

Araujo Abogados

2020 FEB 18 PM 3:03

2020 FEB 18 PM 3:03

OFICINA DE APOYO  
JUZGADOS ADMINISTRATIVOS

COMUNICACION  
RECIBIDA

Señores  
JUZGADO TREINTA Y OCHO (38) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
D.C – SECCIÓN TERCERA  
Ciudad



Referencia: 11001-33-36-038-2019-00177-00  
Medio de control: Controversias contractuales  
Demandante: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF  
Demandado: Unión temporal ALO GLOBAL ICBF

JUAN PABLO ARAUJO ARIZA, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con la C.C. 15.173.355 de Valledupar, abogado con Tarjeta Profesional No. 143.133 del C. S. de la J., actuando en nombre y representación de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** (en adelante **SURAMERICANA**), sociedad colombiana con domicilio principal en la ciudad de Medellín, en virtud del poder que me ha conferido su representante legal, en calidad de **tercero interesado** por medio de este escrito procedo a **pronunciarme respecto de la demanda presentada por el ICBF** (en adelante ICBF) en los siguientes términos:

**I. RESPUESTA A LOS HECHOS**

De conformidad con lo establecido en el artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA- doy respuesta a los hechos que fundamentan la demanda presentada por el ICBF en contra de la Unión temporal ALO GLOBAL ICBF (en adelante ALO GLOBAL) en los siguientes términos:

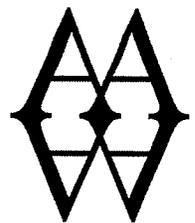


**AL HECHO 3.1. Es cierto**, y me atengo al contenido literal de ese documento.

**AL HECHO 3.2. Es cierto.**

**AL HECHO 3.3. Es cierto**, y me atengo al contenido literal de ese documento.

**AL HECHO 3.4. Es cierto**, y me atengo al contenido literal de ese documento.



**Araujo**Abogados

**AL HECHO 3.5.** Es cierto, y me atengo al contenido literal de ese documento.

**AL HECHO 3.6.** Es parcialmente cierto. Si bien las pólizas expedidas por mi representada sí contaron con los amparado referenciados en la demanda, sus vigencias fueron modificadas posteriormente, así:

Cumplimiento del contrato	08/11/16 a 30/06/17
Calidad del servicio	08/11/16 a 31/12/19
Calidad del suministro	08/11/16 a 31/12/19
Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales	08/11/16 a 31/12/19



Adicionalmente, desde ya aclaro que en el contrato garantizado se exigió que todos los amparos antes descritos fueran cubiertos dentro de la etapa contractual, razón por la cual resulta improcedente pretender su afectación después de que el objeto del contrato se recibió a satisfacción, a través del acta de 30 de diciembre de 2016.

**AL HECHO 3.7.** No le consta a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso a través de los medios idóneos para acreditar lo afirmado en este numeral.

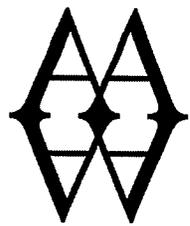
**AL HECHO 3.8.** No le consta a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso a través de los medios idóneos para acreditar lo afirmado en este numeral.

**AL HECHO 3.9.** No le consta a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso a través de los medios idóneos para acreditar lo afirmado en este numeral.

**AL HECHO 3.10.** En este numeral se consignan dos circunstancia fácticas independientes frente a las cuales me pronunciaré de manera separada.

- No me consta lo indicado en el acta de recibo final del 30 de diciembre de 2016 ya que, como apoderado de SURAMERICANA, soy totalmente ajeno a ello.





**Araujo**Abogados

Sin embargo, debo resaltar que la propia entidad confiesa que incumplió su obligación contractual consistente en "3. Efectuar supervisión y seguimiento del presente contrato" y ella misma decidió ejecutarlo por fuera de la vigencia contractual al programar las pruebas para el 16 de enero de 2017.

- Por su parte, el apoderado de la entidad expone una inferencia personal abiertamente impertinente en cuanto a las conclusiones a que llegó el supervisor del contrato que, además, evidencia que éste no fue incumplido. Por ello, no es posible pronunciarme al respecto.

Lo que sí es cierto, es que el contrato fue recibido a satisfacción, por tanto, no puede alegarse ahora un supuesto incumplimiento para intentar afectar la garantía única de cumplimiento.



**AL HECHO 3.11. No le consta** a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso a través de los medios idóneos para acreditar lo afirmado en este numeral.

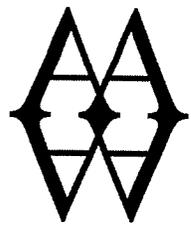
No obstante, en este hecho se confiesa que las actividades, y en general, las obligaciones del contrato se ejecutaron en debida forma. Por eso, pagaron el valor del contrato.

**AL HECHO 3.12. No le consta** a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso a través de los medios idóneos para acreditar lo afirmado en este numeral.

Sin embargo, resalto que la parte demandante reconoce una vez más que ejecutó el seguimiento al contrato con posterioridad a su terminación.

**AL HECHO 3.13. No le consta** a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso a través de los medios idóneos para acreditar lo afirmado en este numeral.





**Araujo**Abogados

Desde ya aclaro que mi representada no fue informada de que el contrato se siguió ejecutando (por iniciativa de la entidad) con posterioridad a su terminación y supuesto incumplimiento. SURAMERICANA solo tuvo conocimiento sobre este punto en el mes de mayo de 2017 cuando se le citó a audiencia de descargos.

Lo anterior, constituye una evidente agravación del estado del riesgo no notificada que mi representada no consintió ni legalmente podía cubrir. Este punto se desarrollará más adelante.

**AL HECHO 3.14. No le consta** a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso a través de los medios idóneos para acreditar lo afirmado en este numeral.

Sin embargo, este punto debe ser probado por la parte demandante con base en elementos técnicos propios de las afirmaciones realizadas que, con base en sus pretensiones de devolución total de lo pagado, tendrán que acreditar que la prestación fue absolutamente inexistente o que el software es totalmente inservible.

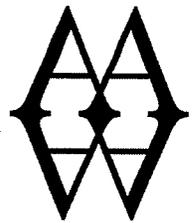
**AL HECHO DÉCIMO 3.15. No le consta** a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso a través de los medios idóneos para acreditar lo afirmado en este numeral.

Nuevamente se evidencia la necesidad de una prueba técnica en cabeza de la parte demandante que logre acreditar las aseveraciones consignadas en este numeral.

**AL HECHO 3.16. No le consta** a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso a través de los medios idóneos para acreditar lo afirmado en este numeral.

Nuevamente se evidencia la necesidad de una prueba técnica en cabeza de la parte demandante que logre acreditar las aseveraciones consignadas en este numeral.





**Araujo**Abogados

**AL HECHO 3.17. No le consta** a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso a través de los medios idóneos para acreditar lo afirmado en este numeral.

Nuevamente se evidencia la necesidad de una prueba técnica en cabeza de la parte demandante que logre acreditar las aseveraciones consignadas en este numeral.

**AL HECHO 3.18. No le consta** a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso a través de los medios idóneos para acreditar lo afirmado en este numeral.

Nuevamente se evidencia la necesidad de una prueba técnica en cabeza de la parte demandante que logre acreditar las aseveraciones consignadas en este numeral.

**AL HECHO 3.19. No le consta** a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso a través de los medios idóneos para acreditar lo afirmado en este numeral.

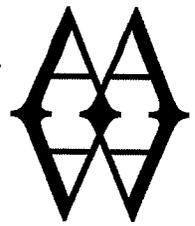
Nuevamente se evidencia la necesidad de una prueba técnica en cabeza de la parte demandante que logre acreditar las aseveraciones consignadas en este numeral.

**AL HECHO 3.20.** Lo señalado en este numeral **no son hechos**, sino valoraciones subjetivas del apoderado de la parte demandante.

Sin embargo, debo manifestar que **no es cierto** que la obligación exigida al contratista y garantizada en su momento por mi representada sea indivisible pues no se dispuso así en la cláusula referida y, además, el mismo contrato reconoce su naturaleza fraccionable al contemplar la variación en el valor de la cláusula penal en caso de cumplimiento parcial (literal B, numeral 2 de la cláusula DÉCIMA SÉPTIMA).

Adicionalmente, surge el siguiente interrogante: ¿si el software y las actividades realizadas por el contratista no cumplían con las condiciones técnicas pactadas en el contrato porque hubo recibo a satisfacción? y ¿porqué se le pagó al contratista el valor del contrato?





AraujoAbogados

**AL HECHO 3.21.** Teniendo en cuenta que en este numeral se consignó toda la historia contractual, a mi representada **no le consta** nada de lo allí manifestado en la medida en que es completamente ajena a esa relación. En consecuencia, me atengo a lo que resulte debidamente probado en el proceso.

Sin embargo, en este punto vale la pena rescatar que según manifiesta la propia demandante, el 20 de enero de 2017 (después de vencido el plazo de ejecución del contrato) la entidad convocó a una mesa de trabajo de seguimiento al plan y avances del contratista. Allí se tomaron decisiones referentes a ejecución de prestaciones en cabeza del contratista como entregar manuales de funcionamiento y documentos relacionados con el software.



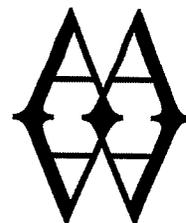
Este punto lleva a una conclusión inevitable: el contratista siguió ejecutando el contrato por fuera de su vigencia debido a que la entidad, en lugar de imponer la cláusula penal o declarar la caducidad del contrato, así se lo exigió. En consecuencia, se hace ostensible la agravación del estado del riesgo asumido por mi representada.

Llama la atención todas actividades de seguimiento desplegada por el ICBF después de recibir las actividades desarrolladas por el contratista a satisfacción y después de pagarle el cien por ciento del valor del contrato. Primero recibieron y pagaron y después revisaron.

**AL HECHO 3.22.** **No le consta** a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso a través de los medios idóneos para acreditar lo afirmado en este numeral.

Se relacionó un cuadro por medio del cual la entidad pretende mostrar la inejecución de obligaciones contractuales por parte del contratista. Sin embargo, ello no es suficiente para probar el incumplimiento alegado, pues como ya se expuso, es necesario que la parte demandante demuestre dichas aseveraciones mediante los mecanismos probatorios idóneos para tal fin.





**Araujo**Abogados

**AL HECHO 3.23. Es cierto** y se aclara que en la citación recibida por mi representada se muestra claramente que el contrato fue ejecutado casi en su totalidad por medio de una tabla que relacionó los porcentajes de ejecución.

**AL HECHO 3.24. Es cierto.** El valor que pretendió cobrarse en su momento resultó del cálculo proporcional al presunto incumplimiento alegado por la parte demandante.

**AL HECHO VIGÉSIMO 3.25. Es cierto** que en el documento referido y que fue puesto en conocimiento de mi representada se relacionaron esos porcentajes de cumplimiento.



Adicionalmente, la propia entidad reconoció en ese documento que la mayoría de las prestaciones estaban ejecutadas en un 100% y la relacionadas en este numeral se encontraban parcialmente ejecutadas, razón por la cual es abiertamente improcedente que pretendan el pago total del valor del contrato.

**AL HECHO VIGÉSIMO 3.26. No le consta** a mi representada lo relacionado con el servidor de la entidad por ser hechos que en nada se relaciona con ella.

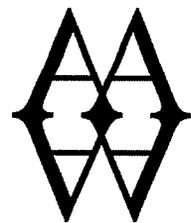
Además, debo señalar que cualquier reparo que tenga la entidad con referencia a la conducta de esta persona debió ser puesto en conocimiento de las autoridades competentes que evidentemente no son los jueces contencioso administrativos y mucho menos mediante este proceso de controversias contractuales.

Por su parte, en este punto se vislumbra la confesión efectuada por la parte demandante en cuanto al recibo a satisfacción de las prestaciones contractuales.

**AL HECHO 3.27. No le consta** a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella.

Además, se constituye en un hecho abiertamente impertinente en el marco del presente proceso que ni siquiera es susceptible de ser probado en este escenario judicial. Ello debido a que si la entidad valora la conducta del supervisor como disciplinaria y penalmente reprochable debe ponerlo en conocimiento de la Procuraduría y la Fiscalía General de la Nación para que se realicen las investigaciones pertinentes.





Araujo Abogados

En el mismo sentido, mi representada no tiene la obligación de soportar la presunta negligencia de los funcionarios de la propia entidad y mucho menos puede ser la llamada a responder por sus conductas.

Se aclara que el supervisor del contrato fue escogido, designado y vigilado por el mismo ICBF, por tanto, no es aceptable que pretendan sacar provecho de su propia culpa o de propia negligencia.



**AL HECHO 3.28. No le consta** a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso a través de los medios idóneos para acreditar lo afirmado en este numeral.

Lo cierto, es que a pesar de las herramientas jurídicas con las que contaba la entidad pública contratante, nunca se declaró el incumplimiento del contrato ni se profirió el acto administrativo establecido en el contrato del seguro para declarar el siniestro. No hubo entonces, reclamación presentada en debida forma ni decisión sancionatoria alguna.

**AL HECHO 3.29. No le consta** a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso a través de los medios idóneos para acreditar lo afirmado en este numeral.

Sin embargo, es claro que si el contratista siguió ejecutando el contrato fue porque la entidad así se lo exigió, tal como se refirió en los hechos 3.10, 3.12 y 3.21 y, además, está demostrado en los documentos que ésta misma acompañó al escrito de demanda.

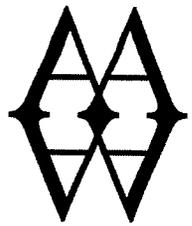
**AL HECHO 3.30. No es un hecho.** Sin embargo, en este caso es claro que no es posible predicar la mora debido a que la entidad renunció al plazo estipulado en el contrato al exigirle al contratista el cumplimiento de obligaciones por fuera del plazo contractual, descartando así lo dispuesto en el artículo 1608 del Código Civil<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> **ARTICULO 1608. <MORA DEL DEUDOR>.** El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.



AraujoAbogados

**AL HECHO 3.31. No es un hecho.** Sin embargo, si bien es cierto que los contratistas no deben ejecutar prestaciones por fuera del plazo contractual, es aún más reprochable que la entidad exija el cumplimiento de prestaciones del contrato por fuera del mismo, pues lo legalmente procedente es el uso de las cláusulas exorbitantes para exigir el pago de los perjuicios que le fueron causados, cosa que no sucedió en este caso.

**AL HECHO 3.32. No es cierto.** En este caso sí es procedente que se alegue el cumplimiento de prestaciones por fuera del plazo contractual, en la medida en que fue la propia entidad quien lo exigió, y al final, es esta última quien se va a quedar con el resultado de las actividades desarrollados. De lo contrario, estaríamos frente a un evidente enriquecimiento sin causa en cabeza del ICBF.

**AL HECHO 3.33. No es cierto.** La entidad sí recibió a satisfacción el objeto contractual tal como se confesó en el hecho 3.26 y se encuentra acreditado en el plenario.

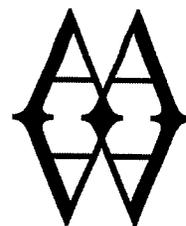
**AL HECHO 3.34. No le consta** a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso a través de los medios idóneos para acreditar lo afirmado en este numeral.

Lo cierto es que hay un acta de recibido final de 30 de diciembre de 2016, por tanto, intentar culpar al supervisor, designado por la misma entidad contratante, no desvirtúa ni exime de responsabilidad a esta última.

**AL HECHO 3.35. No le consta** a mi representada por ser un hecho que en nada se relaciona con ella. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso a través de los medios idóneos para acreditar lo afirmado en este numeral.

Sin embargo, es absurdo que el perjuicio ascienda a la suma total del contrato teniendo en cuenta que, según la propia entidad, recibió la mayor parte del objeto contractual. Por esa razón, es evidente que las pretensiones son abiertamente temerarias.





**Araujo Abogados**

También llama la atención que la cláusula penal pecuniaria, pactada por las partes como tasación anticipada de perjuicios, resulta muy inferior al valor de los supuestos perjuicios, que sin prueba alguna, pretende cobrar el ICBF a través de la presente acción.

## **II. A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

Actuando en nombre y representación de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. me opongo a todas las pretensiones de la demanda presentada por el ICBF.

Adicionalmente, solicito al despacho que tenga en cuenta que ninguna de las pretensiones de la demanda se dirigió en contra de SURAMERICANA, y que mi representada actúa en el presente proceso, únicamente en calidad de tercero interesado.

Solicito, adicionalmente, que se condene al ICBF a pagar las costas y agencias en derecho que se generen en el presente proceso.

## **3. EXCEPCIONES DE MÉRITO**

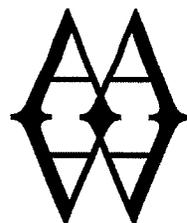
### **3.1. Terminación del contrato de seguro por agravación del estado del riesgo.**

En este caso, la agravación del estado del riesgo se encuentra probada en un plano fáctico y un aspecto jurídico.

En cuanto a la alteración fáctica del estado del riesgo, es claro que el contratista siguió ejecutando prestaciones contractuales, porque la entidad así se lo exigió con posterioridad a la terminación del plazo del contrato 1712 de 2016, esto es, después del 31 de diciembre de 2016.

Por su parte, la alteración jurídica del estado del riesgo se encuentra demostrada en la medida en que la entidad, a pesar de haber conocido sobre el incumplimiento antes de la terminación del plazo contractual, no declaró el incumplimiento del contrato ni la caducidad del mismo, como es su obligación legal. Por el contrario, consintió y hasta exigió que el contratista lo siguiera ejecutando.





Araujo Abogados

A continuación, me permito explicar brevemente en qué consiste la agravación del estado del riesgo, con el fin de que el despacho vislumbre su aplicación a los hechos del presente caso y aplique la consecuencia jurídica correspondiente, esto es, el reconocimiento de la terminación del contrato de seguro.

La agravación del estado del riesgo se encuentra definida legalmente por el artículo 1060 del Código de Comercio que dispone:

**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.

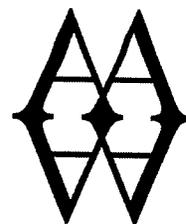
La notificación se hará con **antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador**. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos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

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella. (Negrilla fuera del texto original)

Es importante resaltar que la norma exige que "el **asegurado (ICBF) o el tomador**, según el caso, **están obligados a mantener el estado del riesgo**." En este caso, ninguno de los dos mantuvo el estado del riesgo, porque ambas partes consintieron y aceptaron seguir ejecutando actividades después de vencido el plazo del contrato, cuando lo jurídicamente procedente era que la entidad contratante hubiese adelantado el trámite definido en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para efecto de declarar el incumplimiento e intentar hacer efectiva la garantía única de cumplimiento, en su amparo de cumplimiento, que es el único que eventualmente se podría afectar.



La doctrina y la jurisprudencia nacionales se han ocupado de precisar esta institución propia del contrato de seguro. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al convalidar la aplicación normativa que hizo el *ad quem*, se refirió a la agravación del estado del riesgo en el marco de un litigio que involucró una póliza de cumplimiento a favor de particulares en los siguientes términos:

“El sentenciador de segundo grado señaló, que en el contrato de seguro el tomador tiene el deber de declarar sinceramente el estado del riesgo (art. 1058 C. de Co.), que debe ser mantenido o preservado durante la ejecución de aquel, por lo que el nombrado y el asegurado están obligados a notificarle al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles, que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que signifiquen la agravación del riesgo o la modificación de su identidad local. Según el juzgador, la demandada tenía derecho a que se le diera noticia de los ajustes que se hicieron al contrato, con el objeto de establecer su alcance y su repercusión en el riesgo asumido, por manera que al no existir prueba de la notificación a la sociedad demandada, se violó lo acordado en la póliza. De otra parte, el riesgo también se agravó por el incumplimiento en cancelación de facturas y por un proceso ejecutivo que se ventiló y que culminó por transacción, la que se pactó sin enterar a la compañía aseguradora, con lo cual se desconoció lo consignado en las condiciones generales de la póliza. **Existe un deber ex lege de comunicar hechos que inciden en la estructura y dinámica del riesgo previamente amparado.**”<sup>2</sup>



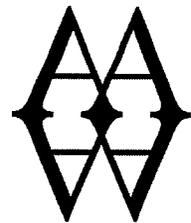
Por su parte, el profesor Narvaez Bonnet en su obra sobre el seguro de cumplimiento precisó:

“Ahora, si bien el asegurado es un tercero en el negocio subyacente, es indiscutible que bajo la relación asegurativa de garantía existe un deber elemental de lealtad y que impone que cualquier hecho o circunstancia que ocurra bajo la relación contractual subyacente que tenga la potencialidad de afectar la garantía, **deba ser puesta en conocimiento del asegurador por parte del asegurado o beneficiario** (...)”<sup>3</sup>

Es clara, entonces, la necesidad de que se mantenga el estado del riesgo si los contratantes buscan que su relación contractual siga garantizada mediante la póliza expedida por la aseguradora. Lo anterior, no implica que los contratantes queden rígidamente atados a lo que se dispuso inicialmente en el contrato, pues es claro que en caso de que se presenten modificaciones o compromisos adicionales, debe informarse a la aseguradora so pena de que opere la terminación automática de la póliza.

<sup>2</sup> Sala Civil, Corte Suprema de Justicia. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 28 de febrero de 2007. Expediente 68001 31 03 001 2000 00133 01.

<sup>3</sup> NARVAEZ BONNET, Jorge Eduardo. El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones. Página 164. Universidad Javeriana. Editorial Ibañez. Junio de 2011.



Araujo Abogados

Descendiendo al caso concreto, es un hecho referido por la propia parte demandante que el contratista siguió ejecutando el contrato con posterioridad a la terminación del plazo contractual a pesar de que la entidad ya había evidenciado su incumplimiento. Además, tal como se lee en los hechos de la demanda y se corrobora en los documentos anexos, la entidad realizó las pruebas del software (16 de enero de 2016) y exigió prestaciones después del 31 de diciembre de 2016.

Ahora bien, es claro que los riesgos que mi representada asumió fueron los dispuestos en la póliza durante la vigencia del contrato 1712 de 2016 y, tratándose de un seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, la única forma de hacer efectiva la garantía era mediante acto administrativo que declarara el siniestro (caducidad o imposición de cláusula penal).

En oposición a lo anterior, la entidad omitió la conducta que el es exigible en estos casos y requirió que el contratista continuara con la ejecución del contrato. Esta circunstancia evidentemente se configura en la agravación de estado del riesgo asumido por mi representada y conlleva a la terminación del contrato de seguro, tal como lo dispone el artículo 1060 del Código de comercio.

### 3.2. Prescripción.

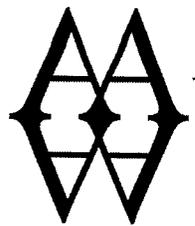
El despacho deberá declarar que en este caso se configuró el fenómeno de la *prescripción*, como pasa a explicarse.

En primer lugar, vale recordar que el artículo 1081 del Código de Comercio, aplicable en materia de seguros, dispone claramente lo siguiente:

ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.





AraujoAbogados

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

Ahora bien, antes de continuar, vale la pena recordar que los términos y plazos son importantes en cualquier ordenamiento porque son ellos los que brindan seguridad jurídica, razón por la cual la propia Constitución Política de 1991 dispuso, en su Artículo 228, que "los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado". Las figuras de prescripción, preclusión y caducidad, sobre las que se fundamenta el principio de oportunidad procesal, tienen por objeto castigar la inacción del interesado, por una parte, y por la otra, consolidar situaciones jurídicas con el objetivo de eliminar escenarios de incertidumbre. Por esto, resulta trascendental que en sede judicial se hagan respetar estos términos y se penalice, con las consecuencias jurídicas que consagra la ley, a quien los transgreda.

Específicamente, en materia de seguros, los términos de prescripción se dividen en dos, el de prescripción ordinaria, que es de dos años (2) contados a partir del momento en que el interesado conoció o debió conocer el hecho que da base a la acción, y el de prescripción extraordinaria, que corresponde a cinco (5) años desde que efectivamente ocurrió el hecho.

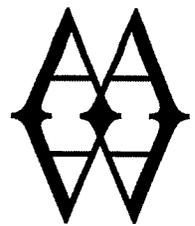
Al respecto, Hernán Fabio Lopez establece:

**"En todas las hipótesis el damnificado podrá demandar si no han transcurrido los plazos adevvertidos, según corra la prescripción ordinaria o la extraordinaria, porque estimo innegable que si la víctima el mismo día de la ocurrencia del hecho lo conoce y además sabe de la existencia de la póliza, al estar cobijada por la prescripción ordinaria por reunirse los elementos que permiten atender al cómputo bienal, cuenta con ese plazo para ejercer la acción directa"<sup>4</sup>**

En el caso en cuestión es absolutamente claro que el ICBF, al menos desde el 26 de diciembre de 2016 (fecha en la cual mi representada recibió copia de un requerimiento de cumplimiento realizado al contratista) conoció que el contratista había empezado a incumplir las prestaciones contractuales. De hecho, en el documento referido se indicó:

<sup>4</sup> Hernán Fabio López Blanco, Comentarios al contrato de seguro. Sexta Edición, 2014. Página 519.





**Araujo**Abogados

"(...) la supervisión se permite señalar, que una vez realizado el seguimiento a la ejecución, a la fecha no se evidencia avance en las actividades de instalación de pasillos motorizados para el acceso de personas, instalación de los lectores biométricos y el suministro de las tarjetas de proximidad."

Así, es evidente que la entidad asegurada tuvo conocimiento del incumplimiento del contrato, cuando menos, el 26 de diciembre de 2016, razón por la cual las acciones que se derivan del contrato de seguro prescribieron el 26 de diciembre de 2018, es decir, 2 años después.

Ahora bien, si en gracia de discusión no se acogiera la tesis anterior, la propia entidad adujo en el hecho 3.12 de la demanda que en acta de fecha 3 de febrero de 2017, plasmó los resultados negativos que arrojaron las pruebas realizadas al software. En ese sentido, si se contabiliza el término de prescripción a partir de este momento, el derecho que pudo llegar a tener la entidad con respecto a mi representada prescribió el 3 de febrero de 2019.

Así las cosas, bajo los dos escenarios expuestos, es claro que la acción derivada del contrato de seguro, en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio, se encuentra prescrita teniendo en consideración que la demanda se presentó el 21 de junio del año 2019.

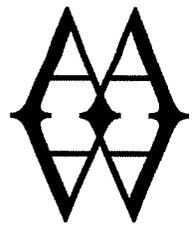
En consecuencia, solicito que se declare que las acciones que se derivan del contrato de seguro de cumplimiento No. 1731094-2 se encuentran prescritas y, en consecuencia, así lo declare el despacho.

### **3.3. El contrato de seguro de cumplimiento únicamente cubrió riesgos en la etapa contractual y los amparos que se pretende afectar son excluyentes.**

En este caso no es posible extender la cobertura de los amparos contratados más allá de la etapa contractual en la medida en que la entidad exigió que dichos amparos se otorgaran dentro de la vigencia de ejecución del contrato 1712 de 2016. Como paso a explicar.

En la cláusula décima segunda (garantías) del contrato 1712 de 2016, se pactó:

**Carrera 12 numero 90 – 20, oficina 501, Edificio San German PH  
Teléfono: (57) 1 – 8050629. Bogotá D.C. - Colombia**



**Araujo**Abogados

"EL CONTRATISTA se compromete a constituir a favor del ICBF, dentro de los tres (03) días siguientes a la firma del presente contrato, las garantías de que trata la ley 80/93, la ley 1150 de 2007 reglamentado por el decreto 1082 de 2015 consistente en póliza de seguros legalmente autorizada para operar en Colombia con el fin de amparar los riesgos que se determinan a continuación: **Cumplimiento:** Por una cuantía equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato y con una vigencia igual al plazo de ejecución y seis (6) meses más, contados a partir de la fecha de suscripción del contrato. **Calidad del servicio:** Por una cuantía equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato con una vigencia igual al plazo de ejecución al mismo, mas el período de tiempo del soporte y mantenimiento adicional ofrecidos por el contratista en su propuesta y un año más, contados a partir de la fecha de suscripción del contrato. **Calidad de los bienes:** Por un monto equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato y una vigencia igual al plazo de ejecución del mismo, mas el periodo de tiempo de la garantía adicional ofrecida por el contratista en su propuesta y un (1) año más correspondiente a la garantía mínima requerida, contados a partir de la fecha de suscripción del contrato." (Subrayas fuera del texto original)

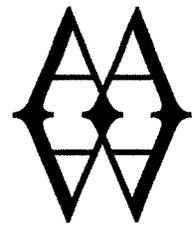


Así las cosas, por medio de esta cláusula la entidad incluyó los amparos de naturaleza contractual y post-contractual dentro de la vigencia del contrato, es decir, la entidad contratante exigió 3 amparos para cubrir el mismo riesgo. Es por ello que aunque la vigencia de todos estos amparos se extendió más allá de la vigencia del contrato garantizado, al ser incluidos como amparos contractuales, todos fueron desactivados en el momento en que la entidad recibió el objeto contractual a satisfacción.

Lo anterior, encuentra sustento en la naturaleza de los amparaos contratados. En primera medida, el amparo de cumplimiento cubre a la asegurada del incumplimiento en que pueda incurrir el contratista durante la ejecución del contrato, es por ello que en los contratos de seguro de cumplimiento este amparo es propio de la etapa contractual. En ese sentido, por regla general, en el momento en que el contratante recibe a satisfacción el objeto contractual este amparo se desactiva.

Dentro de las obligaciones del contrato, están las de entregar los bienes con la calidad establecida en el contrato. Lo mismo sucede con la calidad del servicio, que incluso, sería exactamente la misma cobertura anterior.





Araujo Abogados

Ahora bien, en los casos en que la garantía se exige adecuadamente, al desactivarse el amparo de cumplimiento por haber terminado la ejecución del contrato, se deben activar los amparos de naturaleza post-contractual, que para casos similares son los de calidad del servicio y calidad de los bienes suministrados. Así, la entidad quedaría cubierta por estos conceptos.

Sin embargo, como ya se precisó, en este caso la entidad exigió contractualmente al contratista que antes de iniciar la ejecución del contrato suscribiera la garantía de cumplimiento con las coberturas referidas para la etapa contractual. Por esa razón, la inconformidad de la entidad frente al cumplimiento del contrato o calidad del servicio o de los bienes suministrados se cubrió con amparos que tenían el mismo fin, esto es, el cumplimiento del contrato. Ello debido a que, como ya se explicó, es lo único que lógicamente puede proceder en la etapa contractual.

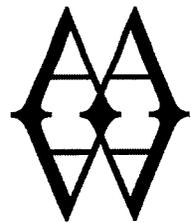
En otras palabras, por medio de la cláusula transcrita la entidad acumuló indebidamente una serie de amparos en la etapa contractual que implicó la cobertura de un mismo riesgo mediante diferentes amparos, esto es el riesgo de incumplimiento. Esta circunstancia conlleva a que la entidad quedará sin cobertura para la etapa post contractual en lo que se refiere a la calidad del servicio y de los bienes suministrados, como ya se expuso.

Ahora bien, si en gracia de discusión se llegara a la errada conclusión consistente en que hay lugar a afectar dichos amparos, el despacho debe tener en cuenta que la calidad del servicio y la calidad de los bienes suministrados son excluyentes con el amparo de cumplimiento, debido a que su naturaleza implica la cobertura del mismo objeto material, pero en momentos diferentes.

Por esa razón, si se llegase a considerar que hay lugar a afectar el amparo de calidad del servicio porque el demandante logró probar el daño sufrido por este concepto, sería abiertamente ilegal afectar el amparo de cumplimiento en la medida en que este último pereció con la entrega a satisfacción del objeto contractual.

Por consiguiente, si se llegara a la errada conclusión de que hay lugar a afectar el de cumplimiento desechando de plano el acto de recibo a satisfacción, no habría lugar a





AraujoAbogados

afectar ni el amparo de calidad del servicio, ni el de calidad de los bienes suministrados. Ello debido a que son excluyentes porque son coberturas otorgadas para momentos diferentes.

Por último, vale la pena precisar que los amparos de calidad del servicio y calidad de los bienes suministrados, como su nombre lo indica, cubren riesgos diferentes. Por esa razón, si el demandante pretende afectar ambos, debe probar el daño que le generó la calidad de los bienes y, por otro lado, también debe probar el daño que le causó la supuesta mala calidad del servicio. Por oposición a lo que pretende en la demanda, esto es solicitar de manera liminar y abrupta el valor asegurado de todos los amparos.

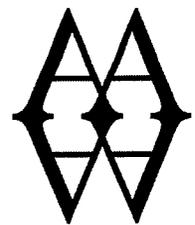
**3.5. El carácter indemnizatorio del seguro de cumplimiento impide que la aseguradora indemnice en este caso, porque precisamente no están acreditados los supuestos perjuicios que causó el contratista.**

El seguro de cumplimiento, por ser un seguro de daños, es un contrato de mera indemnización, como expresamente lo indica el artículo 1088 del Código de Comercio, cuando establece: "(...) los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento." Quiere decir lo anterior, que el contratante sólo puede solicitar la garantía por el monto de los perjuicios sufridos y demostrados, de conformidad con lo establecido en el artículo 1077 del Código de Comercio.

Es importante resaltar lo indicado por el Doctor Hernán Fabio López, cuando sostiene:

*"En efecto, el art. 1088 del C. de Co., que forma parte de los principios comunes a los seguros de daños, establece que "respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento", es decir, que con sujeción al límite máximo asegurado la obligación de la aseguradora nunca irá más allá del detrimento económico efectivo. Y es tan estricta la aplicación del principio, que aun en los casos de los denominados seguros de valor admitido, o sea, aquellos en los cuales el valor del bien se tasa de antemano, se permite a la aseguradora la demostración de que el bien siniestrado tenía un valor inferior al acordado, a fin de que indemnice de conformidad con la pérdida efectivamente sufrida.<sup>5</sup>"*

<sup>5</sup> López Blanco, Hernán Fabio. Comentario al contrato de seguro. 2014.



AraujoAbogados

Así, evidentemente es necesaria la demostración de los perjuicios a fin de que la aseguradora indemnice realmente la pérdida patrimonial real y efectiva sufrida por el asegurado y beneficiario de la póliza, que en este caso es el ICBF. Lo dicho encuentra pleno sustento en lo que establece el Código Civil cuando dispone:

**ARTICULO 1757. <PERSONA CON LA CARGA DE LA PRUEBA>**. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

En la misma línea, el Código General del Proceso establece:

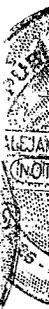
**ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

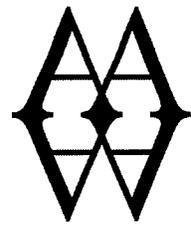
De manera que resulta impropia la conducta reiterada del demandante y abiertamente contraria a las exigencias legales, como paso a explicar.

El ICBF tiene la obligación legal y contractual de probar los supuestos perjuicios sufridos como consecuencia de los daños o el deterioro sufrido por el supuesto incumplimiento, en la medida en que estos sean imputables al contratista garantizado, que en este caso era ALO GLOBAL.

Lo único que se ha hecho hasta el momento y que no ha cambiado con la presentación de la demanda, ha sido el reclamo de supuestos perjuicios eventuales e hipotéticos que no han encontrado ningún sustento probatorio, porque lo único que se ha presentado a la aseguradora para que se indemnicen los perjuicios es un relato del iter contractual y de la ejecución de un contrato estatal por fuera de su vigencia consentido por la entidad pública contratante.

Así, la demandante se limita a solicitar la totalidad del valor asegurado por los amparos contratados haciéndose valer de las mismas pruebas, circunstancia que denota la ausencia de soportes probatorios que demuestren un perjuicio cierto y directo. Por lo anterior, es evidente que la parte demandante no ha logrado probar suma alguna que se haya derivado del supuesto incumplimiento.





Araujo Abogados

Por esa razón, el despacho tendrá que negar las pretensiones de la demanda y, en caso de que se encuentre probado algún perjuicio patrimonial, limitarse a condenar estrictamente a lo efectivamente probado.

Desde ya se advierte que la totalidad del valor del contrato no se pagó como consecuencia del supuesto incumplimiento, por tanto, no puede ser considerado como perjuicio *per se*.

**3.6. La aseguradora sólo responde hasta el límite del valor asegurado pactado en el contrato de seguro.**

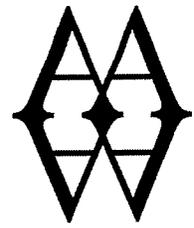
El artículo 1079 del Código de Comercio establece que "el asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada (...)". Adicionalmente, en el clausulado que establece las condiciones que rigen el contrato de seguro se estableció:

"La responsabilidad de SURAMERICANA, respecto de cada amparo, no excederá, en ningún caso, la suma asegurada indicada en la carátula de la póliza para cada uno de ellos, los cuales son independientes uno de otro respecto de sus riesgos y de sus valores asegurados. La entidad estatal reclamante asegurada no podrá reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor de otros, los cuales no son acumulables y son excluyentes entre sí.

La suma asegurada, determinada para cada amparo en la carátula de la póliza, delimita la responsabilidad máxima de la compañía en caso de siniestro."

Es claro entonces que la responsabilidad de mi representada se encuentra delimitada en cada amparo que el asegurado pretenda afectar. Así, en la siguiente tabla se relaciona el límite de la responsabilidad de SURAMERICANA frente a cada uno de ellos, sin perder de vista las consideraciones expuestas en lo referente a la exclusión existente entre ellos.

AMPARO	LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO
Cumplimiento	\$45'093.681
Calidad del servicio	\$45'093.681
Calidad del suministro	\$45'093.681



**Araujo**Abogados

Solicito entonces al despacho que se le dé estricta aplicación a lo dispuesto en el Artículo 1079 del Código de Comercio, y al clausulado que contiene las condiciones que rigen el contrato de seguro.

### **3.7. Compensación.**

En el numeral 7 del clausulado general que contiene las condiciones de la Póliza de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales No. 1731094-2, se indica que "si la Entidad Contratante al momento de descubrirse el incumplimiento o en cualquier momento posterior a éste y anterior al pago de la indemnización, fuere deudor del Contratista por cualquier concepto, la indemnización se disminuirá en el monto de dicha deuda, siempre que su compensación sea viable de acuerdo con la ley."

La compensación, entendida ésta como una forma de extinción de las obligaciones, "consiste, en principio, en la extinción simultánea de varias deudas diferentes cuando las partes son recíprocamente deudoras"<sup>6</sup>, y de acuerdo con lo consagrado en el artículo 1715 del Código Civil, la misma "opera por el solo ministerio de la ley y aun sin conocimiento de los deudores; (...)"

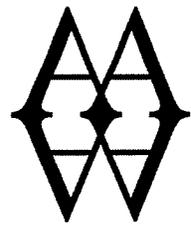
En el evento en el que se condene a ALO GLOBAL a pagar las pretensiones solicitadas por el ICBF, solicito que se compense dicho valor con el dinero que esta última le adeude por cualquier concepto al contratista garantizado.

### **3.8. El contrato es ley para las partes**

El artículo 1602 consagra el principio de *lex contractus, pacta sunt servanda*, según el cual los contratos son ley para las partes. La norma expresamente indica que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Esta norma constituye el fundamento legal del postulado de la autonomía de la voluntad privada, según el cual, las partes de manera voluntaria y consensuada tienen la libertad

<sup>6</sup> HINESTROSA Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Universidad Externado de Colombia. Edición 2002. Página 791.



AraujoAbogados

de regular sus relaciones jurídicas, en la medida que no vulneren o desconozcan normas de orden público.

El doctrinante Guillermo Ospina Fernández ha analizado el mencionado principio y ha sostenido:

*“En primer lugar, el Código reconoce que la iniciativa y el esfuerzo privados, mientras obren con el debido respeto al derecho ajeno y al interés general, representan decisiva contribución al progreso y al bienestar de la sociedad. Por ello pone especial cuidado en garantizar la mayor libertad posible en las transacciones entre particulares y, en general, en todos sus actos jurídicos de contenido económico, cuyo vigor normativo está ampliamente consagrado en el artículo 1602 antes transcrito. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Solo que como aquello, al proceder a hacerlo, cumplen una función que el legislador les ha delegado, deben observar los requisitos exigidos por este y que –como lo veremos después– obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad.”<sup>7</sup>*



La Corte Constitucional, en Sentencia C-341 del 3 de mayo de 2003, definió el alcance que tiene el principio de la autonomía de la voluntad, cuando sostuvo:

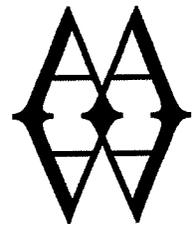
*“Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel.”<sup>8</sup>*

En el caso en cuestión, las partes acordaron, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las definiciones de los amparos, los riesgos que se le trasladaban a la aseguradora, algunas exclusiones y otras condiciones que tienen que ser respetadas,

<sup>7</sup> OSPINA FERNANDEZ, Guillermo; OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*. Sexta Edición. Editorial Temis.

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 341 de 3 de mayo de 2003.





**Araujo Abogados**

porque el contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, es ley para las mismas.

Sobre las condiciones generales que consagran las coberturas y las exclusiones la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de mayo de 2000 (Rad. 6291), explicó:

“Las condiciones generales de contratación, denominadas comúnmente condiciones o cláusulas generales del negocio o del contrato, son la columna vertebral de la relación asegurativa y junto con las condiciones o cláusulas particulares del contrato de seguros conforman el contenido de éste negocio jurídico, o sea el conjunto de disposiciones que integran y regulan la relación.

Esas cláusulas generales, como su propio nombre lo indica, están llamadas a aplicarse a todos los contratos de un mismo tipo otorgados por el mismo asegurador o aún por los aseguradores del mismo mercado y están destinadas a delimitar de una parte la extensión del riesgo asumido por el asegurador de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro y, de otra, a regular las relaciones entre las partes vinculadas al contrato, definir la oportunidad y modo de ejercicio de los derechos y observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanar.

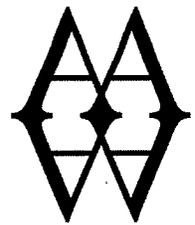
De otro lado, las condiciones particulares del contrato de seguro se elaboran de manera individual y específica para cada contrato y de manera conjunta entre el asegurador y el tomador y reflejan asimismo, pero en forma específica para el negocio acordado, la voluntad de los contratantes.”

En ese orden de ideas, se solicita que en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1602 del Código Civil, norma que consagra el principio de *lex contractus* y *pacta sunt servanda*, se aplique y se respete lo acordado en el contrato de seguro legalmente celebrado por las partes.

En consecuencia, en el remoto evento en que ALO GLOBAL llegare a ser condenada al pago de los perjuicios cuya indemnización pretende el ICBF, solicito se observen los términos del contrato de seguro para efectos de determinar las prestaciones económicas a las que tiene derecho el asegurado en virtud del seguro de cumplimiento a favor de Entidades Estatales No. 1731094-2.

**3.9. Los amparos del seguro de cumplimiento son excluyentes y no se pueden sumar, como pretende el ICBF en este caso.**





Araujo Abogados

Pretende, sin mayor sustento, la entidad demandante afectar 3 amparos del seguro de cumplimiento No. 1731094-2, con el único argumento de que supuestamente el contratista incumplió sus obligaciones contractuales.

El planteamiento es tan equivocado, que desconoce que para alegar la mala calidad del servicio o de los bienes los mismos deben ser entregados en debida forma, y aquí, en este caso, supuestamente el incumplimiento es porque el software no se entregó. ¿cómo se exige que algo que supuestamente no se entregó funcione bien?

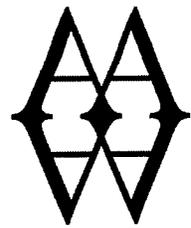
Esta es la razón por la cual, existen amparos contractuales, como cumplimiento, que incluyen todo el riesgo que se genera cuando se incumple cualquier obligación del contrato, incluyendo la relacionada con la calidad del servicio o de los bienes suministrados, y amparos post-contractuales, como los que equivocadamente se exigieron para la etapa contractual por parte del ICBF, que cubren riesgos que se generan después que se reciben los bienes o se presta el servicio.

Por ejemplo, no se puede exigir o afectar un amparo de estabilidad y calidad de la obra si el edificio o el puente no ha sido recibido a satisfacción por la entidad contratante; tampoco se puede afectar el amparo de cumplimiento, si ya la obra se recibió; y mucho menos, se puede intentar afectar los amparos indicados (contractual y post-contractual) porque la entidad, equivocadamente, solicitó que ambos se activaran y cubrieran riesgos contractuales. Es importante recordar el principio general del derecho que establece que nadie puede sacar provecho de su propia culpa o de su propia torpeza.

Pero más allá de la explicación, lo cierto es que lo que pretende hacer el ICBF está expresamente prohibido por el Decreto 1082 de 2015, cuando establece:

**Artículo 2.2.1.2.3.2.1. Amparos.** El objeto de cada uno de los amparos debe corresponder al definido en los artículos 2.2.1.2.3.1.6, 2.2.1.2.3.1.7 y 2.2.1.2.3.1.8 del presente decreto.

**Los amparos deben ser independientes unos de otros respecto de sus Riesgos y de sus valores asegurados. La Entidad Estatal solamente puede reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor del amparo cubierto. Los amparos son excluyentes y no se pueden acumular.** (Subrayado por fuera del texto)



**Araujo Abogados**

Así también lo establece expresamente el clausulado o las condiciones del contrato de seguro, cuando en el numeral 3 establece que “los amparos deben ser independientes unos de otros respecto de sus riesgos y de sus valores asegurados. La entidad estatal solamente puede reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor del amparo cubierto. Los amparos son excluyentes y no se pueden acumular.”

No hay duda de que los tres amparos que se pretenden afectar son excluyentes y no se pueden acumular, por tanto, las pretensiones de la demanda que, además, no se dirigen contra mi representada, sino contra el contratista, no están llamadas a prosperar.

**3.10. La cláusula penal pecuniaria como se pretende hacer efectiva vulnera lo establecido en el artículo 1596 del Código Civil.**

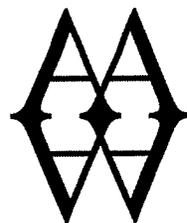
El artículo 1592 del Código Civil define la cláusula penal como “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”

El tratadista Jorge Pino Ricci define la cláusula penal como aquella “estipulación contractual propia del derecho común mediante la cual las partes acuerdan cancelar una sanción pecuniaria, en caso de incumplimiento en las obligaciones contractuales. Por otra parte, puede definirse también como estimación anticipada, según se acuerde definitiva o no, de los perjuicios que eventualmente pueden sufrirse como consecuencia del incumplimiento de una de las partes.”<sup>9</sup>

El Código Civil estableció una fórmula que permite graduar la cláusula penal en función del porcentaje de ejecución del contrato. Lo anterior con el objeto de evitar que se produzca un enriquecimiento sin causa a favor de la parte que hace efectiva la mencionada estipulación. Es por ello que el artículo 1596 del Código Civil consagra: “si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”

<sup>9</sup> PINO RICCI Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Primera Edición, 2005. Página 398.





**Araujo Abogados**

En el mismo sentido, el artículo 867 del Código de Comercio establece: "Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte."

Frente a las dos disposiciones citadas la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>10</sup> ha sostenido:

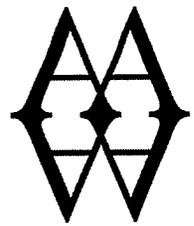
Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un "derecho" en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad.

De conformidad con lo indicado, la cláusula penal se tiene que hacer efectiva en proporción al incumplimiento del contratista, por cuanto si se hace efectiva en un porcentaje mayor se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad estatal contratante. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>11</sup> sostuvo:

Con fundamento en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el deudor tiene derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento, cuando éste ha sido en parte, caso en el cual el juez puede reducirla equitativamente si la considera manifiestamente excesiva. En el caso objeto de la presente controversia, es posible la reducción de la sanción impuesta toda vez que, como se advirtió, la administración modificó el porcentaje de incumplimiento del demandante, el cual resultó inferior al inicialmente calculado, con la aclaración de que el incumplimiento del contratista sí se presentó aunque en menor medida. Pero tal como ya se dijo, el hecho de haber ejecutado el contrato casi en su totalidad da lugar a una reducción en el porcentaje de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, como lo ha reconocido la sala en asuntos similares. Por lo anterior y de conformidad con el Art. 170 del C. C. A, la presente sentencia reducirá en un 50% el monto de la cláusula penal pecuniaria que la entidad demandada hizo efectiva, esto es, la pena quedará en un 5% del valor del contrato, en armonía con la corrección que hizo la administración al revisar el porcentaje de las obras faltantes que corresponde a un porcentaje similar.

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 9 de marzo de 2000. Rad. 10540. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.



**Araujo**Abogados

Además, la cláusula penal se encuentra excluida de la cobertura de la póliza de cumplimiento, tal y como se demostró en la primera parte de esta contestación; en ese orden de ideas, no es mi representada la llamada a responder por la misma en el evento en el que se decida que se va a hacer efectiva.

En el caso en cuestión, la cláusula Décima Séptima del contrato 1712 de 2016, establece:

En caso de declaratoria de caducidad o incumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista, el ICBF podrá hacer efectiva la presente cláusula penal pecuniaria en un monto equivalente al diez por cientos (10%) del valor del contrato, a título de pena la cual se tendrá como estimación y pago anticipado y parcial de los perjuicios causados al ICBF.

Más adelante, la misma cláusula establece:

El valor variará proporcionalmente al incumplimiento parcial del contrato que no supere el porcentaje señalado.

En este caso, el ICBF, pretende que se haga efectiva la cláusula penal en su totalidad, como si el contratista no hubiese cumplido ninguna obligación, lo cual generaría, entonces, un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad contratante.

Ahora bien, es importante recordar que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y el valor o mejor, los supuestos perjuicios que se pretendan por encima de dicho valor tienen que ser debidamente acreditados y probados en el proceso.

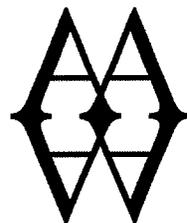
Llama la atención que en el hecho 3.24 de la demanda, se indica que en la actuación administrativa iniciada por el ICBF se iba a hacer efectiva la cláusula penal por \$ 2.119.403,01, pero ahora si pretenden cobrar por el cien por ciento de la misma.

En ese orden de ideas, solicito que en el evento remoto en el que se llegare a condenar al contratista UT ALO GLOBAL se tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 1596 del Código Civil, para efecto de disminuir el porcentaje de la cláusula penal que se pretende hacer efectiva, en proporción al porcentaje de ejecución del contratista.

27

**Carrera 12 numero 90 – 20, oficina 501, Edificio San German PH  
Teléfono: (57) 1 – 8050629. Bogotá D.C. - Colombia**





Araujo Abogados

**3.11. La reclamación frente a la aseguradora no se presentó en debida forma, nunca se declaró el siniestro.**

SURAMERICANA expidió una póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales. Este producto, que se expide siempre que los establecimientos públicos, como el ICBF, celebran contratos, establece la manera en la que se debe hacer efectiva la garantía correspondiente, para efecto de que se demuestren la ocurrencia y la cuantía del siniestro, como lo exige el Artículo 1077 del Código de Comercio.



De hecho, en el numeral 6 del Clausulado general, que contiene las condiciones del contrato de seguro se consagra:

**EFFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1077 en concordancia con el artículo 1080 del Código de Comercio, la entidad estatal contratante asegurada deberá demostrar la ocurrencia del siniestro y acreditar la cuantía de la pérdida, previo agotamiento del derecho de audiencia del contratista garantizado y del garante, de la siguiente forma:

6.1. Por medio del acto administrativo en el cual la entidad estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

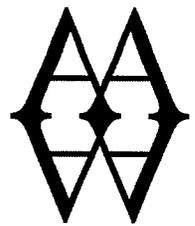
6.2. Por medio del acto administrativo en el cual la entidad estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

6.3. Por medio del acto administrativo en el cual la entidad estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.

En cualquier caso, para determinar el monto del perjuicio a reclamar por parte de la entidad estatal a SURAMERICANA, deberá deducir del mismo cualquier suma que a esta le adeude el contratista.

En este caso su señoría, sorpresivamente nunca se hizo efectiva la garantía, a pesar de que la entidad demandante goza de las facultades excepcionales que rigen en la contratación estatal.





**Araujo Abogados**

El proceso sancionatorio iniciado se archivó por parte del mismo ICBF, como se confiesa y se reconoce en el hecho 3.28 de esta demanda, y la razón para hacerlo fue la siguiente:

Que la decisión de terminar el procedimiento administrativo sancionatorio se adoptó por parte de la administración, para salvaguardar el debido proceso administrativo, toda vez que se evidenciaron hechos que viciaron la actuación administrativa, pues al cotejar el Acta de Recibo final de 30 de diciembre de 2016 y el Informe de Incumplimiento radicado bajo la referencia 1.2017-039118-0101 de fecha 25 de abril de 2017, se encontró que la supervisión del contrato dio inicio a una actuación administrativa por el presunto incumplimiento de obligaciones, que fueron recibidas a satisfacción por el mismo supervisor del contrato.

Que la Administración no puede ir en contravía del principio de la buena fe y de la teoría de los actos propios, por lo que es claro que debe proceder a dar por terminada la actuación de sancionatoria.

Que lejos de vulnerar el debido proceso administrativo, la administración ha tomado la decisión de abstenerse de sancionar al contratista y terminar la actuación administrativa, para proceder a liquidar el contrato, actividad de que debe llevarse a cabo en desarrollo de un deber legal.



No se entiende, entonces, como el mismo ICBF que archiva la actuación administrativa, a través de la Resolución No. 2523 de 23 de febrero de 2018, ahora presenta esta demanda.

### **3.12. Excepción genérica**

Solicito, además, que declare la procedencia de cualquier otra excepción que quede demostrada durante el transcurso del proceso y con base en las pruebas que dentro de él se practiquen.

## **4. MEDIOS DE PRUEBA**

Solicito de decreten y practiquen los medios de prueba que se enuncian a continuación:

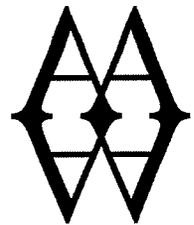
### **Declaración del representante legal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.**

Con fundamento en lo establecido en el Artículo 217 del CPACA, solicito muy respetuosamente que se le ordene al representante legal o al director del ICBF o a quien haga sus veces, rendir informe escrito bajo juramento, en el que absuelva el cuestionario

29

**Carrera 12 numero 90 – 20, oficina 501, Edificio San German PH  
Teléfono: (57) 1 – 8050629. Bogotá D.C. - Colombia**





**Araujo**Abogados

que verbalmente formulare en la audiencia respectiva, o que allegare en sobre cerrado en la oportunidad procesal correspondiente.

### Testimonios

1. Solicito que se decrete el testimonio del señor Andrés Lozada Herrera, coordinador del grupo de infraestructura y supervisor del contrato no. 1712-2016, para que explique las razones por las cuales recibió a satisfacción el objeto contractual y aclare al despacho las actuaciones realizadas por la entidad con posterioridad a la terminación del objeto contractual.



El señor Lozada puede ser notificado en Avenida Carrera 68 No. 64C-75.

2. Solicito que se decrete el testimonio de la señora Claudia Patricia Gómez Vazques, directora del proyecto perteneciente al equipo del contratista con el fin de que aclare las circunstancias sucedidas en el caso durante y con posterioridad a la ejecución del contrato 1712 de 2016.

La señora Gómez puede ser notificada en la Calle 23 # 41 – 70 apto 1012.

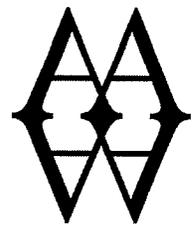
### Documentos.

3. Copia de la póliza de Cumplimiento a favor de entidades estatales No. 1731094-2 con sus renovaciones.
4. Copia del clausulado general de la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales con Código No. F-01-12-081.
5. Copia de la Resolución 2523 de 23 de febrero de 2018.
6. Copia de la Resolución 2490 de 23 de febrero de 2018.
7. Copia del acta de recibo final de 30 de diciembre de 2016.



### 6.ANEXOS.

- 1) Certificado de existencia y representación de SURAMERICANA.
- 2) Documentos anunciados en el acápite de documentos.



AraujoAbogados

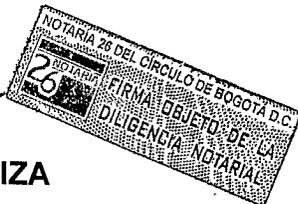
## 7. DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES

SURAMERICANA recibirá notificaciones en la Carrera 11 # 93 - 46 Piso 7 de la ciudad de Bogotá o al correo electrónico [jaraujo@araujoabogados.co](mailto:jaraujo@araujoabogados.co)

El suscrito apoderado recibirá notificaciones en la Carrera 12 No. 90 - 20, oficina 501 en la ciudad de Bogotá.

Cordialmente,

**JUAN PABLO ARAUJO ARIZA**  
C.C. 15.173.355 de Valledupar  
T. P. 143.133 del C. S. de la J.



PÁGINA EN BLANCO





## DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL



### Artículo 2.2.6.1.2.4.1 del Decreto 1069 de 2015

103696

En la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia, el dieciocho (18) de febrero de dos mil veinte (2020), en la Notaría Veintiséis (26) del Círculo de Bogotá D.C., compareció:

JUAN PABLO ARAUJO ARIZA, identificado con Cédula de Ciudadanía/NUIP #0015173355 y la T.P. 143133, presentó el documento dirigido a JUZGADO y manifestó que la firma que aparece en el presente documento es suya y acepta el contenido del mismo como cierto.



nbeoj3jptuvf  
18/02/2020 - 10:48:32:585

----- Firma autógrafa -----

El compareciente no fue identificado mediante biometría en línea por la siguiente razón: Fallas de conectividad



GINA ALEJANDRA BALLESTEROS QUIJANO

Notaria veintiséis (26) del Círculo de Bogotá D.C. - Encargada

Consulte este documento en [www.notariasegura.com.co](http://www.notariasegura.com.co)  
Número Único de Transacción: nbeoj3jptuvf



PÁGINA EN BLANCO