



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva

**Sala Primera de Decisión
Civil Familia Laboral**

Radicación No. **41001-31-03-005-2013-00194-01**

Sentencia Civil No. 68

Magistrada Ponente: **ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA**

Neiva, Huila, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Proferir sentencia de segunda instancia en el trámite del proceso declarativo de responsabilidad civil contractual promovido por La FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, COMITÉ DEPARTAMENTAL DE CAFETEROS DEL HUILA en frente de FARITH WILLINTON MORALES VARGAS Y LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA. ENTIDAD COOPERATIVA.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA.

La parte actora pretende que **1.)** se declare civilmente responsable del incumplimiento contractual, imputable al demandado Farith Willinton Morales Vargas y por la ocurrencia del siniestro, a la Aseguradora Solidaria de Colombia LTDA., en consecuencia que se condene **2.)** a los demandados, al reembolso del anticipo entregado y no amortizado en su totalidad, por la suma de \$286´337.192; **3.)** a Farith Willinton

Morales, por la suma de \$130'968,250,00, correspondiente al valor facturado, cobrado y no realizado en obras, suma que debe ser indexada a la fecha de la sentencia; **4.)** a la Aseguradora Solidaria de Colombia, a la suma de \$260'575,297,00 correspondiente al valor invertido de más por parte de la demandante para poder terminar el objeto del contrato, suma que es imputable a la aseguradora por la póliza que ampara del incumplimiento. Como hechos relevantes del líbello genitor se destacan los siguientes¹:

1. Mediante acta del 15 de marzo de 2002, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, escogió a la Fiduciaria Bogotá S.A., para la administración de los recursos provenientes de diferentes convenios por medio de un contrato de encargo fiduciario de administración, inversión y pago.

2. La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y la Fiduciaria Bogotá S.A., celebraron el contrato de encargo fiduciario de administración inversión y pagos número 3-1-349, en el que se estableció la obligación fiduciaria de elaborar y celebrar contratos en nombre del fideicomitente para la ejecución de los diferentes convenios celebrados por el mismo.

3. La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, y el Ministerio de Educación Nacional suscribieron el convenio de cooperación número 780/239 en 2009, para aunar esfuerzos para la ejecución de los proyectos de infraestructura educativa y dotación mediante la participación del Ministerio, la Federación y las Entidades Territoriales que se adhieran, el cual establece las reglas que regirán los convenios de cooperación tripartita.

4. En virtud de lo anterior, el Ministerio de Educación Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros, suscribieron trece contratos

¹fls 3 a 9, C 1.

tripartitos, con diferentes entes territoriales, incluyendo el Departamento del Huila, en los que se determinan las instituciones educativas a ser intervenidas, así como la forma de contratar obras y las obligaciones a cargo de cada una de las partes.

5. En razón a lo anterior, firmaron el contrato tripartito número 1085/293-2009, para ejecutar los proyectos de infraestructura educativa en el departamento del Huila.

6. El 31 de agosto de 2010, se suscribió contrato de obra número 142-10 celebrado entre Farith Willinton Morales Vargas y La Fiduciaria Bogotá S.A., esta última en nombre y representación de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en virtud del contrato de fiducia referido 3-1-349, de conformidad a las obligaciones contenidas en el capítulo IV numeral 4.3 inciso tercero.

7. Dicho contrato, tenía como objeto, la construcción de los bloques m, n, ñ, g, e, i, que lo componen 12 aulas, 2 baterías sanitarias, 1 laboratorio, 1 sala de profesores y sus respectivas zonas exteriores, se excluye la cancha o polideportivos, en la Institución Educativa La Asunción, ubicada en el municipio de Tello, Huila, haciendo parte integrante del contrato: Las condiciones para la cotización de la obra, la propuesta del contratista, el proyecto (diseños y planos) y presupuestos puestos a consideración del contratista por la Federación, las especificaciones técnicas y normas técnicas de construcción, el programa de obra con ruta crítica con flujo de ejecución semanal (en pesos y cantidad - metafísica del contrato) presentada por el contratista.

8. El valor inicial del contrato de obra fue la suma de \$1.920'250.508,58, incluidos todos los costos directos e indirectos y el IVA, el cual se consolidaría de la siguiente manera:

i). Un primer pago a título de anticipo por valor del 40% del contrato, es decir, \$768´100.203,43. ii) El saldo del valor del contrato será pagado contra actas parciales de entrega o avance de obras, de acuerdo con la programación presentada por el contratista y aprobado por el interventor y delegado de la federación.

9. En el mes de enero de 2011, se suscribe “OTRO SI” número 1, en donde se modificó el objeto contractual, de esta manera el contratista, se obligó bajo la modalidad de precio global fijo a la construcción de los bloques m, n, ñ, e, i, **j, k, l**, que lo componen **16** aulas, **4** baterías sanitarias, 1 laboratorio, 1 sala de profesores, aula múltiple, cocina comedor y sus respectivas zonas exteriores, se excluye cancha o polideportivo, en la Institución Educativa La Asunción. Así mismo se modificó el plazo de ejecución y el valor del contrato, en el que se acuerda que se pagará la suma de \$2.863´372.783,58, incluido todos los costos directos e indirectos y el IVA, la cual será pagada así:

i). A título de anticipo la suma de \$768´100.203,43, equivalente al 40% del valor contrato inicial. ii). Un segundo a título de anticipo por \$377.248.910,00, equivalente al 40% del valor adicionado para la construcción de la segunda etapa. iii). El saldo del valor del contrato será cancelado contra actas parciales de entregas o de avance de obras, de acuerdo a la programación de obra presentada por el contratista, aprobada por el interventor y el delegado de la Federación.

10. Se constituyeron las garantías del contratista con la Aseguradora Solidaria de Colombia en la Póliza número 560-45-9940000002169, aprobada el 14 de octubre de 2010, y así sucesivamente las distintas prórrogas y modificaciones realizadas el 17 de enero, el 8 de marzo y el 13 de junio de 2011, en las que se ampararon los siguientes riesgos, así:

i). Póliza de buen manejo correcta inversión del anticipo, por una cuantía del 100% del valor del anticipo, que equivale

\$1.145'349.113,20 pesos m/cte, con vigencia hasta el 30 de noviembre de 2011.

ii). Póliza de cumplimiento, por una cuantía del 20% del valor total del contrato, o sea la suma de \$572.674.556 pesos m/cte, con vigencia hasta el 30 de noviembre de 2011.

iii). Póliza de estabilidad de la obra, por una cuantía del 30% del valor total del contrato, es decir, \$859.011.843,90 pesos m/cte, con vigencia hasta el 30 de agosto de 2015.

iv). Póliza de pago de salario y prestaciones, equivalente al 5% del valor total del contrato, con vigencia hasta el 31 de julio de 2013.

Con relación a los amparos de los daños que se llegaren a causar en el ámbito extracontractual, se constituyó la póliza número 560-74-99-0000003406 equivalente al 10% del valor total del contrato, modificada y prorrogada el 8 de septiembre de 2010, el 17 de enero de 2011, el 8 de marzo de 2011, con vigencia hasta el 7 de junio de 2012 (fl 71 a 75).

11. Se realizaron giros al contratista por concepto de anticipo por valor \$1.145'349.113,00 m/cte, mediante consignaciones electrónicas: El día 14 de octubre de 2010, por la suma de \$768'180.203,43 m/cte. El 8 de abril de 2011, por la suma de \$188'624.455,00 m/cte. Y, el 27 de abril de 2011, por la suma de \$188'624.455,00 m/cte. Del valor entregado por concepto de anticipo se amortizó la suma de \$859'011,922,00 pesos m/cte, quedando pendiente según acta suscrita y aceptada por el contratista un saldo pendiente por amortizar equivalente de \$286'337.192,00 m/cte.

12. Aduce el apoderado de la parte demandante que el valor total del contrato asegurado es la suma de \$2.863'375.783,00 m/cte; que el valor pagado de conformidad a lo ejecutado, corresponde a la suma de \$2.147'129,796,00 m/cte, sin tener en cuenta el valor del anticipo no amortizado. Por lo tanto, la diferencia a ejecutar era de \$715'845.987,00 m/cte, ejecución que debió asumir la Federación para

terminar el proyecto del mega-colegio, soportando el incumplimiento con las visitas que FONADE realiza a las obras, levantando acta de observaciones, ordenando a la Federación, corregir los defectos de la obra y adelantar las actividades que hacen falta, generando un costo adicional que ha tenido que suministrar la Federación para poder dar cumplimiento al Convenio, especialmente el del municipio de Tello, correspondientes a la suma de \$852'918,662,00 m/cte en costos directos, representados en insumos y mano de obra; la suma de \$123'502.622,00 m/cte, por costos indirectos referidos a pago de vigilancia, administración entre otros. Es decir, lo invertido por la Federación fue la suma de \$976'421.284,00 m/cte, menos el valor pendiente por ejecutar de \$715'845.987,00, arroja un saldo adicional asumido por la Federación por incumplimiento del contratista de \$260'575,297,00 m/cte.

13. El contratista cobró en avances de obra, como si hubiera ejecutado la misma y la Federación actuando de buena fe, le canceló por tales conceptos la suma de \$130'968.250,00, m/cte.

14. En junio de 2012, tras informe de evaluación de proyecto en mención de las redes eléctricas (fl 48 a 54, C2) la Federación, se vio en la obligación de requerir al contratista con el fin que diera cumplimiento a las especificaciones técnicas y calidad de la obra, sin que se obtuviera respuesta; ante tal omisión la Federación de Cafeteros, debió asumir los costos para terminar el proyecto desde el mes de septiembre de 2012.

15. Por el incumplimiento se presentó la reclamación en el término legal de la póliza a la Aseguradora Solidaria, la cual fue objetada mediante oficio BSP-13-347 del 8 de abril de 2013. (fls 121 a126).

16. Los días 30 de abril y 15 de mayo de 2013, se agotó el requisito de procedibilidad para la acción judicial ante la Cámara de Comercio.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1. La Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa (fls 110 a 120, C1): Se opone a las pretensiones dirigidas contra ella (1, 2 y 4), y en cuanto a los hechos 1 al 9 indica que le son ajenos pues no participó en los actos jurídicos allí indicados; acepta la suscripción de las pólizas por los riesgos señalados en el hecho 10, aclarando que no todos los amparos a que hace referencia, se pueden afectar con ocasión del presunto incumplimiento del contratista Farith Willinton Morales Vargas. Señala que la póliza de responsabilidad extracontractual resulta inexigible pues no existe afectación a terceros y además por estar expresamente excluida en las condiciones generales del contrato de seguros de cumplimiento para particulares, sobre la cual versan los hechos y pretensiones de la demanda.

Refiere que no ha existido demostración del incumplimiento del contratista por parte de la demandante, por el contrario con las pruebas se evidencia que el contratante cumplió con el objeto contractual pactado, niega la existencia del siniestro y la demostración de perjuicios, indica que la reclamación que presentó la demandante a la compañía se hizo un año después de terminada la vigencia del contrato sin notificarle los requerimientos que por incumplimiento le hizo al contratista, es decir, no hubo declaratoria del incumplimiento al garante.

Basado en los anteriores hechos y otros más específicos, presentó las siguientes excepciones de mérito: **1).** Inexistencia de siniestro y de perjuicio indemnizable; **2).** Falta de los elementos que estructuran el incumplimiento y que sirven de base para la solicitud de indemnización; **3).** Incumplimiento por parte de la entidad contratante; **4).** Inexigibilidad del seguro por haberse presentado la reclamación por fuera de la vigencia (en especial para los amparos de cumplimiento y buen manejo); **5).** Modificación del estado de riesgo; **6).** Falta de demostración de las obligaciones incumplidas; **7).** Inexigibilidad en

cuanto tienen que ver con los amparos de estabilidad de la obra, pago salarios, de prestaciones sociales y la póliza de responsabilidad civil extracontractual por ausencia de siniestro; **8)**. Falta de prueba de los valores reclamados; **9)**. Inexistencia de amparo por exclusión expresa en el contrato de seguros; **10)**. Límite del valor asegurado.

2.2. Farith Willinton Morales Vargas (fls 135 a 144, C1): se opone a todas las pretensiones y propone la excepción de mérito denominada contrato no cumplido “*exceptio non adimpleti contractus*” (fol 140, C 1). Indica que la demandante originó la tardanza en el cumplimiento del contrato de obra, las condiciones para su liquidación, tras el cruce de información pretendió fuera del plazo de ejecución la celebración de prórrogas injustificadas con el contratista. Indica que el incumplimiento por parte de la entidad contratante (demandante) se acredita con la información y documentos creados por la misma entidad jamás remitidos al demandado. Reprocha la circunstancia de que la Federación, manifieste incumplimiento por parte del contratista en esta ocasión, habiendo podido, en uso del precepto contenido en la cláusula décima del texto del acuerdo matriz, propiciar la declaratoria de incumplimiento del mismo, por infracción de las obligaciones derivadas del contrato, y hubiese en cambio aguardado, a que luego de la conclusión del vínculo contractual, se diera esta declaratoria.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Fue emitida el 6 de abril de 2018 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva en la que se resolvió²:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPTIVA DE MÉRITO DENOMINADA CONTRATO NO CUMPLIDO, presentada por el apoderado del señor FARITH WILLINTON MORALES VARGAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

²fl 263 a 279, C 1A.

SEGUNDO: DECLARAR probada la exceptiva de mérito denominada INEXISTENCIA DE SINIESTRO Y PERJUICIO INDEMNIZABLE, presentada por el apoderado de la aseguradora SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA. En consecuencia, se niega el reconocimiento y pago de la indemnización por concepto de la PÓLIZA DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO.

TERCERO: DECLARAR probada la exceptiva de mérito denominada INEXISTENCIA DE AMPARO POR EXCLUSIÓN EXPRESA EN EL CONTRATO DE SEGUROS, presentada por el apoderado de la aseguradora SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA. En consecuencia, niéguese el reconocimiento y pago del amparo de la suma de \$128.843.439, que dice la demandante haber entregado al contratista, quien sin embargo este último no lo ejecutó, por haberse agravado el riesgo, dadas las anteriores consideraciones.

CUARTO: DECLARAR probada la exceptiva de mérito de INEXISTENCIA DE SINIESTRO, presentada por el apoderado de la aseguradora SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA., en consecuencia, se niega el reconocimiento y pago de la indemnización por concepto de PÓLIZA DE ESTABILIDAD DE LA OBRA, dadas las anteriores consideraciones.

QUINTO: DECLARAR que el señor FARITH WILLINTON MORALES VARGAS contratista y la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, son responsables del cumplimiento del contrato #142-10, con relación a la construcción de varios bloques en la Institución Educativa La Asunción, ubicada en el municipio de Tello-Huila, en atención a lo indicado en la parte considerativa del presente proveído.

SEXTO: Como consecuencia de la declaratoria del incumplimiento CONDENAR a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA a pagar de manera solidaria con el señor FARITH WILLINTON MORALES VARGAS y a favor de la demandante FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, la suma de CIENTO

TREINTA MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS DIECISÉIS PESOS (\$130'675.316) mcte y que corresponde a lo que pagó esta última para culminar la obra, por los motivos expuestos en el presente fallo.

PARÁGRAFO: Dicha suma de dinero, deberá ser indexada al momento de encontrarse en firme la presente providencia, de la forma indicada en la parte motiva de la presente providencia.

SÉPTIMO.- CONDENAR a los demandados, de manera solidaria, al pago de las costas a favor de la parte demandante, para lo cual se fija como agencias en derecho la suma de SEIS MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$6'800.000) suma esta que se incluirá en la correspondiente liquidación.”

4. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN:

De conformidad al Decreto Legislativo 806 de 2020, “*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.*”, esta Judicatura, mediante proveído del 17 de julio del año en curso, dispuso correr traslado por el término de cinco (5) días a los apelantes, para sustentar el recurso por escrito, y de la sustentación se corriera traslado también a los no apelantes por el mismo término.

La Secretaría de esta Corporación, mediante constancia del pasado 30 de julio, indicó que el término para sustentar el recurso, venció el día 29 de julio de 2020 a las cinco de la tarde, allegándose oportunamente por los apoderados judiciales de la parte demandante, del demandado Farith Willinton Morales Vargas, y de la Aseguradora Solidaria de Colombia. Igualmente a través de constancia del 11 de agosto, se indicó que el término para presentar las réplicas de las sustentaciones

allegadas por los apelantes, venció en silencio el día 10 de agosto de 2020 a las cinco de la tarde.

Es así que la sustanciación de los recursos interpuestos por las partes, se presentó dentro de la oportunidad legal y se refirieron a los reparos concretos que se expresaron en su momento contra la sentencia de primera instancia, sin que las partes hicieran uso del derecho de contradicción.

4.1. La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia - Comité Departamental de Cafeteros del Huila (fl 289 a 294, C1A): Solicita la modificación de la sentencia de primera instancia, por no haberse reconocido el pago de las siguientes pretensiones a pesar de estar debidamente acreditadas en el proceso: *i)* reembolso del anticipo entregado al demandado, no utilizado para la ejecución del contrato ni amortizado por este (pretensión 2) , y *ii)* de los sobrecostos que tuvo que asumir la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Comité Departamental de Cafeteros del Huila, para terminar la obra contratada por el incumplimiento del contratista (pretensión 4), pretensión indemnizatoria que consiste en el reconocimiento del amparo de cumplimiento y estabilidad mediante Póliza de la compañía aseguradora. También indica que no hubo pronunciamiento sobre la pretensión tercera, con relación a que el contratista recibió, montos que no ejecutó. Finalmente señaló que la indexación de las sumas reconocidas en la sentencia y de las que deben reconocerse deberán ser hasta la fecha de su pago efectivo.

4.2. Farith Willinton Morales Vargas (Fl 282 a 288, C1A): Solicita la revocatoria del fallo de primera instancia, con el objeto de desestimar las pretensiones de la demanda, por las siguientes discrepancias, *i)* Por indemostrada ocurrencia de los fundamentos de la decisión, pues al revisar los anexos de la demanda no existe el mentado anexo contentivo de los “... *materiales y servicios pagados y asumidos por la Federación Nacional de Cafeteros*”, dándose por probadas circunstancias que no aparecen en expediente, precisamente porque ni

en la demanda y ni sus anexos, contienen aquellas adecuaciones que sirven como sustento para la decisión. Indica además que no hay una verificación detallada de los valores condenados que permitan conocer sus alcances y por ende la correspondencia con los ítems que componían el contrato de obra 142-10. **ii)** Incoherencia entre el fallo y el litigio planteado, se declaró el incumplimiento del contrato sin establecerse la causa que llevó a ello, no se hace una evaluación crítica sobre las obras ejecutadas por la Federación o si estas correspondían con aquellas que se le encargó ejecutar al contratista. En fin, concluye que el recaudo probatorio arroja conclusiones diametralmente opuestas a las que fundamentaron la decisión adoptada, en tanto no se despejó la existencia del incumplimiento contractual alegado, sino que además, se pasó por alto que el retraso en la obra fue por aquiescencia de la demandante para con el contratista, motivándole incluso a la ejecución del acuerdo y a su reanudación, todo ello, sin contar con los eventos de incumplimiento que se evidenciaron en su proceder.

4.3. La Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa (fl 299 y 300, C1A): Interpone recurso de apelación adhesiva a la alzada propuesta en oportunidad por el apoderado judicial de Farith Willinton Morales Vargas, para que se declaren probadas las excepciones propuestas desde la contestación de la demanda, cuyos reparos se concretan en dos: 1) Los valores de la condena carecen totalmente de justificación y respaldo probatorio. En tanto que no se determina cual es el concepto que le permite al funcionario fallador establecer el sustento legal o contractual para fijar las sumas reconocidas, no las verificó, ni estableció que hubiese sido invertido en obras adicionales y que guardaran alguna relación con el contrato afianzado. 2) La sentencia es incongruente, en tanto que declarada probadas las excepciones de *i.) Inexistencia del siniestro y perjuicio indemnizable, ii.) Inexistencia de amparo por exclusión expresa en el contrato de seguro e iii) inexistencia de siniestro*, mal hizo el *A quo* en declarar el incumplimiento del contrato 142-10 y por lo tanto, condenar

solidariamente a pagar a favor de la demandante la suma de \$130'675.316,00 como indemnización.

Con relación a la segunda excepción reconocida indica que la misma tenía como fundamento lo acordado en la cláusula 2, numeral 2.6 de las condiciones particulares que tiene que ver con el hecho que *“los perjuicios que se refieran al incumplimiento originado de modificaciones introducidas al contrato original, salvo que se obtenga la autorización previa de la Aseguradora Solidaria de Colombia LTDA, entidad cooperativa, mediante la emisión del correspondiente certificado de modificación”*, luego no podía existir ninguna condena en contra de la aseguradora por lo que se evidencia absoluta contradicción en el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES

En el mundo de las obligaciones contractuales para constituir la responsabilidad civil por incumplimiento, deberá establecerse i) la existencia de un vínculo convencional, es decir, la fuente generadora de las obligaciones (art. 1494, 1495 CC); ii) el incumplimiento de la convención por uno de los dos contratantes, en este caso imputada al demandado Farith Willinton Morales Vargas (art. 2056 CC), iii) el cumplimiento del acreedor afectado o que se encuentre llano a cumplir (art. 1609 CC), y finalmente, iv) que el incumplimiento acarree un perjuicio al acreedor en este caso al demandante Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Comité Departamental de Cafeteros del Huila (art. 1610-3 CC).

Estos presupuestos deberán analizarse bajo los siguientes premisas normativas: El contrato es ley para las partes (art. 1602 CC), debe ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obliga no solo a lo que en él se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella (art. 1603

CC, 871 CCo), habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución (art. 2056 CC).

1. Ya entrados en el análisis de alzada que nos ocupa y frente a los reparos propuestos, se precisa que en esta oportunidad no se discute la fuente que originó las obligaciones convencionales surgidas entre demandante como contratante y el demandado como contratista, en tanto que en el plenario se encuentra establecida la existencia del contrato de obra formalizado por escrito bajo la denominación 142-10, con firma autenticada del demandado del 31 de agosto de 2010 (fl 50 a 64), junto a los documentos que lo modifican denominados “OTRO SI” número 1 (fls 62 a 64, C1) y número 2 (fls 65 y 66, C1) con firma autenticada del contratista del 8 de marzo y 15 de julio de 2011 respectivamente.

De aquellos elementos probatorios, se puede establecer que el objeto de contrato estaba orientado a desarrollar y ejecutar por el contratado Farith Willinton Morales Vargas, bajo la modalidad de precio global fijo, el proyecto de infraestructura educativa de construcción de los bloques m, n, ñ, g, e, i, j, k, l, que lo componen 16 aulas, 4 baterías sanitarias, 1 laboratorio, 1 sala de profesores, aula múltiple, cocina comedor y sus respectivas zonas exteriores, dentro de la institución educativa La Asunción del municipio de Tello, Huila, cuyo valor total se acordó en la suma de \$2.863´372.782,58, incluido todos los costos directos e indirectos y el IVA, que sería pagado al contratista por la contratante Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Comité Departamental de Cafeteros del Huila, mediante dos anticipos determinados, y el saldo, contra actas parciales de entrega o de avance de obras, de acuerdo con la programación presentada por el contratista, aprobada por el Interventor y el Delegado de la Federación. También se acordó, después de superarse una suspensión, como límite para la ejecución del objeto contractual el 31 de julio de 2011.

2. Sobre el incumplimiento imputable al contratista, la parte actora, indica que éste faltó a sus obligaciones porque al finalizar la obra debió haberla entregado conforme al objeto contractual, señalando que del balance financiero del contrato se reflejan saldos a favor de la Federación, correspondientes a *i)* sumas sin amortizar del anticipo por un valor de \$286´337,110,43; *ii)* sumas por facturación cobrada y no realizada en obras por valor de \$130´968.250; y *iii)* sobrecostos estimados en \$260´575.297, incurridos para poder terminar el proyecto de infraestructura, en aras de dar cumplimiento al convenio tripartito celebrado entre la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento del Huila,.

Sobre el particular, es determinante acreditar el estado de ejecución de la obra para establecer la causa de terminación de la relación contractual, es decir, si fue o no ejecutada en su totalidad, bajo el presupuesto que el deudor se constituye en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, según lo dispuesto en el artículo 1608-1 del Código Civil. Sea lo primero precisar, que en el expediente no se observan actas que formalicen liquidación bilateral entre el contratante demandante y el contratista demandado Farith Willinton Morales Vargas, tampoco se acreditó la correspondiente liquidación final y/o unilateral por parte de la entidad demandante, ni mucho menos el acta de entrega final de la obra contratada, pues dentro de las pruebas documentales solo aparecen sendos proyectos de actas de pre-liquidación bilaterales y de recibo final de obra (pre-liquidación) pero sin la anuencia o participación del contratista (*según se observa a folios 77 a 85 del cuaderno 1, documentos aducidos por el actor y a folios 146 a 171 del mismo cuaderno, piezas procesales allegadas por el demandado Farith Willinton Morales Vargas - acta de recibo final de obra*).

Sin embargo, en sintonía con la ejecución del contrato, el testigo decretado de oficio Diego Omar Muñoz Tamayo (fls 1 a 3, C2), quien estuvo presente durante la ejecución de la obra como Supervisor del proyecto, allegó al proceso entre otros documentos, acta pago parcial

número 4 (fl 32, C2) y acta de entrega parcial de obra del 30 de septiembre de 2011 (fls 33 a 40, C2), los cuales, fueron arrimados en presencia de las partes y sin oposición alguna.

De dichos documentos que aparecen firmados por Andrés Gustavo Pinzón, como Interventor de Fedecafé Huila, por Diego Omar Muñoz Tamayo, como Supervisor del proyecto de la Federación Nacional de Cafeteros y por el contratista demandado, se tiene que para el 30 de septiembre de 2011, fecha en la cual ya había expirado el plazo del contrato, el acumulado de la ejecución de la obra era del 75%, cuyo valor en pesos ascendía a la suma de \$2'147.529.804,00, quedando como saldo pendiente en pesos la suma de \$715.842.980,00, cifra calculada del valor total del contrato, es decir, sobre los \$2.863'372.783,49. También en dicho documento se reflejó como saldo por amortizar del anticipo la suma de \$286.337.192,00, de los \$1'145.349.113,00 que fueron entregados al contratista al inicio de la obra.

De la referida información y en el entendido que según la convención inicial y sus modificaciones se establece que los pagos parciales se hacen previa verificación de entregas o de avance de obras, aprobada por el interventor y el delegado de la Federación, se tiene, sin lugar a duda, que para dicha época, expirado el plazo de ejecución, faltaba por desarrollarse el 25% del total del objeto contratado, que en pesos se estimó concertadamente con el contratista en la cifra de \$715.842.980,00, con un saldo para ser amortizado por anticipos de \$286'337.192,00.

Dichas pruebas son importantes para el proceso, ante la falta de acta de entrega final de la obra, pues de las demás pruebas, no se puede inferir un cumplimiento con relación al porcentaje restante, ya que el deponente Diego Omar Muñoz, indicó que faltó un 30% aproximadamente; Rafael Caicedo Roncancio, habló de un cumplimiento del 70%, Jair Hernando Dussan Trujillo, refirió un

cumplimiento aproximado del 66%, y Oscar Fabián García Narvárez, señala que había material por instalar cuando se fue de la obra.

Es por ello, que pese a los intentos de recomponer la relación contractual por la entidad contratante, de todos modos se evidencia un incumplimiento parcial por parte del contratista, en tanto que al expirar el plazo, estaba en mora en terminar la obra³, y no aparecen pruebas fidedignas sobre una nueva convención o prórroga del contrato, aunque la entidad demandante, a través de sus funcionarios, dejó ver su intención para tales fines en aras de concluir el proyecto durante el año 2012, tal como se puede apreciar de los escritos visibles a folios 145 y 158, pero sin respuesta del contratista, y en consideración al vencimiento del plazo pactado, se insistió en el levantamiento de las actas finales y en la liquidación bilateral del contrato sin éxito alguno, según se aprecia de los documentos vistos a folios 145 a 172, 178 a 181 del cuaderno 1.

3. Respecto al cumplimiento del demandante de sus cargas contractuales, el apoderado judicial del contratista *Farith Willinton Morales Vargas*, invocó la excepción de contrato no cumplido conforme al artículo 1609 del Código Civil, haciéndola consistir en que el incumplimiento deriva de la negligencia contractual por parte de la Federación y no de su mandante.

En razón a lo anterior, atribuye al actor una actitud dilatoria que llevó a extender a más de un año el límite de ejecución del contrato de obra. Sobre tal señalamiento tenemos por una parte, que la suspensión que dio lugar a la modificación del plazo, fue avalada por el contratista en el "OTRO SI" número 2 (fls 65 y 66, C1) en el que se amplió hasta el 31 de julio de 2011. Por otra parte, los cruces de información reflejados en los oficios enviados al contratista entre el 10 de abril de 2012 al 4 de septiembre de 2012, visibles a folios 145, 158 a 160, 172 del cuaderno

³Art. 1608-1 CC, mora del deudor, cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado.

uno, por funcionarios de la Federación Fernando José Sánchez Pardo y Jair Hernán Dussán Trujillo, evidencian claramente la intención de la Federación de terminar bilateralmente los avances de obra, a pesar de la expiración del plazo, de proponerle al contratista la posibilidad de refrendar el vínculo con el objetivo de culminar el proyecto; que ante la falta de respuesta por parte del demandado, luego se presentó un borrador de liquidación bilateral sin aceptación de éste. Dicho proceder de los funcionarios de la Federación es indicativa de la disposición que tenían como contratante de buscar soluciones de forma concertadas ante la inejecución del contrato dentro del plazo convenido, las cuales, no pueden ser apreciadas como actos dilatorios, imputables a la parte actora, tal como lo propone erróneamente el apoderado judicial del contratista.

Si apreciamos el testimonio del Director de la obra Rafael Caicedo Roncancio, practicado como prueba de la parte demandada, quien afirmó que *“el contrato fue ejecutado como hasta el 70% por ahí”* y con relación al incumplimiento de los pagos a cargo de la Federación, indica sin certeza *“que cree que la última factura no fue pagada pero no está seguro”* (fls 20 y 21, C3), y el testimonio de Diego Omar Muñoz Tamayo, prueba decretada de oficio por el *A quo*, importante para el proceso porque se desempeñó como Coordinador de Desarrollo Social en el Huila de la Federación y participó en la contratación con el demandado Farith Willinton Morales Vargas, que dijo que el contratista desarrolló *“hasta aproximadamente un 70% y del cual el restante 30% tuvo que entrar a ejecutar directamente la Federación Nacional de Cafeteros, para poder entregar este último el proyecto comprometido dentro del convenio”* (fls 1 y 2, C 2), y refiere que se encuentra reflejado en las actas parciales de obra, visibles a folios 6 a 40 del cuaderno 2, que informan de un cumplimiento del 75%, y en el tema del incumplimiento y a quién se le atribuye, reseñó que *“el contrato no fue liquidado, la Federación en cumplimiento del contrato por su vencimiento y por el incumplimiento del contratista tomó la determinación de iniciar con un proceso de liquidación bilateral, del cual no obtuvimos respuesta de parte del contratista, porque el objeto*

era que por mutuo acuerdo citar a una liquidación por el cual se hicieran unos balances de lo que se estaba entregando y cuáles eran las cifras a favor y en contra de las partes, sin encontrar respuesta del contratista...”(fl 2, C 2), concluye la Sala que el incumplimiento del objeto del contrato es atribuible al contratista demandado.

Es evidente entonces, que independiente de las posibles irregularidades técnicas y de calidad encontradas posteriormente por la Federación, al finalizar el plazo de ejecución, la obra no fue desarrollada en su totalidad por el contratista, siendo suficiente el argumento del porcentaje alcanzado (75%), aunque en el proceso no se discriminaron las obras faltantes, denotándose con ello, un incumplimiento imputable a éste, sin que se pueda atribuir responsabilidad alguna al acreedor de la obra, y ante la ausencia de medios de convicción que demuestren lo contrario, porque era al demandado, a quien además de manifestar, le correspondía acreditar qué planos faltaron, cuáles fueron las inconsistencias de los mismos, se reitera, que el *A quo* hizo bien en declarar no probada la excepción de mérito denominada **“contrato no cumplido”**, presentada por el apoderado del demandado Farith Willinton Morales Vargas.

Bajo los mismos fundamentos aquí esgrimidos, se desestima la prosperidad de las excepciones propuestas por la Aseguradora Solidaria de Colombia S.A., denominadas **“2. Falta de los elementos que estructuran el incumplimiento y que sirven de base para la solicitud de indemnización”**, **“3. Incumplimiento por parte de la entidad contratante”** y **“6. Falta de demostración de las obligaciones incumplidas”**, advirtiéndose de una parte, que con relación a las dos primeras en el plenario aparece el comunicado radicado el 31 de mayo de 2011 ante la aseguradora (*fls 15 y 16, C 3*), en el que informan, que con relación a la póliza de cumplimiento y póliza de responsabilidad civil extracontractual, que amparan el convenio atacado por incumplimiento, de la inviabilidad del cumplimiento del contratista dentro del plazo convenido, y, por otra

parte, ante la afirmación del incumplimiento del contratante por no entregar los planos completos al inicio de la obra, contrariamente se aprecia en el documento de manifestación de aceptación del proyecto de fecha 9 de agosto de 2010 (fl 11, C 3) que el contratista declaró haber “... estudiado detenidamente y aceptado los pliegos de condiciones, las especificaciones técnicas consignadas en los análisis y presupuestos, además de los planos y demás normas y documentos de éste proyecto”.

Nótese que con relación al argumento del demandado, referido a que los planos no estaban completos, y que no coincidían los estructurales con los arquitectónicos, en tanto que los salones eran más pequeños en el papel y los ampliaron en la obra, además de lo expresado en la oferta, no se evidencia tampoco en el contrato ni en la ejecución observaciones o reclamaciones al respecto, o requerimiento posterior para compensar los mayores metros de obra supuestamente realizados.

4. Con relación a los perjuicios patrimoniales que puedan derivarse por el incumplimiento del contratista, para que el demandante pueda reclamar la correspondiente indemnización, deberá probar en este caso, tanto la existencia de aquellos como su cuantía.

El actor lo hace consistir en la pretensión cuarta de la demanda, en el sobrecosto que tuvo que asumir para terminar la obra como consecuencia del incumplimiento del contrato por parte de demandado, de allí que reclama como indemnización, que se le reconozca el valor del mayor precio que tuvo que pagar para proveer a la terminación de la obra, pretensión que dirige directa y exclusivamente en contra de la Aseguradora Solidaria de Colombia, por la suma de \$260'575,297,00, en razón, a la póliza que ampara el incumplimiento del contrato (*fol*s 7 y 8, C1).

En los hechos consignados en el líbello introductorio, se precisa que los sobrecostos corresponden a \$852'918,662,00 m/cte por insumos y

mano de obra; a \$123'502.622,00 m/cte, por gastos indirectos correspondientes a pago de vigilancia, administración, entre otros, es decir, arguye que lo invertido por la Federación para terminar la obra fue de \$976'421.284,00 m/cte, que menos el valor pendiente por ejecutar del contrato por \$715'845.987,00; resulta un saldo a su favor de \$260'575,297,00 m/cte, por el incumplimiento del contratista.

El *A quo* en la providencia impugnada, reconoció por este concepto la suma de \$130'675.316,00 m/cte, es decir, parcialmente lo pretendido por la demandante, indicando que la misma se encuentra debidamente acreditada, tal como aparece en el acta de liquidación, junto con sus anexos visibles a folios 77 y ss del cuaderno principal, sin hacerse un análisis circunstanciado o valorativo de los medios de cognición, como tampoco del por qué dicha suma correspondía al perjuicio patrimonial indemnizable en la cuantía estimada.

Si revisamos el contenido de los documentos visibles a folio 77 a 85 del cuaderno principal, que sería el número 1, en ellos se encuentra el proyecto de acta de liquidación y pre-liquidación bilateral elaborado por el demandante pero sin la anuencia o participación del contratista, los cuales, no tienen por sí solos el suficiente poder de convicción para establecer el origen de sobrecostos pues si bien allí se reflejó un valor de \$130'675.316 como cifra a descontar por obra sin concluir y mal ejecutada, en el presente caso, no se presentaron los respectivos soportes probatorios, en tanto, que el actor debió acreditar el pago de vigilantes, gastos específicos de administración de la obra, a través de los respectivos contratos, facturas o recibos de pago por tales conceptos, la compra de materiales e insumos con constancia de descargue en la respectiva obra, y con la debida comprobación que fueron invertidos en ella, como también los contratos directos e indirectos de la mano de obra empleada calificada o no calificada, lo cual no se encuentra en el expediente, cuya carga demostrativa estaba en cabeza de la parte actora al tenor de lo indicado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, replicado hoy en el artículo 167 del Código General del Proceso.

Si bien sobre el particular, los testigos Diego Omar Muñoz Tamayo y Jair Hernando Dussán Trujillo, afirman que la obra la terminó de ejecutar directamente la Federación por el incumplimiento del contratista, de dichas pruebas no se puede establecer ni la época, ni las labores ejecutadas, ni mucho menos los montos del sobrecosto en el que dice incurrió la demandante.

Es así que resulta equivocada, la conclusión jurídica a la que llegó el Juez de primera instancia y en esas condiciones, esta Sala de Decisión considera que no quedó demostrada la existencia del perjuicio reclamado, derivado de la terminación del contrato de obra referido, como tampoco la cuantificación del mismo, lo que impone revocar el fallo en tal sentido, ante el reparo presentado por los apoderados judiciales de los demandados.

5. Tampoco se encuentran demostrados, bajo el análisis anterior, los montos reclamados en la pretensión tercera de la demanda, correspondiente al valor facturado, cobrado y no realizado en obras, dirigida exclusivamente en contra del demandado Farith Willinton Morales Vargas, por \$130'968,250,00, que se indica en el hecho trece del líbello, al haberse entregado de buena fe al contratista como avances de obra como si hubiera ejecutado la misma, sin hacerlo.

Sobre el particular, además de la evidente falta de demostración con las pruebas aducidas al proceso, el demandante no puede beneficiarse de su propio error, máxime cuando de la cláusula tercera del contrato en su párrafo cuarto se estableció que el pago de saldos se hará “... *contra actas parciales de entrega o de avance de obra,..*” adicionándose en el “OTRO SI número 1” “... *de acuerdo con la programación de obra presentada por el contratista y aprobado por el interventor y/o delegado de La Federación.*”, es decir, que los mismos debieron hacerse previa verificación técnica del cumplimiento parcial de la obra por parte de la demandante. Es por ello, que no sale avante

el reparo presentado por el apoderado del demandante sobre este punto.

6. Además de las pretensiones indemnizatorias tratadas líneas atrás, el actor también elevó pretensiones restitutorias, por motivos del incumplimiento, ya que en virtud de la ejecución del contrato se pactaron pagos de anticipos, cuya devolución se imponía ante la terminación justificada del contrato por no haberse ejecutado íntegramente el mismo, así fuera no más para evitar un enriquecimiento indebido.

Del reembolso del anticipo entregado y no amortizado en su totalidad por el contratista, contrario a lo afirmado por las demandadas, no puede entenderse absorbido por el monto del cumplimiento parcial de la obra que en pesos corresponde a \$2'147.529.804,00, valor que sin duda es superior al anticipo, pero como dan cuenta el acta pago parcial No. 4 (fl 32, C2) y acta de entrega pago parcial # 4 de obra del 30 de septiembre de 2011 (fls 33 a 40, C2) cuya importancia probatoria se anunció en precedencia por estar debidamente firmadas por el demandado contratista, se puede colegir que como saldo por amortizar del anticipo quedó pendiente un valor de \$286.337.192,00, de los \$1'145.349.113,00 entregados al contratista, circunstancia que no fue desestimada en el proceso por el demandado Morales Vargas.

Por consiguiente, con los elementos de juicio que se acaban de mencionar que estaban presentes cuando se profirió el fallo impugnado, el *A quo* debió declarar no solo el incumplimiento, sino también por razón de la terminación del contrato sin haber concluido la obra objeto del mismo, ordenar la restitución de las sumas a cargo del contratista, especialmente la que le había sido entregada a título de anticipo y no amortizado, por lo que demostrado un saldo pendiente en la cuantía indicada, se deberá modificar la sentencia impugnada en tal sentido, prosperando el reparo presentado por el apoderado judicial de la parte demandante en este punto particular.

7. Ahora, con relación a la responsabilidad contractual de la Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda., por el acaecimiento del incumplimiento del contrato que nos ocupa y en aras de resolver las restantes excepciones de mérito interpuestas por ella⁴, es necesario hacer las siguientes apreciaciones:

7.1. La póliza de seguro de daño que ampara al contratante del convenio de obra 142-10 lo hace por varios riesgos, tales como: *i.) Por el cumplimiento de las prestaciones principales emanadas del contrato a cargo del contratista; ii.) Por la correcta utilización e inversión de dinero o bienes que se le hayan entregado por anticipado al contratista para la ejecución del contrato; iii.) Por pago de salario y prestaciones sociales e indemnizaciones a que está obligado el contratista, en relación con el personal utilizado para la ejecución del contrato; iv.) Por la estabilidad de la obra, es decir, que la obra ejecutada por el contratista, en condiciones normales de uso, no sufra deterioro que impida el servicio para la cual fue concedida;* precisándose también que se suscribió por aparte, otra garantía por responsabilidad civil extracontractual. A pesar de ello, claramente del análisis de los hechos y pretensiones de la demanda, se puede colegir que *la causa petendi* está orientada a establecer la responsabilidad contractual para obtener la reparación directa por los perjuicios patrimoniales causados por la ocurrencia del riesgo de incumplimiento del contrato por parte del contratista demandado, junto a las restituciones a que hubiere lugar por dicho incumplimiento, por lo que sería inane, en tal sentido, invocar la Aseguradora ante su incoherencia, la excepción denominada **“7. Inexigibilidad en cuanto tiene que ver con los amparos de estabilidad de la obra, pago de salarios de prestaciones sociales y**

⁴Para un mejor entendimiento nos referimos a las excepciones de mérito enumerada y denominadas por el apoderado judicial de la Aseguradora Solidaria de la siguiente manera: **7).** Inexigibilidad en cuanto tiene que ver con los amparos de estabilidad de la obra, pago de salarios de prestaciones sociales y la póliza de responsabilidad civil extracontractual por ausencia de siniestro; **5).** Modificación del estado de riesgo; **9.)** Inexistencia de amparo por exclusión expresa en el contrato de seguro; **4)** Inexigibilidad del seguro por haberse presentado la reclamación por fuera de la vigencia, **1).** Inexistencia del siniestro y del perjuicio indemnizable; **8).** Falta de prueba de los valores reclamados y **10).** Límite del valor asegurado. fls 111 a 119, C 1.

la póliza de responsabilidad civil extracontractual por ausencia de siniestro” en tanto no se hizo reclamación dentro de la acción judicial que nos ocupa sobre el particular.

7.2. Las excepciones de mérito denominadas “**5. Modificación del estado de riesgo**”, porque el contratante demolió y construyó para mejorar el aspecto estético – no cubierto- e “**9. Inexistencia del amparo por exclusión expresa en el contrato de seguro**” no se encuentran acreditadas por las siguientes razones:

El objeto contractual inicial y los tiempos de ejecución fueron modificados por voluntad de las partes, consignado también en la póliza de cumplimiento particular No. 560-45-994000002169, tal como se aprecia en el anexo número 2 visible a folio 69 cuaderno 1, por el cual se prorroga la vigencia para el plazo total de la obra a 210 días, se aumentó el valor asegurado, y se modificó el objeto del contrato adicionándose los bloques j, k, l, que lo componen 16 aulas, 4 baterías sanitarias siendo similar en lo restante a la primera convención, que además con el anexo número 3 de la póliza referida, visible a folio 70 del cuaderno uno, se amplió el plazo de ejecución hasta 31 de julio de 2011, extendiéndose también la vigencia de la póliza hasta el 30 de noviembre de 2011.

En ese orden de ideas, al expedirse nuevos anexos a la póliza por daño, contentivos de las modificaciones referidas, debe entenderse que la aseguradora tenía conocimiento de aquellas, las cuales autorizó mediante la expedición de los anexos 2 y 3 por lo que en este caso es inaplicable el numeral 2.6 de la cláusula primera del contrato de seguro que trata sobre las exclusiones de amparo, por modificaciones introducidas al contrato original sin autorización de la aseguradora.

Por otra parte, es claro que del dossier tímidamente se aprecia que la Federación después del incumplimiento parcial advertido en esta providencia, realizó algunos trabajos para terminar la obra pendiente

de ejecutar, en aras de finiquitar la construcción del colegio, sin determinarse en que consistieron tales labores, ni los gastos causados. Estos trabajos por sí solos no pueden ser fundamento para señalar una modificación del riesgo por parte de la entidad contratante, pues el incumplimiento como contingencia asegurada ya había acaecido, en el entendido que el siniestro se configuró con el advenimiento del plazo pactado, sin realización de la totalidad de la obra tal como quedó explicado líneas atrás.

7.3. La excepción de mérito denominada **“4. Inexigibilidad del seguro por haberse presentado la reclamación por fuera de la vigencia”**, tampoco resulta probada en el presente caso, puesto que si el incumplimiento ocurrió cuando acaeció el plazo pactado, es decir, el 31 julio de 2011, esto fue dentro de la vigencia del contrato de seguro, como quiera que esta se encontraba delimitada por los extremos temporales entre el 30 de agosto 2010 al 30 de noviembre de 2011.

Ahora, tenemos que la reclamación que se anuncia hecha por la demandante, la cual fue objetada mediante oficio OBSP-13-347 del 8 de abril de 2013 por la aseguradora (fls 121, C1), corresponde a la radicada el 18 de marzo de 2013; sobre esa premisa, se aprecia que como el incumplimiento del contrato se dio el 31 julio de 2011, la reclamación y declaración de siniestro se hizo dentro de los dos años siguientes, los cuales, expiraban el 31 de julio de 2013, en el entendido que esta debía hacerse dentro del plazo establecido en el artículo 1081 del Código del Comercio, en tanto que el estipulado por las partes del contrato de seguro (cláusula cuarta, fl. 125, C1) para comunicar por el asegurado el siniestro dentro de los tres días siguientes, sólo habilita a la aseguradora para deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que tal conducta moratoria le haya causado, que en este caso no fueron solicitados ni mucho menos estimados.

7.4. La excepción **“8. Falta de prueba de los valores reclamados”**, prosperará parcialmente, pues como quedó consignado a lo largo de

esta providencia, los valores que se reclamaban por indemnización patrimonial debido a los sobrecostos para terminar la obra y los dineros entregados al contratista para la obra sin ejecución, no resultaron demostrados, pero sí fue acreditada la falta de amortización del saldo del anticipo, lo cual debía darse a la hora de terminar el contrato parcialmente cumplido.

7.5. En gracia de discusión, sobre la excepción de mérito denominada “**10. Límite del valor asegurado**”, es evidente que con relación a las condiciones de la póliza de daño número 560-45-9940000002169, el riesgo por incumplimiento estaba limitado a una cuantía del 20% del valor total del contrato, o sea en la suma de \$572.674.556 pesos m/cte, con vigencia hasta el 30 de noviembre de 2011, es por ello, que cualquier condena a la Aseguradora no podrá exceder dicho límite cuando el incumplimiento sea total. Pero como en este caso tal como se estableció en precedencia se cumplió en un 75% la ejecución del contrato, por lo que el límite del 20% referido solo podrá aplicarse sobre lo no cumplido, esto es sobre el 25% restante del valor de la obra, que en pesos se determinó en \$715´842.980,00. Es por ello, que el tope con relación al valor que podría imputársele a la aseguradora por garantía de cumplimiento no podrá en ningún caso superar los \$143´168.596,00, claro está, en el evento, que fuera condenada a pagar los perjuicios, lo cual no ocurrirá en el asunto en estudio tal como se precisará más adelante.

7.6. Con relación a la excepción denominada “**1. inexistencia del siniestro y del perjuicio indemnizable**”, el *A quo* la declaró solo con relación al riesgo de buen manejo y correcta inversión del anticipo amparado por la póliza de seguro vista junto a sus anexos a folios 67 a 70 del cuaderno 1, sobre el particular, se dijo que al existir entregas parciales de la obra según las actas de pago y entrega obrantes en el expediente, se debe entender que las inversiones realizadas, incluido el anticipo, se llevaron a cabo correctamente en tanto, que no se registró novedad alguna en tales documentos y aquellas se

suscribieron previa verificación técnica por parte de los supervisores Andrés Gustavo Pinzón, como Interventor de Fedecafé Huila, por Diego Omar Muñoz Tamayo como Supervisor del proyecto de la Federación Nacional de Cafeteros, luego ante la existencia de los elementos probatorios, *no se puede afirmar la incorrecta utilización e inversión de dinero o bienes que se le hayan entregado por anticipado al contratista para la ejecución del contrato*, salvo prueba en contrario, la cual no se aportó en este asunto, cuya carga estaba en cabeza del demandante, pues a él era a quien le correspondía probar dichos supuestos, ya que como asegurado es de su cargo acreditar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida o perjuicio indemnizable, si fuere el caso según lo indicado en el artículo 1077 del Código de Comercio.

Cosa distinta, es que con la declaratoria de incumplimiento del contrato de obra, imputable al demandado contratista, éste deba, por consiguiente, responder civilmente pagando los perjuicios derivados de dicho incumplimiento, incluidas las restituciones pertinentes, y que por la ocurrencia de tal siniestro, a la Aseguradora Solidaria de Colombia LTDA., le surja la obligación de pagar los perjuicios patrimoniales, por la existencia del convenio comercial de seguro hasta el límite pactado, siempre y cuando se acredite la ocurrencia del perjuicio, es decir, del daño o pérdida por tal incumplimiento, cuya carga demostrativa se insiste, está en cabeza de la parte actora de conformidad a lo establecido en el artículo anteriormente citado, perjuicio que no logró demostrarse por la Federación Nacional, tal como se explicó líneas atrás en los puntos 4 y 5 de esta providencia.

La póliza de cumplimiento, clasificada dentro de los seguros de daño, no indemniza el hecho simple del incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del contratista, ya que el objeto de la indemnización es el resarcimiento de la afectación directa e indirecta del patrimonio del asegurado (artículo 1083 C.Co), bajo esa premisa, en derecho, se exige como mínimo la prueba del perjuicio o del daño

en concreto porque no hacerlo sería constituir en el asegurado fuente de enriquecimiento, contraviniendo el postulado normativo del artículo 1088 del Código de Comercio.

Es por ello, que ante la falta de demostración del perjuicio causado al actor con ocasión al incumplimiento del contrato en estudio, no habrá condena para el demandado Morales Vargas, por las pretensiones resarcitorias reclamadas desde el líbello genitor, lo que consecuentemente, traería la imposibilidad de imponer condena a la Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda., Entidad Cooperativa, pues a pesar que la compañía garantizó el cumplimiento del contrato de obra a través de la póliza de seguro No. 560-45-994000002169, en este caso, no se acreditó el daño (en su naturaleza y cuantía) desestimándose por ese evento las pretensiones indemnizatorias del actor.

Valga precisar, que con relación a la pretensión restitutoria reconocida a favor de la parte actora (supra 6.), como no se trata de una apropiación indebida que el contratista haga de los recursos que recibió en calidad de anticipo para la ejecución del convenio, o que su devolución devenga de un mal manejo o de su incorrecta inversión, el reembolso al demandante, solo estará a cargo del contratista, sin que se grave la póliza de seguro, pues aquella, no ampara la amortización de los recursos del anticipo.

En ese sentido, también prosperará la exceptiva estudiada, en cuanto al riesgo garantizado en la póliza *“Por el cumplimiento de las prestaciones principales emanadas del contrato a cargo del contratista”*, en tanto no se acreditó el perjuicio indemnizable.

Por otra parte, como las sumas de dinero objeto de condena con el tiempo pierden su poder adquisitivo por la inflación, y como lo solicita la parte actora con la apelación, es pertinente reconocer la indexación de las que se reconozcan en esta sentencia, hasta el momento del pago,

no hasta la firmeza de la sentencia como lo ordenó el *A quo*, teniéndose en cuenta el índice de precio al consumidor (IPC), mes a mes, certificado por el Departamento Administrativo de Estadística DANE, bajo la fórmula acogida jurisprudencialmente:

$$RA = R \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Es así que el pago que deberá hacer el contratista a la parte actora, - reintegro del anticipo no amortizado-, se tendrá en cuenta como índice inicial el correspondiente al mes en el que se determinó por las partes el saldo de los anticipos a reembolsar, es decir, 30 de septiembre de 2011, fecha que se elaboró y suscribió el acta de pago número 4, porque además luego de dicha fecha no se evidenció la ejecución de otras obras por el contratista, y como índice final, el del mes anterior a la fecha en que se produzca el pago.

Finalmente, para un adecuado entendimiento ante la necesidad de modificar la sentencia de primera instancia según las anteriores consideraciones, se procederá a revocar los ordinales 3, 4, 5 y 6 en aras de organizar de una mejor manera las declaraciones y condenas que deben imperar en criterio de esta Sala de Decisión.

Costas. En desarrollo de la regla 1 del artículo 365 del C.G.P., no se condenará en costas en esta instancia a los impugnantes, en tanto que sus reparos fueron tenidos en cuenta parcialmente, de los cuales, resultó la necesidad de modificar la sentencia impugnada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Neiva, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR los ordinales 1, 2 de la sentencia del 6 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva, en el proceso de la referencia.

SEGUNDO.- REVOCAR, los ordinales 3, 4, 5 y 6 de la providencia referida y, en su lugar,

TERCERO.- DECLARAR que el demandado **Farith Willinton Morales Vargas**, incumplió el contrato de obra celebrado con la demandante, y como consecuencia, es legalmente responsable de los perjuicios derivados del mismo.

CUARTO.- ORDENAR al demandado **Farith Willinton Morales Vargas**, reintegrar a la demandante la suma de \$286.337.192,00, por el dinero que le fue entregado por anticipo, no amortizado al momento de la terminación del contrato, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, los cuáles serán indexados desde el mes de septiembre de 2011, al mes anterior a la fecha en que se produzca el pago.

QUINTO.- DECLARAR, no probadas las excepciones planteadas por la compañía aseguradora demandada, salvo parcialmente, "**Falta de prueba de los valores reclamados**" e "**inexistencia del siniestro y del perjuicio indemnizable**" con relación "*al cumplimiento de las prestaciones principales emanadas del contrato a cargo del contratista*", conforme lo indicado en la parte motiva.

SEXTO.- NO CONDENAR a la **Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda., Entidad Cooperativa**, en tanto que a pesar de garantizar el cumplimiento del contrato de obra referido a través de la póliza de

seguro estudiada, no se accedió a las pretensiones indemnizatorias del actor.

SÉPTIMO.- NO CONDENAR a las partes en costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA



LUZ DARY ORTEGA ORTIZ


GILMA LETICIA PARADA PULIDO