, junto con los estudios que sirven de soporte al mismo, los cuales harán parte integral del presente documento) y se atenderán además las especificaciones generales y particulares de construcción dadas durante la ejecución del mismo a través de la firma interventora designada para tal efecto".

Falta de legitimación en la causa por activa en los demandantes Santiago Sánchez Vesga y la sociedad LOGRA S.A. y, Inexistencia de solidaridad activa entre la Unión Temporal Construvial, Santiago Sánchez Vesga y LOGRA S.A.

Respecto a estas excepciones, téngase en cuenta que ostenta le legitimación en la causa por activa, todo aquel que tenga un interés jurídico, protegido por la ley, siendo la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado (CSJ SC, 27 Jul. 2000, Rad. 6238).

En ese sentido, a pesar de que se está demandado un incumplimiento contractual independiente al contrato de asociación, lo cierto es que Construvial se encuentra constituida por Santiago Sánchez Vesga, Logra S.A., Asfaltart S.A. y Movitierra Construcciones S.A., quienes en documento privado de constitución de la Unión Temporal establecieron que "la responsabilidad de los integrantes de la Unión Temporal es solidaria", por tanto, quienes integran la misma pueden demandar el presunto incumplimiento del contrato, máxime cuando la demandada también es integrante de dicha unión temporal con un 10% de participación o compromiso (Folio 51-52 Tomo I-C-1).

Y, es que, pese a que la celebración del contrato demandado aconteció entre la Unión Temporal Construvial y la demandada, en esta causa, siendo precisamente aquel el contrato discutido en esta causa y no el contrato asociativo, deviene de allí el interés de los actores, sumada a la responsabilidad solidaria acordada entre las partes, tal como se reseñó.

Por lo considerado, no prosperan las excepciones en mención.

Inexistencia de Nexo Causal que genere responsabilidad civil contractual a favor de la demandante por ostentar esta la calidad de contratante incumplida, inexistencia de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad Asfaltart S.A. en relación con el contrato suscrito por Construvial y la Excepción de Contrato no cumplido por parte de la demandante Construvial.

Como fundamento de las excepciones referenciadas aduce la demandada que, fue la parte actora quien incumplió el contrato de obra, por cuanto no tenían diseños, estudios, licencias, permisos, requisito previo para dar inicio a las obras que estaba a su cargo, conforme se desprende del contrato inicial suscrito entre el Departamento de Arauca y la UT.

En este punto, valga reiterar lo considerado en líneas que anteceden, respecto a que era Asfaltart quien tenía la obligación contractual de tramitar los permisos, licencias y estudios requeridos para el inicio de la obra, tal como se desprende de lo consignado en el numeral 6° de la cláusula 7° del contrato UT01-112013, denominada OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA, “presentar copia de la respectiva licencia ambiental y los permisos correspondientes para la explotación de los recursos naturales” (folio 410 C.1 – T.1).

Nótese además que, la sociedad demandada, al momento de descorrer el traslado de la demanda, aportó como anexo el documento denominado presupuesto oficial mercantil (folio 525 C.1 – T.2), firmado por la representante legal, remitido el 13 de diciembre de 2013 al buzón electrónico de la Unión Temporal, tal y como consta en el certificado de envío (folio 524 C.1 – T.2), donde, entre otras cosas, la demandada oferta en el punto 7.1 “elaboración estudios y diseños para pavimentación y obras requeridas para garantizar la estabilidad de la obras”, por valor de setenta y cinco millones ciento cuarenta y cinco mil pesos (\$75.145.000), mismo que fue aprobado y firmado por el representante de la actora (folio 137 C.1 – T.1).

Mediante oficio del 15 de enero de 2014, Asfaltart S.A. señala que, “atendiendo a los requerimientos contractuales referentes al proyecto en mención, establecidos en comité de obra anterior y con el objeto de dar cumplimiento al cronograma de actividades de ajuste a los estudios y diseños del contrato 458-2013, para la respectiva revisión y aprobación nos permitimos hacer entrega (...)” (Folio 526 C-1 Tomo II)

Así mismo, en oficio del 20 de febrero de 2014, la misma representante legal de Asfaltart S.A. manifiesta que, de conformidad con las obligaciones establecidas en el contrato de la referencia y el cronograma de ejecución de los estudios y diseños, era nuestro deber elaborar y entregar los estudios y diseños de la obra a más tardar el 30 de enero de 2014(...)” (Folio 529 Tomo II C-1).

A todo lo citado, debe tenerse en cuenta, que dieron certeza los testigos interrogados por el despacho y los apoderados judiciales de las partes, establecieron de manera clara que la obligación de presentar los estudios, diseños y licencias, recaía en la sociedad demandada.

De lo anterior se desprende, que no tenga vocación este medio de defensa.

Inexistencia de responsabilidad a cargo de Asfaltart S.A.S.

Citando la atención en la acción de responsabilidad civil contractual incoada por los actores, valga reiterar que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (art. 1602 C.C.) mismos que, “deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella” (art. 160 ibidem), motivo por el cual, no constituye eximente de responsabilidad demostrar la diligencia o cuidado en las conductas o actuaciones del demandado, sino que debe la parte demandada acreditar un cabal cumplimiento frente a las obligaciones adquiridas en virtud del acuerdo de voluntades.

Todo esto, adicionado a que como bien se reseñó en reglones precedentes, en la cláusula primera del contrato materia de la demanda, se indicó el objeto del mismo, por lo cual, debía ser lo allí dispuesto desarrollado a cabalidad, contrario a lo acontecido.

Por lo dicho, no es posible atender favorablemente este medio defensivo.

Inexistencia de daño imputable a Asfaltart S.A.

Como ha quedado dilucidado, el daño en el caso en cuestión se constituye por el valor del anticipo que fue entregado a la demandada y que no fue sustentada su inversión por ésta, situación que

consta en las tres actas parciales debidamente presentadas y aportadas por la Unión Temporal demandante.

Ahora, el hecho de que Construvial no haya sido sancionada o multada por parte del Departamento de Arauca y haya existido un saldo a favor de la unión temporal, no desvirtúa el daño o perjuicio ocasionado a aquella, pues a más de haberse indicado por quien fuere la representante legal de la auditora en su interrogatorio el porqué de la no imposición de multas "(...) hicimos la audiencia de imposición de multas, donde se llegaron a unos acuerdos, donde el representante de construvial se compromete a mejorar la actividad y avanzar de manera satisfactoria", existe un valor girado por concepto de anticipo, que no fue justificado por parte de la pasiva, como inversión realizada en la obra, de cuya cuenta dan las facturas aportadas por la demandada.

Ello, sin pasar por alto el hecho de que Construvial tuvo que intervenir en la obra, constituyendo un frente de trabajo adicional para poder continuar la obra y darle conclusión a la misma, dentro de los plazos fijados en el contrato suscrito con el ente territorial, aspecto que fue reiterado por los testigos interrogados por el despacho y los apoderados judiciales de las partes.

Inexistencia de indebido manejo de anticipo por parte de Asfaltar S.A. dentro del Contrato de Obra UT 01-113013 suscrito con Ut Construvial.

Se acreditó en el plenario el giro de la suma de cuatro mil quinientos noventa y seis millones doscientos treinta mil treinta y siete pesos (\$4.596.230.037) por concepto de anticipo, de los cuales se avaló únicamente la inversión de la suma de tres mil ochenta y cuatro millones seiscientos veintiún mil seiscientos veinte pesos (\$3,084,621,620), valor que corresponde a las tres actas parciales de obra presentadas por Asfaltar a la Unión Temporal Construvial, advirtiéndose que las facturas allegadas por la pasiva no sustentan el saldo de mil quinientos once millones seiscientos ocho mil cuatrocientos diecisiete pesos (\$1.511.608.417), pues no se acredita que los materiales, insumos y demás servicios allí descritos, hayan sido destinados a la obra de pavimentación de la vía Tame San Salvador.

Improcedencia de la acción por ausencia de liquidación del contrato de obra suscrito entre la Ut Construvial y Asfaltart S.A.S.

Aduce la sociedad demandada que al no haberse liquidado el contrato de obra suscrito entre Ut Construvial y Asfaltart S.A.S., conforme se estableció en la cláusula decima del contrato, es inviable que la actora acuda a la jurisdicción ordinaria pretendiendo el cobro de los perjuicios invocados.

De la cláusula decima del contrato UT 01-113013, se extrae que, el acta de liquidación del contrato se realizara "una vez vencido el plazo de entrega de las obras objeto de esta oferta y recibidos los trabajos por la INTERVENTORÍA DEL CONTRATO PRINCIPAL (...) sin perjuicio de la obligación de EL CONTRATISTA de reparar los defectos que se presenten en los trabajos ejecutados, por causas imputables a él, con posterioridad a su entrega final y recibo."

Así las cosas, no puede la pasiva exigir el levantamiento de tal acta de liquidación, si tampoco acredita la entrega de las obras y recibo de los trabajos por parte de la interventoría, sea cual sea su avance, máxime cuando el contratista, aquí demandado, no fue quien dio terminación a la obra, sino que fue la unión temporal Construvial quien terminó la ejecución de la misma, teniendo en cuenta el retraso en los tiempos establecidos para tal ejecución y en aras de evitar multas y sanciones por parte del Departamento de Arauca.

Inexistencia de mora que permita la reclamación o reconocimiento de intereses moratorios.

Resulta claro que al existir una suma de dinero girada a favor de Asfaltart S.A.S. por concepto de anticipo, la cual no fue debidamente invertida en la obra contratada, surge una obligación a su cargo y a favor de la Unión Temporal, la que, al no ser debidamente saldada, genera un interés moratorio hasta que se acredite su pago total, pues su finalidad resulta ser "el resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la

oportunidad debida” (Corte Constitucional C-604 de 2012), siendo este el medio para resarcir, al menos en parte el perjuicio ocasionado por el paso del tiempo sin obtener rédito alguno sobre el dinero entregado a la contratista.

Compensación

Respecto a esta excepción, brevemente se puede establecer que no es esta la vía para establecer si corresponde a Asfaltart S.A.S. como integrante de la unión temporal, algún tipo de utilidad derivada del Contrato Interadministrativo 458 de 2013 celebrado entre el Departamento de Arauca y Construvial, pues esta causa tiene por objeto determinar si existe incumplimiento del contrato UT 01-113013 suscrito por la unión temporal y Asfaltart S.A.S.

Adicional a ello, no indica la demandada qué valor eventualmente se estaría compensando o cuál era el porcentaje que correspondía a Asfaltart S.A.S. en ese contrato interadministrativo, a más de no allegar soporte alguno que evidencie la acreencia que dice tener sobre la Unión Temporal, motivo por el cual, se declarará impróspero este medio defensivo.

Genérica

No observa el despacho hecho alguno que constituya excepción de mérito a declararse de oficio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 282 del estatuto procesal.

De otro lado, en relación a la Tacha de Falsedad propuesta por el apoderado de Asfaltart S.A.S., respecto a los documentos “PRESUPUESTO OFICIAL DE OFERTA MERCANTIL” y “PLAN DE INVERSIÓN DEL ANTICIPO”, la misma será desechada, por las siguientes razones:

Si bien, el documento denominado Presupuesto Oficial De Oferta Mercantil aportado con la demanda (folio 137 Tomo I C-1) no cuenta con la firma de la representante legal de Asfaltart S.A.S., sino que únicamente se avizora firmada por el representante legal de Construvial, lo cierto es que, haciendo un cotejo entre éste y el aportado con la contestación de la demanda (folio 525 Tomo II C-2), se observa que los valores allí plasmados son idénticos en ambos ejemplares, por tanto no puede desprenderse de ellos la existencia de una falsedad.

En lo que respecta al documento Plan de Inversión del Anticipo, no es procedente la tacha formulada, en tanto, no se atribuye, ni se afirma en la demanda estar suscrito o manuscrito por la parte demandada, además de ello, carece de influencia en la decisión que aquí se toma, en consecuencia la misma se negará, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 del Código General del Proceso.

“ARTÍCULO 269. PROCEDENCIA DE LA TACHA DE FALSEDAD. La parte a quien se atribuya un documento, afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a esta, y en los demás casos, en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba.

(...) No se admitirá tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión. (...)”

Además de lo anterior, no podría determinarse la falsedad del documento sobre el cual recae la tacha, pues el allegado por la pasiva en la contestación de la demanda, si bien es completamente diferente al aportado en la demanda, se encuentra suscrito solo por la representante legal de Asfaltart SAS.

EXCEPCIONES DE MÉRITO FORMULADAS POR LIBERTY SEGUROS S.A. FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva.

En relación con estos medios defensivos, se observa que tanto los demandantes como la demandada y la llamada en garantía se encuentran legitimados tanto por activa como por pasiva, para comparecer a esta causa.

En efecto, el contrato objeto del presente *sub lite*, a saber, UT 01-113013, fue suscrito por la Unión Temporal Construvial como contratante y Asfaltart S.A.S. como contratista, en consecuencia, al demandarse la responsabilidad civil por incumplimiento de este contrato, son éstos quienes se encuentran legitimados para actuar como demandante y demandado, respectivamente, y, al tratarse de una unión temporal, pues mal de lo contrario se perdería de vista que “el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales” (Corte Constitucional Sentencia C-414 de 1994).

Ahora, en el caso de Liberty Seguros S.A., dígase que, al haber expedido las pólizas de seguros No. 477284 y 2290189 para garantizar el contrato de obra suscrito entre Asfaltart y Construvial, se encuentra plenamente legitimada para ser llamada al proceso, máxime cuando la póliza No. 2290189 amparaba el cumplimiento del contrato y el buen manejo del anticipo por parte del contratista.

De lo dicho, la presente excepción igualmente será rechazada.

Inexistencia de responsabilidad del asegurador por acaecimiento del riesgo fuera de la vigencia de la póliza.

No se encuentra llamada a prosperar esta excepción, pues el siniestro (incumplimiento del contrato e indebido manejo del anticipo) se produjo dentro de la vigencia de la póliza.

En efecto, la Póliza No. 2290189 que cubre los amparos de Cumplimiento del Contrato, buen Manejo del anticipo, estabilidad de la obra y salarios o prestaciones, tenía una vigencia inicial de 2013-12-18 a 2019-10-18 (Folio 273 a 274 C-2), la cual fue prorrogada hasta el 2015-01-18, conforme el Anexo de Modificación de la Póliza de Cumplimiento a Particulares (Folio 275 a 276 C-2).

De ello, como el siniestro o riesgo asegurado se entiende realizado o producido el día 18 de septiembre de 2014, fecha prevista para la terminación del contrato, encontrándose aún vigente la póliza expedida por la llamada en garantía, se concluye que tampoco goza de prosperidad este medio exceptivo.

Inexistencia de responsabilidad del asegurador por modificación del contrato asegurado.

Se lo primero indicar, que en el plenario no obra “otro sí” o anexo alguno que configure modificación al contrato de obra asegurado, respecto a los montos entregados como anticipo, de donde ya se ha sostenido, se indilga el incumplimiento de la demandada, de manera que pueda configurarse exclusión de amparo de la póliza de seguro.

Ahora, si bien existe una modificación al contrato, este únicamente se dio respecto a la prórroga en el tiempo de ejecución, el cual fue ampliamente conocido por la aseguradora, tan es así que, el día 27 de junio de 2014 se expidió el anexo de modificación a la póliza de seguro de cumplimiento para particulares, por medio de la cual se prórroga la vigencia de los amparos.

Adicional a ello, en caso de afectación de la póliza respecto al amparo de indebido manejo del anticipo, se tendrá en cuenta el monto asegurado para dicho siniestro, esto es la suma de tres mil seiscientos seis millones ciento cuatro mil novecientos noventa y tres pesos (\$3.606.104.993).

Inexistencia de responsabilidad del asegurador por ausencia de siniestro que afecte el amparo de cumplimiento del contrato, inexistencia de responsabilidad del asegurador por ausencia de siniestro que afecte el amparo de buen manejo de anticipo y la ausencia de prueba de la ocurrencia del siniestro y de los perjuicios sufridos.

Como ha quedado acreditado y reiterado, Asfaltart S.A.S. efectivamente incurrió en incumplimiento contractual e indebido manejo del anticipo, siniestro esto que, se encuentran amparados en la Póliza No. 2290189, en los siguientes montos:

Cumplimiento Contrato	\$2.404.069.995
Buen Manejo Anticipo:	\$3.606.104.993

Así las cosas, se declararán no probados dichos medios de defensa.

Limitación de la responsabilidad del asegurador con base en el contrato de seguro exclusión de lucro cesante

Aduce la llamada en garantía que el lucro cesante se encuentra expresamente excluido de los amparos cobijados por la póliza de seguro.

De conformidad con el artículo 1127 del Código de Comercio: “El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado”.

De la norma en cita se concluye que, la aseguradora tiene a su cargo la obligación de indemnizar los perjuicios materiales, siendo componentes de éste el daño emergente y lucro cesante, sin que sea viable su negativa a asumir dichos perjuicios, bajo el argumento de encontrarse excluidos de cobertura.

Y, es que, siendo entendido el lucro cesante, como la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento (art. 1614 C.C.), ha establecido la jurisprudencia, frente a la obligación del juzgador a la hora de indemnizar los perjuicios causados “el actual entendimiento jurisprudencial del principio de reparación integral en punto a la indemnización por lucro cesante ordena que, una vez demostrada la afectación negativa del ejercicio de una actividad productiva, debe procederse al restablecimiento patrimonial del agraviado (...) esto último desarrolla el aludido principio, reconocido normativamente en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, el cual ordena que al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior..., y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez ‘tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio” (CSJ SC, 18 dic. 2012, Rad. 2004-00172-01)» (SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-0014-01).

En ese orden de ideas, si bien dentro del clausulado de condiciones generales de la póliza de seguro se encuentra como exclusión: “los perjuicios derivados de lucro cesante en que incurra la entidad contratante asegurada”, cierto es que, dicha estipulación contractual no la exonera de cubrir todos los perjuicios materiales que cause el asegurado, debidamente probados, pues la misma contradice lo legal y jurisprudencialmente dispuesto para el contrato de seguro de responsabilidad.

Amén de lo anterior, no prospera este medio exceptivo.

Ausencia de responsabilidad del asegurador en relación con el amparo contratado bajo la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual derivada de cumplimiento No. LB 477284

Ciertamente gozan de prosperidad los argumentos expuestos por la aseguradora, respecto a que, no puede afectarse la Póliza de Seguro 477284, pues ésta, únicamente ampara "(...) los perjuicios materiales causados a terceros derivados de la responsabilidad civil extracontractual en que incurra el tomador de acuerdo con la ley, por lesión, muerte o daños a bienes, ocasionados por causa de la ejecución del contrato."

Emerge con total claridad que, la póliza referida no ampara el incumplimiento contractual frente al contrato UT 01-113013 suscrito por la Unión Temporal Construvial como contratante y Asfaltart S.A.S. como contratista, derivándose de ello que la presente excepción saldrá avante.

Excepción genérica.

No se encuentra acreditado ningún supuesto fáctico que configure una excepción a declarar de oficio, de conformidad con la estipulación contenida en el artículo 282 del Código General del Proceso.

Acreditados los elementos de la responsabilidad civil contractual en cabeza de ASFALTART SAS y analizadas cada una de las excepciones de mérito, es menester, determinar los valores a reconocer por concepto de daño emergente y lucro cesante.

Daño emergente

Corresponde éste, al perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente.

En el caso objeto de estudio, se acredita por este concepto la suma de mil quinientos once millones seiscientos ocho mil cuatrocientos diecisiete pesos (\$1.511.608.417), valor resultante de restar lo girado por la Unión Temporal Construvial y lo efectivamente invertido en la obra por parte de la sociedad demandada.

Lucro Cesante

Corresponde a éste la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

Por este concepto se reclaman los intereses moratorios, que a la fecha de la presentación de la demanda ascendían a la suma de setecientos cincuenta y siete millones cuatrocientos sesenta y tres mil setecientos ocho pesos con noventa y un centavos (\$757.463.708.91), allegando para tal efecto, la liquidación de intereses suscrita por contadora pública (Folio 268 Tomo I C-1).

Considera el despacho que, si bien habrá lugar al reconocimiento de intereses moratorios, estos serán reconocidos conforme lo establece la normatividad civil, esto es al seis por ciento anual (artículo 1617 Código Civil), mismos que serán pagados desde el momento en el cual se generó el incumplimiento por parte de la demandada, hasta que se realice su pago, liquidados sobre la suma de dinero a pagar por concepto de los dineros dejados de ejecutar por parte de la demandada.

Como quedo visto dado el incumplimiento por parte de la sociedad demandada, se accederán a las pretensiones de la demanda y se condenará al pago de mil quinientos once millones seiscientos ocho mil cuatrocientos diecisiete pesos (\$1.511.608.417), por concepto de los dineros dejados de ejecutar por parte de Asfaltart (denominado por la parte actora como daño emergente), y por concepto de

lucro cesante se ordenara el pago de intereses moratorios a la tasa del seis por ciento anual, desde el 18 de septiembre de 2014, fecha en la cual se generó el incumplimiento por la demandada.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Frente a las pretensiones de la demanda de reconvencción, se tiene que, lo solicitado en la pretensión primera de la demanda, salta a la luz, habida cuenta que en el plenario reposa el contrato UT01-112013, aportado por la U.T. que promueve la acción principal (folios 409 a 413 C.1 – T.1), siendo impertinente ahondar en dicho cuestionamiento, pues a más de no haberse dispuesto pronunciamiento en contra por la demandada en reconvencción, no es asunto a debatir dentro de la demanda inicial.

En atención a la pretensión segunda, tenemos que, dentro del plenario se vislumbran sendas pruebas que dan fe de que la parte incumplida es la demandante en reconvencción, pues como se observó en los múltiples requerimientos hechos por la U.T. Construvial, advirtiendo sobre las moras en la ejecución del contrato que la interventoría ponía de presente, por lo que, tratándose de contratos bilaterales establece el artículo 1609 del Código Civil “[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”, ello sumado a que es inviable demandar el incumplimiento del otro contratante para quien “(...) sin motivo también ha incurrido en falta y por lo tanto se encuentra en situación de incumplimiento jurídicamente relevante, lo que equivale a afirmar que la parte que reclama por esa vía ha de estar por completo limpia de toda culpa, habiendo cumplido rigurosamente con sus obligaciones, al paso que sea la otra quien no haya hecho lo propio” (CSJ SC 7 de marzo de 2000 rad. No. 5319), por lo que resulta inviable que se aluda el incumplimiento del contratante, por parte del contratista, quien demostrado esta incumplió con las obligaciones derivadas del contrato.

Como consecuencia de la no prosperidad de las pretensiones antes mencionadas, se denota la improsperidad referente a las condenas pretendidas, al igual que las pretensiones denominadas como subsidiarias, pues se itera que, conforme las pruebas recopiladas al interior del proceso, de vislumbró el incumplimiento por parte de Asfaltart S.A.S.

En consecuencia de todo lo mencionado, se negaran las pretensiones de la demanda de reconvencción, por falta de legitimación ante el incumplimiento del contrato, y, se accederá a lo invocado en la demanda principal, declarando imprósperas las excepciones de méritos propuestas tanto por la sociedad demandada como por la aseguradora, frente a la demanda y al llamamiento en garantía, exceptuando la excepción denominada ausencia de responsabilidad del asegurador en relación con el amparo contratado bajo la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual derivada de cumplimiento No. LB 477284, la cual de declarará probada, pues ésta, únicamente ampara “...los perjuicios materiales causados a terceros derivados de la responsabilidad civil extracontractual en que incurra el tomador de acuerdo con la ley, por lesión, muerte o daños a bienes, ocasionados por causa de la ejecución del contrato” evidenciándose que, la póliza referida no ampara el incumplimiento contractual frente al contrato UT 01-113013, finalmente, como quiera que se hallan reunidos los elementos propios de la responsabilidad civil contractual, se condenará al pago de los perjuicios requeridos, pago este que deberá asumir Liberty Seguros S.A., dentro de la cobertura y los límites previstos a efectos en el contrato de seguro.

De otro lado, siendo procedente, se aceptará la renuncia al poder presentada por el abogado Franz Hederich García, quien fuere apoderado de la demandada y en consecuencia, se reconocerá personería jurídica al togado Carlos Aliver Navarro Niño, quien fuere designado como nuevo apoderado de dicha entidad.

Por último, en relación a la solicitud de pérdida de competencia elevada por el apoderado de la demandada, debe tenerse en cuenta que el termino dispuesto por el legislador en el artículo 121 del estatuto procesal, no puede valorarse netamente de manera objetiva, pues como en el

factivo en cuestión, hay circunstancias adicionales que impiden cumplir con dicho termino, sea por ejemplo el estudio del proceso, tratándose de un expediente de más de cinco mil folios y quince cuadernos, la digitalización del mismo y la complejidad del asunto.

Y, es que, si eso en realidad aconteció, correspondía a los demandantes elevar tal pedimento inmediatamente después de vencido el plazo previsto al respecto, no luego de agotadas varias etapas del proceso, ya que, tal y como lo indica el artículo 16 del Código General del Proceso en su aparte final,

“La falta de competencia por factores distintos del subjetivo o funcional es prorrogable cuando no se reclame en tiempo, y el juez seguirá conociendo del proceso. Cuando se alegue oportunamente lo actuado conservará validez y el proceso se remitirá al juez competente” (negrillas ajenas al texto).

Empero, no tiene en cuenta el solicitante que el sentido del fallo fue enunciado en audiencia del 17 de enero de 2020, por lo que en cierta manera se cumplió pata tal fecha con el fin del proceso que es llevarlo a una solución efectiva, motivo por el que a más de la reiterada suspensión de términos realizada el año inmediatamente anterior por el Consejo Superior de la Judicatura en razón a la pandemia Covid 19 y las situaciones anteriormente reseñadas, a criterio de este juzgador es hasta el 17 de enero de 2020 que debió contarse tal termino, motivo por el cual dicha solicitud habrá de ser denegada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el suscrito Juez Doce Civil del Circuito de Bucaramanga, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por la sociedad demandada, por las razones previamente expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por Liberty Seguros S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- DECLARAR civilmente responsable a Asfaltart S.A.S., y, en consecuencia de ello, condenarla a pagar la suma de mil quinientos once millones seiscientos ocho mil cuatrocientos dieciséis pesos (\$1.511.608.416), correspondiente al saldo del anticipo dejado de ejecutar, suma de dinero que deberá ser pagada dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a los demandantes, más los intereses moratorios a que haya lugar calculados a la tasa del seis por ciento (6%) anual, sobre dicha suma, desde el 18 de septiembre de 2014, hasta que se haga efectivo su pago, a título de lucro cesante.

CUARTO.- DECLARAR probada la excepción de mérito denominada ausencia de responsabilidad del asegurador en relación con el amparo contratado bajo la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual derivada de cumplimiento No. LB 477284, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

QUINTO.- NEGAR la tacha de falsedad frente a los documentos “PRESUPUESTO OFICIAL DE OFERTA MERCANTIL” y “PLAN DE INVERSIÓN DEL ANTICIPO, elevada por quien fuere apoderado de la demandada.

SEXTO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de reconvención por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEPTIMO.- DECLARAR procedente el llamamiento en garantía, y, en consecuencia, afectar la póliza No. 2290189, condenando a Liberty Seguros, al pago de la suma impuesta a la entidad demandada.

OCTAVO.- CONDENAR al pago de las costas causadas en esta instancia al demandado y a la aseguradora llamada en garantía, en partes iguales. Tásense e inclúyanse en su liquidación la suma de cien millones de pesos (\$100.000.000), por concepto de agencias en derecho.

NOVENO.- ACEPTAR la renuncia al poder conferido por la demandada al apoderado Franz Hederich García (folio 2250 C. 1 T. 7) y, en consecuencia, **RECONOCER** como apoderado judicial de la demandada al abogado Carlos Aliver Navarro Niño, en los términos, para los fines y con las facultades indicadas en el poder obrante a folio 2253 de esta encuadernación.

DECIMO.- NEGAR la solicitud de pérdida de competencia elevada por el apoderado judicial de la demandada, acorde a lo dispuesto en la parte considerativa de este proveído.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Firmado Por:

Hernán Andrés Velásquez Sandoval
Juez Circuito
Juzgado 012 Civil de Circuito
Santander - Bucaramanga

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

d0a3709eab11ecd29bc4675a38ad1e764690fa2cec7872441d614678f540f903

Documento generado en 10/09/2021 05:41:27 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Notificado mediante estado No. 110 del 13 de septiembre de 2021

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-12-civil-del-circuito-de-bucaramanga/80>