

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICINCO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA
CARRERA 10ª. No. 14-33 PISO 12º

EXCEPCIONES DE MERITO

CLASE DE PROCESO:

Verbal

DEMANDANTE

AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S. c.c. o Nit No.
9007885480

DEMANDADO

BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA SA
c.c. o Nit. No. 9008149161

CUADERNO No. 2

RADICADO DEL PROCESO

110013103025201900810 00

19-00810

RAD 110013103025 2019 0081000 - Contestación de Berkley a la demanda de ARM y llamamientos en garantía

juanmanuel@diazgranados.co <juanmanuel@diazgranados.co>

Jue 21/10/2021 12:46 PM

Para: Juzgado 25 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C. <ccto25bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: seccivilencuesta 177 <abogado5@diazgranados.co>; santiago.lozano@lozanoatuesta.com <santiago.lozano@lozanoatuesta.com>; juridico_col@ohl.com.co <juridico_col@ohl.com.co>; alberto.acevedo@garrigues.com <alberto.acevedo@garrigues.com>; 'Sierra, Juan' <JSierra@berkley.com.co>; 'Cubides, Lina' <lcubides@berkley.com.co>

Doctor

JAIME CHAVARRO MAHECHA

JUEZ 25 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO VERBAL DE MAYOR CUANTÍA
RADICACIÓN: 11001310302520190081000
DEMANDANTE: AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S.
DEMANDADO: BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.
ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA

JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía número 79.151.832 expedida en Usaquén, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 36.002 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de la demandada BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., de acuerdo con el poder que obra en el expediente, encontrándome en el término legal, procedo a:

1. Contestar la DEMANDA presentada por AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S. contra BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.
2. Formular LLAMAMIENTO EN GARANTÍA contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.
3. Formular LLAMAMIENTO EN GARANTÍA contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. (sociedades integrantes del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA).

El link de pruebas y anexos de la contestación a la demanda y los llamamientos en garantía es:

<https://www.dropbox.com/sh/is9moc8hrgj8ocf/AAC67lgJV56W00b8y3PRveAka?dl=0>

En acatamiento al Decreto 806 de 202 copio este correo las partes.

Con un cordial saludo,

Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz
DIAZ-GRANADOS &
ABOGADOS CONSULTORES
Carrera 14 No. 112 – 20, Of 102 Bogotá - Colombia
Tel (57-1) 2144186
Cel 3213732904
juanmanuel@diazgranados.co
juanmanuel@diazgranados.co

Doctor
JAIME CHAVARRO MAHECHA
JUEZ 25 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO VERBAL DE MAYOR CUANTÍA
RADICACIÓN: 11001310302520190081000
DEMANDANTE: AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S.
DEMANDADO: BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía número 79.151.832 expedida en Usaqué, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 36.002 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de la demandada BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., de acuerdo con el poder que obra en el expediente, por medio del presente escrito, encontrándome en el término legal, procedo a CONTESTAR la demanda presentada por AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S. (en adelante ARM) contra BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. (en adelante BERKLEY).

I. MANIFESTACIONES FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones declarativas y de condena incoadas por ARM contra BERKLEY, por no existir razones de hecho y de derecho que justifiquen su procedencia.

II. SOLICITUD DE CONDENA

Solicito al Despacho que al momento de proferir la sentencia que dirima la controversia entre las partes: i) se condene a la demandante al pago de las costas del proceso y ii) se aplique la sanción a que se refiere el artículo 206 del Código General del Proceso.

III. MANIFESTACIONES FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Paso a pronunciarme expresamente sobre los hechos afirmados en la demanda siguiendo el orden allí expuesto, así:

AL TÍTULO DENOMINADO “HECHOS RELACIONADOS CON EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y EL CONTRATO DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN”

AL 1. No me consta por ser un hecho ajeno a mí representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Respecto al contenido y alcance del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI (en adelante ANI) y ARM me atengo a su texto íntegro.

Sin embargo, es pertinente mencionar que ARM no aportó con la demanda la copia del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

- AL 2. No es un hecho sino una transcripción que realiza la parte demandante de una de las cláusulas del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM.

Manifiesto que no me constan las cláusulas del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM, pues mi representada no es parte de dicha relación contractual, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Respecto al contenido y alcance del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM me atengo a su texto íntegro.

Sin embargo, es pertinente mencionar que ARM no aportó con la demanda la copia del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

- AL 3. No es un hecho sino una transcripción que realiza la parte demandante de una de las cláusulas del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM.

Manifiesto que no me constan las cláusulas del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM, pues mi representada no es parte de dicha relación contractual, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Respecto al contenido y alcance del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM me atengo a su texto íntegro.

Sin embargo, es pertinente mencionar que ARM no aportó con la demanda la copia del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

- AL 4. No es un hecho sino una transcripción que realiza la parte demandante de un aparte del apéndice No. 1 del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM.

Manifiesto que no me constan las cláusulas del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM ni sus apéndices, pues mi representada no es parte de dicha relación contractual, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Respecto al contenido y alcance del apéndice No. 1 del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM me atengo a su texto íntegro.

Sin embargo, es pertinente mencionar que ARM no aportó con la demanda la copia del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM ni de sus apéndices, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

- AL 5. No es un hecho sino una transcripción que realiza la parte demandante de una de las cláusulas del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM.

Manifiesto que no me constan las cláusulas del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM, pues mi representada no es parte de dicha relación contractual, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Respecto al contenido y alcance del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM me atengo a su texto íntegro.

Sin embargo, es pertinente mencionar que ARM no aportó con la demanda la copia del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

- AL 6. Es cierto. Respecto al contenido y alcance del acuerdo consorcial mediante el cual se constituyó el CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA (en adelante EL CONSORCIO) me atengo a su texto.

ARM en el hecho 6 de la demanda afirma que adjunta copia del documento privado del 9 de abril de 2015 mediante el cual se constituyó EL CONSORCIO. No obstante, revisadas las pruebas y anexos de la demanda dicho documento no fue aportado, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

- AL 7. No me consta por ser un hecho ajeno a mí representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Respecto al contenido y alcance de la promesa de celebración del contrato EPC suscrita el 22 de mayo de 2015 me atengo a su texto íntegro.

Sin embargo, es pertinente mencionar que ARM no aportó con la demanda la copia de dicha promesa de celebración del contrato EPC, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

- AL 8. Contiene varias afirmaciones a las cuales contesto:

- Es cierto que el 9 de noviembre de 2015 ARM y EL CONSORCIO celebraron el contrato EPC.
- Es cierto que el objeto del contrato EPC que refiere la parte demandante.

- AL 9. Es cierto.

- AL 10. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la importancia de la sección 9 denominada "*Forma de Pago*" del contrato EPC y la transcripción del numeral 9.7 de dicha sección.

Respecto al contenido y alcance del contrato EPC me atengo a su texto íntegro.

- AL 11. No es un hecho sino una transcripción que realiza la parte demandante de una de las cláusulas del contrato EPC.

Respecto al contenido y alcance del contrato EPC me atengo a su texto íntegro.

AL 12. No es un hecho sino una transcripción que realiza la parte demandante de una de las cláusulas del contrato EPC.

Respecto al contenido y alcance del contrato EPC me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “EL ANEXO NÚMERO 5 Y SU ASEGURAMIENTO”

AL 13. Es cierto que el 5 de septiembre de 2016 ARM y EL CONSORCIO suscribieron el anexo de anticipo No. 5. Lo demás no son hechos sino una transcripción del mencionado anexo de anticipo No. 5.

Sin embargo, la transcripción realizada por la parte demandante no es correcta toda vez que el siguiente párrafo no se encuentra en el texto del anexo de anticipo No. 5:

“El presente Anexo NO CONSTITUYE, ni equivale a la Orden de Intervención para el inicio de la ejecución de Intervenciones en las Unidades Funcionales 1, 2 y 3, las cuales, a la fecha, todavía no se han emitido por parte del Contratante.”

El anexo de anticipo No. 5 si contiene el siguiente párrafo (el cual es diferente al indicado por la parte demandante):

“El presente Anexo NO CONSTITUYE, ni equivale a la Orden de Intervención para el inicio de la ejecución de Intervenciones en la Unidad Funcional 4 (ni de cualquier otra UF), la cual, a la fecha, todavía no se ha emitido por parte del Contratante.”

Respecto al contenido y alcance del anexo de anticipo No. 5 me atengo a su texto íntegro.

AL 14. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante al detalle adjunto del anexo de anticipo No. 5 y una solicitud probatoria.

Respecto al contenido y alcance del detalle adjunto al anexo de anticipo No. 5 me atengo a su texto íntegro.

AL 15. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me constan las razones por las cuales EL CONSORCIO contrató la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 4908.
- Es cierto que EL CONSORCIO y BERKLEY celebraron el contrato de seguro instrumentado a través de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 4908.
- Lo demás no es un hecho sino una transcripción de la parte demandante de una de las condiciones que rigen la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 4908.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 4908 se encuentra limitada a

las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

- AL 16. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 4908, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 4908 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

- AL 17. Es cierto según la prueba documental que obra en el expediente. Respecto al contenido y alcance del comprobante de egreso No. 001-CE-002359 me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “EL ANEXO NÚMERO 6 Y SU ASEGURAMIENTO”

- AL 18. Es cierto que el 27 de septiembre de 2016 ARM y EL CONSORCIO suscribieron el anexo de anticipo No. 6. Lo demás no son hechos sino una transcripción del mencionado anexo de anticipo No. 6.

Respecto al contenido y alcance del anexo de anticipo No. 6 me atengo a su texto íntegro.

- AL 19. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante al detalle adjunto del anexo de anticipo No. 6 y una solicitud probatoria.

Respecto al contenido y alcance del detalle adjunto al anexo de anticipo No. 6 me atengo a su texto íntegro.

- AL 20. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me constan las razones por las cuales EL CONSORCIO contrató la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 5350.
- Es cierto que BERKLEY expidió la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 5350.
- Lo demás no es un hecho sino una transcripción de la parte demandante de una de las condiciones que rigen la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 5350.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 5350 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

- AL 21. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 5350, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 5350 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 22. Es cierto de acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente. Respecto al contenido y alcance del comprobante de egreso No. 001-CE-002510 me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “EL ANEXO NÚMERO 7 Y SU ASEGURAMIENTO”

AL 23. Es cierto que el 28 de noviembre de 2016 ARM y EL CONSORCIO suscribieron el anexo de anticipo No. 7. Lo demás no son hechos sino una transcripción del mencionado anexo de anticipo No. 7.

Respecto al contenido y alcance del anexo de anticipo No. 7 me atengo a su texto íntegro.

AL 24. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante al detalle adjunto del anexo de anticipo No. 7 y una solicitud probatoria.

Respecto al contenido y alcance del detalle adjunto al anexo de anticipo No. 7 me atengo a su texto íntegro.

AL 25. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me constan las razones por las cuales EL CONSORCIO contrató la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 6851.
- Es cierto que BERKLEY expidió la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 6851.
- Lo demás no es un hecho sino una transcripción de la parte demandante de una de las condiciones que rigen la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 6851.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 6851 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 26. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 6851, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 6851 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 27. Es cierto de acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente. Respecto al contenido y alcance del comprobante de egreso No. 001-CE-002839 me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “EL ANEXO NÚMERO 11 Y SU ASEGURAMIENTO”

AL 28. Es cierto que el 2 de junio de 2017 ARM y EL CONSORCIO suscribieron el anexo de anticipo No. 11. Lo demás no son hechos sino una transcripción del mencionado anexo de anticipo No. 11.

Respecto al contenido y alcance del anexo de anticipo No. 11 me atengo a su texto íntegro.

AL 29. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante al detalle adjunto del anexo de anticipo No. 11 y una solicitud probatoria.

Respecto al contenido y alcance del detalle adjunto al anexo de anticipo No. 11 me atengo a su texto íntegro.

AL 30. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me constan las razones por las cuales EL CONSORCIO contrató la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11590.
- Es cierto que BERKLEY expidió la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11590.
- Lo demás no es un hecho sino una transcripción de la parte demandante de una de las condiciones que rigen la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11590.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11590 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 31. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11590, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11590 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 32. Es cierto de acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente. Respecto al contenido y alcance del comprobante de egreso No. 001-CE-003597 me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “EL ANEXO NÚMERO 12 Y SU ASEGURAMIENTO”

AL 33. Es cierto que el 23 de junio de 2017 ARM y EL CONSORCIO suscribieron el anexo de anticipo No. 12. Lo demás no son hechos sino una transcripción del mencionado anexo de anticipo No. 12.

Respecto al contenido y alcance del anexo de anticipo No. 12 me atengo a su texto íntegro.

AL 34. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante al detalle adjunto del anexo de anticipo No. 12 y una solicitud probatoria.

Respecto al contenido y alcance del detalle adjunto al anexo de anticipo No. 12 me atengo a su texto íntegro.

AL 35. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me constan las razones por las cuales EL CONSORCIO contrató la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11589.

- Es cierto que BERKLEY expidió la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11589.
- Lo demás no es un hecho sino una transcripción de la parte demandante de una de las condiciones que rigen la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11589.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11589 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 36. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11589, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11589 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 37. Es cierto de acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente. Respecto al contenido y alcance del comprobante de egreso No. 001-CE-003654 me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “EL ANEXO NÚMERO 13 Y SU ASEGURAMIENTO”

AL 38. Es cierto que el 19 de julio de 2017 ARM y EL CONSORCIO suscribieron el anexo de anticipo No. 13. Lo demás no son hechos sino una transcripción del mencionado anexo de anticipo No. 13.

Respecto al contenido y alcance del anexo de anticipo No. 13 me atengo a su texto íntegro.

AL 39. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante al detalle adjunto del anexo de anticipo No. 13 y una solicitud probatoria.

Respecto al contenido y alcance del detalle adjunto al anexo de anticipo No. 13 me atengo a su texto íntegro.

AL 40. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me constan las razones por las cuales EL CONSORCIO contrató la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11591.
- Es cierto que BERKLEY expidió la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11591.
- Lo demás no es un hecho sino una transcripción de la parte demandante de una de las condiciones que rigen la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11591.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11591 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 41. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11591, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11591 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 42. Es cierto de acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente. Respecto al contenido y alcance del comprobante de egreso No. 001-CE-003814 me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “EL ANEXO NÚMERO 14 Y SU ASEGURAMIENTO”

AL 43. Es cierto que el 14 de agosto de 2017 ARM y EL CONSORCIO suscribieron el anexo de anticipo No. 14. Lo demás no son hechos sino una transcripción del mencionado anexo de anticipo No. 14.

Respecto al contenido y alcance del anexo de anticipo No. 14 me atengo a su texto íntegro.

AL 44. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante al detalle adjunto del anexo de anticipo No. 14 y una solicitud probatoria.

Respecto al contenido y alcance del detalle adjunto al anexo de anticipo No. 14 me atengo a su texto íntegro.

AL 45. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me constan las razones por las cuales EL CONSORCIO contrató la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11904.
- Es cierto que BERKLEY expidió la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11904.
- Lo demás no es un hecho sino una transcripción de la parte demandante de una de las condiciones que rigen la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11904.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11904 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 46. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11904, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11904 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 47. Es cierto de acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente. Respecto al contenido y alcance del comprobante de egreso No. 001-CE-003896 me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “DE LA FALTA DE COMPROBACIÓN SOBRE INVERSIÓN DE LOS ANTICIPOS OTORGADOS EN DESARROLLO DE LOS ANEXOS Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 Y 14”

AL 48. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me consta que EL CONSORCIO haya omitido rendir informes sobre las inversiones relacionadas con los anticipos, la justificación de los pagos y sus soportes, por ser un hecho ajeno a mi representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.
- No me constan los requerimientos realizados por ARM al CONSORCIO por ser un hecho ajeno a mi representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Se anota que ARM solo aportó los requerimientos realizados al CONSORCIO a partir de octubre de 2018.

AL 49. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me constan las razones por las cuales ARM remitió al CONSORCIO la comunicación del 4 de octubre de 2018 por ser un hecho ajeno a mi representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.
- De acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente es cierto que mediante comunicación No. 20182000022491 del 4 de octubre de 2018 ARM otorgó al CONSORCIO un periodo de cura.

Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. 20182000022491 del 4 de octubre de 2018 me atengo a su texto íntegro.

AL 50. Es cierto de acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente. Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. 20182000022491 del 4 de octubre de 2018 me atengo a su texto íntegro.

AL 51. Es cierto que mediante comunicación No. OHLMG-DT-4345 del 14 de noviembre de 2018 EL CONSORCIO dio respuesta a la comunicación No. 20182000022491 del 4 de octubre de 2018 remitida por ARM.

Se anota que EL CONSORCIO en la comunicación No. OHLMG-DT-4345 del 14 de noviembre de 2018 pone de presente las inversiones que soportan los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, las cuales eran de conocimiento de ARM desde el momento en el cual se realizaron los desembolsos de los respectivos anticipos.

AL 52. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierto que ARM remitió al CONSORCIO la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019.
- No me constan los motivos que llevaron a ARM a remitir al CONSORCIO la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019.
- Lo demás no es un hecho sino una transcripción de la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019.

Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019, me atengo a su texto íntegro.

AL 53. Es cierto según la prueba documental que obra en el expediente.

Al respecto solicito que se tenga por confesado que frente a los anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 ARM acepta que para el 5 de febrero de 2019 existían soportes válidos y justificados por los siguientes valores:

- Anticipo No. 5: \$2.157.530.989.
- Anticipo No. 6: \$4.204.980.785.
- Anticipo No. 7: \$1.444.198.000.
- Anticipo No. 11: \$5.305.385.615.
- Anticipo No. 12: \$1.925.801.470.
- Anticipo No. 13: \$2.837.049.779.
- Anticipo No. 14: \$979.023.879.

Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019, me atengo a su texto íntegro.

AL 54. Contiene varias afirmaciones que no corresponden a hechos sino apreciaciones subjetivas de la parte demandante por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

Sin embargo, no es cierto que con la terminación unilateral del contrato se pueda verificar la inversión y amortización de los anticipos, pues únicamente hasta que se realice la liquidación del contrato EPC se definirá el estado de cuentas entre los contratantes.

AL 55. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierta la existencia de la comunicación No. OHLMG-DT-5128 del 5 de marzo de 2019.
- La afirmación “*se limitó a manifestar que el asunto relacionado con los anticipos había sido sometido por la contratante al conocimiento del tribunal arbitral (...)*” no es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca del contenido de la comunicación No. OHLMG-DT-5128 del 5 de marzo de 2019, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019, me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “DEL TRÁMITE ARBITRAL ENTRE AUTOPISTA RÍO MAGDALENA S.A.S. Y EL CONSORCIO OHL MAGDALENA”

AL 56. Es cierto. Respecto al contenido y alcance de la demanda arbitral presentada por EL CONSORCIO contra ARM me atengo a su texto.

Llama la atención que ARM siendo parte del mencionado Tribunal Arbitral no haya aportado prueba de la demanda arbitral que afirma presentaron las sociedades integrantes del CONSORCIO contra ARM, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

AL 57. Es cierto. Respecto al contenido y alcance de la demanda de reconvención presentada por ARM contra EL CONSORCIO me atento a su texto.

Llama la atención que ARM siendo parte del mencionado Tribunal Arbitral y la demandante en reconvención según lo que confiesa en el hecho 33 de la demanda, no haya aportado prueba de la de la demanda de reconvención en el trámite arbitral que afirma presentaron las sociedades integrantes del CONSORCIO contra ARM, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

AL 58. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la relación entre el trámite arbitral iniciado por las sociedades integrantes del CONSORCIO contra ARM, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

Sin embargo, manifiesto que, como se expondrá más adelante, existe identidad de cuestión litigiosa entre el tribunal de arbitramento y el presente proceso en lo que a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.

Llama la atención que ARM siendo parte del mencionado Tribunal Arbitral y la demandante en reconvención según lo que confiesa en el hecho 33 de la demanda, no haya aportado prueba de la demanda de reconvención en el trámite arbitral que afirma presentaron las sociedades integrantes del CONSORCIO contra ARM, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

AL 59. No es un hecho sino una referencia normativa de la parte demandante, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL 60. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la competencia del juez que debe conocer la controversia relacionada con las pólizas expedidas por BERKLEY que interesan al presente proceso, por lo tanto, no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL TÍTULO DENOMINADO “DE LAS RECLAMACIONES A LA COMPAÑÍA DE SEGUROS”

AL 61. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierto que el 12 de marzo de 2019 ARM a través de apoderado radicó ante BERKLEY una comunicación en la que solicitaba el pago de una indemnización derivada de la póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908.
- No es cierto que dicha comunicación corresponda a una reclamación formal, toda vez que no cumplía con los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio pues no se encontraba acreditada la ocurrencia del siniestro ni la cuantía del mismo.
- Es cierto que el valor pretendido por ARM en la comunicación del 12 de marzo de 2019 ascendía a \$2.770.109.032.

- Al respecto solicito que se tenga por confesado que frente al anticipo No. 5 ARM acepta que para el 12 de marzo de 2019 únicamente faltaban soportes válidos respecto a la suma de \$2.770.109.032 de los \$4.927.640.021 entregados como anticipo No. 5.

AL 62. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierto que el 13 de marzo de 2019 ARM a través de apoderado radicó ante BERKLEY una comunicación en la que solicitaba el pago de una indemnización derivada de la póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350.
- No es cierto que dicha comunicación corresponda a una reclamación formal, toda vez que no cumplía con los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio pues no se encontraba acreditada la ocurrencia del siniestro ni la cuantía del mismo.
- Es cierto que el valor pretendido por ARM en la comunicación del 13 de marzo de 2019 ascendía a \$795.149.025.
- Al respecto solicito que se tenga por confesado que frente al anticipo No. 6 ARM acepta que para el 13 de marzo de 2019 únicamente faltaban soportes válidos respecto a la suma de \$795.149.025 de los \$5.000.129.810 entregados como anticipo No. 6.

AL 63. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierto que el 13 de marzo de 2019 ARM a través de apoderado radicó ante BERKLEY una comunicación en la que solicitaba el pago de una indemnización derivada de la póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851.
- No es cierto que dicha comunicación corresponda a una reclamación formal, toda vez que no cumplía con los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio pues no se encontraba acreditada la ocurrencia del siniestro ni la cuantía del mismo.
- Es cierto que el valor pretendido por ARM en la comunicación del 13 de marzo de 2019 ascendía a \$879.280.000.
- Al respecto solicito que se tenga por confesado que frente al anticipo No. 7 ARM acepta que para el 13 de marzo de 2019 únicamente faltaban soportes válidos respecto a la suma de \$879.280.000 de los \$2.323.578.000 entregados como anticipo No. 7.

AL 64. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierto que el 13 de marzo de 2019 ARM a través de apoderado radicó ante BERKLEY una comunicación en la que solicitaba el pago de una indemnización derivada de la póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590.
- No es cierto que dicha comunicación corresponda a una reclamación formal, toda vez que no cumplía con los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio pues no se encontraba acreditada la ocurrencia del siniestro ni la cuantía del mismo.

- Es cierto que el valor pretendido por ARM en la comunicación del 13 de marzo de 2019 ascendía a \$1.570.434.385.
- Al respecto solicito que se tenga por confesado que frente al anticipo No. 11 ARM acepta que para el 13 de marzo de 2019 únicamente faltaban soportes válidos respecto a la suma de \$1.570.434.385 de los \$6.875.820.000 entregados como anticipo No. 11.

AL 65. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierto que el 12 de marzo de 2019 ARM a través de apoderado radicó ante BERKLEY una comunicación en la que solicitaba el pago de una indemnización derivada de la póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11591.
- No es cierto que dicha comunicación corresponda a una reclamación formal, toda vez que no cumplía con los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio pues no se encontraba acreditada la ocurrencia del siniestro ni la cuantía del mismo.
- Es cierto que el valor pretendido por ARM en la comunicación del 13 de marzo de 2019 ascendía a \$4.813.015.221.
- Al respecto solicito que se tenga por confesado que frente al anticipo No. 11 ARM acepta que para el 13 de marzo de 2019 únicamente faltaban soportes válidos respecto a la suma de \$4.813.015.221 de los \$7.650.065.000 entregados como anticipo No. 13.

AL 66. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL 67. Es cierto que mediante comunicaciones del 11 de abril de 2019 BERKLEY objetó las reclamaciones presentadas por ARM con relación a los anexos de anticipos Nos. 5, 6, 7, 11 y 13

Respecto a los términos y condiciones de las comunicaciones mediante las cuales BERKLEY objetó las reclamaciones presentadas por ARM me atengo a su texto íntegro.

AL 68. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierto que el 13 de junio de 2019 ARM radicó derecho de petición ante BERKLEY en la cual solicitó copia del formulario de declaración de asegurabilidad del CONSORCIO.
- Es cierto que no existe formulario de asegurabilidad suscrito por EL CONSORCIO. Se anota que según el artículo 1058 no es obligatoria la suscripción de dicho formulario.

AL TÍTULO DENOMINADO “DE LA TERMINACIÓN E IMPOSIBILIDAD DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO EPC”

AL 69. No es un hecho sino una transcripción de la parte demandante de una de las cláusulas del contrato EPC.

Respecto al contenido y alcance del contrato EPC suscrito entre ARM y EL CONSORCIO me atengo a su texto íntegro.

AL 70. Es cierto. Respecto al contenido y alcance de la comunicación del 8 de abril de 2019 dirigida por ARM al CONSORCIO me atengo a su texto íntegro.

AL 71. Es cierto y solicito que se tenga por confesado que lo que siempre ha pretendido ARM es que se pruebe la inversión y la destinación de los anticipos entregados al CONSORCIO.

Lo demás no es un hecho sino una transcripción del contenido de la comunicación de 8 de abril de 2019 respecto a la cual me atengo a su texto íntegro.

AL 72. No es un hecho sino una transcripción del contenido de la comunicación de 8 de abril de 2019 respecto a la cual me atengo a su texto íntegro.

AL 73. No me consta por ser un hecho ajeno a mi representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

AL 74. No me consta por ser un hecho ajeno a mi representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

AL 75. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- De acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente, es cierto que mediante comunicación No. 20192400016821 del 5 de agosto de 2019 ARM realizó un estado de cuenta preliminar del contrato EPC.
- No me constan los motivos que llevaron a ARM a remitir la comunicación del 5 de agosto de 2019 por ser hechos ajenos a mi representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. 20192400016821 del 5 de agosto de 2019.

AL 76. No es un hecho sino una transcripción de un aparte de la comunicación No. 20192400016821 del 5 de agosto de 2019.

Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. 20192400016821 del 5 de agosto de 2019.

Ahora bien, es importante resaltar que en el aparte que cita la parte demandante no se discriminó a qué anticipos correspondía el valor no amortizado y en qué proporción.

AL 77. No me consta por ser un hecho ajeno a mi representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. 20192400016821 del 5 de agosto de 2019 me atengo a su texto íntegro.

AL 78. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierto que EL CONSORCIO objetó los supuestos incumplimientos alegados por ARM y solicitó que la liquidación del contrato EPC se realizara en el trámite arbitral, mediante comunicación No. OHLMG-DT-5773 del 13 de agosto de 2019.

- No es cierto que EL CONSORCIO haya guardado silencio respecto a la amortización del anticipo, pues en la comunicación No. OHLMG-DT-5773 del 13 de agosto de 2019 manifestó que rechazaba en su totalidad la liquidación realizada por ARM, lo cual lógicamente incluye el aparte de anticipos.

Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. OHLMG-DT-5773 del 13 de agosto de 2019 me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “SOBRE LA NO AMORTIZACIÓN DE LOS ANTICIPOS CORRESPONDIENTES A LOS ANEXOS Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 Y 14”

AL 79. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante a un documento que pretende hacer valer como prueba.

Respecto al contenido y alcance de la certificación expedida por la contadora de ARM me atengo a su texto íntegro.

AL 80. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la naturaleza del anticipo, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL 81. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de los hechos que sustentan sus pretensiones, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL TÍTULO DENOMINADO “DE LA COBERTURA O AMPARO CONTEMPLADO EN LAS PÓLIZAS EXPEDIDAS POR BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. – BERKLEY POR NO AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO”

AL 82. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la cobertura de las pólizas expedidas por BERKLEY por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por las pólizas de seguro de cumplimiento entre particulares expedidas por BERKLEY se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de las mismas, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 83. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la imposibilidad de ejecución de las obras del contrato EPC y la inversión de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, por lo tanto, no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL 84. No es un hecho sino una solicitud probatoria de la parte demandante, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL 85. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la supuesta configuración de un siniestro bajo las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares expedidas por BERKLEY, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

IV. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Existencia de un tribunal de arbitramento internacional en el cual se discute la misma cuestión litigiosa del supuesto incumplimiento en el manejo de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14

Es preciso tener en cuenta que existe en la actualidad un tribunal de arbitramento de carácter internacional entre ARM y el CONSORCIO, derivado de la ejecución del contrato EPC (tribunal en el cual se discute, entre otros asuntos, lo relativo a los anticipos 9 y 10 garantizados por BERKLEY), en relación con lo cual destaco los aspectos que se resumen a continuación.

1.1. Demanda del CONSORCIO vs ARM (Solicitud de arbitraje)

El CONSORCIO OHL RIO MAGDALENA está conformado por:

- OHL COLOMBIA SAS.
- CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL SAS.

El CONSORCIO OHL RIO MAGDALENA, mediante solicitud de arbitraje del 30 de noviembre de 2018, convocó a ARM con pretensiones relativas al contrato EPC consistentes en:

- Factor de seguridad de los taludes (página 27), por cuanto el CONSORCIO considera que ARM objetó los diseños a pesar de estar aprobados por el interventor, se negó a realizar pagos y las exigencias de ARM en materia de diseños supondrían sobre costos muy significativos en contra del CONSORCIO.
- Plazo de finalización de la obra (página 28), ya que el CONSORCIO indica que el plazo de ejecución del contrato de EPC se cuenta a partir de la Orden de Intervención (ODI) y no desde el Acta de Inicio de la Fase de Construcción prevista en el contrato de concesión suscrito entre ARM y la ANI.

Los anteriores asuntos son relevantes en el presente proceso, ya que constituyen la excepción de contrato no cumplido en cabeza del CONSORCIO que también puede ser invocada por BERKLEY, en su condición de garante, en contra de ARM.

1.2. Demanda de reconvención de ARM vs el CONSORCIO

ARM, a través del documento de 15 de febrero de 2019 contestó la anterior solicitud de arbitraje (oponiéndose a la misma) y, por otra parte, presentó demanda de reconvención.

La demanda de reconvención se dirigió contra el CONSORCIO y, además, contra la sociedad OBRASCON HUARTE LAIN S.A., la cual se obligó solidariamente junto con el CONSORCIO en el contrato EPC frente a ARM.

La demanda de reconvención contra el CONSORCIO (página 18) menciona los siguientes hechos de incumplimiento que le endilga al CONSORCIO:

- Incumplimiento del CONSORCIO del plan de obras.
- Paralización de las obras en las UF 1 y UF 2.
- Incumplimiento en la gestión ambiental.

- Incumplimiento de las obligaciones en materia de anticipos, entre los cuales señala los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 a que se refiere este proceso.

Las pretensiones de la demanda de reconvención se sintetizan, en su parte pertinente, en lo siguiente:

- Que se declare que el CONSORCIO está impedido para presentar las reclamaciones de la demanda arbitral (lo anterior se basa en la exoneración de responsabilidad en favor de ARM pactada en el contrato SPA, en virtud del cual OBRASCON HUARTE LAIN S.A., matriz de las empresas que forman el CONSORCIO, las enajenó, asunto que se desarrolla más adelante).
- Que se condene al CONSORCIO a pagar a ARM las indemnizaciones, compensaciones, multas, sanciones y cargas contractuales como resultado de los incumplimientos del CONSORCIO, entre los cuales se encuentran los supuestos incumplimientos de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- La cuantía de demanda de reconvención la estima ARM en el valor aproximado de USD\$100.000.000.

1.3. Otros asuntos relevantes que se evidencian en el proceso arbitral

Para efectos ilustrativos se destacan enseguida algunos asuntos que son relevantes en el caso que se debate en el presente proceso y que forman parte del trámite arbitral:

- Pertenencia al mismo grupo empresarial: ARM y las empresas que conforman el CONSORCIO formaban parte de un mismo grupo empresarial, cuya matriz era OBRASCON HUARTE LAIN S.A. (OHL S.A.). En dicho grupo ARM pertenecía al área de concesiones y las empresas del CONSORCIO al área de construcciones (ver página 5 de la demanda y página 4 de la contestación).
- Unidad de gestión entre el concesionario y el constructor: ARM y las empresas que formaban parte del CONSORCIO actuaban bajo unidad de criterio y decisión dentro de los intereses de la sociedad matriz OHL S.A. Además, para el desarrollo del proyecto existía unidad de gestión (página 5 de la demanda).
- Venta del área de concesiones por parte de OBRASCON HUARTE LAIN S.A. (OHL S.A.) y ruptura en el modelo de gestión: mediante contrato de venta de acciones (SPA) cuyo cierre tuvo lugar el 12 de abril de 2018 el fondo australiano IFM Global Infrastructure Fund, a través de la compañía Global Infranco Spain SLU, adquirió de OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. la totalidad de las acciones que esta poseía en OHL CONCESIONES SAU (esta última sociedad pasó a denominarse ALEATICA). En consecuencia, las partes del contrato EPC dejaron de pertenecer al mismo grupo empresarial, por lo cual se generó una ruptura en el modelo de gestión compartida (ver página 5 de la demanda y página 4 de la contestación).
- Exoneración de responsabilidades en favor de ARM respecto del contrato de EPC: en el contrato de compra venta de acciones (SPA) en la Sección 11.17, OBRASCON HUARTE LAÍN, S.A., en nombre suyo y de sus empresas (entre las cuales está OHL COLOMBIA SAS y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL SAS) libera de responsabilidad, entre otras, a ARM frente a cualquier reclamo, demanda o acción en su contra por cuestiones, causas o eventos anteriores o simultáneos a la fecha de cierre del SPA. Tal situación alteró de manera sustancial y gravosa el régimen de las obligaciones y de las responsabilidades del contrato EPC e introdujo una modificación a la

estructura contractual entre ARM y el CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA (ver página 4 de la contestación).

2. Las pólizas emitidas por BERKLEY corresponden a contratos de seguro de cumplimiento

2.1. El seguro de cumplimiento cubre el incumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato garantizado

El seguro de cumplimiento tiene por objeto proteger al asegurado (acreedor de la obligación, en este caso ARM) por los perjuicios derivados del incumplimiento imputable por parte del deudor de la obligación (en este caso el CONSORCIO).

Así las cosas, en este tipo de seguros el siniestro es el incumplimiento de una obligación existente entre el acreedor (que es el asegurado, en este caso ARM) y el deudor (quien es el contratista obligado, en este caso el CONSORCIO), tal y como lo puntualizó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 7 de mayo de 2002, exp. 6181:

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

Lo anterior es relevante en la medida en que el amparo de anticipo de la póliza otorgó una garantía en los términos en que el anticipo se encuentra regulado en los otrosíes pactados, de tal suerte que el asegurado (ARM) no puede pretender reclamarle a la compañía de seguros más de aquello que podría obtener del directamente obligado (el CONSORCIO).

2.2. El incumplimiento para activar el contrato de seguro debe ser imputable al contratista

El seguro de cumplimiento tiene por fin cubrir los perjuicios que se causen al acreedor-contratante (ARM), provenientes de un incumplimiento imputable al deudor-contratista (el CONSORCIO), el cual constituye el riesgo asegurado en la póliza.

Bajo tal premisa, solo podrá configurarse un siniestro si dicho riesgo de incumplimiento imputable acaece (artículo 1072 del Código de Comercio), lo cual determina el nacimiento de la obligación condicional a cargo del asegurador (artículo 1054 del Código de Comercio)

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en la sentencia de la Sala Civil, de 21 de septiembre de 2000, exp. 6140¹:

“...no basta el suceso objetivo del incumplimiento del tomador para que se genere inmediatamente la prestación indemnizatoria a cargo de la aseguradora, puesto que, además, el desacato debe ser “legalmente” imputable al tomador, causándole daño al beneficiario, quien tiene la carga de probar la existencia y monto de éste”.

Este asunto es muy importante, ya que para que se configure el siniestro es preciso que el incumplimiento sea imputable. Así las cosas, si el contratista deudor de la

¹ Posición reiterada en múltiples ocasiones, entre las cuales está la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 24 de julio de 2006, exp. 00191

obligación invoca legítimamente una causal de justificación (por ejemplo, la excepción de contrato no cumplido), la misma hace que el incumplimiento no le sea imputable.

2.3. La aseguradora puede oponer como defensa los mismos medios que tiene el contratista garantizado

En virtud del seguro de cumplimiento, la aseguradora garantiza una obligación derivada de una relación jurídica subyacente entre el acreedor (contratante) y el deudor (contratista), de tal suerte que, en su condición de garante, la aseguradora puede invocar los mismos medios de defensa que tiene el directamente obligado.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el particular en la sentencia de la Sala Civil, de 21 de septiembre de 2000, exp. 6140:

“...la aseguradora puede resultar exonerada de pagar la indemnización si demuestra que las obligaciones por cuyo cumplimiento se comprometió a responder fueron satisfechas, o que si bien fueron incumplidas, fue porque primero correspondía al otro contratante acatar las suyas (excepción de contrato no cumplido); o, en fin, que la infracción se dio por mediar un motivo legítimo o una causa extraña; en pocas palabras, no puede entenderse que la aseguradora en todo caso responde por el cumplimiento de las obligaciones del tomador, así éste tuviera motivos válidos para desatenderlas.

*Desde esa perspectiva, entonces, si a la compañía se le formula el reclamo ante el evento del incumplimiento del contratista, se halla en posibilidad de oponerse al pago y establecer su defensa alegando que el tomador no es “legalmente responsable” del incumplimiento de las obligaciones contraídas a raíz de la celebración del contrato de obra, pues la prestación indemnizatoria a cargo del asegurador fluye cuando se cumple el hecho condicional establecido en el contrato de seguro y dentro de los límites allí previstos, lo que sucederá únicamente cuando se materialice la responsabilidad contractual del constructor, y siendo ello así, quiere decir que **si el acreedor o beneficiario de la obra no ha cumplido a su vez con sus recíprocas obligaciones**, en este caso concretadas en el pago del precio convenido, **cabe proponer contra él y aun se puede reconocer de oficio la excepción de contrato no cumplido** que igual libera al asegurador, como que dicho fenómeno excluye por sí mismo la responsabilidad contractual del contratista tomador del seguro de cumplimiento” (se destaca)*

Lo anteriormente expuesto tiene dos manifestaciones en el presente proceso.

La primera es que permitiría a BERKLEY invocar como excepciones frente a ARM todas aquellas defensas que el CONSORCIO tenga a su haber.

La segunda consiste en que si se considera que por efectos del acuerdo de compraventa de acciones al cual nos hemos referido (SPA), según lo reconoce ARM en su contestación a la solicitud arbitraje, el contratista liberó de responsabilidad al contratante no podría invocar incumplimientos de ARM anteriores al 12 de abril de 2018, privando de esta manera también a la aseguradora de elementos de defensa fundamentales, lo cual configura la agravación del estado del riesgo.

2.4. El seguro de cumplimiento es meramente indemnizatorio, no puede ser fuente de enriquecimiento y al asegurado le compete probar a cabalidad el siniestro y su cuantía

El seguro de cumplimiento es un seguro de daños, razón por la cual le son aplicables las siguientes reglas:

- El principio indemnizatorio previsto en el artículo 1088 del Código de Comercio, según el cual el contrato es de mera indemnización y no puede constituir fuente de enriquecimiento para el asegurado.
- La necesidad de que el asegurado acredite, además de la ocurrencia del siniestro, la cuantía real de la pérdida sufrida, lo que está consignado en el artículo 1077 del Código de Comercio.

Lo anterior se encuentra claramente aceptado por la jurisprudencia, de la cual procedemos a citar a renglón seguido dos de las sentencias más representativas sobre el seguro de cumplimiento.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil de 7 de mayo de 2002 exp. No. 6181:

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

Sentencia de la Corte Suprema de justicia, Sala de casación Civil de 24 de julio de 2006, exp. No. 00191:

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

Pues bien, como se desarrollará más adelante, en el caso bajo examen, tanto la reclamación como la demanda presentada por ARM no acreditaron debidamente el siniestro y su cuantía.

3. Identidad de cuestión litigiosa entre el tribunal de arbitramento y el presente proceso

El contrato de seguro de cumplimiento de obligaciones es un contrato principal, pues se trata de un negocio jurídico distinto a aquel que se asegura. Cada uno de ellos goza de su propia individualidad y está regido por las normas que le son propias.

En el presente caso los citados contratos son:

- El Contrato EPC celebrado entre ARM y el CONSORCIO.
- Los contratos de seguro contenidos en las siguientes pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares:

Anticipo No.	Póliza No.	Vigencia	Valor asegurado
5	4908	05/09/2016 – 31/05/2021	\$4.927.640.021
6	5350	05/10/2016 – 31/05/2021	\$5.000.129.810
7	6851	02/12/2016 – 31/05/2021	\$2.323.478.000
11	11590	01/06/2017 – 31/05/2021	\$6.875.820.000
12	11589	23/06/2017 – 31/05/2021	\$2.119.650.000
13	11591	25/07/2017 – 31/05/2021	\$7.650.065.000
14	11904	11/08/2017 – 31/05/2021	\$1.212.110.000

Resulta de la mayor importancia destacar que la doctrina ampliamente ha reconocido la innegable interdependencia que existe entre ellos, pues tratándose del seguro de cumplimiento, el riesgo cubierto es por supuesto el incumplimiento, el que se entiende configurado cuando el contrato asegurado se incumple.

Lo anterior significa que el fenómeno del incumplimiento es un elemento común que determina el nacimiento de obligaciones tanto en el contrato primigenio (relación jurídica subyacente entre contratante y contratista), como en el contrato de seguro.

Este elemento común, a su turno, tiene por virtud también determinar la cuantía de la respectiva indemnización (obviamente en el contrato de seguro hasta el límite del valor asegurado).

Con base en la estructura jurídica descrita, es un imperativo lógico que exista identidad de decisiones en cuanto a la determinación de si hay o no hay incumplimiento y de si hay o no hay perjuicios.

No sería admisible, en rigor jurídico, que para efectos de la relación jurídica subyacente entre contratante (ARM) y contratista (CONSORCIO) no exista incumplimiento o no exista perjuicio, pero en el campo del contrato de seguro se diga que tal incumplimiento sí existió o que los perjuicios en efecto sí se causaron.

Por tal razón la doctrina más representativa ha expuesto que el contrato de seguro de cumplimiento es un contrato cuya obligación principal es de carácter condicional y dependiente del contrato asegurado. Andrés Ordóñez Ordóñez en su libro “El Seguro de Cumplimiento de Contratos Estatales en Colombia” manifestó:

“...si bien el contrato de seguro es principal, la obligación del asegurador es esencialmente condicional, y si la condición de la cual depende consiste en el incumplimiento de un tercero a una obligación suya, es ineludible que la obligación del asegurador se vuelva en este caso dependiente de esa obligación original...”²

Igualmente, Jorge Eduardo Narváez Bonnet en su obra “El Seguro de Cumplimiento de Contratos y Obligaciones” ha dicho:

“Como corolario de lo expuesto, se afirma que el seguro de cumplimiento de obligaciones y contratos es un contrato principal, aunque interdependiente genética y funcionalmente de la obligación o del contrato que se garantiza, interdependencia que se manifiesta en el hecho que los vicios determinantes de nulidad o inexistencia del contrato que garantiza pueden llegar a afectar el riesgo amparado, por cuanto este viene determinado por el incumplimiento imputable al contratista, lo que presupone la vinculatoriedad y vigencia de las obligaciones que éste hubiera asumido.

² Ordóñez Ordóñez Andrés E. EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS ESTATALES EN COLOMBIA. Universidad Externado. Primera Impresión Publicaciones Externado. 2012. Pág. 12.

(...)

En síntesis, el seguro de cumplimiento es un contrato principal, aunque esta inexorablemente ligado a la suerte del contrato o negocio subyacente garantizado, del cual depende en todas las fases de su desarrollo y existencia...”³

La situación de incumplimiento del CONSORCIO y la existencia de perjuicios, así como el incumplimiento de ARM y la compensación de obligaciones recíprocas entre contratante y contratista son asuntos comunes entre el contrato de EPC y el contrato de seguro.

V. EXCEPCIONES DE MÉRITO COMUNES A LAS PÓLIZAS DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES PARTICULARES Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 Y 11904

1. Terminación del contrato de seguro por la modificación sustancial del estado del riesgo (por el contrato SPA) y la omisión de notificación a BERKLEY

1.1. Características del contrato EPC y su alteración por el SPA en virtud del cual se exoneró de responsabilidad a ARM

Ante todo, debe señalarse que el contrato EPC celebrado entre ARM y el CONSORCIO es un contrato de naturaleza bilateral (sinalagmático), en la medida es que es fuente de obligaciones recíprocas a cargo de cada una de las partes.

En efecto, conforme lo señala el artículo 1496 del Código Civil “*El contrato es... Bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente*”.

Adicionalmente, el citado contrato es de naturaleza conmutativa, característica que conforme al artículo 1948 del Código Civil se presenta “*cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez*”.

En los contratos bilaterales y conmutativos las prestaciones son interdependientes entre sí.

Lo anteriormente expuesto lo explican los profesores franceses Malaurie y Aynes⁴ en su obra de derecho civil que nos permitimos citar:

“Los contratos sinalagmáticos constituyen la variedad de contratos más numerosa y la más importante. Éstos son caracterizados por la interdependencia de las obligaciones recíprocas que se imponen a los contratantes: la obligación del uno depende de aquella del otro. De una manera general, esta interdependencia contribuye a hacer eficaz el contrato sinalagmático: el temor de perder su acreencia incita a cada uno a ejecutar su deuda. De manera más precisa, esta interdependencia justifica las tres consecuencias que resultan de la inexecución.

1º Es posible que uno de los contratantes reclame la ejecución de su crédito, sin haber pagado su deuda. El otro podrá entonces rehusar a pagar, invocando la excepción de inexecución...”

³ Narváez Bonnet, Jorge Eduardo. EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS Y OBLIGACIONES. Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011. Pág. 136

⁴ Malaurie, Phillipe y Aynes, Laurent, Droit Civil-Les Obligations, Editions Cujas, Paris, 1985, pág. 374.

En la doctrina nacional se destaca lo dicho por los profesores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta⁵, en el siguiente sentido:

“Las obligaciones resultantes de los contratos bilaterales o sinalagmáticos están ligadas entre sí por un vínculo de interdependencia. En consecuencia, si una de las partes deja de cumplir las de su cargo, la otra parte queda exonerada de las suyas, o si ya las ha cumplido, tiene derecho a la restitución. Sería aberrante que en un contrato bilateral uno solo de los contratantes satisficiera sus derechos sin que los otros pudieran obtener la restitución de lo pagado por ellos o sin que pudieran oponerse a las exigencias del contratante incumplido”

Igualmente, el profesor de la Universidad del Rosario Edgar Ramírez Baquero en el libro Obligaciones y Contratos - Ensayos⁶, indica que en un contrato bilateral debe existir un equilibrio prestacional, puesto que las obligaciones son recíprocas y que si un contratante incumple su obligación el otro contratante para exigir el cumplimiento debe, por su parte, cumplir la obligación correlativa:

“Como en la relación bilateral está implícito el equilibrio prestacional, puesto que las prestaciones que recíprocamente gravitan sobre los contratantes deben ser proporcionales, que es lo mismo que decir que los términos del intercambio han de ser justos, equitativos, lo cual corresponde a lo que los griegos llamaban el ‘sinalagma’, este contratante probo solo tendrá derecho al resarcimiento del daño compensatorio si, según el caso, ha cumplido o cumple con la prestación de su rol. En efecto, este sinalagma únicamente podrá preservarse si el que llamamos contratante honorable, investido del derecho de recibir una indemnización compensatoria, a su turno satisface el débito prestacional que le atañe. De no ser las cosas así, es decir, si a este contratante, a quien se le brinda el derecho al resarcimiento del daño compensatorio, se le libera del imperativo obligacional que le compete, en su favor se generaría un estado de enriquecimiento sin causa, que, por supuesto, no es de modo ninguno admisible; estado que evidentemente desquicia injustificadamente este sinalagma. En suma, el contratante probo, virtuoso, que se dirige por la indemnización del daño compensatorio, no está liberado de la contraprestación que le corresponde cumplir. Debe atenderla si es que con anterioridad a su reclamo en sede de resarcimiento no lo ha hecho. Si nunca cumple, la otra parte, por añadidura, podrá eficazmente interponer a su pretensión de resarcimiento la excepción de contrato no cumplido, gesto con el cual, de paso, evita que se suceda una situación de enriquecimiento torticero.”

Uno de los efectos destacables de los contratos bilaterales consiste en la excepción de contrato no cumplido, figura que es explicada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia de 9 de marzo de 2001, Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas, expediente No. 5659:

“Ahora bien, respecto de contratos bilaterales, por sobre todo de aquellos en que las obligaciones que surgen para los contratantes son múltiples, sucesivas e intercaladas, como ocurre con la convención fuente de esta controversia, gran importancia tiene el mandato del artículo 1609 del Código Civil, conforme el cual ‘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’”.

⁵ Ospina Fernández, Guillermo, Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis, Bogotá, 2000, página 60.

⁶ Ramírez Baquero, Edgar, Obligaciones y Contratos - Ensayos, Colección Textos de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, página 205.

Pues bien, en el presente caso las partes del contrato EPC alteraron el equilibrio sinalagmático que caracterizaba el contrato original, en la medida en que a través de un contrato de compraventa de acciones (SPA) acordaron liberar a una de las partes (en este caso a ARM) de responsabilidad frente a cualquier reclamo, demanda o acción en su contra por parte del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA, que surgiera o pudiera surgir por cuestiones, causas o eventos anteriores o simultáneos a la fecha de cierre del SPA.

Dicho de otra manera, mediante el citado acuerdo se alteró el equilibrio recíproco acordado inicialmente en el contrato EPC, ya que la conducta de uno de los contratantes (ARM) en el cumplimiento de sus obligaciones dejó de producir efectos jurídicos, lo cual no es más que la ruptura total del sinalagma propio de este contrato.

Es tan evidente esta situación que el asegurado ARM en la contestación a la solicitud arbitraje de manera inequívoca afirma que todas aquellas cuestiones anteriores al 12 de abril de 2018 (fecha de cierre del SPA), tales como la ampliación de plazos en el plan de obras y el factor de seguridad de los taludes, que precisamente son la causa que explica la conducta del CONSORCIO, no existen jurídicamente.

Es decir, que según el mismo dicho del asegurado (ARM), a este respecto no procede la excepción de contrato no cumplido, figura propia de los contratos bilaterales, todo lo cual muestra que a través de un pacto secreto no conocido por BERKLEY se alteró de manera grave y sustancial el riesgo que se estaba asegurando.

Ciertamente, la póliza expedida por BERKLEY amparó un contrato bilateral y conmutativo, en relación con el cual no existían renunciaciones o exoneraciones de responsabilidades absolutas, asuntos que por supuesto modificaron el estado del riesgo.

Si en el presente caso se llegara a la conclusión de que el CONSORCIO pudo haber incumplido, muy seguramente la causa de dicho incumplimiento obedezca a que ARM fue quien incumplió previamente, circunstancia que purga la mora del contratista.

Lo pactado en el SPA modifica el régimen de obligaciones recíprocas en desmedro de la situación del contratista, cuyo cumplimiento fue asegurado.

1.2. Terminación del contrato de seguro por la modificación sustancial del estado del riesgo y la omisión de notificación a BERKLEY

El seguro de cumplimiento es un seguro de daños al cual le es aplicable el artículo 1060 del Código de Comercio, el cual preceptúa, en su parte pertinente, lo siguiente:

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

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

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

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

Sobre el asunto en comento, resulta procedente referirse a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 3 de marzo de 2009, Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena, exp. No.11001 3103 039 1999 01682 01, en la cual se consideró plenamente aplicable el artículo 1060 del Código de Comercio al seguro de cumplimiento.

En efecto, la Corte no casó el fallo del Tribunal de instancia que consideró que el contrato de seguro de cumplimiento había terminado por cuanto el asegurado *“incumplió con la carga de información de los hechos modificatorios del riesgo, situación que, a la luz del artículo 1060 del C. de Comercio, apareja la terminación del seguro”.*

Dada la relevancia de esta sentencia para el asunto, la citamos en extenso:

“Para aquilatar esas acusaciones conviene recordar que el seguro es un contrato de ejecución sucesiva y, por tanto, durante su vigencia debe conservarse la correspondencia entre el valor de la prima y el riesgo asumido, cuya correspondencia es evaluada con la declaración precontractual que debe realizar el tomador sobre los hechos o circunstancias determinantes del estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador, quien a partir de ese referente mide el grado de su eventual responsabilidad para calcular el monto de la prima que es la prestación cierta a cargo del asegurado o tomador.

Pues bien, a la preservación de esa proporcionalidad entre la prima y el riesgo durante la vigencia de la relación contractual provee la ley, mediante el régimen de la carga de información regulado en el artículo 1060 del estatuto mercantil, conforme al cual prescribe que el asegurador o tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo y, en tal virtud, deben notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias imprevisibles que sobrevengan con posterioridad a la suscripción del seguro y que entrañen la agravación del riesgo o la variación de su identidad local, a efecto de que éste pueda ejercer la facultad allí conferida, esto es, la de revocar el contrato o exigir el reajuste del valor de la prima. La falta de notificación oportuna de una situación de esa índole produce la terminación del contrato.

La oportunidad para cumplir con la referida carga difiere, según que la alteración del riesgo sea o no voluntaria, pues si depende del arbitrio del asegurado o tomador, la notificación debe hacerse con “antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo”, término suficiente para que el asegurador ejerza una de las dos opciones conferidas por el legislador; y si le es extraña a ellos debe efectuarse dentro de los diez días siguientes a aquel en que la conozcan, conocimiento que, en todo caso, se presume luego de transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

De esa manera, el régimen jurídico de la agravación del riesgo busca restablecer la equivalencia entre la prima y la nueva declaración del estado del riesgo, ajustada a los hechos o circunstancias agravantes que sobrevengan luego de haberse ajustado el contrato; desde luego, que ella debe ser sincera

y, por lo mismo, susceptible de inexactitud o reticencia que bien pueden aparejar, según el caso, la nulidad relativa del negocio jurídico, la retención de la prima a favor del asegurador o la reducción proporcional de la prestación asegurada.

El deber de comunicación en cuestión, conforme quedó dicho, recae sobre hechos y circunstancias que no eran previsibles en el momento en que se ajustó el seguro y de tal entidad que si el asegurador los hubiere conocido no lo habría celebrado, o lo hubiese concluido en condiciones más onerosas para el tomador del mismo; por tanto, de lo que se trata es de denunciar la agravación del riesgo, entendida ésta como el aumento de la probabilidad de realización del siniestro o de la magnitud de sus posibles consecuencias dañosas.

Pero las referidas circunstancias, además de agravar “el estado del riesgo”, deben ser imprevisibles, haber sobrevenido a la celebración del contrato y conocerlas el tomador o el asegurado. Esas características permiten diferenciarlas de otros supuestos que no pocas veces pueden confundirse con ellas; así, no son condiciones que agraven el riesgo, las siguientes: a) Cuando el tomador o asegurador no cumple cabalmente con la declaración precontractual del estado del mismo, ya que ese deber alude a la situación existente en el momento previo a la conclusión del contrato, mientras que la agravación ha de referirse a hechos nuevos que alteran las circunstancias que sirvieron de base a la misma; b) La exclusión del riesgo, hipótesis que, conforme a la delimitación efectuada en el seguro, está fuera de la cobertura; c) El aumento del valor de las cosas aseguradas, pues éste lo que produce es el incremento del interés asegurado, que será relevante para calcular la indemnización a cargo del asegurador, la cual, en todo caso, tendrá por límite el monto asegurado; d) La provocación del siniestro por culpa grave o dolo del asegurado, por cuanto estaría excluida de la cobertura del asegurador mediante la delimitación causal del riesgo.

Desde luego, que si el riesgo es agravado por las anotadas circunstancias y éstas son notificadas al asegurador en la forma y términos establecidos por el ordenamiento jurídico, el seguro subsiste con todos sus efectos mientras el asegurador ejerce la opción prevista en el inciso 3º del citado artículo 1060, por cuanto a partir de ese momento, su existencia dependerá del arbitrio de éste, quien podrá revocar el contrato o exigir el reajuste de la prima a que hubiere lugar; empero, si no se cumple con esa carga de información se produce la terminación del contrato, y si la omisión es imputable a la mala fe del asegurado o tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada”.

En cuanto al caso que es materia de este proceso, el asegurado ARM omitió la notificación oportuna de la modificación del estado del riesgo en relación con el contrato EPC, que precisamente es la fuente del riesgo que cubre la compañía seguros.

Es absolutamente evidente que las partes alteraron de manera grave el carácter bilateral y conmutativo del contrato, tal y como lo reconoce de manera inequívoca el asegurado ARM al contestar la solicitud de arbitraje.

Nótese que el asegurado recalca que bajo el derecho colombiano el CONSORCIO carece de cualquier derecho en relación con obligaciones anteriores al 12 de abril de 2018, asunto que altera en forma severa el riesgo que la aseguradora amparó, según se expone a renglón seguido:

- La aseguradora emitió una póliza en relación con un contrato bilateral y conmutativo.

- Bajo tal premisa sólo cubre los incumplimientos que sean “imputables” al deudor cuyas obligaciones se garantizan.
- Un incumplimiento deja de ser imputable cuando la contraparte contractual, a su turno, incumple sus propias obligaciones. Así las cosas, si una de las partes renuncia a reclamar o a demandar a su contraparte está alterando de manera sustancial la configuración de responsabilidades en un contrato, en la medida en que se anula la excepción de contrato no cumplido.
- Por definición la aseguradora cuenta con los mismos mecanismos de defensa que ostenta el deudor garantizado, razón por la cual si éste, por efectos de pactos contractuales privados y desconocidos por el asegurador, libera al acreedor de los medios de defensa, sin lugar a duda altera los riesgos amparados inicialmente por el contrato de seguro.

Así las cosas, existió una evidente alteración del riesgo que dependió del arbitrio del tomador y del asegurado, razón por la cual debió ser notificada a BERKLEY con no menos de 10 días a la fecha de la modificación del riesgo. Teniendo en cuenta que el cierre del SPA, mediante el cual adicionalmente se modificó el contrato EPC, tuvo lugar el 12 de abril de 2018, para esa época debió producirse la respectiva notificación, cosa que no ocurrió.

En consecuencia, con base en el artículo 1060 del Código de Comercio, los contratos de seguro contenidos en las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904, que garantizaron los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, terminaron desde esa época.

2. No realización del riesgo asegurado

En el presente caso no se realizó el riesgo asegurado en las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 que garantizaron los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, por las razones que se exponen a continuación.

2.1. Objeto las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904

Las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 fueron tomadas por el CONSORCIO para garantizar el pago a proveedores con el dinero que ARM le entregaría en calidad de anticipo.

Los anticipos fueron materia de acuerdos particulares contenidos en los Anexos de Anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, en los cuales de forma explícita se pactaron el objeto, la cuantía y su destinación,

En el caso de los anticipos 5, 6 y 7 se incluyó la relación de los materiales, suministros y equipos en los que debían ser invertidos los anticipos, con la cuantificación de cada uno de ellos.

Por su parte en los anticipos Nos. 11, 12, 13 y 14 se incluyó la relación detallada de facturas que debían ser pagadas con el monto del anticipo.

Nótese que para el momento en que ARM entregó al CONSORCIO los anticipos Nos. 5, 6, 7 estos ya tenían una destinación específica la cual además había sido

cuantificada, lo que quiere decir que tanto ARM como el CONSORCIO sabían en qué se invertirían y el valor de cada uno de los ítems que se pagaran con dichos anticipos.

En el caso de los anticipos Nos. 11, 12, 13 y 14 para el momento en que ARM los entregó al CONSORCIO ya se habían realizado las obras, entregado los bienes o prestado los servicios por parte de los proveedores, por lo cual el único objeto de la entrega del anticipo era el respectivo pago a dichos proveedores.

En efecto, en el Anexo de anticipo No. 5 se puso de presente que:

*“iii. Destinación del anticipo: actividades iniciales para la construcción de la Unidad Funcional 4, primera Unidad Funcional a intervenir, **de acuerdo al detalle adjunto.**”* (Se destaca)

En el detalle adjunto al Anexo de Anticipo No. 5 se consignó que:

“Como adjudicataria del contrato de diseño y construcción de la obra Autopista Río Magdalena, adjunto se acompaña a la solicitud de anticipo a cuenta de instalaciones y equipos necesarios para el inicio de las obras, según se establece en los artículos 9.1 y 9.7 del citado contrato.

Seguidamente se expone identificación, descripción y valoración de instalaciones y equipos, destinados a la ejecución de las intervenciones para la Unidad Funcional n° 4, así como la justificación de dichas inversiones. (Se destaca)

Así mismo, se indicó en los Anexos de anticipo Nos. 6 y 7:

*“iii. Destinación del anticipo: actividades iniciales para la construcción de la Unidad Funcional 4, primera Unidad Funcional a intervenir, **de acuerdo al detalle adjunto.**”* (Se destaca)

El detalle adjunto al que hacen referencia los Anexos de anticipo Nos. 6 y 7 corresponde a una relación de actividades, materiales y equipos requeridos para el inicio de la construcción con sus respectivos valores.

Por su parte en los Anexos de anticipo Nos. 11, 12, 13 y 14 se dijo:

*“iii. Destinación del anticipo: actividades para la construcción de la Unidad Funcional 4, primera Unidad Funcional a intervenir, **de acuerdo al detalle adjunto.**”* (Se destaca)

El detalle adjunto al que hace referencia el Anexo de anticipo No. 11 corresponde a 39 facturas pendientes de pago a distintos proveedores, por un valor total de \$6.875.820.341.

El detalle adjunto al que hace referencia el Anexo de anticipo No. 12 corresponde a 22 facturas pendientes de pago a distintos proveedores, por un valor total de \$2.119.650.000.

El detalle adjunto al que hace referencia el Anexo de anticipo No. 13 corresponde a 76 facturas pendientes de pago a distintos proveedores, por un valor total de \$7.650.065.000.

El detalle adjunto al que hace referencia el Anexo de anticipo No. 14 corresponde a 19 facturas pendientes de pago a distintos proveedores, por un valor total de \$1.212.110.00.

Sobre el anticipo se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 22 de junio de 2001, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, radicación No. 44001-23-31-000-1996-0686-01(13436), en el sentido de indicar que el anticipo tiene la finalidad de cubrir los costos iniciales para la ejecución del contrato y corresponde al adelanto de un precio que aún no se ha causado:

*“En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, el cual habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución del objeto contratado. De ahí que se sostenga que **es la forma de facilitarle al contratista la financiación de los bienes, servicios u obras que se le han encargado con ocasión de la celebración del contrato.** Se convierte así este pago en un factor económico determinante para impulsar la ejecución del contrato.*

Ya la Sala en sentencia del 13 de septiembre de 1999 (Exp. No. 10.607) en relación con el anticipo expresó:

*“no puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto son oficiales o públicos. **El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato,** tales como los salarios de los trabajadores que disponga para la obra. **No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro.**”*

*En estas condiciones, si el anticipo se entrega al contratista antes o simultáneamente con la iniciación del contrato, esto es, **cuando aún el contratista no ha prestado el servicio, ejecutado la obra o entregado los bienes y precisamente espera dicha suma para iniciarlo** y la fecha de ese pago marca la pauta para el cómputo del término del contrato, el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese título se hace en calidad de préstamo.*

Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato.” (Se destaca)

Como se mencionó anteriormente, los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 no se entregaron al CONSORCIO antes de que los gastos se hubiesen determinado o causado, sino para pagar gastos que se encontraban previstos y cuantificados (en el caso de los anticipos Nos. 5, 6 y 7) y realizar pagos a proveedores que ya habían prestado los servicios, ejecutado las obras o suministrado los bienes por los cuales se expidieron las facturas relacionadas en el detalle que se adjuntó a cada uno de los certificados (en el caso de los anticipos 11, 12, 13 y 14).

Así las cosas, en este caso el anticipo no corresponde a un anticipo ordinario que se entrega antes de que se determinen su destinación y/o se cuente con las obras, bienes o servicios necesarios para la ejecución del contrato.

Bajo ese entendido, BERKLEY expidió las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904, pues

los dineros entregados por los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 tenían como única finalidad o destino la compra de materiales, equipos y suministros necesarios para la construcción que ya habían sido determinados y cuantificados y el pago de las facturas expedidas por proveedores.

Las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 otorgaron cobertura para el evento en que el CONSORCIO no adquiriera los materiales, equipos y suministros relacionados en los anexos de anticipo Nos. 5, 6 y 7 y no pagara con los dineros recibidos por los anticipos Nos. 11, 12, 13 y 14, las facturas que se relacionaron en los detalles adjuntos.

Pues bien, en el caso que nos ocupa el CONSORCIO utilizó el dinero de los anticipos para adquirir los equipos, materiales, suministros y pagar las facturas a los proveedores.

2.2. Ausencia de falta de inversión o inversión incorrecta del anticipo

En el presente caso no puede hablarse de una falta de inversión o inversión incorrecta del anticipo, ya que se encuentra demostrado que el CONSORCIO utilizó los dineros entregados por ARM mediante los Anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 para realizar el pago de las facturas relacionadas en los detalles anexos de cada anticipo.

Únicamente en el evento en que el CONSORCIO no hubiese utilizado los dineros recibidos mediante los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 en la compra de los equipos, materiales y suministros y el pago de las facturas relacionadas en los detalles de los Anexos de tales anticipos, podría hablarse de inversión incorrecta del anticipo, situación que no aconteció.

ARM en las reclamaciones presentadas acepta que existen pagos debidamente soportados.

Además, en la comunicación No. OHLMG-DT-4345 del 14 de noviembre de 2018 el CONSORCIO presentó un informe de inversión y buen manejo de los anticipos Nos. 0 al 21 y 23, en el cual detalló los ítems en los cuales fueron invertidos dichos anticipos.

Se resalta que ARM no aportó con la demanda los anexos que hacen parte integrante de la comunicación No. OHLMG-DT-4345 del 14 de noviembre de 2018.

Sin embargo, en dicha comunicación el CONSORCIO menciona lo siguiente:

“3. Anticipos correspondientes a los Anexos de Anticipos No. 3 a No. 8.

Los anticipos No. 3 a 8 se otorgaron con base en los conceptos establecidos en los Anexos de Anticipos respectivos, de acuerdo con los rubros siguientes:

ANEXOS ANTICIPO	CONCEPTO	FECHA DE PAGO	IMPORTE
Anexo de Anticipos No. 3	Instalaciones y equipos N°2 CTA - 005	11/05/2016	5,000,000,000
Anexo de Anticipos No. 4	Instalaciones y equipos N°2 CTA – 006	06/07/2016	5,000,000,000
Anexo de Anticipos No. 5	Instalaciones y equipos N°2 CTA – 007	08/09/2016	4,927,640,021
Anexo de Anticipos No. 6	Instalaciones y equipos N°2 CTA – 008	05/10/2016	5,000,129,810
Anexo de Anticipos No. 7	Instalaciones y equipos N°2 CTA – 009	01/12/2016	2,323,478,000
Anexo de Anticipos No. 8	Instalaciones y equipos N°2 CTA – 010	25/01/2017	5,880,000,000
TOTAL			28,131,247,831

Para estos anticipos el Contratista preparo una tabla de Excel que resumía los conceptos previsto de Inversión de cada anticipo, los cuales se presentan en el Anexo 3.2.1. de la presente comunicación.

(...)

En el Anexo 3 se presenta el Informe de inversión y buen manejo de estos anticipos, los cuales soportan que los anticipos se invirtieron en los conceptos que se indicaron al Concesionario en los respectivos Anexos Técnicos suscritos, salvo las inversiones correspondientes al concepto 3. Explotaciones mineras y 5. Tablaestacas, camisas y tubos sónicos y encofrados, debido a que materialmente era imposible invertir dichos recursos en estas actividades, según lo indicado en el Informe del Anexo 3.

De acuerdo con lo anterior, la inversión de los anticipos se encuentra soportada según lo siguiente:

DESTINACIÓN PREVISTA DE ANTICIPOS			SOPORTES DE INVERSIONES DE ANTICIPO (FACTURAS PAGADAS)		
#	CONCEPTO	IMPORTE	#	CONCEPTO	VALOR TOTAL FACTURA
1	Campamentos y oficinas	\$2,798,000,000	1	Campamentos y oficinas	\$2,951,733,368
2	Equipos topográfico, informáticos y de software y comunicaciones	\$886.807,658	2	Equipos topográfico, informáticos y de software y comunicaciones	\$1,243,741,163
3	Explotaciones mineras (Ver NOTA 1)	\$3,395,000,000	3	Estudios y diseños CONSORCIO ED	\$5,111,424,000
4	Aceros, cercado, pilotaje y prefabricados de hormigón	\$6,196,903,688	4	Aceros, cercado, pilotaje y prefabricados de hormigón	\$8,842,591,124
5	Tablestacas, camisas y tubos sónicos y encofrados (Ver NOTA 1)	\$12,100,700,085	5	Tablestacas, camisas, tubos sónicos y encofrados y Otras inversiones asociadas a las penínsulas artificiales	\$17,888,641,357
6	Equipos y Maquinaria	\$2,753,836,400	6	Equipos y Maquinaria	\$3,432,170,566
	TOTAL	\$28,131,247,831		TOTAL	\$39,470,301,578

Las facturas que soportan la destinación de dichos anticipos, se resumen en el Anexo 3.2.6 Destinación de anticipos No. 3 a 8 (Listado de facturas). Estas facturas junto con sus respectivos soportes de pago fueron escaneados (250 facturas) y se encuentran organizados en medio magnético en el Anexo 3.6.

4. Anticipos correspondientes a los Anexos de Anticipos No. 9 a No. 21.

Los anticipos No. 9 a 21 (pagados entre el 25 de abril de 2017 y el 12 de febrero de 2018) se otorgaron con base en el listado de facturas que se presentó para cada anticipo mediante la comunicación respectiva, listado de facturas que igualmente hace parte de los Anexos de anticipos correspondientes. En resumen, estos anticipos corresponden a los siguientes:

ANEXOS ANTICIPO No.	OFICIO DE RADICACIÓN	IMPORTE (pesos 2013) (sin descuentos aplicados)	IMPORTES (PESOS CORRIENTES)		
			IMPORTE	DESCUENTOS APLICADOS	IMPORTE PAGADO
9	OHLMG-DT-1125 OHLMG-DT-1153	\$3,333,723,311	\$4,000,000,000		\$4,000,000,000
10	OHLMG-DT-1154	\$5,806,841,339	\$7,000,000,000		\$7,000,000,000
11	OHLMG-DT-1352	\$5,703,827,974	\$6,875,820,000		\$6,875,820,000
12	OHLMG-DT-1458	\$1,754,394,793	\$2,119,650,000		\$2,119,650,000

13	OHLMG-DT-1534	\$6,324,468,040	\$7,650,065,000		\$7,650,065,000
14	OHLMG-DT-1641	\$1,002,585,615	\$1,212,110,000		\$1,212,110,000
15	OHLMG-DT-1848 OHLMG-DT-1856	\$4,588,356,215	\$5,554,898,000		\$5,554,898,000
16	OHLMG-DT-1968	\$4,793,060,436	\$5,805,246,475		\$5,805,246,475
17	OHLMG-DT-2080	\$2,488,300,542	\$3,014,210,000		\$3,014,210,000
18	OHLMG-DT-2120	\$6,015,427,993	\$7,300,000,000		\$7,300,000,000
19	OHLMG-DT-2168	\$8,030,964,811	\$9,745,947,119		\$9,745,947,119
20	OHLMG-DT-2214	\$5,344,666,570	\$6,486,000,000	\$(2,426,344,919)	\$4,059,655,081
21	OHLMG-DT-2357	\$6,803,558,546	\$8,340,000,000		\$8,340,000,000
TOTAL		\$61,990,176,185	\$75,103,946,594	\$(2,426,344,919)	\$72,677,601,675

En el Anexo 3 se presenta el Informe de inversión y buen manejo de estos anticipos, del cual se concluye que los anticipos se invirtieron en los conceptos que se indicaron al Concesionario, de acuerdo con lo siguiente:

DESTINACIÓN PREVISTA DE ANTICIPOS		SOPORTES DE INVERSIONES DE ANTICIPO (FACTURAS PAGADAS)	
ANEXOS DE ANTICIPO	IMPORTE (sin descuentos)	CANTIDAD DE FACTURAS SOPORTE	VALOR TOTAL SOPORTADO
Anexo De Anticipos No. 9	\$4,000,000,000	111	\$4,000,000,000
Anexo De Anticipos No. 10	\$7,000,000,000	42	\$7,000,000,000
Anexo De Anticipos No. 11	\$6,875,820,000	38	\$6,875,820,341
Anexo De Anticipos No. 12	\$2,119,650,000	22	\$2,119,650,000
Anexo De Anticipos No. 13	\$7,650,065,000	76	\$7,650,065,000
Anexo De Anticipos No. 14	\$1,212,110,000	19	\$1,212,110,000

(...)” (Se destaca)

Es decir, el CONSORCIO entregó soportes que daban cuenta de la inversión de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, los cuales no pueden ser desconocidos ahora por ARM.

Subsidiariamente, debe tenerse en cuenta que ARM ha aceptado al menos la inversión parcial de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, como lo puso de presente en su comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019, en la que afirmó:

“2.3. ANEXOS DE ANTICIPOS No. 5.

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Anticipo restante para propietario adquisición maquinaria y licencia (escollera península) – Anticipo explotaciones mineras	\$1.785.657.676	\$ -	\$ -	0%	100%
Anticipo restante para propietario adquisición maquinaria y licencia (material para hormigones) – Anticipo explotaciones mineras	\$825.000.000	\$ -	\$ -	0%	100%
Anticipo para material ejecución	\$1.470.000.000	\$3.340.287.729	\$1.470.000.000	100%	0%

penínsulas – Suministro de Tablestacas					
Resto de anticipo pendiente para material – Suministro de tubos y prefabricados de hormigón	\$429.500.000	\$270.090.968	\$270.090.968	63%	37%
Parte de anticipo para material – Suministro de material de encontrado	\$366.532.021	\$2.347.760.677	\$366.532.021	100%	0%
Anticipo para pequeño material de drenaje – Suministro material dren (geotextil, tubo, dren)	\$50.908.000	\$106.533.227	\$50.908.000	100%	0%
TOTAL	\$4.927.597.697	\$6.604.672.601	\$2.157.530.989	43,8%	56,2%

2.4. ANEXO DE ANTICIPOS No. 6

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICAD O	% IMPORTE NO JUSTIFICAD O
Equipos de comunicacione s	\$152.607.658	\$326.930.565	\$152.607.658	100%	0%
Adquisición de Báscula par peso de camiones	\$98.356.400	\$106.423.150	\$98.356.400	6%	94%
Resto de suministro e camisas y tubos sónicos	\$1.616.832.00 0	\$1.522.714.97 5	\$1.522.714.97 5	94%	6%
Resto de material de encontrado	\$1.099.596.06 4	\$1.981.228.65 6	\$1.099.596.06 4	100%	0%
Adquisición de Barcazas para ejecución de pilas en el río	\$250.000.000	\$ -	\$ -	0%	100%
Adquisición de Bomba estática para hormigonar	\$451.000.	\$ -	\$ -	0%	100%
TOTAL	\$5.000.097.81 0	\$8.206.090.80 9	\$4.204.980.78 5	84,1%	15,9%

2.5. ANEXO DE ANTICIPOS No. 7

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Compra de equipos maquinaria amarilla auxiliar (Dumpers rodillos pequeños)	\$879.280.000	\$ -	\$ -	0%	100%

Suministro de acero para pilotes	\$945.206.000	\$2.937.087.775	\$945.206.000	100%	0%
Suministro de acero para encepados	\$498.992.000	\$1.991.881.775	\$498.992.000	100%	0%
TOTAL	\$2.323.478.000	\$4.928.969.550	\$1.444.198.000	62,2%	37,8%

(...)

2.6. ANEXO DE ANTICIPOS NO. 11

En relación con el Anexo de Anticipos No. 11, en el documento Justificación del mismo anticipo, el Contratista EPC envió una relación de pagos a proveedores, contratistas e impuestos, pretendiendo justificar la suma de \$6.875.820.000 correspondiente al valor desembolsado como Anticipo No. 11.

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Anticipo para las actividades de la Construcción de la Unidad Funcional 4, de acuerdo con la relación de Pagos de Proveedores, Contratistas e Impuestos del Anexo 11.	\$6.875.820.000	\$5.305.385.615	\$5.305.385.615	77%	23%
TOTAL	\$6.875.820.000	\$5.305.385.615	\$5.305.385.615	77,2%	22,8%

De acuerdo con a revisión realizada y según lo establecido en el Anexo del Anticipo No. 11, el Contratista EPC debió haber enviado las facturas de los proveedores, contratistas e impuestos relacionados en el mencionado documento. Sin embargo, el Contratista EPC no envió todas las facturas y/o soportes correspondientes a tales pagos y presentó facturas incluida en la legalización de anteriores anticipos, logrando justificar solamente a la suma de CINCO MIL TRESCIENTOS CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO SEISCIENTOS QUINCE PESOS Mcte (\$5,305,385,615). Por tal motivo, se encuentra pendiente de justificación la suma de MIL QUINIENTOS SETENTA MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS VEINTISEIS PESOS Mcte (\$1,570,434,726). El detalle de las observaciones por cada factura presentada por el contratista EPC, se encuentra en el Anexo adjunto, en la hoja Anticipo 11.

6. ANEXOS DE ANTICIPOS No. 12

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Anticipo para las actividades de Construcción de la Unidad Funcional 4, de acuerdo con la	\$2.119.650.000	\$1.925.801.470	\$1.925.801.470	91%	9%

Relación de Pagos de Proveedores, Contratistas e Impuestos del Anexo 12.					
TOTAL	\$2.119.650.000	\$1.925.801.470	\$1.925.801.470	90,9%	9,15%

En relación con el Anexo de Anticipos No. 12, en el documento Justificación del mismo anticipo, el Contratista EPC con el objetivo de justificar la inversión del valor desembolsado por la suma de \$2.119.650.000 correspondiente al Anticipo No. 12, envió una relación de facturas a proveedores.

No obstante, de acuerdo con la revisión realizada a la justificación del Anticipo No. 12 presentada por el Contratista EPC, se evidenció que el mismo presentó facturas que habían sido incluidas en la justificación del Anticipo 3 a 8. De esta manera, del valor total del anticipo efectivamente desembolsado, el Contratista EPC solamente logró justificar la suma de MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA PESOS Mcte (\$1.925.801.470), y se encuentra pendiente por justificar la suma de CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS Mcte (193.848.530). El detalle de las observaciones por cada factura presentada por el Contratista EPC, se encuentra en el Anexo adjunto, en la hoja Anticipo 12.

7. ANEXOS DE ANTICIPOS No. 13

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Anticipo para las actividades de Construcción de la Unidad Funcional 4, de acuerdo con la Relación de Pagos de Proveedores, Contratistas e Impuestos del Anexo 13.	\$7.650.065.000	\$2.837.049.779	\$2.837.049.779	37%	63%
TOTAL	\$7.650.065.000	\$2.837.049.779	\$2.837.049.779	37,1%	62,9%

En relación con el Anexo de Anticipos No 13, en el documento Justificación del mismo anticipo, el Contratista EPC envió una relación de facturas a proveedores, pretendiendo soportar la suma \$7.650.65.000 correspondiente al Anticipo No. 13.

Sin embargo, de acuerdo con los proveedores relacionados en la justificación del Anticipo No. 13, el Contratista EPC debió haber enviado las facturas de las proveedores relacionadas en dicho documento y justificar la totalidad de la suma desembolsada por concepto de Anticipo No. 13, no obstante, una vez verificada la información allegada por el Contratista EPC, se encontró que únicamente la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES CUARENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS Mcte (\$2.837.049.779) contaba con los soportes que permitieran verificar el correcto uso del anticipo. Sin embargo, CUATRO MIL OCHOCIENTOS TRECE MILLONES QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTIUN PESOS Mcte (\$4.813.015.221), NO CONTABAN CON LOS RESPECTIVOS SOPORTES. EL DETALLE DE LAS OBSERVACIONES POR CADA FACTURA PRESENTADA

POR EL Contratista EPC, se encuentra en el Anexo adjunto, en la hoja Anticipo 13.

8. ANEXOS DE ANTICIPOS No. 14

En relación con el Anexo de Anticipos No. 14, en el documento Justificación del mismo anticipo, con la finalidad de soportar la suma de \$1.212.110.000 correspondiente al Anticipo No. 14, el Contratista EPC envió una relación de facturas a proveedores.

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Anticipo para las actividades de Construcción de la Unidad Funcional 4 y, de acuerdo con la Relación de Pagos de Proveedores, Contratistas e Impuestos del Anexo 14.	\$1.212.110.000	\$979.023.879	\$979.023.879	81%	19%
TOTAL	\$1.212.110.000	\$979.023.879	\$979.023.879	80,8%	19,2%

Ahora bien, de los documentos relacionados por el Contratista EPC, se evidencia que no todos cumplen con los requisitos para justificar la correcta inversión del anticipo, dato que se encontraron facturas que ya se habían incluido en la justificación de otros anticipos y soportes incompletos. Por tanto, únicamente se logró justificar la suma de NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES VEINTITRES MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE ESOS Mcte (\$979.023.879), ENCONTRÁNDOSE PENDIENTE POR JUSTIFICAR doscientos treinta y tres millones ochenta y seis mil ciento veintiún pesos Mcte (\$233.086.121)-. El detalle de las observaciones por cada factura presentada por el Contratista EPC, se encuentra en el Anexo adjunto, en la hoja Anticipo 14.” (Se destaca)

Se anota que ARM no aportó con la demanda los detalles adjuntos a la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019.

Nótese que ARM en las reclamaciones presentadas ante BERKLEY no realizó solicitud de indemnización por la totalidad de los dineros entregados como anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, pues tenía claridad de que al menos un porcentaje de dichos anticipos había sido debidamente justificado.

2.3. Ausencia de no amortización del anticipo

El contrato EPC planteó la posibilidad de conceder anticipos adicionales al CONSORCIO si durante la ejecución del contrato se evidenciaba la necesidad de dichos desembolsos, así:

“Sección 9. Forma de pago

El Contratante pagará el Precio Fijo al Contratista EPC de conformidad con los siguientes parámetros:

9.1. *Anticipo: El contratante ha otorgado un anticipo al Contratista EPC equivalente a dieciocho mil trescientos noventa millones ciento treinta mil ochocientos cincuenta y siete Pesos constantes del 31 de diciembre de 2013 (COP 18.390.130.857). Este valor ha sido desembolsado en las siguientes fechas y montos:*

(...)

De igual manera, si durante la ejecución contractual se requieren posteriores desembolsos de Anticipos para la ejecución de las Intervenciones, éstos sólo se efectuarán previa aprobación del contratante y siempre que se encuentren debidamente justificados por el Contratista EPC. Estos desembolsos se regulan a través de Anexos de Anticipo que se suscriban para el efecto, identificando i) la destinación de los mismos; y, ii) el valor del Anticipo adicional. El (los) de Anticipo(s) formarán parte integral de este Contrato EPC y, por lo tanto, goza(n) de plenos efectos vinculantes.”

Es decir, que para que hubiese un desembolso de anticipo diferente a los \$18.390.130.857 se requería que:

- El anticipo estuviera aprobado por ARM.
- Los gastos para los que se destinaba el anticipo estuvieran debidamente justificados por el CONSORCIO.
- Fuera indicada la destinación de los anticipos.

Lo anterior significa que ARM no aprobaría ningún anticipo que no tuviera una destinación específica, lo que quiere decir que todos los anticipos adicionales aprobados (como es el caso de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14) tenían una destinación específica y se encontraban debidamente soportados al momento de la firma del respectivo Anexo de Anticipo.

Por lo tanto, los anticipos adicionales no eran un anticipo que se entregara con la finalidad de ser invertido en bienes, obras o servicios que no habían sido determinados o adquiridos aún.

En la citada sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 22 de junio de 2001, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, radicación No. 44001-23-31-000-1996-0686-01(13436) se consideró que la amortización mediante actas de avance de obra obedecía a que el anticipo se entrega cuando no se ha prestado el servicio, ejecutado la obra o entregado los bienes:

*“En estas condiciones, si el anticipo se entrega al contratista antes o simultáneamente con la iniciación del contrato, esto es, **cuando aún el contratista no ha prestado el servicio, ejecutado la obra o entregado los bienes y precisamente espera dicha suma para iniciarlo** y la fecha de ese pago marca la pauta para el cómputo del término del contrato, el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese título se hace en calidad de préstamo.*

*Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y **se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato.**”*

En otras palabras, la amortización del anticipo mediante actas de avance de obra procede para aquellos casos en los que al momento del desembolso del anticipo no se han contratado los bienes y servicios propios de la obra.

Teniendo en cuenta que la inversión del anticipo se encontraba determinada desde la suscripción del respectivo anexo, no existía la necesidad de amortización en cada acta, pues dicha amortización se tiene prevista para justificar en qué bienes, servicios u obras el contratista invirtió el dinero proveniente del anticipo.

En este caso, la amortización debía entenderse realizada en el momento mismo en que el CONSORCIO realizaba el pago a cada proveedor por los materiales, equipos, suministros y las facturas relacionadas en los Anexos de anticipo correspondientes.

Es decir, que contrario a lo afirmado por ARM en su demanda, en el presente caso si existió amortización de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 bajo el procedimiento especial previsto en el contrato para los anticipos adicionales.

La amortización de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 no debía realizarse mediante actas mensuales de avance pues esta no era la naturaleza de dichos anticipos.

2.4. Ausencia de no devolución del anticipo

El CONSORCIO no estaba obligado a realizar devolución alguna de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 teniendo en cuenta que dichos dineros fueron utilizados para adquirir los equipos, materiales, suministros y pagar las facturas relacionados en los respectivos Anexos de anticipo.

Se encuentra demostrado que el CONSORCIO adquirió los materiales y suministros y pagó a los proveedores relacionados en los Anexos de anticipo el valor de las facturas correspondientes, lo cual no puede significar otra cosa que el CONSORCIO utilizó en debida forma los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 que le fueron entregados por ARM.

Por lo anterior, no habría lugar a la devolución de dichos valores, ya que se destinaron obras, servicios y bienes a la ejecución del contrato de EPC, los cuales desde luego benefician a ARM.

Reconocer una indemnización en favor de ARM cuando en realidad no ha sufrido ningún daño generaría un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante, pues además de contar con las obras, bienes y servicios pagados con los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 recibiría dinero por los mismos conceptos, sólo que a título de indemnización.

3. Excepción de contrato no cumplido – Incumplimiento de ARM del contrato EPC

BERKLEY invoca la excepción de contrato no cumplido con apoyo en el artículo 1609 del Código Civil, según el cual en 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”*.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el particular en la sentencia de la Sala Civil, de 21 de septiembre de 2000, exp. 6140:

“...la aseguradora puede resultar exonerada de pagar la indemnización si demuestra que las obligaciones por cuyo cumplimiento se comprometió a

*responder fueron satisfechas, o que si bien fueron incumplidas, fue porque primero correspondía al otro contratante acatar las suyas (**excepción de contrato no cumplido**); o, en fin, que la infracción se dio por mediar un motivo legítimo o una causa extraña; en pocas palabras, no puede entenderse que la aseguradora en todo caso responde por el cumplimiento de las obligaciones del tomador, así éste tuviera motivos válidos para desatenderlas.” (Se destaca)*

ARM incumplió sus obligaciones derivadas del contrato de EPC, situación que fue puesta en conocimiento de la hoy demandante por parte del CONSORCIO en diversas oportunidades.

Debe tenerse en cuenta que fue el CONSORCIO quien inició el Tribunal Arbitral Internacional que cursa ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. La demanda arbitral se sustentó en los diversos incumplimientos de ARM de sus obligaciones en el contrato EPC.

En la comunicación No. OHLMG-DT-5375 del 10 de abril de 2019 el CONSORCIO puso de presente que:

“El contratista manifiesta su rechazo frente a esta decisión y su fundamento. En efecto, el Contratista no ha incumplido el Contrato EPC, motivo por el cual la terminación anticipada del mismo es a todas luces injustificada y contraria al derecho colombiano. Así, con esta actuación ha sido el Contratante quien ha incumplido el contrato EPC, generándole ingentes perjuicios al Contratista, los cuales serán reclamados oportunamente en el arbitraje en curso.”

Por lo anterior, es claro que el CONSORCIO no estaba en mora de cumplir sus obligaciones pues ARM incumplió el contrato de EPC, situación que impide que se reconozca una indemnización proveniente de las pólizas expedidas por BERKLEY.

4. Culpa grave del asegurado (ARM) en la materia de la presente litis

El contrato de EPC fue celebrado entre ARM y el CONSORCIO el 9 de noviembre de 2015.

Tanto ARM como el CONSORCIO formaban parte del mismo grupo empresarial. La matriz de ARM y del CONSORCIO (integrado por OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.) era la sociedad OBRASCON HUARTE LAÍN S.A., sociedad constituida en España.

En la demanda arbitral interpuesta por el CONSORCIO contra ARM se pone de presente que:

“1.3 DE LAS SOCIEDADES DEMANDANTE Y DEMANDADA

- 5. A efectos de entender las controversias, presente y futuras, surgidas entre las partes es necesario mencionar que la sociedad Demandante era y es filiar de OHL Construcción y la sociedad Demandada lo era de OHL Concesiones, ambas pertenecientes al Grupo OHL por lo que actuaban bajo una unidad de criterio y decisión dentro de los intereses de la sociedad matriz OHL, S.A.***
- 6. Desde el inicio del Proyecto ha existido una unidad de gestión de manera que el Director General de OHL Concesiones y el Director General de OHL Construcción bien dependían funcional y jerárquicamente del Consejero Delegado de OHL, S.A., bien, en algunos momentos, el Director***

General de OHL Concesiones y el Consejero Delegado fueron la misma persona.

7. *En abril de 2018, el fondo australiano IFM Global Infrastructure Fund adquirió OHL Concesiones S.A.U., (Documento C-1). A partir de ese momento, OHL Concesiones pasó a denominarse Aleática y desde ese momento la Demandante y Demandada dejaron de ser parte del mismo grupo empresarial.*
8. *No obstante lo anterior, y a efectos de este arbitraje y de otras posibles controversias derivadas de las relaciones contractuales existentes entre las Partes, es importante mencionar que el Consejero Delegado de Aleática (antigua OHL Concesiones, SAU) siguió siendo en Consejero Delegado de OHL, S.A. hasta el 28 de junio de 2018.” (Se destaca)*

Conforme a lo anterior, desde enero de 2015 hasta junio de 2018 entre ARM y el CONSORCIO había unidad de gestión respecto a la ejecución del contrato EPC.

Debe tenerse en cuenta que los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 fueron entregados por ARM al CONSORCIO en septiembre de 2016 y agosto de 2017, así que ARM tuvo la unidad de gestión respecto a dichos anticipos por casi dos años.

ARM era plenamente conocedor de las actividades que realizaba el CONSORCIO en ejecución del contrato de EPC, lo que lógicamente incluye el manejo de los anticipos.

El artículo 63 del Código Civil define la culpa grave como:

“ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.” (Se destaca)

Si ARM tenía conocimiento de algún manejo indebido del anticipo debió tomar acciones para corregir la situación y evitar que se causara un daño, pues al pertenecer al mismo grupo y depender funcional y jurídicamente del mismo delegado era posible para la demandante tomar acciones correctivas.

Sin embargo, ARM decidió ser completamente pasivo y permitir la causación del supuesto daño, por lo cual existe culpa grave por su parte.

El artículo 1055 del Código de Comercio contempla los riesgos inasegurables en el contrato de seguro:

*“ARTÍCULO 1055. RIESGOS INASEGURABLES. El dolo, **la culpa grave** y los actos meramente potestativos **del** tomador, **asegurado** o beneficiario **son inasegurables**. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.”*

Ahora bien, el asegurado en las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 es precisamente ARM.

Sobre la imposibilidad de otorgar cobertura a la culpa grave del asegurado en pólizas de cumplimiento se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 16 de mayo de 2019, Consejero Ponente: María Adriana Marín, radicación No. 85001-23-31-000-2007-00159-01(40102):

“Así entonces, como lo explica la doctrina, el seguro de cumplimiento “existe como seguro patrimonial de daños, cuyo interés asegurable es que el acreedor en una relación contractual [el Estado contratante] sea indemnizado en caso de incumplimiento del deudor [particular contratista]”.

Tal identificación de las partes resulta de particular relevancia en el examen del presente caso, dada la necesidad de establecer con claridad que, en el contrato de seguro de cumplimiento de contratos estatales –es decir, en la garantía única-, el riesgo que se cubre es aquel originado en el incumplimiento del contratista tomador, que es el llamado por la ley a constituir la aludida garantía, precisamente para avalar o afianzar sus obligaciones contractuales adquiridas con el Estado.

En esa medida, si, por el contrario, es el Estado quien por su propio incumplimiento da lugar a la concreción de un riesgo patrimonial en su contra, la garantía del contrato respectivo no le puede ser exigible al asegurador, puesto que la lesión patrimonial no se produjo en las condiciones previstas en la póliza, sino que fue provocada por la conducta y el arbitrio del asegurado afectado.

De conformidad con el artículo 1055 del Código de Comercio, “el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables”, y cualquier estipulación en contrario no produce efecto alguno. Esta regla encuentra varias excepciones respecto del tomador en algunas tipologías de seguro, como en el seguro de daños y, dentro de esta categoría, en el seguro de cumplimiento de contratos estatales, en los cuales la garantía procede por la concreción del riesgo provocado por el contratista incumplido, al margen de que este haya obrado o no con culpa -dado que así se desprende de la naturaleza y los fines legales previstos para esa clase de garantía -.

Sin embargo, la regla en mención se mantiene incólume frente al asegurado en el marco de la contratación pública, pues siendo el Estado asegurado un sujeto distinto del tomador, su conducta viciada con dolo o culpa grave o sus actos meramente potestativos, determinantes en la provocación del siniestro, no pueden ser cobijados por el seguro, pues ello cohonestaría un inadmisibles abuso del derecho de la administración y atentaría contra el principio de la buena fe, el cual, como lo establece el artículo 83 de la Constitución Política, debe regir todas las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares”. (Se destaca)

Dicha interpretación también es aplicable a los seguros de cumplimiento expedidos en favor de entidades particulares, como es el caso de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904.

Por lo tanto, al existir culpa grave de ARM en la causación del supuesto daño, no habría lugar al reconocimiento de ninguna indemnización en su favor derivada de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904, por estar expresamente prohibido por la Ley.

5. Incumplimiento de ARM del deber de evitar el daño

Sin perjuicio de los argumentos expuestos en las demás excepciones, a continuación, se analizarán las razones por las cuales ARM incumplió el deber de evitar el daño, el cual le asiste como asegurado de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904.

ARM fue completamente pasivo en la ejecución del contrato EPC pues no requirió al CONSORCIO para que diera cumplimiento integral a sus obligaciones.

El 5 de septiembre de 2016 ARM y el CONSORCIO firmaron el Anexo de anticipo No. 5 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$4.927.640.021.

El 27 de septiembre de 2016 ARM y el CONSORCIO firmaron el Anexo de anticipo No. 6 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$5.000.129.810.

El 28 de noviembre de 2016 ARM y el CONSORCIO firmaron el Anexo de anticipo No. 7 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$2.323.478.000.

El 2 de junio de 2017 ARM y el CONSORCIO firmaron el Anexo de anticipo No. 11 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$6.875.820.000.

El 23 de junio de 2017 ARM y el CONSORCIO firmaron el Anexo de anticipo No. 12 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$2.119.650.000.

El 19 de julio de 2017 ARM y el CONSORCIO firmaron el Anexo de anticipo No. 13 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$7.650.065.000.

El 14 de agosto de 2017 ARM y el CONSORCIO firmaron el Anexo de anticipo No. 14 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$1.212.110.000.

De acuerdo con la prueba documental aportada por la demandante, no fue sino hasta el 4 de octubre de 2018 cuando mediante la comunicación No. 20182000022491 ARM requirió al CONSORCIO respecto a los supuestos incumplimientos de las obligaciones relacionadas con varios anticipos, entre los cuales se encontraban los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, otorgándole un periodo de cura.

Es decir, el primer requerimiento de ARM al CONSORCIO respecto a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 se realizó más de dos años después de la firma del primero de los mencionados anticipos y más de un año después de la firma del último de dichos anticipos.

Únicamente mediante la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019 (dos años y medio después de haber entregado los anticipos Nos. 5, 6, 7 y año y medio después de haber entregado los anticipos Nos. 11, 12, 13 y 14) ARM comunicó al CONSORCIO la existencia de un supuesto incumplimiento material y grave y le otorgó nuevamente un plazo de cura de 30 días.

Así mismo, mediante comunicación No. 20193100009791 del 8 de abril de 2019 ARM decidió dar por terminado el contrato EPC de manera unilateral.

Llama la atención que ARM únicamente comunicó al CONSORCIO del supuesto incumplimiento material y grave y decidió terminar unilateralmente el contrato EPC después de que el CONSORCIO presentara la solicitud de arbitraje ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional el 30 de noviembre de 2018.

La Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 16 de mayo de 2019, Consejero Ponente: María Adriana Marín, radicación No. 85001-23-31-000-2007-00159-01(40102) se pronunció sobre el deber de evitar el daño por parte de aquellos asegurados no tomadores de la póliza:

*“Bajo esta línea, la doctrina expone que, además de las obligaciones pactadas por las partes en el contrato de seguro, **los sujetos de la relación aseguraticia –incluyendo al asegurado no tomador– están llamados a cumplir unas cargas o “deberes de conducta”, establecidos por la ley o en el contrato, o derivados del principio de la buena fe, pero siempre orientados a facilitar o garantizar la obtención de la ventaja que pretenden obtener del seguro. En esa medida, la carga opera a favor de quien debe cumplirla –a diferencia de la obligación, que grava al deudor a favor del acreedor⁷- y su observancia o no, tiene incidencia directa en la concreción del riesgo y en la posibilidad de obtener por su ocurrencia la respectiva indemnización.***

En torno a este punto, explica el tratadista Carlos Jaramillo Jaramillo:

*[L]as partes deben observar, mientras dura el contrato de seguro, diversas conductas, en gran medida orientadas a **preservar, prevalentemente, el estado de cosas preexistente al momento de su celebración y también el equilibrio del contrato** (...), el que se podría ver profundamente alterado y, en veces, dislocado, si ellas no se verifican, por lo demás, en forma oportuna. Por eso en la doctrina (...) se alude a obligaciones –o deberes- precontractuales y contractuales y más concretamente ‘presiniestrales y posiniestrales’ (...). De su cumplimiento dependerá, en buena parte, la satisfacción del interés jurídico que, en tratándose del tomador asegurado, va a contratar y, de paso, a autolimitarse (...).*

[En la obligación,] el deber de prestación es impuesto en beneficio e interés del titular del crédito; el interés tutelado es un interés ajeno. En cambio, en la carga, el comportamiento es impuesto en beneficio del gravado con ella, pues es a él, en forma preponderante, a quien perjudica el incumplimiento de la carga y a quien, lógica y correlativamente, beneficia su cumplimiento y observancia. El gravado [con la carga], por tanto, es libre para decidir si la ejecuta o no, solo que, de no hacerlo, se seguirán para él consecuencias adversas, pues, finalmente, podrá hasta ser privado del beneficio deseado,

⁷ Sobre la diferencia entre obligación y carga, especialmente en el contrato de seguro, acota el tratadista Jaramillo: “[L]a primera de las doctrinas [que distingue los conceptos mencionados], con arreglo a (...) los vocablos obligación (deber de prestación) y carga, ha optado decididamente por su diferenciación, señalando que, mientras en la obligación el deber de conducta es impuesto al sujeto pasivo en interés de otro, es decir, en el sujeto activo, en la carga el deber de conducta se impone para tutelar el interés de quien debe observarla. Es por ello por lo que esta disociación de intereses se refleja en la diversidad de consecuencias legales nacidas al amparo del incumplimiento de una y de otra, toda vez que, al contrario de lo que acaece con las obligaciones, en donde el acreedor puede exigir del deudor el cumplimiento de su deber, en las cargas la conducta del gravado no es legalmente exigible, pues su inobservancia provoca otro resultado que solo a él perjudica: la pérdida –o menoscabo- del derecho pretendido” (JARAMILLO, Carlos Ignacio. Derecho de seguros – estudios y escritos jurídicos, T.3. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis, 2012).

total o parcialmente, efecto que, en el seguro, cada vez más a menudo, equivale a la indemnización o prestación a cargo del asegurador (...).

La noción de carga se encuentra íntimamente ligada a su funcionamiento en el plano operativo e indudablemente al grado de incidencia que su cumplimiento tenga en relación con el efecto jurídico perseguido por el gravado. De esta forma (...), algunos estiman que la carga opera a título de presupuesto para obtener determinada ventaja, mientras que otros la conciben, no como presupuesto de existencia sino como presupuesto del ejercicio de un derecho ya formado, pero, en todo caso, como presupuesto que de manera indefectible debe ser observado, principalmente en interés de quien debe llevar a cabo la conducta o comportamiento⁸.

Las cargas que las partes asumen en el contrato de seguro pueden ser de variada índole, dependiendo de la naturaleza del riesgo y del interés que se cubre con la póliza, y pueden estar previstas en la ley o en el contrato⁹. Todas estas tienen como finalidad fijar y mantener un determinado estado del riesgo, aminorarlo e, inclusive, “impedir su materialización”¹⁰.

Precisamente, una de las cargas que el seguro de cumplimiento le puede imponer al asegurado es la de procurar evitar la ocurrencia del siniestro, lo cual -para la doctrina- no riñe con el derecho general ni con el derecho de seguros, ni puede soslayarse bajo el pretexto de que el contrato de seguro solo existe para dejar indemne a quien ha sufrido un perjuicio por el siniestro asegurado y no para impedir en forma plena y “a todo trance” que el riesgo amparado llegue a concretarse. Por el contrario, el deber de evitación del daño – o del siniestro, en el caso de los seguros-, asociado a la obligación de mitigarlo, ha cobrado cada vez más preponderancia en el derecho contemporáneo. Con fundamento en ello, destaca el profesor Jaramillo:

No en vano, en el marco de la responsabilidad civil o del derecho de daños, cada vez más se alude a la existencia insoslayable de un deber no solo de mitigar los daños, de por sí relevante, sino de evitarlos. Por ello, ahora se aboga por su evitación racional, al amparo del principio solar de la buena fe, acerca del cual, la Corte Constitucional colombiana, subrayando su

⁸ JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Derecho de seguros – estudios y escritos jurídicos*, T.3. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis, 2012. En esta obra, citando a otros doctrinantes, expone el referido autor: “*Francesco Carnelutti indica que ‘cuando el ejercicio de una conducta es configurado como presupuesto para obtener una determinada ventaja’, se está en presencia de una carga, la cual (...) se diferencia de la obligación porque en ella ‘el vínculo es impuesto para tutelar un interés ajeno, mientras que en la carga se protege el interés propio’ (...). Del mismo modo, el profesor Francesco Messineo, manifiesta en su tratado que ‘la carga es la imposición de un comportamiento, el cual equivale a la premisa para conseguir un determinado efecto de carácter útil (caso de auto-responsabilidad)’ (...).*”

“El distinguido profesor Rubén Stiglitz, por su parte, en el concreto ámbito del derecho de seguros, sostiene que ‘(...) las cargas legales son aquellas que, establecidas por la ley de seguros, requieren del asegurado una conducta de realización facultativa, establecida en su propio interés y de cuya inobservancia resulta, en los supuestos en que expresamente ha sido previsto, la pérdida (caducidad) del derecho”.

⁹ Respecto de estas últimas –las cargas impuestas en el contrato-, refiere la doctrina: “*De acuerdo con el estado y el tipo de riesgo (...), el número de cargas impuestas al asegurado por el contrato mismo, será mayor en cantidad como en intensidad, precisamente porque la ejecución de determinadas conductas por el asegurado tiene como finalidad primordial el evitar que las condiciones que sirvieron de base para la celebración del contrato se alteren en forma tal que el equilibrio de la relación aseguradora termine por desaparecer (...)*” (JARAMILLO, Carlos Ignacio, Op. cit.).

¹⁰ HALPERIN, Isaac, *Curso de derecho comercial*. Citado en: JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Derecho de seguros – estudios y escritos jurídicos*, T.3. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, 2012.

significado actual, expresó que debe considerársele '(...) un postulado constitucional'.

Al lado de la buena fe, según el referido autor, el postulado de la solidaridad –también previsto en la Constitución Política- sirve de base para establecer y concluir que, a la luz del derecho actual, no resulta admisible una conducta pasiva, omisiva y mucho menos permisiva del asegurado, de quien se espera que obre con el propósito de evitar la concreción del riesgo, “obviamente en condiciones de racionalidad, dado que el hecho de que pague [o un tercero sufrague en su favor] una prima de seguro, no lo habilita per se para que (...) se desentienda de su materialización, como si fuera necesario para justificar su pago, el advenimiento del referido siniestro”¹¹.

La buena fe y solidaridad, entonces –y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia-, se contraponen a la eventual pasividad del asegurado, la cual no es propia de quien hace parte de una relación negocial, menos aun cuando sobre tal relación “gravita (...) un deber correlativo de colaboración” y un “criterio de reciprocidad referido a la buena fe objetiva”¹².

Es claro entonces que ARM incumplió su deber de evitar el daño. Es más, su propia conducta contribuyó a que se materializara el mismo.

ARM es responsable en la causación del supuesto daño que reclama en el presente proceso, pues su falta de diligencia en la administración del contrato EPC contribuyó a que este se produjera.

Debe recordarse que nadie puede alegar en su favor su propia culpa, por lo que no es procedente reconocer a ARM una indemnización por un supuesto daño del cual también sería responsable.

6. Vulneración del principio indemnizatorio

El artículo 1077 del Código de Comercio establece de forma específica que en caso de siniestro el asegurado deberá demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida para exigir a la aseguradora el pago de la indemnización. De lo contrario, mal podría la aseguradora tener los elementos necesarios para determinar si el riesgo asegurado sí ocurrió.

Por ser un seguro de daños en el cual se aplica el principio indemnizatorio, el siniestro en el seguro de cumplimiento debe producir un detrimento en el patrimonio del acreedor, el cual ha de ser acreditado ante el asegurador.

¹¹ JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Op. cit.* Continúa exponiendo el autor: “Este deber de evitación, íntimamente vinculado con la bona fides, con todo lo que ello implica, va más allá de la floración del siniestro, comoquiera que se anida en la etapa presiniestral y se extiende hasta la siniestral, según el caso, ora con arreglo a la ley, cuando exista en forma expresa, ora con fundamento en la buena fe, principio que en forma sucesánea servirá de apoyadura a las actuaciones y conductas que se espera tengan fluidez y oportuna cabida. En aquella [la etapa presiniestral], se traducirá en su evitación (...), [todo ello] acorde con los genuinos postulados de la lealtad contractual [...que] exigen algo más que la inercia, en veces hasta cómplice y atentatoria de granadas garantías: la buena fe, la solidaridad, la cooperación, la prohibición de abusar de los derechos propios y ajenos, etc”.

El autor también refiere que, de acuerdo con la opinión de otros autores, “la prevención – evitación del daño (...) es misión irrenunciable del derecho civil” y que “el derecho civil no puede conformarse con la mera respuesta reparadora frente al daño y renunciar a su prevención”, puesto que ello equivaldría y/o conduciría, entre otras cosas, a “crear y justificar un derecho a perjudicar”.

¹² Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, sentencia CSJ SC 02 del 2 de agosto de 2001, exp. N° 6146.

Sobre este particular procede citar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 22 de julio de 1989, exp. 5065:

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

*Es que el siniestro en los seguros de daños, tanto más cuando ellos sean de carácter patrimonial (Art. 1.082 del C. de Co.), invariablemente supone la materialización de un **perjuicio de estirpe económico radicado en cabeza del asegurado, sin el cual no puede pretenderse que el riesgo materia del acuerdo de voluntades haya tenido lugar** y, por ende, que se genere responsabilidad contractual del asegurador. No en vano, en ellos campea con vigor el principio indemnizatorio, de tan relevancia en la relación asegurativa.”*
(Se destaca)

ARM recibió obras, bienes y servicios que fueron pagados con los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.

Es decir, las obras, bienes y servicios que se pagaron con el dinero entregado por ARM al CONSORCIO mediante los Anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 en la actualidad hacen parte del patrimonio de ARM y pueden perfectamente ser usados en la ejecución del contrato celebrado entre la ANI y ARM.

Reconocerle a ARM una indemnización derivada del contrato de seguro simplemente porque el CONSORCIO no amortizó el anticipo sería generar un enriquecimiento injustificado en favor de ARM, situación que se encuentra expresamente prohibida por la normatividad que rige el contrato de seguro.

El hecho que el CONSORCIO supuestamente no haya hecho la amortización del anticipo no quiere decir que las obras, bienes y servicios que se pagaron con el dinero de dichos anticipos, no estén en poder de ARM y que no puedan ser utilizadas por la demandante para la ejecución del contrato que celebró con la ANI.

ARM en realidad no ha sufrido un perjuicio económico derivado de la supuesta falta de amortización de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, del que se pueda generar una indemnización en su favor.

Al no haber perjuicio económico, porque ARM recibió las obras, bienes y servicios, no es procedente el pago de ninguna indemnización y mucho menos de una derivada de un contrato de seguro al cual por disposición legal le es aplicable el principio indemnizatorio.

7. Inexigibilidad de la obligación

En el presente caso la obligación que reclama ARM no es exigible teniendo en cuenta que no se ha realizado la liquidación del contrato EPC que permita definir el estado de cuentas entre los contratantes.

Únicamente hasta el momento en que se realice la liquidación bilateral o judicial del contrato EPC se tendrá claridad respecto a las acreencias en favor de cada una de las partes, tal y como lo consideró la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 16 de febrero de 2001, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez, radicación No. 44001-23-31-000-1994-0337-01(12660):

“Liquidar significa hacer el ajuste formal de una cuenta; saldar, pagar enteramente una cuenta”⁽¹³⁾. En materia de los contratos la liquidación y más específicamente en el decreto ley 222 de 1983 es el corte de cuentas que tiene como objeto que las partes contratantes, o en su defecto la Administración, establezcan o establezca, respectivamente, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes a favor o en contra de cada uno. La liquidación del contrato procede, generalmente, después de la terminación del contrato.

La liquidación del contrato es un procedimiento mediante el cual la Administración y el contratista verifican los hechos, pagos, intereses, obra ejecutada, ítems de obra, balances etc atinentes a la ejecución del contrato; mediante ese proceso deciden todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato; es un acto que, por ende, finiquita la relación existente entre las partes del negocio jurídico; la liquidación tiene la naturaleza de un ajuste final de cuentas ⁽¹⁴⁾.

La finalidad de la liquidación del contrato es, como lo ha explicado la jurisprudencia de la Sala ⁽¹⁵⁾ **‘definir quién debe a quien y cuanto’.**

Sentencia Sala de Casación de veinticuatro (24) de julio de dos mil seis (2006), expediente n.º 00191,

‘Para expresarlo de otro modo, de la inejecución del contrato, no es forzoso colegir el indebido manejo y la incorrecta inversión del anticipo, como quiera que dicho incumplimiento pudo obedecer a diversas razones, no necesariamente ligadas causalmente con el citado manejo del anticipo entregado previamente, lo que exige cautela en la apreciación siniestral y, sobre todo, evitar generalizaciones que conspiran contra el caso particular, brújula del escrutinio enderezado a la determinación del siniestro, al que no se puede arribar a partir de consideraciones generales o extensivas de otra situación fáctica’. (Se destaca)

Dicha posición fue reiterada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia del 11 de febrero de 2009, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, radicación No. 25000-23-26-000-1992-08345-01(15757):

“La Sala ha sido unánime en afirmar que la liquidación bilateral del contrato traduce en un verdadero negocio jurídico por medio del cual las partes definen las cuentas del contrato y se obligan a lo estipulado en él documento que la contiene.

Al efecto cabe tener en cuenta que la liquidación significa ‘hacer el ajuste formal de una cuenta; saldar, pagar enteramente una cuenta’¹⁶ y se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes a favor o en contra de cada uno. Es un procedimiento mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales, como también respecto de las vicisitudes presentadas durante su desarrollo; es un acto que, por ende, aclara y define todo lo relativo a la relación contractual que existió entre las partes del negocio jurídico.” (Se destaca)

¹³ Diccionario de la lengua española. Real Academia Española, 1992, pág. 892.

¹⁴ Al efecto puede consultarse sentencia 1743 proferida el día 16 de mayo de 1982.

¹⁵ Sentencia proferida el día 15 de marzo de 1991 dentro del expediente 6053.

¹⁶ Diccionario de la lengua española. Real Academia Española, 1992, pág. 892.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de abril de 2019, Magistrado Ponente: Luis Alonso Rico Puerta, radicación No. 11001-31-03-006-2015-00145-01, también se pronunció sobre la liquidación del contrato como el finiquito de la relación contractual mediante el cual se determina el monto que una parte debe pagar a la otra:

“El finiquito contractual es el resultado de la liquidación del vínculo negocial, que puede ser total o parcial, en tanto implica establecer el monto que una parte debe pagar a la otra, o ha pagado ya, como consecuencia de lo sucedido durante la ejecución del contrato. De ese modo, la liquidación está llamada a concluir el negocio mediante la determinación concreta y clara de los aspectos técnicos, económicos y financieros que quedan pendientes, así como de lo ejecutado y recibido a satisfacción.”

Así las cosas, hasta tanto no se realice la liquidación del contrato EPC suscrito entre ARM y el CONSORCIO no se tendrá certeza de si el CONSORCIO adeuda a ARM algún monto correspondiente a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 y si ARM a su vez adeuda algún monto al CONSORCIO del que puedan ser compensadas las obligaciones del CONSORCIO.

Lo anterior, hace que la obligación de BERKLEY no sea exigible e imposibilita el reconocimiento de una indemnización en virtud de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904.

8. El incumplimiento del contrato no necesariamente significa que haya incorrecta inversión del anticipo

El hecho de que el CONSORCIO supuestamente haya incumplido sus obligaciones derivadas del contrato de EPC no es prueba de que haya una incorrecta inversión del anticipo.

Así lo consideró la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de julio de 2006, Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, expediente No. 00191:

*“Aceptar la tesis que sugiere la censura –por sugestiva que pudiera resultar-, implicaría admitir que frente a la existencia de dos contratos de cumplimiento que amparen, como en este caso, la ejecución de las prestaciones esenciales que afloran del contrato y la correcta inversión del anticipo, respectivamente, demostrado el siniestro del primero de ellos debe entenderse, en forma inexorable, también acreditado el segundo, lo que ciertamente no es de recibo como regla general o absoluta, de suerte que **deberá determinarse en cada caso concreto, por cuanto bien puede existir una correcta inversión de las sumas de dinero entregadas a título de anticipo e, igualmente, un incumplimiento ulterior del contrato, por haberse entregado las obras fuera del plazo acordado, o con diferentes especificaciones, diverso diseño al contratado, etc., lo que implica que el asegurado debe cumplir, respecto de cada uno, con la carga prevista en el art. 1077 del Código de Comercio y, por esa vía, demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, sin que la prueba de uno de ellos, de por sí, pueda hacerse extensiva al otro, o viceversa, en forma indefectible. Para expresarlo de otro modo, **de la inejecución del contrato, no es forzoso colegir el indebido manejo y la incorrecta inversión del anticipo, como quiera que dicho incumplimiento pudo obedecer a diversas razones, no necesariamente ligadas causalmente con el citado manejo del anticipo entregado previamente, lo que exige cautela en la apreciación siniestral y, sobre todo, evitar generalizaciones que conspiran contra el caso particular,*****

brújula del escrutinio enderezado a la determinación del siniestro, al que no se puede arribar a partir de consideraciones generales o extensivas de otra situación fáctica.” (Se destaca)

Por lo tanto, la terminación unilateral del contrato por parte de ARM no es prueba de la supuesta no inversión y no amortización de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 por parte del CONSORCIO.

ARM debía demostrar que en efecto el CONSORCIO no invirtió o no amortizó los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, pero no lo hizo pues únicamente allegó con la demanda diversas comunicaciones que no pueden ser tenidas como prueba pues todas ellas fueron discutidas por el CONSORCIO con sólidos argumentos.

9. No demostración del siniestro ni de su cuantía

Como se mencionó anteriormente, al no haberse liquidado el contrato EPC no existe certeza acerca de las acreencias en favor de cada uno de los contratantes.

ARM no ha logrado demostrar la ocurrencia y la cuantía del siniestro amparado por las pólizas expedidas por BERKLEY, por cuanto no ha demostrado el perjuicio económico real que supuestamente el CONSORCIO le causó en relación con los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.

Por el contrario, se encuentra demostrado que el CONSORCIO con las sumas correspondientes a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 adquirió los equipos, materiales e insumos y pagó las facturas que se relacionaban en los detalles adjuntos a cada Anexo de anticipo.

Por lo tanto, ARM no ha cumplido con su deber de demostrar la ocurrencia y la cuantía del siniestro para que sea procedente una indemnización derivada de las pólizas expedidas por BERKLEY.

10. Improcedencia de intereses moratorios

De conformidad con lo previsto en el artículo 1053 del Código de Comercio, modificado por el artículo 80 de la Ley 45 de 1990, “(...) *La Póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos: (...) 3. Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente Póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda (...)*”

Y de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio, modificado por el parágrafo del artículo 111 de la Ley 510 de 1999, “(...) *El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad (...)*”

Ahora bien, el asegurador no se encuentra en mora mientras el asegurado no cumpla con sus cargas probatorias de demostrar la ocurrencia y la cuantía del siniestro, puesto que, sin ese presupuesto, ciertamente el asegurador no puede entenderse incurso en un retardo culpable y punible en el cumplimiento de su obligación.

En el presente caso ARM no ha probado el siniestro ni su cuantía y en la remota hipótesis de que lo hiciera tal circunstancia se presentaría en el proceso, por lo cual los intereses correrían desde que la sentencia que así lo declare quede ejecutoriada.

11. Improcedencia de acumular intereses moratorios y perjuicios

En las pretensiones la demandante solicita que sobre las sumas pedidas se condene a la demandada a pagar intereses moratorios con base en el artículo 1080 del Código de Comercio. Luego en la pretensión vigésima novena principal, solicita en adición condena en “perjuicios”.

El citado artículo indica que el asegurado en lugar de los intereses puede pedir perjuicios:

“El asegurado o el beneficiario tendrán derecho a demandar, en lugar de los intereses a que se refiere el inciso anterior, la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador”.

En la demanda se piden intereses más perjuicios como pretensiones principales, lo cual constituye una acumulación proscrita por la ley.

En el remoto evento en que se llegara a considerar la procedencia de las pretensiones de ARM, debe tenerse en cuenta que no es posible condenar a BERKLEY al pago de perjuicios y a la misma vez al pago de intereses moratorios.

Además, debe tenerse en cuenta que los perjuicios deben probarse y en el presente caso ARM no los ha demostrado, por lo cual también sería improcedente el reconocimiento de dicha pretensión.

VI. EXCEPCIONES DE MÉRITO RESPECTO A LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTRE PARTICULARES No. 4908

1. Ausencia o sobreestimación del daño

ARM reclama una indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 4908 por valor de \$4.292.695.830, correspondiente al valor del Anexo de anticipo No. 5 que según ARM no fue amortizado ni devuelto por el CONSORCIO.

Sin embargo, ARM en el hecho 53.1. de la demanda confesó que al menos \$2.157.530.989 del valor total entregado al CONSORCIO como anticipo No. 5 se encuentra justificado e invertido en la ejecución del contrato EPC:

“53. En la misma comunicación a que me refiero en el numeral precedente, en lo atinente a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 se le puso de presente al CONSORCIO lo siguiente:

53.1. Anticipo No. 5: La existencia de importe justificado del anticipo por la suma de \$2.157.530.989 y por tanto la falta de información y soporte por la suma de \$2.770.066.708. (...) (Se destaca)

La comunicación a la que se refiere ARM en el hecho 53 de la demanda es la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019, en la cual se encuentra el detalle del anticipo No. 5 así:

“2.3. ANEXOS DE ANTICIPOS No. 5.

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Anticipo restante para propietario adquisición maquinaria y licencia (escollera península) – Anticipo explotaciones mineras	\$1.785.657.676	\$ -	\$ -	0%	100%
Anticipo restante para propietario adquisición maquinaria y licencia (material para hormigones) – Anticipo explotaciones mineras	\$825.000.000	\$ -	\$ -	0%	100%
Anticipo para material ejecución penínsulas – Suministro de Tablestacas	\$1.470.000.000	\$3.340.287.729	\$1.470.000.000	100%	0%
Resto de anticipo pendiente para material – Suministro de tubos y prefabricados de hormigón	\$429.500.000	\$270.090.968	\$270.090.968	63%	37%
Parte de anticipo para material – Suministro de material de enconfrado	\$366.532.021	\$2.347.760.677	\$366.532.021	100%	0%
Anticipo para pequeño material de drenaje – Suministro material dren (geotextil, tubo, dren)	\$50.908.000	\$106.533.227	\$50.908.000	100%	0%
TOTAL	\$4.927.597.697	\$6.604.672.601	\$2.157.530.989	43,8%	56,2%

No obstante, ARM únicamente reconoce un valor justificado de \$2.157.530.989 debe tenerse en cuenta que el CONSORCIO invirtió la totalidad del anticipo No. 5 en la ejecución del contrato EPC como se desprende de la comunicación No. OHLMG-DT-4345 del 14 de noviembre de 2018, en la cual el CONSORCIO demostró que para los anticipos 3 a 8 había invertido una suma superior a la recibida por parte de ARM:

3. Anticipos correspondientes a los Anexos de Anticipos No. 3 a No. 8.

Los anticipos No. 3 a 8 se otorgaron con base en los conceptos establecidos en los Anexos de Anticipos respectivos, de acuerdo con los rubros siguientes:

ANEXOS ANTICIPO	CONCEPTO	FECHA DE PAGO	IMPORTE
Anexo de Anticipos No. 3	Instalaciones y equipos N°2 CTA - 005	11/05/2016	5,000,000,000
Anexo de Anticipos No. 4	Instalaciones y equipos N°2 CTA - 006	06/07/2016	5,000,000,000
Anexo de Anticipos No. 5	Instalaciones y equipos N°2 CTA - 007	08/09/2016	4,927,640,021
Anexo de Anticipos No. 6	Instalaciones y equipos N°2 CTA - 008	05/10/2016	5,000,129,810
Anexo de Anticipos No. 7	Instalaciones y equipos N°2 CTA - 009	01/12/2016	2,323,478,000
Anexo de Anticipos No. 8	Instalaciones y equipos N°2 CTA - 010	25/01/2017	5,880,000,000
TOTAL			28,131,247,831

Para estos anticipos el Contratista preparo una tabla de Excel que resumía los conceptos previsto de Inversión de cada anticipo, los cuales se presentan en el Anexo 3.2.1. de la presente comunicación.

(...)

En el Anexo 3 se presenta el Informe de inversión y buen manejo de estos anticipos, los cuales soportan que los anticipos se invirtieron en los conceptos que se indicaron al Concesionario en los respectivos Anexos Técnicos suscritos, salvo las inversiones correspondientes al concepto 3. Explotaciones mineras y 5. Tablestacas, camisas y tubos sónicos y encofrados, debido a que materialmente era imposible invertir dichos recursos en estas actividades, según lo indicado en el Informe del Anexo 3.

De acuerdo con lo anterior, la inversión de los anticipos se encuentra soportada según lo siguiente:

DESTINACIÓN PREVISTA DE ANTICIPOS			SOPORTES DE INVERSIONES DE ANTICIPO (FACTURAS PAGADAS)		
#	CONCEPTO	IMPORTE	#	CONCEPTO	VALOR TOTAL FACTURA
1	Campamentos y oficinas	\$2,798,000,000	1	Campamentos y oficinas	\$2,951,733,368
2	Equipos topográfico, informáticos y de software y comunicaciones	\$886.807,658	2	Equipos topográfico, informáticos y de software y comunicaciones	\$1,243,741,163
3	Explotaciones mineras (Ver NOTA 1)	\$3,395,000,000	3	Estudios y diseños CONSORCIO ED	\$5,111,424,000
4	Aceros, cercado, pilotaje y prefabricados de hormigón	\$6,196,903,688	4	Aceros, cercado, pilotaje y prefabricados de hormigón	\$8,842,591,124
5	Tablestacas, camisas y tubos sónicos y encofrados (Ver NOTA 1)	\$12,100,700,085	5	Tablestacas, camisas, tubos sónicos y encofrados y Otras inversiones asociadas a las penínsulas artificiales	\$17,888,641,357
6	Equipos y Maquinaria	\$2,753,836,400	6	Equipos y Maquinaria	\$3,432,170,566
	TOTAL	\$28,131,247,831		TOTAL	\$39,470,301,578

Las facturas que soportan la destinación de dichos anticipos, se resumen en el Anexo 3.2.6 Destinación de anticipos No. 3 a 8 (Listado de facturas). Estas facturas junto con sus respectivos soportes de pago fueron escaneados (250 facturas) y se encuentran organizados en medio magnético en el Anexo 3.6.

Por lo tanto, en el presente caso el daño es inexistente o se encuentra sobreestimado.

VII. EXCEPCIONES DE MÉRITO RESPECTO A LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTRE PARTICULARES No. 5350

1. Ausencia o sobreestimación del daño

ARM reclama una indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 5350 por valor de \$4.381.273.913, correspondiente al valor del Anexo de anticipo No. 6 que según ARM no fue amortizado ni devuelto por el CONSORCIO.

Sin embargo, ARM en el hecho 53.2. de la demanda confesó que al menos \$4.204.980.785 del valor total entregado al CONSORCIO como anticipo No. 6 se encuentra justificado e invertido en la ejecución del contrato EPC:

“53. En la misma comunicación a que me refiero en el numeral precedente, en lo atinente a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 se le puso de presente al CONSORCIO lo siguiente:

(...)

53.2. Anticipo No. 6: La existencia de importe justificado del anticipo por la suma de \$4.204.980.785 y por tanto la falta de información y soporte por la suma de \$795.117.025. (...) (Se destaca)

La comunicación a la que se refiere ARM en el hecho 53 de la demanda es la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019, en la cual se encuentra el detalle del anticipo No. 6 así:

“2.4. ANEXO DE ANTICIPOS No. 6

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Equipos de comunicaciones	\$152.607.658	\$326.930.565	\$152.607.658	100%	0%
Adquisición de Báscula par peso de camiones	\$98.356.400	\$106.423.150	\$98.356.400	6%	94%
Resto de suministro e camisas y tubos sónicos	\$1.616.832.000	\$1.522.714.975	\$1.522.714.975	94%	6%
Resto de material de encofrado	\$1.099.596.064	\$1.981.228.656	\$1.099.596.064	100%	0%
Adquisición de Barcazas para ejecución de pilas en el río	\$250.000.000	\$ -	\$ -	0%	100%
Adquisición de Bomba estática para hormigonar	\$451.000.	\$ -	\$ -	0%	100%
TOTAL	\$5.000.097.810	\$8.206.090.809	\$4.204.980.785	84,1%	15,9%

No obstante, ARM únicamente reconoce un valor justificado de \$4.204.980.785 debe tenerse en cuenta que el CONSORCIO invirtió la totalidad del anticipo No. 6 en la ejecución del contrato EPC como se desprende de la comunicación No. OHLMG-DT-4345 del 14 de noviembre de 2018, en la cual el CONSORCIO demostró que para los anticipos 3 a 8 había invertido una suma superior a la recibida por parte de ARM:

3. Anticipos correspondientes a los Anexos de Anticipos No. 3 a No. 8.

Los anticipos No. 3 a 8 se otorgaron con base en los conceptos establecidos en los Anexos de Anticipos respectivos, de acuerdo con los rubros siguientes:

ANEXOS ANTICIPO	CONCEPTO	FECHA DE PAGO	IMPORTE
Anexo de Anticipos No. 3	Instalaciones y equipos N°2 CTA - 005	11/05/2016	5,000,000,000
Anexo de Anticipos No. 4	Instalaciones y equipos N°2 CTA – 006	06/07/2016	5,000,000,000
Anexo de Anticipos No. 5	Instalaciones y equipos N°2 CTA – 007	08/09/2016	4,927,640,021
Anexo de Anticipos No. 6	Instalaciones y equipos N°2 CTA – 008	05/10/2016	5,000,129,810
Anexo de Anticipos No. 7	Instalaciones y equipos N°2 CTA – 009	01/12/2016	2,323,478,000
Anexo de Anticipos No. 8	Instalaciones y equipos N°2 CTA – 010	25/01/2017	5,880,000,000
TOTAL			28,131,247,831

Para estos anticipos el Contratista preparo una tabla de Excel que resumía los conceptos previsto de Inversión de cada anticipo, los cuales se presentan en el Anexo 3.2.1. de la presente comunicación.

(...)

En el Anexo 3 se presenta el Informe de inversión y buen manejo de estos anticipos, los cuales soportan que los anticipos se invirtieron en los conceptos que se indicaron al Concesionario en los respectivos Anexos Técnicos suscritos, salvo las inversiones correspondientes al concepto 3. Explotaciones mineras y 5. Tablaestacas, camisas y tubos sónicos y encofrados, debido a que materialmente era imposible invertir dichos recursos en estas actividades, según lo indicado en el Informe del Anexo 3.

De acuerdo con lo anterior, la inversión de los anticipos se encuentra soportada según lo siguiente:

DESTINACIÓN PREVISTA DE ANTICIPOS			SOPORTES DE INVERSIONES DE ANTICIPO (FACTURAS PAGADAS)		
#	CONCEPTO	IMPORTE	#	CONCEPTO	VALOR TOTAL FACTURA
1	Campamentos y oficinas	\$2,798,000,000	1	Campamentos y oficinas	\$2,951,733,368
2	Equipos topográfico, informáticos y de software y comunicaciones	\$886.807,658	2	Equipos topográfico, informáticos y de software y comunicaciones	\$1,243,741,163
3	Explotaciones mineras (Ver NOTA 1)	\$3,395,000,000	3	Estudios y diseños CONSORCIO ED	\$5,111,424,000
4	Aceros, cercado, pilotaje y prefabricados de hormigón	\$6,196,903,688	4	Aceros, cercado, pilotaje y prefabricados de hormigón	\$8,842,591,124
5	Tablestacas, camisas y tubos sónicos y encofrados (Ver NOTA 1)	\$12,100,700,085	5	Tablestacas, camisas, tubos sónicos y encofrados y Otras inversiones asociadas a las penínsulas artificiales	\$17,888,641,357
6	Equipos y Maquinaria	\$2,753,836,400	6	Equipos y Maquinaria	\$3,432,170,566
	TOTAL	\$28,131,247,831		TOTAL	\$39,470,301,578

Las facturas que soportan la destinación de dichos anticipos, se resumen en el Anexo 3.2.6 Destinación de anticipos No. 3 a 8 (Listado de facturas). Estas facturas junto con sus respectivos soportes de pago fueron escaneados (250 facturas) y se encuentran organizados en medio magnético en el Anexo 3.6.

Por lo tanto, en el presente caso el daño es inexistente o se encuentra sobreestimado.

VIII. EXCEPCIONES DE MÉRITO RESPECTO A LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTRE PARTICULARES No. 6851

1. Ausencia o sobreestimación del daño

ARM reclama una indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 6851 por valor de \$2.045.310.806, correspondiente al valor del Anexo de anticipo No. 7 que según ARM no fue amortizado ni devuelto por el CONSORCIO.

Sin embargo, ARM en el hecho 53.3. de la demanda confesó que al menos \$1.444.198.000 del valor total entregado al CONSORCIO como anticipo No. 7 se encuentra justificado e invertido en la ejecución del contrato EPC:

“53. En la misma comunicación a que me refiero en el numeral precedente, en lo atinente a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 se le puso de presente al CONSORCIO lo siguiente:

(...)

53.3. Anticipo No. 7: La existencia de importe justificado del anticipo por la suma de \$1.444.198.000 y por tanto la falta de información y soporte por la suma de \$879.280.000. (...) (Se destaca)

La comunicación a la que se refiere ARM en el hecho 53 de la demanda es la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019, en la cual se encuentra el detalle del anticipo No. 7 así:

“2.5. ANEXO DE ANTICIPOS No. 7

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Compra de equipos maquinaria amarilla auxiliar (Dumpers rodillos pequeños)	\$879.280.000	\$ -	\$ -	0%	100%
Suministro de acero para pilotes	\$945.206.000	\$2.937.087.775	\$945.206.000	100%	0%
Suministro de acero para encepados	\$498.992.000	\$1.991.881.775	\$498.992.000	100%	0%
TOTAL	\$2.323.478.000	\$4.928.969.550	\$1.444.198.000	62,2%	37,8%

No obstante, ARM únicamente reconoce un valor justificado de \$1.444.198.000 debe tenerse en cuenta que el CONSORCIO invirtió la totalidad del anticipo No. 7 en la ejecución del contrato EPC como se desprende de la comunicación No. OHLMG-DT-4345 del 14 de noviembre de 2018, en la cual el CONSORCIO demostró que para los anticipos 3 a 8 había invertido una suma superior a la recibida por parte de ARM:

3. Anticipos correspondientes a los Anexos de Anticipos No. 3 a No. 8.

Los anticipos No. 3 a 8 se otorgaron con base en los conceptos establecidos en los Anexos de Anticipos respectivos, de acuerdo con los rubros siguientes:

ANEXOS ANTICIPO	CONCEPTO	FECHA DE PAGO	IMPORTE
Anexo de Anticipos No. 3	Instalaciones y equipos N°2 CTA - 005	11/05/2016	5,000,000,000
Anexo de Anticipos No. 4	Instalaciones y equipos N°2 CTA - 006	06/07/2016	5,000,000,000
Anexo de Anticipos No. 5	Instalaciones y equipos N°2 CTA - 007	08/09/2016	4,927,640,021
Anexo de Anticipos No. 6	Instalaciones y equipos N°2 CTA - 008	05/10/2016	5,000,129,810
Anexo de Anticipos No. 7	Instalaciones y equipos N°2 CTA - 009	01/12/2016	2,323,478,000
Anexo de Anticipos No. 8	Instalaciones y equipos N°2 CTA - 010	25/01/2017	5,880,000,000
TOTAL			28,131,247,831

Para estos anticipos el Contratista preparo una tabla de Excel que resumía los conceptos previsto de Inversión de cada anticipo, los cuales se presentan en el Anexo 3.2.1. de la presente comunicación.

(...)

En el Anexo 3 se presenta el Informe de inversión y buen manejo de estos anticipos, los cuales soportan que los anticipos se invirtieron en los conceptos que se indicaron al Concesionario en los respectivos Anexos Técnicos suscritos, salvo las inversiones correspondientes al concepto 3. Explotaciones mineras y 5. Tablaestacas, camisas y tubos sónicos y encofrados, debido a que materialmente era imposible invertir dichos recursos en estas actividades, según lo indicado en el Informe del Anexo 3.

De acuerdo con lo anterior, la inversión de los anticipos se encuentra soportada según lo siguiente:

DESTINACIÓN PREVISTA DE ANTICIPOS			SOPORTES DE INVERSIONES DE ANTICIPO (FACTURAS PAGADAS)		
#	CONCEPTO	IMPORTE	#	CONCEPTO	VALOR TOTAL FACTURA
1	Campamentos y oficinas	\$2,798,000,000	1	Campamentos y oficinas	\$2,951,733,368
2	Equipos topográfico, informáticos y de software y comunicaciones	\$886.807,658	2	Equipos topográfico, informáticos y de software y comunicaciones	\$1,243,741,163
3	Explotaciones mineras (Ver NOTA 1)	\$3,395,000,000	3	Estudios y diseños CONSORCIO ED	\$5,111,424,000
4	Aceros, cercado, pilotaje y prefabricados de hormigón	\$6,196,903,688	4	Aceros, cercado, pilotaje y prefabricados de hormigón	\$8,842,591,124
5	Tablestacas, camisas y tubos sónicos y encofrados (Ver NOTA 1)	\$12,100,700,085	5	Tablestacas, camisas, tubos sónicos y encofrados y Otras inversiones asociadas a las penínsulas artificiales	\$17,888,641,357
6	Equipos y Maquinaria	\$2,753,836,400	6	Equipos y Maquinaria	\$3,432,170,566
	TOTAL	\$28,131,247,831		TOTAL	\$39,470,301,578

Las facturas que soportan la destinación de dichos anticipos, se resumen en el Anexo 3.2.6 Destinación de anticipos No. 3 a 8 (Listado de facturas). Estas facturas junto con sus respectivos soportes de pago fueron escaneados (250 facturas) y se encuentran organizados en medio magnético en el Anexo 3.6.

Por lo tanto, en el presente caso el daño es inexistente o se encuentra sobreestimado.

IX. EXCEPCIONES DE MÉRITO RESPECTO A LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTRE PARTICULARES No. 11590

1. Ausencia o sobreestimación del daño

ARM reclama una indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11590 por valor de \$6.192.589.377, correspondiente al valor del Anexo de anticipo No. 11 que según ARM no fue amortizado ni devuelto por el CONSORCIO.

Sin embargo, ARM en el hecho 53.4. de la demanda confesó que al menos \$5.305.385.615 del valor total entregado al CONSORCIO como anticipo No. 11 se encuentra justificado e invertido en la ejecución del contrato EPC:

“53. En la misma comunicación a que me refiero en el numeral precedente, en lo atinente a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 se le puso de presente al CONSORCIO lo siguiente:

(...)

53.4. Anticipo No. 11: La existencia de importe justificado del anticipo por la suma de \$5.305.385.615 y por tanto la falta de información y soporte por la suma de \$1.570.434.726. (...) (Se destaca)

La comunicación a la que se refiere ARM en el hecho 53 de la demanda es la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019, en la cual se encuentra el detalle del anticipo No. 11 así:

“2.6. ANEXO DE ANTICIPOS NO. 11

En relación con el Anexo de Anticipos No. 11, en el documento Justificación del mismo anticipo, el Contratista EPC envió una relación de pagos a proveedores, contratistas e impuestos, pretendiendo justificar la suma de \$6.875.820.000 correspondiente al valor desembolsado como Anticipo No. 11.

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Anticipo para las actividades de la Construcción de la Unidad Funcional 4, de acuerdo con la relación de Pagos de Proveedores, Contratistas e Impuestos del Anexo 11.	\$6.875.820.000	\$5.305.385.615	\$5.305.385.615	77%	23%
TOTAL	\$6.875.820.000	\$5.305.385.615	\$5.305.385.615	77,2%	22,8%

De acuerdo con a revisión realizada y según lo establecido en el Anexo del Anticipo No. 11, el Contratista EPC debió haber enviado las facturas de los proveedores, contratistas e impuestos relacionados en el mencionado documento. Sin embargo, el Contratista EPC no envió todas las facturas y/o soportes correspondientes a tales pagos y presentó facturas incluida en la legalización de anteriores anticipos, logrando justificar solamente a la suma de

CINCO MIL TRESCIENTOS CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO SEISCIENTOS QUINCE PESOS Mcte (\$5,305,385,615). Por tal motivo, se encuentra pendiente de justificación la suma de MIL QUINIENTOS SETENTA MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS VEINTISEIS PESOS Mcte (\$1,570,434,726). El detalle de las observaciones por cada factura presentada por el contratista EPC, se encuentra en el Anexo adjunto, en la hoja Anticipo 11. (...)"

No obstante, ARM únicamente reconoce un valor justificado de \$5.305.385.615 debe tenerse en cuenta que el CONSORCIO invirtió la totalidad del anticipo No. 11 en la ejecución del contrato EPC como se desprende de la comunicación No. OHLMG-DT-4345 del 14 de noviembre de 2018, en la cual el CONSORCIO demostró que para el anticipo No. 11 había invertido la totalidad del dinero entregado por ARM:

"4. Anticipos correspondientes a los Anexos de Anticipos No. 9 a No. 21.

Los anticipos No. 9 a 21 (pagados entre el 25 de abril de 2017 y el 12 de febrero de 2018) se otorgaron con base en el listado de facturas que se presentó para cada anticipo mediante la comunicación respectiva, listado de facturas que igualmente hace parte de los Anexos de anticipos correspondientes. En resumen, estos anticipos corresponden a los siguientes:

ANEXOS ANTICIPO No.	OFICIO DE RADICACIÓN	IMPORTE (pesos 2013) (sin descuentos aplicados)	IMPORTES (PESOS CORRIENTES)		
			IMPORTE	DESCUENTOS APLICADOS	IMPORTE PAGADO
9	OHLMG-DT-1125 OHLMG-DT-1153	\$3,333,723,311	\$4,000,000,000		\$4,000,000,000
10	OHLMG-DT-1154	\$5,806,841,339	\$7,000,000,000		\$7,000,000,000
11	OHLMG-DT-1352	\$5,703,827,974	\$6,875,820,000		\$6,875,820,000
12	OHLMG-DT-1458	\$1,754,394,793	\$2,119,650,000		\$2,119,650,000
13	OHLMG-DT-1534	\$6,324,468,040	\$7,650,065,000		\$7,650,065,000
14	OHLMG-DT-1641	\$1,002,585,615	\$1,212,110,000		\$1,212,110,000
15	OHLMG-DT-1848 OHLMG-DT-1856	\$4,588,356,215	\$5,554,898,000		\$5,554,898,000
16	OHLMG-DT-1968	\$4,793,060,436	\$5,805,246,475		\$5,805,246,475
17	OHLMG-DT-2080	\$2,488,300,542	\$3,014,210,000		\$3,014,210,000
18	OHLMG-DT-2120	\$6,015,427,993	\$7,300,000,000		\$7,300,000,000
19	OHLMG-DT-2168	\$8,030,964,811	\$9,745,947,119		\$9,745,947,119
20	OHLMG-DT-2214	\$5,344,666,570	\$6,486,000,000	\$(2,426,344,919)	\$4,059,655,081
21	OHLMG-DT-2357	\$6,803,558,546	\$8,340,000,000		\$8,340,000,000
TOTAL		\$61,990,176,185	\$75,103,946,594	\$(2,426,344,919)	\$72,677,601,675

En el Anexo 3 se presenta el Informe de inversión y buen manejo de estos anticipos, del cual se concluye que los anticipos se invirtieron en los conceptos que se indicaron al Concesionario, de acuerdo con lo siguiente:

DESTINACIÓN PREVISTA DE ANTICIPOS	
ANEXOS DE ANTICIPO	IMPORTE (sin descuentos)
Anexo De Anticipos No. 9	\$4,000,000,000
Anexo De Anticipos No. 10	\$7,000,000,000
Anexo De Anticipos No. 11	\$6,875,820,000
Anexo De Anticipos No. 12	\$2,119,650,000
Anexo De Anticipos No. 13	\$7,650,065,000
Anexo De Anticipos No. 14	\$1,212,110,000

SOPORTES DE INVERSIONES DE ANTICIPO (FACTURAS PAGADAS)	
CANTIDAD DE FACTURAS SOPORTE	VALOR TOTAL SOPORTADO
111	\$4,000,000,000
42	\$7,000,000,000
38	\$6,875,820,341
22	\$2,119,650,000
76	\$7,650,065,000
19	\$1,212,110,000

(...)" (Se destaca)

Por lo tanto, en el presente caso el daño es inexistente o se encuentra sobreestimado.

X. EXCEPCIONES DE MÉRITO RESPECTO A LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTRE PARTICULARES No. 11589

1. Ausencia o sobreestimación del daño

ARM reclama una indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11589 por valor de \$1.915.011.969, correspondiente al valor del Anexo de anticipo No. 12 que según ARM no fue amortizado ni devuelto por el CONSORCIO.

Sin embargo, ARM en el hecho 53.5. de la demanda confesó que al menos \$1.925.801.470 del valor total entregado al CONSORCIO como anticipo No. 12 se encuentra justificado e invertido en la ejecución del contrato EPC:

“53. En la misma comunicación a que me refiero en el numeral precedente, en lo atinente a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 se le puso de presente al CONSORCIO lo siguiente:

(...)

53.5. Anticipo No. 12: La existencia de importe justificado del anticipo por la suma de \$1.925.801.470 y por tanto la falta de información y soporte por la suma de \$193.848.530. (...) (Se destaca)

La comunicación a la que se refiere ARM en el hecho 53 de la demanda es la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019, en la cual se encuentra el detalle del anticipo No. 5 así:

“6. ANEXOS DE ANTICIPOS No. 12

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Anticipo para las actividades de Construcción de la Unidad Funcional 4, de acuerdo con la Relación de Pagos de Proveedores, Contratistas e Impuestos del Anexo 12.	\$2.119.650.000	\$1.925.801.470	\$1.925.801.470	91%	9%
TOTAL	\$2.119.650.000	\$1.925.801.470	\$1.925.801.470	90,9%	9,15%

En relación con el Anexo de Anticipos No. 12, en el documento Justificación del mismo anticipo, el Contratista EPC con el objetivo de justificar la inversión del valor desembolsado por la suma de \$2.119.650.000 correspondiente al Anticipo No. 12, envió una relación de facturas a proveedores.

No obstante, de acuerdo con la revisión realizada a la justificación del Anticipo No. 12 presentada por el Contratista EPC, se evidenció que el mismo presentó facturas que habían sido incluidas en la justificación del Anticipo 3 a 8. De esta manera, del valor total del anticipo efectivamente desembolsado, el Contratista EPC solamente logró justificar la suma de MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO

MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA PESOS Mcte (\$1.925.801.470), y se encuentra pendiente por justificar la suma de CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS Mcte (193.848.530). El detalle de las observaciones por cada factura presentada por el Contratista EPC, se encuentra en el Anexo adjunto, en la hoja Anticipo 12. (...)"

No obstante, ARM únicamente reconoce un valor justificado de \$1.925.801.470 debe tenerse en cuenta que el CONSORCIO invirtió la totalidad del anticipo No. 12 en la ejecución del contrato EPC como se desprende de la comunicación No. OHLMG-DT-4345 del 14 de noviembre de 2018, en la cual el CONSORCIO demostró que para el anticipo No. 12 había invertido la totalidad del dinero entregado por ARM:

"4. Anticipos correspondientes a los Anexos de Anticipos No. 9 a No. 21.

Los anticipos No. 9 a 21 (pagados entre el 25 de abril de 2017 y el 12 de febrero de 2018) se otorgaron con base en el listado de facturas que se presentó para cada anticipo mediante la comunicación respectiva, listado de facturas que igualmente hace parte de los Anexos de anticipos correspondientes. En resumen, estos anticipos corresponden a los siguientes:

ANEXOS ANTICIPO No.	OFICIO DE RADICACIÓN	IMPORTE (pesos 2013) (sin descuentos aplicados)	IMPORTES (PESOS CORRIENTES)		
			IMPORTE	DESCUENTOS APLICADOS	IMPORTE PAGADO
9	OHLMG-DT-1125 OHLMG-DT-1153	\$3,333,723,311	\$4,000,000,000		\$4,000,000,000
10	OHLMG-DT-1154	\$5,806,841,339	\$7,000,000,000		\$7,000,000,000
11	OHLMG-DT-1352	\$5,703,827,974	\$6,875,820,000		\$6,875,820,000
12	OHLMG-DT-1458	\$1,754,394,793	\$2,119,650,000		\$2,119,650,000
13	OHLMG-DT-1534	\$6,324,468,040	\$7,650,065,000		\$7,650,065,000
14	OHLMG-DT-1641	\$1,002,585,615	\$1,212,110,000		\$1,212,110,000
15	OHLMG-DT-1848 OHLMG-DT-1856	\$4,588,356,215	\$5,554,898,000		\$5,554,898,000
16	OHLMG-DT-1968	\$4,793,060,436	\$5,805,246,475		\$5,805,246,475
17	OHLMG-DT-2080	\$2,488,300,542	\$3,014,210,000		\$3,014,210,000
18	OHLMG-DT-2120	\$6,015,427,993	\$7,300,000,000		\$7,300,000,000
19	OHLMG-DT-2168	\$8,030,964,811	\$9,745,947,119		\$9,745,947,119
20	OHLMG-DT-2214	\$5,344,666,570	\$6,486,000,000	\$(2,426,344,919)	\$4,059,655,081
21	OHLMG-DT-2357	\$6,803,558,546	\$8,340,000,000		\$8,340,000,000
TOTAL		\$61,990,176,185	\$75,103,946,594	\$(2,426,344,919)	\$72,677,601,675

En el Anexo 3 se presenta el Informe de inversión y buen manejo de estos anticipos, del cual se concluye que los anticipos se invirtieron en los conceptos que se indicaron al Concesionario, de acuerdo con lo siguiente:

DESTINACIÓN PREVISTA DE ANTICIPOS	
ANEXOS DE ANTICIPO	IMPORTE (sin descuentos)
Anexo De Anticipos No. 9	\$4,000,000,000
Anexo De Anticipos No. 10	\$7,000,000,000
Anexo De Anticipos No. 11	\$6,875,820,000
Anexo De Anticipos No. 12	\$2,119,650,000
Anexo De Anticipos No. 13	\$7,650,065,000
Anexo De Anticipos No. 14	\$1,212,110,000

SOPORTES DE INVERSIONES DE ANTICIPO (FACTURAS PAGADAS)	
CANTIDAD DE FACTURAS SOPORTE	VALOR TOTAL SOPORTADO
111	\$4,000,000,000
42	\$7,000,000,000
38	\$6,875,820,341
22	\$2,119,650,000
76	\$7,650,065,000
19	\$1,212,110,000

(...)" (Se destaca)

Por lo tanto, en el presente caso el daño es inexistente o se encuentra sobreestimado.

XI. EXCEPCIONES DE MÉRITO RESPECTO A LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTRE PARTICULARES No. 11591

1. Ausencia o sobreestimación del daño

ARM reclama una indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11591 por valor de \$6.940.811.580, correspondiente al valor del Anexo de anticipo No. 13 que según ARM no fue amortizado ni devuelto por el CONSORCIO.

Sin embargo, ARM en el hecho 53.6. de la demanda confesó que al menos \$2.837.049.779 del valor total entregado al CONSORCIO como anticipo No. 13 se encuentra justificado e invertido en la ejecución del contrato EPC:

“53. En la misma comunicación a que me refiero en el numeral precedente, en lo atinente a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 se le puso de presente al CONSORCIO lo siguiente:

(...)

53.6. Anticipo No. 13: La existencia de importe justificado del anticipo por la suma de \$2.837.049.779 y por tanto la falta de información y soporte por la suma de \$4.813.015.221. (...) (Se destaca)

La comunicación a la que se refiere ARM en el hecho 53 de la demanda es la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019, en la cual se encuentra el detalle del anticipo No. 13 así:

“7. ANEXOS DE ANTICIPOS No. 13

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Anticipo para las actividades de Construcción de la Unidad Funcional 4, de acuerdo con la Relación de Pagos de Proveedores, Contratistas e Impuestos del Anexo 13.	\$7.650.065.000	\$2.837.049.779	\$2.837.049.779	37%	63%
TOTAL	\$7.650.065.000	\$2.837.049.779	\$2.837.049.779	37,1%	62,9%

En relación con el Anexo de Anticipos No 13, en el documento Justificación del mismo anticipo, el Contratista EPC envió una relación de facturas a proveedores, pretendiendo soportar la suma \$7.650.65.000 correspondiente al Anticipo No. 13.

Sin embargo, de acuerdo con los proveedores relacionados en la justificación del Anticipo No. 13, el Contratista EPC debió haber enviado las facturas de las proveedores relacionadas en dicho documento y justificar la totalidad de la suma desembolsada por concepto de Anticipo No. 13, no obstante, una vez verificada la información allegada por el Contratista EPC, se encontró que únicamente la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES CUARENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS Mcte

(\$2.837.049.779) contaba con los soportes que permitieran verificar el correcto uso del anticipo. Sin embargo, CUATRO MIL OCHOCIENTOS TRECE MILLONES QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTIUN PESOS Mcte (\$4.813.015.221), NO CONTABAN CON LOS RESPECTIVOS SOPORTES. El DETALLE DE LAS OBSERVACIONES POR CADA FACTURA PRESENTADA POR EL Contratista EPC, se encuentra en el Anexo adjunto, en la hoja Anticipo 13. (...)"

No obstante, ARM únicamente reconoce un valor justificado de \$2.837.049.779 debe tenerse en cuenta que el CONSORCIO invirtió la totalidad del anticipo No. 13 en la ejecución del contrato EPC como se desprende de la comunicación No. OHLMG-DT-4345 del 14 de noviembre de 2018, en la cual el CONSORCIO demostró que para el anticipo No. 12 había invertido la totalidad del dinero entregado por ARM:

"4. Anticipos correspondientes a los Anexos de Anticipos No. 9 a No. 21.

Los anticipos No. 9 a 21 (pagados entre el 25 de abril de 2017 y el 12 de febrero de 2018) se otorgaron con base en el listado de facturas que se presentó para cada anticipo mediante la comunicación respectiva, listado de facturas que igualmente hace parte de los Anexos de anticipos correspondientes. En resumen, estos anticipos corresponden a los siguientes:

ANEXOS ANTICIPO No.	OFICIO DE RADICACIÓN	IMPORTE (pesos 2013) (sin descuentos aplicados)	IMPORTES (PESOS CORRIENTES)		
			IMPORTE	DESCUENTOS APLICADOS	IMPORTE PAGADO
9	OHLMG-DT-1125 OHLMG-DT-1153	\$3,333,723,311	\$4,000,000,000		\$4,000,000,000
10	OHLMG-DT-1154	\$5,806,841,339	\$7,000,000,000		\$7,000,000,000
11	OHLMG-DT-1352	\$5,703,827,974	\$6,875,820,000		\$6,875,820,000
12	OHLMG-DT-1458	\$1,754,394,793	\$2,119,650,000		\$2,119,650,000
13	OHLMG-DT-1534	\$6,324,468,040	\$7,650,065,000		\$7,650,065,000
14	OHLMG-DT-1641	\$1,002,585,615	\$1,212,110,000		\$1,212,110,000
15	OHLMG-DT-1848 OHLMG-DT-1856	\$4,588,356,215	\$5,554,898,000		\$5,554,898,000
16	OHLMG-DT-1968	\$4,793,060,436	\$5,805,246,475		\$5,805,246,475
17	OHLMG-DT-2080	\$2,488,300,542	\$3,014,210,000		\$3,014,210,000
18	OHLMG-DT-2120	\$6,015,427,993	\$7,300,000,000		\$7,300,000,000
19	OHLMG-DT-2168	\$8,030,964,811	\$9,745,947,119		\$9,745,947,119
20	OHLMG-DT-2214	\$5,344,666,570	\$6,486,000,000	\$(2,426,344,919)	\$4,059,655,081
21	OHLMG-DT-2357	\$6,803,558,546	\$8,340,000,000		\$8,340,000,000
TOTAL		\$61,990,176,185	\$75,103,946,594	\$(2,426,344,919)	\$72,677,601,675

En el Anexo 3 se presenta el Informe de inversión y buen manejo de estos anticipos, del cual se concluye que los anticipos se invirtieron en los conceptos que se indicaron al Concesionario, de acuerdo con lo siguiente:

DESTINACIÓN PREVISTA DE ANTICIPOS	
ANEXOS DE ANTICIPO	IMPORTE (sin descuentos)
Anexo De Anticipos No. 9	\$4,000,000,000
Anexo De Anticipos No. 10	\$7,000,000,000
Anexo De Anticipos No. 11	\$6,875,820,000
Anexo De Anticipos No. 12	\$2,119,650,000
Anexo De Anticipos No. 13	\$7,650,065,000
Anexo De Anticipos No. 14	\$1,212,110,000

SOPORTES DE INVERSIONES DE ANTICIPO (FACTURAS PAGADAS)	
CANTIDAD DE FACTURAS SOPORTE	VALOR TOTAL SOPORTADO
111	\$4,000,000,000
42	\$7,000,000,000
38	\$6,875,820,341
22	\$2,119,650,000
76	\$7,650,065,000
19	\$1,212,110,000

(...)" (Se destaca)

Por lo tanto, en el presente caso el daño es inexistente o se encuentra sobreestimado.

XII. EXCEPCIONES DE MÉRITO RESPECTO A LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTRE PARTICULARES No. 11904

1. Ausencia o sobreestimación del daño

ARM reclama una indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11904 por valor de \$1.104.017.588, correspondiente al valor del Anexo de anticipo No. 14 que según ARM no fue amortizado ni devuelto por el CONSORCIO.

Sin embargo, ARM en el hecho 53.7. de la demanda confesó que al menos \$2.837.049.779 del valor total entregado al CONSORCIO como anticipo No. 14 se encuentra justificado e invertido en la ejecución del contrato EPC:

“53. En la misma comunicación a que me refiero en el numeral precedente, en lo atinente a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 se le puso de presente al CONSORCIO lo siguiente:

(...)

53.7. Anticipo No. 14: La existencia de importe justificado del anticipo por la suma de \$979.023.879 y por tanto la falta de información y soporte por la suma de \$233.086.121. (...)” (Se destaca)

La comunicación a la que se refiere ARM en el hecho 53 de la demanda es la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019, en la cual se encuentra el detalle del anticipo No. 14 así:

“8. ANEXOS DE ANTICIPOS No. 14

En relación con el Anexo de Anticipos No. 14, en el documento Justificación del mismo anticipo, con la finalidad de soportar la suma de \$1.212.110.000 correspondiente al Anticipo No. 14, el Contratista EPC envió una relación de facturas a proveedores.

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Anticipo para las actividades de Construcción de la Unidad Funcional 4 y, de acuerdo con la Relación de Pagos de Proveedores, Contratistas e Impuestos del Anexo 14.	\$1.212.110.000	\$979.023.879	\$979.023.879	81%	19%
TOTAL	\$1.212.110.000	\$979.023.879	\$979.023.879	80,8%	19,2%

Ahora bien, de los documentos relacionados por el Contratista EPC, se evidencia que no todos cumplen con los requisitos para justificar la correcta inversión del anticipo, dato que se encontraron facturas que ya se habían incluido en la justificación de otros anticipos y soportes incompletos. Por tanto, únicamente se logró justificar la suma de NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES

VEINTITRES MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE ESOS Mcte (\$979.023.879), ENCONTRÁNDOSE PENDIENTE POR JUSTIFICAR doscientos treinta y tres millones ochenta y seis mil ciento veintiún pesos Mcte (\$233.086.121)-. El detalle de las observaciones por cada factura presentada por el Contratista EC, se encuentra en el Anexo adjunto, en la hoja Anticipo 14. (...)" (Se destaca)

No obstante, ARM únicamente reconoce un valor justificado de \$979.023.879 debe tenerse en cuenta que el CONSORCIO invirtió la totalidad del anticipo No. 14 en la ejecución del contrato EPC como se desprende de la comunicación No. OHLMG-DT-4345 del 14 de noviembre de 2018, en la cual el CONSORCIO demostró que para el anticipo No. 12 había invertido la totalidad del dinero entregado por ARM:

"4. Anticipos correspondientes a los Anexos de Anticipos No. 9 a No. 21.

Los anticipos No. 9 a 21 (pagados entre el 25 de abril de 2017 y el 12 de febrero de 2018) se otorgaron con base en el listado de facturas que se presentó para cada anticipo mediante la comunicación respectiva, listado de facturas que igualmente hace parte de los Anexos de anticipos correspondientes. En resumen, estos anticipos corresponden a los siguientes:

ANEXOS ANTICIPO No.	OFICIO DE RADICACIÓN	IMPORTE (pesos 2013) (sin descuentos aplicados)	IMPORTES (PESOS CORRIENTES)		
			IMPORTE	DESCUENTOS APLICADOS	IMPORTE PAGADO
9	OHLMG-DT-1125 OHLMG-DT-1153	\$3,333,723,311	\$4,000,000,000		\$4,000,000,000
10	OHLMG-DT-1154	\$5,806,841,339	\$7,000,000,000		\$7,000,000,000
11	OHLMG-DT-1352	\$5,703,827,974	\$6,875,820,000		\$6,875,820,000
12	OHLMG-DT-1458	\$1,754,394,793	\$2,119,650,000		\$2,119,650,000
13	OHLMG-DT-1534	\$6,324,468,040	\$7,650,065,000		\$7,650,065,000
14	OHLMG-DT-1641	\$1,002,585,615	\$1,212,110,000		\$1,212,110,000
15	OHLMG-DT-1848 OHLMG-DT-1856	\$4,588,356,215	\$5,554,898,000		\$5,554,898,000
16	OHLMG-DT-1968	\$4,793,060,436	\$5,805,246,475		\$5,805,246,475
17	OHLMG-DT-2080	\$2,488,300,542	\$3,014,210,000		\$3,014,210,000
18	OHLMG-DT-2120	\$6,015,427,993	\$7,300,000,000		\$7,300,000,000
19	OHLMG-DT-2168	\$8,030,964,811	\$9,745,947,119		\$9,745,947,119
20	OHLMG-DT-2214	\$5,344,666,570	\$6,486,000,000	\$(2,426,344,919)	\$4,059,655,081
21	OHLMG-DT-2357	\$6,803,558,546	\$8,340,000,000		\$8,340,000,000
TOTAL		\$61,990,176,185	\$75,103,946,594	\$(2,426,344,919)	\$72,677,601,675

En el Anexo 3 se presenta el Informe de inversión y buen manejo de estos anticipos, del cual se concluye que los anticipos se invirtieron en los conceptos que se indicaron al Concesionario, de acuerdo con lo siguiente:

DESTINACIÓN PREVISTA DE ANTICIPOS	
ANEXOS DE ANTICIPO	IMPORTE (sin descuentos)
Anexo De Anticipos No. 9	\$4,000,000,000
Anexo De Anticipos No. 10	\$7,000,000,000
Anexo De Anticipos No. 11	\$6,875,820,000
Anexo De Anticipos No. 12	\$2,119,650,000
Anexo De Anticipos No. 13	\$7,650,065,000
Anexo De Anticipos No. 14	\$1,212,110,000

SOPORTES DE INVERSIONES DE ANTICIPO (FACTURAS PAGADAS)	
CANTIDAD DE FACTURAS SOPORTE	VALOR TOTAL SOPORTADO
111	\$4,000,000,000
42	\$7,000,000,000
38	\$6,875,820,341
22	\$2,119,650,000
76	\$7,650,065,000
19	\$1,212,110,000

(...)" (Se destaca)

Por lo tanto, en el presente caso el daño es inexistente o se encuentra sobreestimado.

XIII. PRUEBAS

1. Documentales

Solicito al Despacho que se tengan como prueba los siguientes documentos:

- 1.1. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 4908.
- 1.2. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 5350.
- 1.3. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 6851.
- 1.4. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11590.
- 1.5. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11589.
- 1.6. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11591.
- 1.7. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11904.
- 1.8. Solicitud de arbitraje del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA contra AUTOPISTA RÍO MAGDALENA S.A.S. ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.
- 1.9. Contestación a la solicitud de arbitraje y demanda reconvenzional de AUTOPISTA RÍO MAGDALENA S.A.S. en el trámite de arbitraje internacional iniciado en su contra por el CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA.
- 1.10. Respuesta del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA a la demanda reconvenzional que en su contra presentó ARM RÍO MAGDALENA S.A.S. en el trámite de arbitraje internacional.

2. Interrogatorio de parte

De conformidad con el artículo 198 del Código General del Proceso solicito al Despacho se decreten y practiquen los interrogatorios de parte que se relacionan a continuación.

2.1. Interrogatorio del representante legal de ARM

Interrogatorio de parte del representante legal de AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S., parte demandante en este proceso, señor JOAQUÍN GAGO DE PEDRO, o quien haga sus veces, para que responda las preguntas que le formularé en relación con los hechos señalados en la demanda y en la contestación de esta.

El interrogatorio de parte del representante legal de ARM tiene como finalidad probar que el CONSORCIO invirtió y amortizó los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 como había sido previsto y que ARM tuvo conocimiento de ello, así mismo se pretende probar la culpa grave de ARM y las demás excepciones propuestas.

El señor JOAQUÍN GAGO DE PEDRO podrá ser citado en la carrera 17 No. 93-09 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico joaquin.gago@aleatica.com.

2.2. Interrogatorio del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

Interrogatorio de parte del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S., litisconsorte en este proceso, señores PEDRO ROMERO GONZÁLEZ o ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO, o quien haga sus veces, para que responda las preguntas que le formularé en relación con los hechos señalados en la demanda y en la contestación de esta.

El interrogatorio de parte del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. tiene como finalidad probar que el CONSORCIO invirtió y amortizó los anticipos Nos. 9 y 10 como había sido previsto, que ARM tuvo conocimiento de ello y las demás excepciones propuestas.

Los señores PEDRO ROMERO GONZÁLEZ y ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO podrán ser citados en la carrera 17 No. 93-09, piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co.

En subsidio, solicito que si el Despacho considera que la declaración del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. no puede ser decretada y practicada como interrogatorio de parte, la misma sea decretada y practicada como prueba testimonial.

2.3. Interrogatorio del representante legal de OHL COLOMBIA S.A.S.

en este proceso, ALFREDO AUBINEL HERRERA o ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO, o quien haga sus veces, para que responda las preguntas que le formularé en relación con los hechos señalados en la demanda y en la contestación de esta.

El interrogatorio de parte del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. tiene como finalidad probar que el CONSORCIO invirtió y amortizó los anticipos Nos. 9 y 10 como había sido previsto, que ARM tuvo conocimiento de ello y las demás excepciones propuestas.

Los señores ALFREDO AUBINEL HERRERA o ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO podrán ser citados en la carrera 17 No. 93-09 piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co.

En subsidio, solicito que si el Despacho considera que la declaración del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. no puede ser decretada y practicada como interrogatorio de parte, la misma sea decretada y practicada como prueba testimonial.

3. Exhibición de documentos

De conformidad con los artículos 265 y siguientes del Código General del Proceso solicito al Despacho decretar y practicar las siguientes exhibiciones de documentos:

3.1. Exhibición de documentos por parte de ARM

Se sirva fijar fecha, lugar y hora para llevar a cabo diligencia de exhibición de documentos con el objeto de que ARM, por intermedio de quien corresponda, exhiba los documentos que se relacionan a continuación:

- 3.1.1. Todas las comunicaciones remitidas por ARM al CONSORCIO a partir de septiembre de 2016, incluidos todos los anexos que hacen parte integrante de las mismas.

- 3.1.2. Todas las comunicaciones recibidas por ARM por parte del CONSORCIO a partir de septiembre de 2016, incluidos todos los anexos que hacen parte integrante de las mismas.
- 3.1.3. Todos los documentos que hacen parte integrante del contrato EPC celebrado entre ARM y el CONSORCIO, incluidos los anexos del mismo.
- 3.1.4. La demanda, contestación a la demanda, reforma de la demanda, contestación a la reforma de la demanda, demanda de reconvención, contestación a la demanda de reconvención y pruebas que tenga en su poder relacionadas con el Tribunal Arbitral Internacional del CONSORCIO contra ARM.

Lo anterior, con el propósito de demostrar que en el Tribunal Arbitral Internacional se debaten asuntos relativos a los anticipos a los que hace referencia la demanda del presente proceso y que ARM no fue diligente en la administración del contrato EPC y no requirió a tiempo informes sobre la inversión de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 al CONSORCIO y las demás excepciones propuestas.

Los mencionados documentos se encuentran en poder de ARM.

ARM podrá ser notificado en la carrera 17 No. 93-09 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico joaquin.gago@aleatica.com.

3.2. Exhibición de documentos por parte de OHL COLOMBIA S.A.S

Se sirva fijar fecha, lugar y hora para llevar a cabo diligencia de exhibición de documentos con el objeto de que OHL COLOMBIA S.A.S por intermedio de quien corresponda, exhiba los documentos que se relacionan a continuación:

- 3.2.1. Todas las comunicaciones remitidas por ARM al CONSORCIO a partir de septiembre de 2016, incluidos todos los anexos que hacen parte integrante de las mismas.
- 3.2.2. Todas las comunicaciones recibidas por ARM por parte del CONSORCIO a partir de septiembre de 2016, incluidos todos los anexos que hacen parte integrante de las mismas.
- 3.2.3. Todos los informes remitidos por el CONSORCIO a ARM que den cuenta de la inversión y/o amortización del anticipo.
- 3.2.4. La demanda, contestación a la demanda, reforma de la demanda, contestación a la reforma de la demanda, demanda de reconvención, contestación a la demanda de reconvención y pruebas que tenga en su poder relacionadas con el Tribunal Arbitral Internacional del CONSORCIO contra ARM.

Lo anterior, con el propósito de demostrar que en el Tribunal Arbitral Internacional se debaten asuntos relativos a los anticipos a los que hace referencia la demanda del presente proceso y que ARM no fue diligente en la administración del contrato EPC y no requirió a tiempo informes sobre la inversión de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 al CONSORCIO y las demás excepciones propuestas.

Los mencionados documentos se encuentran en poder de OHL COLOMBIA S.A.S.

OHL COLOMBIA S.A.S. podrá ser notificado en la carrera 17 No. 93-09, piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co.

3.3. Exhibición de documentos por parte de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

Se sirva fijar fecha, lugar y hora para llevar a cabo diligencia de exhibición de documentos con el objeto de que CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. por intermedio de quien corresponda, exhiba los documentos que se relacionan a continuación:

- 3.3.1. Todas las comunicaciones remitidas por ARM al CONSORCIO a partir de septiembre de 2016, incluidos todos los anexos que hacen parte integrante de las mismas.
- 3.3.2. Todas las comunicaciones recibidas por ARM por parte del CONSORCIO a partir de septiembre de 2016, incluidos todos los anexos que hacen parte integrante de las mismas.
- 3.3.3. Todos los informes remitidos por el CONSORCIO a ARM que den cuenta de la inversión y/o amortización del anticipo.
- 3.3.4. La demanda, contestación a la demanda, reforma de la demanda, contestación a la reforma de la demanda, demanda de reconvención, contestación a la demanda de reconvención y pruebas que tenga en su poder relacionadas con el Tribunal Arbitral Internacional del CONSORCIO contra ARM.

Lo anterior, con el propósito de demostrar que en el Tribunal Arbitral Internacional se debaten asuntos relativos a los anticipos a los que hace referencia la demanda del presente proceso y que ARM no fue diligente en la administración del contrato EPC y no requirió a tiempo informes sobre la inversión de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 al CONSORCIO y las demás excepciones propuestas.

Los mencionados documentos se encuentran en poder de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. podrá ser notificado en la carrera 17 No. 93-09, piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co.

4. Prueba por informe

De conformidad con el artículo 275 del CGP solicito se decrete prueba por informe que deberá ser rendido por el representante legal de las entidades que se especifican a continuación.

4.1. Prueba por informe del representante legal de ARM

Solicito que el representante legal de ARM rinda informe sobre los siguientes asuntos, sin perjuicio de que ampliemos el cuestionario en su momento:

- 4.1.1. Informe en qué fecha requirieron por primera vez al CONSORCIO información sobre la inversión y amortización de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.

- 4.1.2. Informe si entre septiembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM verificó que el CONSORCIO hubiera realizados los pagos de los ítems relacionados en el anexo de anticipo No. 5.
- 4.1.3. Informe si entre septiembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM verificó que el CONSORCIO hubiera realizados los pagos de los ítems relacionados en el anexo de anticipo No. 6.
- 4.1.4. Informe si entre noviembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM verificó que el CONSORCIO hubiera realizados los pagos de los ítems relacionados en el anexo de anticipo No. 7.
- 4.1.5. Informe si entre junio de 2017 y septiembre de 2018 ARM verificó que el CONSORCIO hubiera realizados los pagos de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 11.
- 4.1.6. Informe si entre junio de 2017 y septiembre de 2018 ARM verificó que el CONSORCIO hubiera realizados los pagos de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 12.
- 4.1.7. Informe si entre julio de 2017 y septiembre de 2018 ARM verificó que el CONSORCIO hubiera realizados los pagos de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 13.
- 4.1.8. Informe si entre agosto de 2017 y septiembre de 2018 ARM verificó que el CONSORCIO hubiera realizados los pagos de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 14.
- 4.1.9. Informe qué procedimiento seguía ARM para efectuar un control y seguimiento a los anticipos, especialmente a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.

Lo anterior, con el propósito de demostrar que ARM no fue diligente en la administración del contrato EPC y no requirió a tiempo informes sobre la inversión de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 al CONSORCIO y las demás excepciones propuestas.

El representante legal de ARM podrá ser notificado en la carrera 17 No. 93-09 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico joaquin.gago@aleatica.com.

4.2. Prueba por informe del representante legal de OHL COLOMBIA S.A.S.

Solicito que el representante legal de OHL COLOMBIA S.A.S. rinda informe sobre los siguientes asuntos, sin perjuicio de que ampliemos el cuestionario en su momento:

- 4.2.1. Informe en qué fecha ARM requirió al CONSORCIO por primera vez información sobre la inversión y amortización de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- 4.2.2. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 5 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de los ítems relacionados en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 5.
- 4.2.3. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 6 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de los ítems relacionados en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 6.

- 4.2.4. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 7 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de los ítems relacionados en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 7.
- 4.2.5. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 11 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al Anexo de anticipo No. 11.
- 4.2.6. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 12 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al Anexo de anticipo No. 12.
- 4.2.7. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 13 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al Anexo de anticipo No. 13.
- 4.2.8. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 14 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al Anexo de anticipo No. 14.
- 4.2.9. Informe qué procedimiento seguía ARM para efectuar un control y seguimiento a los anticipos, especialmente a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- 4.2.10. Informe qué procedimiento seguía el CONSORCIO para informar a ARM acerca del manejo de los anticipos, especialmente de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- 4.2.11. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 5.
- 4.2.12. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 6.
- 4.2.13. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 7.
- 4.2.14. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 11.
- 4.2.15. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 12.
- 4.2.16. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 13.
- 4.2.17. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 14.

- 4.2.18. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 5.
- 4.2.19. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 6.
- 4.2.20. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 7.
- 4.2.21. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 11.
- 4.2.22. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 12.
- 4.2.23. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 13.
- 4.2.24. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 14.
- 4.2.25. Informe si en algún momento entre septiembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 5 siguiendo algún procedimiento específico.
- 4.2.26. Informe si en algún momento entre septiembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 6 siguiendo algún procedimiento específico.
- 4.2.27. Informe si en algún momento entre noviembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 7 siguiendo algún procedimiento específico.
- 4.2.28. Informe si en algún momento entre junio de 2017 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 11 siguiendo algún procedimiento específico.
- 4.2.29. Informe si en algún momento entre junio de 2017 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 12 siguiendo algún procedimiento específico.
- 4.2.30. Informe si en algún momento entre julio de 2017 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 13 siguiendo algún procedimiento específico.
- 4.2.31. Informe si en algún momento entre agosto de 2017 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 14 siguiendo algún procedimiento específico.

Lo anterior, con el propósito de demostrar que ARM no fue diligente en la administración del contrato EPC y no requirió a tiempo informes sobre la inversión de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 al CONSORCIO y las demás excepciones propuestas.

El representante legal de OHL COLOMBIA S.A.S. podrá ser notificado en la carrera 17 No. 93-09, piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co.

4.3. Prueba por informe del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

Solicito que el representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. rinda informe sobre los siguientes asuntos, sin perjuicio de que ampliemos el cuestionario en su momento:

- 4.3.1. Informe en qué fecha ARM requirió al CONSORCIO por primera vez información sobre la inversión y amortización de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- 4.3.2. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 5 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de los ítems relacionados en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 5.
- 4.3.3. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 6 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de los ítems relacionados en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 6.
- 4.3.4. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 7 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de los ítems relacionados en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 7.
- 4.3.5. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 11 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al Anexo de anticipo No. 11.
- 4.3.6. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 12 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al Anexo de anticipo No. 12.
- 4.3.7. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 13 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al Anexo de anticipo No. 13.
- 4.3.8. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 14 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al Anexo de anticipo No. 14.
- 4.3.9. Informe qué procedimiento seguía ARM para efectuar un control y seguimiento a los anticipos, especialmente a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- 4.3.10. Informe qué procedimiento seguía el CONSORCIO para informar a ARM acerca del manejo de los anticipos, especialmente de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- 4.3.11. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 5.
- 4.3.12. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 6.

- 4.3.13. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 7.
- 4.3.14. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 11.
- 4.3.15. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 12.
- 4.3.16. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 13.
- 4.3.17. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 14.
- 4.3.18. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 5.
- 4.3.19. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 6.
- 4.3.20. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 7.
- 4.3.21. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 11.
- 4.3.22. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 12.
- 4.3.23. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 13.
- 4.3.24. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 14.
- 4.3.25. Informe si en algún momento entre septiembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 5 siguiendo algún procedimiento específico.
- 4.3.26. Informe si en algún momento entre septiembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 6 siguiendo algún procedimiento específico.
- 4.3.27. Informe si en algún momento entre noviembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 7 siguiendo algún procedimiento específico.
- 4.3.28. Informe si en algún momento entre junio de 2017 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 11 siguiendo algún procedimiento específico.

- 4.3.29. Informe si en algún momento entre junio de 2017 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 12 siguiendo algún procedimiento específico.
- 4.3.30. Informe si en algún momento entre julio de 2017 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 13 siguiendo algún procedimiento específico.
- 4.3.31. Informe si en algún momento entre agosto de 2017 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 14 siguiendo algún procedimiento específico.

Lo anterior, con el propósito de demostrar que ARM no fue diligente en la administración del contrato EPC y no requirió a tiempo informes sobre la inversión de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 al CONSORCIO y las demás excepciones propuestas.

El representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. podrá ser notificado en la carrera 17 No. 93-09, piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co.

XIV. ANEXOS

Anexo a la presente contestación los documentos anunciados en el acápite de pruebas.

XV. NOTIFICACIONES

1. BERKLEY

Dirección: Carrera. 7 No. 71-21 Torre B Oficina 1002 de la ciudad de Bogotá.
Correo electrónico: notificacionesjudiciales@berkley.com.co

2. APODERADO

Dirección: Carrera 14 No. 112 – 20, Oficina 102, Bogotá
Correo electrónico: juanmanuel@diazgranados.co y abogado5@diazgranados.co
Teléfonos: 2144186, 3213732904

Muy respetuosamente,



JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ
C.C. No. 79.151.832 de Usaquén
T.P. No. 36.002 del C. S. de la J.

Doctor
JAIME CHAVARRO MAHECHA
JUEZ 25 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO VERBAL DE MAYOR CUANTÍA
RADICACIÓN: 11001310302520190081000
DEMANDANTE: AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S.
DEMANDADO: BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.

ASUNTO: LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A OHL COLOMBIA S.A.S. y
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía número 79.151.832 expedida en Usaquén, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 36.002 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de la demandada BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. en el término legal procedo a FORMULAR LLAMAMIENTO EN GARANTÍA contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. (sociedades integrantes del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA).

I. PARTES

1. Llamante en garantía

Es llamante en garantía la BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. (en adelante BERKLEY), sociedad comercial legalmente constituida, con domicilio principal en Bogotá, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, representada legalmente por su presidente la señora SILVIA LUZ RINCÓN LEMA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 32.336.728, domiciliada en esta ciudad o quien haga sus veces.

2. Llamadas en garantía

Son llamadas en garantía las sociedades integrantes del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA (en adelante EL CONSORCIO), a saber:

2.1. OHL COLOMBIA S.A.S.

OHL COLOMBIA S.A.S. identificada con NIT No. 900.268.605-1 sociedad comercial legalmente constituida, con domicilio principal en Bogotá, representada legalmente por los señores JORGE ALFREDO AUNIBEL HERRERA identificado con pasaporte No. AAF672551 y ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO identificado con pasaporte No. XDC940922, domiciliados en esta ciudad o quien haga sus veces.

2.2. CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. identificada con NIT No. 900.818.642-5 sociedad comercial legalmente constituida, con domicilio principal en Bogotá, representada legalmente por los señores PEDRO ROMERO GONZÁLEZ identificado con pasaporte No. XDC793427 y ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO identificado con pasaporte No. XDC940922, domiciliados en esta ciudad o quien haga sus veces.

II. HECHOS

1. El 9 de abril de 2015 mediante documento privado, las sociedades OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. constituyeron el CONSORCIO OHL RIO MAGDALENA (en adelante el CONSORCIO).
2. El 9 de noviembre de 2015 el CONSORCIO celebró con AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S. (en adelante ARM) un contrato de ingeniería y construcción (en adelante EL CONTRATO EPC).
3. EL CONTRATO EPC previó la posibilidad de que ARM entregara al CONSORCIO anticipos adicionales para la ejecución del CONTRATO EPC, mediante Anexos de Anticipo.
4. Para la suscripción de los Anexos de Anticipo era necesario que ARM los autorizara y se identificara:
 - La destinación de los anticipos.
 - El valor del anticipo adicional.
5. El 5 de septiembre de 2016 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 5 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$4.927.640.021.
6. Los \$4.927.640.021 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 5 tenían como destinación pagar los gastos que se encontraban previstos y cuantificados y que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
7. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 5.
8. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
9. El 27 de septiembre de 2016 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 6 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$5.000.129.810.
10. Los \$5.000.129.810 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 6 tenían como destinación pagar los gastos que se encontraban previstos y cuantificados y que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
11. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 6.

12. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
13. El 28 de noviembre de 2016 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 7 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$2.323.478.000.
14. Los \$2.323.478.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 6 tenían como destinación pagar los gastos que se encontraban previstos y cuantificados y que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
15. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 7.
16. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
17. El 2 de junio de 2017 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 11 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$6.875.820.000.
18. Los \$6.875.820.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 11 tenían como destinación la realización del pago de las facturas que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
19. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 11.
20. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
21. El 23 de junio de 2017 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 12 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$2.119.650.000.
22. Los \$2.119.650.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 12 tenían como destinación la realización del pago de las facturas que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
23. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11589 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 12.
24. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11589 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
25. El 19 de julio de 2017 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 13 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$7.650.065.000.
26. Los \$7.650.065.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 13 tenían como destinación la realización del pago de las facturas que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.

27. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11591 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 13.
28. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11591 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
29. El 14 de agosto de 2017 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 14 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$1.212.110.000.
30. Los \$1.212.110.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 14 tenían como destinación la realización del pago de las facturas que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
31. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11904 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 14.
32. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11904 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
33. ARM demandó a BERKLEY pretendiendo el pago de una indemnización derivada de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904.
34. En la demanda ARM afirma que el CONSORCIO incumplió sus obligaciones de invertir, amortizar o devolver los dineros recibidos mediante los Anexos de Anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
35. ARM en la demanda pretende que se condene a BERKLEY al pago de \$26.871.711.063 correspondiente a los anticipos no amortizados y no devueltos por el CONSORCIO discriminados así:

Anticipo No.	Póliza No.	Valor pretensiones demanda
5	4908	\$4.292.695.830
6	5350	\$4.381.273.913
7	6851	\$2.045.310.806
11	11590	\$6.192.589.377
12	11589	\$1.915.011.969
13	11591	\$6.940.811.580
14	11904	\$1.104.017.588
	TOTAL	\$26.871.711.063

36. ARM también pretende que se condene a BERKLEY al pago de intereses moratorios sobre las sumas mencionadas en el hecho 35 del presente llamamiento.

III. PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos antes mencionados, respetuosamente solicito que se admita el presente llamamiento en garantía, se ordene la vinculación de las sociedades OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. y se declaren prósperas las siguientes pretensiones en el evento en que BERKLEY sea condenada por las pretensiones a las que se refiere la demanda:

PRIMERA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

SEGUNDA: Se condene a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

TERCERA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

CUARTA: Se condene a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

QUINTA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

SEXTA: Se condene a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

SÉPTIMA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

OCTAVA: Se condene a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

NOVENA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11589 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

DÉCIMA: Se condene a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11589, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

DÉCIMO PRIMERA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor

de entidades particulares No. 11591 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

DÉCIMO SEGUNDA: Se condene a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11591, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

DÉCIMO TERCERA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11904 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

DÉCIMO CUARTA: Se condene a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11904, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

DÉCIMO QUINTA: Que sobre el importe de la condena a que se refieren las pretensiones anteriores, se ordene pagar a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. la tasa máxima de interés legal permitida por la Ley.

DÉCIMO SEXTA: Se condene en costas y agencias en derecho a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Subrogación legal en el seguro de cumplimiento

La subrogación legal está prevista en el artículo 1096 del Código de Comercio que establece:

“El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley, y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro”.

En el presente caso el asegurado en la póliza es AUTOPISTAS RIO MAGDALENA (en adelante ARM). La póliza cubre a ARM por los perjuicios derivados del incumplimiento en materia de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 del Contrato de Ingeniería y Construcción (Contrato EPC) suscrito el 9 de noviembre de 2015.

Si BERKLEY es condenada a pagar un siniestro al asegurado (ARM), por ministerio de la ley pasa a ser titular de los derechos de ARM contra los responsables del siniestro (el incumplimiento), es decir contra:

- Las sociedades miembros del CONSORCIO (OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.).
- Los demás responsables, entre los cuales se encuentra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A., empresa que se obligó solidariamente a cumplir las obligaciones del contrato de EPC frente a ARM.

El Profesor Hernán Fabio López¹ enseña lo siguiente acerca de la subrogación:

“Se observa que en virtud del pago de la indemnización el asegurador, hasta concurrencia del importe de lo pagado, sustituye al asegurado en los derechos y acciones contra los responsables del siniestro, la que obra por ministerio de la ley y sin que sea menester declaración alguna por parte del asegurado o beneficiario, pues basta que se indemnice a la luz del respectivo contrato de seguro para que se produzca la subrogación”.

Sobre la subrogación derivada del contrato de seguro se pronunció la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de enero de 2015, Magistrado Ponente: Jesús Vall De Rutén Ruíz, radicación No. 11001-3103-030-2009-00475-01:

“Con relación al instituto jurídico de la «subrogación del asegurador», en lo pertinente el artículo 1096 del Código de Comercio estatuye: «El asegurador que pague una indemnización se subroga por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado. – (...)».

*La citada disposición permite establecer, que para el buen suceso de la «acción subrogatoria», se debe acreditar que en virtud de un «contrato de seguro», al haberse producido el «siniestro», **el asegurador efectuó válidamente el «pago de la indemnización», de tal manera que por mandato legal se subroga en los derechos del afectado patrimonialmente con el riesgo amparado, pasando a ocupar su lugar o posición en la relación jurídica existente con el responsable o causante del hecho dañoso**, lo que adicionalmente implica, la verificación de los supuestos que de aquella deriven, bien en el ámbito de la responsabilidad civil contractual o extracontractual.*

Con relación a dicha temática, en la sentencia CSJ SC, 8 nov. 2005, rad. 7724, se expuso:

*El artículo 1096 del Código de Comercio dispone que ‘el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro’. Como puede verse, este precepto reclama la existencia de un soporte básico, cual es **el pago de una indemnización por parte del asegurador, a raíz de una póliza de seguro previamente expedida; consecuentemente, la compañía se subroga - ipso iure - en los derechos del asegurado, de modo que entra a ocupar la posición que éste tenía dentro de la relación jurídica respectiva, que no se extingue por tal razón, asumiendo la titularidad de todos los créditos, garantías y acciones con que contaba su antecesor, frente a los causantes del siniestro.***

Así mismo, en el fallo CSJ SC, 18 may. 2005, rad. 0832-01, en lo pertinente se sostuvo:

La acción personal subrogatoria consagrada en la legislación colombiana en el artículo 1096 del estatuto comercial, no obstante sus particularidades, se encuentra íntima y funcionalmente enlazada con la institución de la subrogación disciplinada por el ordenamiento civil, al punto que los fundamentos y los postulados medulares que le sirven de apoyatura en este específico régimen, en general, son los que informan la figura en la esfera

¹ López Blanco, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro, quinta edición, Dupre Editores, Bogotá, 2010, pág.254

mercantil, corolario del acerado principio indemnizatorio que, con tanto ahínco, campea en los seguros de daños -a diferencia de los de personas -, según explícita y autorizada mención ex lege, así como la realizada en la exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio colombiano del año 1.958 (artículos 914-916).

Ello explica que se tengan por fundamentos cardinales de este instituto - entre otros - los siguientes, sin perjuicio que un sector de la doctrina se incline prevalentemente por los dos primeros:

1) Evitar, a ultranza, que el responsable del daño se exonere de responsabilidad, merced al pago efectuado por el asegurador al beneficiario del seguro, primigenio acreedor de aquél, pues en caso contrario, se le estaría libertando de un débito que trasciende la esfera del ius privatum, así la condena, en línea de principio, se limite al mero resarcimiento económico. Expresado en otros términos, es claro que el ordenamiento desea que la conducta del victimario no quede impune, ora directa, ora indirectamente y, de paso, liberado de reconocer, en el ámbito patrimonial, el daño irrogado.

2) Impedir, en diáfano desmedro del principio indemnizatorio aludido, el enriquecimiento del asegurado, en la medida en que si no existiese la subrogación ex lege, bien podría obtener, por parte de su asegurador, el resarcimiento del daño que experimentó, a la par que de manos del propio autor del mismo, lo que evidentemente repugna a los más elementales principios jurídicos y éticos.

3) Posibilitar que la compañía de seguros, conforme a las circunstancias, pueda recibir unos recursos encaminados a lograr una más adecuada explotación profesional de la actividad aseguradora, toda vez que, indirectamente, se atenúan - así sea en mínima medida - los resultados adversos de la siniestralidad, lo que debe servir para que, en el plano económico, pueda atender mejor sus compromisos de orden contractual.

Desde esta perspectiva, resulta claro el origen y el carácter del derecho radicado en cabeza del asegurador, en virtud de la aludida subrogación personal, derecho que es derivado (...), como lo reconoce autorizada doctrina sobre la materia y, por tal motivo, ayuno de sustantividad y autonomía, como quiera que la entidad aseguradora - he ahí la importancia del fenómeno sustitutivo que aflora de la subrogación -, adquiere el mismo derecho que antes del pago residía en la órbita patrimonial del asegurado-damnificado.

*Con otras palabras, aunque la acción subrogatoria tiene su manantial en el pago que el asegurador le hace al asegurado-beneficiario en cumplimiento de la obligación que contrajo en virtud del contrato de seguro, **el derecho que aquel ejerce al amparo de la referida acción frente a las ‘... personas responsables del siniestro’, no nace o deriva de la relación aseguraticia - a la que le es completamente ajena -, sino que procede de la conducta antijurídica desplegada por el victimario, autor del daño que afectó al damnificado asegurado, según el caso. (...)** (Se destaca)*

Por su parte, el seguro de cumplimiento, creado por la Ley 225 de 1938, la cual fue incorporada al artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993), incorpora una norma que ratifica la subrogación contra el principal obligado, cuyo texto en su parte pertinente reza:

“ARTICULO 203. SEGURO DE MANEJO O DE CUMPLIMIENTO

1. *Objeto del seguro. Dentro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.*

(...)

3. Subrogación de la entidad aseguradora. Por el hecho de pagar el seguro la entidad aseguradora se subroga en los derechos de la entidad o persona asegurada contra la persona cuyo manejo o cumplimiento estaba garantizado, con todos sus privilegios y accesorios". (Se destaca)

Como se aprecia, en adición a la norma general de subrogación, para el seguro de cumplimiento existe una disposición especial, en virtud de la cual si la aseguradora paga un siniestro se convierte en el titular de los derechos del asegurado (en este caso ARM) contra el contratista deudor de la obligación (las sociedades miembros del CONSORCIO) como responsable del siniestro.

Nótese que la subrogación de la aseguradora que paga opera por ministerio de la Ley.

Por lo tanto, en el evento en que BERKLEY sea condenada de acuerdo con las pretensiones de la reforma de la demanda de ARM en su contra, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra las sociedades miembros del CONSORCIO.

Así las cosas, las sociedades miembros del CONSORCIO estarán obligadas a reembolsar a BERKLEY el pago que eventualmente tenga que hacer como resultado de la sentencia que se promueva en el proceso iniciado por ARM en su contra.

2. Procedencia del llamamiento en garantía contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

La figura procesal del llamamiento en garantía se encuentra contemplada en el artículo 64 del Código General del Proceso así:

“ARTÍCULO 64. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.” (Se destaca)

Como se expuso en el numeral anterior para el contrato de seguro de cumplimiento está prevista expresamente la subrogación del asegurador que paga la indemnización contra el responsable del siniestro, que en este caso lo constituye el incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato garantizado.

Resulta procedente la subrogación del asegurador en contra del contratista garantizado, pues finalmente es su incumplimiento el que da origen al siniestro. El contratista garantizado es el responsable de que el asegurador se vea obligado a pagar la indemnización derivada del contrato de seguro.

OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. como integrantes del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA celebraron con BERKLEY los contratos de seguro instrumentados a través de las pólizas Nos 4908, 5350, 6851,

11590, 11589, 11591 y 11904 para garantizar los anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 suscritos con AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S. (en adelante ARM).

ARM demandó a BERKLEY pretendiendo el pago de una indemnización derivada de las pólizas Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904, en las cuales el CONSORCIO es tomador, pero no asegurado, pues el asegurado y beneficiario es precisamente ARM.

Para que sea procedente la indemnización derivada de las pólizas Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 es necesario que el CONSORCIO haya incumplido las obligaciones derivadas del manejo de los anticipos entregados por ARM mediante los anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.

En la reforma de la demanda ARM expresamente afirma que el CONSORCIO incumplió sus obligaciones de invertir, amortizar o devolver los dineros recibidos mediante los Anexos de Anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 y, por lo tanto, sería la conducta o responsabilidad del CONSORCIO lo que eventualmente generaría una condena en contra de BERKLEY a título de siniestro derivada de las pólizas Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904.

Lo anterior, por conducto de la subrogación legal del contrato de seguro, la cual se encuentra contemplada en la ley expresamente para el seguro de cumplimiento, pero además fue ratificada por pacto contractual en la póliza.

En efecto, en las condiciones que rigen las pólizas Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 se incluyó la siguiente cláusula:

“10. SUBROGACIÓN

En virtud del pago de la indemnización, de acuerdo con el artículo 1096 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 203 del Decreto 663 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.), LA ASEGURADORA se subroga hasta concurrencia del importe pagado por ésta, en los derechos que EL ASEGURADO – BENEFICIARIO tuviere contra el CONTRATISTA, derivados de la ocurrencia del siniestro.

El ASEGURADO – BENEFICIARIO no puede renunciar en ningún momento a sus derechos contra el CONTRATISTA y si lo hiciere perderá el derecho a la indemnización.

Una vez que LA ASEGURADORA ha pagado el siniestro, EL CONTRATISTA se obliga a reembolsarle inmediatamente a aquella, la suma que esta llegare a pagar a EL ASEGURADO – BENEFICIARIO con los intereses máximos legales vigentes al momento del reembolso, calculados desde que la compañía efectuó el pago respectivo, sin necesidad de requerimientos previos.”

Así las cosas, en el presente caso es procedente el llamamiento en garantía de BERKLEY contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S., por las siguientes razones:

- Entre BERKLEY y OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. (sociedades integrantes del CONSORCIO) existen dos relaciones de carácter contractual (pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904)

- ARM es el asegurado y beneficiario de las pólizas de seguro de cumplimiento Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904, respecto de las cuales ARM pretende una indemnización contra BERKLEY a título de siniestro.
- OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. (sociedades integrantes del CONSORCIO) no son los asegurados y beneficiarios en dichas pólizas.
- Las pólizas en comento cubren a ARM por el incumplimiento en materia de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- Si BERKLEY es condenada en el presente proceso a pagar a título de siniestro una indemnización a ARM, BERKLEY por ministerio de la Ley se subroga en los derechos de ARM contra de las sociedades miembros del CONSORCIO (OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.), pues son estas las responsables del siniestro.

Nótese que el párrafo del artículo 66 del Código General del Proceso afirma que cuando el llamado en garantía ya actúe en el proceso no será necesario notificarle personalmente el auto que admite el llamamiento en garantía, lo que indica que si es posible llamar en garantía a otro sujeto procesal.

Sobre la posibilidad de llamar en garantía a otro sujeto procesal que ya se encuentra vinculado al proceso, se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado en auto del 13 de diciembre de 2017, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, expediente No. 41001-23-33-000-2016-00299-01(59783):

“1. Lo anterior no quiere decir que en ciertos eventos, aun cuando la parte hubiere sido demandada, se encuentra indemne frente a un llamamiento en garantía dentro de la misma causa, pues, dependiendo de la naturaleza del objeto en litigio y las circunstancias que lo enmarcan, podrían eventualmente concurrir ambas posiciones, lo que depende, más que de la premisa abstracta derivada de la posibilidad de su vinculación, de la conexión de la conducta o posición de quien siendo demandado es también llamado en garantía, respecto de los hechos de la demanda, el daño y la relación contractual o legal entre la parte y el llamado.

2. De hecho, conviene referir, como lo hizo el recurrente, que en la actualidad no resulta extraordinario que una parte ya demandada pueda ostentar la calidad concomitante de llamada en garantía. (...).”

Así, las cosas el llamamiento en garantía de BERKLEY contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. (sociedades integrantes del CONSORCIO) es procedente.

V. PRUEBAS

1. Documentales

Solicito al Despacho que se tengan como prueba los siguientes documentos:

- 1.1. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 4908.
- 1.2. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 5350.
- 1.3. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 6851.

- 1.4. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11590.
- 1.5. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11589.
- 1.6. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11591.
- 1.7. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11904.

2. Interrogatorio de parte

De conformidad con el artículo 198 del Código General del Proceso solicito al Despacho se decreten y practiquen los interrogatorios de parte que se relacionan a continuación.

2.1. Interrogatorio del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

Interrogatorio de parte del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S., señores PEDRO ROMERO GONZÁLEZ o ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO, o quien haga sus veces, para que responda las preguntas que le formularé en relación con los hechos señalados en la demanda y en la contestación de la misma.

Los señores PEDRO ROMERO GONZÁLEZ o ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO podrán ser citados en la carrera 17 No. 93-09, piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co

2.2. Interrogatorio del representante legal de OHL COLOMBIA S.A.S.

Interrogatorio de parte del representante legal de OHL COLOMBIA S.A.S., ALFREDO AUBINEL HERRERA o ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO, o quien haga sus veces, para que responda las preguntas que le formularé en relación con los hechos señalados en la demanda y en la contestación de la misma.

Los señores ALFREDO AUBINEL HERRERA o ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO podrán ser citados en la carrera 17 No. 93-09 piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co

VI. ANEXOS

1. Los documentos anunciados en el acápite de pruebas.
2. Certificado de existencia y representación legal de OHL COLOMBIA S.A.S. expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.
3. Certificado de existencia y representación legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

VII. NOTIFICACIONES

1. La llamante en garantía

1.1. BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.

Dirección: Carrera. 7 No. 71-21 Torre B Oficina 1002 de la ciudad de Bogotá.
Correo electrónico: notificacionesjudiciales@berkley.com.co

1.2. Apoderado

Dirección: Carrera 14 No. 112 – 20, Oficina 102, Bogotá Correo electrónico:
juanmanuel@diazgranados.co y abogado5@diazgranados.co

Teléfonos: 2144186, 3213732904

2. Las llamadas en garantía

2.1. OHL COLOMBIA S.A.S.

Dirección: Carrera 17 No. 93-09 piso 8 de la ciudad de Bogotá Correo electrónico:
juridico_col@ohl.com.co

2.2. CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

Dirección: Carrera 17 No. 93-09, piso 8 de la ciudad de Bogotá Correo electrónico:
juridico_col@ohl.com.co

Muy respetuosamente,



JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ
C.C. No. 79.151.832 de Usaquén
T.P. No. 36.002 del C. S. de la J.

Doctor
JAIME CHAVARRO MAHECHA
JUEZ 25 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO VERBAL DE MAYOR CUANTÍA
RADICACIÓN: 11001310302520190081000
DEMANDANTE: AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S.
DEMANDADO: BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.

ASUNTO: LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A OBRASCON HUARTE LAÍN
S.A.

JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía número 79.151.832 expedida en Usaquén, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 36.002 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de la demandada BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. en el término legal procedo a FORMULAR LLAMAMIENTO EN GARANTÍA a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

I. PARTES

1. Llamante en garantía

Es llamante en garantía la BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. (en adelante BERKLEY), sociedad comercial legalmente constituida, con domicilio principal en Bogotá, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, representada legalmente por su presidente la señora SILVIA LUZ RINCÓN LEMA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 32.336.728, domiciliada en esta ciudad o quien haga sus veces.

2. Llamada en garantía

Es llamada en garantía la sociedad OBRASCON HUARTE LAÍN sociedad constituida en España, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, al tomo 794 general del Libro de Sociedades, folio 40, hoja No. M-11.125, con domicilio en la ciudad de Madrid, España.

OBRASCON HUARTE LAÍN estableció una sucursal en Colombia, según la Escritura Pública No. 6344 de la Notaría 73 de Bogotá D.C., del 11 de noviembre de 2015 inscrita el 27 de noviembre de 2015 bajo el No. 00252076 del libro VI y el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual adjunto, conforme al cual la misma cuenta con facultades de representación judicial en Colombia.

II. HECHOS

1. El 9 de abril de 2015 mediante documento privado, las sociedades OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. constituyeron el CONSORCIO OHL RIO MAGDALENA (en adelante el CONSORCIO).

2. El 9 de noviembre de 2015 el CONSORCIO celebró con AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S. (en adelante ARM) un contrato de ingeniería y construcción (en adelante EL CONTRATO EPC).
3. OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. se obligó solidariamente al cumplimiento de las obligaciones derivadas del CONTRATO EPC celebrado entre ARM y el CONSORCIO.
4. EL CONTRATO EPC previó la posibilidad de que ARM entregara al CONSORCIO anticipos adicionales para la ejecución del CONTRATO EPC, mediante Anexos de Anticipo.
5. Para la suscripción de los Anexos de Anticipo era necesario que ARM los autorizara y se identificara:
 - La destinación de los anticipos.
 - El valor del anticipo adicional.
6. El 5 de septiembre de 2016 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 5 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$4.927.640.021.
7. OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó el Anexo de Anticipos No. 5 solidariamente con el CONSORCIO.
8. Los \$4.927.640.021 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 5 tenían como destinación pagar los gastos que se encontraban previstos y cuantificados y que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
9. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 5.
10. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
11. El 27 de septiembre de 2016 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 6 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$5.000.129.810.
12. OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó el Anexo de Anticipos No. 6 solidariamente con el CONSORCIO.
13. Los \$5.000.129.810 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 6 tenían como destinación pagar los gastos que se encontraban previstos y cuantificados y que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
14. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 6.
15. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
16. El 28 de noviembre de 2016 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de

anticipo No. 7 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$2.323.478.000.

17. OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó el Anexo de Anticipos No. 7 solidariamente con el CONSORCIO.
18. Los \$2.323.478.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 7 tenían como destinación pagar los gastos que se encontraban previstos y cuantificados y que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
19. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 7.
20. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
21. El 2 de junio de 2017 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 11 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$6.875.820.000.
22. OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó el Anexo de Anticipos No. 11 solidariamente con el CONSORCIO.
23. Los \$6.875.820.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 11 tenían como destinación la realización del pago de las facturas que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
24. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 11.
25. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
26. El 23 de junio de 2017 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 12 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$2.119.650.000.
27. OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó el Anexo de Anticipos No. 12 solidariamente con el CONSORCIO.
28. Los \$2.119.650.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 12 tenían como destinación la realización del pago de las facturas que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
29. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11589 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 12.
30. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11589 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
31. El 19 de julio de 2017 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 13 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$7.650.065.000.

32. OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó el Anexo de Anticipos No. 13 solidariamente con el CONSORCIO.
33. Los \$7.650.065.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 13 tenían como destinación la realización del pago de las facturas que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
34. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11591 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 13.
35. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11591 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
36. El 14 de agosto de 2017 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 14 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$1.212.110.000.
37. OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó el Anexo de Anticipos No. 14 solidariamente con el CONSORCIO.
38. Los \$1.212.110.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 14 tenían como destinación la realización del pago de las facturas que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
39. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11904 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 14.
40. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11904 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
41. ARM demandó a BERKLEY pretendiendo el pago de una indemnización derivada de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904.
42. En la demanda ARM afirma que el CONSORCIO incumplió sus obligaciones de invertir, amortizar o devolver los dineros recibidos mediante los Anexos de Anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
43. ARM en la demanda pretende que se condene a BERKLEY al pago de \$26.871.711.063 correspondiente a los anticipos no amortizados y no devueltos por el CONSORCIO discriminados así:

Anticipo No.	Póliza No.	Valor pretensiones demanda
5	4908	\$4.292.695.830
6	5350	\$4.381.273.913
7	6851	\$2.045.310.806
11	11590	\$6.192.589.377
12	11589	\$1.915.011.969
13	11591	\$6.940.811.580
14	11904	\$1.104.017.588
	TOTAL	\$26.871.711.063

44. ARM también pretende que se condene a BERKLEY al pago de intereses moratorios sobre las sumas mencionadas.

III. PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos antes mencionados, respetuosamente solicito que se admita el presente llamamiento en garantía, se ordene la vinculación de OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. y se declaren prósperas las siguientes pretensiones en el evento en que BERKLEY sea condenada por las pretensiones a las que se refiere la demanda:

PRIMERA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

SEGUNDA: Se condene a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

TERCERA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

CUARTA: Se condene a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

QUINTA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

SEXTA: Se condene a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

SÉPTIMA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

OCTAVA: Se condene a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

NOVENA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11589 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

DÉCIMA: Se condene a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11589, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

DÉCIMO PRIMERA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11591 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

DÉCIMO SEGUNDA: Se condene a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11591, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

DÉCIMO TERCERA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11904 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

DÉCIMO CUARTA: Se condene a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11904, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

DÉCIMO QUINTA: Que sobre el importe de la condena a que se refieren las pretensiones anteriores, se ordene pagar a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. la tasa máxima de interés legal permitida por la Ley.

DÉCIMO SEXTA: Se condene en costas y agencias en derecho a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Subrogación legal derivada del contrato de seguro

La subrogación legal está prevista en el artículo 1096 del Código de Comercio que establece:

“El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley, y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro”.

En el presente caso el asegurado en las pólizas es AUTOPISTAS RIO MAGDALENA (en adelante ARM). Las pólizas cubren a ARM por los perjuicios derivados del incumplimiento en materia de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 del Contrato de Ingeniería y Construcción (Contrato EPC) suscrito el 9 de noviembre de 2015.

Si BERKLEY es condenada a pagar un siniestro al asegurado (ARM), por ministerio de la ley pasa a ser titular de los derechos de ARM contra los responsables del siniestro (el incumplimiento), es decir contra:

- Las sociedades miembros del CONSORCIO (OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.).
- Los demás responsables, entre los cuales se encuentra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A., empresa que se obligó solidariamente a cumplir las obligaciones del contrato de EPC frente a ARM.

El Profesor Hernán Fabio López¹ enseña lo siguiente acerca de la subrogación:

“Se observa que en virtud del pago de la indemnización el asegurador, hasta concurrencia del importe de lo pagado, sustituye al asegurado en los derechos y acciones contra los responsables del siniestro, la que obra por ministerio de la ley y sin que sea menester declaración alguna por parte del asegurado o beneficiario, pues basta que se indemnice a la luz del respectivo contrato de seguro para que se produzca la subrogación”.

Sobre la subrogación derivada del contrato de seguro se pronunció la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de enero de 2015, Magistrado Ponente: Jesús Vall De Rutén Ruíz, radicación No. 11001-3103-030-2009-00475-01:

“Con relación al instituto jurídico de la «subrogación del asegurador», en lo pertinente el artículo 1096 del Código de Comercio estatuye: «El asegurador que pague una indemnización se subroga por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado. – (...)».

*La citada disposición permite establecer, que para el buen suceso de la «acción subrogatoria», se debe acreditar que en virtud de un «contrato de seguro», al haberse producido el «siniestro», **el asegurador efectuó válidamente el «pago de la indemnización», de tal manera que por mandato legal se subroga en los derechos del afectado patrimonialmente con el riesgo amparado, pasando a ocupar su lugar o posición en la relación jurídica existente con el responsable o causante del hecho dañoso**, lo que adicionalmente implica, la verificación de los supuestos que de aquella deriven, bien en el ámbito de la responsabilidad civil contractual o extracontractual.*

Con relación a dicha temática, en la sentencia CSJ SC, 8 nov. 2005, rad. 7724, se expuso:

*El artículo 1096 del Código de Comercio dispone que ‘el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro’. Como puede verse, este precepto reclama la existencia de un soporte básico, cual es **el pago de una indemnización por parte del asegurador, a raíz de una póliza de seguro previamente expedida; consecuentemente, la compañía se subroga - ipso iure - en los derechos del asegurado, de modo que entra a ocupar la posición que éste tenía dentro de la relación jurídica respectiva, que no se extingue por tal razón, asumiendo la titularidad de todos los créditos, garantías y acciones con que contaba su antecesor, frente a los causantes del siniestro.***

Así mismo, en el fallo CSJ SC, 18 may. 2005, rad. 0832-01, en lo pertinente se sostuvo:

La acción personal subrogatoria consagrada en la legislación colombiana en el artículo 1096 del estatuto comercial, no obstante sus particularidades, se encuentra íntima y funcionalmente enlazada con la institución de la subrogación disciplinada por el ordenamiento civil, al punto que los fundamentos y los postulados medulares que le sirven de apoyatura en este específico régimen, en general, son los que informan la figura en la esfera

¹ López Blanco, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro, quinta edición, Dupre Editores, Bogotá, 2010, pág.254

mercantil, corolario del acerado principio indemnizatorio que, con tanto ahínco, campea en los seguros de daños -a diferencia de los de personas -, según explícita y autorizada mención ex lege, así como la realizada en la exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio colombiano del año 1.958 (artículos 914-916).

Ello explica que se tengan por fundamentos cardinales de este instituto - entre otros - los siguientes, sin perjuicio que un sector de la doctrina se incline prevalentemente por los dos primeros:

1) Evitar, a ultranza, que el responsable del daño se exonere de responsabilidad, merced al pago efectuado por el asegurador al beneficiario del seguro, primigenio acreedor de aquél, pues en caso contrario, se le estaría libertando de un débito que trasciende la esfera del ius privatum, así la condena, en línea de principio, se limite al mero resarcimiento económico. Expresado en otros términos, es claro que el ordenamiento desea que la conducta del victimario no quede impune, ora directa, ora indirectamente y, de paso, liberado de reconocer, en el ámbito patrimonial, el daño irrogado.

2) Impedir, en diáfano desmedro del principio indemnizatorio aludido, el enriquecimiento del asegurado, en la medida en que si no existiese la subrogación ex lege, bien podría obtener, por parte de su asegurador, el resarcimiento del daño que experimentó, a la par que de manos del propio autor del mismo, lo que evidentemente repugna a los más elementales principios jurídicos y éticos.

3) Posibilitar que la compañía de seguros, conforme a las circunstancias, pueda recibir unos recursos encaminados a lograr una más adecuada explotación profesional de la actividad aseguradora, toda vez que, indirectamente, se atenúan - así sea en mínima medida - los resultados adversos de la siniestralidad, lo que debe servir para que, en el plano económico, pueda atender mejor sus compromisos de orden contractual.

Desde esta perspectiva, resulta claro el origen y el carácter del derecho radicado en cabeza del asegurador, en virtud de la aludida subrogación personal, derecho que es derivado (...), como lo reconoce autorizada doctrina sobre la materia y, por tal motivo, ayuno de sustantividad y autonomía, como quiera que la entidad aseguradora - he ahí la importancia del fenómeno sustitutivo que aflora de la subrogación -, adquiere el mismo derecho que antes del pago residía en la órbita patrimonial del asegurado-damnificado.

*Con otras palabras, aunque la acción subrogatoria tiene su manantial en el pago que el asegurador le hace al asegurado-beneficiario en cumplimiento de la obligación que contrajo en virtud del contrato de seguro, **el derecho que aquel ejerce al amparo de la referida acción frente a las ‘... personas responsables del siniestro’, no nace o deriva de la relación aseguraticia - a la que le es completamente ajena -, sino que procede de la conducta antijurídica desplegada por el victimario, autor del daño que afectó al damnificado asegurado, según el caso. (...)** (Se destaca)*

Por su parte, el seguro de cumplimiento, creado por la Ley 225 de 1938, la cual fue incorporada al artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993), incorpora una norma que ratifica la subrogación contra el principal obligado, cuyo texto en su parte pertinente reza:

“ARTICULO 203. SEGURO DE MANEJO O DE CUMPLIMIENTO

1. Objeto del seguro. Dentro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.

(...)

3. **Subrogación de la entidad aseguradora. Por el hecho de pagar el seguro la entidad aseguradora se subroga en los derechos de la entidad o persona asegurada contra la persona cuyo manejo o cumplimiento estaba garantizado, con todos sus privilegios y accesorios".** (Se destaca)

Como se aprecia, en adición a la norma general de subrogación, para el seguro de cumplimiento existe una disposición especial, en virtud de la cual si la aseguradora paga un siniestro se convierte en el titular de los derechos del asegurado (en este caso ARM) contra el contratista deudor de la obligación (las sociedades miembros del CONSORCIO y OBRASCÓN HUARTE LAÍN) como responsable del siniestro.

Nótese que la subrogación de la aseguradora que paga opera por ministerio de la Ley.

En el presente caso, si BERKLEY es condenada a realizar el pago de una indemnización en favor de ARM derivada de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 dicha aseguradora se subrogará en los derechos de ARM contra los miembros del CONSORCIO y contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. por las siguientes razones:

- OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. se obligó solidariamente al cumplimiento de las obligaciones derivadas del CONTRATO EPC celebrado entre ARM y el CONSORCIO:

*“Para todos los efectos del presente documento, **el Contratista EPC junto con la sociedad OBRASCON HUARTE LAÍN SA, sociedad debidamente constituida y válidamente existente bajo las leyes del Reino de España, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, (...) y representada en este acto por quien se indica al pie de su firma, conforme consta en la Escritura de poder otorgado por la sociedad OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. No. 2968, de fecha 12 de noviembre de 2002, son solidariamente responsables por el cumplimiento de todas las obligaciones y deberes en este contrato EPC consignados.**”* (Se destaca)

- OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó solidariamente con el CONSORCIO los Anexos de Anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- BERKLEY emitió las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904, para garantizar ante ARM el cumplimiento de las obligaciones de OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. (sociedades integrantes del CONSORCIO).
- Las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 ampararon los Anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 respectivamente.
- Si se llegare a probar que el CONSORCIO incumplió sus obligaciones frente a los Anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. sería solidariamente responsable con OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. de dicho incumplimiento.

- Si se condena a BERKLEY a pagar una indemnización derivada de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904, BERKLEY en virtud de la subrogación del contrato de seguro puede exigir de OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. el reembolso del pago que eventualmente tenga que hacer como resultado de la sentencia que se promueva en el proceso iniciado por ARM en su contra.

Así las cosas, el OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. estará obligado a reembolsar a BERKLEY el pago que eventualmente tenga que hacer como resultado de la sentencia que se promueva en el proceso iniciado por ARM en su contra.

2. Procedencia del llamamiento en garantía contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

La figura procesal del llamamiento en garantía se encuentra contemplada en el artículo 64 del Código General del Proceso así:

*“ARTÍCULO 64. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener **derecho legal o contractual a exigir de otro** la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o **el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva**, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.”* (Se destaca)

Como se expuso en el numeral anterior para el contrato de seguro de cumplimiento está prevista expresamente la subrogación del asegurador que paga la indemnización contra el responsable del siniestro, que en este caso lo constituye el incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato garantizado.

Es decir, es totalmente procedente la subrogación del asegurador en contra las personas obligadas al cumplimiento de las obligaciones del contrato garantizado, pues finalmente es su incumplimiento el que da origen el siniestro.

Debe tenerse en cuenta que el 9 de noviembre de 2015 el CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA (en adelante EL CONSORCIO) celebró con AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S. (en adelante ARM) el Contrato de Ingeniería y Construcción, en el cual OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. se obligó solidariamente al cumplimiento de las obligaciones derivadas del mencionado contrato:

*“Para todos los efectos del presente documento, **el Contratista EPC junto con la sociedad OBRASCON HUARTE LAIN SA**, sociedad debidamente constituida y válidamente existente bajo las leyes del Reino de España, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, (...) y representada en este acto por quien se indica al pie de su firma, conforme consta en la Escritura de poder otorgado por la sociedad OBRASCON HUARTE LAIN S.A. No. 2968, de fecha 12 de noviembre de 2002, **son solidariamente responsables por el cumplimiento de todas las obligaciones y deberes en este contrato EPC consignados.**”* (Se destaca)

Así mismo, OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó solidariamente los anexos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 con el CONSORCIO, de lo cual se desprende que OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. se obligó solidariamente a realizar un buen manejo, correcta inversión y amortización de los anticipos entregados por ARM al CONSORCIO mediante los anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.

ARM demandó a BERKLEY pretendiendo el pago de una indemnización derivada de las pólizas Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 en las cuales el CONSORCIO es tomador, pero no asegurado, pues el asegurado y beneficiario es precisamente ARM.

Para que sea procedente la indemnización derivada de las pólizas Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 es necesario que el CONSORCIO haya incumplido las obligaciones derivadas del manejo de los anticipos entregados por ARM mediante los anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.

Debido a que OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. se obligó solidariamente al cumplimiento de las obligaciones surgidas de los anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, también sería responsable por la configuración del siniestro y la condena en contra de BERKLEY de pagar una indemnización derivada de los mencionados contratos de seguro.

Así las cosas, en el presente caso es procedente el llamamiento en garantía de BERKLEY contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A., por las siguientes razones:

ARM es el asegurado y beneficiario de las pólizas de seguro de cumplimiento Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904, respecto de las cuales ARM pretende una indemnización contra BERKLEY a título de siniestro.

- OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. (sociedades integrantes del CONSORCIO) no son los asegurados y beneficiarios en dichas pólizas. Tampoco lo es OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.
- Las pólizas en comento cubren a ARM por el incumplimiento en materia de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- Las obligaciones en materia de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 deben ser cumplidas por las sociedades miembros del CONSORCIO; pero también solidariamente por OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.
- Si BERKLEY es condenada en el presente proceso a pagar a título de siniestro una indemnización a ARM, BERKLEY por ministerio de la Ley se subroga por mandato de la ley en los derechos de ARM contra los responsables del siniestro, entre ellos la sociedad OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

V. PRUEBAS

1. Documentales

Solicito al Despacho que se tengan como prueba los siguientes documentos:

- 1.1. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 4908.
- 1.2. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 5350.
- 1.3. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 6851.
- 1.4. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11590.
- 1.5. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11589.
- 1.6. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11591.

1.7. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11904.

2. Interrogatorio de parte

De conformidad con el artículo 198 del Código General del Proceso solicito al Despacho se decrete y practique el interrogatorio de parte del representante legal de OBRASCON HUARTE LAÍN S.A., señor PEDRO ROMERO GONZALEZ identificado con pasaporte No. XDC793427, o quien haga sus veces, para que responda las preguntas que le formularé en relación con los hechos señalados en la demanda y en la contestación de esta.

El representante legal de OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. podrá ser citado a través de su sucursal en Colombia en la Carrera 17 No. 93 - 09 piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co

VI. ANEXOS

1. Los documentos anunciados en el acápite de pruebas.
2. Certificado de sucursal de sociedad extranjera expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

VII. NOTIFICACIONES

1. La llamante en garantía

1.1. BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.

Dirección: Carrera. 7 No. 71-21 Torre B Oficina 1002 de la ciudad de Bogotá.

Correo electrónico: notificacionesjudiciales@berkley.com.co

1.2. Apoderado

Dirección: Carrera 14 No. 112 – 20, Oficina 102, Bogotá Correo electrónico: juanmanuel@diazgranados.co y abogado5@diazgranados.co

Teléfonos: 2144186, 3213732904

2. La llamada en garantía

Dirección: Carrera 17 No. 93 - 09 piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el Correo electrónico: juridico_col@ohl.com.co

Muy respetuosamente,



JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ
C.C. No. 79.151.832 de Usaquén
T.P. No. 36.002 del C. S. de la J.

RAD 110013103025 2019 0081000 - Contestación de Berkley a la REFORMA DE LA DEMANDA de ARM y llamamientos en garantía

juanmanuel@diazgranados.co <juanmanuel@diazgranados.co>

Jue 21/10/2021 12:56 PM

Para: Juzgado 25 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C. <ccto25bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: seccivilencuesta 177 <abogado5@diazgranados.co>; santiago.lozano@lozanoatuesta.com <santiago.lozano@lozanoatuesta.com>; juridico_col@ohl.com.co <juridico_col@ohl.com.co>; alberto.acevedo@garrigues.com <alberto.acevedo@garrigues.com>; 'Sierra, Juan' <JSierra@berkley.com.co>; 'Cubides, Lina' <lcubides@berkley.com.co>

Doctor

JAIME CHAVARRO MAHECHA

JUEZ 25 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO VERBAL DE MAYOR CUANTÍA
RADICACIÓN: 11001310302520190081000
DEMANDANTE: AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S.
DEMANDADO: BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.
ASUNTO: CONTESTACIÓN **REFORMA** DE LA DEMANDA Y LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA

JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía número 79.151.832 expedida en Usaquén, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 36.002 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de la demandada BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., de acuerdo con el poder que obra en el expediente, encontrándome en el término legal, procedo a:

1. Contestar la **REFORMA DE LA DEMANDA** presentada por AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S. contra BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.
2. Formular LLAMAMIENTO EN GARANTÍA contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.
3. Formular LLAMAMIENTO EN GARANTÍA contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. (sociedades integrantes del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA).

El link de pruebas y anexos de la contestación a la **REFORMA DE LA DEMANDA** y los llamamientos en garantía es:

<https://www.dropbox.com/sh/bvsre9k9jlv55z4/AADnbDlwZLHG6gBj6DnM9Zoqa?dl=0>

En acatamiento al Decreto 806 de 202 copio este correo las partes.

Con un cordial saludo,

Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz
DIAZ-GRANADOS &
ABOGADOS CONSULTORES
Carrera 14 No. 112 – 20, Of 102 Bogotá - Colombia
Tel (57-1) 2144186
Cel 3213732904
juanmanuel@diazgranados.co

Doctor
JAIME CHAVARRO MAHECHA
JUEZ 25 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO VERBAL DE MAYOR CUANTÍA
RADICACIÓN: 11001310302520190081000
DEMANDANTE: AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S.
DEMANDADO: BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA

JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía número 79.151.832 expedida en Usaquén, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 36.002 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de la demandada BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., de acuerdo con el poder que obra en el expediente, por medio del presente escrito, encontrándome en el término legal, procedo a CONTESTAR la reforma de la demanda presentada por AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S. (en adelante ARM) contra BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. (en adelante BERKLEY).

I. MANIFESTACIONES FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones declarativas y de condena incoadas por ARM contra BERKLEY, por no existir razones de hecho y de derecho que justifiquen su procedencia.

II. SOLICITUD DE CONDENA

Solicito al Despacho que al momento de proferir la sentencia que dirima la controversia entre las partes: i) se condene a la demandante al pago de las costas del proceso y ii) se aplique la sanción a que se refiere el artículo 206 del Código General del Proceso.

III. MANIFESTACIONES FRENTE A LOS HECHOS DE LA REFORMA DE LA DEMANDA

Paso a pronunciarme expresamente sobre los hechos afirmados en la reforma de la demanda siguiendo el orden allí expuesto, así:

AL TÍTULO DENOMINADO “HECHOS RELACIONADOS CON EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y EL CONTRATO DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN”

AL 1. No me consta por ser un hecho ajeno a mí representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Respecto al contenido y alcance del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI (en adelante ANI) y ARM me atengo a su texto íntegro.

Sin embargo, es pertinente mencionar que ARM no aportó con la reforma de la demanda la copia íntegra del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

- AL 2. No es un hecho sino una transcripción que realiza la parte demandante de una de las cláusulas del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM.

Manifiesto que no me constan las cláusulas del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM, pues mi representada no es parte de dicha relación contractual, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Respecto al contenido y alcance del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM me atengo a su texto íntegro.

Sin embargo, es pertinente mencionar que ARM no aportó con la reforma de la demanda la copia íntegra del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

- AL 3. No es un hecho sino una transcripción que realiza la parte demandante de una de las cláusulas del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM.

Manifiesto que no me constan las cláusulas del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM, pues mi representada no es parte de dicha relación contractual, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Respecto al contenido y alcance del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM me atengo a su texto íntegro.

Sin embargo, es pertinente mencionar que ARM no aportó con la reforma de la demanda la copia íntegra del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

- AL 4. No es un hecho sino una transcripción que realiza la parte demandante de un aparte del apéndice No. 1 del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM.

Manifiesto que no me constan las cláusulas del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM ni sus apéndices, pues mi representada no es parte de dicha relación contractual, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Respecto al contenido y alcance del apéndice No. 1 del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM me atengo a su texto íntegro.

Sin embargo, es pertinente mencionar que ARM no aportó con la reforma de la demanda la copia íntegra del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM ni de sus apéndices, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

- AL 5. No es un hecho sino una transcripción que realiza la parte demandante de una de las cláusulas del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM.

Manifiesto que no me constan las cláusulas del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM, pues mi representada no es parte de dicha relación contractual, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Respecto al contenido y alcance del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM me atengo a su texto íntegro.

Sin embargo, es pertinente mencionar que ARM no aportó con la reforma de la demanda la copia íntegra del contrato No. 008 del 10 de diciembre de 2014 celebrado entre la ANI y ARM, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

- AL 6. Es cierto. Respecto al contenido y alcance del acuerdo consorcial mediante el cual se constituyó el CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA (en adelante EL CONSORCIO) me atengo a su texto.

ARM en el hecho 6 de la reforma de la demanda afirma que adjunta copia del documento privado del 9 de abril de 2015 mediante el cual se constituyó EL CONSORCIO. No obstante, revisadas las pruebas y anexos de la demanda dicho documento no fue aportado, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

- AL 7. No me consta por ser un hecho ajeno a mí representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Respecto al contenido y alcance de la promesa de celebración del contrato EPC suscrita el 22 de mayo de 2015 me atengo a su texto íntegro.

Sin embargo, es pertinente mencionar que ARM no aportó con la reforma de la demanda la copia de dicha promesa de celebración del contrato EPC, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

- AL 8. Contiene varias afirmaciones a las cuales contesto:

- Es cierto que el 9 de noviembre de 2015 ARM y EL CONSORCIO celebraron el contrato EPC.
- Es cierto que el objeto del contrato EPC que refiere la parte demandante.

- AL 9. Es cierto.

- AL 10. No es un hecho sino una transcripción que realiza la parte demandante de una de las cláusulas del contrato EPC celebrado entre ARM y EL CONSORCIO.

Respecto al contenido y alcance del contrato EPC me atengo a su texto íntegro.

AL 11. Es cierto. Respecto al contenido y alcance del contrato EPC me atengo a su texto íntegro.

AL 12. No es un hecho sino una transcripción que realiza la parte demandante de una de las cláusulas del contrato EPC celebrado entre ARM y EL CONSORCIO.

Sin embargo, se destaca que de la cláusula transcrita por la parte demandante se desprende que los anticipos adicionales serían aprobados únicamente cuando se demostrara la destinación de los mismos, es decir que al momento del desembolso del anticipo este tenía una destinación fija.

Además, la amortización de los anticipos se refiere al anticipo otorgado por ARM al CONSORCIO por valor de COP 18.390.130.857, pues este no tenía una destinación específica, y no a los anticipos adicionales como son los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13, y 14.

Respecto al contenido y alcance del contrato EPC me atengo a su texto íntegro.

AL 13. No es un hecho sino una transcripción que realiza la parte demandante de una de las cláusulas del contrato EPC celebrado entre ARM y EL CONSORCIO.

Sin embargo, se destaca que de la cláusula transcrita por la parte demandante se desprende que los anticipos adicionales serían aprobados únicamente cuando se demostrara la destinación de los mismos, es decir que al momento del desembolso del anticipo este tenía una destinación fija.

Además, la amortización de los anticipos se refiere al anticipo otorgado por ARM al CONSORCIO por valor de COP 18.390.130.857, pues este no tenía una destinación específica, y no a los anticipos adicionales como son los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13, y 14.

Respecto al contenido y alcance del contrato EPC me atengo a su texto íntegro.

AL 14. No es un hecho sino una transcripción que realiza la parte demandante de una de las cláusulas del contrato EPC celebrado entre ARM y EL CONSORCIO.

Respecto al contenido y alcance del contrato EPC me atengo a su texto íntegro.

AL 15. No es un hecho sino una transcripción que realiza la parte demandante de una de las cláusulas del contrato EPC celebrado entre ARM y EL CONSORCIO.

Respecto al contenido y alcance del contrato EPC me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “EL ANEXO NÚMERO 5 Y SU ASEGURAMIENTO”

AL 16. Es cierto que el 5 de septiembre de 2016 ARM y EL CONSORCIO suscribieron el anexo de anticipo No. 5. Lo demás no son hechos sino una transcripción del mencionado anexo de anticipo No. 5.

Sin embargo, la transcripción realizada por la parte demandante no es correcta toda vez que el siguiente párrafo no se encuentra en el texto del anexo de anticipo No. 5:

“El presente Anexo NO CONSTITUYE, ni equivale a la Orden de Intervención para el inicio de la ejecución de Intervenciones en las Unidades Funcionales 1, 2 y 3, las cuales, a la fecha, todavía no se han emitido por parte del Contratante.”

El anexo de anticipo No. 5 si contiene el siguiente párrafo (el cual es diferente al indicado por la parte demandante):

“El presente Anexo NO CONSTITUYE, ni equivale a la Orden de Intervención para el inicio de la ejecución de Intervenciones en la Unidad Funcional 4 (ni de cualquier otra UF), la cual, a la fecha, todavía no se ha emitido por parte del Contratante.”

Respecto al contenido y alcance del anexo de anticipo No. 5 me atengo a su texto íntegro.

AL 17. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante al detalle adjunto del anexo de anticipo No. 5 y una solicitud probatoria.

Respecto al contenido y alcance del detalle adjunto al anexo de anticipo No. 5 me atengo a su texto íntegro.

AL 18. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me constan las razones por las cuales EL CONSORCIO contrató la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 4908.
- Es cierto que EL CONSORCIO y BERKLEY celebraron el contrato de seguro instrumentado a través de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 4908.
- Lo demás no es un hecho sino una transcripción de la parte demandante de una de las condiciones que rigen la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 4908.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 4908 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 19. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 4908, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 4908 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 20. Es cierto según la prueba documental que obra en el expediente. Respecto al contenido y alcance del comprobante de egreso No. 001-CE-002359 me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “EL ANEXO NÚMERO 6 Y SU ASEGURAMIENTO”

AL 21. Es cierto que el 27 de septiembre de 2016 ARM y EL CONSORCIO suscribieron el anexo de anticipo No. 6. Lo demás no son hechos sino una transcripción del mencionado anexo de anticipo No. 6.

Respecto al contenido y alcance del anexo de anticipo No. 6 me atengo a su texto íntegro.

AL 22. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante al detalle adjunto del anexo de anticipo No. 6 y una solicitud probatoria.

Respecto al contenido y alcance del detalle adjunto al anexo de anticipo No. 6 me atengo a su texto íntegro.

AL 23. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me constan las razones por las cuales EL CONSORCIO contrató la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 5350.
- Es cierto que BERKLEY expidió la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 5350.
- Lo demás no es un hecho sino una transcripción de la parte demandante de una de las condiciones que rigen la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 5350.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 5350 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 24. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 5350, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 5350 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 25. Es cierto de acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente. Respecto al contenido y alcance del comprobante de egreso No. 001-CE-002510 me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “EL ANEXO NÚMERO 7 Y SU ASEGURAMIENTO”

AL 26. Es cierto que el 28 de noviembre de 2016 ARM y EL CONSORCIO suscribieron el anexo de anticipo No. 7. Lo demás no son hechos sino una transcripción del mencionado anexo de anticipo No. 7.

Respecto al contenido y alcance del anexo de anticipo No. 7 me atengo a su texto íntegro.

AL 27. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante al detalle adjunto del anexo de anticipo No. 7 y una solicitud probatoria.

Respecto al contenido y alcance del detalle adjunto al anexo de anticipo No. 7 me atengo a su texto íntegro.

AL 28. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me constan las razones por las cuales EL CONSORCIO contrató la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 6851.
- Es cierto que BERKLEY expidió la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 6851.
- Lo demás no es un hecho sino una transcripción de la parte demandante de una de las condiciones que rigen la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 6851.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 6851 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 29. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 6851, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 6851 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 30. Es cierto de acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente. Respecto al contenido y alcance del comprobante de egreso No. 001-CE-002839 me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “EL ANEXO NÚMERO 11 Y SU ASEGURAMIENTO”

AL 31. Es cierto que el 2 de junio de 2017 ARM y EL CONSORCIO suscribieron el anexo de anticipo No. 11. Lo demás no son hechos sino una transcripción del mencionado anexo de anticipo No. 11.

Respecto al contenido y alcance del anexo de anticipo No. 11 me atengo a su texto íntegro.

AL 32. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante al detalle adjunto del anexo de anticipo No. 11 y una solicitud probatoria.

Respecto al contenido y alcance del detalle adjunto al anexo de anticipo No. 11 me atengo a su texto íntegro.

AL 33. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me constan las razones por las cuales EL CONSORCIO contrató la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11590.
- Es cierto que BERKLEY expidió la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11590.

- Lo demás no es un hecho sino una transcripción de la parte demandante de una de las condiciones que rigen la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11590.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11590 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

- AL 34. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11590, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11590 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

- AL 35. Es cierto de acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente. Respecto al contenido y alcance del comprobante de egreso No. 001-CE-003597 me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “EL ANEXO NÚMERO 12 Y SU ASEGURAMIENTO”

- AL 36. Es cierto que el 23 de junio de 2017 ARM y EL CONSORCIO suscribieron el anexo de anticipo No. 12. Lo demás no son hechos sino una transcripción del mencionado anexo de anticipo No. 12.

Respecto al contenido y alcance del anexo de anticipo No. 12 me atengo a su texto íntegro.

- AL 37. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante al detalle adjunto del anexo de anticipo No. 12 y una solicitud probatoria.

Respecto al contenido y alcance del detalle adjunto al anexo de anticipo No. 12 me atengo a su texto íntegro.

- AL 38. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me constan las razones por las cuales EL CONSORCIO contrató la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11589.
- Es cierto que BERKLEY expidió la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11589.
- Lo demás no es un hecho sino una transcripción de la parte demandante de una de las condiciones que rigen la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11589.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11589 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

- AL 39. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11589, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11589 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 40. Es cierto de acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente. Respecto al contenido y alcance del comprobante de egreso No. 001-CE-003654 me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “EL ANEXO NÚMERO 13 Y SU ASEGURAMIENTO”

AL 41. Es cierto que el 19 de julio de 2017 ARM y EL CONSORCIO suscribieron el anexo de anticipo No. 13. Lo demás no son hechos sino una transcripción del mencionado anexo de anticipo No. 13.

Respecto al contenido y alcance del anexo de anticipo No. 13 me atengo a su texto íntegro.

AL 42. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante al detalle adjunto del anexo de anticipo No. 13 y una solicitud probatoria.

Respecto al contenido y alcance del detalle adjunto al anexo de anticipo No. 13 me atengo a su texto íntegro.

AL 43. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me constan las razones por las cuales EL CONSORCIO contrató la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11591.
- Es cierto que BERKLEY expidió la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11591.
- Lo demás no es un hecho sino una transcripción de la parte demandante de una de las condiciones que rigen la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11591.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11591 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 44. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11591, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11591 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 45. Es cierto de acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente. Respecto al contenido y alcance del comprobante de egreso No. 001-CE-003814 me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “EL ANEXO NÚMERO 14 Y SU ASEGURAMIENTO”

AL 46. Es cierto que el 14 de agosto de 2017 ARM y EL CONSORCIO suscribieron el anexo de anticipo No. 14. Lo demás no son hechos sino una transcripción del mencionado anexo de anticipo No. 14.

Respecto al contenido y alcance del anexo de anticipo No. 14 me atengo a su texto íntegro.

AL 47. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante al detalle adjunto del anexo de anticipo No. 14 y una solicitud probatoria.

Respecto al contenido y alcance del detalle adjunto al anexo de anticipo No. 14 me atengo a su texto íntegro.

AL 48. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me constan las razones por las cuales EL CONSORCIO contrató la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11904.
- Es cierto que BERKLEY expidió la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11904.
- Lo demás no es un hecho sino una transcripción de la parte demandante de una de las condiciones que rigen la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11904.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11904 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 49. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11904, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11904 se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de la misma, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

AL 50. Es cierto de acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente. Respecto al contenido y alcance del comprobante de egreso No. 001-CE-003896 me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “DE LA FALTA DE COMPROBACIÓN SOBRE INVERSIÓN DE LOS ANTICIPOS OTORGADOS EN DESARROLLO DE LOS ANEXOS Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 Y 14”

AL 51. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me consta que EL CONSORCIO haya omitido rendir informes sobre las inversiones relacionadas con los anticipos, la justificación de los pagos y sus soportes, por ser un hecho ajeno a mi representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

- No me constan los requerimientos realizados por ARM al CONSORCIO por ser un hecho ajeno a mi representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Se anota que ARM solo aportó los requerimientos realizados al CONSORCIO a partir de octubre de 2018.

AL 52. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- No me constan las razones por las cuales ARM remitió al CONSORCIO la comunicación del 4 de octubre de 2018 por ser un hecho ajeno a mi representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.
- De acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente es cierto que mediante comunicación No. 20182000022491 del 4 de octubre de 2018 ARM otorgó al CONSORCIO un periodo de cura.

Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. 20182000022491 del 4 de octubre de 2018 me atengo a su texto íntegro.

AL 53. Es cierto de acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente. Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. 20182000022491 del 4 de octubre de 2018 me atengo a su texto íntegro.

AL 54. Es cierto que mediante comunicación No. OHLMG-DT-4345 del 14 de noviembre de 2018 EL CONSORCIO dio respuesta a la comunicación No. 20182000022491 del 4 de octubre de 2018 remitida por ARM.

Se anota que EL CONSORCIO en la comunicación No. OHLMG-DT-4345 del 14 de noviembre de 2018 puso de presente las inversiones que soportan los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, las cuales eran de conocimiento de ARM desde el momento en el cual se realizaron los desembolsos de los respectivos anticipos.

AL 55. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierto que ARM remitió al CONSORCIO la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019.
- No me constan los motivos que llevaron a ARM a remitir al CONSORCIO la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019.
- Lo demás no es un hecho sino una transcripción de la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019.

Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019, me atengo a su texto íntegro.

AL 56. Es cierto según la prueba documental que obra en el expediente.

Al respecto solicito que se tenga por confesado que frente a los anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 ARM acepta que para el 5 de febrero de 2019 existían soportes válidos y justificados por los siguientes valores:

- Anticipo No. 5: \$2.157.530.989.
- Anticipo No. 6: \$4.204.980.785.

- Anticipo No. 7: \$1.444.198.000.
- Anticipo No. 11: \$5.305.385.615.
- Anticipo No. 12: \$1.925.801.470.
- Anticipo No. 13: \$2.837.049.779.
- Anticipo No. 14: \$979.023.879.

Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019, me atengo a su texto íntegro.

AL 57. Contiene varias afirmaciones que no corresponden a hechos sino apreciaciones subjetivas de la parte demandante por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

Sin embargo, no es cierto que con la terminación unilateral del contrato se pueda verificar la inversión y amortización de los anticipos, pues únicamente hasta que se realice la liquidación del contrato EPC se definirá el estado de cuentas entre los contratantes.

AL 58. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierta la existencia de la comunicación No. OHLMG-DT-5128 del 5 de marzo de 2019.
- La afirmación “*se limitó a manifestar que el asunto relacionado con los anticipos había sido sometido por la contratante al conocimiento del tribunal arbitral (...)*” no es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca del contenido de la comunicación No. OHLMG-DT-5128 del 5 de marzo de 2019, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019, me atengo a su texto íntegro.

AL TÍTULO DENOMINADO “DEL TRÁMITE ARBITRAL ENTRE AUTOPISTA RÍO MAGDALENA S.A.S. Y EL CONSORCIO OHL MAGDALENA”

AL 59. Es cierto. Respecto al contenido y alcance de la demanda arbitral presentada por EL CONSORCIO contra ARM me atengo a su texto.

Llama la atención que ARM siendo parte del mencionado Tribunal Arbitral no haya aportado prueba de la demanda arbitral que afirma presentaron las sociedades integrantes del CONSORCIO contra ARM, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

AL 60. Es cierto. Respecto al contenido y alcance de la demanda de reconvencción presentada por ARM contra EL CONSORCIO me atengo a su texto.

Llama la atención que ARM siendo parte del mencionado Tribunal Arbitral y la demandante en reconvencción según lo que confiesa en el hecho 60 de la reforma de la demanda, no haya aportado prueba de la de la demanda de reconvencción en el trámite arbitral que afirma presentaron las sociedades

integrantes del CONSORCIO contra ARM, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

AL 61. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la relación entre el trámite arbitral iniciado por las sociedades integrantes del CONSORCIO contra ARM, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

Sin embargo, manifiesto que, como se expondrá más adelante, existe identidad de cuestión litigiosa entre el tribunal de arbitramento y el presente proceso en lo que a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 se refiere.

Llama la atención que ARM siendo parte del mencionado Tribunal Arbitral y la demandante en reconvencción según lo que confiesa en el hecho 60 de la reforma de la demanda, no haya aportado prueba de la demanda de reconvencción en el trámite arbitral que afirma presentaron las sociedades integrantes del CONSORCIO contra ARM, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 84 del Código General del Proceso.

AL 62. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de las razones que la llevaron a demandar a BERKLEY, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL 63. No es un hecho sino una referencia normativa de la parte demandante, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL 64. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la competencia del juez que debe conocer la controversia relacionada con las pólizas expedidas por BERKLEY que interesan al presente proceso, por lo tanto, no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL 65. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la ausencia de amortización y devolución de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 y de la carga de la prueba en el presente asunto, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL 66. No es un hecho sino una apreciación de la parte demandante acerca de la forma en que se debe probar la amortización de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

Sin embargo, debe ponerse de presente que no existe tarifa legal que indique que la amortización de los anticipos únicamente se prueba con actas de entrega y facturación, pues incluso el contrato EPC no previó este requisito en lo que a los anticipos adicionales se refiere.

AL TÍTULO DENOMINADO “DE LAS RECLAMACIONES A LA COMPAÑÍA DE SEGUROS”

AL 67. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierto que el 12 de marzo de 2019 ARM a través de apoderado radicó ante BERKLEY una comunicación en la que solicitaba el pago de una indemnización derivada de la póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908.
- No es cierto que dicha comunicación corresponda a una reclamación formal, toda vez que no cumplía con los requisitos del artículo 1077 del

Código de Comercio pues no se encontraba acreditada la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de este.

- Es cierto que el valor pretendido por ARM en la comunicación del 12 de marzo de 2019 ascendía a \$2.770.109.032.
- Al respecto solicito que se tenga por confesado que frente al anticipo No. 5 ARM acepta que para el 12 de marzo de 2019 únicamente faltaban soportes válidos respecto a la suma de \$2.770.109.032 de los \$4.927.640.021 entregados como anticipo No. 5.

AL 68. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierto que el 13 de marzo de 2019 ARM a través de apoderado radicó ante BERKLEY una comunicación en la que solicitaba el pago de una indemnización derivada de la póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350.
- No es cierto que dicha comunicación corresponda a una reclamación formal, toda vez que no cumplía con los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio pues no se encontraba acreditada la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de este.
- Es cierto que el valor pretendido por ARM en la comunicación del 13 de marzo de 2019 ascendía a \$795.149.025.
- Al respecto solicito que se tenga por confesado que frente al anticipo No. 6 ARM acepta que para el 13 de marzo de 2019 únicamente faltaban soportes válidos respecto a la suma de \$795.149.025 de los \$5.000.129.810 entregados como anticipo No. 6.

AL 69. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierto que el 13 de marzo de 2019 ARM a través de apoderado radicó ante BERKLEY una comunicación en la que solicitaba el pago de una indemnización derivada de la póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851.
- No es cierto que dicha comunicación corresponda a una reclamación formal, toda vez que no cumplía con los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio pues no se encontraba acreditada la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de este.
- Es cierto que el valor pretendido por ARM en la comunicación del 13 de marzo de 2019 ascendía a \$879.280.000.
- Al respecto solicito que se tenga por confesado que frente al anticipo No. 7 ARM acepta que para el 13 de marzo de 2019 únicamente faltaban soportes válidos respecto a la suma de \$879.280.000 de los \$2.323.578.000 entregados como anticipo No. 7.

AL 70. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierto que el 13 de marzo de 2019 ARM a través de apoderado radicó ante BERKLEY una comunicación en la que solicitaba el pago de una indemnización derivada de la póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590.

- No es cierto que dicha comunicación corresponda a una reclamación formal, toda vez que no cumplía con los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio pues no se encontraba acreditada la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de este.
- Es cierto que el valor pretendido por ARM en la comunicación del 13 de marzo de 2019 ascendía a \$1.570.434.385.
- Al respecto solicito que se tenga por confesado que frente al anticipo No. 11 ARM acepta que para el 13 de marzo de 2019 únicamente faltaban soportes válidos respecto a la suma de \$1.570.434.385 de los \$6.875.820.000 entregados como anticipo No. 11.

AL 71. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierto que el 12 de marzo de 2019 ARM a través de apoderado radicó ante BERKLEY una comunicación en la que solicitaba el pago de una indemnización derivada de la póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11591.
- No es cierto que dicha comunicación corresponda a una reclamación formal, toda vez que no cumplía con los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio pues no se encontraba acreditada la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de este.
- Es cierto que el valor pretendido por ARM en la comunicación del 13 de marzo de 2019 ascendía a \$4.813.015.221.
- Al respecto solicito que se tenga por confesado que frente al anticipo No. 11 ARM acepta que para el 13 de marzo de 2019 únicamente faltaban soportes válidos respecto a la suma de \$4.813.015.221 de los \$7.650.065.000 entregados como anticipo No. 13.

AL 72. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

Respecto al contenido y alcance de las comunicaciones a las que se refieren los hechos 67 a 71 de la reforma de la demanda me atendo a su texto íntegro.

AL 73. Es cierto que mediante comunicaciones del 11 de abril de 2019 BERKLEY objetó las reclamaciones presentadas por ARM con relación a los anexos de anticipos Nos. 5, 6, 7, 11 y 13

Respecto a los términos y condiciones de las comunicaciones mediante las cuales BERKLEY objetó las reclamaciones presentadas por ARM me atengo a su texto íntegro.

AL 74. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierto que el 13 de junio de 2019 ARM radicó derecho de petición ante BERKLEY en la cual solicitó copia del formulario de declaración de asegurabilidad del CONSORCIO.
- Es cierto que no existe formulario de asegurabilidad suscrito por EL CONSORCIO. Se anota que según el artículo 1058 no es obligatoria la suscripción de dicho formulario.

AL TÍTULO DENOMINADO “DE LA TERMINACIÓN E IMPOSIBILIDAD DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO EPC”

AL 75. No es un hecho sino una transcripción de la parte demandante de una de las cláusulas del contrato EPC.

Respecto al contenido y alcance del contrato EPC suscrito entre ARM y EL CONSORCIO me atengo a su texto íntegro.

AL 76. Es cierto. Respecto al contenido y alcance de la comunicación del 8 de abril de 2019 dirigida por ARM al CONSORCIO me atengo a su texto íntegro.

AL 77. Es cierto y solicito que se tenga por confesado que lo que siempre ha pretendido ARM es que se pruebe la inversión y la destinación de los anticipos entregados al CONSORCIO.

Lo demás no es un hecho sino una transcripción del contenido de la comunicación de 8 de abril de 2019 respecto a la cual me atengo a su texto íntegro.

AL 78. No es un hecho sino una transcripción del contenido de la comunicación de 8 de abril de 2019 respecto a la cual me atengo a su texto íntegro.

AL 79. No me consta por ser un hecho ajeno a mi representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

AL 80. No me consta por ser un hecho ajeno a mi representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

AL 81. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- De acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente, es cierto que mediante comunicación No. 20192400016821 del 5 de agosto de 2019 ARM realizó un estado de cuenta preliminar del contrato EPC.
- No me constan los motivos que llevaron a ARM a remitir la comunicación del 5 de agosto de 2019 por ser hechos ajenos a mi representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. 20192400016821 del 5 de agosto de 2019.

AL 82. No es un hecho sino una transcripción de un aparte de la comunicación No. 20192400016821 del 5 de agosto de 2019.

Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. 20192400016821 del 5 de agosto de 2019.

Ahora bien, es importante resaltar que en el aparte que cita la parte demandante no se discriminó a qué anticipos correspondía el valor no amortizado y en qué proporción.

AL 83. No me consta por ser un hecho ajeno a mi representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. 20192400016821 del 5 de agosto de 2019 me atengo a su texto íntegro.

AL 84. Contiene varias afirmaciones a las cuales respondo:

- Es cierto que EL CONSORCIO objetó los supuestos incumplimientos alegados por ARM y solicitó que la liquidación del contrato EPC se realizara en el trámite arbitral, mediante comunicación No. OHLMG-DT-5773 del 13 de agosto de 2019.
- No es cierto que EL CONSORCIO haya guardado silencio respecto a la amortización del anticipo, pues en la comunicación No. OHLMG-DT-5773 del 13 de agosto de 2019 manifestó que rechazaba en su totalidad la liquidación realizada por ARM, lo cual lógicamente incluye el aparte de anticipos.

Respecto al contenido y alcance de la comunicación No. OHLMG-DT-5773 del 13 de agosto de 2019 me atengo a su texto íntegro.

AL 85. Es cierto de acuerdo con la prueba documental aportada con la reforma de la demanda. Sin embargo, esta acta no permite determinar cuál era el supuesto anticipo pendiente de amortización para los anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.

Además, como se expondrá más adelante se encuentra debidamente soportado que los dineros entregados por ARM al CONSORCIO por los anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, fueron invertidos en la ejecución del contrato EPC.

AL 86. Es cierto de acuerdo con la prueba documental aportada con la reforma de la demanda. Sin embargo, esta acta no permite determinar cuál era el supuesto anticipo pendiente de amortización para los anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.

Además, como se expondrá más adelante se encuentra debidamente soportado que los dineros entregados por ARM al CONSORCIO por los anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, fueron invertidos en la ejecución del contrato EPC.

AL TÍTULO DENOMINADO “SOBRE LA NO AMORTIZACIÓN DE LOS ANTICIPOS CORRESPONDIENTES A LOS ANEXOS Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 Y 14”

AL 87. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante a un documento que pretende hacer valer como prueba.

Respecto al contenido y alcance de la certificación expedida por la contadora de ARM me atengo a su texto íntegro.

AL 88. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante a un dictamen pericial que pretende hacer valer como prueba.

Respecto al contenido y alcance del dictamen pericial me atengo a su texto, sin embargo, este medio de prueba debe ser sometido a contradicción.

Desde ya se pone de presente que el dictamen pericial aportado por ARM es inconducente, impertinente e inútil pues se refiere a los anexos de anticipo No. 9 y 10, los cuales fueron asegurados por otra compañía de seguros distinta a

BERKLEY y no se relacionan con las pretensiones de la demanda ni su reforma.

- AL 89. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca del dictamen pericial elaborado por FTI, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

Se reitera que el dictamen pericial aportado por ARM es inconducente, impertinente e inútil pues se refiere a los anexos de anticipo No. 9 y 10, los cuales fueron asegurados por otra compañía de seguros distinta a BERKLEY.

- AL 90. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca del dictamen pericial elaborado por FTI, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

Se reitera que el dictamen pericial aportado por ARM es inconducente, impertinente e inútil pues se refiere a los anexos de anticipo No. 9 y 10, los cuales fueron asegurados por otra compañía de seguros distinta a BERKLEY.

- AL 91. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la naturaleza del anticipo, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

- AL 92. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de los hechos que sustentan sus pretensiones, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL TÍTULO DENOMINADO “DE LA COBERTURA O AMPARO CONTEMPLADO EN LAS PÓLIZAS EXPEDIDAS POR BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. – BERKLEY POR NO AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO”

- AL 93. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la cobertura de las pólizas expedidas por BERKLEY por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

En todo caso, vale la pena aclarar que la cobertura otorgada por las pólizas de seguro de cumplimiento entre particulares expedidas por BERKLEY se encuentra limitada a las condiciones especificadas en los condicionados de las mismas, respecto a los cuales me atengo a su texto íntegro.

- AL 94. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la imposibilidad de ejecución de las obras del contrato EPC y la inversión de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, por lo tanto, no me asiste el deber legal de pronunciarme.

- AL 95. No es un hecho sino una solicitud probatoria de la parte demandante, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

Sin embargo, BERKLEY aporta con la presente contestación un dictamen pericial elaborado por la firma GFA del cual se desprende que el valor de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 fueron debidamente invertidos en la ejecución del contrato EPC.

- AL 96. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la supuesta configuración de un siniestro bajo las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares expedidas por BERKLEY, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

Desde ya se menciona que no se ha configurado un siniestro bajo las pólizas expedidas por BERKLEY y que se relacionan con el presente proceso, por las razones que se expondrán en el acápite de excepciones de mérito.

IV. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. **Existencia de un tribunal de arbitramento internacional en el cual se discute la misma cuestión litigiosa del supuesto incumplimiento en el manejo de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14**

Es preciso tener en cuenta que existe en la actualidad un tribunal de arbitramento de carácter internacional entre ARM y el CONSORCIO, derivado de la ejecución del contrato EPC (tribunal en el cual se discute, entre otros asuntos, lo relativo a los anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 garantizados por BERKLEY), en relación con lo cual destaco los aspectos que se resumen a continuación.

1.1. Demanda del CONSORCIO vs ARM (Solicitud de arbitraje)

El CONSORCIO OHL RIO MAGDALENA está conformado por:

- OHL COLOMBIA SAS.
- CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL SAS.

El CONSORCIO OHL RIO MAGDALENA, mediante solicitud de arbitraje del 30 de noviembre de 2018, convocó a ARM con pretensiones relativas al contrato EPC consistentes en:

- Factor de seguridad de los taludes (página 27), por cuanto el CONSORCIO considera que ARM objetó los diseños a pesar de estar aprobados por el interventor, se negó a realizar pagos y las exigencias de ARM en materia de diseños supondrían sobre costos muy significativos en contra del CONSORCIO.
- Plazo de finalización de la obra (página 28), ya que el CONSORCIO indica que el plazo de ejecución del contrato de EPC se cuenta a partir de la Orden de Intervención (ODI) y no desde el Acta de Inicio de la Fase de Construcción prevista en el contrato de concesión suscrito entre ARM y la ANI.

Los anteriores asuntos son relevantes en el presente proceso, ya que constituyen la excepción de contrato no cumplido en cabeza del CONSORCIO que también puede ser invocada por BERKLEY, en su condición de garante, en contra de ARM.

1.2. Demanda de reconvención de ARM vs el CONSORCIO

ARM, a través del documento de 15 de febrero de 2019 contestó la anterior solicitud de arbitraje (oponiéndose a la misma) y, por otra parte, presentó demanda de reconvención.

La demanda de reconvención se dirigió contra el CONSORCIO y, además, contra la sociedad OBRASCON HUARTE LAIN S.A., la cual se obligó solidariamente junto con el CONSORCIO en el contrato EPC frente a ARM.

La demanda de reconvención contra el CONSORCIO (página 18) menciona los siguientes hechos de incumplimiento que le endilga al CONSORCIO:

- Incumplimiento del CONSORCIO del plan de obras.
- Paralización de las obras en las UF 1 y UF 2.
- Incumplimiento en la gestión ambiental.
- Incumplimiento de las obligaciones en materia de anticipos, entre los cuales señala los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 a que se refiere este proceso.

Las pretensiones de la demanda de reconvención se sintetizan, en su parte pertinente, en lo siguiente:

- Que se declare que el CONSORCIO está impedido para presentar las reclamaciones de la demanda arbitral (lo anterior se basa en la exoneración de responsabilidad en favor de ARM pactada en el contrato SPA, en virtud del cual OBRASCON HUARTE LAIN S.A., matriz de las empresas que forman el CONSORCIO, las enajenó, asunto que se desarrolla más adelante).
- Que se condene al CONSORCIO a pagar a ARM las indemnizaciones, compensaciones, multas, sanciones y cargas contractuales como resultado de los incumplimientos del CONSORCIO, entre los cuales se encuentran los supuestos incumplimientos de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- La cuantía de demanda de reconvención la estima ARM en el valor aproximado de USD\$100.000.000.

1.3. Otros asuntos relevantes que se evidencian en el proceso arbitral

Para efectos ilustrativos se destacan enseguida algunos asuntos que son relevantes en el caso que se debate en el presente proceso y que forman parte del trámite arbitral:

- Pertenencia al mismo grupo empresarial: ARM y las empresas que conforman el CONSORCIO formaban parte de un mismo grupo empresarial, cuya matriz era OBRASCON HUARTE LAIN S.A. (OHL S.A.). En dicho grupo ARM pertenecía al área de concesiones y las empresas del CONSORCIO al área de construcciones (ver página 5 de la demanda y página 4 de la contestación).
- Unidad de gestión entre el concesionario y el constructor: ARM y las empresas que formaban parte del CONSORCIO actuaban bajo unidad de criterio y decisión dentro de los intereses de la sociedad matriz OHL S.A. Además, para el desarrollo del proyecto existía unidad de gestión (página 5 de la demanda).
- Venta del área de concesiones por parte de OBRASCON HUARTE LAIN S.A. (OHL S.A.) y ruptura en el modelo de gestión: mediante contrato de venta de acciones (SPA) cuyo cierre tuvo lugar el 12 de abril de 2018 el fondo australiano IFM Global Infrastructure Fund, a través de la compañía Global Infranco Spain SLU, adquirió de OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. la totalidad de las acciones que esta poseía en OHL CONCESIONES SAU (esta última sociedad pasó a denominarse ALEATICA). En consecuencia, las partes del contrato EPC dejaron de pertenecer al mismo grupo empresarial, por lo cual se generó una ruptura en el modelo de gestión compartida (ver página 5 de la demanda y página 4 de la contestación).
- Exoneración de responsabilidades en favor de ARM respecto del contrato de EPC: en el contrato de compra venta de acciones (SPA) en la Sección 11.17, OBRASCON HUARTE LAÍN, S.A., en nombre suyo y de sus empresas (entre las cuales está OHL COLOMBIA SAS y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS

OHL SAS) libera de responsabilidad, entre otras, a ARM frente a cualquier reclamo, demanda o acción en su contra por cuestiones, causas o eventos anteriores o simultáneos a la fecha de cierre del SPA. Tal situación alteró de manera sustancial y gravosa el régimen de las obligaciones y de las responsabilidades del contrato EPC e introdujo una modificación a la estructura contractual entre ARM y el CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA (ver página 4 de la contestación).

2. Las pólizas emitidas por BERKLEY corresponden a contratos de seguro de cumplimiento

2.1. El seguro de cumplimiento cubre el incumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato garantizado

El seguro de cumplimiento tiene por objeto proteger al asegurado (acreedor de la obligación, en este caso ARM) por los perjuicios derivados del incumplimiento imputable por parte del deudor de la obligación (en este caso el CONSORCIO).

Así las cosas, en este tipo de seguros el siniestro es el incumplimiento de una obligación existente entre el acreedor (que es el asegurado, en este caso ARM) y el deudor (quien es el contratista obligado, en este caso el CONSORCIO), tal y como lo puntualizó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 7 de mayo de 2002, exp. 6181:

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

Lo anterior es relevante en la medida en que el amparo de anticipo de la póliza otorgó una garantía en los términos en que el anticipo se encuentra regulado en los otrosíes pactados, de tal suerte que el asegurado (ARM) no puede pretender reclamarle a la compañía de seguros más de aquello que podría obtener del directamente obligado (el CONSORCIO).

2.2. El incumplimiento para activar el contrato de seguro debe ser imputable al contratista

El seguro de cumplimiento tiene por fin cubrir los perjuicios que se causen al acreedor-contratante (ARM), provenientes de un incumplimiento imputable al deudor-contratista (el CONSORCIO), el cual constituye el riesgo asegurado en la póliza.

Bajo tal premisa, solo podrá configurarse un siniestro si dicho riesgo de incumplimiento imputable acaece (artículo 1072 del Código de Comercio), lo cual determina el nacimiento de la obligación condicional a cargo del asegurador (artículo 1054 del Código de Comercio)

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en la sentencia de la Sala Civil, de 21 de septiembre de 2000, exp. 6140¹:

“...no basta el suceso objetivo del incumplimiento del tomador para que se genere inmediatamente la prestación indemnizatoria a cargo de la aseguradora, puesto que, además, el desacato debe ser “legalmente” imputable al tomador,

¹ Posición reiterada en múltiples ocasiones, entre las cuales está la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 24 de julio de 2006, exp. 00191

causándole daño al beneficiario, quien tiene la carga de probar la existencia y monto de éste”.

Este asunto es muy importante, ya que para que se configure el siniestro es preciso que el incumplimiento sea imputable. Así las cosas, si el contratista deudor de la obligación invoca legítimamente una causal de justificación (por ejemplo, la excepción de contrato no cumplido), la misma hace que el incumplimiento no le sea imputable.

2.3. La aseguradora puede oponer como defensa los mismos medios que tiene el contratista garantizado

En virtud del seguro de cumplimiento, la aseguradora garantiza una obligación derivada de una relación jurídica subyacente entre el acreedor (contratante) y el deudor (contratista), de tal suerte que, en su condición de garante, la aseguradora puede invocar los mismos medios de defensa que tiene el directamente obligado.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el particular en la sentencia de la Sala Civil, de 21 de septiembre de 2000, exp. 6140:

“...la aseguradora puede resultar exonerada de pagar la indemnización si demuestra que las obligaciones por cuyo cumplimiento se comprometió a responder fueron satisfechas, o que si bien fueron incumplidas, fue porque primero correspondía al otro contratante acatar las suyas (excepción de contrato no cumplido); o, en fin, que la infracción se dio por mediar un motivo legítimo o una causa extraña; en pocas palabras, no puede entenderse que la aseguradora en todo caso responde por el cumplimiento de las obligaciones del tomador, así éste tuviera motivos válidos para desatenderlas.

*Desde esa perspectiva, entonces, si a la compañía se le formula el reclamo ante el evento del incumplimiento del contratista, se halla en posibilidad de oponerse al pago y establecer su defensa alegando que el tomador no es “legalmente responsable” del incumplimiento de las obligaciones contraídas a raíz de la celebración del contrato de obra, pues la prestación indemnizatoria a cargo del asegurador fluye cuando se cumple el hecho condicional establecido en el contrato de seguro y dentro de los límites allí previstos, lo que sucederá únicamente cuando se materialice la responsabilidad contractual del constructor, y siendo ello así, quiere decir que **si el acreedor o beneficiario de la obra no ha cumplido a su vez con sus recíprocas obligaciones**, en este caso concretadas en el pago del precio convenido, **cabe proponer contra él y aun se puede reconocer de oficio la excepción de contrato no cumplido** que igual libera al asegurador, como que dicho fenómeno excluye por sí mismo la responsabilidad contractual del contratista tomador del seguro de cumplimiento” (se destaca)*

Lo anteriormente expuesto tiene dos manifestaciones en el presente proceso.

La primera es que permitiría a BERKLEY invocar como excepciones frente a ARM todas aquellas defensas que el CONSORCIO tenga a su haber.

La segunda consiste en que si se considera que por efectos del acuerdo de compraventa de acciones al cual nos hemos referido (SPA), según lo reconoce ARM en su contestación a la solicitud arbitraje, el contratista liberó de responsabilidad al contratante no podría invocar incumplimientos de ARM anteriores al 12 de abril de 2018, privando de esta manera también a la aseguradora de elementos de defensa fundamentales, lo cual configura la agravación del estado del riesgo.

2.4. El seguro de cumplimiento es meramente indemnizatorio, no puede ser fuente de enriquecimiento y al asegurado le compete probar a cabalidad el siniestro y su cuantía

El seguro de cumplimiento es un seguro de daños, razón por la cual le son aplicables las siguientes reglas:

- El principio indemnizatorio previsto en el artículo 1088 del Código de Comercio, según el cual el contrato es de mera indemnización y no puede constituir fuente de enriquecimiento para el asegurado.
- La necesidad de que el asegurado acredite, además de la ocurrencia del siniestro, la cuantía real de la pérdida sufrida, lo que está consignado en el artículo 1077 del Código de Comercio.

Lo anterior se encuentra claramente aceptado por la jurisprudencia, de la cual procedemos a citar a renglón seguido dos de las sentencias más representativas sobre el seguro de cumplimiento.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil de 7 de mayo de 2002 exp. No. 6181:

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

Sentencia de la Corte Suprema de justicia, Sala de casación Civil de 24 de julio de 2006, exp. No. 00191:

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

Pues bien, como se desarrollará más adelante, en el caso bajo examen, tanto la reclamación como la demanda y la reforma de la demanda, presentadas por ARM no acreditaron debidamente el siniestro y su cuantía.

3. Identidad de cuestión litigiosa entre el tribunal de arbitramento y el presente proceso

El contrato de seguro de cumplimiento de obligaciones es un contrato principal, pues se trata de un negocio jurídico distinto a aquel que se asegura. Cada uno de ellos goza de su propia individualidad y está regido por las normas que le son propias.

En el presente caso los citados contratos son:

- El Contrato EPC celebrado entre ARM y el CONSORCIO.
- Los contratos de seguro contenidos en las siguientes pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares:

Anticipo No.	Póliza No.	Vigencia	Valor asegurado
5	4908	05/09/2016 – 31/05/2021	\$4.927.640.021
6	5350	05/10/2016 – 31/05/2021	\$5.000.129.810
7	6851	02/12/2016 – 31/05/2021	\$2.323.478.000
11	11590	01/06/2017 – 31/05/2021	\$6.875.820.000
12	11589	23/06/2017 – 31/05/2021	\$2.119.650.000
13	11591	25/07/2017 – 31/05/2021	\$7.650.065.000
14	11904	11/08/2017 – 31/05/2021	\$1.212.110.000

Resulta de la mayor importancia destacar que la doctrina ampliamente ha reconocido la innegable interdependencia que existe entre ellos, pues tratándose del seguro de cumplimiento, el riesgo cubierto es por supuesto el incumplimiento, el que se entiende configurado cuando el contrato asegurado se incumple.

Lo anterior significa que el fenómeno del incumplimiento es un elemento común que determina el nacimiento de obligaciones tanto en el contrato primigenio (relación jurídica subyacente entre contratante y contratista), como en el contrato de seguro.

Este elemento común, a su turno, tiene por virtud también determinar la cuantía de la respectiva indemnización (obviamente en el contrato de seguro hasta el límite del valor asegurado).

Con base en la estructura jurídica descrita, es un imperativo lógico que exista identidad de decisiones en cuanto a la determinación de si hay o no hay incumplimiento y de si hay o no hay perjuicios.

No sería admisible, en rigor jurídico, que para efectos de la relación jurídica subyacente entre contratante (ARM) y contratista (CONSORCIO) no exista incumplimiento o no exista perjuicio, pero en el campo del contrato de seguro se diga que tal incumplimiento sí existió o que los perjuicios en efecto sí se causaron.

Por tal razón la doctrina más representativa ha expuesto que el contrato de seguro de cumplimiento es un contrato cuya obligación principal es de carácter condicional y dependiente del contrato asegurado. Andrés Ordóñez Ordóñez en su libro “El Seguro de Cumplimiento de Contratos Estatales en Colombia” manifestó:

“...si bien el contrato de seguro es principal, la obligación del asegurador es esencialmente condicional, y si la condición de la cual depende consiste en el incumplimiento de un tercero a una obligación suya, es ineludible que la obligación del asegurador se vuelva en este caso dependiente de esa obligación original...”²

Igualmente, Jorge Eduardo Narváez Bonnet en su obra “El Seguro de Cumplimiento de Contratos y Obligaciones” ha dicho:

“Como corolario de lo expuesto, se afirma que el seguro de cumplimiento de obligaciones y contratos es un contrato principal, aunque interdependiente genética y funcionalmente de la obligación o del contrato que se garantiza,

² Ordóñez Ordóñez Andrés E. EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS ESTATALES EN COLOMBIA. Universidad Externado. Primera Impresión Publicaciones Externado. 2012. Pág. 12.

interdependencia que se manifiesta en el hecho que los vicios determinantes de nulidad o inexistencia del contrato que garantiza pueden llegar a afectar el riesgo amparado, por cuanto este viene determinado por el incumplimiento imputable al contratista, lo que presupone la vinculatoriedad y vigencia de las obligaciones que éste hubiera asumido.

(...)

En síntesis, el seguro de cumplimiento es un contrato principal, aunque esta inexorablemente ligado a la suerte del contrato o negocio subyacente garantizado, del cual depende en todas las fases de su desarrollo y existencia...”³

La situación de incumplimiento del CONSORCIO y la existencia de perjuicios, así como el incumplimiento de ARM y la compensación de obligaciones recíprocas entre contratante y contratista son asuntos comunes entre el contrato de EPC y el contrato de seguro.

V. EXCEPCIONES DE MÉRITO COMUNES A LAS PÓLIZAS DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES PARTICULARES Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 Y 11904

1. Terminación del contrato de seguro por la modificación sustancial del estado del riesgo (por el contrato SPA) y la omisión de notificación a BERKLEY

1.1. Características del contrato EPC y su alteración por el SPA en virtud del cual se exoneró de responsabilidad a ARM

Ante todo, debe señalarse que el contrato EPC celebrado entre ARM y el CONSORCIO es un contrato de naturaleza bilateral (sinalagmático), en la medida es que es fuente de obligaciones recíprocas a cargo de cada una de las partes.

En efecto, conforme lo señala el artículo 1496 del Código Civil “*El contrato es... Bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente*”.

Adicionalmente, el citado contrato es de naturaleza conmutativa, característica que conforme al artículo 1948 del Código Civil se presenta “*cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez*”.

En los contratos bilaterales y conmutativos las prestaciones son interdependientes entre sí.

Lo anteriormente expuesto lo explican los profesores franceses Malaurie y Aynes⁴ en su obra de derecho civil que nos permitimos citar:

“Los contratos sinalagmáticos constituyen la variedad de contratos más numerosa y la más importante. Éstos son caracterizados por la interdependencia de las obligaciones recíprocas que se imponen a los contratantes: la obligación del uno depende de aquella del otro. De una manera general, esta interdependencia contribuye a hacer eficaz el contrato sinalagmático: el temor de perder su acreencia incita a cada uno a ejecutar su deuda. De manera más precisa, esta interdependencia justifica las tres consecuencias que resultan de la inejecución.

³ Narváez Bonnet, Jorge Eduardo. EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS Y OBLIGACIONES. Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011. Pág. 136

⁴ Malaurie, Phillipe y Aynes, Laurent, Droit Civil-Les Obligations, Editions Cujas, Paris, 1985, pág. 374.

1º Es posible que uno de los contratantes reclame la ejecución de su crédito, sin haber pagado su deuda. El otro podrá entonces rehusar a pagar, invocando la excepción de inejecución...”

En la doctrina nacional se destaca lo dicho por los profesores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta⁵, en el siguiente sentido:

“Las obligaciones resultantes de los contratos bilaterales o sinalagmáticos están ligadas entre sí por un vínculo de interdependencia. En consecuencia, si una de las partes deja de cumplir las de su cargo, la otra parte queda exonerada de las suyas, o si ya las ha cumplido, tiene derecho a la restitución. Sería aberrante que en un contrato bilateral uno solo de los contratantes satisficiera sus derechos sin que los otros pudieran obtener la restitución de lo pagado por ellos o sin que pudieran oponerse a las exigencias del contratante incumplido”

Igualmente, el profesor de la Universidad del Rosario Edgar Ramírez Baquero en el libro Obligaciones y Contratos - Ensayos⁶, indica que en un contrato bilateral debe existir un equilibrio prestacional, puesto que las obligaciones son recíprocas y que si un contratante incumple su obligación el otro contratante para exigir el cumplimiento debe, por su parte, cumplir la obligación correlativa:

“Como en la relación bilateral está implícito el equilibrio prestacional, puesto que las prestaciones que recíprocamente gravitan sobre los contratantes deben ser proporcionales, que es lo mismo que decir que los términos del intercambio han de ser justos, equitativos, lo cual corresponde a lo que los griegos llamaban el ‘sinalagma’, este contratante probo solo tendrá derecho al resarcimiento del daño compensatorio si, según el caso, ha cumplido o cumple con la prestación de su rol. En efecto, este sinalagma únicamente podrá preservarse si el que llamamos contratante honorable, investido del derecho de recibir una indemnización compensatoria, a su turno satisface el débito prestacional que le atañe. De no ser las cosas así, es decir, si a este contratante, a quien se le brinda el derecho al resarcimiento del daño compensatorio, se le libera del imperativo obligacional que le compete, en su favor se generaría un estado de enriquecimiento sin causa, que, por supuesto, no es de modo ninguno admisible; estado que evidentemente desquicia injustificadamente este sinalagma. En suma, el contratante probo, virtuoso, que se dirige por la indemnización del daño compensatorio, no está liberado de la contraprestación que le corresponde cumplir. Debe atenderla si es que con anterioridad a su reclamo en sede de resarcimiento no lo ha hecho. Si nunca cumple, la otra parte, por añadidura, podrá eficazmente interponer a su pretensión de resarcimiento la excepción de contrato no cumplido, gesto con el cual, de paso, evita que se suceda una situación de enriquecimiento torticero.”

Uno de los efectos destacables de los contratos bilaterales consiste en la excepción de contrato no cumplido, figura que es explicada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia de 9 de marzo de 2001, Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas, expediente No. 5659:

“Ahora bien, respecto de contratos bilaterales, por sobre todo de aquellos en que las obligaciones que surgen para los contratantes son múltiples, sucesivas e intercaladas, como ocurre con la convención fuente de esta controversia, gran importancia tiene el mandato del artículo 1609 del Código Civil, conforme el cual

⁵ Ospina Fernández, Guillermo, Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis, Bogotá, 2000, página 60.

⁶ Ramírez Baquero, Edgar, Obligaciones y Contratos - Ensayos, Colección Textos de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, página 205.

‘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’.

Pues bien, en el presente caso las partes del contrato EPC alteraron el equilibrio sinalagmático que caracterizaba el contrato original, en la medida en que a través de un contrato de compraventa de acciones (SPA) acordaron liberar a una de las partes (en este caso a ARM) de responsabilidad frente a cualquier reclamo, demanda o acción en su contra por parte del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA, que surgiera o pudiera surgir por cuestiones, causas o eventos anteriores o simultáneos a la fecha de cierre del SPA.

Dicho de otra manera, mediante el citado acuerdo se alteró el equilibrio recíproco acordado inicialmente en el contrato EPC, ya que la conducta de uno de los contratantes (ARM) en el cumplimiento de sus obligaciones dejó de producir efectos jurídicos, lo cual no es más que la ruptura total del sinalagma propio de este contrato.

Es tan evidente esta situación que el asegurado ARM en la contestación a la solicitud arbitraje de manera inequívoca afirma que todas aquellas cuestiones anteriores al 12 de abril de 2018 (fecha de cierre del SPA), tales como la ampliación de plazos en el plan de obras y el factor de seguridad de los taludes, que precisamente son la causa que explica la conducta del CONSORCIO, no existen jurídicamente.

Es decir, que según el mismo dicho del asegurado (ARM), a este respecto no procede la excepción de contrato no cumplido, figura propia de los contratos bilaterales, todo lo cual muestra que a través de un pacto secreto no conocido por BERKLEY se alteró de manera grave y sustancial el riesgo que se estaba asegurando.

Ciertamente, las pólizas expedidas por BERKLEY ampararon un contrato bilateral y conmutativo, en relación con el cual no existían renunciaciones o exoneraciones de responsabilidades absolutas, asuntos que por supuesto modificaron el estado del riesgo.

Si en el presente caso se llegara a la conclusión de que el CONSORCIO pudo haber incumplido, muy seguramente la causa de dicho incumplimiento obedezca a que ARM fue quien incumplió previamente, circunstancia que purga la mora del contratista.

Lo pactado en el SPA modifica el régimen de obligaciones recíprocas en desmedro de la situación del contratista, cuyo cumplimiento fue asegurado.

1.2. Terminación del contrato de seguro por la modificación sustancial del estado del riesgo y la omisión de notificación a BERKLEY

El seguro de cumplimiento es un seguro de daños al cual le es aplicable el artículo 1060 del Código de Comercio, el cual preceptúa, en su parte pertinente, lo siguiente:

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

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

tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

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

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

Sobre el asunto en comento, resulta procedente referirse a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 3 de marzo de 2009, Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena, exp. No.11001 3103 039 1999 01682 01, en la cual se consideró plenamente aplicable el artículo 1060 del Código de Comercio al seguro de cumplimiento.

En efecto, la Corte no casó el fallo del Tribunal de instancia que consideró que el contrato de seguro de cumplimiento había terminado por cuanto el asegurado *“incumplió con la carga de información de los hechos modificatorios del riesgo, situación que, a la luz del artículo 1060 del C. de Comercio, apareja la terminación del seguro”*.

Dada la relevancia de esta sentencia para el asunto, la citamos en extenso:

“Para aquilatar esas acusaciones conviene recordar que el seguro es un contrato de ejecución sucesiva y, por tanto, durante su vigencia debe conservarse la correspondencia entre el valor de la prima y el riesgo asumido, cuya correspondencia es evaluada con la declaración precontractual que debe realizar el tomador sobre los hechos o circunstancias determinantes del estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador, quien a partir de ese referente mide el grado de su eventual responsabilidad para calcular el monto de la prima que es la prestación cierta a cargo del asegurado o tomador.

Pues bien, a la preservación de esa proporcionalidad entre la prima y el riesgo durante la vigencia de la relación contractual provee la ley, mediante el régimen de la carga de información regulado en el artículo 1060 del estatuto mercantil, conforme al cual prescribe que el asegurador o tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo y, en tal virtud, deben notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias imprevisibles que sobrevengan con posterioridad a la suscripción del seguro y que entrañen la agravación del riesgo o la variación de su identidad local, a efecto de que éste pueda ejercer la facultad allí conferida, esto es, la de revocar el contrato o exigir el reajuste del valor de la prima. La falta de notificación oportuna de una situación de esa índole produce la terminación del contrato.

La oportunidad para cumplir con la referida carga difiere, según que la alteración del riesgo sea o no voluntaria, pues si depende del arbitrio del asegurado o tomador, la notificación debe hacerse con “antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo”, término suficiente para que el asegurador ejerza una de las dos opciones conferidas por el legislador; y si le es extraña a ellos debe efectuarse dentro de los diez días siguientes a aquel en que la conozcan, conocimiento que, en todo caso, se presume luego de transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

De esa manera, el régimen jurídico de la agravación del riesgo busca restablecer la equivalencia entre la prima y la nueva declaración del estado del riesgo, ajustada a los hechos o circunstancias agravantes que sobrevengan luego de haberse ajustado el contrato; desde luego, que ella debe ser sincera y, por lo mismo, susceptible de inexactitud o reticencia que bien pueden aparejar, según el caso, la nulidad relativa del negocio jurídico, la retención de la prima a favor del asegurador o la reducción proporcional de la prestación asegurada.

El deber de comunicación en cuestión, conforme quedó dicho, recae sobre hechos y circunstancias que no eran previsibles en el momento en que se ajustó el seguro y de tal entidad que si el asegurador los hubiere conocido no lo habría celebrado, o lo hubiese concluido en condiciones más onerosas para el tomador del mismo; por tanto, de lo que se trata es de denunciar la agravación del riesgo, entendida ésta como el aumento de la probabilidad de realización del siniestro o de la magnitud de sus posibles consecuencias dañosas.

Pero las referidas circunstancias, además de agravar “el estado del riesgo”, deben ser imprevisibles, haber sobrevenido a la celebración del contrato y conocerlas el tomador o el asegurado. Esas características permiten diferenciarlas de otros supuestos que no pocas veces pueden confundirse con ellas; así, no son condiciones que agraven el riesgo, las siguientes: a) Cuando el tomador o asegurador no cumple cabalmente con la declaración precontractual del estado del mismo, ya que ese deber alude a la situación existente en el momento previo a la conclusión del contrato, mientras que la agravación ha de referirse a hechos nuevos que alteran las circunstancias que sirvieron de base a la misma; b) La exclusión del riesgo, hipótesis que, conforme a la delimitación efectuada en el seguro, está fuera de la cobertura; c) El aumento del valor de las cosas aseguradas, pues éste lo que produce es el incremento del interés asegurado, que será relevante para calcular la indemnización a cargo del asegurador, la cual, en todo caso, tendrá por límite el monto asegurado; d) La provocación del siniestro por culpa grave o dolo del asegurado, por cuanto estaría excluida de la cobertura del asegurador mediante la delimitación causal del riesgo.

Desde luego, que si el riesgo es agravado por las anotadas circunstancias y éstas son notificadas al asegurador en la forma y términos establecidos por el ordenamiento jurídico, el seguro subsiste con todos sus efectos mientras el asegurador ejerce la opción prevista en el inciso 3º del citado artículo 1060, por cuanto a partir de ese momento, su existencia dependerá del arbitrio de éste, quien podrá revocar el contrato o exigir el reajuste de la prima a que hubiere lugar; empero, si no se cumple con esa carga de información se produce la terminación del contrato, y si la omisión es imputable a la mala fe del asegurado o tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada”.

En cuanto al caso que es materia de este proceso, el asegurado ARM omitió la notificación oportuna de la modificación del estado del riesgo en relación con el contrato EPC, que precisamente es la fuente del riesgo que cubre la compañía seguros.

Es absolutamente evidente que las partes alteraron de manera grave el carácter bilateral y conmutativo del contrato, tal y como lo reconoce de manera inequívoca el asegurado ARM al contestar la solicitud de arbitraje.

Nótese que el asegurado recalca que bajo el derecho colombiano el CONSORCIO carece de cualquier derecho en relación con obligaciones anteriores al 12 de abril de

2018, asunto que altera en forma severa el riesgo que la aseguradora amparó, según se expone a renglón seguido:

- La aseguradora emitió una póliza en relación con un contrato bilateral y conmutativo.
- Bajo tal premisa sólo cubre los incumplimientos que sean “imputables” al deudor cuyas obligaciones se garantizan.
- Un incumplimiento deja de ser imputable cuando la contraparte contractual, a su turno, incumple sus propias obligaciones. Así las cosas, si una de las partes renuncia a reclamar o a demandar a su contraparte está alterando de manera sustancial la configuración de responsabilidades en un contrato, en la medida en que se anula la excepción de contrato no cumplido.
- Por definición la aseguradora cuenta con los mismos mecanismos de defensa que ostenta el deudor garantizado, razón por la cual si éste, por efectos de pactos contractuales privados y desconocidos por el asegurador, libera al acreedor de los medios de defensa, sin lugar a duda altera los riesgos amparados inicialmente por el contrato de seguro.

Así las cosas, existió una evidente alteración del riesgo que dependió del arbitrio del tomador y del asegurado, razón por la cual debió ser notificada a BERKLEY con no menos de 10 días a la fecha de la modificación del riesgo. Teniendo en cuenta que el cierre del SPA, mediante el cual adicionalmente se modificó el contrato EPC, tuvo lugar el 12 de abril de 2018, para esa época debió producirse la respectiva notificación, cosa que no ocurrió.

En consecuencia, con base en el artículo 1060 del Código de Comercio, los contratos de seguro contenidos en las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904, que garantizaron los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, terminaron desde esa época.

2. No realización del riesgo asegurado

En el presente caso no se realizó el riesgo asegurado en las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 que garantizaron los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, por las razones que se exponen a continuación.

2.1. Objeto las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904

Las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 fueron tomadas por el CONSORCIO para garantizar el pago a proveedores con el dinero que ARM le entregaría en calidad de anticipo.

Los anticipos fueron materia de acuerdos particulares contenidos en los Anexos de Anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, en los cuales de forma explícita se pactaron el objeto, la cuantía y su destinación,

En el caso de los anticipos 5, 6 y 7 se incluyó la relación de los materiales, suministros y equipos en los que debían ser invertidos los anticipos, con la cuantificación de cada uno de ellos.

Por su parte en los anticipos Nos. 11, 12, 13 y 14 se incluyó la relación detallada de facturas que debían ser pagadas con el monto del anticipo.

Nótese que para el momento en que ARM entregó al CONSORCIO los anticipos Nos. 5, 6, 7 estos ya tenían una destinación específica la cual además había sido cuantificada, lo que quiere decir que tanto ARM como el CONSORCIO sabían en qué se invertirían y el valor de cada uno de los ítems que se pagaran con dichos anticipos.

En el caso de los anticipos Nos. 11, 12, 13 y 14 para el momento en que ARM los entregó al CONSORCIO ya se habían realizado las obras, entregado los bienes o prestado los servicios por parte de los proveedores, por lo cual el único objeto de la entrega del anticipo era el respectivo pago a dichos proveedores.

En efecto, en el Anexo de anticipo No. 5 se puso de presente que:

*“iii. Destinación del anticipo: actividades iniciales para la construcción de la Unidad Funcional 4, primera Unidad Funcional a intervenir, **de acuerdo al detalle adjunto.**”* (Se destaca)

En el detalle adjunto al Anexo de Anticipo No. 5 se consignó que:

“Como adjudicataria del contrato de diseño y construcción de la obra Autopista Río Magdalena, adjunto se acompaña a la solicitud de anticipo a cuenta de instalaciones y equipos necesarios para el inicio de las obras, según se establece en los artículos 9.1 y 9.7 del citado contrato.

Seguidamente se expone identificación, descripción y valoración de instalaciones y equipos, destinados a la ejecución de las intervenciones para la Unidad Funcional n° 4, así como la justificación de dichas inversiones. (Se destaca)

Así mismo, se indicó en los Anexos de anticipo Nos. 6 y 7:

*“iii. Destinación del anticipo: actividades iniciales para la construcción de la Unidad Funcional 4, primera Unidad Funcional a intervenir, **de acuerdo al detalle adjunto.**”* (Se destaca)

El detalle adjunto al que hacen referencia los Anexos de anticipo Nos. 6 y 7 corresponde a una relación de actividades, materiales y equipos requeridos para el inicio de la construcción con sus respectivos valores.

Por su parte en los Anexos de anticipo Nos. 11, 12, 13 y 14 se dijo:

*“iii. Destinación del anticipo: actividades para la construcción de la Unidad Funcional 4, primera Unidad Funcional a intervenir, **de acuerdo al detalle adjunto.**”* (Se destaca)

El detalle adjunto al que hace referencia el Anexo de anticipo No. 11 corresponde a 39 facturas pendientes de pago a distintos proveedores, por un valor total de \$6.875.820.341.

El detalle adjunto al que hace referencia el Anexo de anticipo No. 12 corresponde a 22 facturas pendientes de pago a distintos proveedores, por un valor total de \$2.119.650.000.

El detalle adjunto al que hace referencia el Anexo de anticipo No. 13 corresponde a 76 facturas pendientes de pago a distintos proveedores, por un valor total de \$7.650.065.000.

El detalle adjunto al que hace referencia el Anexo de anticipo No. 14 corresponde a 19 facturas pendientes de pago a distintos proveedores, por un valor total de \$1.212.110.00.

Sobre el anticipo se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 22 de junio de 2001, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, radicación No. 44001-23-31-000-1996-0686-01(13436), en el sentido de indicar que el anticipo tiene la finalidad de cubrir los costos iniciales para la ejecución del contrato y corresponde al adelanto de un precio que aún no se ha causado:

*“En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, el cual habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución del objeto contratado. De ahí que se sostenga que **es la forma de facilitarle al contratista la financiación de los bienes, servicios u obras que se le han encargado con ocasión de la celebración del contrato.** Se convierte así este pago en un factor económico determinante para impulsar la ejecución del contrato.*

Ya la Sala en sentencia del 13 de septiembre de 1999 (Exp. No. 10.607) en relación con el anticipo expresó:

*“no puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto son oficiales o públicos. **El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato,** tales como los salarios de los trabajadores que disponga para la obra. **No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro**”.*

*En estas condiciones, si el anticipo se entrega al contratista antes o simultáneamente con la iniciación del contrato, esto es, **cuando aún el contratista no ha prestado el servicio, ejecutado la obra o entregado los bienes y precisamente espera dicha suma para iniciarlo** y la fecha de ese pago marca la pauta para el cómputo del término del contrato, el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese título se hace en calidad de préstamo.*

Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato.” (Se destaca)

Como se mencionó anteriormente, los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 no se entregaron al CONSORCIO antes de que los gastos se hubiesen determinado o causado, sino para pagar gastos que se encontraban previstos y cuantificados (en el caso de los anticipos Nos. 5, 6 y 7) y realizar pagos a proveedores que ya habían prestado los servicios, ejecutado las obras o suministrado los bienes por los cuales se expidieron las facturas relacionadas en el detalle que se adjuntó a cada uno de los certificados (en el caso de los anticipos 11, 12, 13 y 14).

Así las cosas, en este caso el anticipo no corresponde a un anticipo ordinario que se entrega antes de que se determine su destinación y/o se cuente con las obras, bienes o servicios necesarios para la ejecución del contrato.

Bajo ese entendido, BERKLEY expidió las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904, pues los dineros entregados por los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 tenían como única finalidad o destino la compra de materiales, equipos y suministros necesarios para la construcción que ya habían sido determinados y cuantificados y el pago de las facturas expedidas por proveedores.

Las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 otorgaron cobertura para el evento en que el CONSORCIO no adquiriera los materiales, equipos y suministros relacionados en los anexos de anticipo Nos. 5, 6 y 7 y no pagara con los dineros recibidos por los anticipos Nos. 11, 12, 13 y 14, las facturas que se relacionaron en los detalles adjuntos.

Pues bien, en el caso que nos ocupa el CONSORCIO utilizó el dinero de los anticipos para adquirir los equipos, materiales, suministros y pagar las facturas a los proveedores.

2.2. Ausencia de perjuicio

En las condiciones generales que rigen las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 se definió el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo como:

“2. BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO

*MEDIANTE ESTE AMPARO SE CUBRE AL ASEGURADO, **CONTRA LOS PERJUICIOS SUFRIDOS** POR EL USO O LA APROPIACION INDEBIDA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO AL CONTRATISTA EN CALIDAD DE ANTICIPO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.*

SI SE TRATA DE BIENES ENTREGADOS EN CALIDAD DE ANTICIPO, ESTOS DEBERÁN ESTAR DEBIDAMENTE TASADOS EN DINERO.” (Se destaca)

Es decir, que para que la cobertura del mencionado amparo opere es necesario que el asegurado haya sufrido perjuicios como consecuencia del indebido manejo del anticipo.

En el presente caso ARM no ha demostrado haber sufrido perjuicio alguno por el supuesto manejo indebido de los anticipos por parte del CONSORCIO. Debe recordarse que los perjuicios no pueden presumirse, tal y como lo consideró la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 19 de junio de 1925, en la cual afirmó que:

“La existencia de perjuicios no se presumen en ningún caso; no hay disposición legal que establezca tal presunción, ni aun tratándose de indemnizaciones debidas por razón de monopolio. Tal existencia debe siempre probarse.”⁷

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 de abril de 1968, Magistrado Ponente Fernando Hinestrosa (G.J. CXXIV, Pág. 62), consideró que para

⁷ CSJ SC. Sentencia de 19 de junio de 1925 (G.J. T. XXXII, pág. 374).

que pueda ser declarada la responsabilidad y se acojan las pretensiones que de esta se derivan es necesario que se pruebe el perjuicio:

“(...) 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 (...)”⁸ (Se destaca).

Además, se encuentra plenamente demostrado que ARM no sufrió perjuicio alguno, pues obtuvo bienes y servicios que hoy pueden ser utilizados en el desarrollo del contrato celebrado entre ARM y la ANI, incluso por valores superiores a los entregados mediante los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14. Las sumas de los anticipos fueron empleadas en la adquisición de bienes y servicios que se encuentran en la actualidad en poder y para beneficio de ARM.

Con la comunicación con radicado No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019 dirigida por ARM al CONSORCIO se prueba que ARM respecto a los anticipos Nos. 5, 6 y 7 lejos de sufrir un perjuicio se vio beneficiado con la inversión de estos, pues acepta que existen valores aprobados por sumas superiores a las de los mencionados anticipos.

A continuación, se resumen los valores soportados que menciona ARM en la mencionada comunicación:

Anticipo No.	Valor	Valor soportes válidos
5	\$4.927.640.021	\$6.064.672.601
6	\$5.000.129.810	\$8.206.090.809
7	\$2.323.478.000	\$4.928.969.550

Ahora bien, en dicha comunicación se afirma que para los anticipos Nos. 11, 12, 13 y 14 los soportes válidos no alcanzan la totalidad del anticipo entregado. Sin embargo, como se expondrá con detalle ulteriormente, se encuentra soportada la inversión de dichos anticipos, lo cual se acredita con el dictamen pericial de contradicción que elaboró la firma GFA y que se aporta como prueba con la presente contestación.

Por lo tanto, al no existir prueba del perjuicio supuestamente sufrido por ARM no es procedente el reconocimiento de indemnización alguna bajo las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904, pues no se realizó el riesgo asegurado en la póliza.

2.3. Ausencia de falta de inversión o inversión incorrecta del anticipo

En el presente caso no puede hablarse de una falta de inversión o inversión incorrecta del anticipo, ya que se encuentra demostrado que el CONSORCIO utilizó los dineros entregados por ARM mediante los Anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 para

⁸ Reiterada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de 17 de julio de 2006, Exp. No. 02097-01, 9 de noviembre de 2006, Exp. No. 00015 y 18 de diciembre de 2007, Exp. No. 05001-3103-010-2002-00222-01.

realizar las compras y el pago de las facturas relacionadas en los detalles anexos de cada anticipo.

Únicamente en el evento en que el CONSORCIO no hubiese utilizado los dineros recibidos mediante los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 en la compra de los equipos, materiales y suministros y el pago de las facturas relacionadas en los detalles de los Anexos de tales anticipos, podría hablarse de inversión incorrecta del anticipo, situación que no aconteció.

ARM en las reclamaciones presentadas acepta que existen pagos debidamente soportados.

Además, en la comunicación No. OHLMG-DT-4345 del 14 de noviembre de 2018 el CONSORCIO presentó un informe de inversión y buen manejo de los anticipos Nos. 0 al 21 y 23, en el cual detalló los ítems en los cuales fueron invertidos dichos anticipos.

Se resalta que ARM no aportó con la demanda ni con la reforma de la demanda los anexos que hacen parte integrante de la comunicación No. OHLMG-DT-4345 del 14 de noviembre de 2018.

Sin embargo, en dicha comunicación el CONSORCIO menciona lo siguiente:

“3. Anticipos correspondientes a los Anexos de Anticipos No. 3 a No. 8.

Los anticipos No. 3 a 8 se otorgaron con base en los conceptos establecidos en los Anexos de Anticipos respectivos, de acuerdo con los rubros siguientes:

ANEXOS ANTICIPO	CONCEPTO	FECHA DE PAGO	IMPORTE
Anexo de Anticipos No. 3	Instalaciones y equipos N°2 CTA - 005	11/05/2016	5,000,000,000
Anexo de Anticipos No. 4	Instalaciones y equipos N°2 CTA – 006	06/07/2016	5,000,000,000
Anexo de Anticipos No. 5	Instalaciones y equipos N°2 CTA – 007	08/09/2016	4,927,640,021
Anexo de Anticipos No. 6	Instalaciones y equipos N°2 CTA – 008	05/10/2016	5,000,129,810
Anexo de Anticipos No. 7	Instalaciones y equipos N°2 CTA – 009	01/12/2016	2,323,478,000
Anexo de Anticipos No. 8	Instalaciones y equipos N°2 CTA – 010	25/01/2017	5,880,000,000
TOTAL			28,131,247,831

Para estos anticipos el Contratista preparo una tabla de Excel que resumía los conceptos previsto de Inversión de cada anticipo, los cuales se presentan en el Anexo 3.2.1. de la presente comunicación.

(...)

En el Anexo 3 se presenta el Informe de inversión y buen manejo de estos anticipos, los cuales soportan que los anticipos se invirtieron en los conceptos que se indicaron al Concesionario en los respectivos Anexos Técnicos suscritos, salvo las inversiones correspondientes al concepto 3. Explotaciones mineras y 5. Tablaestacas, camisas y tubos sónicos y encofrados, debido a que materialmente era imposible invertir dichos recursos en estas actividades, según lo indicado en el Informe del Anexo 3.

De acuerdo con lo anterior, la inversión de los anticipos se encuentra soportada según lo siguiente:

DESTINACIÓN PREVISTA DE ANTICIPOS			SOPORTES DE INVERSIONES DE ANTICIPO (FACTURAS PAGADAS)		
#	CONCEPTO	IMPORTE	#	CONCEPTO	VALOR TOTAL FACTURA
1	Campamentos y oficinas	\$2,798,000,000	1	Campamentos y oficinas	\$2,951,733,368
2	Equipos topográfico, informáticos y de software y comunicaciones	\$886.807,658	2	Equipos topográfico, informáticos y de software y comunicaciones	\$1,243,741,163
3	Explotaciones mineras (Ver NOTA 1)	\$3,395,000,000	3	Estudios y diseños CONSORCIO ED	\$5,111,424,000
4	Aceros, cercado, pilotaje y prefabricados de hormigón	\$6,196,903,688	4	Aceros, cercado, pilotaje y prefabricados de hormigón	\$8,842,591,124
5	Tablestacas, camisas y tubos sónicos y enconfrados (Ver NOTA 1)	\$12,100,700,085	5	Tablestacas, camisas, tubos sónicos y enconfrados y Otras inversiones asociadas a las penínsulas artificiales	\$17,888,641,357
6	Equipos y Maquinaria	\$2,753,836,400	6	Equipos y Maquinaria	\$3,432,170,566
	TOTAL	\$28,131,247,831		TOTAL	\$39,470,301,578

Las facturas que soportan la destinación de dichos anticipos, se resumen en el Anexo 3.2.6 Destinación de anticipos No. 3 a 8 (Listado de facturas). Estas facturas junto con sus respectivos soportes de pago fueron escaneados (250 facturas) y se encuentran organizados en medio magnético en el Anexo 3.6.

4. Anticipos correspondientes a los Anexos de Anticipos No. 9 a No. 21.

Los anticipos No. 9 a 21 (pagados entre el 25 de abril de 2017 y el 12 de febrero de 2018) se otorgaron con base en el listado de facturas que se presentó para cada anticipo mediante la comunicación respectiva, listado de facturas que igualmente hace parte de los Anexos de anticipos correspondientes. En resumen, estos anticipos corresponden a los siguientes:

ANEXOS ANTICIPO No.	OFICIO DE RADICACIÓN	IMPORTE (pesos 2013) (sin descuentos aplicados)	IMPORTES (PESOS CORRIENTES)		
			IMPORTE	DESCUENTOS APLICADOS	IMPORTE PAGADO
9	OHLMG-DT-1125 OHLMG-DT-1153	\$3,333,723,311	\$4,000,000,000		\$4,000,000,000
10	OHLMG-DT-1154	\$5,806,841,339	\$7,000,000,000		\$7,000,000,000
11	OHLMG-DT-1352	\$5,703,827,974	\$6,875,820,000		\$6,875,820,000
12	OHLMG-DT-1458	\$1,754,394,793	\$2,119,650,000		\$2,119,650,000
13	OHLMG-DT-1534	\$6,324,468,040	\$7,650,065,000		\$7,650,065,000
14	OHLMG-DT-1641	\$1,002,585,615	\$1,212,110,000		\$1,212,110,000
15	OHLMG-DT-1848 OHLMG-DT-1856	\$4,588,356,215	\$5,554,898,000		\$5,554,898,000
16	OHLMG-DT-1968	\$4,793,060,436	\$5,805,246,475		\$5,805,246,475
17	OHLMG-DT-2080	\$2,488,300,542	\$3,014,210,000		\$3,014,210,000
18	OHLMG-DT-2120	\$6,015,427,993	\$7,300,000,000		\$7,300,000,000
19	OHLMG-DT-2168	\$8,030,964,811	\$9,745,947,119		\$9,745,947,119
20	OHLMG-DT-2214	\$5,344,666,570	\$6,486,000,000	\$(2,426,344,919)	\$4,059,655,081
21	OHLMG-DT-2357	\$6,803,558,546	\$8,340,000,000		\$8,340,000,000
	TOTAL	\$61,990,176,185	\$75,103,946,594	\$(2,426,344,919)	\$72,677,601,675

En el Anexo 3 se presenta el Informe de inversión y buen manejo de estos anticipos, del cual se concluye que los anticipos se invirtieron en los conceptos que se indicaron al Concesionario, de acuerdo con lo siguiente:

DESTINACIÓN PREVISTA DE ANTICIPOS	
ANEXOS DE ANTICIPO	IMPORTE (sin descuentos)
Anexo De Anticipos No. 9	\$4,000.000,000
Anexo De Anticipos No. 10	\$7,000,000,000
Anexo De Anticipos No. 11	\$6,875,820,000
Anexo De Anticipos No. 12	\$2,119,650,000
Anexo De Anticipos No. 13	\$7,650,065,000
Anexo De Anticipos No. 14	\$1,212,110,000

SOPORTES DE INVERSIONES DE ANTICIPO (FACTURAS PAGADAS)	
CANTIDAD DE FACTURAS SOPORTE	VALOR TOTAL SOPORTADO
111	\$4,000.000,000
42	\$7,000,000,000
38	\$6,875,820,341
22	\$2,119,650,000
76	\$7,650,065,000
19	\$1,212,110,000

(...)” (Se destaca)

Es decir, el CONSORCIO entregó soportes que daban cuenta de la inversión de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, los cuales no pueden ser desconocidos ahora por ARM.

Además, de acuerdo con lo señalado en el dictamen pericial elaborado por la firma GFA los anticipos fueron debidamente utilizados para el pago de los materiales, equipos y facturas relacionadas en cada uno de ellos, situación que se expondrá en detalle en las excepciones correspondientes a cada una de las pólizas.

Subsidiariamente, debe tenerse en cuenta que ARM ha aceptado al menos la inversión parcial de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, como lo puso de presente en su comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019, en la que afirmó:

“2.3. ANEXOS DE ANTICIPOS No. 5.

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Anticipo restante para propietario adquisición maquinaria y licencia (escollera península) – Anticipo explotaciones mineras	\$1.785.657.676	\$ -	\$ -	0%	100%
Anticipo restante para propietario adquisición maquinaria y licencia (material para hormigones) – Anticipo explotaciones mineras	\$825.000.000	\$ -	\$ -	0%	100%
Anticipo para material ejecución penínsulas – Suministro de Tablestacas	\$1.470.000.000	\$3.340.287.729	\$1.470.000.000	100%	0%
Resto de anticipo pendiente para material – Suministro de tubos y	\$429.500.000	\$270.090.968	\$270.090.968	63%	37%

prefabricados de hormigón					
Parte de anticipo para material – Suministro de material de encofrado	\$366.532.021	\$2.347.760.677	\$366.532.021	100%	0%
Anticipo para pequeño material de drenaje – Suministro material dren (geotextil, tubo, dren)	\$50.908.000	\$106.533.227	\$50.908.000	100%	0%
TOTAL	\$4.927.597.697	\$6.604.672.601	\$2.157.530.989	43,8%	56,2%

2.4. ANEXO DE ANTICIPOS No. 6

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Equipos de comunicaciones	\$152.607.658	\$326.930.565	\$152.607.658	100%	0%
Adquisición de Báscula par de peso de camiones	\$98.356.400	\$106.423.150	\$98.356.400	6%	94%
Resto de suministro e camisas y tubos sónicos	\$1.616.832.000	\$1.522.714.975	\$1.522.714.975	94%	6%
Resto de material de encofrado	\$1.099.596.064	\$1.981.228.656	\$1.099.596.064	100%	0%
Adquisición de Barcazas para ejecución de pilas en el río	\$250.000.000	\$ -	\$ -	0%	100%
Adquisición de Bomba estática para hormigonar	\$451.000.	\$ -	\$ -	0%	100%
TOTAL	\$5.000.097.810	\$8.206.090.809	\$4.204.980.785	84,1%	15,9%

2.5. ANEXO DE ANTICIPOS No. 7

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Compra de equipos maquinaria amarilla auxiliar (Dumpers rodillos pequeños)	\$879.280.000	\$ -	\$ -	0%	100%
Suministro de acero para pilotes	\$945.206.000	\$2.937.087.775	\$945.206.000	100%	0%
Suministro de acero para encepados	\$498.992.000	\$1.991.881.775	\$498.992.000	100%	0%
TOTAL	\$2.323.478.000	\$4.928.969.550	\$1.444.198.000	62,2%	37,8%

(...)

2.6. ANEXO DE ANTICIPOS NO. 11

En relación con el Anexo de Anticipos No. 11, en el documento Justificación del mismo anticipo, el Contratista EPC envió una relación de pagos a proveedores, contratistas e impuestos, pretendiendo justificar la suma de \$6.875.820.000 correspondiente al valor desembolsado como Anticipo No. 11.

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Anticipo para las actividades de la Construcción de la Unidad Funcional 4, de acuerdo con la relación de Pagos de Proveedores, Contratistas e Impuestos del Anexo 11.	\$6.875.820.000	\$5.305.385.615	\$5.305.385.615	77%	23%
TOTAL	\$6.875.820.000	\$5.305.385.615	\$5.305.385.615	77,2%	22,8%

De acuerdo con a revisión realizada y según lo establecido en el Anexo del Anticipo No. 11, el Contratista EPC debió haber enviado las facturas de los proveedores, contratistas e impuestos relacionados en el mencionado documento. Sin embargo, el Contratista EPC no envió todas las facturas y/o soportes correspondientes a tales pagos y presentó facturas incluidas en la legalización de anteriores anticipos, logrando justificar solamente a la suma de CINCO MIL TRESCIENTOS CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO SEISCIENTOS QUINCE PESOS Mcte (\$5,305,385,615). Por tal motivo, se encuentra pendiente de justificación la suma de MIL QUIENIENTOS SETENTA MILLONES CUATROSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS VEINTISEIS PESOS Mcte (\$1,570,434,726). El detalle de las observaciones por cada factura presentada por el contratista EPC, se encuentra en el Anexo adjunto, en la hoja Anticipo 11.

6. ANEXOS DE ANTICIPOS No. 12

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Anticipo para las actividades de Construcción de la Unidad Funcional 4, de acuerdo con la Relación de Pagos de Proveedores, Contratistas e Impuestos del Anexo 12.	\$2.119.650.000	\$1.925.801.470	\$1.925.801.470	91%	9%
TOTAL	\$2.119.650.000	\$1.925.801.470	\$1.925.801.470	90,9%	9,15%

En relación con el Anexo de Anticipos No. 12, en el documento Justificación del mismo anticipo, el Contratista EPC con el objetivo de justificar la inversión del

valor desembolsado por la suma de \$2.119.650.000 correspondiente al Anticipo No. 12, envió una relación de facturas a proveedores.

No obstante, de acuerdo con la revisión realizada a la justificación del Anticipo No. 12 presentada por el Contratista EPC, se evidenció que el mismo presentó facturas que habían sido incluidas en la justificación del Anticipo 3 a 8. De esta manera, del valor total del anticipo efectivamente desembolsado, el Contratista EPC solamente logró justificar la suma de MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA PESOS Mcte (\$1.925.801.470), y se encuentra pendiente por justificar la suma de CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS Mcte (193.848.530). El detalle de las observaciones por cada factura presentada por el Contratista EPC, se encuentra en el Anexo adjunto, en la hoja Anticipo 12.

7. ANEXOS DE ANTICIPOS No. 13

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Anticipo para las actividades de Construcción de la Unidad Funcional 4, de acuerdo con la Relación de Pagos de Proveedores, Contratistas e Impuestos del Anexo 13.	\$7.650.065.000	\$2.837.049.779	\$2.837.049.779	37%	63%
TOTAL	\$7.650.065.000	\$2.837.049.779	\$2.837.049.779	37,1%	62,9%

En relación con el Anexo de Anticipos No 13, en el documento Justificación del mismo anticipo, el Contratista EPC envió una relación de facturas a proveedores, pretendiendo soportar la suma \$7.650.65.000 correspondiente al Anticipo No. 13.

Sin embargo, de acuerdo con los proveedores relacionados en la justificación del Anticipo No. 13, el Contratista EPC debió haber enviado las facturas de los proveedores relacionadas en dicho documento y justificar la totalidad de la suma desembolsada por concepto de Anticipo No. 13, no obstante, una vez verificada la información allegada por el Contratista EPC, se encontró que únicamente la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES CUARENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS Mcte (\$2.837.049.779) contaba con los soportes que permitieran verificar el correcto uso del anticipo. Sin embargo, CUATRO MIL OCHOCIENTOS TRECE MILLONES QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTIÚN PESOS Mcte (\$4.813.015.221), NO CONTABAN CON LOS RESPECTIVOS SOPORTES. EI DETALLE DE LAS OBSERVACIONES POR CADA FACTURA PRPRESENTADA POR EL Contratista EPC, se encuentra en el Anexo adjunto, en la hoja Anticipo 13.

8. ANEXOS DE ANTICIPOS No. 14

En relación con el Anexo de Anticipos No. 14, en el documento Justificación del mismo anticipo, con la finalidad de soportar la suma de \$1.212.110.000

correspondiente al Anticipo No. 14, el Contratista EPC envió una relación de facturas a proveedores.

CONCEPTO	VALOR ANEXO ANTICIPO	SOPORTES VÁLIDOS	IMPORTE JUSTIFICADO DEL ANTICIPO	% IMPORTE JUSTIFICADO	% IMPORTE NO JUSTIFICADO
Anticipo para las actividades de Construcción de la Unidad Funcional 4 y, de acuerdo con la Relación de Pagos de Proveedores, Contratistas e Impuestos del Anexo 14.	\$1.212.110.000	\$979.023.879	\$979.023.879	81%	19%
TOTAL	\$1.212.110.000	\$979.023.879	\$979.023.879	80,8%	19,2%

Ahora bien, de los documentos relacionados por el Contratista EPC, se evidencia que no todos cumplen con los requisitos para justificar la correcta inversión del anticipo, dato que se encontraron facturas que ya se habían incluido en la justificación de otros anticipos y soportes incompletos. Por tanto, únicamente se logró justificar la suma de NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES VEINTITRES MIL OHCOCIENTOS SETENTA Y NUEVE ESOS Mcte (\$979.023.879), ENCONTRÁNDOSE PENDIENTE POR USTIFICAR doscientos treinta y tres millones ochenta y seis mil ciento veintiún pesos Mcte (\$233.086.121)-. El detalle de las observaciones por cada factura presentada por el Contratista EC, se encuentra en el Anexo adjunto, en la hoja Anticipo 14.” (Se destaca)

Se anota que ARM no aportó con la demanda ni con su reforma los detalles adjuntos a la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019.

Nótese que ARM en las reclamaciones presentadas ante BERKLEY no realizó solicitud de indemnización por la totalidad de los dineros entregados como anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, pues tenía claridad de que al menos un porcentaje de dichos anticipos había sido debidamente justificado y legalizado.

Se reitera que según el dictamen pericial de GFA, los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 fueron invertidos.

2.4. Ausencia de no amortización del anticipo

El contrato EPC planteó la posibilidad de conceder anticipos adicionales al CONSORCIO si durante la ejecución del contrato se evidenciaba la necesidad de dichos desembolsos, así:

“Sección 9. Forma de pago

El Contratante pagará el Precio Fijo al Contratista EPC de conformidad con los siguientes parámetros:

- 9.1. *Anticipo: El contratante ha otorgado un anticipo al Contratista EPC equivalente a dieciocho mil trescientos noventa millones ciento treinta mil ochocientos cincuenta y siete Pesos constantes del 31 de diciembre*

de 2013 (COP 18.390.130.857). Este valor ha sido desembolsado en las siguientes fechas y montos:

(...)

De igual manera, si durante la ejecución contractual se requieren posteriores desembolsos de Anticipos para la ejecución de las Intervenciones, éstos sólo se efectuarán previa aprobación del contratante y siempre que se encuentren debidamente justificados por el Contratista EPC. Estos desembolsos se regulan a través de Anexos de Anticipo que se suscriban para el efecto, identificando i) la destinación de los mismos; y, ii) el valor del Anticipo adicional. El (los) de Anticipo(s) formarán parte integral de este Contrato EPC y, por lo tanto, goza(n) de plenos efectos vinculantes.”

Es decir, que para que hubiese un desembolso de anticipo diferente a los \$18.390.130.857 se requería que:

- El anticipo estuviera aprobado por ARM.
- Los gastos para los que se destinaba el anticipo estuvieran debidamente justificados por el CONSORCIO.
- Fuera indicada la destinación de los anticipos.

Lo anterior significa que ARM no aprobaría ningún anticipo que no tuviera una destinación específica, lo que quiere decir que todos los anticipos adicionales aprobados (como es el caso de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14) tenían una destinación específica y se encontraban debidamente soportados al momento de la firma del respectivo Anexo de Anticipo.

Por lo tanto, los anticipos adicionales no eran un anticipo que se entregara con la finalidad de ser invertido en bienes, obras o servicios que no habían sido determinados o adquiridos aún.

En la citada sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 22 de junio de 2001, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, radicación No. 44001-23-31-000-1996-0686-01(13436) se consideró que la amortización mediante actas de avance de obra obedecía a que el anticipo se entrega cuando no se ha prestado el servicio, ejecutado la obra o entregado los bienes:

*“En estas condiciones, si el anticipo se entrega al contratista antes o simultáneamente con la iniciación del contrato, esto es, **cuando aún el contratista no ha prestado el servicio, ejecutado la obra o entregado los bienes y precisamente espera dicha suma para iniciarlo** y la fecha de ese pago marca la pauta para el cómputo del término del contrato, el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese título se hace en calidad de préstamo.*

*Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y **se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato.**”*

En otras palabras, la amortización del anticipo mediante actas de avance de obra procede para aquellos casos en los que al momento del desembolso del anticipo no se han contratado los bienes y servicios propios de la obra.

Teniendo en cuenta que la inversión del anticipo se encontraba determinada desde la suscripción del respectivo anexo, no existía la necesidad de amortización en cada acta, pues dicha amortización se tiene prevista para justificar en qué bienes, servicios u obras el contratista invirtió el dinero proveniente del anticipo.

En este caso, la amortización debía entenderse realizada en el momento mismo en que el CONSORCIO realizaba el pago a cada proveedor por los materiales, equipos, suministros y las facturas relacionadas en los Anexos de anticipo correspondientes.

Es decir, que el procedimiento de amortización previsto en el numeral 9.1 del contrato EPC aplicaba únicamente para los anticipos 0 al 2, pero no para los anticipos 3 al 25.

Se concluye que contrario a lo afirmado por ARM en su demanda, en el presente caso si existió amortización de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 bajo el procedimiento especial previsto en el contrato para los anticipos adicionales.

2.5. ARM presenta una metodología para la amortización del anticipo carente de sustento técnico, legal y contractual

En la reforma de la demanda, ARM adjunta un dictamen pericial de FTI CONSULTING acerca de la no amortización de los anticipos, el cual desconoce que los anticipos fueron instrumentos de pago.

Adicionalmente, se inventa una metodología para calcular la amortización, que es ajena a lo previsto en la ley y en el contrato de EPC e incurre en errores que le restan todo valor probatorio. En efecto, a continuación, presentamos las conclusiones del informe complementario del dictamen pericial de GFA, las cuales hacemos nuestras:

“5. CONCLUSIONES GENERALES

1. *El Dictamen Pericial elaborado por FTI Consulting, presentado por ARM como soporte a la reforma a la demanda, hace referencia a otros anticipos de otra compañía de seguros, es decir, que los anticipos desarrollados por FTI Consulting no corresponden a los anticipos asegurados por la Compañía de Seguros Berkley.*
2. *FTI Consulting utiliza para el cálculo del valor no amortizado una fórmula de cuota de amortización media ponderada, la cual divide en partes iguales el remanente en los diferentes anticipos. Lo anterior no es coherente, teniendo en cuenta que en las actas de avance mensual de obra no se menciona qué anticipo se amortizará. Adicionalmente los veintitrés (23) anticipos solicitados por el Consorcio OHL no corresponden a la misma compañía de seguros, por lo que no es procedente realizar el cálculo de esta manera.*
3. *FTI Consulting utiliza una formula con variables que no se encuentran en el Contrato EPC. Dichas variables no cuentan con un sustento técnico ni contractual, justificable ni documental para el cálculo del valor pendiente por amortizar.*
4. *El informe de FTI Consulting incluye valores amortizables para los anticipos 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 de actas de avance de obra mensual, los cuales no se pueden comprobar ni soportar que correspondan a estos anticipos.*
5. *Los anticipos 0, 1 y 2 fueron amortizados al 100%, con la utilización y aplicación de la formula definida en la cláusula 9 del contrato EPC, sección 9, Forma de pago, tal y como se puede evidenciar en el acta de avance No.1 y factura No.1*

6. *FTI Consulting está asignando valores a los anticipos 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 bajo una fórmula de cuota de amortización media ponderada, fórmula a criterio del perito FTI Consulting, que no cuentan con ningún sustento técnico y va en contra de lo definido en el contrato EPC, sección 9. Forma de pago, 9.1 Anticipo, parágrafo primero. (ver ilustraciones 3 y 4).*
7. *FTI Consulting no tuvo en cuenta en su informe las facturas pagadas por Consorcio OHL a proveedores, valor que fue invertido en obra y están de acuerdo con lo definido en el detalle del anexo de los anticipos 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 (ver hecho 17, 22, 27, 32, 37, 42 y 47 de la reforma a la demanda, respectivamente).*
8. *Para los anticipos 5, 6 y 7, ARM realizó desembolsos por un valor total de \$12.251.247.831, de los cuales OHL soportó facturas por un valor total de \$30.872.479.079, evidenciando la correcta inversión y amortización de estos anticipos, mostrando un mayor valor invertido por OHL al valor entregado por ARM en \$18.621.231.248.*
9. *El anticipo 11 tenía como destinación el pago de unas facturas adeudadas a proveedores y contratistas. Para este anticipo, ARM realizó el desembolso a OHL por \$6.875.820.000, de los cuales OHL soportó facturas por un valor total de \$6.774.961.341, evidenciando la correcta inversión y amortización de este valor. Quedando un valor pendiente por invertir de \$100.858.659, los cuales corresponden a 1 factura, para el pago de unos impuestos, los cuales no se evidenció el soporte que justifique el pago.*
10. *Para los anticipos 12 y 14, ARM realizó desembolsos por un valor total de \$3.331.760.000, de los cuales OHL soportó facturas por un valor total de \$3.331.760.000, evidenciando la correcta inversión y amortización de estos anticipos.*
11. *El anticipo 13 tenía como destinación el pago de unas facturas adeudadas a proveedores y contratistas. Para este anticipo, ARM realizó el desembolso a OHL por \$7.650.065.000, de los cuales OHL soportó facturas por un valor total de \$5.833.034.556, evidenciando la correcta inversión y amortización de este valor. Quedando un valor pendiente por invertir de \$1.817.030.444, los cuales corresponden a 2 facturas repetidas y que ya han sido aprobadas en el anticipo 10 (de la compañía de seguros Confianza), así:*
 - *Factura 180 del proveedor AGRU GUINOVART OBRAS Y SERV HISPANIA S A, por un valor de \$217.984.262.*
 - *Factura 17 del proveedor CONSORCIO ED AUTOPISTA MAGDALENA 2, por un valor de \$1.599.046.182*
12. *Teniendo en cuenta lo mencionado en el desarrollo del punto 4.3. del presente dictamen, las actas de avance de obra no mencionan a qué anticipo debe amortizarse, por lo que no es posible establecer el valor pendiente por amortizar para los anticipos 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14. Por tal motivo, los valores presentados por el perito FTI Consulting como valor amortizable no tiene sustento técnico ni contractual.*
13. *Los anticipos perdieron su naturaleza al no ser entregados para la planeación e inicio de labores del objeto del contrato. Por el contrario, por acuerdo en entre las partes se entregaron para pagar a los proveedores después de haber realizado las labores o recibir los materiales comprados.*

14. *No es posible establecer el monto amortizado ni el saldo pendiente por amortizar de los anticipos 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, por cuanto el cálculo realizado por el perito FTI Consulting no es apropiado ni acorde a la realidad, teniendo en cuenta que en las actas de avance de obra mensuales no se indica a qué anticipo debía cargarse la cuota de amortización y las compañías aseguradoras no son la misma. Adicionalmente, FTI Consulting no tiene en cuenta las facturas presentadas por Consorcio OHL que fueron aprobadas por Autopista Río Magdalena y soportadas por la auditoría realizada por Global Forensic Auditing que se encuentran relacionadas en el desarrollo de cada uno de los anticipos objeto de estudio”.*

2.6. Ausencia de no devolución del anticipo

El CONSORCIO no estaba obligado a realizar devolución alguna de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 teniendo en cuenta que dichos dineros fueron utilizados para adquirir los equipos, materiales, suministros y pagar las facturas relacionados en los respectivos Anexos de anticipo.

Según el dictamen de GFA se encuentra demostrado que el CONSORCIO adquirió los materiales y suministros y pagó a los proveedores relacionados en los Anexos de anticipo el valor de las facturas correspondientes, lo cual no puede significar otra cosa que el CONSORCIO utilizó en debida forma los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 que le fueron entregados por ARM.

Por lo anterior, no habría lugar a la devolución de dichos valores, ya que se destinaron obras, servicios y bienes a la ejecución del contrato de EPC, los cuales desde luego benefician a ARM.

Reconocer una indemnización en favor de ARM cuando en realidad no ha sufrido ningún daño generaría un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante, pues además de contar con las obras, bienes y servicios pagados con los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 recibiría dinero por los mismos conceptos, sólo que a título de indemnización.

3. **Excepción de contrato no cumplido – Incumplimiento de ARM del contrato EPC**

BERKLEY invoca la excepción de contrato no cumplido con apoyo en el artículo 1609 del Código Civil, según el cual en 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”.*

La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el particular en la sentencia de la Sala Civil, de 21 de septiembre de 2000, exp. 6140:

*“...la aseguradora puede resultar exonerada de pagar la indemnización si demuestra que las obligaciones por cuyo cumplimiento se comprometió a responder fueron satisfechas, o que si bien fueron incumplidas, fue porque primero correspondía al otro contratante acatar las suyas (**excepción de contrato no cumplido**); o, en fin, que la infracción se dio por mediar un motivo legítimo o una causa extraña; en pocas palabras, no puede entenderse que la aseguradora en todo caso responde por el cumplimiento de las obligaciones del tomador, así éste tuviera motivos válidos para desatenderlas.”* (Se destaca)

ARM incumplió sus obligaciones derivadas del contrato de EPC, situación que fue puesta en conocimiento de la hoy demandante por parte del CONSORCIO en diversas oportunidades.

Debe tenerse en cuenta que fue el CONSORCIO quien inició el Tribunal Arbitral Internacional que cursa ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. La demanda arbitral se sustentó en los diversos incumplimientos de ARM de sus obligaciones en el contrato EPC.

En la comunicación No. OHLMG-DT-5375 del 10 de abril de 2019 el CONSORCIO puso de presente que:

“El contratista manifiesta su rechazo frente a esta decisión y su fundamento. En efecto, el Contratista no ha incumplido el Contrato EPC, motivo por el cual la terminación anticipada del mismo es a todas luces injustificada y contraria al derecho colombiano. Así, con esta actuación ha sido el Contratante quien ha incumplido el contrato EPC, generándole ingentes perjuicios al Contratista, los cuales serán reclamados oportunamente en el arbitraje en curso.”

Por lo anterior, es claro que el CONSORCIO no estaba en mora de cumplir sus obligaciones pues ARM incumplió el contrato de EPC, situación que impide que se reconozca una indemnización proveniente de las pólizas expedidas por BERKLEY.

4. Culpa grave del asegurado (ARM) en la materia de la presente litis

El contrato de EPC fue celebrado entre ARM y el CONSORCIO el 9 de noviembre de 2015.

Tanto ARM como el CONSORCIO formaban parte del mismo grupo empresarial. La matriz de ARM y del CONSORCIO (integrado por OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.) era la sociedad OBRASCON HUARTE LAÍN S.A., sociedad constituida en España.

En la demanda arbitral interpuesta por el CONSORCIO contra ARM se pone de presente que:

“1.3 DE LAS SOCIEDADES DEMANDANTE Y DEMANDADA

- 5. A efectos de entender las controversias, presente y futuras, surgidas entre las partes es necesario mencionar que la sociedad Demandante era y es filiar de OHL Construcción y la sociedad Demandada lo era de OHL Concesiones, ambas pertenecientes al Grupo OHL por lo que actuaban bajo una unidad de criterio y decisión dentro de los intereses de la sociedad matriz OHL, S.A.***
- 6. Desde el inicio del Proyecto ha existido una unidad de gestión de manera que el Director General de OHL Concesiones y el Director General de OHL Construcción bien dependían funcional y jerárquicamente del Consejero Delegado de OHL, S.A., bien, en algunos momentos, el Director General de OHL Concesiones y el Consejero Delegado fueron la misma persona.***
- 7. En abril de 2018, el fondo australiano IFM Global Infrastructure Fund adquirió OHL Concesiones S.A.U., (Documento C-1). A partir de ese momento, OHL Concesiones pasó a denominarse Aleática y desde ese momento la Demandante y Demandada dejaron de ser parte del mismo grupo empresarial.***
- 8. No obstante lo anterior, y a efectos de este arbitraje y de otras posibles controversias derivadas de las relaciones contractuales existentes entre las***

Partes, es importante mencionar que el Consejero Delegado de Aleática (antigua OHL Concesiones, SAU) siguió siendo en Consejero Delegado de OHL, S.A. hasta el 28 de junio de 2018.” (Se destaca)

Conforme a lo anterior, desde enero de 2015 hasta junio de 2018 entre ARM y el CONSORCIO había unidad de gestión respecto a la ejecución del contrato EPC.

Debe tenerse en cuenta que los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 fueron entregados por ARM al CONSORCIO en septiembre de 2016 y agosto de 2017, así que ARM tuvo la unidad de gestión respecto a dichos anticipos por casi dos años.

ARM era plenamente conocedor de las actividades que realizaba el CONSORCIO en ejecución del contrato de EPC, lo que lógicamente incluye el manejo de los anticipos.

El artículo 63 del Código Civil define la culpa grave como:

“ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

***Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.”** (Se destaca)*

Si ARM tenía conocimiento de algún manejo indebido del anticipo debió tomar acciones para corregir la situación y evitar que se causara un daño, pues al pertenecer al mismo grupo y depender funcional y jurídicamente del mismo delegado era posible para la demandante tomar acciones correctivas.

Sin embargo, ARM decidió ser completamente pasivo y permitir la causación del supuesto daño, por lo cual existe culpa grave por su parte.

El artículo 1055 del Código de Comercio contempla los riesgos inasegurables en el contrato de seguro:

*“ARTÍCULO 1055. RIESGOS INASEGURABLES. El dolo, **la culpa grave** y los actos meramente potestativos **del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables**. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.”*

Ahora bien, el asegurado en las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 es precisamente ARM.

Sobre la imposibilidad de otorgar cobertura a la culpa grave del asegurado en pólizas de cumplimiento se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 16 de mayo de 2019, Consejero Ponente: María Adriana Marín, radicación No. 85001-23-31-000-2007-00159-01(40102):

“Así entonces, como lo explica la doctrina, el seguro de cumplimiento “existe como seguro patrimonial de daños, cuyo interés asegurable es que el acreedor en una relación contractual [el Estado contratante] sea indemnizado en caso de incumplimiento del deudor [particular contratista]”.

Tal identificación de las partes resulta de particular relevancia en el examen del presente caso, dada la necesidad de establecer con claridad que, en el contrato

de seguro de cumplimiento de contratos estatales –es decir, en la garantía única-, el riesgo que se cubre es aquel originado en el incumplimiento del contratista tomador, que es el llamado por la ley a constituir la aludida garantía, precisamente para avalar o afianzar sus obligaciones contractuales adquiridas con el Estado.

En esa medida, si, por el contrario, es el Estado quien por su propio incumplimiento da lugar a la concreción de un riesgo patrimonial en su contra, la garantía del contrato respectivo no le puede ser exigible al asegurador, puesto que la lesión patrimonial no se produjo en las condiciones previstas en la póliza, sino que fue provocada por la conducta y el arbitrio del asegurado afectado.

De conformidad con el artículo 1055 del Código de Comercio, “el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables”, y cualquier estipulación en contrario no produce efecto alguno. Esta regla encuentra varias excepciones respecto del tomador en algunas tipologías de seguro, como en el seguro de daños y, dentro de esta categoría, en el seguro de cumplimiento de contratos estatales, en los cuales la garantía procede por la concreción del riesgo provocado por el contratista incumplido, al margen de que este haya obrado o no con culpa -dado que así se desprende de la naturaleza y los fines legales previstos para esa clase de garantía -.

Sin embargo, la regla en mención se mantiene incólume frente al asegurado en el marco de la contratación pública, pues siendo el Estado asegurado un sujeto distinto del tomador, su conducta viciada con dolo o culpa grave o sus actos meramente potestativos, determinantes en la provocación del siniestro, no pueden ser cobijados por el seguro, pues ello cohonestaría un inadmisibles abuso del derecho de la administración y atentaría contra el principio de la buena fe, el cual, como lo establece el artículo 83 de la Constitución Política, debe regir todas las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares”. (Se destaca)

Dicha interpretación también es aplicable a los seguros de cumplimiento expedidos en favor de entidades particulares, como es el caso de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904.

Por lo tanto, al existir culpa grave de ARM en la causación del supuesto daño, no habría lugar al reconocimiento de ninguna indemnización en su favor derivada de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904, por estar expresamente prohibido por la Ley.

5. Incumplimiento de ARM del deber de evitar el daño

Sin perjuicio de los argumentos expuestos en las demás excepciones, a continuación, se analizarán las razones por las cuales ARM incumplió el deber de evitar el daño, el cual le asiste como asegurado de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904.

ARM fue completamente pasivo en la ejecución del contrato EPC pues no requirió al CONSORCIO para que diera cumplimiento integral a sus obligaciones.

El 5 de septiembre de 2016 ARM y el CONSORCIO firmaron el Anexo de anticipo No. 5 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$4.927.640.021.

El 27 de septiembre de 2016 ARM y el CONSORCIO firmaron el Anexo de anticipo No. 6 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$5.000.129.810.

El 28 de noviembre de 2016 ARM y el CONSORCIO firmaron el Anexo de anticipo No. 7 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$2.323.478.000.

El 2 de junio de 2017 ARM y el CONSORCIO firmaron el Anexo de anticipo No. 11 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$6.875.820.000.

El 23 de junio de 2017 ARM y el CONSORCIO firmaron el Anexo de anticipo No. 12 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$2.119.650.000.

El 19 de julio de 2017 ARM y el CONSORCIO firmaron el Anexo de anticipo No. 13 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$7.650.065.000.

El 14 de agosto de 2017 ARM y el CONSORCIO firmaron el Anexo de anticipo No. 14 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$1.212.110.000.

De acuerdo con la prueba documental aportada por la demandante, solo hasta el 4 de octubre de 2018, mediante la comunicación No. 20182000022491, ARM requirió al CONSORCIO respecto a los supuestos incumplimientos de las obligaciones relacionadas con varios anticipos, entre los cuales se encontraban los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, otorgándole un periodo de cura.

Es decir, el primer requerimiento de ARM al CONSORCIO respecto a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 se realizó más de dos años después de la firma del primero de los mencionados anticipos y más de un año después de la firma del último de dichos anticipos.

Únicamente mediante la comunicación No. 20192400002871 del 5 de febrero de 2019 (dos años y medio después de haber entregado los anticipos Nos. 5, 6, 7 y año y medio después de haber entregado los anticipos Nos. 11, 12, 13 y 14) ARM comunicó al CONSORCIO la existencia de un supuesto incumplimiento material y grave y le otorgó nuevamente un plazo de cura de 30 días.

Así mismo, mediante comunicación No. 20193100009791 del 8 de abril de 2019 ARM decidió dar por terminado el contrato EPC de manera unilateral.

Llama la atención que ARM únicamente comunicó al CONSORCIO del supuesto incumplimiento material y grave y decidió terminar unilateralmente el contrato EPC después de que el CONSORCIO presentara la solicitud de arbitraje ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional el 30 de noviembre de 2018.

La Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 16 de mayo de 2019, Consejero Ponente: María Adriana Marín, radicación No. 85001-23-31-000-2007-00159-01(40102) se pronunció sobre el deber de evitar el daño por parte de aquellos asegurados no tomadores de la póliza:

*“Bajo esta línea, la doctrina expone que, además de las obligaciones pactadas por las partes en el contrato de seguro, **los sujetos de la relación aseguradora –incluyendo al asegurado no tomador– están llamados a cumplir unas cargas o “deberes de conducta”, establecidos por la ley o en el contrato, o derivados del principio de la buena fe, pero siempre orientados a facilitar o garantizar la obtención de la ventaja que pretenden obtener del seguro. En esa medida, la carga opera a favor de quien debe cumplirla –a diferencia de la obligación, que grava al deudor a favor del acreedor⁹– y su observancia o no, tiene incidencia directa en la concreción del riesgo y en la posibilidad de obtener por su ocurrencia la respectiva indemnización.***

En torno a este punto, explica el tratadista Carlos Jaramillo Jaramillo:

*[L]as partes deben observar, mientras dura el contrato de seguro, diversas conductas, en gran medida orientadas a **preservar, prevalentemente, el estado de cosas preexistente al momento de su celebración y también el equilibrio del contrato** (...), el que se podría ver profundamente alterado y, en veces, dislocado, si ellas no se verifican, por lo demás, en forma oportuna. Por eso en la doctrina (...) se alude a obligaciones –o deberes– precontractuales y contractuales y más concretamente ‘presiniestrales y posiniestrales’ (...). De su cumplimiento dependerá, en buena parte, la satisfacción del interés jurídico que, en tratándose del tomador asegurado, va a contratar y, de paso, a autolimitarse (...).*

[En la obligación,] el deber de prestación es impuesto en beneficio e interés del titular del crédito; el interés tutelado es un interés ajeno. En cambio, en la carga, el comportamiento es impuesto en beneficio del gravado con ella, pues es a él, en forma preponderante, a quien perjudica el incumplimiento de la carga y a quien, lógica y correlativamente, beneficia su cumplimiento y observancia. El gravado [con la carga], por tanto, es libre para decidir si la ejecuta o no, solo que, de no hacerlo, se seguirán para él consecuencias adversas, pues, finalmente, podrá hasta ser privado del beneficio deseado, total o parcialmente, efecto que, en el seguro, cada vez más a menudo, equivale a la indemnización o prestación a cargo del asegurador (...).

La noción de carga se encuentra íntimamente ligada a su funcionamiento en el plano operativo e indudablemente al grado de incidencia que su cumplimiento tenga en relación con el efecto jurídico perseguido por el gravado. De esta forma (...), algunos estiman que la carga opera a título de presupuesto para obtener determinada ventaja, mientras que otros la conciben, no como presupuesto de existencia sino como presupuesto del ejercicio de un derecho ya formado, pero, en todo caso, como presupuesto que de manera indefectible debe ser observado, principalmente en interés de quien debe llevar a cabo la conducta o comportamiento¹⁰.

⁹ Sobre la diferencia entre obligación y carga, especialmente en el contrato de seguro, acota el tratadista Jaramillo: “[L]a primera de las doctrinas [que distingue los conceptos mencionados], con arreglo a (...) los vocablos obligación (deber de prestación) y carga, ha optado decididamente por su diferenciación, señalando que, mientras en la obligación el deber de conducta es impuesto al sujeto pasivo en interés de otro, es decir, en el sujeto activo, en la carga el deber de conducta se impone para tutelar el interés de quien debe observarla. Es por ello por lo que esta disociación de intereses se refleja en la diversidad de consecuencias legales nacidas al amparo del incumplimiento de una y de otra, toda vez que, al contrario de lo que acaece con las obligaciones, en donde el acreedor puede exigir del deudor el cumplimiento de su deber, en las cargas la conducta del gravado no es legalmente exigible, pues su inobservancia provoca otro resultado que solo a él perjudica: la pérdida –o menoscabo– del derecho pretendido” (JARAMILLO, Carlos Ignacio. Derecho de seguros – estudios y escritos jurídicos, T.3. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis, 2012).

¹⁰ JARAMILLO, Carlos Ignacio. Derecho de seguros – estudios y escritos jurídicos, T.3. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis, 2012. En esta obra, citando a otros doctrinantes, expone el referido autor: “Francesco Carnelutti indica que ‘cuando el ejercicio de una conducta es

Las cargas que las partes asumen en el contrato de seguro pueden ser de variada índole, dependiendo de la naturaleza del riesgo y del interés que se cubre con la póliza, y pueden estar previstas en la ley o en el contrato¹¹. Todas estas tienen como finalidad fijar y mantener un determinado estado del riesgo, aminorarlo e, inclusive, “impedir su materialización”¹².

Precisamente, una de las cargas que el seguro de cumplimiento le puede imponer al asegurado es la de procurar evitar la ocurrencia del siniestro, lo cual -para la doctrina- no riñe con el derecho general ni con el derecho de seguros, ni puede soslayarse bajo el pretexto de que el contrato de seguro solo existe para dejar indemne a quien ha sufrido un perjuicio por el siniestro asegurado y no para impedir en forma plena y “a todo trance” que el riesgo amparado llegue a concretarse. Por el contrario, el deber de evitación del daño – o del siniestro, en el caso de los seguros-, asociado a la obligación de mitigarlo, ha cobrado cada vez más preponderancia en el derecho contemporáneo. Con fundamento en ello, destaca el profesor Jaramillo:

No en vano, en el marco de la responsabilidad civil o del derecho de daños, cada vez más se alude a la existencia insoslayable de un deber no solo de mitigar los daños, de por sí relevante, sino de evitarlos. Por ello, ahora se aboga por su evitación racional, al amparo del principio solar de la buena fe, acerca del cual, la Corte Constitucional colombiana, subrayando su significado actual, expresó que debe considerársele ‘(...) un postulado constitucional’.

Al lado de la buena fe, según el referido autor, el postulado de la solidaridad –también previsto en la Constitución Política- sirve de base para establecer y concluir que, a la luz del derecho actual, no resulta admisible una conducta pasiva, omisiva y mucho menos permisiva del asegurado, de quien se espera que obre con el propósito de evitar la concreción del riesgo, “obviamente en condiciones de racionalidad, dado que el hecho de que pague [o un tercero sufrague en su favor] una prima de seguro, no lo habilita per se para que (...) se desentienda de su materialización, como si fuera necesario para justificar su pago, el advenimiento del referido siniestro”¹³.

configurado como presupuesto para obtener una determinada ventaja’, se está en presencia de una carga, la cual (...) se diferencia de la obligación porque en ella ‘el vínculo es impuesto para tutelar un interés ajeno, mientras que en la carga se protege el interés propio’ (...). Del mismo modo, el profesor Francesco Messineo, manifiesta en su tratado que ‘la carga es la imposición de un comportamiento, el cual equivale a la premisa para conseguir un determinado efecto de carácter útil (caso de auto-responsabilidad)’ (...).

“El distinguido profesor Rubén Stiglitz, por su parte, en el concreto ámbito del derecho de seguros, sostiene que ‘(...) las cargas legales son aquellas que, establecidas por la ley de seguros, requieren del asegurado una conducta de realización facultativa, establecida en su propio interés y de cuya inobservancia resulta, en los supuestos en que expresamente ha sido previsto, la pérdida (caducidad) del derecho”.

¹¹ Respecto de estas últimas –las cargas impuestas en el contrato-, refiere la doctrina: “De acuerdo con el estado y el tipo de riesgo (...), el número de cargas impuestas al asegurado por el contrato mismo, será mayor en cantidad como en intensidad, precisamente porque la ejecución de determinadas conductas por el asegurado tiene como finalidad primordial el evitar que las condiciones que sirvieron de base para la celebración del contrato se alteren en forma tal que el equilibrio de la relación aseguradora termine por desaparecer (...)” (JARAMILLO, Carlos Ignacio, Op. cit.).

¹² HALPERIN, Isaac, *Curso de derecho comercial*. Citado en: JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Derecho de seguros – estudios y escritos jurídicos*, T.3. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, 2012.

¹³ JARAMILLO, Carlos Ignacio, Op. cit. Continúa exponiendo el autor: “Este deber de evitación, íntimamente vinculado con la bona fides, con todo lo que ello implica, va más allá de la floración del siniestro, comoquiera que se anida en la etapa presiniestral y se extiende hasta la siniestral, según el caso, ora con arreglo a la ley, cuando exista en forma expresa, ora con fundamento en la buena fe,

La buena fe y solidaridad, entonces –y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia-, se contraponen a la eventual pasividad del asegurado, la cual no es propia de quien hace parte de una relación comercial, menos aun cuando sobre tal relación “gravita (...) un deber correlativo de colaboración” y un “criterio de reciprocidad referido a la buena fe objetiva”¹⁴.

Es claro entonces que ARM incumplió su deber de evitar el daño. Es más, su propia conducta contribuyó a que se materializara el mismo.

ARM es responsable en la causación del supuesto daño que reclama en el presente proceso, pues su falta de diligencia en la administración del contrato EPC contribuyó a que este se produjera.

Debe recordarse que nadie puede alegar en su favor su propia culpa, por lo que no es procedente reconocer a ARM una indemnización por un supuesto daño del cual también sería responsable.

6. Vulneración del principio indemnizatorio

El artículo 1077 del Código de Comercio establece de forma específica que en caso de siniestro el asegurado deberá demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida para exigir a la aseguradora el pago de la indemnización. De lo contrario, mal podría la aseguradora tener los elementos necesarios para determinar si el riesgo asegurado sí ocurrió.

Por ser un seguro de daños en el cual se aplica el principio indemnizatorio, el siniestro en el seguro de cumplimiento debe producir un detrimento en el patrimonio del acreedor, el cual ha de ser acreditado ante el asegurador.

Sobre este particular procede citar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 22 de julio de 1989, exp. 5065:

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

Es que el siniestro en los seguros de daños, tanto más cuando ellos sean de carácter patrimonial (Art. 1.082 del C. de Co.), invariablemente supone la materialización de un perjuicio de estirpe económico radicado en cabeza del asegurado, sin el cual no puede pretenderse que el riesgo materia del acuerdo de voluntades haya tenido lugar y, por ende, que se genere

principio que en forma sucedánea servirá de apoyadura a las actuaciones y conductas que se espera tengan fluidez y oportuna cabida. En aquella [la etapa presiniestral], se traducirá en su evitación (...), [todo ello] acorde con los genuinos postulados de la lealtad contractual [...que] exigen algo más que la inercia, en veces hasta cómplice y atentatoria de granadas garantías: la buena fe, la solidaridad, la cooperación, la prohibición de abusar de los derechos propios y ajenos, etc”.

El autor también refiere que, de acuerdo con la opinión de otros autores, “la prevención – evitación del daño (...) es misión irrenunciable del derecho civil” y que “el derecho civil no puede conformarse con la mera respuesta reparadora frente al daño y renunciar a su prevención”, puesto que ello equivaldría y/o conduciría, entre otras cosas, a “crear y justificar un derecho a perjudicar”.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, sentencia CSJ SC 02 del 2 de agosto de 2001, exp. N° 6146.

responsabilidad contractual del asegurador. No en vano, en ellos campea con vigor el principio indemnizatorio, de tan relevancia en la relación asegurativa.”
(Se destaca)

ARM recibió obras, bienes y servicios que fueron pagados con los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 como da cuenta el dictamen pericial de GFA.

Es decir, las obras, bienes y servicios que se pagaron con el dinero entregado por ARM al CONSORCIO mediante los Anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 en la actualidad hacen parte del patrimonio de ARM y pueden perfectamente ser usados en la ejecución del contrato celebrado entre la ANI y ARM.

Reconocerle a ARM una indemnización derivada del contrato de seguro simplemente porque el CONSORCIO no amortizó el anticipo sería generar un enriquecimiento injustificado en favor de ARM, situación que se encuentra expresamente prohibida por la normatividad que rige el contrato de seguro.

El hecho de que el CONSORCIO supuestamente no haya hecho la amortización del anticipo no quiere decir que las obras, bienes y servicios que se pagaron con el dinero de dichos anticipos, no estén en poder de ARM y que no puedan ser utilizadas por la demandante para la ejecución del contrato que celebró con la ANI.

ARM en realidad no ha sufrido un perjuicio económico derivado de la supuesta falta de amortización de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, del que se pueda generar una indemnización en su favor.

Al no haber perjuicio económico, porque ARM recibió las obras, bienes y servicios, no es procedente el pago de ninguna indemnización y mucho menos de una derivada de un contrato de seguro al cual por disposición legal le es aplicable el principio indemnizatorio.

7. Inexigibilidad de la obligación

En el presente caso la obligación que reclama ARM no es exigible teniendo en cuenta que no se ha realizado la liquidación del contrato EPC que permita definir el estado de cuentas entre los contratantes.

Únicamente hasta el momento en que se realice la liquidación bilateral o judicial del contrato EPC se tendrá claridad respecto a las acreencias en favor de cada una de las partes, tal y como lo consideró la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 16 de febrero de 2001, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez, radicación No. 44001-23-31-000-1994-0337-01(12660):

“Liquidar significa hacer el ajuste formal de una cuenta; saldar, pagar enteramente una cuenta (15). En materia de los contratos la liquidación y más específicamente en el decreto ley 222 de 1983 es el corte de cuentas que tiene como objeto que las partes contratantes, o en su defecto la Administración, establezcan o establezca, respectivamente, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes a favor o en contra de cada uno. La liquidación del contrato procede, generalmente, después de la terminación del contrato.

La liquidación del contrato es un procedimiento mediante el cual la Administración y el contratista verifican los hechos, pagos, intereses, obra ejecutada, ítems de obra, balances etc atinentes a la ejecución del contrato;

¹⁵ Diccionario de la lengua española. Real Academia Española, 1992, pág. 892.

mediante ese proceso deciden todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato; es un acto que, por ende, finiquita la relación existente entre las partes del negocio jurídico; la liquidación tiene la naturaleza de un ajuste final de cuentas ⁽¹⁶⁾.

La finalidad de la liquidación del contrato es, como lo ha explicado la jurisprudencia de la Sala ⁽¹⁷⁾ ‘definir quién debe a quien y cuanto’.

Sentencia Sala de Casación de veinticuatro (24) de julio de dos mil seis (2006), expediente n.º 00191,

‘Para expresarlo de otro modo, de la inejecución del contrato, no es forzoso colegir el indebido manejo y la incorrecta inversión del anticipo, como quiera que dicho incumplimiento pudo obedecer a diversas razones, no necesariamente ligadas causalmente con el citado manejo del anticipo entregado previamente, lo que exige cautela en la apreciación siniestral y, sobre todo, evitar generalizaciones que conspiran contra el caso particular, brújula del escrutinio enderezado a la determinación del siniestro, al que no se puede arribar a partir de consideraciones generales o extensivas de otra situación fáctica.’ (Se destaca)

Dicha posición fue reiterada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia del 11 de febrero de 2009, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, radicación No. 25000-23-26-000-1992-08345-01(15757):

“La Sala ha sido unánime en afirmar que la liquidación bilateral del contrato traduce en un verdadero negocio jurídico por medio del cual las partes definen las cuentas del contrato y se obligan a lo estipulado en él documento que la contiene.

Al efecto cabe tener en cuenta que la liquidación significa ‘hacer el ajuste formal de una cuenta; saldar, pagar enteramente una cuenta’¹⁸ y se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes a favor o en contra de cada uno. Es un procedimiento mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales, como también respecto de las vicisitudes presentadas durante su desarrollo; es un acto que, por ende, aclara y define todo lo relativo a la relación contractual que existió entre las partes del negocio jurídico.” (Se destaca)

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de abril de 2019, Magistrado Ponente: Luis Alonso Rico Puerta, radicación No. 11001-31-03-006-2015-00145-01, también se pronunció sobre la liquidación del contrato como el finiquito de la relación contractual mediante el cual se determina el monto que una parte debe pagar a la otra:

“El finiquito contractual es el resultado de la liquidación del vínculo negocial, que puede ser total o parcial, en tanto implica establecer el monto que una parte debe pagar a la otra, o ha pagado ya, como consecuencia de lo sucedido durante la ejecución del contrato. De ese modo, la liquidación está llamada a concluir el negocio mediante la determinación concreta y clara de los aspectos técnicos, económicos y financieros que quedan pendientes, así como de lo ejecutado y recibido a satisfacción.”

¹⁶ Al efecto puede consultarse sentencia 1743 proferida el día 16 de mayo de 1982.

¹⁷ Sentencia proferida el día 15 de marzo de 1991 dentro del expediente 6053.

¹⁸ Diccionario de la lengua española. Real Academia Española, 1992, pág. 892.

Así las cosas, hasta tanto no se realice la liquidación del contrato EPC suscrito entre ARM y el CONSORCIO no se tendrá certeza de si el CONSORCIO adeuda a ARM algún monto correspondiente a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 y si ARM a su vez adeuda algún monto al CONSORCIO del que puedan ser compensadas las obligaciones del CONSORCIO.

Lo anterior, hace que la obligación de BERKLEY no sea exigible e imposibilita el reconocimiento de una indemnización derivada de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904.

8. El incumplimiento del contrato no necesariamente significa que haya incorrecta inversión del anticipo

El hecho de que el CONSORCIO supuestamente haya incumplido sus obligaciones derivadas del contrato de EPC no es prueba de que haya una incorrecta inversión del anticipo.

Así lo consideró la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de julio de 2006, Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, expediente No. 00191:

*“Aceptar la tesis que sugiere la censura –por sugestiva que pudiera resultar-, implicaría admitir que frente a la existencia de dos contratos de cumplimiento que amparen, como en este caso, la ejecución de las prestaciones esenciales que afloran del contrato y la correcta inversión del anticipo, respectivamente, demostrado el siniestro del primero de ellos debe entenderse, en forma inexorable, también acreditado el segundo, lo que ciertamente no es de recibo como regla general o absoluta, de suerte que **deberá determinarse en cada caso concreto, por cuanto bien puede existir una correcta inversión de las sumas de dinero entregadas a título de anticipo e, igualmente, un incumplimiento ulterior del contrato, por haberse entregado las obras fuera del plazo acordado, o con diferentes especificaciones, diverso diseño al contratado, etc., lo que implica que el asegurado debe cumplir, respecto de cada uno, con la carga prevista en el art. 1077 del Código de Comercio y, por esa vía, demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, sin que la prueba de uno de ellos, de por sí, pueda hacerse extensiva al otro, o viceversa, en forma indefectible. Para expresarlo de otro modo, **de la inejecución del contrato, no es forzoso colegir el indebido manejo y la incorrecta inversión del anticipo, como quiera que dicho incumplimiento pudo obedecer a diversas razones, no necesariamente ligadas causalmente con el citado manejo del anticipo entregado previamente, lo que exige cautela en la apreciación siniestral y, sobre todo, evitar generalizaciones que conspiren contra el caso particular, brújula del escrutinio enderezado a la determinación del siniestro, al que no se puede arribar a partir de consideraciones generales o extensivas de otra situación fáctica.**”*** (Se destaca)

Por lo tanto, la terminación unilateral del contrato por parte de ARM no es prueba de la supuesta no inversión y no amortización de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 por parte del CONSORCIO.

ARM debía demostrar que en efecto el CONSORCIO no invirtió o no amortizó los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, pero no lo hizo pues únicamente allegó con la demanda diversas comunicaciones que no pueden ser tenidas como prueba pues todas ellas fueron discutidas por el CONSORCIO con sólidos argumentos y un dictamen pericial que ni siquiera hace referencia a los anticipos relacionados en la reforma de la demanda y asegurados por BERKLEY.

Además, BERKLEY aporta con la presente contestación un dictamen pericial con el que se demuestra que el CONSORCIO si invirtió y si amortizó los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.

9. No demostración del siniestro ni de su cuantía

Como se mencionó anteriormente, al no haberse liquidado el contrato EPC no existe certeza acerca de las acreencias en favor de cada uno de los contratantes.

ARM no ha logrado demostrar la ocurrencia y la cuantía del siniestro amparado por las pólizas expedidas por BERKLEY, por cuanto no ha demostrado el perjuicio económico real que supuestamente el CONSORCIO le causó en relación con los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.

Por el contrario, se encuentra demostrado que el CONSORCIO con las sumas correspondientes a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 adquirió los equipos, materiales e insumos y pagó las facturas que se relacionaban en los detalles adjuntos a cada Anexo de anticipo.

Por lo tanto, ARM no ha cumplido con su deber de demostrar la ocurrencia y la cuantía del siniestro para que sea procedente una indemnización derivada de las pólizas expedidas por BERKLEY.

10. Improcedencia de intereses moratorios

De conformidad con lo previsto en el artículo 1053 del Código de Comercio, modificado por el artículo 80 de la Ley 45 de 1990, “(...) *La Póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos: (...) 3. Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente Póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda (...)*”

Y de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio, modificado por el párrafo del artículo 111 de la Ley 510 de 1999, “(...) *El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad (...)*”

Ahora bien, el asegurador no se encuentra en mora mientras el asegurado no cumpla con sus cargas probatorias de demostrar la ocurrencia y la cuantía del siniestro, puesto que, sin ese presupuesto, ciertamente el asegurador no puede entenderse incurso en un retardo culpable y punible en el cumplimiento de su obligación.

En el presenta caso ARM no ha probado el siniestro ni su cuantía y en la remota hipótesis de que lo hiciera tal circunstancia se presentaría en el proceso, por lo cual los intereses correrían desde que la sentencia que así lo declare quede ejecutoriada.

11. Improcedencia de acumular intereses moratorios y perjuicios

En las pretensiones la demandante solicita que sobre las sumas pedidas se condene a la demandada a pagar intereses moratorios con base en el artículo 1080 del Código de Comercio. Luego en la pretensión trigésima sexta principal, solicita en adición condena en “perjuicios”.

El citado artículo indica que el asegurado en lugar de los intereses puede pedir perjuicios:

“El asegurado o el beneficiario tendrán derecho a demandar, en lugar de los intereses a que se refiere el inciso anterior, la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador”.

En la demanda se piden intereses más perjuicios como pretensiones principales, lo cual constituye una acumulación proscrita por la ley.

En el remoto evento en que se llegara a considerar la procedencia de las pretensiones de ARM, debe tenerse en cuenta que no es posible condenar a BERKLEY al pago de perjuicios y a la misma vez al pago de intereses moratorios.

Además, debe tenerse en cuenta que los perjuicios deben probarse y en el presente caso ARM no los ha demostrado, por lo cual también sería improcedente el reconocimiento de dicha pretensión.

12. Excepción genérica

De conformidad con el artículo 282 del Código General del Proceso, solicito se declaren las excepciones que conforme a derecho resulten probadas en la presente Litis, sin perjuicio que no hayan sido mencionadas de manera expresa en la contestación de la reforma de la demanda.

VI. EXCEPCIONES DE MÉRITO RESPECTO A LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTRE PARTICULARES No. 4908

1. Ausencia o sobreestimación del daño

ARM reclama una indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 4908 por valor de \$4.292.695.830, correspondiente al valor del Anexo de anticipo No. 5 que según ARM no fue amortizado ni devuelto por el CONSORCIO.

Como se expuso anteriormente el dictamen de GFA prueba que en el presente caso no hay falta de amortización de los anticipos adicionales por los cuales reclama ARM en el presente proceso.

Teniendo en cuenta que no hay falta de amortización a continuación se analizará si las facturas rechazadas por ARM y con base en las cuales presentó la reclamación ante BERKLEY en virtud de la póliza No. 4908 en efecto carecen de soporte o si por el contrario se encuentra demostrada la inversión del anticipo por parte del CONSORCIO.

Como consta en las pruebas aportadas por ARM con la demanda, el 12 de marzo de 2019 ARM presentó a BERKLEY una reclamación por valor de \$2.770.109.032 correspondiente a soportes no admisibles del anticipo No. 5.

En dicha reclamación ARM afirmó lo siguiente:

- “8.1. Que la suma de \$2.157.530.989 se encuentra debidamente soportada
- 8.2. **Que soportes equivalentes a \$159.409.032 no son admisibles por cuanto los soportes allegados carecen de todos los soportes requeridos para justificar la erogación correspondiente como la utilización del anticipo entregado**
- 8.3. **Que soportes equivalentes a \$2.610.657.676 no son admisibles por cuanto corresponden a erogaciones por conceptos diferentes a los autorizados en el Anexo de Anticipos No. 5.**

(...)

De acuerdo con lo anterior, tenemos que la cuantía del siniestro reclamado asciende a \$2770.109.032, de conformidad con la siguiente liquidación:

Concepto	Valor
Anticipo Asegurado	\$4.927.640.021
Valor justificado	\$2.157.530.989
Cuantía del Siniestro	\$2.770.109.032

(...)” (Se destaca)

Para determinar si el anticipo No. 5 fue invertido por el CONSORCIO, GFA analizó los documentos anexados por ARM con la reclamación, los cuales no fueron anexados por ARM con la demanda ni con su reforma, particularmente el Excel “Anticipos 5 y 8 desagregado”.

Sobre las facturas rechazadas por ARM por supuesta falta de soportes del banco GFA en la página 27 de su dictamen llega a la siguiente conclusión:

*“(...) Lo anterior soporta y comprueba que los \$1.164.697.053, rechazados por ARM, están debidamente justificando los pagos según los anexos (del 26 al 37). **Por otro lado, significa que los \$159.409.032 que están relacionados en la reclamación como falta de soportes de pago del banco, están incluidos dentro de los \$1.164.697.053, soportados y justificados sus pagos. (...)**”*

Ahora bien, respecto a los \$2.610.657.676 que debían ser utilizados en el concepto “explotación minera” y que ARM rechaza bajo el argumento de que se utilizaron en conceptos diferentes a los definidos en el anexo de anticipo No. 5, GFA encontró que dicho valor debía ser invertido en la explotación minera “Las Flores” y la explotación minera “El Indio”, pero que se presentaron inconvenientes que hicieron imposible para el CONSORCIO extraer material de dichas canteras, por lo cual el dinero no fue utilizado en dichos conceptos.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que el CONSORCIO no haya invertido los recursos en el proyecto, pues se comprobó que los utilizó para pagar unas facturas que adeudaba por la realización de los estudios y diseños de detalle Fase III de las 4 Unidades Funcionales del proyecto Río Magdalena, las cuales no habían sido pagadas pues ARM no había desembolsado los anticipos correspondientes.

Dichas situaciones fueron puestas en conocimiento de ARM, quien en su momento no presentó objeción alguna. GFA en la página 29 y siguientes de su dictamen pericial relaciona las comunicaciones mediante las cuales el CONSORCIO solicitó

insistentemente el desembolso de los anticipos para el pago de las facturas a proveedores de los estudios y diseños de detalle:

“(...) A través de la inspección documental, se pudo identificar que el Consorcio OHL, desde el mes de marzo de 2016, ha venido reclamando a Autopista Rio Magdalena (ARM), la obligación del pago de los anticipos pactados en el contrato EPC.

A continuación, se ilustra un resumen de las diferentes comunicaciones emitidas por el Consorcio OHL a ARM sobre el particular:

Comunicado	Fecha	Información Relevante
<i>OHLMG-DT – 0158</i>	<i>Marzo 18 de 2016</i>	<i>OHL reclama la obligación de pago del anticipo. OHL sustenta que el contratante ha dilatado innecesariamente el desembolso del anticipo solicitado desde el 18 de febrero de 2016 por un valor equivalente al 1% del precio fijo \$10.339.144.391.</i>
<i>OHLMG-DT – 0168</i>	<i>Abril 5 de 2016</i>	<i>No obstante, lo anterior, y con el fin de precaver mayores retrasos en la ejecución de las inversiones iniciales, le informamos que hemos visto la necesidad de acudir a mecanismos para financiar dichos trabajos, algunos a través de créditos bancarios y otros mediante tercerización de obras cuya ejecución teníamos previsto acometer con medios propios,</i>
<i>OHLMG-DT – 0184</i>	<i>Abril 20 de 2016</i>	<i>OHL manifiesta muy respetuosamente “creemos que la Concesionaria carece de los recursos necesarios para financiar este Proyecto y, por ende, cumplir con su obligación de pago frente al Contratista EPC. Respetuosamente lo instamos a demostrar que efectivamente cuenta con recursos suficientes, que permitan dar cabal cumplimiento a su deber de financiar del proyecto y su prestación de cancelar al Contratista EPC los pagos a que tiene derecho.”</i>
<i>OHLMG-DT - 0188</i>	<i>Abril 22 de 2016</i>	<i>OHL acepta el ofrecimiento de la Concesionaria ARM de pagar la suma de \$5.000.000.000 por concepto de anticipo que será utilizado en cumplir los compromisos adquiridos anteriormente por el Contratista EPC.</i>
<i>OHLMG-DT – 0365</i>	<i>Agosto 25 de 2016</i>	<i>OHL informa “Nuevamente dejamos constancia que a la fecha, aún no se cuenta con la entrega de los recursos comprometidos conforme lo establece el Contrato EPC y en lo que respecta al desembolso de los anticipos pactados en monto y plazo, los cuales no han sido desembolsados, lo que nos impide cumplir con compromisos frente a subcontratistas y terceros, conforme se lo hemos manifestado en anteriores ocasiones. Al respecto, vale la pena señalar que recibimos del Consorcio ED AUTOPISTA MAGDALENA</i>

		<i>2, encargados de los diseños del proyecto, una carta en la cual manifiestan nuestro incumplimiento a las obligaciones de pago pactadas en el contrato suscrito, a la fecha no hemos podido cancelar dos facturas radicadas en mayo y junio/16 que ascienden a COP\$2.555.712.000”</i>
--	--	--

Teniendo en cuenta las diferentes comunicaciones emitidas por el Consorcio OHL a ARM, en donde se solicita insistentemente el pago de los anticipos pactados, así como lo manifestado en el comunicado OHLMG-DT – 0365, al 25 de agosto de 2016, se tenía una deuda de \$2.555.712.000 con el proveedor ED AUTOPISTA MAGDALENA 2, el cual es el mismo que se menciona dentro de la justificación de la inversión al concepto “Explotación Minera”, las facturas 12 y 14 tienen un valor individual de \$1.277.856.000, y al sumarlas, nos da como resultado el mismo valor que OHL relaciona en su comunicado OHLMG-DT-0365.” (Se destaca)

Sobre la inversión de los \$2.610.657.676 reclamados por ARM a BERKLEY, GFA concluye en su dictamen (pág. 31) que:

*“Teniendo en cuenta lo anterior, esta auditoría pudo realizar la revisión de las 98 facturas que en su momento Consorcio OHL entregó a ARM para soportar el anticipo 5. De las 98 facturas, ARM en la revisión que realiza, aprueba 83 facturas por un valor de \$6.494.172.601 y rechaza 15 facturas por un valor de \$6.276.121.053, valor que fue soportado y validado a través de extractos bancarios y soportes debidamente verificados por esta auditoría, es decir, que estas facturas si fueron invertidos en obra. De las 15 facturas rechazadas por ARM y soportadas por esta auditoría, existen 4 facturas que corresponden a explotación minera por valor de \$5.111.424.000, sin embargo, de este valor, solamente corresponden \$2.610.700.000 al anticipo 5, los cuales efectivamente no fueron invertidos en tal concepto, más, sin embargo, se pudo evidenciar el soporte que comprueba el pago de las 4 facturas (12, 14, 15 y 16) al proveedor Consorcio ED Autopista. **Por lo anterior, aunque la destinación no coincide con lo estipulado en el anexo del anticipo, el dinero fue invertido en el proyecto y específicamente en el pago de los estudios y diseños”.***

Finalmente, sobre la inversión del anticipo entregado mediante el anexo de anticipo No. 5, GFA en su dictamen llega a la siguiente conclusión:

*“Teniendo en cuenta lo anterior, se pudo evidenciar, comprobar y soportar que Consorcio OHL realizó pagos a proveedores en el desarrollo de las actividades asociadas al Anticipo No. 5, a través de ochenta y tres (83) facturas aprobadas por Autopista Rio Magdalena y quince (15) facturas debidamente soportadas por esta auditoría; **adicionalmente del total de facturas de explotación minera, se tuvo en cuenta \$2.610.700.000 como anticipo para esta actividad. (...)**” (Se destaca)*

Además, en las conclusiones generales de su dictamen GFA afirma que:

“5. CONCLUSIONES GENERALES

(...)

8. Para los anticipos 5, 6 y 7, ARM realizó desembolsos por un valor total de \$12.251.247.831, de los cuales OHL soportó facturas por un valor total de \$30.872.479.079, evidenciando la correcta inversión y amortización de estos

anticipos, mostrando un mayor valor invertido por OHL al valor entregado por ARM en \$18.621.231.248. (...)” (Se destaca)

Es decir, según el dictamen de GFA se encuentra debidamente soportada una inversión total del anticipo No. 5.

Por lo tanto, ARM no puede reclamar una indemnización por casi la totalidad del anticipo entregado mediante Anexo de anticipo No. 5, solo porque a su juicio no se realizó la amortización de este.

Pretender el pago de una indemnización a sabiendas de que existen obras, bienes y servicios recibidos para la ejecución del contrato EPC que incluso exceden el valor del anticipo No. 5 no es justo ni procedente.

VII. EXCEPCIONES DE MÉRITO RESPECTO A LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTRE PARTICULARES No. 5350

1. Ausencia o sobreestimación del daño

ARM reclama una indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 5350 por valor de \$4.381.273.913, correspondiente al valor del Anexo de anticipo No. 6 que según ARM no fue amortizado ni devuelto por el CONSORCIO.

Como se expuso anteriormente el dictamen de GFA prueba que en el presente caso no hay falta de amortización de los anticipos adicionales por los cuales reclama ARM en el presente proceso.

Teniendo en cuenta que no hay falta de amortización a continuación se analizará si las facturas rechazadas por ARM y con base en las cuales presentó la reclamación ante BERKLEY en virtud de la póliza No. 5350 en efecto carecen de soporte o si por el contrario se encuentra demostrada la inversión del anticipo por parte del CONSORCIO.

Como consta en las pruebas aportadas por ARM con la demanda, el 13 de marzo de 2019 ARM presentó ante BERKLEY una reclamación por valor de \$795.149.025 correspondiente a soportes no admisibles del anticipo No. 6.

En dicha reclamación ARM afirmó lo siguiente:

“8.1. Que la suma de \$4.204.980.785 se encuentra debidamente soportada

8.2. Que soportes equivalentes a \$701.000.000 no son admisibles por cuanto corresponden a erogaciones por conceptos diferentes a los autorizados en el Anexo de Anticipos No. 6.

8.3. La suma de \$94.117.025 carece de todos los soportes requeridos para justificar la erogación correspondiente como utilización del anticipo entregado.

(...)

De acuerdo con lo anterior, tenemos que la cuantía del siniestro reclamado asciende a \$795.149.025, de conformidad con la siguiente liquidación:

<i>Concepto</i>	<i>Valor</i>
<i>Anticipo Asegurado</i>	<i>\$5.000.129.810</i>

Valor justificado	\$4.204.980.785
Cuantía del Siniestro	\$795.149.025

(...)" (Se destaca)

Para determinar si el anticipo No. 6 fue invertido por el CONSORCIO, GFA analizó los documentos anexados por ARM con la reclamación, los cuales no fueron anexados por ARM con la demanda, particularmente el Excel "ANTICIPOS 3, 4, 6 y 7 Desagregado".

Sobre las facturas rechazadas por ARM por supuesta falta de soportes del banco GFA en la página 37 de su dictamen llega a la siguiente conclusión:

*"Según la reclamación presentada por ARM, se relaciona un valor de \$94.117.025, argumentando que carecen de todos los soportes requeridos para justificar la erogación correspondiente como utilización del anticipo entregado. **Por lo que, según auditoría y análisis, se pudo comprobar y soportar (según anexos del 47 al 58) todos los documentos que justifiquen la erogación y pagos del banco, para las 12 facturas rechazadas, por un valor total de \$2.381.136879.***

Es decir, que los \$94.117.025, relacionados en la reclamación, están debidamente soportados y comprobados los correspondientes pagos. (Se destaca)

Ahora bien, respecto a los \$701.000.000 que según ARM se utilizaron en un concepto diferente al relacionado en el anexo de anticipo No. 6, GFA considera (pág. 37 del dictamen) que si fueron utilizados para la finalidad dispuesta en el anexo de anticipo No. 6:

"Las 15 facturas rechazadas por ARM, tienen un valor total de \$2.165.785.616, frente a los \$701.000.000 que se relacionan en la reclamación presentada por ARM.

A continuación, se detalla el resultado de cada una de las 15 facturas, así:

(...)

Las facturas # CT-750 y CT-757, del proveedor COMPAÑIA TRANSSAVAL S.A.S. (detalladas en la anterior tabla), son rechazadas por ARM, porque la destinación no corresponde con lo establecido en el Anexo del Anticipo, la cual era suministro más no alquiler. Sin embargo, no es pertinente el rechazo, dado que las facturas tienen como concepto Transporte Fluvial, y según documentación que complementa el anexo del anticipo 6, menciona para el tema de Barcazas lo siguiente:

(...)

Por otro lado, en el documento no se hace mención a que se debe realizar compra de Barcazas. Por lo anterior, el concepto de Adquisición de Barcazas para ejecución de pilas en el rio, debería estar aprobado. El concepto tiene un valor de \$250.000.000 y las facturas que soporta OHL tienen un valor de \$659.360.000.

Las facturas con número 13344, 13370, 13398, 13440, 13791 del proveedor ECHEVERRI Y CIA DE OBRAS CIVILES S.A.S (detalladas en la anterior tabla), son rechazadas por ARM, porque la destinación no corresponde con lo

establecido en el Anexo del Anticipo, la cual era Adquisición de maquinaria más no alquiler. Sin embargo, no es pertinente el rechazo, dado que según documentación que complementa el anexo del anticipo 6, menciona para el tema de Bomba Estática lo siguiente:

(...)

Por lo anterior, los \$701.000.000 que hacen parte de la reclamación de ARM por facturas que no corresponden con la erogación según anexo del anticipo 6, se puede mencionar que estas facturas cumplen con lo estipulado y acordado según anexo del anticipo 6.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta auditoría pudo realizar la revisión de las 103 facturas que en su momento Consorcio OHL entregó para soportar el anticipo No. 6. De las 103 facturas, ARM en la revisión que realiza aprueba 72 facturas por un valor de \$10.646.481.019 y rechaza 31 facturas por un valor \$4.677.590.278. Es decir, que esta auditoría pudo soportar y evidenciar la correcta inversión de 27 facturas por un valor total de \$4.546.922.495, facturas que fueron soportadas y validadas a través de extractos bancarios y soportes debidamente verificados por la auditoría realizada, es decir, que estas facturas si fueron invertidas en obra. (...)” (Se destaca)

Frente al anticipo No. 6 GFA (pág. 41 del dictamen) concluye que:

“Teniendo en cuenta lo anterior, se pudo evidenciar, comprobar y soportar que Consorcio OHL realizó pagos a proveedores en el desarrollo de las actividades asociadas al Anticipo No. 6, a través de setenta y dos (72) facturas que fueron aprobadas por Autopista Rio Magdalena y veintisiete (27) facturas que fueron debidamente soportadas por esta auditoría (...)”

Además, en las conclusiones generales de su dictamen GFA afirma:

“5. CONCLUSIONES GENERALES

(...)

8. Para los anticipos 5, 6 y 7, ARM realizó desembolsos por un valor total de \$12.251.247.831, de los cuales OHL soportó facturas por un valor total de \$30.872.479.079, evidenciando la correcta inversión y amortización de estos anticipos, mostrando un mayor valor invertido por OHL al valor entregado por ARM en \$18.621.231.248. (...)” (Se destaca)

Es decir, según el dictamen de GFA se encuentra debidamente soportada una inversión total del anticipo No. 6.

Por lo tanto, ARM no puede reclamar una indemnización por casi la totalidad del anticipo entregado mediante Anexo de anticipo No. 6, solo porque a su juicio no se realizó la amortización de este.

Pretender el pago de una indemnización a sabiendas de que existen obras, bienes y servicios recibidos para la ejecución del contrato EPC que incluso exceden el valor del anticipo No. 6 no es justo ni procedente.

VIII. EXCEPCIONES DE MÉRITO RESPECTO A LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTRE PARTICULARES No. 6851

1. Ausencia o sobreestimación del daño

ARM reclama una indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 6851 por valor de \$2.045.310.806, correspondiente al valor del Anexo de anticipo No. 7 que según ARM no fue amortizado ni devuelto por el CONSORCIO.

Como se expuso anteriormente el dictamen de GFA prueba que en el presente caso no hay falta de amortización de los anticipos adicionales por los cuales reclama ARM en el presente proceso.

Teniendo en cuenta que no hay falta de amortización a continuación se analizará si las facturas rechazadas por ARM y con base en las cuales presentó la reclamación ante BERKLEY en virtud de la póliza No. 6851 en efecto carecen de soporte o si por el contrario se encuentra demostrada la inversión del anticipo por parte del CONSORCIO.

Como consta en las pruebas aportadas por ARM con la demanda, el 13 de marzo de 2019 ARM presentó a BERKLEY una reclamación por valor de \$879.280.000 correspondiente a soportes no admisibles del anticipo No. 7.

En dicha reclamación ARM afirmó lo siguiente:

“8.1. Que la suma de \$4.204.980.785 se encuentra debidamente soportada

8.2. Que soportes equivalentes a \$879.280.000 no son admisibles por cuanto corresponden a erogaciones por conceptos diferentes a los autorizados en el Anexo de Anticipos No. 7.

(...)

De acuerdo con lo anterior, tenemos que la cuantía del siniestro reclamado asciende a \$879.280.000, de conformidad con la siguiente liquidación:

<i>Concepto</i>	<i>Valor</i>
<i>Anticipo Asegurado</i>	<i>\$2.323.478.000</i>
<i>Valor justificado</i>	<i>\$1.444.198.000</i>
<i>Cuantía del Siniestro</i>	<i>\$879.280.000</i>

(...)” (Se destaca)

Para determinar si el anticipo No. 7 fue invertido por el CONSORCIO, GFA analizó los documentos anexados por ARM con la reclamación, los cuales no fueron anexados por ARM con la demanda, particularmente el Excel “ANTICIPOS 3, 4, 6 y 7 Desagregado”.

GFA en su dictamen (pág. 44) encontró que la reclamación de ARM correspondía a 4 facturas rechazadas:

“Teniendo en cuenta las cuatro (4) facturas rechazadas por ARM con causales o justificaciones como: “La destinación no corresponde con lo establecido en el Anexo del Anticipo”, a continuación, se detalla el resultado de cada una de ellas, así:

Las 4 facturas rechazadas por ARM, tienen un valor total de \$1.140.712.448, contra los \$879.280.000 que se relacionan en la reclamación presentada por ARM.

A continuación, se detalla el resultado de cada una de las 4 facturas, así:

(...)

Teniendo en cuenta los \$879.280.000, rechazados por ARM y lo desarrollado en el anterior cuadro, se pudo evidenciar y comprobar que este valor debería estar aprobado.

Por lo anterior, esta auditoría realizó la revisión de las 13 facturas que en su momento Consorcio OHL entregó ARM para soportar el anticipo 7. De las 13 facturas, ARM en la revisión que realiza, aprueba 9 facturas por valor de \$4.268.793.463 y rechaza 4 facturas por un valor de \$1.140.712.448. Por lo anterior, se concluye que dichas facturas fueron soportadas a través de extractos bancarios y soportes debidamente verificados por la auditoría realizada, es decir, que estas facturas si fueron invertidas en obra.” (Se destaca)

Además, en las conclusiones generales de su dictamen GFA afirma:

“5. CONCLUSIONES GENERALES

(...)

8. Para los anticipos 5, 6 y 7, ARM realizó desembolsos por un valor total de \$12.251.247.831, de los cuales OHL soportó facturas por un valor total de \$30.872.479.079, evidenciando la correcta inversión y amortización de estos anticipos, mostrando un mayor valor invertido por OHL al valor entregado por ARM en \$18.621.231.248. (...)” (Se destaca)

Es decir, según el dictamen de GFA se encuentra debidamente soportada una inversión total del anticipo No. 7.

Por lo tanto, ARM no puede reclamar una indemnización por casi la totalidad del anticipo entregado mediante Anexo de anticipo No. 7, solo porque a su juicio no se realizó la amortización de este.

Pretender el pago de una indemnización a sabiendas de que existen obras, bienes y servicios recibidos para la ejecución del contrato EPC que incluso exceden el valor del anticipo No. 7 no es justo ni procedente.

IX. EXCEPCIONES DE MÉRITO RESPECTO A LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTRE PARTICULARES No. 11590

1. Ausencia o sobreestimación del daño

ARM reclama una indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11590 por valor de \$6.192.589.377, correspondiente al valor del Anexo de anticipo No. 11 que según ARM no fue amortizado ni devuelto por el CONSORCIO.

Como se expuso anteriormente el dictamen de GFA prueba que en el presente caso no hay falta de amortización de los anticipos adicionales por los cuales reclama ARM en el presente proceso.

Teniendo en cuenta que no hay falta de amortización a continuación se analizará si las facturas rechazadas por ARM y con base en las cuales presentó la reclamación ante BERKLEY en virtud de la póliza No. 11590 en efecto carecen de soporte o si por el contrario se encuentra demostrada la inversión del anticipo por parte del CONSORCIO.

Como consta en las pruebas aportadas por ARM con la demanda, el 13 de marzo de 2019 ARM presentó a BERKLEY una reclamación por valor de \$1.570.434.385 correspondiente a soportes no admisibles del anticipo No. 11.

En dicha reclamación ARM afirmó lo siguiente:

“8.1. Que la suma de \$5.305.385.615 se encuentra debidamente soportada

8.2. Que soportes equivalentes a \$1.234.545.729 no son admisibles por cuanto carece de todos los soportes requeridos para justificar la erogación correspondiente como utilización del anticipo entregado.

8.3. Que la suma de \$335.888.656 no se encuentra debidamente justificada toda vez que se trata de facturas que fueron utilizadas por el Consorcio OHL para justificar la inversión de otros anticipos (facturas repetidas)

(...)

De acuerdo con lo anterior, tenemos que la cuantía del siniestro reclamado asciende a \$1.570.434.385, de conformidad con la siguiente liquidación:

Concepto	Valor
Anticipo Asegurado	\$6.875.820.000
Valor justificado	\$5.305.385.615
Cuantía del Siniestro	\$1.570.434.385

(...)” (Se destaca)

Para determinar si el anticipo No. 11 fue invertido por el CONSORCIO, GFA analizó los documentos anexados por ARM con la reclamación, los cuales no fueron anexados por ARM con la demanda, particularmente la hoja con nombre “Anticipo 11” del Excel “Consolidado Anticipos”.

Respecto a las facturas rechazadas por ARM por supuesta falta de soportes para justificar la erogación GFA en su dictamen (pág. 48) concluye que:

“Teniendo en cuenta las cinco (5) facturas rechazadas por ARM con causal o justificación “Falta de soportes para justificar la erogación”, a continuación, se detalla el resultado de la investigación realizada para cada una de ellas, así:

PROVEEDOR	FACTURA	FECHA	VALOR	OBSERVACIONES	SOPORTE
FERRETERIA UNICA S.A.S.	107480	10/04/2017	\$970.560	Se adjunta factura 107480 en original, así como el pago correspondiente.	Anexo 71 – Soporte de pagos del banco

ISEIN SAS	28140	10/04/2017	\$12.000	Efectivamente se pagó \$604.392, según consta en el extracto del banco Corbanca del 13 de junio de 2017.	Anexo 72 – Soportes que justifiquen pago
CEMEX	ANTICIPO SUMINISTRO DE HORMIGON	0/01/1900	\$569.500.000	Se adjuntó una cuenta de cobro por parte de CEMEX # 2017-03c por valor de \$965.546.570 del 25 de abril y el correspondiente pago por parte del banco Corbanca del 27 de abril de 2017 por el mismo valor.	Anexo 73 – Soportes que justifiquen pago
IMPUESTOS	0	0/01/1900	\$100.859.000	No se pudo evidenciar soporte de pago del banco.	
CONSORCIO ECOVIAL	5	24/05/2018	\$563.204.510	Se evidencia soporte de pago, a través de ACH de bancolombia el 9 de agosto de 2018 por valor de \$563.204.510, a la cuenta corriente # 044348548 del banco de bogotá a nombre de "Consortio ECOVIAL".	Anexo 74 – Soportes que justifiquen pago

Teniendo en cuenta el desarrollo y detalle de cada una de las 5 facturas, se pudo comprobar y soportar, todos los documentos que justifiquen la erogación y pagos del banco, de 4 facturas rechazadas, por un valor total de \$1.133.687.070. (...) (Se destaca)

Es decir, que de las 5 facturas del anexo de anticipo No. 11 que fueron rechazadas por ARM por la supuesta ausencia de soporte de pago, 4 facturas por valor de \$1.133.687.070 cuentan con el debido soporte de pago.

Únicamente una factura por valor de \$100.859.000 no cuenta con el respectivo soporte de pago.

Respecto a las facturas del anexo de anticipo No.11 que fueron rechazadas por ARM por supuestamente haber sido utilizadas en otros anticipos GFA (pág. 50 del dictamen) considera que:

*“En nuestro concepto, teniendo como base la naturaleza del anticipo (pago proveedores) contenido específicamente en estas facturas, en los anexos del anticipo 11, tal como la cuenta de cobro adjunta anexo 51, que indica el objeto del anticipo e “Anticipo para parte del pago a proveedores, subcontratistas a junio de 2017” acompañado del anexo de la relación de facturas adjunta ver anexo 51, donde se encuentran inmersas las 4 facturas detalladas en la Tabla 16, **estas 4 facturas cumplieron todos los requisitos acordados entre las partes, para este tipo de anticipos, además, fue autorizada y aprobada por ARM, haciendo parte del anexo para el anticipo 11 como se demostró anteriormente.***

(...)

A pesar de que estas 4 facturas por valor total de \$335.888.656, también cumplen los requisitos de los anticipos 4 y 8. Es importante tener en cuenta que los anticipos del 3 al 8 (de un total de 25 anticipos), tienen una destinación diferente, denominada por conceptos o actividades, como por ejemplo "Tablaestacas", "Explotación Minera", en donde no existe una preaprobación de facturas, sino es el cumplimiento específicamente del objeto del anticipo. El procedimiento para los anticipos del 3 al 8, es demostrar el cumplimiento del objeto o actividad, mediante el pago de las facturas propias de la ejecución del objeto o actividad. OHL para los anticipos del 3 al 8, soportó y anexo no solo el valor aprobado y desembolsado, sino un mayor valor facturado y pagado a proveedores.

Por lo anterior, en nuestro concepto, estas 4 facturas por \$335.888.656, deben ser aprobadas en el anticipo No 11." (Se destaca)

Por lo tanto, GFA concluye que:

*"Teniendo en cuenta lo anterior, esta auditoría realizó la revisión de las 45 facturas que en su momento Consorcio OHL entregó a ARM para soportar el anticipo 11. De las 45 facturas, ARM aprueba 36 facturas por un valor de \$5.305.385.615 y rechaza 9 facturas por un valor de \$1.469.575.726, valor que fue soportado y validado a través de extractos bancarios y soportes debidamente verificados por la auditoría realizada. **Es decir, que estas facturas si fueron invertidas en obra y se concluye que dichas facturas fueron soportadas a través de extractos bancarios y soportes debidamente verificados por la auditoría realizada.***

(...)

*Teniendo en cuenta lo anterior, se pudo evidenciar, comprobar y soportar que Consorcio OHL realizó pagos a proveedores en el desarrollo de las actividades asociadas al Anticipo No. 11, a través de treinta y seis (36) facturas aprobadas por Autopista Rio Magdalena y ocho (8) facturas debidamente soportadas por esta auditoría. **Todas estas facturas corresponden al pago a proveedores y contratistas, así como concuerdan con el detalle que se adjunta al anticipo 11 (ver hecho 32 de la reforma a la demanda).**"* (Se destaca)

Además, en las conclusiones generales de su dictamen GFA afirma:

"5. CONCLUSIONES GENERALES

(...)

11. El anticipo 13 tenía como destinación el pago de unas facturas adeudadas a proveedores y contratistas. Para este anticipo, ARM realizó el desembolso a OHL por \$7.650.065.000, de los cuales OHL soportó facturas por un valor total de \$5.833.034.556, evidenciando la correcta inversión y amortización de este valor. Quedando un valor pendiente por invertir de \$1.817.030.444, los cuales corresponden a 2 facturas repetidas y que ya han sido aprobadas en el anticipo 10 (de la compañía de seguros Confianza) (...)"

Es decir, según el dictamen de GFA se encuentra debidamente soportada una inversión por valor de \$5.833.034.556 de los \$6.875.820.000 entregados al CONSORCIO como anticipo No. 11.

Por lo tanto, ARM no puede reclamar una indemnización por casi la totalidad del anticipo entregado mediante Anexo de Anticipo No. 11, solo porque a su juicio no se realizó la amortización de este.

Pretender el pago de una indemnización a sabiendas de que existen obras, bienes y servicios recibidos para la ejecución del contrato EPC por valor de \$6.774.961.000 no es justo ni procedente.

X. EXCEPCIONES DE MÉRITO RESPECTO A LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTRE PARTICULARES No. 11589

1. Ausencia o sobreestimación del daño

ARM reclama una indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11589 por valor de \$1.915.011.969, correspondiente al valor del Anexo de anticipo No. 12 que según ARM no fue amortizado ni devuelto por el CONSORCIO.

Como se expuso anteriormente el dictamen de GFA prueba que en el presente caso no hay falta de amortización de los anticipos adicionales por los cuales reclama ARM en el presente proceso.

Teniendo en cuenta que no hay falta de amortización a continuación se analizará si el anticipo No. 12 fue invertido por el CONSORCIO en el desarrollo del contrato de EPC.

Debe tenerse en cuenta que para el anexo de anticipo No. 12 ARM no presentó reclamación ante BERKLEY.

En la comunicación del 5 de febrero de 2019 dirigida por ARM al CONSORCIO, ARM reconoce que existe un valor de \$1.925.801.470 justificado como inversión del anexo de anticipo No. 12:

*“(...) No obstante, de acuerdo con la revisión realizada a la justificación del Anticipo No. 12 presentada por el Contratista EPC, se evidenció que el mismo presentó facturas que habían sido incluidas en la justificación del Anticipo 3 a 8. De esta manera, del valor total del anticipo efectivamente desembolsado, el Contratista EPC solamente **logró justificar la suma de MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA PESOS Mcte (\$1.925.801.470)**, y se encuentra pendiente por justificar la suma de CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS Mcte (193.848.530). El detalle de las observaciones por cada factura presentada por el Contratista EPC, se encuentra en el Anexo adjunto, en la hoja Anticipo 12.”*

Igualmente, en el hecho 56.5 de la reforma de la demanda ARM confiesa que existe un valor justificado de \$1.925.801.470 por concepto de inversión del anexo de anticipo No. 12:

“56. En la misma comunicación a que me refiero en el numeral precedente, en lo atinente a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 se le puso de presente al CONSORCIO lo siguiente:

(...)

56.5. Anticipo 12: La existencia de importe justificado del anticipo por la suma de \$1.925.801.470 y por tanto la falta de información y soporte por la suma de \$193.848.530. (...)”

Para determinar si el anticipo No. 12 fue invertido por el CONSORCIO, GFA analizó los documentos anexados por ARM con las reclamaciones realizadas por los demás anexos de anticipo, los cuales no fueron anexados por ARM con la demanda ni con su reforma, particularmente la hoja con nombre "Anticipo 12", del archivo Excel "Consolidado Anticipos".

En efecto GFA en su dictamen (página 54) afirma que:

"Tomando la hoja con nombre "Anticipo 12", del archivo Excel 'Consolidado Anticipos', remitido por ARM como anexo a las reclamaciones de los otros anticipos, se analizan los registros (facturas) o importes que fueron aprobados y rechazados por ARM.

En total ARM, analizó 22 facturas por un total de \$2.119.650.000, de las cuales se tienen 20 facturas con concepto Aprobado por un valor de \$1.925.801.470 y 2 facturas con concepto Rechazado por un valor de \$193.848.530."

Respecto a las 2 facturas rechazadas por ARM por haber sido legalizadas en otro anticipo, GFA (pág. 57 del dictamen) determina que:

"De acuerdo a la hoja con nombre "Anticipo 8", del archivo Excel "Consolidado Anticipos", se puede evidenciar que estas dos facturas también fueron "rechazadas" por la misma causal que la registrada en la hoja del anticipo 12. Es decir, que estas 2 facturas no fueron reconocidas en ninguno de los anticipos (8 ni 12). Además, OHL cumplió estrictamente con lo acordado para el trámite de este tipo de anticipo y el anexo del anticipo 12 fue autorizado y aprobado por ARM, como se demostró anteriormente.

Por lo anterior, en nuestro concepto, estas 2 facturas por valor de \$193.848.530, deben ser aprobadas en el anticipo No 12." (Se destaca)

Y concluye (pág. 58 del dictamen) que:

*"Teniendo en cuenta lo anterior, se pudo evidenciar, comprobar y soportar que Consorcio OHL realizó pagos a proveedores en el desarrollo de las actividades asociadas al Anticipo No. 12, a través de veinte (20) facturas aprobadas por Autopista Rio Magdalena y dos (2) facturas debidamente soportadas por esta auditoría. **Todas estas facturas corresponden al pago a proveedores y contratistas, así como concuerdan con el detalle que se adjunta al anticipo 12 (ver hecho 37 de la reforma a la demanda).**"* (Se destaca)

Además, en las conclusiones generales de su dictamen GFA afirma:

5. CONCLUSIONES GENERALES

(...)

10. Para los anticipos 12 y 14, ARM realizó desembolsos por un valor total de \$3.331.760.000, de los cuales OHL soportó facturas por un valor total de \$3.331.760.000, evidenciando la correcta inversión y amortización de estos anticipos. (...)" (Se destaca)

Es decir, según el dictamen de GFA se encuentra debidamente soportada una inversión por la totalidad del valor entregado al CONSORCIO como anticipo No. 12.

Por lo tanto, ARM no puede reclamar una indemnización por casi la totalidad del anticipo entregado mediante Anexo de Anticipo No. 12, solo porque a su juicio no se realizó la amortización de este.

Pretender el pago de una indemnización a sabiendas de que existen obras, bienes y servicios recibidos para la ejecución del contrato EPC por valor de \$1.915.011.969 no es justo ni procedente.

XI. EXCEPCIONES DE MÉRITO RESPECTO A LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTRE PARTICULARES No. 11591

1. Ausencia o sobreestimación del daño

ARM reclama una indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11591 por valor de \$6.940.811.580, correspondiente al valor del Anexo de anticipo No. 13 que según ARM no fue amortizado ni devuelto por el CONSORCIO.

Como se expuso anteriormente el dictamen de GFA prueba que en el presente caso no hay falta de amortización de los anticipos adicionales por los cuales reclama ARM en el presente proceso.

Teniendo en cuenta que no hay falta de amortización a continuación se analizará si las facturas rechazadas por ARM y con base en las cuales presentó la reclamación ante BERKLEY en virtud de la póliza No. 11591 en efecto carecen de soporte o si por el contrario se encuentra demostrada la inversión del anticipo por parte del CONSORCIO.

Como consta en las pruebas aportadas por ARM con la demanda, el 12 de marzo de 2019 ARM presentó a BERKLEY una reclamación por valor de \$4.813.015.221 correspondiente a soportes no admisibles del anticipo No. 13.

En dicha reclamación ARM afirmó lo siguiente:

“8.1. Que la suma de \$2.837.049.779 se encuentra debidamente soportada

8.2. Que soportes equivalentes a \$2.607.634.332 no son admisibles por cuanto carecen de todos los soportes requeridos para justificar la erogación correspondiente como utilización del anticipo entregado.

8.3. Que la suma de \$2.205.380.889 no se encuentra debidamente justificada toda vez que se trata de facturas que fueron utilizadas por el Consorcio OHL para justificar la inversión de otros anticipos (facturas repetidas)

(...)

De acuerdo con lo anterior, tenemos que la cuantía del siniestro reclamado asciende a \$1.570.434.385, de conformidad con la siguiente liquidación:

Concepto	Valor
Anticipo Asegurado	\$7.650.065.000
Valor justificado	\$2.837.049.779
Cuantía del Siniestro	\$4.813.015.221

(...)” (Se destaca)

Para determinar si el anticipo No. 13 fue invertido por el CONSORCIO, GFA analizó los documentos anexados por ARM con las reclamaciones realizadas por los demás anexos de anticipo, los cuales no fueron anexados por ARM con la demanda, particularmente la hoja con nombre "Anticipo 13", del archivo Excel "Consolidado Anticipos".

En efecto GFA en su dictamen (página 60) afirma que:

"En el archivo Excel con nombre "Consolidado Anticipos ", la hoja con nombre "Anticipo 13", contiene los registros (facturas) o importes que fueron evaluados por ARM, teniendo en cuenta lo suministrado por OHL.

Fueron analizadas entregadas por OHL y analizadas por ARM, 78 facturas por un total de \$7.650.065.000, de las cuales se tienen 68 facturas con concepto Aprobado por un valor de \$2,837.049.779 y 10 facturas con concepto Rechazado por un valor de \$4.813.015.221. (...)"

Respecto a las facturas rechazadas por ARM por supuesta falta de soportes para justificar la erogación GFA en su dictamen (pág. 61) concluye que:

"Teniendo en cuenta las 6 facturas rechazadas por ARM con causal o justificación "Falta de soportes para justificar la erogación", a continuación, se detalla el resultado de la investigación realizada, así:

PROVEEDOR	FACTURA	FECHA	VALOR	OBSERVACIONES	SOPORTE
UNICA S.A.S.	108104	12/05/2017	\$26.736.840	Se evidencia factura # 108104 del 12 de mayo de 2017 por un valor total de \$ 26.736.840 a nombre de Consorcio OHL Rio Magdalena. Así como el respectivo pago a través del extracto del banco corbanca del 27 de julio de 2017.	Anexo 85 – Soporte de pagos del banco
TUVACOL S.A	114645	22/05/2017	\$77.647.993	Se evidencia la factura. Y se evidencia pago respectivo.	Anexo 86 – Soporte de pagos del banco
IMPUESTOS	0	0/01/1900	\$90.296.000	Se evidencia del pago por valor de \$109.704.000 el 25 de julio de 2017.	Anexo 87 – Soporte de pagos del banco
NOMINAS Anexo 81 - Nómina de OHL Colombia	0	0/01/1900	\$1.322.000.000	Se evidencian pagos de nómina y seguridad social.	Anexo 88 – Seguridad social
DIAN	TABLAESTACAS	14/12/2017	\$ 3.314.000	Se evidencia en el extracto del banco Corbanca un débito por valor de	

				\$3.314.000 (cuenta corriente #054-02800-6), pago #00024637540.	
CEMEX	ANTICIPO SUMINISTRO DE HORMIGON		\$1.087.639.4 99	Se visualiza y adjunta soportes de pago por parte del banco corbanca \$1.052.898.441 con fecha de corte junio 2 de 2017 y extracto del banco corbanca del 4 de julio de 2017 por valor de \$1.074.782.730.	Anexo 89 – Pago nómina OHL y Construcciones

Teniendo en cuenta lo desarrollado en el anterior cuadro, se puede mencionar que los \$2.607.634.332, que están siendo rechazados por ARM, deben estar aprobados, dado que se justificaron las erogaciones y los soportes de pago del banco. (...) (Se destaca)

Es decir, que de las facturas del anexo de anticipo No. 13 que fueron rechazadas por ARM por la supuesta ausencia de soporte de pago todas cuentan con el debido soporte de pago.

Respecto a las facturas del anexo de anticipo No.13 que fueron rechazadas por ARM por supuestamente haber sido utilizadas en otros anticipos GFA (pág. 64 del dictamen) considera que:

“En nuestro concepto, teniendo como base la naturaleza del anticipo (pago proveedores) contenido específicamente en estas facturas, en el anexo del anticipo 13, tal como la cuenta de cobro adjunta anexo 62, que indica el objeto del anticipo como “Anticipo para parte del pago a proveedores, subcontratistas a julio de 2017” acompañado del anexo de la relación de facturas adjunta ver anexo 62, donde se encuentran inmersas las 4 facturas detalladas en la Tabla 23, estas 4 facturas cumplieron todos los requisitos acordados entre las partes, para este tipo de anticipos, además, fue autorizada y aprobada por ARM, haciendo parte del anexo para el anticipo 13 como se demostró anteriormente.

(...)

Teniendo en cuenta la relación de facturas de la tabla 24, las facturas 372 y la que hace mención a “Impuesto Tablaestaca”, estas 2 facturas por un valor total de \$388.350.445, también cumplen los requisitos de los anticipos 4 y 5. Es importante tener en cuenta que los anticipos del 3 al 8 (de un total de 25 anticipos), tienen una destinación diferente, denominada por conceptos o actividades, como por ejemplo “Tablaestacas”, “Explotación Minera”, en donde no existe una preaprobación de facturas, sino es el cumplimiento específicamente del objeto del anticipo. El procedimiento para los anticipos del 3 al 8, es demostrar el cumplimiento del objeto o actividad, mediante el pago de las facturas propias de la ejecución del objeto o actividad. OHL para los anticipos del 3 al 8, soportó y anexo no solo el valor aprobado y desembolsado, sino un mayor valor facturado y pagado a proveedores.

Por lo anterior, en nuestro concepto, estas 2 facturas por \$388.350.445, deben ser aprobadas en el anticipo No 13.

En el anexo del anticipo 13, se relaciona la factura # 23 del proveedor CONSORCIO ED AUTOPISTA MAGDALENA 2, más sin embargo después de la auditoría se pudo evidenciar que la factura 23 no existe. La factura que concuerda con el valor, proveedor y fecha, es la factura #17, factura que hace parte de la relación de facturas entregadas por OHL a ARM en su archivo Excel 'Anticipo 13'." (Se destaca)

Por lo tanto, GFA concluye que:

"Por lo anterior, esta auditoría realizó la revisión de las 78 facturas que en su momento Consorcio OHL entregó a ARM para soportar el anticipo 13. De las 78 facturas, ARM en la revisión que realiza, aprueba 68 facturas por un valor de \$2.837.049.779 y rechaza 10 facturas por un valor de \$4.813.015.221, de los cuales \$2.995.984.777 fue soportado y validado a través de extractos bancarios y soportes debidamente verificados por la auditoría realizada, es decir, que estas facturas si fueron invertidas en obra."

Además, en las conclusiones generales de su dictamen GFA afirma:

"5. CONCLUSIONES GENERALES

(...)

11. El anticipo 13 tenía como destinación el pago de unas facturas adeudadas a proveedores y contratistas. Para este anticipo, ARM realizó el desembolso a OHL por \$7.650.065.000, de los cuales OHL soportó facturas por un valor total de \$5.833.034.556, evidenciando la correcta inversión y amortización de este valor. Quedando un valor pendiente por invertir de \$1.817.030.444, los cuales corresponden a 2 facturas repetidas y que ya han sido aprobadas en el anticipo 10 (de la compañía de seguros Confianza), así:

- Factura 180 del proveedor AGRU GUINOVART OBRAS Y SERV HISPANIA S A, por un valor de \$217.984.262.*
- Factura 17 del proveedor CONSORCIO ED AUTOPISTA MAGDALENA 2, por un valor de \$1.599.046.182 (...)"*

Es decir, según el dictamen de GFA se encuentra debidamente soportada una inversión por valor de \$5.833.034.556 de los \$7.650.065.000 entregados al CONSORCIO como anticipo No. 13.

Por lo tanto, ARM no puede reclamar una indemnización por casi la totalidad del anticipo entregado mediante Anexo de Anticipo No. 13, solo porque a su juicio no se realizó la amortización de este.

Pretender el pago de una indemnización a sabiendas de que existen obras, bienes y servicios recibidos para la ejecución del contrato EPC por valor de \$5.833.034.556 no es justo ni procedente.

XII. EXCEPCIONES DE MÉRITO RESPECTO A LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTRE PARTICULARES No. 11904

1. Ausencia o sobreestimación del daño

ARM reclama una indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 11904 por valor de \$1.104.017.588, correspondiente al valor del

Anexo de anticipo No. 14 que según ARM no fue amortizado ni devuelto por el CONSORCIO.

Como se expuso anteriormente el dictamen de GFA prueba que en el presente caso no hay falta de amortización de los anticipos adicionales por los cuales reclama ARM en el presente proceso.

Teniendo en cuenta que no hay falta de amortización a continuación se analizará si el anticipo No. 14 fue invertido por el CONSORCIO en el desarrollo del contrato de EPC.

Debe tenerse en cuenta que para el anexo de anticipo No. 14 ARM no presentó reclamación ante BERKLEY.

En la comunicación del 5 de febrero de 2019 dirigida por ARM al CONSORCIO, ARM reconoce que existe un valor de \$979.023.879 justificado como inversión del anexo de anticipo No. 14:

*“(...) Ahora bien, de los documentos relacionados por el Contratista EPC, se evidencia que no todos cumplen con los requisitos para justificar la correcta inversión del anticipo, dato que se encontraron facturas que ya se habían incluido en la justificación de otros anticipos y soportes incompletos. Por tanto, únicamente se **logró justificar la suma de NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES VEINTITRES MIL OHCOCIENTOS SETENTA Y NUEVE ESOS Mcte (\$979.023.879)**, ENCONTRÁNDOSE PENDIENTE POR USTIFICAR doscientos treinta y tres millones ochenta y seis mil ciento veintiún pesos Mcte (\$233.086.121)-. El detalle de las observaciones por cada factura presentada por el Contratista EC, se encuentra en el Anexo adjunto, en la hoja Anticipo 14.” (Se destaca)*

Así mismo en el hecho 56.7 de la demanda ARM confiesa que existe el valor justificado de \$1.925.801.470 por concepto de inversión del anexo de anticipo No. 14:

“56. En la misma comunicación a que me refiero en el numeral precedente, en lo atinente a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 se le puso de presente al CONSORCIO lo siguiente:

(...)

56.7. Anticipo 14: La existencia de importe justificado del anticipo por la suma de \$979.023.879 y por tanto la falta de información y soporte por la suma de \$233.086.121. (...)”

Para determinar si el anticipo No. 14 fue invertido por el CONSORCIO, GFA analizó los documentos anexados por ARM con las reclamaciones realizadas por los demás anexos de anticipo, los cuales no fueron anexados por ARM con la demanda, particularmente la hoja con nombre “Anticipo 14”, del archivo Excel “Consolidado Anticipos”.

Respecto a las 3 facturas rechazadas por ARM por haber sido legalizadas en otro anticipo, GFA (pág. 70 del dictamen) determina que:

“En nuestro concepto, teniendo como base la naturaleza del anticipo (pago proveedores) contenido específicamente en estas facturas, en los anexos del anticipo 14, tal como la cuenta de cobro adjunta, que indica el objeto del anticipo como “Anticipo para parte del pago a proveedores, subcontratistas primera quincena agosto de 2017” acompañado del anexo de la relación de facturas adjunta (ver anexo), donde se encuentran inmersas las 3 facturas detalladas en

la Tabla 4, estas 3 facturas cumplieron todos los requisitos acordados entre las partes, para este tipo de anticipos, además, fue autorizada y aprobada por ARM, haciendo parte del anexo para el anticipo 14 como se demostró anteriormente.

Por lo anterior, en nuestro concepto, estas 3 facturas por \$232.005.853, deben ser aprobadas en el anticipo No 14.” (Se destaca)

Respecto a la factura rechazada por ARM por supuesta falta de soporte que justificara la erogación GFA encontró que el pago se encuentra acreditado:

“Teniendo en cuenta la factura rechazada por ARM con causal o justificación ‘Falta de soporte de la póliza’, a continuación, se detalla el resultado de la investigación realizada, así:

PROVEEDOR	FACTURA	FECHA	VALOR	OBSERVACIONES	SOPORTE
HDI SEGUROS SA	2895-48	13/06/2017	\$1.080.268	Se evidencia la póliza No.4000034, así como el documento contable 503529 y el soporte de pago del banco Corpbanca por valor de \$1.080.268.	Anexo 100 Anexo 101 Anexo 102

Teniendo en cuenta el desarrollo y detalle de la factura 2895-48, se pudo comprobar y soportar, todos los documentos que justifiquen la erogación y pagos del banco, por valor de \$1.080.268.” (Se destaca)

Y concluye (pág. 72 del dictamen) que:

“Teniendo en cuenta lo anterior, se pudo evidenciar, comprobar y soportar que Consorcio OHL realizó pagos a proveedores en el desarrollo de las actividades asociadas al Anticipo No. 14, a través de quince (15) facturas aprobadas por Autopista Rio Magdalena y cuatro (4) facturas debidamente soportadas por esta auditoría. Todas estas facturas corresponden al pago a proveedores y contratistas, así como concuerdan con el detalle que se adjunta al anticipo 14 (ver hecho 47 de la reforma a la demanda)..” (Se destaca)

Además, en las conclusiones generales de su dictamen GFA afirma:

“5. CONCLUSIONES GENERALES

(...)

10. Para los anticipos 12 y 14, ARM realizó desembolsos por un valor total de \$3.331.760.000, de los cuales OHL soportó facturas por un valor total de \$3.331.760.000, evidenciando la correcta inversión y amortización de estos anticipos. (...) (Se destaca)

Es decir, según el dictamen de GFA se encuentran debidamente soportada una inversión por la totalidad del valor entregado al CONSORCIO como anticipo No. 14.

Por lo tanto, ARM no puede reclamar una indemnización por casi la totalidad del anticipo entregado mediante Anexo de Anticipo No. 14, solo porque a su juicio no se realizó la amortización de este.

Pretender el pago de una indemnización a sabiendas de que existen obras, bienes y servicios recibidos para la ejecución del contrato EPC por valor de \$1.212.110.000 no es justo ni procedente.

XIII. PRUEBAS

1. Documentales

Solicito al Despacho que se tengan como prueba los siguientes documentos:

- 1.1. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 4908.
- 1.2. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 5350.
- 1.3. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 6851.
- 1.4. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11590.
- 1.5. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11589.
- 1.6. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11591.
- 1.7. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11904.
- 1.8. Solicitud de arbitraje del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA contra AUTOPISTA RÍO MAGDALENA S.A.S. ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.
- 1.9. Contestación a la solicitud de arbitraje y demanda reconvenional de AUTOPISTA RÍO MAGDALENA S.A.S. en el trámite de arbitraje internacional iniciado en su contra por el CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA.
- 1.10. Respuesta del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA a la demanda reconvenional que en su contra presentó ARM RÍO MAGDALNA S.A.S. en el trámite de arbitraje internacional.

2. Interrogatorio de parte

De conformidad con el artículo 198 del Código General del Proceso solicito al Despacho se decreten y practiquen los interrogatorios de parte que se relacionan a continuación.

2.1. Interrogatorio del representante legal de ARM

Interrogatorio de parte del representante legal de AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S., parte demandante en este proceso, señor JOAQUÍN GAGO DE PEDRO, o quien haga sus veces, para que responda las preguntas que le formularé en relación con los hechos señalados en la demanda y en la contestación de esta.

El interrogatorio de parte del representante legal de ARM tiene como finalidad probar que el CONSORCIO invirtió y amortizó los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 como había sido previsto y que ARM tuvo conocimiento de ello, así mismo se pretende probar la culpa grave de ARM y las demás excepciones propuestas.

El señor JOAQUÍN GAGO DE PEDRO podrá ser citado en la carrera 17 No. 93-09 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico joaquin.gago@aleatica.com.

2.2. Interrogatorio del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

Interrogatorio de parte del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S., litisconsorte en este proceso, señores PEDRO ROMERO GONZÁLEZ o ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO, o quien haga sus veces, para que responda las preguntas que le formularé en relación con los hechos señalados en la demanda y en la contestación de esta.

El interrogatorio de parte del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. tiene como finalidad probar que el CONSORCIO invirtió y amortizó los anticipos Nos. 9 y 10 como había sido previsto, que ARM tuvo conocimiento de ello y las demás excepciones propuestas.

Los señores PEDRO ROMERO GONZÁLEZ y ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO podrán ser citados en la carrera 17 No. 93-09, piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co.

En subsidio, solicito que si el Despacho considera que la declaración del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. no puede ser decretada y practicada como interrogatorio de parte, la misma sea decretada y practicada como prueba testimonial.

2.3. Interrogatorio del representante legal de OHL COLOMBIA S.A.S.

en este proceso, ALFREDO AUBINEL HERRERA o ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO, o quien haga sus veces, para que responda las preguntas que le formularé en relación con los hechos señalados en la demanda y en la contestación de esta.

El interrogatorio de parte del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. tiene como finalidad probar que el CONSORCIO invirtió y amortizó los anticipos Nos. 9 y 10 como había sido previsto, que ARM tuvo conocimiento de ello y las demás excepciones propuestas.

Los señores ALFREDO AUBINEL HERRERA o ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO podrán ser citados en la carrera 17 No. 93-09 piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co.

En subsidio, solicito que si el Despacho considera que la declaración del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. no puede ser decretada y practicada como interrogatorio de parte, la misma sea decretada y practicada como prueba testimonial.

3. Dictamen elaborado por la firma GLOBAL FORENSIC AUDITING – GFA, con el fin de presentar contradicción al dictamen pericial aportado por ARM

De acuerdo con el artículo 228 del Código General del Proceso en aras de realizar la contradicción del dictamen pericial elaborado por la firma FTI CONSULTING aportado por ARM, me permito aportar el dictamen de contradicción denominado “*DICTAMEN PERICIAL DE CONTRADICCIÓN AL INFORME DE FTI CONSULTING*” realizado por la firma GLOBAL FORENSIC AUDITING – GFA.

Además, solicito la comparecencia del perito CRISTHIAN F. RUIZ RIVERA quien elaboró el dictamen de parte allegado por ARM.

Así mismo, solicito la comparecencia de los peritos CARLOS JULIO CORTES SÁNCHEZ, CARLOS ANDRES GÓMEZ RUIZ y MARCELA KATHERINE

RODRÍGUEZ CASTRO quienes elaboraron el dictamen pericial de contradicción que aporta BERKLEY.

El dictamen pericial de contradicción aportado por BERKLEY tiene como finalidad refutar las conclusiones del dictamen de la firma FTI CONSULTING y demostrar que la metodología utilizada por dicha firma es errónea, además demuestra que los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13, y 14 fueron correctamente amortizados e invertidos en la ejecución del contrato EPC.

No obstante, se pone de presente que el dictamen pericial aportado por ARM es inconducente, improcedente e inútil, toda vez que hace referencia a los anexos de anticipo Nos. 9 y 10 y a las pólizas de cumplimiento Nos. CU084514 y CU084682 expedidas por la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS -CONFIANZA- S.A. y no por BERKLEY, por lo que no se relaciona con los hechos ni las pretensiones de la demanda ni la reforma de la demanda que dieron origen al presente proceso.

4. Exhibición de documentos

De conformidad con los artículos 265 y siguientes del Código General del Proceso solicito al Despacho decretar y practicar las siguientes exhibiciones de documentos:

4.1. Exhibición de documentos por parte de ARM

Se sirva fijar fecha, lugar y hora para llevar a cabo diligencia de exhibición de documentos con el objeto de que ARM, por intermedio de quien corresponda, exhiba los documentos que se relacionan a continuación:

- 4.1.1. Todas las comunicaciones remitidas por ARM al CONSORCIO a partir de septiembre de 2016, incluidos todos los anexos que hacen parte integrante de las mismas.
- 4.1.2. Todas las comunicaciones recibidas por ARM por parte del CONSORCIO a partir de septiembre de 2016, incluidos todos los anexos que hacen parte integrante de las mismas.
- 4.1.3. Todos los documentos que hacen parte integrante del contrato EPC celebrado entre ARM y el CONSORCIO, incluidos los anexos del mismo.
- 4.1.4. La demanda, contestación a la demanda, reforma de la demanda, contestación a la reforma de la demanda, demanda de reconvencción, contestación a la demanda de reconvencción y pruebas que tenga en su poder relacionadas con el Tribunal Arbitral Internacional del CONSORCIO contra ARM.

Lo anterior, con el propósito de demostrar que en el Tribunal Arbitral Internacional se debaten asuntos relativos a los anticipos a los que hace referencia la demanda del presente proceso y que ARM no fue diligente en la administración del contrato EPC y no requirió a tiempo informes sobre la inversión de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 al CONSORCIO y las demás excepciones propuestas.

Los mencionados documentos se encuentran en poder de ARM.

ARM podrá ser notificado en la carrera 17 No. 93-09 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico joaquin.gago@aleatica.com.

4.2. Exhibición de documentos por parte de OHL COLOMBIA S.A.S

Se sirva fijar fecha, lugar y hora para llevar a cabo diligencia de exhibición de documentos con el objeto de que OHL COLOMBIA S.A.S por intermedio de quien corresponda, exhiba los documentos que se relacionan a continuación:

- 4.2.1. Todas las comunicaciones remitidas por ARM al CONSORCIO a partir de septiembre de 2016, incluidos todos los anexos que hacen parte integrante de las mismas.
- 4.2.2. Todas las comunicaciones recibidas por ARM por parte del CONSORCIO a partir de septiembre de 2016, incluidos todos los anexos que hacen parte integrante de las mismas.
- 4.2.3. Todos los informes remitidos por el CONSORCIO a ARM que den cuenta de la inversión y/o amortización del anticipo.
- 4.2.4. La demanda, contestación a la demanda, reforma de la demanda, contestación a la reforma de la demanda, demanda de reconvención, contestación a la demanda de reconvención y pruebas que tenga en su poder relacionadas con el Tribunal Arbitral Internacional del CONSORCIO contra ARM.

Lo anterior, con el propósito de demostrar que en el Tribunal Arbitral Internacional se debaten asuntos relativos a los anticipos a los que hace referencia la demanda del presente proceso y que ARM no fue diligente en la administración del contrato EPC y no requirió a tiempo informes sobre la inversión de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 al CONSORCIO y las demás excepciones propuestas.

Los mencionados documentos se encuentran en poder de OHL COLOMBIA S.A.S.

OHL COLOMBIA S.A.S. podrá ser notificado en la carrera 17 No. 93-09, piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co.

4.3. Exhibición de documentos por parte de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

Se sirva fijar fecha, lugar y hora para llevar a cabo diligencia de exhibición de documentos con el objeto de que CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. por intermedio de quien corresponda, exhiba los documentos que se relacionan a continuación:

- 4.3.1. Todas las comunicaciones remitidas por ARM al CONSORCIO a partir de septiembre de 2016, incluidos todos los anexos que hacen parte integrante de las mismas.
- 4.3.2. Todas las comunicaciones recibidas por ARM por parte del CONSORCIO a partir de septiembre de 2016, incluidos todos los anexos que hacen parte integrante de las mismas.
- 4.3.3. Todos los informes remitidos por el CONSORCIO a ARM que den cuenta de la inversión y/o amortización del anticipo.
- 4.3.4. La demanda, contestación a la demanda, reforma de la demanda, contestación a la reforma de la demanda, demanda de reconvención, contestación a la demanda de reconvención y pruebas que tenga en su

poder relacionadas con el Tribunal Arbitral Internacional del CONSORCIO contra ARM.

Lo anterior, con el propósito de demostrar que en el Tribunal Arbitral Internacional se debaten asuntos relativos a los anticipos a los que hace referencia la demanda del presente proceso y que ARM no fue diligente en la administración del contrato EPC y no requirió a tiempo informes sobre la inversión de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 al CONSORCIO y las demás excepciones propuestas.

Los mencionados documentos se encuentran en poder de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. podrá ser notificado en la carrera 17 No. 93-09, piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co.

5. Prueba por informe

De conformidad con el artículo 275 del CGP solicito se decrete prueba por informe que deberá ser rendido por el representante legal de las entidades que se especifican a continuación.

5.1. Prueba por informe del representante legal de ARM

Solicito que el representante legal de ARM rinda informe sobre los siguientes asuntos, sin perjuicio de que ampliemos el cuestionario en su momento:

- 5.1.1. Informe en qué fecha requirieron por primera vez al CONSORCIO información sobre la inversión y amortización de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- 5.1.2. Informe si entre septiembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM verificó que el CONSORCIO hubiera realizados los pagos de los ítems relacionados en el anexo de anticipo No. 5.
- 5.1.3. Informe si entre septiembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM verificó que el CONSORCIO hubiera realizados los pagos de los ítems relacionados en el anexo de anticipo No. 6.
- 5.1.4. Informe si entre noviembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM verificó que el CONSORCIO hubiera realizados los pagos de los ítems relacionados en el anexo de anticipo No. 7.
- 5.1.5. Informe si entre junio de 2017 y septiembre de 2018 ARM verificó que el CONSORCIO hubiera realizados los pagos de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 11.
- 5.1.6. Informe si entre junio de 2017 y septiembre de 2018 ARM verificó que el CONSORCIO hubiera realizados los pagos de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 12.
- 5.1.7. Informe si entre julio de 2017 y septiembre de 2018 ARM verificó que el CONSORCIO hubiera realizados los pagos de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 13.

- 5.1.8. Informe si entre agosto de 2017 y septiembre de 2018 ARM verificó que el CONSORCIO hubiera realizados los pagos de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 14.
- 5.1.9. Informe qué procedimiento seguía ARM para efectuar un control y seguimiento a los anticipos, especialmente a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.

Lo anterior, con el propósito de demostrar que ARM no fue diligente en la administración del contrato EPC y no requirió a tiempo informes sobre la inversión de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 al CONSORCIO y las demás excepciones propuestas.

El representante legal de ARM podrá ser notificado en la carrera 17 No. 93-09 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico joaquin.gago@aleatica.com.

5.2. Prueba por informe del representante legal de OHL COLOMBIA S.A.S.

Solicito que el representante legal de OHL COLOMBIA S.A.S. rinda informe sobre los siguientes asuntos, sin perjuicio de que amplíemos el cuestionario en su momento:

- 5.2.1. Informe en qué fecha ARM requirió al CONSORCIO por primera vez información sobre la inversión y amortización de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- 5.2.2. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 5 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de los ítems relacionados en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 5.
- 5.2.3. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 6 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de los ítems relacionados en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 6.
- 5.2.4. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 7 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de los ítems relacionados en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 7.
- 5.2.5. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 11 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al Anexo de anticipo No. 11.
- 5.2.6. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 12 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al Anexo de anticipo No. 12.
- 5.2.7. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 13 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al Anexo de anticipo No. 13.
- 5.2.8. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 14 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al Anexo de anticipo No. 14.
- 5.2.9. Informe qué procedimiento seguía ARM para efectuar un control y seguimiento a los anticipos, especialmente a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.

- 5.2.10. Informe qué procedimiento seguía el CONSORCIO para informar a ARM acerca del manejo de los anticipos, especialmente de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- 5.2.11. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 5.
- 5.2.12. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 6.
- 5.2.13. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 7.
- 5.2.14. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 11.
- 5.2.15. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 12.
- 5.2.16. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 13.
- 5.2.17. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 14.
- 5.2.18. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 5.
- 5.2.19. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 6.
- 5.2.20. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 7.
- 5.2.21. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 11.
- 5.2.22. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 12.
- 5.2.23. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 13.
- 5.2.24. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 14.
- 5.2.25. Informe si en algún momento entre septiembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 5 siguiendo algún procedimiento específico.

- 5.2.26. Informe si en algún momento entre septiembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 6 siguiendo algún procedimiento específico.
- 5.2.27. Informe si en algún momento entre noviembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 7 siguiendo algún procedimiento específico.
- 5.2.28. Informe si en algún momento entre junio de 2017 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 11 siguiendo algún procedimiento específico.
- 5.2.29. Informe si en algún momento entre junio de 2017 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 12 siguiendo algún procedimiento específico.
- 5.2.30. Informe si en algún momento entre julio de 2017 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 13 siguiendo algún procedimiento específico.
- 5.2.31. Informe si en algún momento entre agosto de 2017 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 14 siguiendo algún procedimiento específico.

Lo anterior, con el propósito de demostrar que ARM no fue diligente en la administración del contrato EPC y no requirió a tiempo informes sobre la inversión de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 al CONSORCIO y las demás excepciones propuestas.

El representante legal de OHL COLOMBIA S.A.S. podrá ser notificado en la carrera 17 No. 93-09, piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co.

5.3. Prueba por informe del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

Solicito que el representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. rinda informe sobre los siguientes asuntos, sin perjuicio de que amplíemos el cuestionario en su momento:

- 5.3.1. Informe en qué fecha ARM requirió al CONSORCIO por primera vez información sobre la inversión y amortización de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- 5.3.2. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 5 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de los ítems relacionados en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 5.
- 5.3.3. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 6 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de los ítems relacionados en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 6.
- 5.3.4. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 7 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de los ítems relacionados en el detalle adjunto al anexo de anticipo No. 7.

- 5.3.5. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 11 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al Anexo de anticipo No. 11.
- 5.3.6. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 12 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al Anexo de anticipo No. 12.
- 5.3.7. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 13 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al Anexo de anticipo No. 13.
- 5.3.8. Informe si los dineros recibidos por el CONSORCIO por el anticipo No. 14 se utilizaron en su totalidad para realizar el pago de las facturas relacionadas en el detalle adjunto al Anexo de anticipo No. 14
- 5.3.9. Informe qué procedimiento seguía ARM para efectuar un control y seguimiento a los anticipos, especialmente a los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- 5.3.10. Informe qué procedimiento seguía el CONSORCIO para informar a ARM acerca del manejo de los anticipos, especialmente de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- 5.3.11. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 5.
- 5.3.12. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 6.
- 5.3.13. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 7.
- 5.3.14. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 11.
- 5.3.15. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 12.
- 5.3.16. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 13.
- 5.3.17. Informe si teniendo en cuenta que las sociedades integrantes del CONSORCIO pertenecían al mismo grupo que ARM, dicha sociedad tenía conocimiento del manejo que se le daba al anticipo No. 14.
- 5.3.18. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 5.
- 5.3.19. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 6.

- 5.3.20. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 7.
- 5.3.21. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 11.
- 5.3.22. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 12.
- 5.3.23. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 13.
- 5.3.24. Informe si en algún momento ARM le manifestó al CONSORCIO alguna inconformidad con el manejo del anticipo No. 14.
- 5.3.25. Informe si en algún momento entre septiembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 5 siguiendo algún procedimiento específico.
- 5.3.26. Informe si en algún momento entre septiembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 6 siguiendo algún procedimiento específico.
- 5.3.27. Informe si en algún momento entre noviembre de 2016 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 7 siguiendo algún procedimiento específico.
- 5.3.28. Informe si en algún momento entre junio de 2017 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 11 siguiendo algún procedimiento específico.
- 5.3.29. Informe si en algún momento entre junio de 2017 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 12 siguiendo algún procedimiento específico.
- 5.3.30. Informe si en algún momento entre julio de 2017 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 13 siguiendo algún procedimiento específico.
- 5.3.31. Informe si en algún momento entre agosto de 2017 y septiembre de 2018 ARM le exigió al CONSORCIO la amortización del anticipo No. 14 siguiendo algún procedimiento específico.

Lo anterior, con el propósito de demostrar que ARM no fue diligente en la administración del contrato EPC y no requirió a tiempo informes sobre la inversión de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 al CONSORCIO y las demás excepciones propuestas.

El representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. podrá ser notificado en la carrera 17 No. 93-09, piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co.

XIV. ANEXOS

Anexo a la presente contestación los documentos anunciados en el acápite de pruebas.

XV. NOTIFICACIONES

1. BERKLEY

Dirección: Carrera. 7 No. 71-21 Torre B Oficina 1002 de la ciudad de Bogotá.
Correo electrónico: notificacionesjudiciales@berkley.com.co

2. APODERADO

Dirección: Carrera 14 No. 112 – 20, Oficina 102, Bogotá
Correos electrónicos: juanmanuel@diazgranados.co y abogado5@diazgranados.co
Teléfonos: 2144186, 3213732904

Muy respetuosamente,



JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ
C.C. No. 79.151.832 de Usaquén
T.P. No. 36.002 del C. S. de la J.

Doctor
JAIME CHAVARRO MAHECHA
JUEZ 25 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO VERBAL DE MAYOR CUANTÍA
RADICACIÓN: 11001310302520190081000
DEMANDANTE: AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S.
DEMANDADO: BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.

ASUNTO: LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A OHL COLOMBIA S.A.S. y
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía número 79.151.832 expedida en Usaquén, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 36.002 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de la demandada BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. en el término legal procedo a FORMULAR LLAMAMIENTO EN GARANTÍA contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. (sociedades integrantes del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA).

I. PARTES

1. Llamante en garantía

Es llamante en garantía la BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. (en adelante BERKLEY), sociedad comercial legalmente constituida, con domicilio principal en Bogotá, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, representada legalmente por su presidente la señora SILVIA LUZ RINCÓN LEMA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 32.336.728, domiciliada en esta ciudad o quien haga sus veces.

2. Llamadas en garantía

Son llamadas en garantía las sociedades integrantes del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA (en adelante EL CONSORCIO), a saber:

2.1. OHL COLOMBIA S.A.S.

OHL COLOMBIA S.A.S. identificada con NIT No. 900.268.605-1 sociedad comercial legalmente constituida, con domicilio principal en Bogotá, representada legalmente por los señores JORGE ALFREDO AUNIBEL HERRERA identificado con pasaporte No. AAF672551 y ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO identificado con pasaporte No. XDC940922, domiciliados en esta ciudad o quien haga sus veces.

2.2. CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. identificada con NIT No. 900.818.642-5 sociedad comercial legalmente constituida, con domicilio principal en Bogotá, representada legalmente por los señores PEDRO ROMERO GONZÁLEZ identificado con pasaporte No. XDC793427 y ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO identificado con pasaporte No. XDC940922, domiciliados en esta ciudad o quien haga sus veces.

II. HECHOS

1. El 9 de abril de 2015 mediante documento privado, las sociedades OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. constituyeron el CONSORCIO OHL RIO MAGDALENA (en adelante el CONSORCIO).
2. El 9 de noviembre de 2015 el CONSORCIO celebró con AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S. (en adelante ARM) un contrato de ingeniería y construcción (en adelante EL CONTRATO EPC).
3. EL CONTRATO EPC previó la posibilidad de que ARM entregara al CONSORCIO anticipos adicionales para la ejecución del CONTRATO EPC, mediante Anexos de Anticipo.
4. Para la suscripción de los Anexos de Anticipo era necesario que ARM los autorizara y se identificara:
 - La destinación de los anticipos.
 - El valor del anticipo adicional.
5. El 5 de septiembre de 2016 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 5 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$4.927.640.021.
6. Los \$4.927.640.021 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 5 tenían como destinación pagar los gastos que se encontraban previstos y cuantificados y que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
7. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 5.
8. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
9. El 27 de septiembre de 2016 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 6 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$5.000.129.810.
10. Los \$5.000.129.810 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 6 tenían como destinación pagar los gastos que se encontraban previstos y cuantificados y que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
11. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 6.

12. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
13. El 28 de noviembre de 2016 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 7 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$2.323.478.000.
14. Los \$2.323.478.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 6 tenían como destinación pagar los gastos que se encontraban previstos y cuantificados y que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
15. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 7.
16. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
17. El 2 de junio de 2017 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 11 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$6.875.820.000.
18. Los \$6.875.820.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 11 tenían como destinación la realización del pago de las facturas que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
19. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 11.
20. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
21. El 23 de junio de 2017 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 12 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$2.119.650.000.
22. Los \$2.119.650.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 12 tenían como destinación la realización del pago de las facturas que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
23. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11589 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 12.
24. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11589 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
25. El 19 de julio de 2017 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 13 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$7.650.065.000.
26. Los \$7.650.065.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 13 tenían como destinación la realización del pago de las facturas que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.

27. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11591 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 13.
28. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11591 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
29. El 14 de agosto de 2017 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 14 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$1.212.110.000.
30. Los \$1.212.110.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 14 tenían como destinación la realización del pago de las facturas que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
31. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11904 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 14.
32. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11904 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
33. ARM demandó a BERKLEY pretendiendo el pago de una indemnización derivada de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904.
34. En la demanda ARM afirma que el CONSORCIO incumplió sus obligaciones de invertir, amortizar o devolver los dineros recibidos mediante los Anexos de Anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
35. El 6 de abril de 2021 ARM reformó la demanda, pretendiendo que se condene a BERKLEY al pago de \$26.871.711.063 correspondiente a los anticipos no amortizados y no devueltos por el CONSORCIO discriminados así:

Anticipo No.	Póliza No.	Valor pretensiones principales	Valor pretensiones subsidiarias
5	4908	\$4.292.695.830	\$ 4.310.392.073
6	5350	\$4.381.273.913	\$ 4.376.935.443
7	6851	\$2.045.310.806	\$2.033.889.838
11	11590	\$6.192.589.377	\$6.236.522.440
12	11589	\$1.915.011.969	\$1.922.569.932
13	11591	\$6.940.811.580	\$6.968.204.829
14	11904	\$1.104.017.588	\$1.108.374.806
TOTAL		\$26.871.711.063	\$ 26.956.889.361

36. ARM también pretende que se condene a BERKLEY al pago de intereses moratorios sobre las sumas mencionadas en el hecho 35 del presente llamamiento.
37. Igualmente, ARM pretende que se condene a BERKLEY al pago de las costas, agencias en derecho y perjuicios.

III. PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos antes mencionados, respetuosamente solicito que se admita el presente llamamiento en garantía, se ordene la vinculación de las sociedades OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. y se

declaren prósperas las siguientes pretensiones en el evento en que BERKLEY sea condenada por las pretensiones a las que se refiere la demanda:

PRIMERA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

SEGUNDA: Se condene a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

TERCERA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

CUARTA: Se condene a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

QUINTA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

SEXTA: Se condene a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

SÉPTIMA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

OCTAVA: Se condene a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

NOVENA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11589 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

DÉCIMA: Se condene a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11589, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

DÉCIMO PRIMERA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11591 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

DÉCIMO SEGUNDA: Se condene a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11591, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

DÉCIMO TERCERA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11904 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

DÉCIMO CUARTA: Se condene a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11904, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

DÉCIMO QUINTA: Que sobre el importe de la condena a que se refieren las pretensiones anteriores, se ordene pagar a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. la tasa máxima de interés legal permitida por la Ley.

DÉCIMO SEXTA: Se condene en costas y agencias en derecho a OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Subrogación legal en el seguro de cumplimiento

La subrogación legal está prevista en el artículo 1096 del Código de Comercio que establece:

“El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley, y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro”.

En el presente caso el asegurado en la póliza es AUTOPISTAS RIO MAGDALENA (en adelante ARM). La póliza cubre a ARM por los perjuicios derivados del incumplimiento en materia de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 del Contrato de Ingeniería y Construcción (Contrato EPC) suscrito el 9 de noviembre de 2015.

Si BERKLEY es condenada a pagar un siniestro al asegurado (ARM), por ministerio de la ley pasa a ser titular de los derechos de ARM contra los responsables del siniestro (el incumplimiento), es decir contra:

- Las sociedades miembros del CONSORCIO (OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.).

- Los demás responsables, entre los cuales se encuentra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A., empresa que se obligó solidariamente a cumplir las obligaciones del contrato de EPC frente a ARM.

El Profesor Hernán Fabio López¹ enseña lo siguiente acerca de la subrogación:

“Se observa que en virtud del pago de la indemnización el asegurador, hasta concurrencia del importe de lo pagado, sustituye al asegurado en los derechos y acciones contra los responsables del siniestro, la que obra por ministerio de la ley y sin que sea menester declaración alguna por parte del asegurado o beneficiario, pues basta que se indemnice a la luz del respectivo contrato de seguro para que se produzca la subrogación”.

Sobre la subrogación derivada del contrato de seguro se pronunció la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de enero de 2015, Magistrado Ponente: Jesús Vall De Rutén Ruíz, radicación No. 11001-3103-030-2009-00475-01:

“Con relación al instituto jurídico de la «subrogación del asegurador», en lo pertinente el artículo 1096 del Código de Comercio estatuye: «El asegurador que pague una indemnización se subroga por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado. – (...)».

*La citada disposición permite establecer, que para el buen suceso de la «acción subrogatoria», se debe acreditar que en virtud de un «contrato de seguro», al haberse producido el «siniestro», **el asegurador efectuó válidamente el «pago de la indemnización», de tal manera que por mandato legal se subroga en los derechos del afectado patrimonialmente con el riesgo amparado, pasando a ocupar su lugar o posición en la relación jurídica existente con el responsable o causante del hecho dañoso**, lo que adicionalmente implica, la verificación de los supuestos que de aquella deriven, bien en el ámbito de la responsabilidad civil contractual o extracontractual.*

Con relación a dicha temática, en la sentencia CSJ SC, 8 nov. 2005, rad. 7724, se expuso:

*El artículo 1096 del Código de Comercio dispone que ‘el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro’. Como puede verse, este precepto reclama la existencia de un soporte básico, cual es **el pago de una indemnización por parte del asegurador, a raíz de una póliza de seguro previamente expedida; consecuentemente, la compañía se subroga - ipso iure - en los derechos del asegurado, de modo que entra a ocupar la posición que éste tenía dentro de la relación jurídica respectiva, que no se extingue por tal razón, asumiendo la titularidad de todos los créditos, garantías y acciones con que contaba su antecesor, frente a los causantes del siniestro.***

Así mismo, en el fallo CSJ SC, 18 may. 2005, rad. 0832-01, en lo pertinente se sostuvo:

La acción personal subrogatoria consagrada en la legislación colombiana en el artículo 1096 del estatuto comercial, no obstante sus particularidades, se

¹ López Blanco, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro, quinta edición, Dupre Editores, Bogotá, 2010, pág.254

encuentra íntima y funcionalmente enlazada con la institución de la subrogación disciplinada por el ordenamiento civil, al punto que los fundamentos y los postulados medulares que le sirven de apoyatura en este específico régimen, en general, son los que informan la figura en la esfera mercantil, corolario del acerado principio indemnizatorio que, con tanto ahínco, campea en los seguros de daños -a diferencia de los de personas -, según explícita y autorizada mención ex lege, así como la realizada en la exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio colombiano del año 1.958 (artículos 914-916).

Ello explica que se tengan por fundamentos cardinales de este instituto - entre otros - los siguientes, sin perjuicio que un sector de la doctrina se incline prevalentemente por los dos primeros:

1) **Evitar, a ultranza, que el responsable del daño se exonere de responsabilidad, merced al pago efectuado por el asegurador al beneficiario del seguro**, primigenio acreedor de aquél, pues en caso contrario, se le estaría libertando de un débito que trasciende la esfera del *ius privatum*, así la condena, en línea de principio, se limite al mero resarcimiento económico. Expresado en otros términos, es claro que el ordenamiento desea que la conducta del victimario no quede impune, ora directa, ora indirectamente y, de paso, liberado de reconocer, en el ámbito patrimonial, el daño irrogado.

2) **Impedir, en diáfano desmedro del principio indemnizatorio aludido, el enriquecimiento del asegurado, en la medida en que si no existiese la subrogación ex lege, bien podría obtener, por parte de su asegurador, el resarcimiento del daño que experimentó, a la par que de manos del propio autor del mismo, lo que evidentemente repugna a los más elementales principios jurídicos y éticos.**

3) **Posibilitar que la compañía de seguros, conforme a las circunstancias, pueda recibir unos recursos encaminados a lograr una más adecuada explotación profesional de la actividad aseguradora, toda vez que, indirectamente, se atenúan - así sea en mínima medida - los resultados adversos de la siniestralidad, lo que debe servir para que, en el plano económico, pueda atender mejor sus compromisos de orden contractual.**

Desde esta perspectiva, resulta claro el origen y el carácter del derecho radicado en cabeza del asegurador, en virtud de la aludida subrogación personal, derecho que es derivado (...), como lo reconoce autorizada doctrina sobre la materia y, por tal motivo, ayuno de sustantividad y autonomía, como quiera que la entidad aseguradora - he ahí la importancia del fenómeno sustitutivo que aflora de la subrogación -, adquiere el mismo derecho que antes del pago residía en la órbita patrimonial del asegurado-damnificado.

Con otras palabras, aunque la acción subrogatoria tiene su manantial en el pago que el asegurador le hace al asegurado-beneficiario en cumplimiento de la obligación que contrajo en virtud del contrato de seguro, **el derecho que aquel ejerce al amparo de la referida acción frente a las ‘... personas responsables del siniestro’, no nace o deriva de la relación aseguraticia - a la que le es completamente ajena -, sino que procede de la conducta antijurídica desplegada por el victimario, autor del daño que afectó al damnificado asegurado, según el caso. (...)** (Se destaca)

Por su parte, el seguro de cumplimiento, creado por la Ley 225 de 1938, la cual fue incorporada al artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley

663 de 1993), incorpora una norma que ratifica la subrogación contra el principal obligado, cuyo texto en su parte pertinente reza:

“ARTICULO 203. SEGURO DE MANEJO O DE CUMPLIMIENTO

1. Objeto del seguro. Dentro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.

(...)

3. Subrogación de la entidad aseguradora. Por el hecho de pagar el seguro la entidad aseguradora se subroga en los derechos de la entidad o persona asegurada contra la persona cuyo manejo o cumplimiento estaba garantizado, con todos sus privilegios y accesorios”. (Se destaca)

Como se aprecia, en adición a la norma general de subrogación, para el seguro de cumplimiento existe una disposición especial, en virtud de la cual si la aseguradora paga un siniestro se convierte en el titular de los derechos del asegurado (en este caso ARM) contra el contratista deudor de la obligación (las sociedades miembros del CONSORCIO) como responsable del siniestro.

Nótese que la subrogación de la aseguradora que paga opera por ministerio de la Ley.

Por lo tanto, en el evento en que BERKLEY sea condenada de acuerdo con las pretensiones de la reforma de la demanda de ARM en su contra, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra las sociedades miembros del CONSORCIO.

Así las cosas, las sociedades miembros del CONSORCIO estarán obligadas a reembolsar a BERKLEY el pago que eventualmente tenga que hacer como resultado de la sentencia que se promueva en el proceso iniciado por ARM en su contra.

2. Procedencia del llamamiento en garantía contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

La figura procesal del llamamiento en garantía se encuentra contemplada en el artículo 64 del Código General del Proceso así:

“ARTÍCULO 64. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener **derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.”** (Se destaca)

Como se expuso en el numeral anterior para el contrato de seguro de cumplimiento está prevista expresamente la subrogación del asegurador que paga la indemnización contra el responsable del siniestro, que en este caso lo constituye el incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato garantizado.

Resulta procedente la subrogación del asegurador en contra del contratista garantizado, pues finalmente es su incumplimiento el que da origen al siniestro. El

contratista garantizado es el responsable de que el asegurador se vea obligado a pagar la indemnización derivada del contrato de seguro.

OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. como integrantes del CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA celebraron con BERKLEY los contratos de seguro instrumentados a través de las pólizas Nos 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 para garantizar los anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 suscritos con AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S. (en adelante ARM).

ARM demandó a BERKLEY pretendiendo el pago de una indemnización derivada de las pólizas Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904, en las cuales el CONSORCIO es tomador, pero no asegurado, pues el asegurado y beneficiario es precisamente ARM.

Para que sea procedente la indemnización derivada de las pólizas Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 es necesario que el CONSORCIO haya incumplido las obligaciones derivadas del manejo de los anticipos entregados por ARM mediante los anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.

En la reforma de la demanda ARM expresamente afirma que el CONSORCIO incumplió sus obligaciones de invertir, amortizar o devolver los dineros recibidos mediante los Anexos de Anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 y, por lo tanto, sería la conducta o responsabilidad del CONSORCIO lo que eventualmente generaría una condena en contra de BERKLEY a título de siniestro derivada de las pólizas Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904.

Lo anterior, por conducto de la subrogación legal del contrato de seguro, la cual se encuentra contemplada en la ley expresamente para el seguro de cumplimiento, pero además fue ratificada por pacto contractual en la póliza.

En efecto, en las condiciones que rigen las pólizas Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 se incluyó la siguiente cláusula:

“10. SUBROGACIÓN

En virtud del pago de la indemnización, de acuerdo con el artículo 1096 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 203 del Decreto 663 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.), LA ASEGURADORA se subroga hasta concurrencia del importe pagado por ésta, en los derechos que EL ASEGURADO – BENEFICIARIO tuviere contra el CONTRATISTA, derivados de la ocurrencia del siniestro.

El ASEGURADO – BENEFICIARIO no puede renunciar en ningún momento a sus derechos contra el CONTRATISTA y si lo hiciere perderá el derecho a la indemnización.

Una vez que LA ASEGURADORA ha pagado el siniestro, EL CONTRATISTA se obliga a reembolsarle inmediatamente a aquella, la suma que esta llegare a pagar a EL ASEGURADO – BENEFICIARIO con los intereses máximos legales vigentes al momento del reembolso, calculados desde que la compañía efectuó el pago respectivo, sin necesidad de requerimientos previos.”

Así las cosas, en el presente caso es procedente el llamamiento en garantía de BERKLEY contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S., por las siguientes razones:

- Entre BERKLEY y OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. (sociedades integrantes del CONSORCIO) existen dos relaciones de carácter contractual (pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904)
- ARM es el asegurado y beneficiario de las pólizas de seguro de cumplimiento Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904, respecto de las cuales ARM pretende una indemnización contra BERKLEY a título de siniestro.
- OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. (sociedades integrantes del CONSORCIO) no son los asegurados y beneficiarios en dichas pólizas.
- Las pólizas en comento cubren a ARM por el incumplimiento en materia de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- Si BERKLEY es condenada en el presente proceso a pagar a título de siniestro una indemnización a ARM, BERKLEY por ministerio de la Ley se subroga en los derechos de ARM contra de las sociedades miembros del CONSORCIO (OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.), pues son estas las responsables del siniestro.

Nótese que el párrafo del artículo 66 del Código General del Proceso afirma que cuando el llamado en garantía ya actúe en el proceso no será necesario notificarle personalmente el auto que admite el llamamiento en garantía, lo que indica que si es posible llamar en garantía a otro sujeto procesal.

Sobre la posibilidad de llamar en garantía a otro sujeto procesal que ya se encuentra vinculado al proceso, se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado en auto del 13 de diciembre de 2017, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, expediente No. 41001-23-33-000-2016-00299-01(59783):

“1. Lo anterior no quiere decir que en ciertos eventos, aun cuando la parte hubiere sido demandada, se encuentra indemne frente a un llamamiento en garantía dentro de la misma causa, pues, dependiendo de la naturaleza del objeto en litigio y las circunstancias que lo enmarcan, podrían eventualmente concurrir ambas posiciones, lo que depende, más que de la premisa abstracta derivada de la posibilidad de su vinculación, de la conexión de la conducta o posición de quien siendo demandado es también llamado en garantía, respecto de los hechos de la demanda, el daño y la relación contractual o legal entre la parte y el llamado.

2. De hecho, conviene referir, como lo hizo el recurrente, que en la actualidad no resulta extraordinario que una parte ya demandada pueda ostentar la calidad concomitante de llamada en garantía. (...).”

Así, las cosas el llamamiento en garantía de BERKLEY contra OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. (sociedades integrantes del CONSORCIO) es procedente.

V. PRUEBAS

1. Documentales

Solicito al Despacho que se tengan como prueba los siguientes documentos:

- 1.1. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 4908.
- 1.2. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 5350.
- 1.3. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 6851.
- 1.4. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11590.
- 1.5. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11589.
- 1.6. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11591.
- 1.7. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11904.

2. Interrogatorio de parte

De conformidad con el artículo 198 del Código General del Proceso solicito al Despacho se decreten y practiquen los interrogatorios de parte que se relacionan a continuación.

2.1. Interrogatorio del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

Interrogatorio de parte del representante legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S., señores PEDRO ROMERO GONZÁLEZ o ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO, o quien haga sus veces, para que responda las preguntas que le formularé en relación con los hechos señalados en la demanda y en la contestación de la misma.

Los señores PEDRO ROMERO GONZÁLEZ o ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO podrán ser citados en la carrera 17 No. 93-09, piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co

2.2. Interrogatorio del representante legal de OHL COLOMBIA S.A.S.

Interrogatorio de parte del representante legal de OHL COLOMBIA S.A.S., ALFREDO AUBINEL HERRERA o ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO, o quien haga sus veces, para que responda las preguntas que le formularé en relación con los hechos señalados en la demanda y en la contestación de la misma.

Los señores ALFREDO AUBINEL HERRERA o ÁLVARO ISIDORO MANCHADO MAYAYO podrán ser citados en la carrera 17 No. 93-09 piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co

VI. ANEXOS

1. Los documentos anunciados en el acápite de pruebas.
2. Certificado de existencia y representación legal de OHL COLOMBIA S.A.S. expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.
3. Certificado de existencia y representación legal de CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

VII. NOTIFICACIONES

1. La llamante en garantía

1.1. BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.

Dirección: Carrera. 7 No. 71-21 Torre B Oficina 1002 de la ciudad de Bogotá.
Correo electrónico: notificacionesjudiciales@berkley.com.co

1.2. Apoderado

Dirección: Carrera 14 No. 112 – 20, Oficina 102, Bogotá Correo electrónico:
juanmanuel@diazgranados.co y abogado5@diazgranados.co

Teléfonos: 2144186, 3213732904

2. Las llamadas en garantía

2.1. OHL COLOMBIA S.A.S.

Dirección: Carrera 17 No. 93-09 piso 8 de la ciudad de Bogotá Correo electrónico:
juridico_col@ohl.com.co

2.2. CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.

Dirección: Carrera 17 No. 93-09, piso 8 de la ciudad de Bogotá Correo electrónico:
juridico_col@ohl.com.co

Muy respetuosamente,



JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ
C.C. No. 79.151.832 de Usaquén
T.P. No. 36.002 del C. S. de la J.

Doctor
JAIME CHAVARRO MAHECHA
JUEZ 25 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO VERBAL DE MAYOR CUANTÍA
RADICACIÓN: 11001310302520190081000
DEMANDANTE: AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S.
DEMANDADO: BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.

ASUNTO: LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A OBRASCON HUARTE LAÍN
S.A.

JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía número 79.151.832 expedida en Usaquén, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 36.002 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de la demandada BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. en el término legal procedo a FORMULAR LLAMAMIENTO EN GARANTÍA a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

I. PARTES

1. Llamante en garantía

Es llamante en garantía la BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. (en adelante BERKLEY), sociedad comercial legalmente constituida, con domicilio principal en Bogotá, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, representada legalmente por su presidente la señora SILVIA LUZ RINCÓN LEMA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 32.336.728, domiciliada en esta ciudad o quien haga sus veces.

2. Llamada en garantía

Es llamada en garantía la sociedad OBRASCON HUARTE LAÍN sociedad constituida en España, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, al tomo 794 general del Libro de Sociedades, folio 40, hoja No. M-11.125, con domicilio en la ciudad de Madrid, España.

OBRASCON HUARTE LAÍN estableció una sucursal en Colombia, como da cuenta la por Escritura Pública No. 6344 de la Notaría 73 de Bogotá D.C., del 11 de noviembre de 2015 inscrita el 27 de noviembre de 2015 bajo el No. 00252076 del libro VI y el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual adjunto, conforme al cual la misma cuenta con facultades de representación judicial en Colombia.

II. HECHOS

1. El 9 de abril de 2015 mediante documento privado, las sociedades OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. constituyeron el CONSORCIO OHL RIO MAGDALENA (en adelante el

CONSORCIO).

2. El 9 de noviembre de 2015 el CONSORCIO celebró con AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S. (en adelante ARM) un contrato de ingeniería y construcción (en adelante EL CONTRATO EPC).
3. OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. se obligó solidariamente al cumplimiento de las obligaciones derivadas del CONTRATO EPC celebrado entre ARM y el CONSORCIO.
4. EL CONTRATO EPC previó la posibilidad de que ARM entregara al CONSORCIO anticipos adicionales para la ejecución del CONTRATO EPC, mediante Anexos de Anticipo.
5. Para la suscripción de los Anexos de Anticipo era necesario que ARM los autorizara y se identificara:
 - La destinación de los anticipos.
 - El valor del anticipo adicional.
6. El 5 de septiembre de 2016 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 5 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$4.927.640.021.
7. OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó el Anexo de Anticipos No. 5 solidariamente con el CONSORCIO.
8. Los \$4.927.640.021 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 5 tenían como destinación pagar los gastos que se encontraban previstos y cuantificados y que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
9. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 5.
10. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
11. El 27 de septiembre de 2016 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 6 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$5.000.129.810.
12. OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó el Anexo de Anticipos No. 6 solidariamente con el CONSORCIO.
13. Los \$5.000.129.810 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 6 tenían como destinación pagar los gastos que se encontraban previstos y cuantificados y que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
14. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 6.
15. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.

16. El 28 de noviembre de 2016 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 7 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$2.323.478.000.
17. OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó el Anexo de Anticipos No. 7 solidariamente con el CONSORCIO.
18. Los \$2.323.478.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 7 tenían como destinación pagar los gastos que se encontraban previstos y cuantificados y que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
19. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 7.
20. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
21. El 2 de junio de 2017 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 11 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$6.875.820.000.
22. OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó el Anexo de Anticipos No. 11 solidariamente con el CONSORCIO.
23. Los \$6.875.820.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 11 tenían como destinación la realización del pago de las facturas que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
24. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 11.
25. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
26. El 23 de junio de 2017 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 12 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$2.119.650.000.
27. OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó el Anexo de Anticipos No. 12 solidariamente con el CONSORCIO.
28. Los \$2.119.650.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 12 tenían como destinación la realización del pago de las facturas que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
29. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11589 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 12.
30. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11589 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
31. El 19 de julio de 2017 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 13 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$7.650.065.000.

32. OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó el Anexo de Anticipos No. 13 solidariamente con el CONSORCIO.
33. Los \$7.650.065.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 13 tenían como destinación la realización del pago de las facturas que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
34. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11591 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 13.
35. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11591 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
36. El 14 de agosto de 2017 ARM y el CONSORCIO suscribieron el Anexo de anticipo No. 14 mediante el cual ARM autorizó el desembolso al CONSORCIO de la suma de \$1.212.110.000.
37. OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó el Anexo de Anticipos No. 14 solidariamente con el CONSORCIO.
38. Los \$1.212.110.000 entregados por ARM al CONSORCIO mediante el Anexo de Anticipos No. 14 tenían como destinación la realización del pago de las facturas que se relacionaron en el detalle adjunto al anexo.
39. El CONSORCIO tomó la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11904 expedida por BERKLEY para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Anexo de Anticipos No. 14.
40. En la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11904 se incluyó como asegurado y beneficiario a ARM.
41. ARM demandó a BERKLEY pretendiendo el pago de una indemnización derivada de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904.
42. En la demanda ARM afirma que el CONSORCIO incumplió sus obligaciones de invertir, amortizar o devolver los dineros recibidos mediante los Anexos de Anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
43. El 6 de abril de 2021 ARM reformó la demanda, pretendiendo que se condene a BERKLEY al pago de \$26.871.711.063 correspondiente a los anticipos no amortizados y no devueltos por el CONSORCIO discriminados así:

Anticipo No.	Póliza No.	Valor pretensiones principales	Valor pretensiones subsidiarias
5	4908	\$4.292.695.830	\$ 4.310.392.073
6	5350	\$4.381.273.913	\$ 4.376.935.443
7	6851	\$2.045.310.806	\$2.033.889.838
11	11590	\$6.192.589.377	\$6.236.522.440
12	11589	\$1.915.011.969	\$1.922.569.932
13	11591	\$6.940.811.580	\$6.968.204.829
14	11904	\$1.104.017.588	\$1.108.374.806
	TOTAL	\$26.871.711.063	\$ 26.956.889.361

44. ARM también pretende que se condene a BERKLEY al pago de intereses moratorios sobre las sumas mencionadas en el hecho 43 del presente llamamiento.
45. Igualmente, ARM pretende que se condene a BERKLEY al pago de las costas, agencias en derecho y perjuicios.

III. PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos antes mencionados, respetuosamente solicito que se admita el presente llamamiento en garantía, se ordene la vinculación de OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. y se declaren prósperas las siguientes pretensiones en el evento en que BERKLEY sea condenada por las pretensiones a las que se refiere la demanda:

PRIMERA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

SEGUNDA: Se condene a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 4908, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

TERCERA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

CUARTA: Se condene a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 5350, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

QUINTA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

SEXTA: Se condene a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 6851, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

SÉPTIMA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

OCTAVA: Se condene a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11590, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

NOVENA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11589 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

DÉCIMA: Se condene a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11589, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

DÉCIMO PRIMERA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11591 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

DÉCIMO SEGUNDA: Se condene a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11591, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

DÉCIMO TERCERA: Se declare que si BERKLEY paga a ARM por efectos de la condena la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11904 en favor de ARM, BERKLEY se subroga en los derechos de ARM contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

DÉCIMO CUARTA: Se condene a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. a reembolsar a BERKLEY la condena que dicha aseguradora se vea obligada a pagar a ARM con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 11904, en virtud de la subrogación legal del contrato de seguro de cumplimiento.

DÉCIMO QUINTA: Que sobre el importe de la condena a que se refieren las pretensiones anteriores, se ordene pagar a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. la tasa máxima de interés legal permitida por la Ley.

DÉCIMO SEXTA: Se condene en costas y agencias en derecho a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Subrogación legal derivada del contrato de seguro

La subrogación legal está prevista en el artículo 1096 del Código de Comercio que establece:

“El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley, y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro”.

En el presente caso el asegurado en las pólizas es AUTOPISTAS RIO MAGDALENA (en adelante ARM). Las pólizas cubren a ARM por los perjuicios derivados del incumplimiento en materia de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 del Contrato de Ingeniería y Construcción (Contrato EPC) suscrito el 9 de noviembre de 2015.

Si BERKLEY es condenada a pagar un siniestro al asegurado (ARM), por ministerio de la ley pasa a ser titular de los derechos de ARM contra los responsables del siniestro (el incumplimiento), es decir contra:

- Las sociedades miembros del CONSORCIO (OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.).
- Los demás responsables, entre los cuales se encuentra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A., empresa que se obligó solidariamente a cumplir las obligaciones del contrato de EPC frente a ARM.

El Profesor Hernán Fabio López¹ enseña lo siguiente acerca de la subrogación:

“Se observa que en virtud del pago de la indemnización el asegurador, hasta concurrencia del importe de lo pagado, sustituye al asegurado en los derechos y acciones contra los responsables del siniestro, la que obra por ministerio de la ley y sin que sea menester declaración alguna por parte del asegurado o beneficiario, pues basta que se indemnice a la luz del respectivo contrato de seguro para que se produzca la subrogación”.

Sobre la subrogación derivada del contrato de seguro se pronunció la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de enero de 2015, Magistrado Ponente: Jesús Vall De Rutén Ruíz, radicación No. 11001-3103-030-2009-00475-01:

“Con relación al instituto jurídico de la «subrogación del asegurador», en lo pertinente el artículo 1096 del Código de Comercio estatuye: «El asegurador que pague una indemnización se subroga por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado. – (...)».

*La citada disposición permite establecer, que para el buen suceso de la «acción subrogatoria», se debe acreditar que en virtud de un «contrato de seguro», al haberse producido el «siniestro», **el asegurador efectuó válidamente el «pago de la indemnización», de tal manera que por mandato legal se subroga en los derechos del afectado patrimonialmente con el riesgo amparado, pasando a ocupar su lugar o posición en la relación jurídica existente con el responsable o causante del hecho dañoso**, lo que adicionalmente implica, la verificación de los supuestos que de aquella deriven, bien en el ámbito de la responsabilidad civil contractual o extracontractual.*

Con relación a dicha temática, en la sentencia CSJ SC, 8 nov. 2005, rad. 7724, se expuso:

*El artículo 1096 del Código de Comercio dispone que ‘el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro’. Como puede verse, este precepto reclama la existencia de un soporte básico, cual es **el pago de una indemnización por parte del asegurador, a raíz de una póliza de seguro previamente expedida; consecuentemente, la compañía se subroga - ipso iure - en los derechos del asegurado, de modo que entra a ocupar la posición que éste tenía dentro de la relación jurídica respectiva, que no se extingue por tal razón, asumiendo la titularidad de todos los créditos, garantías y acciones con que contaba su antecesor, frente a los causantes del siniestro.***

Así mismo, en el fallo CSJ SC, 18 may. 2005, rad. 0832-01, en lo pertinente se sostuvo:

¹ López Blanco, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro, quinta edición, Dupre Editores, Bogotá, 2010, pág.254

La acción personal subrogatoria consagrada en la legislación colombiana en el artículo 1096 del estatuto comercial, no obstante sus particularidades, se encuentra íntima y funcionalmente enlazada con la institución de la subrogación disciplinada por el ordenamiento civil, al punto que los fundamentos y los postulados medulares que le sirven de apoyatura en este específico régimen, en general, son los que informan la figura en la esfera mercantil, corolario del acerado principio indemnizatorio que, con tanto ahínco, campea en los seguros de daños -a diferencia de los de personas -, según explícita y autorizada mención ex lege, así como la realizada en la exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio colombiano del año 1.958 (artículos 914-916).

Ello explica que se tengan por fundamentos cardinales de este instituto - entre otros - los siguientes, sin perjuicio que un sector de la doctrina se incline prevalentemente por los dos primeros:

1) Evitar, a ultranza, que el responsable del daño se exonere de responsabilidad, merced al pago efectuado por el asegurador al beneficiario del seguro, primigenio acreedor de aquél, pues en caso contrario, se le estaría libertando de un débito que trasciende la esfera del ius privatum, así la condena, en línea de principio, se limite al mero resarcimiento económico. Expresado en otros términos, es claro que el ordenamiento desea que la conducta del victimario no quede impune, ora directa, ora indirectamente y, de paso, liberado de reconocer, en el ámbito patrimonial, el daño irrogado.

2) Impedir, en diáfano desmedro del principio indemnizatorio aludido, el enriquecimiento del asegurado, en la medida en que si no existiese la subrogación ex lege, bien podría obtener, por parte de su asegurador, el resarcimiento del daño que experimentó, a la par que de manos del propio autor del mismo, lo que evidentemente repugna a los más elementales principios jurídicos y éticos.

3) Posibilitar que la compañía de seguros, conforme a las circunstancias, pueda recibir unos recursos encaminados a lograr una más adecuada explotación profesional de la actividad aseguradora, toda vez que, indirectamente, se atenúan - así sea en mínima medida - los resultados adversos de la siniestralidad, lo que debe servir para que, en el plano económico, pueda atender mejor sus compromisos de orden contractual.

*Desde esta perspectiva, resulta claro el origen y el carácter del derecho radicado en cabeza del asegurador, en virtud de la aludida subrogación personal, derecho que es derivado (...), como lo reconoce autorizada doctrina sobre la materia y, por tal motivo, ayuno de sustantividad y autonomía, como quiera que la entidad aseguradora - he ahí la importancia del fenómeno sustitutivo que aflora de la subrogación -, adquiere el mismo derecho que antes del pago residía en la órbita patrimonial del asegurado-damnificado. Con otras palabras, aunque la acción subrogatoria tiene su manantial en el pago que el asegurador le hace al asegurado-beneficiario en cumplimiento de la obligación que contrajo en virtud del contrato de seguro, **el derecho que aquel ejerce al amparo de la referida acción frente a las ‘... personas responsables del siniestro’, no nace o deriva de la relación aseguraticia - a la que le es completamente ajena -, sino que procede de la conducta antijurídica desplegada por el victimario, autor del daño que afectó al damnificado asegurado, según el caso. (...)**” (Se destaca)*

Por su parte, el seguro de cumplimiento, creado por la Ley 225 de 1938, la cual fue incorporada al artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993), incorpora una norma que ratifica la subrogación contra el principal obligado, cuyo texto en su parte pertinente reza:

“ARTICULO 203. SEGURO DE MANEJO O DE CUMPLIMIENTO

1. Objeto del seguro. Dentro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.

(...)

3. Subrogación de la entidad aseguradora. Por el hecho de pagar el seguro la entidad aseguradora se subroga en los derechos de la entidad o persona asegurada contra la persona cuyo manejo o cumplimiento estaba garantizado, con todos sus privilegios y accesorios”. (Se destaca)

Como se aprecia, en adición a la norma general de subrogación, para el seguro de cumplimiento existe una disposición especial, en virtud de la cual si la aseguradora paga un siniestro se convierte en el titular de los derechos del asegurado (en este caso ARM) contra el contratista deudor de la obligación (las sociedades miembros del CONSORCIO y OBRASCÓN HUARTE LAÍN) como responsable del siniestro.

Nótese que la subrogación de la aseguradora que paga opera por ministerio de la Ley.

En el presente caso, si BERKLEY es condenada a realizar el pago de una indemnización en favor de ARM derivada de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 dicha aseguradora se subrogará en los derechos de ARM contra los miembros del CONSORCIO y contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. por las siguientes razones:

- OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. se obligó solidariamente al cumplimiento de las obligaciones derivadas del CONTRATO EPC celebrado entre ARM y el CONSORCIO:

*“Para todos los efectos del presente documento, **el Contratista EPC junto con la sociedad OBRASCON HUARTE LAÍN SA, sociedad debidamente constituida y válidamente existente bajo las leyes del Reino de España, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, (...) y representada en este acto por quien se indica al pie de su firma, conforme consta en la Escritura de poder otorgado por la sociedad OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. No. 2968, de fecha 12 de noviembre de 2002, son solidariamente responsables por el cumplimiento de todas las obligaciones y deberes en este contrato EPC consignados.**”* (Se destaca)

- OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó solidariamente con el CONSORCIO los Anexos de Anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- BERKLEY emitió las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904, para garantizar ante ARM el cumplimiento de las obligaciones de OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. (sociedades integrantes del CONSORCIO).
- Las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos.

4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 ampararon los Anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 respectivamente.

- Si se llegare a probar que el CONSORCIO incumplió sus obligaciones frente a los Anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. sería solidariamente responsable con OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. de dicho incumplimiento.
- Si se condena a BERKLEY a pagar una indemnización derivada de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904, BERKLEY en virtud de la subrogación del contrato de seguro puede exigir de OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. el reembolso del pago que eventualmente tenga que hacer como resultado de la sentencia que se promueva en el proceso iniciado por ARM en su contra.

Así las cosas, el OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. estará obligado a reembolsar a BERKLEY el pago que eventualmente tenga que hacer como resultado de la sentencia que se promueva en el proceso iniciado por ARM en su contra.

2. Procedencia del llamamiento en garantía contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

La figura procesal del llamamiento en garantía se encuentra contemplada en el artículo 64 del Código General del Proceso así:

“ARTÍCULO 64. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener *derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.*” (Se destaca)

Como se expuso en el numeral anterior para el contrato de seguro de cumplimiento está prevista expresamente la subrogación del asegurador que paga la indemnización contra el responsable del siniestro, que en este caso lo constituye el incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato garantizado.

Es decir, es totalmente procedente la subrogación del asegurador en contra las personas obligadas al cumplimiento de las obligaciones del contrato garantizado, pues finalmente es su incumplimiento el que da origen el siniestro.

Debe tenerse en cuenta que el 9 de noviembre de 2015 el CONSORCIO OHL RÍO MAGDALENA (en adelante EL CONSORCIO) celebró con AUTOPISTA RIO MAGDALENA S.A.S. (en adelante ARM) el Contrato de Ingeniería y Construcción, en el cual OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. se obligó solidariamente al cumplimiento de las obligaciones derivadas del mencionado contrato:

“Para todos los efectos del presente documento, *el Contratista EPC junto con la sociedad OBRASCON HUARTE LAIN SA, sociedad debidamente constituida y válidamente existente bajo las leyes del Reino de España, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, (...) y representada en este acto por quien se indica al pie de su firma, conforme consta en la Escritura de poder otorgado por la sociedad OBRASCON HUARTE LAIN S.A. No. 2968, de fecha 12 de noviembre de 2002, son solidariamente responsables por el cumplimiento de todas las obligaciones y deberes en este contrato EPC consignados.*” (Se destaca)

Así mismo, OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. firmó solidariamente los anexos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 con el CONSORCIO, de lo cual se desprende que OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. se obligó solidariamente a realizar un buen manejo, correcta inversión y amortización de los anticipos entregados por ARM al CONSORCIO mediante los anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.

ARM demandó a BERKLEY pretendiendo el pago de una indemnización derivada de las pólizas Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 en las cuales el CONSORCIO es tomador, pero no asegurado, pues el asegurado y beneficiario es precisamente ARM.

Para que sea procedente la indemnización derivada de las pólizas Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904 es necesario que el CONSORCIO haya incumplido las obligaciones derivadas del manejo de los anticipos entregados por ARM mediante los anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.

Debido a que OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. se obligó solidariamente al cumplimiento de las obligaciones surgidas de los anexos de anticipo Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, también sería responsable por la configuración del siniestro y la condena en contra de BERKLEY de pagar una indemnización derivada de los mencionados contratos de seguro.

Así las cosas, en el presente caso es procedente el llamamiento en garantía de BERKLEY contra OBRASCON HUARTE LAÍN S.A., por las siguientes razones:

ARM es el asegurado y beneficiario de las pólizas de seguro de cumplimiento Nos. 4908, 5350, 6851, 11590, 11589, 11591 y 11904, respecto de las cuales ARM pretende una indemnización contra BERKLEY a título de siniestro.

- OHL COLOMBIA S.A.S. y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. (sociedades integrantes del CONSORCIO) no son los asegurados y beneficiarios en dichas pólizas. Tampoco lo es OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.
- Las pólizas en comento cubren a ARM por el incumplimiento en materia de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14.
- Las obligaciones en materia de los anticipos Nos. 5, 6, 7, 11, 12, 13 y 14 deben ser cumplidas por las sociedades miembros del CONSORCIO; pero también solidariamente por OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.
- Si BERKLEY es condenada en el presente proceso a pagar a título de siniestro una indemnización a ARM, BERKLEY por ministerio de la Ley se subroga por mandato de la ley en los derechos de ARM contra los responsables del siniestro, entre ellos la sociedad OBRASCON HUARTE LAÍN S.A.

V. PRUEBAS

1. Documentales

Solicito al Despacho que se tengan como prueba los siguientes documentos:

- 1.1. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 4908.
- 1.2. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 5350.
- 1.3. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 6851.

- 1.4. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11590.
- 1.5. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11589.
- 1.6. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11591.
- 1.7. Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares 11904.

2. Interrogatorio de parte

De conformidad con el artículo 198 del Código General del Proceso solicito al Despacho se decrete y practique el interrogatorio de parte del representante legal de OBRASCON HUARTE LAÍN S.A., señor PEDRO ROMERO GONZALEZ identificado con pasaporte No. XDC793427, o quien haga sus veces, para que responda las preguntas que le formularé en relación con los hechos señalados en la demanda y en la contestación de esta.

El representante legal de OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. podrá ser citado a través de su sucursal en Colombia en la Carrera 17 No. 93 - 09 piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico juridico_col@ohl.com.co

VI. ANEXOS

1. Los documentos anunciados en el acápite de pruebas.
2. Certificado de sucursal de sociedad extranjera expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

VII. NOTIFICACIONES

1. La llamante en garantía

1.1. BERKLEY INTERNACIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.

Dirección: Carrera. 7 No. 71-21 Torre B Oficina 1002 de la ciudad de Bogotá.
Correo electrónico: notificacionesjudiciales@berkley.com.co

1.2. Apoderado

Dirección: Carrera 14 No. 112 – 20, Oficina 102, Bogotá Correo electrónico:
juanmanuel@diazgranados.co y abogado5@diazgranados.co
Teléfonos: 2144186, 3213732904

2. La llamada en garantía

Dirección: Carrera 17 No. 93 - 09 piso 8 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico: juridico_col@ohl.com.co

Muy respetuosamente,



JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ
C.C. No. 79.151.832 de Usaquén
T.P. No. 36.002 del C. S. de la J.

JUZGADO 25 CIVIL CIRCUITO DE BOGOTÁ

SECRETARÍA

Bogotá D.C. 30 de noviembre de 2021

TRASLADO No. 018/T-018

PROCESO No. 11001310302520190081000 (C. No. 2)

Artículo: 370

Código: Código General del Proceso

Inicia: 01 de diciembre de 2021

Vence: 07 de diciembre de 2021

KATHERINE STEPANIAN LAMY

Secretaria