



República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO VEINTIOCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Nueve (09) de junio de dos mil veintitrés (2023)

REF: Proceso verbal No.110013103028 2018 00639 00

Demandante: Financiera de Desarrollo Nacional S.A.

Demandada: Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.

Asunto de la decisión: Sentencia de primera instancia

ASUNTO

Evacuadas las etapas procesales correspondientes a las audiencias inicial y de instrucción y juzgamiento, y escuchadas por este fallador las alegaciones de las partes, se procede a emitir sentencia escrita en el presente asunto dentro de la oportunidad procesal establecida en el inciso 3º numeral 5º del artículo 373 del Código General del Proceso.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante apoderado judicial, la aquí accionante presentó demanda en contra de la sociedad **Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.**, dirigida a que se declaren judicialmente, en síntesis, a través del procedimiento verbal, los siguientes pedimentos:

Pretensión declarativa:

1.1. Que se declare que el "contrato 69 de 2013 CONVENIO FDN-ANH 01 DE 2007", celebrado -el 20 de diciembre de 2013- entre la

Financiera de Desarrollo Nacional S.A y la sociedad THX Energy Colombia, y sus *otro sí*, fueron incumplidos por la contratista, en atención a la efectucción de un *uso indebido del anticipo*, la *no restitución a la contratante de los dineros recibidos por obras no ejecutadas por corazonamiento* y el incumplimiento de la *obligación de entregar los estudios bioestratigráficos* convenidos.

Pretensiones de condena:

1.2. Consecuentemente, se condene a la **Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.** al pago, a título de indemnización por el incumplimiento del contrato, de los siguientes valores y conceptos:

- Por *reclamación por amparo de anticipo* la suma de \$1.696.793.825, discriminada en los siguientes *ítems*: i) \$369.744.047 por no corazonamiento de la sociedad Sahara Oilfield; ii) \$1.327.012.160 de catering de la empresa (Bed & Food Services S.A.S.; y iii) \$37.618 de la sociedad Virowa Energy Resources.
- Por concepto de *reclamación por amparo de cumplimiento* la suma de \$15.716.660.200,20 compuesta por: i) \$12.849.841.247,01 referente a productos no entregados (corazonamiento y registros eléctricos no tomados); y ii) \$2.866.818.953,19 relativo a incumplimiento en la obtención de estudios bioestratigráficos.

1.3. Se condene a la **Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.** a la cancelación de los intereses causados sobre las cifras dinerarias aludidas anteriormente, desde el momento en que se presentaron las reclamaciones ante la aseguradora y hasta cuando se materialice el pago total de la obligación.

1.4. Asimismo, se condene en costas a la parte pasiva por el trámite de instancia.

2. Las anteriores pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos aducidos en la demanda:

2.1. En virtud de la existencia del convenio interadministrativo FDN-ANH 01 de 2007, suscrito entre la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Financiera de Desarrollo Nacional S.A., ésta última entidad dispuso la celebración del contrato No. 69-2013 con la empresa THX Energy Sucursal Colombia, con un plazo inicial de doce (12) meses contados a partir del 3 de febrero de 2014, para la materialización del siguiente objeto contractual:

"La contratación de muestreo del subsuelo mediante la perforación del pozo estratigráfico profundo ANH PLATO-1-X-P en la cuenca del valle inferior del Magdalena, municipio de Nueva Granada, departamento del Magdalena, con recuperación de muestras y tomas de registros"

2.2. El valor inicial del contrato fue pactado en la suma total de \$136.467.845.326,06, sobre el cual, según la *cláusula séptima*, se realizaría el pago -en calidad de anticipo- de un monto correspondiente al 30%, previa exclusión del reembolsable, a fin de cubrir los gastos asociados al inicio y ejecución de la operación. Amortizándose ese rubro de la siguiente manera: en la primera factura el 34%, y en las facturas segunda a la quinta un valor individual equivalente 16,5% del restante de dicho concepto.

2.3. A pesar de lo anterior, en virtud de las revisiones periódicas de la ejecución del contrato por parte de la entidad contratista y de la empresa de interventoría, el objeto inicial fue modificado a través de los *otrosí No. 1 y 2*, sustituyéndose la actividad de corazonamiento por la de ejecución de análisis bioestratigráficos y químicos.

2.4. Adicionalmente, por medio de los *otrosí No. 3 y 4 i)* se incluyó dentro del objeto negocial la *"perforación del POZO ANH-PLATO-1-X-P desde 21.000' hasta 23.000'*, *ii)* se aumentó el valor del contrato a la suma total de \$186.754'067.126,06, integrando \$50.286'221.800 como gasto de perforación adicional, y *iii)* se prorrogó la vigencia del

contrato del 31 de marzo de 2015 hasta el 30 de mayo de igual anualidad, inclusive.

- 2.5. A su turno, dentro del *otrosí* No. 3 del 13 de febrero de 2015, además de la modificación del objeto del contrato, se determinó como obligación del contratista *"reintegrar a la FINANCIERA el valor del corazonamiento no ejecutado que certifique la interventoría con visto bueno de la supervisión técnica ejercida por la ANH"*, previa certificación de la interventoría, so pena de que *"[s]i el contratista no reintegra el valor del corazonamiento no ejecutado dentro del plazo establecido, autoriza a la FINANCIERA a descontar el mismo de cualquier valor que se le adeude"*
- 2.6. En atención a tales modificaciones, la sociedad THX Energy Sucursal Colombia amplió las garantías exigidas dentro de la póliza de seguro CU066803 extendida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (CONFIANZA), sobre los conceptos de *"cumplimiento del contrato"*, *"anticipo"*, *"salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales"* y de *"calidad y estabilidad de la obra"*, en cuantía total de \$105.380.881.927,70.
- 2.7. En desmedro de lo convenido, la empresa THX Energy Sucursal Colombia incumplió algunas de sus obligaciones contractuales. Por lo cual, en desarrollo del contrato, la empresa encargada de la interventoría HGA S.A.S., mediante diferentes comunicaciones y requerimientos, hizo observaciones y solicitó a la contratista la formulación de un plan de inversión de anticipo.
- 2.8. Asimismo, dio a conocer hallazgos relativos al manejo de los dineros entregados por dicho concepto, señalando, entre otros aspectos, lo siguiente: *"A la fecha y cuándo se ha realizado un avance significativo en la ejecución del contrato No. 69-2013 FDN -THX ENERGY, existen saldos de anticipo por amortizar que a la fecha y para consideración de esta interventoría, ya debieron estar legalizados."*
- 2.9. Si bien en varias oportunidades se brindó oportunidad a la empresa THX Energy Sucursal Colombia para efectuar las adecuaciones,



aclaraciones y correcciones del caso, tal sociedad no acató las instrucciones de la empresa interventora.

- 2.10. Aunado a ello, la interventoría puso de la presente la existencia incumplimientos de la contratista en lo relativo a la entrega de productos y la obtención de estudios eléctricos, químicos y bioestratigráficos.
- 2.11. Por tal motivo, culminada la vigencia del contrato, la Financiera de Desarrollo Nacional S.A. agotó el procedimiento dispuesto en el artículo 87 de la ley 1437 de 2011 y emitió, el 19 de agosto de 2015, el correspondiente acto administrativo declaratorio del incumplimiento de la contratista sobre sus obligaciones negociales.
- 2.12. Ante ese evento, se formuló la respectiva reclamación ante la aseguradora demandada con miras a afectar la póliza CU066803. Sin embargo, luego de que ésta formulara algunas aclaraciones, decidió objetar las solicitudes de amparo invocadas.
- 2.13. Según la demandante, las anteriores circunstancias generan una grave afectación patrimonial en los haberes de la Financiera de Desarrollo Nacional S.A. imputables a la empresa THX Energy Sucursal Colombia.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por auto de fecha 15 de enero de 2019 se admitió la presente demanda. La cual fue notificada de forma personal a la demandada **Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.**; quien, por medio de apoderado judicial, procedió a allegar escrito de contestación y de excepciones, oponiéndose a las pretensiones del extremo actor, y libelo de llamamiento en garantía sobre la empresa **THX Energy Sucursal Colombia**.

Una vez se admitió aquel acto de convocatoria, se agotaron los trámites de enteramiento respectivos sobre la empresa contratista, advirtiéndose que, dentro del término de traslado correspondiente, dicho ente guardó silencio.

Dentro de las excepciones planteadas en favor de la accionada **Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.** se encuentran las que denominó: *"prescripción de la acción derivada del contrato de seguro", "notificación de la modificación del estado del riesgo a la aseguradora", "ausencia de cobertura en lo relativo al reintegro de productos no entregados", "inexistencia del siniestro relativa al amparo de anticipo", "incumplimiento del deber de mitigación de los daños propios", "falta de interés en la pretensión, en atención a la existencia de un proceso de responsabilidad fiscal por los mismos hechos" e "imposibilidad de causación de intereses de mora" e "inexistencia de siniestro en relación con las obligaciones de obtención de estudios bioestratigráficos".* Oposiciones con las cuales, además de indicarse la operancia del fenómeno prescriptivo en la afectación de la póliza de seguro, se expuso la ausencia de amparo sobre los conceptos pretendidos, la exposición de la demandante en la generación del riesgo, y la no consecución del siniestro y las afectaciones patrimoniales relatadas en la demanda.

De los medios exceptivos en mención se corrió traslado a la parte actora en la forma prevista en el artículo 370 del Código General del Proceso, lapso en el que se solicitó su desestimación plena.

A su turno, posteriormente la parte pasiva radicó escrito contentivo de reforma de la demanda destinado a excluir algunas pretensiones; el cual fue admitido, dándose el traslado respectivo, y sobre el que no fue allegado nuevo escrito de respuesta por el extremo pasivo.

Acto seguido, luego de señalarse en diferentes oportunidades fecha para audiencia, se evacuaron las etapas procesales establecidas en los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso. Por lo que, practicadas las pruebas decretadas, habiéndose corrido traslado a las partes para alegar de conclusión por este fallador y no existiendo irregularidad alguna que tenga virtualidad de viciar de nulidad la actuación procesal surtida, es del caso proceder a dictar sentencia teniendo en cuenta las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Dentro del presente asunto es viable sentenciar de fondo, por cuanto la competencia para conocer del caso la detenta incuestionablemente este Despacho debido a que concurren los factores objetivo, territorial y funcional. Además, las partes se encuentran vinculadas en debida forma; sobre quienes recae la presunción general de capacidad.

Seguidamente, se evidencia la ausencia de causal alguna que pudiere invalidar la actuación y que, por lo dispuesto en el artículo 137 del Código General del Proceso, tuviere que ser declarada de oficio. También, se han evacuado las etapas previstas en nuestra codificación procesal civil para el trámite adelantado; por lo que los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa igualmente han sido cuidadosamente garantizados.

2. CASO CONCRETO

2.1. Descendiendo al análisis del presente asunto, corresponde a este Despacho *i)* resolver si se encuentra o no demostrado el incumplimiento de alegado sobre el contrato No. 69-2013, celebrado entre tal entidad y la sociedad liquidada THX Energy Sucursal Colombia, y, con ello, *ii)* la viabilidad de afectar la póliza de seguro No. No. CU066803 que garantiza dicho acuerdo de voluntades bajo las modalidades de *amparo de anticipo* y *amparo de cumplimiento*, de cara a las excepciones formuladas por la sociedad demandada Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. *iii)* Igualmente, decidir acerca del llamamiento en garantía erigido respecto de la empresa contratista.

2.2. En efecto, teniéndose por sentado que lo que aquí se persigue es hacer efectiva la póliza de cumplimiento existente en tal relación comercial, cumple señalar que ésta se identifica como un seguro de daños de carácter patrimonial¹, a través del cual el asegurador ampara el patrimonio del

¹ Los seguros patrimoniales son los que tienen por objeto proteger el patrimonio del asegurado por haber inferido daño a un tercero en el desarrollo de sus actividades normales o de las comprendidas dentro del giro ordinario de sus actividades. NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones. Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibáñez. Colección Profesores N° 52.



asegurado contra el incumplimiento de obligaciones que emanan del contrato estatal o, lo que es lo mismo, garantiza la satisfacción oportuna de los deberes contractuales y asegura el pago de los perjuicios que experimente la entidad por la falta de cumplimiento, total o parcial, por parte del contratista, en alguno de sus amparos.

Téngase en cuenta que, según lo expuesto por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 23 de junio de 2010², el seguro de cumplimiento que ampara las obligaciones emanadas de los contratos del Estado, dada su naturaleza, está inspirado en el principio consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, según el cual, respecto del asegurado, corresponde a un contrato de mera indemnización, que no puede constituir fuente de enriquecimiento. Máxime que los seguros de daños tienen como última finalidad indemnizar al asegurado o al beneficiario, cuando su patrimonio es afectado por la realización del riesgo asegurado.

2.2.1. Tal posición fue ratificada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al expresar, en sentencia del 26 de octubre de 2001, lo siguiente:

*"(...) los seguros de cumplimiento están regidos por las reglas propias de los contratos de seguros, particularmente, dada su naturaleza, las que gobiernan los seguros de daños, en los cuales campea el principio de la indemnización, cabe decir que, respecto del Asegurado serán contratos de mera indemnización y jamás podrá constituir fuente de enriquecimiento."*³

Asimismo, en atención al tipo de contrato que ocupa nuestra atención, no se debe olvidar que -en materia de contratación estatal- la póliza de seguro de cumplimiento funge como garantía única de las obligaciones demandadas del contrato, y ello implica que cada amparo deba analizarse de manera independiente, acorde con la naturaleza del riesgo que asume el asegurador.

² Expediente 11001310302520060007002 (1). MP. Marco Antonio Álvarez.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 5942.



2.2.2. Seguidamente, al analizar esta especial tipología especial de negocio aseguratorio, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia precisó que:

*"[E]l seguro de cumplimiento (...) fue expresamente reconocido en el plano legal por la ley 225 de 1938, cuyo artículo 2° estableció que su objeto sería el de amparar el "cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes y contratos" y, adicionalmente, que tal figura negocial es mencionada explícitamente por el art. 1099 del Estatuto Mercantil, en prueba fehaciente de su disciplina y referencia legislativa."*⁴

2.2.3. Por virtud de dicho pacto, el asegurador, previo desembolso de la correspondiente prima, ampara al asegurado contra el incumplimiento de obligaciones; garantizándose el pago de los perjuicios que experimente el acreedor por causa de la inobservancia, total o parcial, de la obligación asegurada, en tanto sea imputable al llamado tradicionalmente como *afianzado*. Es decir, no proviene de un caso fortuito o de fuerza mayor -o en general de una causa extraña-, a menos que tales eventos hayan sido realmente asumidos por el asegurador.

Bajo esa modalidad, entonces, se asegura "(...) la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que, si el contratante 'afianzado' no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inejecución prestacional, merced a su indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de los regulado por el art. 1110 del Estatuto Mercantil." (Cas. Civ. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670).

2.3. Tratándose, como se mencionó, de un seguro de daños regido por el principio indemnizatorio, éste tiene por objeto resarcir al asegurado, en todo o en parte, el detrimento patrimonial experimentado como consecuencia del acaecimiento del siniestro; entendido, en términos del artículo 1054 *ibídem*, como la realización del riesgo asegurado.

Por ende, la obligación del asegurador no consiste en pagarle al acreedor la suma de dinero que pretenda, sino indemnizarle el daño o

⁴ SC3893-2020. Radicación 11001-31-03-032-2015-00826-01. MP. Luis Alfonso Rico Puerta.



perjuicio que, en estrictez, derive del incumplimiento imputable, que se le demuestre suficientemente y hasta concurrencia, claro está, de la suma asegurada.

2.4. Como viene de verse, en virtud de la cobertura de cumplimiento, el asegurador toma a su cargo el riesgo de sufrir una pérdida económica derivada de la inobservancia del negocio jurídico amparado, de tal suerte que la realización del referido riesgo, acorde con el artículo 1072 del Código de Comercio, no lo constituiría propiamente la infracción de las estipulaciones del convenio, sino el impacto negativo que genera en el patrimonio asegurado.

De ahí que el surgimiento de la obligación condicional del asegurador se encuentra supeditada a la existencia de un agravio económico, ligado causalmente al incumplimiento negocial del tomador del seguro. Similarmente, la magnitud de ese perjuicio determinará el monto de la indemnización que corresponda, sin exceder los límites convenidos según lo dispone el precepto 1079 *ibídem* al indicar que “[e]l asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada (...)” y el artículo 1088 del Estatuto Mercantil al señalar que “los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento”.

Precisamente sobre este aspecto, la jurisprudencia del órgano de cierre en sede civil ha indicado lo siguiente:

“(...) los seguros como el de cumplimiento -que por su naturaleza corresponden a los seguros de daños-, implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero, el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivos de un daño, pues de lo contrario el seguro se convertiría en frente de enriquecimiento para el asegurado, cual está prohibido para los seguros de daños en el artículo en cita. Es que el siniestro en los seguros de daños, tanto más cuando ellos sean de carácter patrimonial (Art. 1.082 del C. de Co.), invariablemente supone la materialización de un perjuicio

de estirpe económico radicado en cabeza del asegurado, sin el cual no puede pretenderse que el riesgo materia del aterido de voluntades haya tenido lugar y, por ende, que se genere responsabilidad contractual del asegurador. No en vano, en ellos campea con vigor el principio indemnizatorio, de tanta relevancia en la relación asegurativa.” (CSJ SC, 22 jul. 1999, rad. 5065).

2.5. Desde esa específica perspectiva, acaecido el siniestro a merced de la realización del riesgo asegurado⁵, es indispensable por parte del asegurado demostrar -ante el asegurador- su ocurrencia, así como el menoscabo patrimonial irrogado y su cuantía, para que éste, a su turno, correlativamente, proceda a indemnizarle el daño padecido hasta el monto del valor asegurado, sin la interferencia emergente de estipulaciones enderezadas a minar su efectividad o extensión cuantitativa.

2.5.1. Recordemos que la prueba del daño no puede confundirse con la del incumplimiento injustificado, ni éste hace presumir aquél⁶. Premisa a partir de la cual, la Corporación de cierre civil sostuvo, en providencia más reciente, que:

“Por esto, ocurrido el riesgo, el beneficiario del seguro, es decir, el acreedor de la obligación incumplida, debe demostrar frente a un reclamo judicial o extrajudicial, amén de ese hecho, el daño derivado del incumplimiento, así como su cuantía (artículo 1077 del Código de Comercio), pues por tratarse de un seguro que lo rige el principio indemnizatorio (artículo 1088 ibidem), la obligación de resarcir los perjuicios no puede ir más allá del detrimento patrimonial efectivo y realmente causado, el cual puede ser menor de la suma tope asegurada.”⁷

2.6. Precisado lo anterior, debemos empezar definiendo cuál es el siniestro en materia de cumplimiento, dada su relevancia, principalmente, por dos razones: primero, porque es a partir de ese hecho que nace la obligación condicional de la aseguradora y, segundo, porque el siniestro corresponde al punto de partida del término de prescripción.

⁵ Artículo 1054 del Código de Comercio.

⁶ Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Sentencia del 23 de junio de 2010. MP. Marco Antonio Álvarez.

⁷ C.S.J. Sentencia de 24 de julio de 2006. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

2.6.1. Desde el escenario legal, el artículo 1072 del Código de Comercio instituye por siniestro "la realización del riesgo asegurado".

A su turno, desde la jurisprudencia, al respecto la citada colegiatura ha indicado que:

"El riesgo asegurado, de conformidad con el artículo 1054 del Código de Comercio, se define como aquel "suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador." El siniestro, por su parte, es la realización del riesgo asegurado, y, por tanto, "incumbe al asegurado demostrar ante el asegurador la ocurrencia del mismo, el menoscabo patrimonial que le irroga (perjuicio) y su cuantía, para que éste a su turno deba indemnizarle el daño padecido, hasta concurrencia del valor asegurado". En ese orden de ideas, en un contrato de seguro de cumplimiento, el nacimiento de la obligación a cargo del asegurador está subordinado al acaecimiento del evento dañoso previsto por las partes. Por ende, el siniestro constituye el origen de la obligación de pagar las correspondientes indemnizaciones.

El nacimiento de la obligación no puede confundirse con la exigibilidad de la misma. La obligación nace por la realización del riesgo asegurado. La obligación es exigible a partir del momento en que el asegurador está obligado a pagar la indemnización, derivada de la ocurrencia del siniestro. De conformidad con el artículo 1080 del C. de Co., "el asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad. (...)" Por tanto, se concluye que una vez verificado el siniestro, no nace, sino que se consolida el derecho del asegurado a obtener del asegurador el cumplimiento de la prestación, que no es otra que el pago de la correspondiente indemnización."⁸

⁸ Ibidem.



2.6.2. En síntesis, el *riesgo asegurable* es la eventual e incierta insatisfacción de las obligaciones a cargo del deudor -afianzado y tomador del seguro-, y, a su turno, el *siniestro* corresponde a la realización del riesgo asegurado.

Aspecto sobre el que la Sala de Casación Civil, decantando los elementos materia de relevancia en casos como el que ocupa nuestra atención, ha precisado –también– que, i) el objeto del contrato de seguro de cumplimiento es “servir de garantía a los acreedores de obligaciones que tengan venero en el contrato o en la ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado”; ii) el *siniestro* o, lo que es lo mismo, la ocurrencia del riesgo “consiste en el no cumplimiento”, situación en la cual (iii) el “asegurador toma a su cargo hasta por el monto de la suma asegurada, los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación’ amparada”. (C.S.J., SC del 15 de marzo de 1983, reiterada en SC4659 de 3 de abril de 2017 radicación n° 11001-31-03-023-1996-02422-01).

2.7. Partiendo de lo dicho, frente a la excepción de prescripción promovida por la demandada Confianza S.A., se tiene por sentado, entonces, que una vez ocurrido el siniestro, empezará a correr uno de los términos de prescripción de la acción aseguraticia regulados en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Ante lo cual, en este caso es aplicable el lapso de prescripción ordinaria allí contemplado, habida consideración que la intervención de la administración -para constituir o declarar el incumplimiento- implica necesariamente el conocimiento de la demandante sobre la materialización del riesgo, bajo la modalidad subjetiva.

2.7.1. En efecto, dicho precepto establece un plazo de dos (2) años para las acciones derivadas del contrato de seguro, que empezará a contar, en el presente caso, a partir del momento en el que la Financiera de Desarrollo Nacional S.A. tuvo conocimiento del incumplimiento de la contratista THX Energy Sucursal Colombia sobre sus obligaciones contractuales.



Lo anterior, con miras a que i) se declarara por la entidad estatal aquella inobservancia con la expedición de un acto administrativo dotado de todas las características que le son propias, ii) reclamara formalmente ante la aseguradora la efectividad de la póliza constituida y, si es el caso, iii) iniciara la acción legal respectiva.

Precisamente, sobre aquel *interregno* la jurisprudencia del Consejo de Estado, en estudio de ese tipo contratos, explicó lo siguiente:

*"Cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento."*⁹

Posición que fue reiterada en providencia posterior como se expone a continuación:

*"Una de las prerrogativas con las que cuenta la administración en el ejercicio de la actividad contractual es, precisamente, la de declarar por medio de un acto administrativo debidamente motivado la ocurrencia siniestro. (...) Debe tomarse en consideración que esta prerrogativa de la administración no tiene una naturaleza sancionatoria, lo que permite su ejercicio después de terminado el plazo previsto para la ejecución del contrato e incluso después de su liquidación."*¹⁰

2.7.2. Así pues, en el caso de marras, se observa que la administración tuvo conocimiento de las razones del incumplimiento en la fecha de finalización definitiva de la vigencia del contrato, esto es, el 30 de mayo de 2015.

Data a partir de la cual se puede afirmar que la administración sabía de los incumplimientos contractuales de la contratista, máxime que fue en ese

⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. MP. Myriam Guerrero de Escobar. Este pronunciamiento jurisprudencial fue reiterado en fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 19 de agosto de 2009, con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. M.P. Danilo Rojas Betancourt. Expediente 25000-23-26-000-2001-02301-01(29857).

momento cuando la Financiera determinó la inejecución total del objeto convenido y dispuso dar lugar a la iniciación del trámite de liquidación correspondiente.

2.7.3. Ahora bien, se advierte que dentro de la contabilización de los dos (2) años que contempla el artículo 1081 del Código de Comercio ocurrieron distintos actos con virtualidad suficiente para impedir su consumación definitiva.

Ciertamente, la aquí demandante declaró el incumplimiento del contrato –imputable a THX Energy Sucursal Colombia- mediante el acto administrativo adiado 19 de agosto 2015, esto es, con antelación al vencimiento de los dos (2) años que contempla el artículo

En igual sentido, el 9 de noviembre de 2016 la Financiera de Desarrollo Nacional S.A. dio cumplimiento al deber reglado en el artículo 1077 del Código de Comercio, radicando la respectiva *"RECLAMACIÓN FORMAL"*¹¹ ante la aseguradora Confianza S.A. Acto éste último que se erige como el primer requerimiento dirigido a la aquí demandada, que cumple con la suficiencia necesaria para interrumpir el lapso prescriptivo en estudio, amén que el documento que la contiene *"hace referencia a la obligación cuyo pago se solicita, en forma concreta y precisa y contiene la exigencia de que dicho débito sea satisfecho; lo que no se cumple con misivas de carácter general o de tipo informativo"* de conformidad con lo expresado por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá en decisión del 03 de abril de 2019¹².

Determinación que, entre otras cosas, expresó –con apoyo en la doctrina- que, *"(...) no solo se puede interrumpir civilmente la prescripción, en materia de seguros, con la presentación de la demanda, sino también con la presentación de la reclamación respectiva."* (Negrilla fuera del texto original)

¹¹ Folios 240 al 257.

¹² MP. Liana Aida Lizarazo Vaca. Expediente. 11001310301020170037201



Interrupción que ha sido reconocida como viable en sede aseguraticia por el tratadista Andrés Eloy Ordoñez en su obra *"Estudios de Seguros"*¹³; quien –sobre el particular- indicó:

"La tendencia es a considerar que la simple reclamación directa (con o sin determinados requisitos) de la prestación del asegurador por parte del asegurado, es suficiente para interrumpir la prescripción"

Punto por el que es del caso traer a colación lo expuesto por el tratadista Hernán Fabio López en su libro *"Comentarios al Contrato de Seguro"*, quien, sobre la interrupción de la prescripción por el requerimiento a que se refiere el artículo 94 del Código General del Proceso, comentó:

*"Toda reclamación surtida bajo los parámetros del art. 1077 del C. de Co, como está destinada a que la aseguradora pague, además de los efectos que puedan darse de acuerdo con el art. 1053 numeral 3 del C de Co, tiene como consecuencia la de interrumpir los términos de prescripción que estén corriendo, sin que sea menester que en ella se diga que «se requiere» pues esa exigencia formal no surge del inciso final del art. 94 del CGP."*¹⁴

Posición también asumida por el profesor Carlos Ignacio Jaramillo en su obra *"Derecho de Seguros"*, quien abordó el tema del requerimiento escrito consagrado en el artículo 94 en comentario como un hecho que interrumpe la prescripción, al señalar que *"[e]l requerimiento a que se refiere el CGP con efectos de interrupción de la prescripción puede materializarse en la reclamación a que se refiere el art. 1077 del Código de Comercio o en otro documento a condición de que dicho requerimiento sea expresivo -o revelador- del idóneo rompimiento del silencio del acreedor que, en últimas, en lo sustancial, es el que debe tenerse en cuenta más allá de fórmulas sacramentales."*¹⁵

2.7.4. Con fundamento en lo anterior, en la medida en que el escrito radicado ante Confianza S.A. -el 09 de noviembre de 2016- cumple con las

¹³ Editorial Externado. Pág. 323.

¹⁴ Ibídem.

¹⁵ Jaramillo, Carlos. *Derecho de Seguros*, Tomo IV, Teoría General del Contrato y Análisis de Algunos Seguros en Particular". Colombia 2013. Ed. Temis.

exigencias de expresión referidas anteriormente, se tiene por interrumpida en esa fecha la contabilización del término prescriptivo a partir de la presentación de la "RECLAMACIÓN FORMAL" por el incumplimiento contractual de THX Energy Sucursal Colombia.

Situación que genera que el tiempo corrido quede sin efectos y que, en consecuencia, deba volverse a contabilizarse el plazo prescriptivo, tal como lo estipula, para el escenario del requerimiento extrajudicial, el artículo 2536 del Código Civil.

2.7.5. Así las cosas, en virtud de aquella interrupción, aquel lapso tendría lugar vencer el 09 de noviembre de 2018. No obstante, de la lectura de la documental obrante en el expediente, se extrae que la parte actora logró suspender su contabilización con la radicación de solicitud de audiencia de conciliación extrajudicial, formulada el 23 de octubre de 2018 ante Procuraduría General Delegada para aquellos asuntos, en concordancia con lo normado en el artículo 56 de la ley 2220 de 2022.

Suspensión que, en este caso, fue de 1 mes y 11 días, y que, al descontarlas permite entrever que, para la fecha de radicación de la demanda, efectuada el 05 de diciembre de 2018, no se había consumado la prescripción acotada. Máxime que, con la suspensión, el vencimiento del plazo prescriptivo acaecería solo hasta el 20 de diciembre de 2018.

2.7.6. Por lo anterior, sin más, la excepción en estudio no tiene lugar a prosperar, habida cuenta que las dos (2) anualidades dispuestas en el artículo 1081 del Código de Comercio fueron *i)* interrumpidas con la reclamación formal erigida el 09 de noviembre de 2016 y *ii)* suspendidas con la petición de conciliación extrajudicial del 23 de octubre de 2018. Amén que la parte pasiva fue notificada del auto admisorio de la demanda dentro del año que contempla el pluricitado artículo 94 del Código General del Proceso.

Por ello, esa vía de defensa deberá ser negada.

2.8. De otro lado, en lo que atañe a los reparos formulados frente a las pretensiones relativas a la efectividad de las coberturas comprendidas en la póliza de seguro No. CU066803, debe recordarse, inicialmente, que la

garantía de cumplimiento –dentro de contratos estatales como el que ocupa nuestra atención- está conformada por varios amparos que, de acuerdo con el artículo 4.2 del Decreto 4828 de 2008, corresponden *in genere* a los siguientes:

- i) Buen manejo y correcta inversión del anticipo.
- ii) Devolución del pago anticipado.
- iii) Cumplimiento.
- iv) Pago de salarios y prestaciones sociales.
- v) Estabilidad y calidad de la obra
- vi) Calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados.
- vii) Calidad del servicio.

En estricto sentido los mecanismos de garantía son indivisibles, de forma tal que su cobertura se extiende durante toda la vida del acto jurídico contractual, incluso, hasta la etapa de su liquidación y el posterior cumplimiento de las obligaciones derivadas.

2.8.1. En concreto, el artículo 4.2.1. del Decreto 4828 de 2008 prescribe el alcance del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, señalando aquellos eventos o riesgos asegurables que deben encontrarse inmersos en la garantía respectiva; empleando –para el efecto- un lenguaje que no es limitativo en su enumeración, pero sí obligatorio frente a los riesgos indicados, al señalar:

“Buen manejo y correcta inversión del anticipo. El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal contratante, de los perjuicios sufridos con ocasión de i) la no inversión; ii) el uso indebido; y iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, estos deberán tasarse en dinero en el contrato”

En lo que tiene que ver con el concepto denominado anticipo, si bien carece de definición legal, éste ha sido concebido por la jurisprudencia y la



doctrina como un mecanismo de financiación¹⁶ propio de los contratos en los que la remuneración está supeditada a la entrega -total o parcial- de la obra, en virtud del cual el contratante entrega al contratista dinero u otros bienes, con el compromiso de que los utilice para sufragar determinados costos y gastos imprescindibles para la ejecución del encargo.

2.8.2. Teniendo por cierta la dificultad técnica que comporta asumir, genéricamente, la totalidad de los riesgos que amenazan un bien, un patrimonio o una persona, emerge evidente la importancia de que el asegurador determine con minuciosidad aquellos que tomará a su cargo.

Propósito que puede materializarse a través de descripciones afirmativas, o mediante pactos de exclusión, por ejemplo; todo esto en concordancia con la previsión del artículo 1056 del Código de Comercio, que estatuye que *"con las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado"*.

Elemento normativo a partir del cual cumple señalar -desde ya- que no son de recibo aquellos argumentos del extremo pasivo, concernientes a que no se conocía el riesgo asegurado, o que la modificación del objeto contractual le era ajena o no le había sido notificada oportunamente, o que no era su intención asegurar una forma de pagos específica dentro del acuerdo de voluntades, máxime que tales elementos, de bulto, se desvirtúan por completo en el contenido de las certificaciones No. CU0118420, CU0118789 y CU120103, emitidas por la aseguradora Confianza S.A. y que reposan a folios 487 al 490 del expediente.

2.8.3. Más allá de las vicisitudes existentes en la amortización del anticipo, claro es que la apropiación y la incorrecta inversión constituyen riesgos potenciales que, amén de haber sido asegurados en la póliza No. CU066803, amenazan por sendas distintas el patrimonio de la contratante; originándose el interés de transferirlos lícitamente a la aseguradora a través

¹⁶ Cfr. entre otros, CE SCA Sill, 13 sep. 1999, rad. 10.607; CE SCA Sill, 22 jun. 2001, rad. 13436; CE SPC, 8 ago. 2001, rad. AC-10966 y AC-11.274; CE SCA sín, 1º feb. 2014, rad. 31682; CE SCSC, 8 mar. 2017, rad. 2298, y CSJ SP3473-2019, 27 ago.



de la contratación de amparos especiales, que pueden incluirse como coberturas accesorias al seguro de cumplimiento.

Por lo cual, el amparo concerniente al buen manejo y correcta inversión del anticipo, por expreso mandato normativo, se circunscribe, en cuanto a riesgos asegurados, a los elementos referidos anteriormente, mediante la cobertura de una suma asegurada que debe corresponder a la totalidad del anticipo entregado según el artículo 7.2. del Decreto 4828 de 2008, y por el tiempo que transcurra entre el inicio del contrato, la concreción de su posterior liquidación y el cumplimiento de las obligaciones derivadas.

2.8.4. Ahora bien, de acuerdo con el Estatuto General de Contratación Pública y sus normas complementarias, se tiene que el organismo contratante goza de facultades administrativas unilaterales de dirección, control, vigilancia e intervención del contrato estatal.

En desarrollo de esas prerrogativas, la entidad estatal contratante cuenta con las herramientas necesarias para detectar -por sí misma- las anomalías que posiblemente puedan registrarse en relación con la gestión que el contratista desarrolle frente al anticipo entregado, de suerte que, en teoría, no debe ser una problemática desconocida para la administración el que se materialice cualquiera de los riesgos amparados bajo la cobertura del buen manejo y correcta inversión de anticipo. Menos cuando puede contratar a un tercero que coadyuve en la tarea de vigilancia, bajo la modalidad de contrato de interventoría¹⁷, y sobre todo cuando, por virtud de las anotadas facultades, puede, incluso, proceder de manera unilateral declarando ciertos siniestros asegurados a fin de hacer efectiva la garantía única de cumplimiento, como ocurrió en el presente caso.

En efecto, el artículo 86 de la ley 1437 de 2011 faculta, precisamente, declarar los incumplimientos y cuantificar sus perjuicios, previo agotamiento del procedimiento oral y expedito allí previsto. El cual, en el caso de marras, se verifica agotado de manera correcta, conforme lo ratificó la Sección Tercera, Subsección "A", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 12 de diciembre de 2019; determinando que no asistía razón

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C - 037 de 2003. MP. Álvaro Tafur Galvis.



alguna para declarar la nulidad pretendida por la contratista THX Energy Sucursal Colombia del acta de liquidación unilateral erigida por la contratante Financiera de Desarrollo Nacional; máxime que el procedimiento adelantado respetó el debido proceso, se erigió en normas verdaderamente aplicables a aquella problemática, y se basó en el incumplimiento de ésta última.

2.9. En efecto, se reitera, el artículo 4.2.1. del Decreto 4828 de 2008 prescribe el alcance del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, señalando, dentro de los eventos o riesgos asegurables, su: i) no inversión, ii) uso indebido; y iii) la apropiación ilegal de los recursos entregados para la ejecución del contrato.

Frente a lo cual, en el caso bajo estudio se advierte como demostrado que la compañía Confianza S.A. expidió la "PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO" No. CU 066803¹⁸, con vigencia general del 31 de marzo de 2015 al 30 de mayo de 2018, tomada por la empresa THX Energy Sucursal Colombia como contratista en el acuerdo de voluntades No. 069-2013, cuyo objeto fue la *"contratación del muestreo del subsuelo mediante la perforación del pozo estratigráfico profundo ANH-PLATO1-X-P en la cuenca valle inferior del Magdalena, municipio de Nueva Granada, departamento del Magdalena"*, siendo la beneficiaria la Financiera de Desarrollo Nacional S.A.

Póliza en la que, precisamente, se ampararon los siguientes conceptos: i) el cumplimiento del contrato; ii) el anticipo; iii) el pago de salarios y prestaciones sociales; y la iv) calidad del servicio, por un monto de cobertura total de \$105.980.881.927,70.

2.9.1. Según los anexos del contrato de seguro, en el acápite *GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES PARTICULARES*, en lo atinente al *"amparo del anticipo"*, la póliza enuncia que cubre *"los perjuicios sufridos con ocasión del uso o apropiación indebida que el garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregados en calidad de anticipo, (...) en el evento en que se tales dineros o bienes no sean utilizados en la ejecución del contrato."*

¹⁸ Folios 485 al 490.

8

8

Ahora bien, a partir de los documentos de interventoría elaborados con ocasión de los hallazgos existentes frente a la ejecución del contrato No. 69-2013, se tiene que el valor total de las facturas autorizadas para su cancelación por la interventoría y la supervisión técnica de la Agencia Nacional de Hidrocarburos –ANH-, fue de \$134.159'880.754. Las cuales se discriminan de la siguiente manera:

Fecha	Concepto	Factura	Total
3/06/2014	Acta de avance No. 01	FTHX No. 4	\$ 19.208.139.213,00
11/07/2014	Acta de avance No. 02	FTHX No. 10	\$ 19.417.751.844,00
13/08/2014	Acta de avance No. 03	FTHX No. 14	\$ 25.121.756.147,00
19/08/2014	Acta de avance No. 04	FTHX No. 15	\$ 8.155.836.888,00
20/10/2014	Acta de avance No. 05	FTHX No. 19	\$ 13.974.175.354,00
4/11/2014	Acta de avance No. 06	FTHX No. 20	\$ 14.304.474.044,00
4/12/2014	Acta de avance No. 07	FTHX No. 21	\$ 16.019.486.474,00
27/02/2015	Acta de avance No. 08	FTHX No. 27	\$ 3.849.250.120,00
23/02/2015	Acta de avance No. 10	FTHX No. 32	\$ 4.907.481.972,00
10/03/2015	Acta de avance No. 11	FTHX No. 34	\$ 9.201.528.698,00

2.9.2. Como consta en aquel informe de auditoría presentado por la interventora a la Financiera de Desarrollo Nacional S.A., en diversas oportunidades se solicitó a la empresa THX Energy Sucursal Colombia la legalización de los dineros entregados como anticipos. Encontrándose anomalías que evidencian el mal manejo de tales emolumentos como, por ejemplo, gastos facturados por la empresa B&F Services SAS excesivamente superiores a aquellos inicialmente acreditados mensualmente, combustible facturado por la sociedad Entrophy sin soporte alguno y cambios injustificados en el destino del anticipo por Sahara Oil Field Services.

En efecto, entre otros, mediante informe de fecha 26 de junio de 2015, emitido por la sociedad que fungió como interventoría del contrato No. 069 de 2013, denominada Hidrología, Geología Ambiental – HGA, se puso de presente a la entidad estatal contratante los siguientes:

“(…) Durante el desarrollo de la interventoría se observan anomalías, las cuales dejan en evidencia el mal manejo de estos dineros, por ejemplo, la empresa B&F Services SAS lleva una constante de gastos en promedio de mensual facturados de \$170.000.000 y al final presenta una factura de \$1.327.012.160 justificando tres meses y mostrando un aumento del



100% en el suministro de catering mensual; el contratista debería justificar el número de servicios de comida tanto del personal permanente como del visitante. Combustibles gasolina y Diesel (Empresa Entrophy) se le asigna \$2.769.708.510,025 (es decir 3463.213 galones aproximadamente), observando que en las facturas se legalizan estos valores mediante otras actividades y en sus facturas no se evidencia el pago de combustibles. La empresa SAHARA OIL FIELD SERVICES inicia con servicios de bioestratigrafía y termina suministrando herramientas de perforación desvirtuando el contrato inicial y generando cambios en el destino del anticipo”

Irregularidades que se confirman a partir del análisis de los pronunciamientos del personal de la sociedad liquidada THX Energy Sucursal Colombia en los documentos que reposan en el expediente, y en las múltiples facturas de venta aportadas; en donde se observa la ausencia de acreditación suficiente del uso debido de los dineros entregados como anticipo para la ejecución del contrato No 69-2013.

Por lo que se advierte un incumplimiento de tal obligación negocial, como se reconoce, aun en suma inferior, en el dictamen pericial allegado por el extremo pasivo¹⁹.

2.9.3. De otro lado, frente a las irregularidades en la devolución de anticipos, la empresa interventora señaló:

“El contratista THX Energy no justificó la totalidad el anticipo, basados en el plan de manejo del anticipo, autorizado según comunicado THX-PL2014-218 del 5 de abril de 2014; en razón a que en varias oportunidades se solicitó la legalización y/o devolución de los dineros estimados según otrosí No. 01 entre el contratista THX y el subcontratista SAHARA OILFIELD SERVICES S.A.S., el rubro asciende a \$369.744.047, la última fecha para cumplir este requerimiento venció el 30-04-2015.

Igualmente, THX Energy no justificó a satisfacción el valor anticipado al contratista SAHARA OILFIELD SERVICES S.A.S. ya que la interventoría da por no aceptada la factura No. 061, en vista de que en la misma se

¹⁹ Folios 1006 al 1064.



relaciona una cantidad de servicios desproporcionados al personal real que se encontraba en el campo, a la par se describe en el cuerpo de la factura meses que ya habían sido cobrados en factura anterior, como lo detalla la factura No. 35 el valor final no legalizado corresponde a \$1.326.990,05"

2.9.4. En virtud de lo dicho, este Despacho considera que, efectivamente, en el presente asunto se configuró i) el riesgo amparado de *"buen manejo y correcta inversión del anticipo"* contenido en la póliza en mención, y ii) un uso indebido por parte del contratista de los recursos entregados en esa calidad para la ejecución del contrato. Riesgos que estaban claramente previstos dentro de los supuestos asegurables consagrados en el artículo 4.2.1. del Decreto No. 4828 de 2008, que, valga decir, de ninguna manera tuvieron lugar con ocasión al tipo o forma de pagos pactada sobre aquel concepto.

Más aun cuando se está desconociendo el plan de inversión de anticipos informado por THX Energy Sucursal Colombia según la documental obrante a folios. 64 al 67 del plenario.

De ahí que no pueda entenderse, como lo plantea la compañía demandada, que se haya modificado o alterado el estado del riesgo propio del *"buen manejo y correcta inversión del anticipo"*, pues, con independencia de la forma de cancelación de anticipo que fue convenida en el contrato, correspondiente a instalamentos, ésta estaba dispuesta así en el contrato y, dentro de los riesgos propios que rodeaban el giro del anticipo se encontraba su uso irregular. Aspecto sobre el que Confianza S.A. no demuestra haber formulado reparo en la constitución de la póliza sobre aquellos ítems y conceptos.

2.9.5. Así las cosas, al haberse configurado dentro del periodo de vigencia de la póliza el riesgo asegurado de *"buen manejo y correcta inversión del anticipo"*, la entidad demandante se encontraba legalmente facultada para declarar la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión con base en el contrato No. 069 de 2013, haciéndose efectiva, en consecuencia, la póliza de cumplimiento No. CU 066803 respecto

de dicho amparo; que, por disposición legal, ha de tener como cobertura el 100% del monto que el contratista hubiera recibido a título de anticipo.

Teniéndose que, en el caso particular, según informe de la interventora y el contenido del acto acusado, la Financiera de Desarrollo Nacional giró por concepto de anticipo \$40.016'958.434, suma de la cual quedó un saldo por reintegrar de \$1.696.793.825, consistente en \$369.781.665 como *saldo pendiente de legalizar* y \$1.328.012.160 correspondiente a la *factura de venta FVFB No. 61 Servicios de Catering*, conforme lo confirma la entidad de interventoría y lo ratifican, sobre el mismo caso, la Contraloría General de la República en decisión sancionatoria contra THX Energy Sucursal Colombia, aditada 18 de noviembre de 2020, y la Sección Tercera, Subsección "A", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 12 de diciembre de 2019.

2.9.6. Conforme consta en la reclamación efectuada ante la aseguradora (fls. 240 al 26), allí se especifica que a la empresa contratista se le entregó la suma equivalente al 30% del valor del contrato a título de anticipo y que, como soporte de la inversión, tal sociedad allegó la factura de venta No. 61, emitida por Bed & Food Services, por valor de \$1.326'990.035, correspondiente a cobros por la contratación de servicios de catering.

No obstante, dicha factura no fue aceptada por la interventoría HGA por presentar excesivas diferencias con los servicios facturados a lo largo de la ejecución del contrato. Máxime que, como ya se dijo, quedaron por legalizar, en relación con ese anticipo, los gastos por la contratación del proveedor Sahara Oilfield por la suma de \$369.744.047, así como por el contratista Virowa Energy Resources en cuantía de \$37.618.

2.9.7. Así las cosas, estando vigente los riesgos amparados por la póliza de cumplimiento No. CU 066803, entre ellos, el de "*buen manejo y correcta inversión del anticipo*", y como quiera que se estructuró dicho riesgo dentro del periodo de vigencia fijado legalmente, era perfectamente viable que entidad contratante declarara su ocurrencia mediante acto administrativo e hiciera exigible la póliza que lo ampara, como aquí aconteció.



Debiendo tenerse en cuenta que se tratan de dineros del erario, susceptibles de ser reintegrados por la contratista a la administración tal como lo expuso la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 22 de junio de 2001²⁰, expediente No. 13436, al indicar que: "(...) las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública. El pago de dicha suma es un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contrastante hace al contratista para que, a la iniciación de los trabajos, disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores que dispongan para la obra. Siendo esta la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro. (...) [E]l pago de la suma de dineros que las partes convenga a ese título se hace en calidad de préstamo."

Siendo el acto de liquidación el llamado a determinar el ajuste de cuentas y el señalamiento de saldos, como lo señala el doctrinante Luis Guillermo Dávila en su obra *"Régimen jurídico de la Contratación Estatal"*²¹, al reseñar: *"La liquidación del contrato tiene como propósito hacer un ajuste final de cuentas y de finiquitar el negocio mediante el reconocimiento de saldos a favor de alguna de las partes o de declararse a paz y salvo, según el caso."*

Situación que permite negar las excepciones de *inexistencia del siniestro relativa al amparo de anticipo* e *incumplimiento del deber de mitigación de los daños propios*.

2.10. Ahora bien, frente al reparo erigido sobre el presunto no enteramiento a la demandada de una *"modificación del estado del riesgo"*, cumple señalar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 1058 del Código de Comercio, dentro de las obligaciones del tomador de un seguro se encuentra la de declarar el estado del riesgo al momento de suscribir el contrato, para lo cual debe señalar los hechos o circunstancias que lo determinan, sin incurrir en inexactitudes.

²⁰ MP. Ricardo Hoyos Duque.

²¹ Dávila Vinuesa, Régimen jurídico de la Contratación Estatal. Editorial Legis.



En el tal contexto, es dable reiterar que, en materia de contratación estatal, el riesgo que debe amparar el contrato de seguro lo determina –de manera unilateral- la entidad estatal contratante, con sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias que rigen la materia, sin que su alcance pueda ser libre y voluntariamente convenido entre el contratista particular y la aseguradora.

Por lo anterior, no se verifica que la accionante haya omitido dar cumplimiento a alguno de los deberes previsto en el artículo 1060 del Código de Comercio, amén que no se advierte la presencia de modificación en el estado del riesgo, ni es dable declarar operante aquella excepción.

Inoperancia que debe entenderse extendida al deber de mitigación de los daños propios, habida cuenta que tal excepción se fundamentó en iguales supuestos a los ya decantados.

2.11. De otro lado, en lo que tiene que ver con las excepciones denominadas, “[a]usencia de cobertura en lo relativo al reintegro de productos no entregados” e “[i]nexistencia de siniestro en relación con las obligaciones de obtención de estudios bioestratigráficos”, para resolver tales vías de defensa, es dable poner de presente los siguientes elementos relevantes del contrato No. 69-2013:

- El objeto inicial consistió en *“La contratación de muestreo del subsuelo mediante la perforación del pozo estratigráfico profundo ANH-PLATO-1-X-P en la cuenca valle inferior del Magdalena, municipio de Nueva Granada, departamento del Magdalena, con recuperación de muestras y toma de registros”*. El cual fue modificado a través del otrosí No. 2, sustituyendo, en el ANEXO DE ESPECIFICACIONES TÉCNICAS, la actividad de corazonamiento por la de ejecución de análisis bioestratigráficos y químicos.
- Tal alteración del objeto se originó con el Acta No. 021, relativa al seguimiento del contrato Pozo ANH-PLATO-1-X-XP, en la que la interventoría advirtió lo siguiente: *“No hay pozos de referente (ceranos al perforado, con profundidades superiores a 12.000 pies y geometría*

100

100

similar) que permitan predecir una ROP para la perforación o corazonamiento de manera precisa a la realidad del pozo. Ello denota una incertidumbre o alea de gran entidad en la ejecución del contrato.”

- Adicionalmente, por medio del *otrosí* No. 3 del 13 de febrero de 2015 se incluyó la *“perforación del POZO ANH-PLATO-1-X-P desde 21.000’ hasta 23.000”*
- El plazo inicial de ejecución correspondía al siguiente: Doce (12) meses contados desde el 03 de febrero de 2014, prorrogado mediante el *otrosí* No. 4 del 31 de marzo de 2015 hasta el 30 de mayo de igual anualidad, inclusive.
- El valor del contrato se fijó en la suma de \$136.467’845.326,06, incluido IVA; distribuido entre costo global del proyecto de \$133.389’861.445,25 y hasta máximo \$3.077’983.880,81 para la ejecución y administración del Plan de Manejo Ambiental, el Plan de Manejo Social y el Plan de Beneficios a las Comunidades. Monto que fue aumentado a \$186.754’067.126,06, integrando \$50.286’221.800 correspondiente al valor de la perforación adicional, sujeto esto último a la retención del 10% establecida en la cláusula séptima del contrato.
- Dentro del *otrosí* No. 3 del 13 de febrero de 2015, además de la modificación del objeto del contrato, se determinó como obligación del contratista *“reintegrar a la FINANCIERA el valor del corazonamiento no ejecutado que certifique la interventoría con visto bueno de la supervisión técnica ejercida por la ANH”*, previa certificación de la interventoría.
- Igualmente se estipuló que, *“[s]i el contratista no reintegra el valor del corazonamiento no ejecutado dentro del plazo establecido, autoriza a la FINANCIERA a descontar el mismo de cualquier valor que se le adeude”*
- De conformidad con lo establecido en la cláusula segunda del *otrosí* No. 4 del 31 de marzo de 2015, el contratista modificó las garantías exigidas, estableciéndose dentro de la póliza de seguro extendida por

100

100

la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (CONFIANZA) –en definitiva- las siguientes:

Póliza	Amparo	Vigencia		Valor asegurado
		Desde	Hasta	
CU066803	Cumplimiento	31/03/2015	30/09/2015	\$ 18.675.406.712,61
	Anticipo	31/03/2015	6/06/2015	\$ 40.016.958.433,58
	Calidad de servicio	31/03/2015	30/09/2015	\$ 37.350.813.425,21
	Salarios y prestaciones sociales	31/03/2015	30/05/2018	\$ 9.337.703.356,30
Tomador: THX ENERGY SUCURSAL COLOMBIA		Beneficiario: FDN		

Igualmente, se advierte, tal como lo expone el extremo accionante, que, por concepto de costos reembolsables objeto de facturación, fueron cancelados los siguientes rubros:

Fecha	Concepto	Factura	Total
1/10/2014	Costos reembolsables	CC No. 001	\$ 155.641.578,00
11/11/2014	Costos reembolsables	CC No. 002	\$ 76.278.100,00
14/11/2014	Costos reembolsables	CC No. 003	\$ 312.150.535,00
4/12/2014	Costos reembolsables	CC No. 004	\$ 114.830.573,00
5/01/2015	Costos reembolsables	CC No. 005	\$ 379.853.374,00
2/02/2015	Costos reembolsables	CC No. 006	\$ 88.838.882,00
18/02/2015	Costos reembolsables	CC No. 007	\$ 85.329.255,00
2/03/2015	Costos reembolsables	CC No. 008	\$ 237.210.364,00
13/03/2015	Costos reembolsables	CC No. 009	\$ 418.282.695,00
5/05/2015	Costos reembolsables	CC No. 010	\$ 163.363.446,00
5/05/2015	Costos reembolsables	CC No. 011	\$ 502.700.000,00
TOTAL PAGADO COSTOS REEMBOLSABLES			\$ 2.534.478.802,00
1/07/2015	PENDIENTE DE PAGO COSTOS REEMBOLSABLES		\$ 423.892.423,00

2.11.1. A partir del estudio de los medios documentales obtenidos como prueba, así como de las declaraciones recibidas en las audiencias evacuadas por el Juzgado, se enuncian como hallazgos constitutivos de incumplimiento de la contratista al acuerdo de voluntades No. 69-2013, además de los descritos anteriormente, en general, los siguientes:

- *Faltan por legalizar en bases contables la suma de \$369.781.665.*
- *Faltan por reintegrar los rendimientos financieros correspondientes a la FDN.*



- *THX Energy presenta un incumplimiento en la entrega de las cantidades de análisis a la cual se comprometió en el otrosí No. 2.*

Por lo anterior, la empresa interventora recomendó a la Financiera de Desarrollo Nacional S.A. declarar el incumplimiento del contrato, no solo por la causal denominada *"BUEN USO A LOS DINEROS ENTREGADOS EN CALIDAD DE ANTICIPO"*, sino también por aquella identificada como *"INCUMPLIMIENTO CON LO EXIGIDO EN EL CONTRATO DENTRO DEL PLAZO QUE LA ENTIDAD HA ESTIMADO COMO SUFICIENTE PARA AMPARAR LA EJECUCIÓN DE LAS LABORES"*, según el pliego de condiciones definitivo en su acápite de análisis de riesgos, para efectos de hacer uso de las garantías que aseguran esos criterios.

2.11.2. Tales elementos fueron ampliamente descritos en el informe final de ejecución de interventoría administrativa y financiera (fls. 187 al 189), y dieron lugar a la celebración de la audiencia declaratoria de incumplimiento contractual referente al contrato No. 069-2013, llevada a cabo entre el 6 de julio de 2015 y el 19 de agosto del mismo año. (Fls. 194 al 206 y 209 al 218) Data ésta última en la que se declaró -por parte de la contratante- que no fueron desvirtuados por el personal de la contratista las manifestaciones de incumplimiento formuladas por la empresa interventora.

Ya para el 14 de julio de igual anualidad, la empresa interventora indicó que, por parte de la contratista, dado su incumplimiento, debía efectuar i) una devolución de \$10.587.194.284,34 por concepto de *no corazonamiento*; y ii) \$2.262.646.978,67 relativo a *registros de pozo no tomados*; siendo la suma de esas cifras el componente de productos no entregados por ese ítem (Fls. 207 y 208).

Si bien el valor estimado de devolución por no corazonamiento es distinto de aquel que se especificó -inicialmente- en el otrosí No. 2, dicha cifra estaba sujeta a lo referido en el Anexo No. 3 que indica que *"El CONTRATISTA deberá reintegrar a la FINANCIERA el valor del corazonamiento no ejecutado que certifique la interventoría con visto bueno de la supervisión técnica ejercidas por la ANH. Una vez se cuente con la certificación de la interventoría, la FINANCIERA remitirá comunicación al contratista, la cual indicará el valor a reintegrar y el plazo para hacerlo"*. Por



lo que su cuantificación, como es apenas lógico, era apenas tentativa para la fecha en la que se determinó el cambio del objeto contractual y solo tendría lugar a definirse una vez se liquidara el contrato, como en efecto ocurrió.

Situación que se soporta de manera suficiente con el dictamen pericial allegado por el extremo activo, en el cual se identifica con detalle, a partir de bases técnicas y científicas, la relación de costos que tendría el proyecto inicial, la cuantificación de estos al momento de alterar el objeto contractual y la diferencia de valores entre los gastos incurridos al efectuar una u otra actividad. Siendo menores en el escenario de toma de muestras, como allí se describe.

2.11.3. Por tal motivo, de manera correcta se declaró unilateralmente - por parte de la Financiera de Desarrollo Nacional- la liquidación del contrato No. 069-2013 Convenio FDN-ANH01 de 2007 celebrado entre tal entidad y la empresa THX Energy Sucursal Colombia en liquidación judicial, a través de Acta del 19 de agosto de 2015 (Fls. 2019 al 234). Oportunidad en la que, entre otros aspectos, se determinó que la contratista adeuda a la Financiera la suma de \$15.716'660.200,20 por concepto de afectaciones económicas derivadas del incumplimiento del objeto y las obligaciones del contrato, discriminados de la siguiente forma:

- i) Por afectaciones patrimoniales derivadas de la no entrega de productos la suma de \$12.849.841.247,01; discriminados así: i) operación de taladro y componentes en cuantía de \$8.889'376.402,59; ii) remanente del servicio de corazonamiento por valor de \$1.697'817.865,75; iii) registros eléctricos no tomados \$2.262'646.978, 67 y,
- ii) Por afectaciones patrimoniales generados por incumplimiento en la ejecución de contrato, consistente en no obtención de productos esperados a partir de los estudios bioestratigráficos, el monto de \$2'866.818.953,19.

Precisamente a partir de lo anterior, en armonía con lo decantado en el dictamen pericial elaborado a expensas del extremo activo, en relación con la ejecución de la obra, el Acta de Liquidación Unilateral determinó como



factores de incumplimiento, debidamente soportados en los documentos y las declaraciones obtenidas en el proceso, los siguientes:

DESCRIPCIÓN	Cantidad según balance final	Ejec. Obra	OBSERVACIONES
Profundización de 21,000' MD hts 23,000' MED 2,000' de hueco	713'	36,35%	La tubería se pegó a 21,713' MD logrando una profundización de 713'.
Corazonar 1,200' de formación y obtener como mínimo el 90% de recobro de núcleos de roca, de acuerdo a las especificaciones técnicas del anexo 1.	270'	22%	Se suspendió el corazonamiento por solicitud del contratista y aprobación de la ANH. Se corazonó el intervalo 3074' - 3344' MD, cortando 270' de roca. Se recuperaron 240,24' de núcleos de 4' de diámetro. Factor de recobro de 88,98%
Correr e interpretar registros de pozo (eléctricos) en la totalidad del pozo, es decir desde 0' hasta 21,000' MD. Listado de registros Anexo Técnico No. 1. Registros de 21,000' a 23,000' MD según profundización.	1	67%	No se corrieron registros VSP ni registros programados de 18720' MD hasta 21,000' MD. No se corrieron registros desde 21,000' hasta 21,713' MD. En las secciones registradas algunos registros no fueron tomados. Las herramientas fallaron. La interventoría no recibió copia de registros fase IV.
Análisis bioestratigráficos, geoquímicos y petrofísicos en los núcleos en reemplazo de corazonamiento.	1	0%	Se cambió el corazonamiento por análisis bioestratigráficos y geoquímicos según otrosí No. 2 y 3. Total muestras 3050. El valor de estos análisis se pagará con el monto del servicio de corazonamiento. Pendiente recibir de los laboratorios los resultados de los análisis.
Elaborar y ejecutar el Plan de Manejo Ambiental con los términos de referencia establecidos por el MMA y DS, y obtener los permisos ambientales requeridos por la legislación ambiental colombiana ante CORPAMAG y los que sean necesarios para llevar a cabo la perforación del pozo.	1	95%	Quedaron pendientes aproximadamente 40 cargas de THX; sin cerrar las piscinas 2, 3 y 4, y pendientes de resultados de análisis para cierre. Acta de entrega de HGA a ANH del día 22 de mayo de 2015 con faltantes. Pendientes certificados de residuos sólidos de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2014, enero y marzo de 2015. Completar balance de materiales de la etapa de perforación con corte a 21 de marzo. Balance hídrico del 21 de marzo al 22 de mayo de 2015.
Diseño, reparación y/o mantenimiento de la vía de acceso desde el sitio. La Gloria, departamento del Magdalena, hasta la plataforma o localización del proyecto (aproximadamente 19 km), con el fin de facilitar el acceso del equipo de perforación y la maquinaria necesaria para desarrollar las diferentes actividades en forma segura.	1	80%	La vía se reparó para facilitar el acceso a la localización del pozo, se mantuvo durante el tiempo de perforación. Falta inspección final de la vía y luego reparación, dependiendo del acta de la inspección, Falta acta de recibo a satisfacción de la Alcaldía correspondiente.



2.11.4. En suma, tal como se corrobora en el material probatorio recaudado, la interventoría y la supervisión técnica de la Agencia Nacional de Hidrocarburos sobre el contrato determinaron que "(...) la CONTRATISTA no cumplió con el objeto contrato en el plazo establecido".

Si bien, mediante comunicaciones No. 20153100006901 del 8 de mayo de 2015 y No. 20153100007971 del 22 de mayo de 2015, la Financiera, en observancia de lo establecido en el artículo 86 de la ley 1437 de 2011, solicitó a la contratista enviar la documentación demostrativa de la observancia de las obligaciones señaladas como incumplidas, tal sociedad no aportó los instrumentos requeridos, ni emprendió las subsanaciones y/o aclaraciones del caso.

Ante lo cual se advierte que, a pesar de que el personal de la contratista acudió e hizo parte de la audiencia de declaratoria de incumplimiento, iniciada el 06 de julio de 2015, tal sociedad tampoco logró desvirtuar en esa instancia la inobservancia de sus deberes contractuales.

Por el contrario, aquellos sujetos pertenecientes a la empresa THX Energy Sucursal Colombia reconocieron en dicha diligencia la falta de cumplimiento de sus deberes contractuales ante la entidad demandante; quienes, incluso, propusieron el otorgamiento a su favor de un plazo adicional para el efecto, sin que fuese deber de la accionante aceptar tal pedimento, en tanto no comportaba una medida efectiva para mitigar los daños ya acaecidos.

En ese entendido, en concordancia con lo resuelto ya –sobre las mismas partes– por la Sección Tercera, Subsección "A", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 12 de diciembre de 2019, y por la Contraloría General de la República en decisión sancionatoria emitida contra THX Energy Sucursal Colombia adiada 18 de noviembre de 2020, se tiene como demostrada la inobservancia de esa sociedad a las cláusulas primera, segunda, tercera y los numerales 2, 5, 6, 9, 16, 17, 18, 20, 23 y 26 del acápite de obligaciones generales. Incumplimientos que son imputables, única y exclusivamente, a la empresa contratista.



Los cuales, de contera, determinan el interés legítimo en la demandante para invocar su reparación y la necesidad reconocer aquellas afectaciones patrimoniales que fueron –verdaderamente- causadas a la entidad contratante, imputables a la empresa contratista; teniendo en consideración que lo que se está alegando como causa del perjuicio no es el cambio del objeto contractual, sino la inobservancia de la contratista frente a lo pactado.

2.12. Sumas que serán objeto de condena

2.12.1. Así pues, en este caso se tiene como demostrado, en lo que tiene que ver con el concepto de *amparo de anticipo*, que estos ascienden a la suma de \$1.696'793.825, conforme se acreditó ampliamente a través de los distintos informes de interventoría comunicados en la ejecución del contrato No. 69-2013, y no desvirtuados por el extremo pasivo.

Máxime que el dictamen pericial allegado por dicha parte resulta insuficiente por carecer de fundamentación suficiente en ese sentido, en el entendido de que lo aquí se persigue no es netamente la devolución del anticipo, sino el reconocimiento de los daños causados por la contratista en el uso y manejo indebido de tales emolumentos.

2.12.2. Por concepto de *amparo de cumplimiento*, es dable señalar, inicialmente, que la cifra pretendida por el extremo activo difiere de aquella que fue expuesta por los peritos Juan Guarín y Tomás de la Calle Botero en el trabajo pericial obrante a folios 1286 al 1364.

Además, si bien, según comunicación No. 20157130019362 del 15 de julio de 2015, emitida por la interventoría, el valor a reintegrar por parte de la sociedad contratista, por concepto de registros y análisis no realizados, ascendía a \$12.849.841.247,01, discriminados así: i) \$10.587'194.268,34 por no entregar 930 pies de núcleos o corazones, y ii) \$2.262'646.978,67 relativos a registros de pozo (Eléctricos) no tomados²², esta última cifra no tiene lugar a ser indemnizada por la ausencia de pruebas que justifiquen esa exacción.

²² Acta de Liquidación Unilateral del Contrato No. 069-2013, visible a folios 219 al 234.



En efecto, no cabe duda que frente al monto de \$10.587'194.268,34 se encuentra demostrada la inobservancia de THX Energy Sucursal Colombia a sus deberes negociales y la efectiva configuración de la afectación patrimonial frente a la *no entrega de 930 pies de núcleos o corazones* conforme se explicó, anteriormente, en lo que atañe al concepto de *registros de pozo (Eléctricos)*.

Sin embargo, sobre la suma de \$2.262'646.978,67 es dable poner de manifiesto que las tomas en comento, según los informes periciales y las exposiciones de las partes en audiencia, no lograron ser recaudadas por la "pega de tubería" a 21,713 MD, esto es, por un hecho difícilmente previsible y generado, con grado de probabilidad, por el cambio del objeto contractual.

Por lo cual, en tanto no es posible determinar con certeza, conforme se explicó anteriormente, que lo anterior corresponda a un incumplimiento de THX Energy Sucursal Colombia, debe excluirse el rubro invocado sobre el particular, máxime que, según lo refirió el dictamen pericial obrante a folios 1006 y ss., varios *sets de muestras en terreno* si fueron tomados por la contratista, y se encuentran en los laboratorios correspondientes para los análisis del caso.

Vía de demostración que, en estricto sentido, indica lo siguiente: "*La Financiera de Desarrollo Nacional (FDN) no tendría que realizar ni contratar nuevamente todo el servicio de los estudios bioestratigráficos, dado que estos ya fueron contratados en su momento por THX, con las empresas Génesis Consultoría en Geología S.A.S. y Sahara Oilfield Services S.A.S. (...). Estaría pendiente el pago de \$1.781.208.867 a estos dos proveedores (Sahara \$846.992.867 y Génesis \$934.216.000) para proceder con la entrega de los resultados (...)*".

En ese contexto, aquella suma relativa a *registros eléctricos no tomados* no se estima procedente para ser resarcida, habida cuenta que la misma no constituye un perjuicio, ni mucho menos genera una afectación patrimonial en la contratante imputable a la contratista.



2.12.3. Ahora bien, por parte de la interventoría y la Financiera se cuantificó como perjuicio derivado del incumplimiento del contratista, el siguiente: \$2.866'818.953,19²³ por la no obtención de los productos esperados del nuevo objeto contractual, de conformidad con la cláusula primera del Contrato 069-2013;. Valor respaldado en los anexos de dicha acta de liquidación unilateral.

A partir de esa invocación, se reitera, el liquidador de la empresa THX reconoció -de manera expresa- el incumplimiento de las obligaciones contractuales de su representada, quien en comunicación No. 20157130019312 del 15 de julio de 2015 realizó una propuesta a la FDN para continuar con la ejecución del contrato, a efectos de **hacer entrega de los productos que, a esa fecha, no habían sido efectuados**. La cual no pudo ser aceptada, por las razones expuestas en el comunicado No. 20153100011651 del 4 de agosto de 2015.

En ese entendido, amén de los hallazgos especificados detalladamente líneas atrás, es claro el incumplimiento de la contratista sobre el particular. Más aun cuando en la respuesta erigida por el ente societario liquidado -frente a las comunicaciones No. 20153100010191 y 20153100010451- se reconoce que no se presentó copia de la factura de Sahara No. SOS000976 a fin de legalizar el anticipo; seguido a que se asiente en que, por el estado de liquidación de THX, las subcontratistas suspendieron la continuidad de los estudios bioestratigráficos y químicos, y no se generaron los entregables de esos análisis.

Criterios por los que serán negadas las excepciones en comento, denominadas "[a]usencia de cobertura en lo relativo al reintegro de productos no entregados" e "[i]nexistencia de siniestro en relación con las obligaciones de obtención de estudios bioestratigráficos".

²³ Folio 236.



2.13. Sobre la responsabilidad de asumir el siniestro frente al llamamiento en garantía

2.13.1. En lo que tiene que ver con el llamamiento en garantía enervado sobre la contratista THX Energy Sucursal Colombia, debe advertirse que tal acto de convocación, en el presente caso, no está llamado a prosperar, habida cuenta que quien lo dirige no cuenta con una relación contractual de la que se origine un deber de garante en la empresa contratista sobre los actos de Confianza S.A.

Es, al contrario. Quien debe responder, en sede aseguraticia, por los perjuicios ocasionados por los actos de THX Energy Sucursal Colombia, frente al contrato No. 69-2013, es la aseguradora que fue demandada directa en este asunto, hasta la suma constituida en la póliza No. CU066803, de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, según el cual: *"[e]l asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1074"*

Si asiste algún derecho en Confianza S.A. sobre la sociedad liquidada THX Energy Sucursal Colombia es el de subrogación reglado en el artículo 1096 *ibídem*, el cual solo surge, por ministerio de la ley, cuando el asegurador pague efectivamente a la beneficiaria la indemnización reclamada o la que es condenada. Lo cual, no ha ocurrido en este caso, ni tiene lugar a ser resuelto en esta oportunidad, máxime que la acción de subrogación es independiente del mecanismo de responsabilidad contractual que ocupa nuestra atención.

Debiendo la aseguradora asumir los riesgos amparados en favor de la Financiera de Desarrollo Nacional S.A. en virtud del citado acuerdo voluntades.

2.13.2. Téngase en cuenta que, de conformidad con la legislación comercial aplicable, las compañías de seguros autorizadas para operar en Colombia tienen como regla general la facultad que les asiste de seleccionar los riesgos que deseen asumir de acuerdo con su experiencia y capacidad técnica y económica. Así, el artículo 1056 del Estatuto Mercantil contempla

111

111

que el *"asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurada."*

La contrapartida de esa autonomía para delimitar el riesgo en el contrato de seguro y decidir si se emite o no la póliza de seguro, no puede ser otra que la carga de la compañía de seguros de evaluar y definir en forma completa y clara las condiciones del riesgo, para minimizar su exposición y prestar un adecuado servicio de aseguramiento.

Por lo anterior, delimitado el riesgo por la propia compañía de seguros y expedida la póliza correspondiente, la aseguradora tendrá la consecuente obligación de responder por el siniestro en los términos de la póliza de seguro otorgada, es decir que, como consecuencia de su decisión voluntaria y libre y de la expedición de la póliza, se le impone el deber imperante de indemnizar al asegurado mediante el pago de las sumas estipuladas, sin que le sea permitido entrar a redefinir unilateralmente el riesgo amparado o recortar el alcance de su cobertura y con fundamento en interpretaciones acerca de la naturaleza o alcance del amparo o invocar término y condiciones que no fueron expresados en la póliza.

2.13.3. Tratándose de seguros de manejo o de cumplimiento, la compañía aseguradora por el hecho de pagar el siniestro se subroga en los derechos de la entidad asegurada contra el contratista cuyo cumplimiento estaba garantizado, con todos sus privilegios y accesorios, según lo dispone el numeral 3° del artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Por lo cual, se deduce –también– la carga de la compañía aseguradora en el conocimiento y evaluación del sujeto asegurado y del objeto del seguro, estableciendo mecanismos de contragarantía o recuperación en caso de que la compañía aseguradora se vea en la obligación de pagar la indemnización²⁴.

2.13.4. En esos términos, en la medida en que se encuentra acreditada la ocurrencia del siniestro y de los perjuicios pretendidos en la reforma de la demanda, es dable condenar a la sociedad demandada, en su condición de aseguradora del contrato No. 69-2013 suscrito entre la Financiera de

²⁴ SC3893-2020. MP. LUIS ALONSO RICO PUERTA. 19 de octubre de 2020.



Desarrollo Nacional S.A. y la ya liquidada THX Energy Sucursal Colombia, a cancelar a la accionante i) la suma de \$1.696.793.825 por concepto de "reclamación por amparo de anticipo" y ii) el monto de \$13.454.013.221.5 relativo a "reclamación por amparo de cumplimiento".

Valores que se encuentran cubiertos por los máximos asegurados en la póliza de seguro de cumplimiento No. CU066803 y no riñen, de forma alguna, con la determinación adoptada en su momento, en sede de responsabilidad fiscal, por la Contraloría General de la República con ocasión al incumplimiento de THX Energy Sucursal Colombia, habida cuenta que el valor y el concepto por el cual allí se emitió sanción, en cuantía de \$19.240.100.661,47, son distintos de los acabados de anotar, amén que no ha sido cancelado aún. Elemento que derivó, vale dejar de presente, en la exclusión de varias de las pretensiones inicialmente erigidas en esta acción, como se desprende del nuevo libelo introductor obrante a folios 1138 al 1201 de este paginario.

2.13.4. Sumas sobre las cuales tendrán lugar a causarse intereses moratorios a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera, a partir del mes siguiente a la data de liquidación del contrato en virtud de lo establecido en el numeral 3° del artículo 1053 del Código de Comercio, siguiendo lo expuesto por el tratadista Hernán Fabio López Blanco en su libro *Comentarios al Contrato de Seguro*²⁵, quien, sobre el particular, expuso:

"[d]ichos intereses se deben no desde la fecha de la presentación de la reclamación no tampoco a partir de la ejecutoria de la sentencia, sino vencido el plazo con el que contaba para el pago, usualmente el del mes luego de la mencionada reclamación, ya que fue a partir de ese momento cuando el asegurador entró en mora."

2.14. En conclusión, se dispondrá i) declarar civil y contractualmente responsable a la empresa contratista THX Energy en liquidación por la inobservancia sus deberes convencionales ante la Financiera de Desarrollo Nacional S.A., y ii) se condenará a la accionada directa Compañía

²⁵ López Blanco, Hernán Fabio. *Comentarios al Contrato de Seguro*. Sexta edición. Dupre Editores. 2014. Págs. 423-424.



Aseguradora de Fianzas Confianza S.A. a cancelar los perjuicios acaecidos ante tal incumplimiento, relacionados con la *reclamación por amparo de anticipo* y con aquellos tenidos como demostrados frente al *amparo de cumplimiento*.

Lo anterior, sin mediar pronunciamiento sobre las excepciones denominadas "*inexistencia de siniestro en relación con el pago del último 10% del valor contractual*" e "*inexistencia de siniestro en relación con las obligaciones ambientales*", en razón a que las pretensiones sobre las cuales fueron erigidas se excluyeron en el libelo que reformó la demanda.

2.15. Aunado a lo anterior, teniendo en cuenta la inoperancia de las excepciones formuladas, se dispondrá condenar en costas a ésta última en su condición de única opositora, atendiendo lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar las excepciones de mérito formuladas por la accionada **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA S.A.**, denominadas "*prescripción de la acción derivada del contrato de seguro*", "*notificación de la modificación del estado del riesgo a la aseguradora*", "*ausencia de cobertura en lo relativo al reintegro de productos no entregados*", "*inexistencia del siniestro relativa al amparo de anticipo*", "*incumplimiento del deber de mitigación de los daños propios*", "*falta de interés en la pretensión, en atención a la existencia de un proceso de responsabilidad fiscal por los mismos hechos*" e "*imposibilidad de causación de intereses de mora*" e "*inexistencia de siniestro en relación con las obligaciones de obtención de estudios bioestratigráficos*", en consideración de las razones expuestas anteriormente.

SEGUNDO: Declarar responsable civil y contractualmente responsable a la sociedad contratista **THX ENERGY SUCURSAL COLOMBIA** por los daños ocasionados a la demandante **FINANCIERA DE DESARROLLO NACIONAL S.A.**, en atención al incumplimiento de las cláusulas primera, segunda, tercera y los numerales 2, 5, 6, 9, 16, 17, 18, 20, 23 y 26 del acápite de obligaciones generales del contrato No. 69-2013.

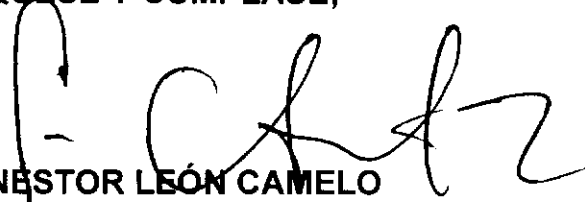
TERCERO: En consecuencia y en virtud de lo convenido en la póliza de seguro de cumplimiento No. CU066803, se **CONDENA** a la aseguradora **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA S.A.** a cancelar a la demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, exclusivamente, los siguientes valores y conceptos:

- Por concepto de *amparo de anticipo*, la suma de \$1.696.793.825. más los intereses moratorios causados sobre aquella suma desde el 19 de septiembre de 2015, a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera.
- Por concepto de *amparo de cumplimiento*, la suma \$13.454.013.221.5; más los intereses moratorios causados sobre aquella suma, desde el 19 de septiembre de 2015, a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera.

CUARTO: Negar el reconocimiento de la suma pretendida por concepto de "*productos no entregados por concepto de registros electrónicos no tomados*", por los motivos expuestos en la parte considerativa.

QUINTO: Condenar en costas a la demandada **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA S.A.**, en cuantía del 70%. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$47'000.000.

COPÍESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


NESTOR LEÓN CAMELO
JUEZ



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Veintecho Civil
del Circuito de Bogotá D.C.

Sentencia
El anterior ~~auto~~ se Notifico por Estado

No. 038 Fecha 14 JUN 2023

El Secretario(a),