

Tribunal Arbitral

de

Constructora Ariguani S.A.S. en Reorganización

contra

SBS Seguros Colombia S.A.

Con la intervención de

Conalvías Construcciones S.A.S. en Liquidación Judicial

como litisconsorte necesario

(Rad. 15522)

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **Constructora Ariguani S.A.S. en Reorganización** (en adelante la demandante, la convocante o Ariguani) contra **SBS Seguros Colombia S.A.** (en adelante la demandada, la convocada, la aseguradora o SBS), con la intervención de **Conalvías Construcciones S.A.S. en Liquidación Judicial** como litisconsorte necesario (en adelante el litisconsorte o Conalvías), después de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, profiere el presente laudo por virtud del cual decide conforme a Derecho el conflicto planteado en la demanda arbitral, la demanda de reconvencción y sus correspondientes contestaciones.

I. ANTECEDENTES Y CONTENIDO DEL LITIGIO

1. PARTES Y REPRESENTANTES

1.1. Parte demandante y demandada en reconvención

Constructora Ariguaní S.A.S. en Reorganización, con domicilio en Bogotá, constituida mediante documento privado del 24 de octubre de 2011, representada al momento de presentar la demanda por el señor **Marco Tentorio**, en su condición de representante legal, según consta en el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente.

En este trámite arbitral la parte demandante ha sido representada judicialmente por el abogado **Daniel Posse Velásquez** de acuerdo con el poder visible a folio 45 del Cuaderno Principal No. 1, a quien se le reconoció personería mediante Auto No. 1 de fecha 25 de julio de 2018 (Acta No. 1).

1.2. Parte demandada y demandante en reconvención

SBS Seguros Colombia S.A. (antes AIG seguros Colombia S.A. y Chartis Seguros Colombia S.A.), sociedad anónima constituida mediante escritura pública No. 1647 otorgada en la Notaría 11 de Bogotá el 6 de julio de 1973, con domicilio principal en Bogotá D.C.

En el presente trámite arbitral, la sociedad ha estado representada judicialmente por el doctor **Santiago Lozano Atuesta**, apoderado según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá¹. La personería le fue reconocida por el Tribunal mediante Auto No. 1 de fecha 25 de julio de 2018 (Acta No. 1).

1.3. Litisconsorte Necesario

Conalvías Construcciones S.A.S. en Liquidación Judicial, sociedad comercial con domicilio principal en la ciudad de Cali, representada legalmente por la señora **María Cristina Ladino Delgado** según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cali.

¹ Folio 102 del C. Principal No. 1.

En este trámite arbitral Conalvías ha estado representada judicialmente por el abogado **Luis Hernando Gallo Medina**, de acuerdo con el poder que obra en el expediente, a quien se le reconoció personería mediante Auto No. 5 de fecha 7 de noviembre de 2018 (Acta No. 4).

2. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente arbitramento está contenido en la cláusula compromisoria contenida en la Nota 3 de los Anexos 0 y 5 de la Póliza de Cumplimiento para Particulares No. 1000012 – 1000013² expedida por Chartis Seguros Colombia S.A. hoy SBS Seguros Colombia S.A. el 7 de abril de 2012 con vigencia a partir del 12 de abril de 2012, cláusula que a la letra dispone³:

“NOTA 3: LA PRESENTE PÓLIZA AMPARA LA CLÁUSULA ARBITRAL PARA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN CASO DE PRESENTARSE CONTROVERSIAS DERIVADAS O CON OCASIÓN (SIC LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO) SERÁN SOMETIDAS A LA DECISIÓN DE UN TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO POR TRES (3) ÁRBITROS , ABOGADOS COLOMBIANOS, QUIENES SERÁN DESIGNADOS POR LAS PARTES DE COMÚN ACUERDO DENTRO DE LOS CINCO (5) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA SOLICITUD DE CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO, A FALTA DE ACUERDO EN LA DESIGNACIÓN EN EL PLAZO INDICADO, LOS ÁRBITROS SERÁN SELECCIONADOS POR EL CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, DE UNA LISTA DE DIEZ (10) ABOGADOS QUE INTEGRARÁN LAS PARTES POR MITADES Y QUE PRESENTARÁN AL CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ DENTRO DE LOS TRES (3) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES, PARA QUE DE LA MISMA EL DIRECTOR DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE ESCOJA TRES Y SUS SUPLENTE EN ORDEN NUMÉRICO. SI POR CUALQUIER RAZÓN NO SE CONFORMA DICHA LISTA, LOS ÁRBITROS SERÁN DESIGNADOS POR EL DIRECTOR DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ DE LA LISTA A. EN TODO CASO, LOS ÁRBITROS DEBERÁN TENER UNA EXPERIENCIA MÍNIMA DE CINCO (5) ARBITRAJES EN CONTRATOS DE SEGUROS, EN LOS QUE HAYA OBRADO COMO ÁRBITRO O PARTE. EL FALLO SERÁ EN DERECHO. EL ARBITRAMIENTO FUNCIONARÁ EN BOGOTÁ D.C., EN EL CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ Y PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS HONORARIOS Y GASTOS DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DEL CONTRATO DE SEGUROS SE SUJETARÁN A LAS REGLAS ESTABLECIDAS EN EL REGLAMENTO DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ.”

² En la demanda se precisa que la póliza fue expedida con el número 1000012 y los certificados de endoso de aclaraciones en los cuales constan los anexos de la póliza nueva número 1000012 fueron expedidos con el número 1000013. El Anexo 0 tiene por número de póliza 1000013, se expidió el 19 de abril de 2012 con vigencia desde 12 de abril de 2012.

³ Folio 2 del C. de Pruebas No. 1.

3. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

La integración del Tribunal Arbitral tuvo lugar de la siguiente manera:

- 3.1.** Con fundamento en la cláusula compromisoria citada, el 11 de diciembre de 2017 Ariguaní presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la solicitud de convocatoria de un tribunal arbitral.⁴
- 3.2.** Mediante comunicación radicada el 27 de abril de 2018, los apoderados de las partes manifestaron que de común acuerdo designaban como árbitros a los doctores William Namén Vargas, Jorge Santos Ballesteros y Alejandro Venegas Franco, quienes aceptaron su nombramiento en la debida oportunidad, dando cumplimiento a lo previsto en los artículos 8 y 15 de la Ley 1563 de 2012.
- 3.3.** El 25 de julio de 2018, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1) en la que se designó como Presidente al doctor Jorge Santos Ballesteros. Mediante Auto No. 1 el Tribunal se declaró legalmente instalado, nombró Secretaria, reconoció personería a los apoderados de las partes y fijó el lugar de funcionamiento y sede del mismo. Mediante Auto No. 2 admitió la demanda arbitral, ordenando su notificación y traslado, actuación que tuvo lugar en la misma fecha.⁵
- 3.4.** El 26 de agosto de 2018, SBS radicó los siguientes escritos:
 - Contestación de la demanda proponiendo excepciones⁶.
 - Demanda de reconvencción, escrito en el que adicionalmente solicitó tener como litisconsortes necesarios a Conalvías Construcciones S.A.S., Yuma Concesionaria S.A. y Salini – Impregilo S.P.A.⁷

Por auto No. 3 del 3 de septiembre de 2018 (Acta No. 2), el Tribunal previas las consideraciones relativas a la demanda de reconvencción, por no encontrar reunidos los requisitos de ley, procedió a inadmitir la demanda de reconvencción, otorgando a SBS el término de 5 días para subsanarla.

⁴ Folios 1 a 44 del C. Principal No. 1.

⁵ Folios 156 a 159 y 166 del C. Principal No. 1

⁶ Folios 182 a 212 del C. Principal No. 1.

⁷ Folios 213 a 250 del C. Principal No. 1.

De otra parte, respecto a la solicitud de integración del litisconsorte necesario, concluyó el Tribunal que, en los términos de la demanda de reconvención, solo respecto de Conalvías habría Litis consorcio necesario por ser esta entidad parte del contrato de seguros, mientras que respecto de YUMA CONCESIONARIA S.A. e IMPREGILO, se configuraría la figura del litisconsorcio cuasi- necesario.

- 3.5.** El 7 de septiembre de 2018, encontrándose dentro de la oportunidad de ley la parte demandada radicó un escrito mediante el cual procedió a subsanar la demanda de reconvención conforme a lo ordenado en el Auto No. 3.⁸

Por Auto No. 4 (Acta No. 3), previa revisión del texto de la demanda de reconvención y cumplidos los requisitos de ley, se admitió la misma y se ordenó correr traslado a la demandada por el término de 20 días.

En la misma providencia procedió el Tribunal al estudio de la vinculación de litisconsortes necesarios, conforme la subsanación contenida en la demanda de reconvención, y por considerar que dicha petición cumplía con los requisitos establecidos en los arts. 61 del CGP y 36 de la ley 1563 de 2012, se ordenó la citación de la sociedad Conalvías Construcciones S.A.S., para que compareciera al presente proceso en su condición de litisconsorte necesario y se ordenó correr el traslado correspondiente por el término de 20 días.

- 3.6.** Notificado el auto admisorio de la demanda de reconvención, se suscitaron las siguientes actuaciones:

- Con fecha 10 de octubre de 2018, Constructora Ariguaní S.A.S. presentó contestación a la demanda de reconvención e interpuso excepciones perentorias⁹.
- El 16 de octubre de 2018, Conalvías Construcciones S.A.S., interpuso recurso de reposición contra los Autos No. 3 de 3 de septiembre de 2018 y No. 4 de 11 de septiembre de 2018 para que se revocaran, se rechazara su vinculación como litisconsorte necesario y la demanda de reconvención en su contra.¹⁰

⁸ Folios 271 a 281 del C. Principal No. 1.

⁹ Folios 301 a 367 del C. Principal No. 1.

¹⁰ Folios 368 a 378 del C. Principal No. 1.

- Previo traslado a las partes, éstas presentaron al Tribunal sus correspondientes manifestaciones respecto al recurso de reposición.¹¹

- 3.7.** Por auto No. 6 del 7 de noviembre de 2018 (Acta No. 4), previas las consideraciones atinentes al recurso interpuesto por Conalvías, el Tribunal confirmó en todas sus partes las providencias No. 3 y 4 recurridas.

- 3.8.** El 6 de diciembre de 2018, Conalvías Construcciones S.A.S., presentó contestación a la demanda de reconversión proponiendo excepciones.¹²

- 3.9.** Por auto No. 7 del 11 de diciembre de 2018 (Acta No. 5) se corrió traslado de la objeción al juramento estimatorio planteada en la contestación de la demanda, así como de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda principal y de reconversión. Respecto de tales traslados, las partes se pronunciaron así:
 - En escrito radicado el 17 de diciembre de 2018 la parte demandada manifestó que respecto del traslado de las excepciones no solicitaba la práctica de pruebas adicionales a las solicitadas en la demanda de reconversión.¹³

 - El 18 de diciembre de 2018, se recibieron los siguientes memoriales:
 - Escrito de la parte demandante en el que se pronunció respecto de la objeción al juramento y las excepciones formuladas en la contestación de la demanda principal y solicitó la práctica de pruebas adicionales.¹⁴

 - Escrito de Conalvías Construcciones S.A.S. en el que hizo una aclaración sobre una prueba testimonial solicita al contestar la demanda.¹⁵

- 3.10.** El 21 de enero de 2018 SBS Seguros Colombia S.A., radicó escrito de reforma de la demanda de reconversión.¹⁶

¹¹ Folios 407 a 413 del C. Principal No. 1.

¹² Folios 430 a 468 del C. Principal No. 1

¹³ Folio 473 del C. Principal No. 1

¹⁴ Folios 475 a 489 del C. Principal No. 1.

¹⁵ Folios 474 del C. Principal No. 1.

¹⁶ Folios 490 a 530 del C. Principal No. 1.

Previo el estudio de los requisitos formales, mediante Auto No. 8 del 22 de enero de 2019 (Acta No. 6), dicha demanda fue admitida y se ordenó su traslado y notificación a la parte demandada en reconvención y al litisconsorte necesario.

3.11. El 11 de febrero de 2019, se recibieron los siguientes escritos:

- Contestación a la reforma de la demanda de reconvención por parte de Constructora Ariguaní S.A.S.¹⁷
- Contestación a la reforma de la demanda de reconvención por parte de Conalvías Construcciones S.A.S.¹⁸
- Solicitud de amparo de pobreza por parte de Conalvías Construcciones S.A.S.¹⁹

3.12. Por Auto No. 9 del 12 de febrero de 2019 (Acta No. 7), se corrió traslado de las excepciones propuestas en la contestación a la reforma de la demanda de reconvención.

Sobre el particular, SBS radicó un memorial manifestando que no solicitaba la práctica de pruebas adicionales a aquellas solicitadas en la demanda de reconvención.²⁰

3.13. El 21 de febrero de 2019²¹ se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual se declaró fallida.

En la misma fecha, por Auto No. 11, el Tribunal se pronunció sobre la solicitud de amparo de pobreza presentada por Conalvías Construcciones S.A.S. y previas las consideraciones que se expusieron en la mencionada providencia, no se accedió a la solicitud elevada por dicha sociedad, sin lugar a imponer sanción alguna.

Contra esta providencia, el apoderado de Conalvías interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto desfavorablemente en la misma audiencia mediante Auto No. 12.

¹⁷ Folios 1 a 78 del C. Principal No. 2.

¹⁸ Folios 79 a 119 del C. Principal No. 2.

¹⁹ Folios 120 a 127 del C. Principal No. 2.

²⁰ Folio 137 del C. Principal No. 2.

²¹ Folios 144 a 158 del C. Principal No. 2.

Seguidamente, por Auto No. 13 el Tribunal procedió a fijar los montos de honorarios y gastos del proceso, sumas que en la debida oportunidad fueron pagadas por las partes demandante y demandada.

4. LA DEMANDA, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES

4.1. Pretensiones

Con apoyo en los hechos y en la normatividad invocada en la demanda, Constructora Ariguaní S.A.S. ha solicitado que en el Laudo que al proceso habrá de ponerle fin, se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA. Que se declare que CHARTIS SEGUROS COLOMBIA S.A. (hoy SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.) otorgó la Póliza de Cumplimiento para Particulares Nos. 1000012²²-1000013²³ en la que figura como tomador y afianzado CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S., y asegurado y beneficiario CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S., y en la que se incluyen las coberturas de buen manejo, correcta inversión, y amortización del anticipo del Subcontrato EPC001-12.”

“SEGUNDA. Que se declare que ocurrió un siniestro que afectó el amparo de amortización del anticipo contenido en la Póliza referida en la pretensión primera, como consecuencia de la conducta desplegada por el tomador y afianzado CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. quien abandonó las obras y no amortizó la suma de Sesenta y Cuatro Mil Ciento Setenta Millones Seiscientos Ochenta y Siete Mil Trescientos Ochenta y Seis Pesos (\$64.170.687.386,35) recibida en el año 2012 por concepto del Anticipo Inicial derivado del Subcontrato EPC001-12.”

“TERCERA. Que se declara que como consecuencia del siniestro descrito en la pretensión segunda, CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S. en calidad de asegurado y beneficiario de la Póliza sufrió un perjuicio por valor de Sesenta y Cuatro Mil Ciento Setenta Millones Seiscientos Ochenta y Siete Mil Trescientos Ochenta y Seis Pesos (\$64.170.687.386,35).”

“CUARTA. Que como consecuencia de las pretensiones primera, segunda y tercera se condene a SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. a pagar a favor de CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S., la suma de Sesenta y Cuatro Mil Ciento Sesenta Millones Seiscientos Ochenta y Siete Mil Trescientos Ochenta y Seis Pesos (\$64.170.687.386,35) correspondiente al valor del anticipo Inicial no amortizado por parte de CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. y amparado por la Póliza.”

“QUINTA. Que se condene a SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. a pagar a favor de CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S. además de Setenta y Cuatro Mil Ciento Sesenta Millones

²² “La Póliza fue expedida con el número 1000012.”

²³ “Los certificados de Endoso de Aclaraciones en los cuales constan los anexos de la Póliza Nueva número 1000012 fueron expedidos con el número 1000013.”

Seiscientos Ochenta y Siete Mil Trescientos Ochenta y Seis Pesos (\$64.170.687.386,35) descritos en la pretensión cuarta, **los intereses moratorios** causados desde el 8 de noviembre de 2015- fecha en la que venció el mes que tuvo SBS para pagar luego de presentada la reclamación formal con la que se acreditaron la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida-, o la fecha que determine el Tribunal, y hasta la fecha en que se verifique el pago, en los términos del artículo 1080 del Código de Comercio.”

“PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE LA QUINTA PRINCIPAL. En caso que no prospere la quinta pretensión principal, solicito acceder a las dos siguientes pretensiones subsidiarias de aquella:

“PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. Que se condene a SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. a pagar a favor de ARIGUANÍ, **la actualización monetaria** de la suma de SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO SETENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$64.170.687.386,35), desde que se acreditó la ocurrencia del siniestro y venció el mes que tuvo SBS para pagar con posterioridad a la presentación de la reclamación formal en los términos del artículo 1080 del Código de Comercio, esto es, desde el 8 de noviembre de 2015, o la fecha que determine el Tribunal y hasta la fecha desde la que se causan intereses de mora.”

“SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. Que sobre todas las sumas de que trata la pretensión anterior, se ordene a SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. a pagar intereses moratorios a la tasa máxima moratoria comercial permitida por la ley, causados desde el día 28 de octubre de 2016, fecha de notificación del auto admisorio de la demanda de llamamiento en garantía formulada en contra de SBS dentro del trámite arbitral adelantado en contra de Conalvías Construcciones S.A.S., de acuerdo con lo establecido en el artículo 94 del Código General del Proceso y hasta que se verifique el pago.”

“SEXTA. Que se condene a SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. al pago de las costas y agencias en derecho, incluidas las agencias en derecho, cuya liquidación solicito incluir en el laudo arbitral que ponga fin al proceso.”

4.2. Hechos

Las anteriores pretensiones se sustentaron en las afirmaciones de hecho efectuadas en el escrito de demanda, las cuales en síntesis dan cuenta de lo siguiente:

A. HECHOS RELACIONADOS CON EL SUBCONTRATO AMPARADO POR LA PÓLIZA

- El 12 de abril de 2012 se celebró el subcontrato EPC 001-12 entre Ariguaní y Conalvías, contrato accesorio a los contratos celebrados entre Yuma y el INCO – hoy

ANI- y al contrato EPC suscrito entre Yuma y Ariguani, cuyo objeto se encuentra determinado en la cláusula 3.2.

- En cuanto al precio pactado en el Subcontrato, este fue modificado mediante Otrosí No. 1 del 14 de noviembre de 2012, modificando la cláusula 3.4 indicando que el precio del Subcontrato EPC sería la suma de “Un billón Noventa y Seis Mil Novecientos Cuarenta y Tres Millones Ciento Ochenta y Cuatro Mil Veintidós Pesos contantes de 31 de diciembre de 2008 (COP\$1.096.943.184.022)”, precio que se estableció como suma global y comprendía la ejecución de todas las obligaciones a cargo del subcontratista.
- Agrega que en el numeral 3.5.1.1 del subcontrato se estableció que Ariguani entregaría a Conalvías un anticipo de \$83.399.428.362, suma calculada a 31 de diciembre de 2008, valor que sería reajustado de conformidad a lo estipulado en el numeral 3.5.4. del mismo subcontrato.
- Las sumas por concepto de anticipo efectuados por Ariguani a Conalvías correspondieron a \$92.390.528.036 que corresponde al valor ajustado y que fueron realizados en las siguientes fechas:

Fecha del Desembolso	Valor (COP)
07/06/2012	\$7.398.000.000
07/06/2012	\$7.610.000.000
12/06/2012	\$7.749.000.000
12/06/2012	\$7.250.000.000
12/06/2012	\$ 170.931.758
15/08/2012	\$7.389.000.000
15/08/2012	\$7.610.000.000
15/08/2012	\$1.899.321.821
20/11/2012	\$4.627.149.417
20/11/2012	\$40.696.125.040
Total	\$92.390.528.036

- Indica que mediante las deducciones de las Actas Mensuales de Avance de Obra debía efectuarse la amortización del anticipo inicial, amortización total que debía completarse antes del vencimiento del plazo contractual que fue pactado para la ejecución de la obra de acuerdo con lo previsto en las cláusulas 3.5.1.2 y 3.5.4 del

subcontrato, porcentaje de amortización que se evidenciaba en cada acta de obra y factura respectiva.

- Agrega que de acuerdo con lo pactado en caso de que Conalvías incumpliera con la obligación de amortizar el anticipo, Ariguaní podría recalcular el valor del anticipo no amortizado, acelerando el pago del mismo, sin perjuicio de la exigibilidad de la garantía otorgada respecto al cumplimiento de dicha obligación, conforme se dispuso en la cláusula 9.1.7 del subcontrato.
- Indica que al 1 de julio de 2015 el valor del anticipo amortizado por Conalvías, correspondía a \$28.219.840.649,65.

B. HECHOS RELACIONADOS CON LA PÓLIZA Y EL AMPARO DE ANTICIPO

- Con el objeto de amparar las obligaciones derivadas del Subcontrato EPC 001-12, Conalvías tomó la Póliza de cumplimiento para Particulares No. 1000012 – 1000013 expedida el 17 de abril de 2012 por Chartis Seguros Colombia S.A. (hoy SBS), póliza en la que figura como asegurado y beneficiario Ariguaní, entre otros.
- Dentro de los amparos de la póliza se encuentran entre otros, el buen manejo, la correcta inversión y la no amortización del anticipo pactado en el Subcontrato. El amparo relacionado con el anticipo tiene un valor asegurado de \$90.446.534.771, con vigencia de cobertura entre el 12 de abril de 2012 y el 31 de mayo de 2017, plazo máximo de terminación del objeto del subcontrato. Con el anexo No. 10 se incrementó el valor asegurado en la suma \$7.047.106.409 a la inicial de \$83.399.428.362.
- El anticipo amparado por la póliza, corresponde a aquel desembolsado a Conalvías en el año 2012 por valor de \$92.390.528.036.

C. HECHOS RELACIONADOS CON LA COBERTURA EXPRESA POR EL RIESGO DE NO AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO

En la póliza se incluyó expresamente el amparo de amortización del anticipo como un riesgo distinto al del buen manejo y correcta inversión del anticipo, lo cual fue reiterado en los distintos anexos de la póliza durante su vigencia.

D. HECHOS RELACIONADOS CON LA VOLUNTAD DEL TOMADOR, ASEGURADO Y ASEGURADOR DE INCLUIR EN LA PÓLIZA COBERTURA EXPRESA POR EL RIESGO DE NO AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO, COMO DISTINTO AL BUEN MANEJO Y LA CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO

- Fue voluntad del tomador y del asegurado incluir en la póliza una cobertura distinta para el riesgo de no amortización del anticipo.
- En la cláusula 19.3 del subcontrato Conalvías se comprometió a garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones tomando garantías que comprendieran la amortización del anticipo, por lo que en la póliza desde el inicio se incluyó el amparo de amortización del anticipo, como consta en el Anexo No. 0.
- De otra parte, dada la importancia de esta cobertura y con el fin de tener claridad en la inclusión de la misma en la póliza otorgada por SBS, Ariguaní solicitó a Conalvías en varias comunicaciones, la garantía de inclusión de dicha cobertura, como consta en las comunicaciones CASAS-1055-13 del 30 de mayo de 2013 y CASAS-1283-13 del 10 de julio de 2013.
- En respuesta a las anteriores comunicaciones, Conalvías mediante escrito RUTADELSOL-032-1469-2013 remitió una certificación de AIG en la cual se declara expresamente, que la póliza correcta inversión, buen manejo y amortización de anticipo, contenida en la póliza de seguro de cumplimiento para entidades particulares No. 1000013, incluye el amparo de buen manejo, correcta inversión y amortización del anticipo.
- Agrega que posteriormente mediante comunicación RUTADEL SOL-032-1544-2013 Conalvías allegó otra certificación expedida por AIG de fecha 13 de agosto de 2013, indicando que en ella constaba que la póliza de seguro incluía el amparo de no amortización del anticipo.
- Indica que posteriormente mediante comunicación CASAS-JUR-2202-13 del 10 de diciembre de 2013 Ariguaní solicitó a Conalvías el envío de la nota por parte de AIG en la cual conste expresamente que el amparo de no amortización del anticipo se encuentra incluido en la póliza, a efectos de lo cual AIG expidió el Anexo No. 14 del 12 de agosto de 2014 “con el único objeto de aclarar que la Póliza amparaba el riesgo de no amortización del anticipo.”

- Concluye que de acuerdo con lo expuesto AIG amparó tres riesgos distintos en relación con el anticipo: el buen manejo, su correcta inversión y su no amortización.

E. HECHOS RELACIONADOS CON EL ABANDONO DEL SUBCONTRATO POR PARTE DE CONALVÍAS

- Indica que el 24 de agosto de 2015 Ariguaní efectuó una verificación de los recursos de Conalvías en la obra, encontrando que éste había procedido al despido masivo de personal de obra y a retirar maquinaria en los diferentes frentes de trabajo y teniendo en cuenta los 1909 trabajadores con que contaba en julio de 2015, esto representaba una disminución de cerca del 44,5% del personal de la obra, por lo que en comunicación CASAS-1701-15 Ariguaní requirió a Conalvías para que explicara esta situación y se adoptaran las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales.
- Agrega que en respuesta a la anterior petición, Conalvías “luego de aducir infundados argumentos referentes al supuesto incumplimiento de ARIGUANÍ, notificó su decisión de terminar el Subcontrato y no ejecutar más las obras y actividades de éste”, a lo que Ariguaní dio respuesta en comunicación CASAS-1975 del 7 de octubre de 2015.
- Puntualiza que para el 18 de septiembre de 2015 Conalvías solo había amortizado \$28.219.840.649,65 de los \$92.390.528.036 que recibió en el año 2012 como anticipo inicial, quedando pendiente de amortizar \$64.170.687.386.

F. HECHOS RELACIONADOS CON LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO: NO AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO

- Indica que respecto del anticipo inicial sin amortizar y ante la decisión de Conalvías de interrumpir la ejecución de las obras, quedó un saldo de \$64.170.687.386, monto que no podrá ser deducido por avances en la obra. En este sentido, indica que Conalvías frustró la posibilidad de amortizar el anticipo conforme a lo estipulado en el Subcontrato EPC, incumpliendo su obligación o poniéndose en imposibilidad de cumplirla.
- Agrega que la totalidad del anticipo inicial que le fuera entregado a Conalvías se hizo

exigible ante el abandono de las obras, pues dicho acto se considera un incumplimiento del subcontrato, imposibilitando la amortización del anticipo “y activa – en consecuencia- la cláusula aceleratoria establecida en el Subcontrato.”, y que en este sentido la obligación de Conalvías de devolver a Ariguaní el saldo del anticipo inicial se hizo exigible el 18 de septiembre de 2015

- Señala que en la mencionada fecha se realizó el riesgo de la no amortización del anticipo inicial amparado por la póliza, haciendo exigible igualmente en la misma oportunidad, la obligación de SBS de indemnizar a Ariguaní por la ocurrencia del siniestro.

G. HECHOS RELACIONADOS CON LAS COMUNICACIONES REMITIDAS A LA ASEGURADORA

- Sobre el particular, se expone lo siguiente en cuanto a la información puesta de presente a SBS en relación con la ejecución del Subcontrato:
 - El 27 de agosto de 2015 se informa la situación en la que se encontraba la ejecución del Subcontrato por Conalvías.
 - El 14 de septiembre de 2015 se ponen de presente hechos de interés en relación con el subcontrato.
 - El 16 de septiembre de 2015 se informa sobre el estado de abandono de la obra y registro fotográfico
 - El 22 de septiembre de 2015 se presenta aviso de siniestro que afectó la póliza.

H. HECHOS RELACIONADOS CON LA RECLAMACIÓN FORMAL EXTRAJUDICIAL PRESENTADA A LA ASEGURADORA Y LA OBJECIÓN FORMULADA POR ESTA FRENTE A LA RECLAMACIÓN

- El 7 de octubre de 2015 se presentó la reclamación formal a SBS por el amparo del anticipo y solicitando el pago de \$64.170.687.386 por la porción del anticipo inicial no amortizado entregado en el año 2012, reclamación que fue presentada en los términos del art. 1077 del C. Cio. Adicionalmente, en comunicación posterior y dando alcance a la mencionada reclamación se consultó a la aseguradora si deseaba tomar a cargo suyo el cumplimiento del subcontrato en los términos de la cláusula octava de las condiciones generales de la póliza.

- Señala que el 7 de noviembre de 2015 SBS objetó la reclamación.

I. HECHOS RELACIONADOS CON EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN DE CONALVÍAS

- El 23 de septiembre de 2015 Conalvías solicitó ante la Superintendencia de Sociedades la apertura de trámite de reorganización empresarial, la cual fue admitida mediante Auto del 2 de octubre del mismo año y que para dicha fecha ya había ocurrido el siniestro que afectó la póliza -18 de septiembre de 2015- fecha en la que Conalvías, según manifiesta, “abandonó el contrato y no amortizó ni devolvió el anticipo amparado por la póliza.”
- Sostiene que teniendo en cuenta los anticipos no amortizados correspondientes al valor inicial y adicional que fueron entregados a Conalvías, ésta adeudaba a Ariguaní un total de \$104.170.687.386, quien para evitar la extensión del siniestro y lo señalado en la cláusula décima de las condiciones generales de la póliza, decidió participar en el proceso de reorganización en el que se encontraba Conalvías, “para velar por el reconocimiento en debida forma de la existencia de ese pasivo cierto a cargo de Conalvías.”
- Indica que, en el mencionado proceso de reorganización, Conalvías reconoció en el pasivo de sus estados financieros la obligación incumplida correspondiente al valor no amortizado de los anticipos entregados por Ariguaní, en total de \$104.170.687.386. Asegura que este monto fue incluido por el doctor Luis Fernando Alvarado, Promotor del Proceso de Reorganización, como pasivo cierto en el Proyecto de Graduación y Calificación de Créditos.
- Añade que SBS también participó en el proceso de reorganización, solicitando el reconocimiento del derecho a su favor, fundado en la reclamación formal presentada por Ariguaní y en la eventual subrogación que se produciría en contra de Conalvías en caso de que la aseguradora pagara la indemnización derivada de la póliza.
- Señala que en la audiencia de resolución de objeciones que tuvo lugar el 28 de abril de 2016, la Superintendencia de Sociedades, al realizar el control de legalidad a la decisión adoptada por el Promotor relativa al tener el anticipo no amortizado como pasivo cierto, confirmó dicha actuación, “esto es, incluir la suma de \$ de

\$104.170.687.386 como un pasivo cierto a cargo de CONALVÍAS y a favor de ARIGUANÍ, causado el 18 de septiembre de 2015 por el abandono referido y por ende incumplido en esa fecha.”

- Sostiene que en el acuerdo de reorganización le fueron reconocidas a SBS las sumas netas que tendría que pagar a Ariguaní por concepto de la indemnización derivada de la póliza, con base en la reclamación extrajudicial presentada en contra de la aseguradora antes del acuerdo de reorganización. Agrega que, conforme a ello se facilitó que la aseguradora pudiera recobrar a Conalvías lo que eventualmente tuviera que pagar a Ariguaní conforme a la póliza.

J. HECHOS RELACIONADOS CON EL INICIO DE LA RECLAMACIÓN JUDICIAL FORMULADA EN CONTRA DE CONALVÍAS Y LA ASEGURADORA CON OCASIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL SUBCONTRATO

- Refiere que el 24 de junio de 2016 Ariguaní interpuso demanda arbitral en contra de Conalvías, llamando en garantía a la aseguradora por el incumplimiento del subcontrato por parte de la demandada, reclamando a SBS todos los amparos de la póliza incluyendo el valor de \$64.170.687.386 por concepto de anticipo inicial no amortizado, amparado por la póliza.
- Las demandas fueron admitidas el 28 de octubre y el auto admisorio fue notificado personalmente a Conalvías y a la aseguradora.

K. HECHOS RELACIONADOS CON LAS DACIONES EN PAGO

- Se indica que con auto del 18 de abril de 2016 la Superintendencia de Sociedades autorizó a Conalvías a entregar en dación en pago a Ariguaní, bienes que venía utilizando en la ejecución del subcontrato.
- Agrega que con posterioridad al inicio del proceso arbitral, Ariguaní recibió una serie de bienes de Conalvías en dación en pago parcial de la obligación de devolver el saldo del anticipo adicional no amortizado, de conformidad con los 7 contratos de dación suscritos en agosto 29, noviembre 15 y 7 y 15 de diciembre de 2016, en los cuales se señaló de manera expresa que el valor de la deuda se haría con cargo al anticipo entregado por Ariguaní a Conalvías con fundamento en el Otrosí No. 3 del

Subcontrato amparado por la póliza de Liberty, que no es objeto de controversia en este proceso.

L. HECHOS RELACIONADOS CON EL RECONOCIMIENTO DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL ANTICIPO NO AMORTIZADO POR PARTE DE CONALVÍAS

- Describe que, en el proceso arbitral señalado anteriormente, al contestar la reforma de la demanda, Conalvías reconoció que debido a la “terminación del contrato”, no había posibilidad de amortizar el anticipo que recibió y por ende se incluyó como una deuda en el proceso de reorganización.

M. HECHOS RELACIONADOS CON LA DECLARACIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA POR PARTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE CONALVÍAS PARA CONOCER LAS PRETENSIONES RELATIVAS AL ANTICIPO

- Manifiesta que mediante auto del 26 de octubre de 2017 el Tribunal Arbitral dispuso que no era competente para conocer de las pretensiones formuladas contra Conalvías, relativas al anticipo y por sustracción de materia, tampoco para las pretensiones de anticipo formuladas en los llamamientos en garantía.
- Agrega que Ariguaní interpuso recurso de reposición frente a la decisión adoptada, el cual fue despachado desfavorablemente e indica que de dicha decisión es claro que al haber sido reconocido el anticipo como una acreencia causada e incumplida, se demostraron los elementos que configuran el siniestro de no amortización.
- Sostiene que en tanto que la relación jurídica entre SBS y Ariguaní y entre ésta y Conalvías, es diferente en razón al carácter autónomo del contrato de seguro, Ariguaní ejerce la acción directa derivada del contrato de seguro contra la aseguradora ante el tribunal competente.

N. HECHOS RELACIONADOS CON EL DERECHO CONTRACTUAL QUE LE ASISTE A ARIGUANÍ PARA RECLAMAR A SBS LA INDEMNIZACIÓN POR LA NO AMORTIZACIÓN POR PARTE DE CONALVÍAS DEL ANTICIPO INICIAL

- Afirma que en la póliza de cumplimiento para particulares expedida por SBS, que ampara entre otros riesgos la amortización del anticipo, Ariguaní ostenta la calidad de

beneficiario y asegurado y que, en virtud de dicha póliza, SBS asumió la obligación de indemnizar a Ariguaní en el evento de configurarse el riesgo asegurado referido a la no amortización del anticipo, acreditando la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida.

- Infiere que tal obligación indemnizatoria se hizo exigible para SBS el 18 de septiembre de 2015, fecha de la realización del riesgo asegurado, momento en el cual Conalvías “abandonó el Subcontrato y no amortizó la suma de \$64.170.687.386 recibida por concepto de Anticipo Inicial amparado por la Póliza”
- Agrega que la obligación indemnizatoria de SBS no es subsidiaria ni tiene naturaleza de fianza, que no constituye el pago de una deuda ajena de un tercero (el Tomador), sino que implica el pago de una obligación propia que fue asumida por la aseguradora al momento de celebrarse el contrato de seguro.
- Indica que el beneficiario de una póliza de cumplimiento cuyo tomador ha sido admitido a un proceso de reorganización empresarial, está legitimado para exigir a la aseguradora el cumplimiento de las obligaciones derivadas el contrato de seguro y que la exigibilidad de una póliza de cumplimiento no se suspende con ocasión de un acuerdo de reestructuración.
- Puntualiza que Conalvías incumplió su obligación de devolver el anticipo en forma previa al inicio del proceso de reorganización, motivo por el cual se cumplió la condición para exigir la indemnización por parte de SBS, obligación indemnizatoria sobre la que Ariguaní tiene derecho a que SBS en su calidad de aseguradora, le cancele la suma de \$64.170.687.386 más intereses moratorios, como resultado de la ocurrencia del siniestro de no amortización del anticipo.

4.3. Contestación de la demanda principal y formulación de excepciones

Al contestar la demanda principal reformada, la sociedad convocada SBS se opuso a todas las pretensiones en su contra aducidas por la demandante y se pronunció sobre los hechos admitiendo algunos como ciertos, otros de manera parcial o que no le constaban y negando los restantes.

Adicionalmente, dentro del planteamiento defensivo presentado formuló las siguientes excepciones que denominó “de fondo o mérito”:

1. *Nulidad absoluta del contrato de seguro instrumentado mediante la póliza No. 1000013 por falta de objeto y causa ilícita (sic) según se explica en la demanda de reconvención.*
2. *Nulidad relativa del contrato de seguro instrumentado mediante la póliza No. 1000013 por reticencia e inexactitud según se explica en la demanda de reconvención.*
3. *Terminación del contrato de seguro instrumentado mediante la póliza No. 1000013 por agravación del estado del riesgo según se explica en la demanda de reconvención.*
4. *Prescripción de la acción derivada del contrato de seguros.*
5. *Inexistencia de la obligación que se reclama por no amortización del anticipo.*
6. *Inexigibilidad de las obligaciones demandadas por falta de liquidación del contrato.*
7. *Inexistencia de siniestro por cuanto la obligación que se reclama no es exigible a Conalvías y en consecuencia no hay incumplimiento.*
8. *Inexigibilidad de la obligación de la aseguradora en virtud del Art. 43 No. 7 de la ley 116 de 2006.*
9. *Genérica*

5. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES

5.1. Pretensiones

Con apoyo en los hechos y en la normatividad invocada en la demanda de reconvención, SBS ha solicitado que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

PRINCIPALES

“PRIMERA: Se declare que en la celebración del contrato de seguros instrumentado mediante la Póliza No. 100013 y del cual fueron tomador CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S., asegurador

CHARTIS SEGUROS COLOMBIA S.A. (Hoy SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.) y asegurado CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S., en un todo de conformidad con los hechos que se exponen en esta demanda y las pruebas que se arrimarán al presente trámite arbitral, tanto tomador como el asegurado y beneficiario CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S., conocían los riesgos derivados de haber concertado el contrato de concesión, el Contrato EPC y el subcontrato EPC-001/12, celebrado bajo la modalidad llave en mano y a precio global y fijo.”

“SEGUNDA: Se declare igualmente que CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. como tomador y CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S., como asegurado y beneficiario conocían los riesgos derivados de los diseños insuficientes que se presentaron en la concertación de los contratos antes indicados y conforme a los cuales la totalidad de la longitud en terraplenes implicaba un aumento de cantidades de obra.”

“TERCERA: Que igualmente tomador y asegurado, quienes por demás eran consocios, conocían al momento de suscribirse el contrato de seguros incorporado en la Póliza No. 1000013, los incrementos en el valor de las obras por las modificaciones que se presentaron en el diseño definitivo comparado con el utilizada (sic) para presentar su oferta en la Licitación Pública No. CA-LP-001-10.”

“CUARTA: Que los mismos tomador y asegurado, conocían al momento de suscripción de la póliza los incrementos que se presentarían en el costo de las obras como consecuencia de la necesidad de adelantar el trámite de consultas previas, la exigencia de la ANLA de construir 15 variantes adicionales no previstas en el proyecto inicial, la demora en el trámite de licencias ambientales, la insuficiencia de fuentes de materiales, el incremento en la distancia y consecuente costo en el transporte de materiales y el incremento de las cantidades de obra, entre otros factores.”

“QUINTA: Se declare que el tomador CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. y el asegurado CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S., consocios por demás, ocultaron toda esta información a la aseguradora que represento, con el firme propósito de trasladar a la misma los riesgos derivados del incremento en los costos de la ejecución del contrato, dada la modalidad de precio acordada.”

“SEXTA: Que por tanto de conformidad y con fundamento en el art. 1741 del C.C. se declare la nulidad absoluta del contrato de seguros incorporado en la Póliza No. 100013, concertado entre CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S., asegurador CHARTIS SEGUROS COLOMBIA S.A. (Hoy SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.) y dentro del cual se designó como asegurado y beneficiario a la sociedad CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S.”

“SÉPTIMA: Se declare que no obstante haberse presentado la nulidad absoluta del contrato, la aseguradora tiene derecho a devengar el monto de la prima acordada.”

“OCTAVA: Que se condene en costas y agencias en derecho a la sociedad CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S., incluyendo el pago de honorarios del panel arbitral.”

“NOVENA: Que igualmente en caso de oposición del litisconsorte necesario CONALVÍAS S.A.S. a las pretensiones de la presente demanda se le condene en perjuicios, costas y agencias en derecho.”

“PRIMERAS SUBSIDIARIAS

En subsidio de las anteriores pretensiones, solicito al Tribunal se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Se declare que el tomador CONALVÍAS S.A.S. y las sociedades asegurada CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S. incurrieron en exactitud y reticencia frente a la aseguradora CHARTIS SEGUROS COLOMBIA S.A. (Hoy SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.) sobre las circunstancias que rodeaban el riesgo asumido por ésta última al celebrar el contrato de seguros que consta en la Póliza No. 1000013.”

“SEGUNDA: Que tal inexactitud o reticencia se da especialmente en el ocultamiento sobre los acuerdos y contratos pactados entre tomador y asegurado y con fundamento en los cuales se llegó a un complejo entramado, en virtud del cual los riesgos de mayores costos, derivados del precio acordado en el Subcontrato EPC-001/12 que fue el de llave en mano y precio global fijo, sería traslado (sic) a sabiendas a la compañía de seguros que garantizara el cumplimiento del contrato.”

“TERCERA: Que igualmente se ocultó al asegurador el alto incremento de los costos y precios de las obras al presentarse modificaciones en los diseños en lo relativo a terraplenes, altura de la rasante diseñada y fuentes de materiales, lo que implicaba incrementos sustanciales en los precios acordados.”

“CUARTA: Que por tanto y con fundamento en el art. 1058 del C. de Co. Se declare la nulidad relativa del contrato de seguros incorporado en la Póliza No. 100013, en la cual fue tomador CONALVÍAS S.A.S., asegurador CHARTIS SEGUROS COLOMBIA S.A. (Hoy SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.) y asegurado CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S., y por haberse presentado reticencias e inexactitudes.”

“QUINTA: Se declare que la aseguradora SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. tiene derecho a retener la prima devengada, en un todo de conformidad con el art. 1059 del C. de Co.”

“SEXTA: Que se condene en costas y agencias en derecho a la sociedad CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S., incluyendo el pago de honorarios del panel arbitral.”

“SÉPTIMA: Que igualmente en caso de oposición del litisconsorte necesario citado se le condene al pago de perjuicios, costas y agencias en derecho.”

“SEGUNDAS SUBSIDIARIAS

En subsidio de las anteriores pretensiones pido a los señores Árbitros se hagan las siguientes declaraciones:

“PRIMERA: Se declare que el tomador CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. y el asegurado CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S. omitieron informar a la aseguradora sobre la agravación del riesgo derivada de los errores de diseño que se utilizaron en la presentación de la licitación pública No. SEA-LP-001-210 y los que posteriormente debieron utilizarse para la ejecución de las obras contempladas en el Subcontrato EPC-001/12 en lo concerniente a las mayores cantidades de obras en terraplenes, altura de rasante y utilización de fuentes de materiales.”

“SEGUNDA: Se declare que de común acuerdo el tomador de la póliza No. 100013 expedidas por CHARTIS SEGUROS COLOMBIA S.A. (Hoy SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.) y el asegurado de la misma CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S., agravaron el riesgo asumido por el asegurador en la citada póliza, al autorizar a YUMA CONCESIONARIA S.A. que desistiera de las reclamaciones presentadas ante la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI.”

“TERCERA: Que igualmente el tomador CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. y la asegurada CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S. agravaron el riesgo asumido por mi mandante al modificar la forma de amortización del anticipo, para lo cual concertaron de mala fe y sin información alguna a mi representada acuerdos de dación en pago, los cuales sin justificación alguna se imputaron a sumas de dinero entregadas a título de crédito a la sociedad afianzada. No obstante que los equipos y demás bienes entregados en dación en pago, se habían adquirido por CONALVÍAS con el anticipo cuya correcta inversión había garantizado mi poderdante.”

“CUARTA: Que se declare que las anteriores agravaciones del riesgo no fueron notificadas a la aseguradora dentro de los términos previstos en el art. 1060 del C. de Co.”

“QUINTA. Que por tanto se declare la terminación del contrato de seguros instrumentado en la Póliza No. 100013 (sic) desde la fecha en que se demuestre se dio la agravación del riesgo.”

“SEXTA: Que se condene en costas y agencias en derecho a la sociedad CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S., incluyendo el pago de honorarios del panel arbitral.”

“SÉPTIMA: Que igualmente en caso de oposición del litisconsorte necesario citado se le condene al pago de perjuicios, costas y agencias en derecho.”

5.2. Hechos

Las anteriores pretensiones se sustentaron en las afirmaciones de hecho efectuadas en el escrito de demanda de reconvención, las cuales en síntesis dan cuenta de lo siguiente:

1. En enero de 2009 CI Grodco, Impregilo y Conalvías, suscribieron un acuerdo marco de

participación en proyectos de infraestructura para realizarse en Colombia y que en desarrollo del mismo, a dichas sociedades se les adjudicaron los proyectos de Hidrosogamoso, El Quimbo y ruta del Sol 3, agregando que el mencionado acuerdo marco finalizó el 10 de junio de 2011 mediante documento de terminación por mutuo acuerdo.

2. Agrega que en desarrollo de tales acuerdos, que solo conoció una vez se tramitaron los diferentes litigios por parte de Constructora Ariguaní, fue celebrado un convenio con miras a participar en la licitación pública SEA-LP-001-210 y para ello se constituyó promesa de sociedad en donde de ser adjudicatarios, los socios tendrían un porcentaje de participación, promesa de sociedad que fue controlada administrativa y financieramente por el grupo Salini Impregilo.
3. Indica que la ANI adjudicó mediante Resolución 289 del 22 de julio de 2010, la promesa de sociedad futura a Yuma Concesionaria S.A., la cual fue constituida posteriormente mediante escritura pública el 29 de julio de 2010, con la siguiente composición accionaria:

<i>IMPREGILO</i>	40%
<i>INFRACON (sociedad perteneciente al grupo Conalvias)</i>	28.7%
<i>IDUCOR S.A. como vocera FCP RUTA DEL SOL</i>	17%
<i>GRODCO</i>	13.8%
<i>TÉCNICA VIAL</i>	0.5%

4. Indica que el 4 de agosto de 2010 fue suscrito el contrato de concesión No. 007 de 2010 entre el INCO y Yuma Concesionaria S.A., con el objeto de elaborar diseños financiar y operar entre otros temas, el Sector. El valor del contrato fue acordado en \$2.079.953.178.851, contrato en el que además se pactó una ecuación contractual y una asignación de riesgos. Agrega que los socios de Yuma y los participantes del acuerdo concertaron que el grupo constructor se podría constituir como sociedad, quien se encargaría de adelantar las obras.
5. Señala que el 24 de octubre de 2011 se constituyó la sociedad Ariguaní S.A.S. con un capital de 100 millones de pesos, con la siguiente composición accionaria:

<i>Impregilo S.P.A.</i>	51%
<i>Conalvias S.A.</i>	32.70%
<i>Grodco S. en CA</i>	16.30%

6. Sostiene que por decisiones societarias que no puede precisar, las participaciones accionarias en Ariguaní tuvieron variaciones de modo tal que Salini Impregilo SPA, adquirió el total del capital de dicha sociedad, así como el control administrativo y financiero, resaltando los siguientes aspectos:

“La presidencia de la Asamblea la ejercería el gerente general de ARIGUANÍ”

“La Secretaría fue ejercida por funcionario designado por IMPREGILO”

“Siempre se requería el voto favorable de IMPREGILO”

“IMPREGILO era el único accionista facultado para designar gerente general”

7. Agrega que sobre los diseños entregados por el INCO en el proceso de licitación de Ruta el Sol, INGETEC prestó sus servicios de consultoría a Impregilo, Conalvías y Grodco, servicios que fueron prestados antes de que se constituyera Ariguaní.
8. Refiere que el 22 de diciembre de 2011 se concertó el contrato EPC entre YUMA y ARIGUANÍ, donde se convino que las obras serían ejecutadas por Conalvías y Grodco.
9. Con base en lo anterior, el 12 de abril de 2012 se concertó el subcontrato EPC 001/12, en el cual Ariguaní era subcontratante y Conalvías Subcontratistas, sociedades que eran socias tanto en Yuma como en Ariguaní. Señala que así mismo el 13 de abril de 2012 Ariguaní y el consorcio CI Grodco en CA – Técnica Vial S. en CA suscribieron el Subcontrato EPC 002-12 con términos similares al EPC 001/12 cuyo objeto era la ejecución por parte del contratista bajo la modalidad de llave en mano y a precio global fijo, los tramos de vía entre San Roque y la Variante de Fundación, incluyendo la variante de Bosconia.
10. Bajo la modalidad en que fueron suscritos los contratos, significaba que cada uno asumía los riesgos económicos y financieros que implicaría ejecutar mayores cantidades de obra a las pactadas. No obstante, infiere que el mencionado riesgo económico y financiero fue trasladado por Yuma a Ariguaní y por ésta a Grodco y Conalvías, en los tramos en que cada una de éstas últimas asumió su construcción.
11. Advierte que las sociedades que participaron en la licitación, la elaboración de los contratos y su ejecución, eran concedoras que desde el inicio de las obras se había detectado la existencia de mayores cantidades de obra, y resalta algunos aspectos que considera relevantes sobre el particular.

12. Agrega que conforme lo reconocido por Yuma Concesionaria S.A. en los descargos presentados ante la ANI, desde el inicio de ejecución del contrato y de los subcontratos y antes de la expedición de las pólizas que garantizaban los mismos, se presentaron circunstancias que imposibilitaron la ejecución del contrato. Ello, según añade, se corrobora con el hecho de que Ariguaní esté reclamando frente a los subcontratistas EPC en otros trámites arbitrales, perjuicios que se encuentran cuantificados por el tamaño de las obras liquidadas a precios unitarios y no al global, tal como se acordó en los diferentes contratos.
13. Indica que el 17 de abril de 2012 y con el desconocimiento de los antecedentes citados, fue concertado el contrato de seguro de cumplimiento entre Conalvías como tomador y Chartis seguros Colombia S.A., mediante póliza que se identificó inicialmente con el número 1000012 y posteriormente con el número 1000013, póliza que fue expedida, según afirma, por solicitud de Conalvías y Ariguaní, con las siguientes coberturas cuyo alcance se precisa en las condiciones particulares de la póliza, así como sus vigencias:

AMPAROS CONTRATADOS	VALOR ASEGURADO	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	PRIMA
CUMPLIMIENTO	56.670.000.000.00	12/04/2012	31/05/2017	2.037.791.095,89
BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO	83.399.428.362.00	12/04/2012	31/05/2017	2.998.952.047,26
PAGO DE SALARIOS, PREST. SOCIALES E INDEMNIZACIONES	28.335.000.000.00	12/04/2012	31/05/2017	807.236.979,26
ESTABILIDAD DE LA OBRA	56.670.000.000.00	01/06/2017	01/06/2022	1.984.536.821,92

14. Señala igualmente que SBS desconocía los términos económicos y financieros en los que se presentó la licitación, así como la certeza sobre el incremento en la cantidad de obras, con lo que el riesgo asumido por los contratistas “en forma por demás ilegal”, agrega, se trasladó a la aseguradoras, con lo que el concepto de riesgo como elemento esencial del contrato de seguros, dejó de existir.
15. Indica que el 22 de junio de 2015, Ariguaní y Conalvías suscribieron el Otrosí No. 3 al Subcontrato EPC 001-12 con el objeto de entregar al subcontratista el valor de \$50.000.000.000 que a pesar de calificarse como anticipo, asegura que corresponde al “otorgamiento de un crédito que se pagaría no con obra ejecutada sino en cuotas mensuales desde julio de 2016 hasta octubre de 2017.”, pago que fue garantizado mediante una póliza de cumplimiento expedida por Liberty Seguros S.A. y en la que SBS fue coaseguradora.

16. Sostiene que Conalvías notificó a Ariguaní su decisión de dar por terminado el subcontrato el 18 de septiembre de 2015 y que por su parte el consorcio CI Grodco y Tecnivial mediante comunicación del 25 de septiembre de 2015 dirigida a Ariguaní dio por terminada la relación contractual.
17. Agrega que tuvo conocimiento de que a partir del año 2013 Yuma inició reclamaciones formales ante la ANI relacionada con mayores costos de construcción, para lo cual se convocó incluso un tribunal de arbitramento. No obstante, se indica que Yuma desistió de las reclamaciones y de las pretensiones formuladas ante el tribunal de arbitramento, por razones que dice desconocer.
18. Indica que Conalvías fue admitida a finales del año 2015 a trámite de reorganización, llegándose a un acuerdo con los acreedores. En dicho trámite, según afirma, SBS quien no conocía los antecedentes contractuales a los que ha hecho referencia, solicitó su reconocimiento como “acreedor contingente”. De la misma forma, Ariguaní solicitó y así fue reconocido, como acreedor por sumas no invertidas, lo cual fue calificado como crédito cierto y no contingente.

Al respecto, hace las siguientes manifestaciones:

“En tal decisión se dejó a salvo los derechos de las compañías garantes.”

“Tal reconocimiento se tramitó obteniendo consentimiento de CONALVÍAS bajo medios de presión, como se probará en este proceso.”

19. Ante la notificación por parte de Ariguaní sobre la ocurrencia de un posible siniestro que afectara la cobertura de anticipo, se iniciaron trámites donde se incluyó la posibilidad de que Conalvías entregará a título de dación en pago parte de los equipos y maquinaria con el fin de amortizar el anticipo. Agrega que entre Conalvías y SBS se acordó que el producto de las mencionadas daciones en pagó será destinado a amortizar el anticipo garantizado por la aseguradora.
20. No obstante, se afirma que Ariguaní y Conalvías “haciendo gala de una monstruosa mala fe” y quienes se supone tienen controversias, sin informar a la aseguradora, concertaron varios contratos de dación en pago, en los cuales no se pactó nada sobre la forma de imputación de la dación en pago al anticipo, se indica que en sus considerandos se incluyó que “el valor de la dación se imputaría a la deuda correspondiente al anticipo entregado por Ariguaní a favor de Conalvías, con fundamento en el Otrosí Número 3 del

Subcontrato EPC 001-12”

21. Mediante auto 2016-01-195764 del 18 de abril de 2016, la Superintendencia de Sociedades autorizó a Conalvías para que entregara bienes a título de pago parcial del anticipo del subcontrato y no para extinguir parcialmente el anticipo entregado por Ariguaní conforme al Otrosí No. 3, conducta que considera dolosa pues se afectaron de manera injusta los derechos de la aseguradora. Insiste en que dicha conducta desconoce y pasa por alto lo siguiente:

“La totalidad de los equipos habían sido adquiridos por CONALVÍAS antes de la fechas en que le fuera otorgado el crédito por ARIGUANÍ, de conformidad con el Otrosí No. 3.”

“Desconocieron totalmente que en tal otrosí no se había contemplado amortización del anticipo, sino pago en cuotas.”

“Modificaron el Subcontrato principal en lo que concierne a la forma de amortización del anticipo.”

22. Señala que Ariguaní convocó un tribunal de arbitramento con el propósito de reclamarle a Conalvías las sumas de dinero no amortizadas, el incumplimiento del contrato y la indemnización por trabajos no ejecutados, trámite en el cual se vinculó a SBS como llamada en garantía, con base en la cláusula compromisoria acordada en el Subcontrato EPC. Afirma que no obstante para dirimir las controversias relacionadas con el contrato de seguro solo podía convocarse con apoyo en la cláusula compromisoria contenida en la respectiva póliza, como ocurre en el presente caso.
23. Asegura que en dicho trámite arbitral y sin ninguna aceptación por parte de SBS se procedió a designar árbitros y que posterior a la admisión de la demanda y del llamamiento en garantía, esta fue reformada.
24. Indica que en el referido trámite arbitral Ariguaní reclama perjuicios por los sobrecostos originados en la ejecución de las obras que al parecer no ejecutó Conalvías, utilizando la modalidad de precios unitarios, modificando así los acuerdos hechos por los constructores y contratantes para ejecutar las obras a precio fijo y llave en mano.
25. Sobre lo anterior, encuentra que:

“YUMA y sus socios IMPREGILO, FCP RUTA DEL SOL, GRODCO, TÉCNICA VIAL e INFRACON (esta última perteneciente al grupo CONALVÍAS) celebran un contrato de concesión presentando diseños que sirven de báculo para ejecutar una obra bajo la modalidad llave en mano y a precios fijos.”

“A los pocos días de concertado el contrato, se comenzaron a presentar circunstancias que implicaban inexorablemente que se presentarían mayores cantidades de obra y que resultaba posible ejecutar las obras en el plazo acordado. Desde luego tales circunstancias eran conocidas por los socios de YUMA.”

“YUMA cuyo socio mayoritario es IMPREGILO, traslada a ARIGUANÍ los riesgos originados en el mayor riesgo de contratación.”

“ARIGUANÍ, sociedad controlada por IMPREGILO, traslada ese mayor riesgo financiero a CONALVÍAS y a GRODCO.”

“CONALVÍAS y GRODCO no pueden ejecutar las obras por las falencias de diseño y mayores costos de las mismas, razón por la cual dan por terminados los contratos.”

“ARIGUANÍ demanda a GRODCO y a CONALVÍAS para que se reconozcan como perjuicios los mayores costos que corresponden a los precios unitarios y no a un precio fijo, para en esta forma el riesgo que implica la modalidad de este último contrato sea trasladado a las compañías de seguros garantes.”

26. Sostiene que los anteriores hechos conllevan a que el contrato de seguros se concertó con objeto y causa ilícita.
27. Refiere al Auto 2018-01-101183 del 22 de marzo de 2018 en el que la Superintendencia de Sociedades decretó el inicio de reorganización de la sociedad Constructora Conalvías S.A.S.
28. Señala que la ANI el 31 de enero de 2018 inició el proceso administrativo sancionatorio (ley 1447/11. Art. 86) ante posibles incumplimientos de la sociedad Yuma en el contrato de concesión No. 7 de 2010 al que se ha hecho referencia, proceso en el que Yuma ha sostenido que dicho contrato ha sufrido desde su inicio un grave desequilibrio económico

y que tanto la licitación pública SA LP 001 de 2010 así como el contrato de concesión se encuentran viciados de nulidad absoluta.

5.3. Contestación de la demanda de reconvencción y formulación de excepciones por parte de Constructora Ariguaní S.A.S.

Al contestar la demanda de reconvencción, Ariguaní se opuso a todas las pretensiones en su contra aducidas por la convocada y se pronunció sobre los hechos admitiendo algunos como ciertos, otros de manera parcial o que no le constaban y negando los restantes.

Adicionalmente, dentro del planteamiento defensivo presentado formuló, “además de la genérica” las siguientes excepciones que denominó de “fondo”:

1. *Inexistencia de circunstancias que den lugar a la nulidad absoluta o relativa.*
2. *Inaplicabilidad del artículo 1714 del Código Civil e improcedencia de la Nulidad Absoluta del Contrato de Seguro.*
3. *En este caso no se cumplen los supuestos contemplados en el artículo 1741 del Código Civil.*
4. *Inexistencia de reticencia y/o inexactitud.*
5. *Prescripción de la nulidad relativa por reticencia e inexactitud.*
6. *Prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro frente a la supuesta reticencia e inexactitud.*
7. *Inaplicabilidad de las acciones consagradas en el artículo 1058 del Código de Comercio por cuanto la Aseguradora ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre los que versan los supuestos vicios de la declaración.*
8. *Inexistencia de la agravación del estado del riesgo.*
9. *Inexistencia de errores de diseño.*

10. *Al desistimiento del tribunal arbitral adelantado por Yuma en contra de la ANI no configuró una agravación del estado del riesgo.*
11. *Las daciones en pago no fueron concertadas de mala fe.*
12. *Las daciones en pago no generaron agravación del estado del riesgo.*
13. *Las daciones en pago no modificaron la forma de amortizar el anticipo.*
14. *La imputación de los valores de las daciones en pago no se hizo de manera irregular.*
15. *Inaplicación de la sanción del artículo 1060 del Código de Comercio.*
16. *Prescripción frete a la supuesta agravación del estado del riesgo.*
17. *Función de garantía de la Póliza de Cumplimiento.*
18. *El contrato de seguro no tuvo objeto ilícito no causa ilícita.*
19. *Los riesgos del Subcontrato amparados por el contrato de seguro no son ilegales.*
20. *La asunción por parte de Conalvías del riesgo de mayores y menores cantidades de obra no es ilegal.*
21. *SBS conoció o debió conocer al momento de celebrar el contrato de seguro la asunción por parte de Conalvías del riesgo de mayores y menores cantidades de obra del Subcontrato EPC-001-12.*
22. *Actos propios. La aseguradora no puede venir a desconocer las cláusulas del Subcontrato amparado.*
23. *Los efectos económicos de circunstancias tales como las consultas previas, el licenciamiento ambiental, la exigencia de la ANLA de construir 15 variantes adicionales, entre otras, no se materializaron mientras Conalvías ejecutó el Subcontrato.*
24. *Los mayores o menores costos no afectaron el amparo de amortización del anticipo.*

25. *Para la fecha de suscripción del contrato de seguro tan sólo existían algunos diseños de detalle del proyecto.*

5.4. Contestación de la demanda de reconvencción y formulación de excepciones por parte del litisconsorte necesario Conalvías Construcciones S.A.S.

Al contestar la demanda de reconvencción, Conalvías se opuso a todas las pretensiones aducidas en la demanda por la convocada y se pronunció sobre los hechos admitiendo algunos como ciertos, otros de manera parcial o que no le constaban y negando los restantes.

Adicionalmente, dentro del planteamiento defensivo presentado formuló, las siguientes excepciones que denominó de “mérito”:

1. *Prescripción de la acción de nulidad absoluta y relativa.*
2. *Prescripción de la acción que se deriva de la supuesta agravación del riesgo.*
3. *Inexistencia de los presupuestos de la nulidad absoluta.*
4. *Inexistencia de los presupuestos del artículo 1058 del Código de Comercio.*
5. *No hubo agravación del riesgo en los términos del artículo 1060 del Código de Comercio.*
6. *No existió mala fe por parte de Conalvías.*
7. *La aseguradora conocía o debía conocer todos los riesgos que amparó con la expedición de la póliza.*
8. *Improcedencia de las pretensiones por haber sido asumido el pago del anticipo por Conalvías dentro del proceso de insolvencia.*
9. *Indebida integración y falta de competencia del tribunal de arbitramento.*

II. ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES

1. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

El 18 de marzo de 2019²⁴ se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite, en la que mediante Auto No. 15, tras memorar el pacto arbitral y previa exposición de las consideraciones pertinentes con arreglo a la ley, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento.

Frente a la anterior decisión Conalvías formuló recurso de reposición al cual se le dio trámite en la misma audiencia y expuestas las consideraciones pertinentes, el Tribunal emitió su pronunciamiento despachándolo desfavorablemente.

2. ETAPA PROBATORIA

Por Auto No. 17 proferido en la Primera Audiencia de Trámite, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes y el litisconsorte necesario en las oportunidades procesales dispuestas en la ley.

Para el efecto, la etapa probatoria se desarrolló así:

2.1. Pruebas Documentales

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una correspondiera, los documentos aportados por las partes en las oportunidades procesales establecidas en la ley, los aportados por algunos de los testigos en el transcurso de sus declaraciones, así como las obtenidas respecto de las exhibiciones de documentos practicadas y las respuestas a los oficios librados.

2.2. Testimonios y declaraciones de parte

Se decretaron y practicaron las pruebas de declaraciones de parte y los testimonios de las personas que se indican a continuación, cuyas intervenciones fueron grabadas y las

²⁴ Folios 162 a 184 del C. Principal No. 2.

correspondientes transcripciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al expediente²⁵.

- El 9 de abril de 2019 se recibieron las declaraciones de parte de los señores Marco Tentorio representante legal de Constructora Ariguaní S.A.S. y Luis Carlos González Moreno representante legal de SBS Seguros Colombia S.A. Adicionalmente, se recibió el testimonio del señor Javier Gustavo Carrasco Tovar.
- El 11 de abril de 2019 se recibieron los testimonios de los señores Rafael Andrés Low Calderón, Andrés Marulanda Escobar y Paola Andrea Reyes Gómez.
- El 25 de abril del señor Francisco Andrés Rodríguez García, representante legal de la sociedad Preving – Previsión de Riesgos e Ingeniería, quien declaró sobre el documento denominado “INFORME DEFINITIVO (25 DE NOVIEMBRE DE 2.15) CONALVÍAS RUTA DEL SOL SECTOR III”, documentos sobre el cual también se realizó su reconocimiento conforme lo solicitado por la parte demandada.
- El 30 de abril de 2019 se recibió la declaración de parte del señor Hugo Jaramillo Gutiérrez, representante legal de Conalvías Construcciones S.A.S. Adicionalmente, se recibió el testimonio del señor Leonardo Castro.

Luego de haber sido decretados, las partes desistieron de la práctica de los siguientes testimonios:

- Ariguaní
 - Iván Dussan
 - Ernesto Guttman
 - Francesco Stooponi
 - Diana Gavilán
 - Jesús Arnoldi Rubio
- SBS
 - Jesús Arnoldi Rubio

²⁵ Folios 289 a 401 del C. de Pruebas No. 22.

- Conalvías
 - Alvaro Torres
 - Jorge Eduardo Chemas
 - Mauricio Gutiérrez
 - Francesco Stopponi

2.3. Exhibición de documentos

- a. El Tribunal decretó la exhibición de documentos a cargo de **SBS Seguros Colombia S.A.** la cual se inició en audiencia celebrada el 25 de abril de 2019, oportunidad en la que se hizo entrega de algunos documentos que fueron puestos a disposición de las partes para su selección y posterior incorporación al expediente.
- b. El Tribunal decretó la exhibición de documentos a cargo de **Delima Marsh S.A.** la cual se inició en audiencia celebrada el 25 de abril de 2019, oportunidad en la que se hizo entrega de algunos documentos que fueron puestos a disposición de las partes para su selección y posterior incorporación al expediente.

Posteriormente, tanto Ariguaní como Conalvías informaron al Tribunal la lista de documentos que solicitaban fueran incorporados al expediente con motivo de las exhibiciones de documentos decretadas.

En audiencia celebrada el 14 de mayo de 2019, se procedió a la continuación de las exhibiciones de documentos ordenando incorporar al expediente²⁶ los documentos relacionados por Ariguaní y Conalvías. De otra parte, conforme a las manifestaciones de las partes, se dio por terminadas las diligencias de exhibición de documentos.

Finalmente, en lo que respecta a la parte demandada, ésta solicitó la práctica de una exhibición de documentos a cargo de Fiduciaria Davivienda S.A., respecto de la cual el Tribunal se abstuvo de decretarla por no cumplir con los requisitos previstos en el art. 266 del C.G.P.

²⁶ C. de Pruebas No. 23 a 26.

2.4. Prueba trasladada

En los términos del art. 174 del C.G.P., se ordenó tener como pruebas trasladadas, las siguientes:

- **Proceso de reorganización de Conalvías, expediente 25690 adelantado por la Superintendencia de Sociedades**, a fin de obtener:
 - a. Copia del video de la audiencia de resolución de objeciones llevada a cabo el 28 de abril de 2016.
 - b. Copia de la totalidad del audio video correspondiente a la audiencia de confirmación del acuerdo de reorganización de Conalvías celebrada el 29 de abril de 2016 y 4 de marzo de 2016.

Los documentos remitidos obran a folios 414 a 415 del C. de Pruebas No. 17.

- **Tribunal de Arbitramento de Ariguaní frente a Conalvías** integrado por los árbitros Nicolás Gamboa Morales, Presidente, Andrés Fernández de Soto y Samuel Chalela Ortiz, Secretaria Clara Lucía Uribe, para que remitieran los siguientes medios probatorios.
 - a. Reforma de la demanda presentada por Ariguaní frente a Conalvías
 - b. Contestación a la anterior demanda
 - c. Los cuatro dictámenes periciales practicados por JOYCO S.A.S., incluida la totalidad de los anexos al mismo.
 - d. Los audios de las audiencias que se realizaron para la contradicción de los anteriores dictámenes.
 - e. El testimonio que rindió el 28 de mayo de 2018 el ingeniero Andrés Marulanda, en calidad de representante legal de INGETEC.

Los documentos remitidos obran en los C. de Pruebas No. 18 a 22.

- **Tribunal de Arbitramento de Ariguaní frente a Grodco**, integrado por los Árbitros María Teresa Palacio, presidente, David Luna y Orlando Abello, secretaria Gabriela Monroy, para que remitieran los siguientes medios probatorios:
 - a. Copia de la demanda presentada por Ariguaní frente a Grodco

- b. Copia de la demanda de reconvención de Grodco frente a Ariguaní.

Los documentos remitidos obran a folios 245 a 413 del C. de Pruebas No. 17.

Para el efecto, por Secretaría se libraron los correspondientes oficios y los requerimientos efectuados por el Tribunal fueron atendidos satisfactoriamente. Las respuestas a dichos oficios fueron incorporadas al expediente y puestas en conocimiento de las partes sin que hicieran manifestaciones sobre el particular.

2.5. Oficio

Se ordenó oficiar a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI-, a fin de que remitiera copia de la totalidad del proceso administrativo sancionatorio iniciado en contra de YUMA, en relación con posibles incumplimientos del Contrato de Concesión No. 007 de 201 celebrado entre la ANI y Yuma Concesionaria S.A. y al que fue convocado mediante radicado 2017-701-041-717-1. Incluyendo las audiencias de descargos y la totalidad de los medios probatorios practicados.

La información remitida fue incorporada al expediente y obra a folios 150 a 167 del C. de Pruebas No. 22, información puesta en conocimiento de las partes sin que hicieran manifestaciones sobre el particular.

2.6. Prueba por informe

En los términos del art. 275 del C.G.P. se decretó una prueba por informe a cargo de la Revisoría Fiscal de Constructora Ariguaní S.A.S. y Yuma Concesionaria S.A.S., a fin de que certificaran lo siguiente:

- a. Las variaciones a la composición accionaria de cada una de dichas sociedades.
- b. La actual composición accionaria de tales sociedades.

Para el efecto, por Secretaría se libraron los correspondientes oficios y los requerimientos efectuados por el Tribunal fueron atendidos satisfactoriamente. Las respuestas a dichos oficios fueron incorporadas al expediente²⁷ y puestas en conocimiento de las partes sin que éstas hicieran manifestaciones sobre el particular.

²⁷ Folios 240 a 244 del C. de Pruebas No. 17 y 285 a 287 del C. de Pruebas No. 22

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En audiencia celebrada el 18 de julio de 2019, las partes oralmente presentaron sus conclusiones finales acerca de los argumentos de convicción resultantes de la prueba producida en el proceso y los correspondientes resúmenes escritos allí presentados fueron incorporados al expediente.²⁸

III. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

El término de duración del presente proceso es de seis (6) meses por mandato del artículo 10 de la Ley 1563 de 2013 como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto. Su cómputo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir, el 18 de marzo de 2019, por lo cual dicho plazo vencería el 18 de septiembre de 2019. Sin embargo, por solicitud de las partes y del litisconsorte necesario, el proceso estuvo suspendido en los siguientes espacios de tiempo:

Suspensión decretada	Días
Acta No. 9 – Auto No. 18, entre el 19 de marzo y el 8 de abril de 2019	14
Acta No. 11 – Auto No. 20, entre el 15 y el 24 de abril de 2019	6
Acta No. 13 – Auto No. 24, entre el 7 y 13 de mayo de 2019	5
Acta No. 14 – Auto No. 26, entre el 15 de mayo y 17 de julio de 2019	43
Número total de días en que el proceso estuvo suspendido	68

El proceso estuvo suspendido 68 días, que sumados a los del término de ley, llevan a concluir que este vence el 27 de diciembre de 2019.

Por lo anterior, la expedición del presente Laudo en la fecha es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

²⁸ C. Principal No. 3.

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO

Encuentra el Tribunal que las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. De conformidad con los documentos que obran en el expediente, Constructora Ariguaní S.A.S., SBS Seguros Colombia S.A. y Conalvías Construcciones S.A.S. son personas jurídicas que tienen su domicilio respectivamente en las ciudades de Bogotá para la demandante y la demandada y Cali en lo que tiene que ver con el litisconsorte necesario, e igualmente cada una de ellas actuó por conducto de apoderado reconocido en el proceso.

Asimismo, mediante Auto No. 15 proferido en la Primera Audiencia de Trámite, el Tribunal confirmó esa capacidad de las partes y verificó su debida representación; que se habían consignado oportunamente la totalidad de los montos fijados por concepto de gastos y honorarios; que la cláusula compromisoria fundamento y límite a la vez del presente proceso, está ajustada a Derecho y tiene por objeto un conflicto de intereses de estirpe contractual entre las partes aquí comprometidas y que versa sobre materias claramente disponibles, y que, en consecuencia, tenía para ese momento, y todavía conserva, competencia para resolver la controversia.

Y a su vez, los escritos de demanda y demanda de reconvenición reúnen las exigencias necesarias para este mismo propósito, toda vez que satisfacen plenamente los requisitos formales previstos en el artículo 82 y siguientes del Código General del Proceso.

En síntesis, del recuento que antecede se sigue que la relación procesal existente en el presente caso se constituyó regularmente y que en el desenvolvimiento del trámite no se configura defecto alguno que pueda invalidar, en todo o en parte, la actuación surtida, y que por no encontrarse saneado imponga al Tribunal la necesidad de dar aplicación al artículo 137 del Código General del Proceso²⁹, por lo cual resulta procedente decidir acerca del mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes.

²⁹ El Art. 137 del Código General del Proceso establece: “En cualquier estado del proceso el juez ordenará poner en conocimiento de la parte afectada las nulidades que no hayan sido saneadas. Cuando se originen en las causales 4 y 8 del artículo 133 el auto se le notificará al afectado de conformidad con las reglas generales previstas en los artículos 291 y 292. Si dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación dicha parte no alega la nulidad, esta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario el juez la declarará.”

V. CONSIDERACIONES

1. LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN INTERPUESTA POR LA CONVOCADA

SBS Seguros Colombia S.A., en su contestación a la demanda principal, entre otras excepciones, interpuso la de “PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGUROS”, por cuanto, en su sentir, al terminar **Conalvías Construcciones S.A.S.** el Subcontrato mediante comunicación de 16 de septiembre de 2015, para el 11 de diciembre de 2017, fecha de presentación del libelo genitor del *proceso “ya había ocurrido el fenómeno prescriptivo”* consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio, disposición aplicable al seguro de cumplimiento, y es improcedente la invocada interrupción según el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, porque, a su juicio, la acción, hechos, pretensiones y pruebas de este asunto son diferentes al llamamiento en garantía conocido por el tribunal de arbitraje³⁰. En su alegato de conclusión, solicitó declarar la prosperidad de la excepción al estar consumado el término de prescripción de la acción cuando se presentó la demanda el 11 de diciembre de 2017, por haber “*transcurrido más de dos años desde la fecha en que se avisó el hipotético siniestro (07 de diciembre de 2015)*”, reiteró la improcedencia de la alegada interrupción de la prescripción en tanto no fue demandada sino llamada en garantía en el tribunal anterior, situación procesal y pretensión distinta a la de este proceso, y precisó que el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, refiere al “demandante” y no al “llamante en garantía”.

Constructora Ariguaní S.A.S. dentro del término del traslado de las excepciones perentorias, con escrito de 18 de diciembre de 2018 acompañó copias de las piezas procesales pertinentes, demanda y llamamientos en garantía, sus reformas, respuestas y decisiones en el Tribunal Arbitral de **Constructora Ariguaní S.A.S.** -Convocante- contra **Conalvías Construcciones S.A.S.** -Convocada-, **AIG Seguros Colombia S.A.** (hoy **SBS Seguros Colombia S.A.**), **Liberty Seguros S.A.** y **CHUBB de Colombia S.A.** -Llamados en Garantía- solicitó tenerlas por prueba, se opuso y precisó “que los hechos, pretensiones y pruebas en relación con el anticipo son los mismos del proceso que nos ocupa”³¹. En su alegato conclusivo, pide desestimar la excepción de prescripción al haber instaurado la

³⁰ Folios 203 y 204 del C. Principal No. 2.

³¹ Folios 475 a 489 del C. Principal No. 1, folios 63 a 122 del C. de Pruebas No. 8 y folios 1 a 427 del C. de Pruebas No. 10.

demanda el 11 de diciembre de 2017 dentro del término de los veinte días consagrado en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012 contado a partir del Auto No. 30 del 10 de noviembre de 2017 que confirmó el de 26 de octubre de 2017 en el que el Tribunal se declaró no competente para conocer de las pretensiones de incumplimiento contra **Conalvias Construcciones S.A.S** relacionadas con el anticipo, y en tal virtud frente a la llamada en garantía por la ocurrencia del siniestro y la condena al pago de la indemnización, esto es, “los hechos, pretensiones y pruebas en relación con el anticipo son los mismos del proceso que nos ocupa”, sin existir diferencia *“entre lo solicitado por concepto de Anticipo Inicial en el llamamiento en garantía formulado dentro del trámite arbitral adelantado contra Conalvias y la demanda principal del proceso que nos ocupa”*.

De conformidad con el artículo 1081 del Código de Comercio, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro es ordinaria o extraordinaria; la primera, de dos años *“empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción”*, y la última, *“de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho”*³², esto es, desde el conocimiento real o presunto del siniestro, o a partir del nacimiento o constitución del derecho. La referida distinción sin constituir una dicotomía irreconciliable, como postula la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia³³, en la ordinaria, *“implica el ‘conocimiento’ real o presunto por parte del titular de la respectiva acción, en concreto, de la ocurrencia del hecho que la genera, cuestión que dependerá, por tanto, no del acaecimiento del mismo, desde una perspectiva ontológica y, por ende, material, sino del instante en que el interesado se informó de dicho acontecer o debió saber de su realización, vale decir desde que se volvió cognoscible, o por lo menos pudo volverse (enteramiento efectivo o presuntivo, respectivamente). En cambio, [...]la prescripción extraordinaria irrumpirá a partir del surgimiento, en el cosmos jurídico, del respectivo derecho, independientemente de cualquier enteramiento que sobre su existencia tenga o no el titular; basta pues su floración, como tal, para que la prescripción extraordinaria empiece a correr. De ahí su caracterizada y anunciada objetividad, que se contrapone, por completo, a la más mínima subjetividad. [...]”*³⁴.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de 4 de julio de 1977, Exp.2396; 7 de julio de 1977, G.J. CLV,139; 18 de mayo de 1994, Rad. 4106; 3 de mayo de 2000, Exp.5360; 19 de febrero de 2002, Exp.6011; 31 de julio de 2002, Exp.7498; 19 de febrero de 2003, Exp.6571; 12 de febrero de 2007, Exp.1999-00749; 18 de diciembre de 2012, Expediente 2007-00071; 29 de junio de 2015, Rad. 1500131030022006-00343-01; 14 de diciembre de 2015, Radicación n° 1500131030022006-00343-01. Corte Constitucional, Sentencias C-388 de 1998, y T-662/2013.

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de noviembre 8 de 1999. Expediente 6185; Corte Constitucional, Sentencia T-662/2013.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de junio de 2007, Expediente No. 11001-31-03-009-1998-04690-01, agrega: “La Corte, en sentencia de 3 de mayo de 2000, en consonancia con el mencionado designio

En armonía con la jurisprudencia de la Sala Civil , “el término de la prescripción extraordinaria corre, según el evento, desde el día del siniestro, (cuando la acción ejercida es la de reconocimiento de la indemnización) o desde cuando se perfeccionó el contrato viciado por una reticencia o inexactitud (si se demanda la nulidad relativa del pacto), háyase o no tenido conocimiento real o presunto de su ocurrencia, y no se suspende en ningún caso, como sí sucede con la ordinaria (artículo 2530 del C.C.)”, en forma que “[J]uego de fenecido el quinquenio en referencia, la relación jurídica se tornará inescrutable, con todo lo que ello supone, como quiera que no podrá acudir, con éxito, al expediente prescriptivo, así se compruebe fehacientemente que el asegurador, por vía de elocuente ejemplo, no conoció el hecho detonante del surgimiento de su derecho impugnativo (la reticencia o la inexactitud), que autorizan la petición de nulidad relativa del contrato celebrado (art. 1058, del C. de Co.)³⁵, sino luego de expirado dicho período, en tal virtud fatal, concretamente cuando se le formuló la reclamación respectiva, acto éste que, de ordinario, es el que le permite enterarse al empresario, según las específicas circunstancias, de que su asentimiento fue arrancado en desarrollo de una declaración de asegurabilidad vacía de fidelidad o de sinceridad (art. 1.058, ibídem).[...] Lo propio debe decirse en torno a la excepción de nulidad emergente de las citadas circunstancias, toda vez que ésta es disciplinada, igualmente, por el artículo 1.081 del C. de Co., así la norma se refiera, lato sensu, a las acciones, vocablo dentro del cual, en línea de principio, deben quedar cobijadas este tipo de excepciones, pues conforme quedó expuesto en los antecedentes legislativos de la citada disposición transcritos al inicio de estas consideraciones, al vencerse el término de los cinco (5) años el asegurador “...ya no podrá alegar la nulidad del contrato por vicios en la declaración de asegurabilidad” ni por vía de acción ni de excepción, se agrega³⁶.

legislativo, expresó que ‘al contrario de lo que acontece en un apreciable número de naciones, el legislador colombiano, ex profeso, le dio carta de ciudadanía a una prescripción (la extraordinaria) fundada en razonamientos absolutamente objetivos, [...]...La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen...’, de todas ellas por igual, reitera la Corte, ‘podrá ser ordinaria y extraordinaria’. [...], y que, por tanto, la aplicación de una y otra de esas formas de prescripción extintiva depende de la persona que ejerza la respectiva acción o intente la efectividad de algún derecho y de la posición que ella tenga en relación, precisamente, con el hecho que motive la acción o con el derecho que persigue” (Se subraya; Cas. Cid., Sentencia de 19 de febrero de 2002)”.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 4 de marzo de 2016, Radicación n° 05001-31-03-003-2008-00034-01: “[...] Concretándose al cómputo de la prescripción que corre frente al asegurador, ya sea para demandar o excepcionar la nulidad relativa del contrato de seguro por reticencia o inexactitud, precisó la Sala que la ordinaria «operará a partir del momento en que el asegurador conoció o debió conocer el hecho generador de la rescisión del contrato, es decir la inexactitud o reticencia comentadas», mientras que la extraordinaria es «desde la fecha de materialización de la inexactitud o reticencia que, en sede contractual, será estrictamente aquella en la cual se perfeccione el contrato viciado por la mediación de tales irregularidades».”

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de mayo de 2000, Expediente Exp. 5360, además debe establecerse “[...]en cada caso concreto la naturaleza de la prestación reclamada, pues ésta ha de determinar a su turno cuál “es el hecho que da base a la acción” (tratándose de la prescripción ordinaria) y en qué momento “nace el respectivo derecho” (cuando se invoque la prescripción extraordinaria); desde luego que esas acciones no siempre

Con estas premisas, en la cuestión litigiosa es pertinente determinar el ejercicio oportuno de la acción ejercida en la demanda o la consumación de la prescripción según el ordenamiento jurídico y su entendimiento jurisprudencial.

A juicio de la parte Convocada, en la fecha de presentación de la demanda el 11 de diciembre de 2017, ya había ocurrido la prescripción de la acción porque el Subcontrato terminó el 16 de septiembre de 2015, y habían “transcurrido más de dos años desde la fecha en que se avisó el hipotético siniestro (07 de diciembre de 2015”, sin que el llamamiento en garantía antes citado la hubiera interrumpido al tratarse de acciones, hechos, pretensiones y pruebas diferentes, por lo cual resulta improcedente la interrupción prevista en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, que refiere al “demandante” y no al “llamante en garantía”, dado que no fue demandada en ese proceso sino llamada en garantía.

Para dilucidar la problemática planteada, la figura **legis** del llamamiento en garantía, en su regulación actual desarrolla el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, comporta el ejercicio de una acción, derecho o pretensión propia derivada de la relación legal o contractual que vincula al llamante y al llamado, o del derecho al saneamiento por evicción, cuya definición se procura en un proceso ya iniciado y en la misma sentencia, esto es, comprende además de las relaciones de garantía, toda relación legal o contractual de la cual se derive un derecho a exigir de “otro” la indemnización del perjuicio que se llegue a experimentar o el reembolso del pago que deba hacerse por la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o que se le promueva, esto es, cubre las contingencias de su resultado concreto entre las primitivas partes del proceso, y en los procesos arbitrales se somete “a las normas que regulan la materia” en el Código General del Proceso (artículo 37 de la Ley 1563 de 2012)³⁷, que establece sus presupuestos (artículo 64)³⁸, requisitos artículo 65), y trámite (artículo 64), en particular, i) la afirmación por el

tienen su origen en un solo hecho o acontecimiento, pues éste varía conforme al interés de su respectivo titular (tomador, asegurado, beneficiario, o asegurador), y tampoco tienen siempre su fuente en el contrato mismo de seguro, sino algunas veces en la ley, como acontece con las acciones y las excepciones de nulidad relativa, la devolución de la prima etc. (...) Así, el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción (prescripción ordinaria), será distinto en cada caso concreto, según sea el tipo de acción a intentar, y quién su titular, y otro tanto es pertinente predicar del “momento en que nace el respectivo derecho”, cuando se trate de la prescripción extraordinaria, pues en ésta ese momento tampoco es uno mismo para todos los casos, sino que está dado por el interés que mueve a su respectivo titular”; Sentencia SC5297-2018, de 6 de diciembre de 2018, Radicación n.º 76001-31-03-012-2007-00217-01.

³⁷ El artículo 225 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reguló el llamamiento en garantía y en lo no previsto remite al Código General del Proceso que derogó y reemplazó el Código de Procedimiento Civil.

³⁸ “ARTÍCULO 64. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como

llamante de un derecho legal o contractual para exigir del llamado, ii) la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o iii) el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer (iii) como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o la existencia del derecho al saneamiento por evicción según la ley sustancial.

Están legitimados para formular el llamamiento, el titular del derecho al saneamiento por evicción, las partes, demandante y demandada, y el llamado en garantía.

En este sentido, se reserva a determinados sujetos y su ejercicio es potestativo del llamante que podrá ejercer el demandante en la demanda, el demandado en el término de su contestación y el convocado en la oportunidad para contestarlo³⁹, solicitando, mediante la presentación de una demanda con todos sus requisitos formales, que en el mismo proceso se resuelva tal relación (artículos 64 y 65, CGP).

En lo tocante al extremo pasivo, o sea, respecto de quien procede, llamado, convocado, citado o demandado en garantía, en línea de principio, es un tercero en el proceso y a la relación jurídica sustancial controvertida entre las partes primitivas donde se formula⁴⁰. Sin embargo, el artículo 65 del Código General del Proceso, permite su formulación a “otro” contra quien el llamante afirme tener el derecho, surgido de la ley o de un contrato, para exigirle la indemnización del perjuicio que experimente o el reembolso del pago que deba hacer por la sentencia que se dicte en el proceso que promueva (demandante) o se le promueva (demandado), y también, frente a quien se tiene el derecho de saneamiento por evicción, lo que supera la distinción con la denuncia del pleito⁴¹, y la limitación a un “tercero” contemplada en el derogado Código de Procedimiento Civil (art. 57), extendiéndolo, incluso a las partes⁴², como ha señalado la jurisprudencia⁴³, siempre que la relación legal o

resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”

³⁹ Artículo 65, Código General del Proceso: “El convocado podrá a su vez llamar en garantía”.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de abril de 2018, Radicación No. 13001-31-03-004-2000-00556-01.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de octubre de 2000, Expediente 5387: “[...] según lo tiene entendido la doctrina particular y la jurisprudencia de esta Corporación al llamamiento en garantía, también se aplica, por analogía, el artículo 54 del Código de Procedimiento Civil, (...) De ahí que con razón se califique como artificial e inoficiosa la distinción entre denuncia del pleito y llamamiento en garantía, para consecuentemente abogarse por un tratamiento común o único, como en otras legislaciones se consagra”.

⁴² Comisión Redactora del Proyecto de Código General del Proceso. Acta número 09 del 15 de octubre de 2003.: “Hace uso de la palabra el Dr. Álvarez quien inquiere si se va a considerar la figura de la demanda de coparte. A este propósito manifiesta el secretario que en la disposición que se refiere al „llamamiento en garantía” se modificó la expresión “tercero” por el vocablo “otro” para suprimir la limitación que hoy existe y permitir que un demandado llame en garantía a

contractual con el llamado no sea exactamente la misma a la existente entre las partes primigenias del proceso.

En efecto, la calidad de parte demandante o demandada primigenias del proceso donde se formula, aun en la hipótesis del llamamiento por una o frente a otra es diversa a la que surge del mismo que comporta de suyo una posición autónoma e independiente de demandante y demandada radicadas exclusivamente en el llamante y el llamado en cuanto el derecho a exigir al llamado la indemnización del perjuicio o el reembolso del pago que deba hacer en virtud de la sentencia dictada en el proceso, dimana de una relación legal o negocial entre ellos que no se confunde con la controvertida por las partes ni con su posición o situación jurídica⁴⁴.

En las voces del artículo 64 del Código General del Proceso, por otro lado, el llamamiento en garantía no permite pretender del llamado la indemnización de un perjuicio o el reembolso de un pago que el llamante no experimente o no deba hacer por la sentencia que se profiera en su contra, esto es, cubre las contingencias de la sentencia que le es adversa. Por esta inteligencia, con específica alusión al artículo 57 del derogado Código de Procedimiento Civil, y al derecho legal o contractual de exigir al llamado, *“la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia”*, similar a consagrada artículo 64 del C.G.P. (*“la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva”*), ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que la *“justificación procesal del llamamiento en garantía, previsto en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, no es otra que la de la economía, pues lo que se procura es hacer valer en un mismo proceso, las relaciones legales o contractuales que obligan al tercero a indemnizar, sin perjuicio, claro está, de las garantías fundamentales del proceso, que en manera alguna se ven conculcadas. Por tal razón, la Corte ha sostenido que “El texto mismo del precepto transcrito indica que el llamamiento en garantía requiere como elemento esencial que por razón de la*

otro de los demandados, lo que constituye el propósito de la demanda de coparte. Se aclara que en el proceso ejecutivo no es posible aplicar la demanda de coparte”.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Auto abril 5 de 2017, Rad. 2015-00721/46142 Sección Tercera, Subsección B, Auto diciembre 13 de 2017, Rad. 2016-00299/59783, reiterada en Auto de abril 4 de 2018, Rad. 2016-2016-00178/59301.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de abril de 2018 [SC-1304-2018], Radicación n.º 13001-31-03-004-2000-00556-01: “Ello da pie a la Corte para refrendar y recordar que cuando una de las partes llama en garantía a un tercero, la relación jurídica sustancial que allí se dilucida, ontológicamente distinta de la primigenia debatida en la causa, no surte efectos frente a la otra parte, usualmente demandante, quien por tanto no está legitimada para cobrar al llamado una eventual condena que el juez profiera en el marco de la pretensión revérsica debatida”.

ley o del contrato, el llamado deba correr con las contingencias de la sentencia, como consecuencia de la cual el demandado se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago” (Sent. de 11 de mayo de 1976)”.

Por supuesto que según indica dicha sentencia, “[...] sea que el llamamiento en garantía lo proponga una u otra parte, lo significativo es que éste comporta el planteamiento de la llamada pretensión revérsica, o la “proposición anticipada de la pretensión de regreso” ..., o el denominado “derecho de regresión” o “de reversión”, como lo ha indicado la Corte, que tiene como causa la relación sustancial de garantía que obliga al tercero frente a la parte llamante, “a indemnizarle el perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia” (artículo 57). De modo que, de acuerdo con la concepción que sobre el llamamiento en garantía establece el texto legal antes citado, la pretensión que contra el tercero se formula es una pretensión de condena eventual (in eventum), es decir, que ella sólo cobra vigencia ante el hecho cierto del vencimiento de la parte original y que con ocasión de esa contingencia de la sentencia, “se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago”, como lo ha dicho la Corte” De otro lado, como igualmente lo ha explicado la jurisprudencia, dado que eso es lo que impera la lógica y la técnica de la sentencia, el reembolso o el pago se debe disponer por parte del tercero (llamado), al llamante, denomínese demandante o demandado, que hubo de resultar condenado, pero nunca per saltum a quien no fue el citante, porque se trata de relaciones jurídicas perfectamente diferenciables: la del demandante con el demandado y la del llamante con el tercero. Necesítase, dice la Corte, “que el llamante sea condenado como consecuencia de la demanda que se dirigió contra él; y que el llamado esté obligado por ley a resarcirlo de este mismo riesgo, o que, previamente haya contratado tal resarcimiento” (Sent. de 28 de septiembre de 1977). Desde luego que la técnica de la decisión no puede ser distinta, porque necesariamente el llamamiento en garantía, que implica la proposición de una novedosa pretensión del llamante frente al llamado, conduce a la aparición de un proceso acumulativo, justificado, como ya se dijo, en la economía procesal, que es la que a la postre determina la anticipación de la pretensión de regreso”. [...] De modo que sólo en el evento de resultar adversa la sentencia a la pretensión del demandante frente al demandado, se abre la posibilidad de examinar la pretensión revérsica e in eventum, que ese mismo demandante formuló contra el llamado, como en el caso en efecto ocurre. Lo anterior, no empece el llamante aducir la existencia del perjuicio como causa de la pretensión directa, porque éste sólo cobra certeza en la esfera judicial para dar margen a la

*fundabilidad de la pretensión de regreso, formulada contra el llamado, como consecuencia de la sentencia adversa a la pretensión originalmente propuesta*⁴⁵.

Desde esta perspectiva, se comprende además la declaración de incompetencia adoptada por el Tribunal anteriormente citado para conocer de las pretensiones del llamamiento en garantía.

Empero, ello no excluye la aplicación del artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, disposición especial, preferente y prevalente al disponer de manera expresa, prístina e inequívoca que cuando el tribunal decida que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda o de la reconvención -previsión que al no limitar ni distinguir el precepto, comprende la demanda de llamamiento en garantía- se declararán extinguidos los efectos del pacto arbitral en el caso en concreto y *“para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente”*.

A este respecto, debe anotarse que con anterioridad al mencionado artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia admitió que el llamamiento en garantía formulado a la aseguradora interrumpe la prescripción desde la fecha de su presentación⁴⁶, y en el mismo sentido la Corte Constitucional tratándose de demanda presentada ante el juez permanente cuando prosperaba la excepción de compromiso o cláusula compromisoria⁴⁷. Por consiguiente, es pertinente concluir que por el llamamiento en garantía, y conforme lo dispone el artículo 65 del Código General del Proceso, aplicable en los trámites arbitrales, el llamante debe formular una demanda con todos sus requisitos, contra el llamado en virtud de una relación legal o contractual distinta de la controvertida en el proceso que las ata única y exclusivamente a ellas, y respecto de la cual cada una ostenta la posición de parte demandante y demandada en forma autónoma, distinta e independiente a la de las partes primitivas del proceso donde se formula, además que contiene el ejercicio de una acción, derecho o pretensión diferente, por lo que, delante de la incompetencia declarada por un tribunal arbitral para conocer de las mismas, la conservación de los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje está sujeta a que el

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de octubre 24 de 2000, Expediente 5387.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 de mayo de 1994, Expediente 4106, G.J. t. CCXXVIII, p. 1235.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2004, al declarar inexecutable el numeral 2 del entonces artículo 91 del C. de P.C., modificado por el artículo 11 de la Ley 794 de 2003, en cuanto refería a la ineficacia de la interrupción de la prescripción cuando prospera la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, en cuyo caso, “en el mismo auto, el juez señalará un plazo judicial razonable para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente tribunal de arbitramento, mientras el legislador no regule de manera distinta el tema.”

llamante demandante la instaure ante el juez competente dentro del término máximo de veinte días a la ejecutoria de la providencia respectiva. Nótese que el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, es norma procesal de orden público contentivo de un derecho para el demandante consistente en la conservación de los efectos derivados de la presentación de la demanda, dentro de éstos la interrupción de los términos prescriptivos de la acción (artículos 2539, inciso 3º, C.C y 94 C.G.P)⁴⁸ , y obsérvese que, refiere a la demanda presentada, y el llamamiento en garantía se formula mediante demanda.

Memora el Tribunal que en este proceso está plenamente probado que la acción promovida por la Convocante en su demanda presentada el 11 de diciembre de 2017 como asegurada y beneficiaria pretende la declaratoria del siniestro que afectó el amparo de amortización del anticipo inicial del Subcontrato EPC-001-12 contenido en la Póliza de Cumplimiento para Particulares Nos. 1000012-1000013 al no amortizarse en la suma de \$64.170.687.386,35 en virtud de su terminación anticipada según comunicación RUTA DEL SOL-032-4431-2015 de 16 de septiembre de 2015, que le notificó CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S el 18 de septiembre de 2015, y debía amortizar en los términos de la cláusula 3.5.1.2 del expresado Subcontrato, siniestro informado a la aseguradora oportunamente mediante comunicación CASAS-1900-15 el 22 de septiembre de 2015 previa ilustración del estado del riesgo como acreditan sus comunicaciones de 27 de agosto de 2015 CASAS-1702-15,14 de septiembre de 2015 CASAS-1851-15 y 16 de septiembre de 2015 CASAS-1861-15, y cuya indemnización le reclamó en comunicación CASAS-1981-15 de 7 de octubre de 2015 y fue objetada por ésta el 7 de noviembre de 2015.

En efecto, en el expediente obran copias de las pertinentes piezas procesales, demanda arbitral presentada el 24 de junio de 2016 por CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S. - Convocante- contra CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S.-Convocada- AIG SEGUROS COLOMBIA S.A. (hoy SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.) LIBERTY SEGUROS S.A. y CHUBB DE COLOMBIA S.A. -Llamados en Garantía, el llamamiento en garantía formulado en esa fecha frente a la misma aseguradora Convocada en este proceso, la reforma de la demanda y llamamiento, en las que constan que la Convocante llamó en garantía a la Convocada solicitando declarar que en consecuencia de la prosperidad de una o más pretensiones de la demanda principal relativas al incumplimiento de la obligación de amortizar el mencionado anticipo, ocurrió un siniestro que afectó el amparo de amortización

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de 18 de mayo de 1994, Exp. No. 4106; 23 de mayo de 2006, Exp. No. 1998-03792-0; 12 de febrero de 2007, Exp. No. 68001-31-03-001-1999-00749-01; 4 de abril de 2013. Expediente: 00457-0112; 15 de junio de 2016 SC7814-2016), Radicación n.º 05001-31-03-010-2007-00072-01; 14 de diciembre de 2015 [SC17161-2015], Radicación n.º 1500131030022006-00343-01; 12 de febrero de 2018 [SC130-2018] Radicación n.º 11001-31-03-031-2002-01133-01.

de la póliza, y condenar a AIG a pagar la suma no amortizada, misma pretensión incoada en este asunto, y que ante la declaratoria de incompetencia para conocer de las “*Pretensiones de la Demanda marcadas con los Nos. 10 a 27, que comprenden la § 2 de las Pretensiones Específicas formuladas por Ariguaní contra Conalvías*”, las del Llamamiento No. 1 (formulado por Ariguaní contra SBS (anteriormente AIG) numeradas como 2ª, 5ª y 6ª (incluyendo sus dos (2) subsidiarias); y la “*totalidad de las Pretensiones correspondientes al Llamamiento No. 2, formulado por Ariguaní contra SBS (antes AIG), Liberty y Chubb*”, mediante Auto No. 28 de 26 de octubre de 2017, confirmado con Auto No. 30 de 10 de noviembre de 2017, el 11 de diciembre de 2017, dentro del término de los veinte días consagrado en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, presentó la demanda arbitral de este proceso⁴⁹. Asimismo, actúa en el expediente copia del laudo arbitral proferido el 27 de marzo de 2019 por dicho tribunal de arbitraje.

Forzoso es concluir que habiéndose presentado demanda de llamamiento en garantía ante el indicado tribunal con pretensiones análogas a las de la demanda de este proceso, declarado su incompetencia para conocer de las mismas e instaurado dentro del término de los veinte días la demanda arbitral contemplado en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, se conservan los efectos derivados de su presentación y, en consecuencia, la prescripción extintiva de la acción ejercida no se consumó al no haber transcurrido para entonces el término de dos años consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio desde la ocurrencia del siniestro, el 16 de septiembre de 2015, porque aquella se presentó antes de su advenimiento, el 24 de junio de 2016, el tribunal se declaró incompetente con Auto No. 28 de 26 de octubre de 2017 confirmado con Auto No. 30 de 10 de noviembre de 2017, y el 11 de diciembre de 2017, se presentó ante el juez competente.

Por lo anterior, la excepción de prescripción no prospera y así se declarará en la parte resolutive.

2. LAS EXCEPCIONES DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN INTERPUESTAS POR LA CONVOCANTE Y EL LITISCONSORTE NECESARIO

Constructora Ariguaní S.A.S., en su respuesta de 11 de febrero de 2019 a la demanda de reconvencción reformada, conforme al artículo 1081 del Código de Comercio, interpuso las denominadas excepciones de “**5. prescripción de la nulidad relativa por reticencia e inexactitud**”, “**6. Prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de**

⁴⁹ Cuaderno Principal No. 1, folios 475 a 489; Cuaderno de Pruebas No. 8, folios 000063-000122 y Cuaderno de Pruebas No. 10, folios 000001-000427

seguro frente a la supuesta reticencia e inexactitud” y “16. Prescripción frente a la supuesta agravación del estado del riesgo”, porque en su sentir la aseguradora como profesional del mercado, en desarrollo de su deber de información, debió conocer el riesgo que pretendía amparar antes de celebrar el contrato de seguro, las circunstancias invocadas sobre la inexistente reticencia e inexactitud, “debieron ser conocidas por la Aseguradora desde el 12 de abril de 2012” fecha de vigencia de la póliza, y a la fecha de presentación de su demanda, *“han transcurrido más de seis (6) años desde el momento en que SBS conoció o debió conocer de la supuesta reticencia e inexactitud”,* por lo cual, *“es claro que operó la prescripción ordinaria”* de dos años contados desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

De desestimarse la prescripción ordinaria, propone la extraordinaria de cinco años contados a partir del instante que nace el derecho de la aseguradora a impugnar el contrato, o sea, desde cuando el tomador incurre en la supuesta inexactitud o reticencia al momento de solicitar la póliza, o sea, a partir de su vigencia, esto es, el 12 de abril de 2012, y con relación a la supuesta agravación del estado del riesgo, anota el transcurso de más de dos años desde la ocurrencia de las circunstancias en las que la aseguradora la sustenta, y la consumación de la prescripción⁵⁰.

En su alegato de conclusión, con cita de doctrina y jurisprudencia, reitera la prescripción de la acción de nulidad del contrato, *“bien por la prescripción ordinaria o bien por la extraordinaria”,* la ausencia de reticencia, inexactitud, nulidad relativa y agravación del riesgo, por falta de sus supuestos fácticos, el conocimiento que debió tener la aseguradora de los hechos en que la basa, y en cualquier caso, los conoció antes del 24 de agosto de 2016, y solo los alegó el 24 de agosto de 2018, por lo cual, la acción prescribió, tampoco los efectos económicos de las consultas previas, licenciamientos, variantes adicionales, entre otros, se materializaron mientras se ejecutó el subcontrato.

Advierte el conocimiento por SBS del Contrato de Concesión, el Contrato EPC y el Subcontrato, los riesgos normales y previsibles en relación con los diseños que eran Fase I y no contenían errores, las mayores y menores cantidades de obra, la altura del terraplén y la rasante, las fuentes de materiales, necesidad de realizar consultas previas, licenciamiento ambiental, variantes adicionales, el desistimiento de las pretensiones del Tribunal de Yuma contra la ANI, las daciones en pago, porque constan en los documentos que conoció y aceptó para expedir la póliza y sus modificaciones, además en el interrogatorio de parte su

⁵⁰ Folios 1 a 78 del C. Principal No. 2.

representante legal, informes de PREVING y el testimonio de su representante legal Francisco Rodríguez.

Precisa que considerando las circunstancias fácticas alegadas como motivo de la inexistente reticencia o inexactitud, la aseguradora debió conocerla desde el “12 de abril de 2012”, y al momento de la contestación de la demanda principal y de presentación de la demanda de reconvencción, el 24 de agosto de 2018, ya habían transcurrido más de 6 años, por lo que operó la prescripción ordinaria de dos años e incluso la extraordinaria de cinco años y añade que la nulidad absoluta prevista en el artículo 1741 del Código Civil es inaplicable al contrato de seguros, ni ocurrieron los motivos de nulidad aducidos porque los riesgos no son ilegales, el contrato no tuvo objeto ilícito ni causa ilícita, ni los hechos que se invocan la configuran.

De su parte, **Conalvías Construcciones S.A.S.** en su contestación de 11 de febrero de 2019 a la reconvencción reformada interpuso las excepciones de **“I. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA”**; y **“II. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE SE DERIVA DE LA SUPUESTA AGRAVACIÓN DEL RIESGO”**.

Sustenta las excepciones, en la consolidación de la prescripción antes de la presentación de la demanda de mutua petición, sea que se trate de la ordinaria o extraordinaria, porque, a su juicio, la ley, doctrina y jurisprudencia señalan que su término de cinco años corren a partir del nacimiento del derecho, o sea, desde que la aseguradora puede incoar la acción de nulidad que en el caso concreto se produjo con el perfeccionamiento del contrato de seguros, el “17 de abril de 2012” y feneció el “17 de abril de 2017”, sin que antes hubiere presentado la demanda o, en su defecto, interrumpido el término según el artículo 94 del Código General del Proceso.

De considerarse aplicable en este asunto la prescripción extintiva ordinaria de dos años contados desde que la aseguradora “haya tenido o debido tener conocimiento” de los hechos generadores de la nulidad, la conclusión es la misma al haberse consolidado ex ante a la presentación de la reconvencción, pues a partir de la expedición de la póliza, el “17 de abril de 2012”, la aseguradora conoció o debió conocer el estado del riesgo y la supuesta reticencia o inexactitud, con lo cual, se consumó el “17 de abril de 2014”, o en su defecto, desde la reclamación normal presentada el 7 de octubre de 2015, en cuyo caso, se consolidó el 7 de octubre de 2017, y aunque no existió ninguna agravación del riesgo, y menos que la supuesta agravación invocada no hubiere sido informada a la aseguradora, los dos años del término prescriptivo corren desde cuando conoció o debió conocer los hechos en la que se fundamenta, o sea, desde la suscripción del Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 007

de 2010 en virtud del cual YUMA desistió de las pretensiones de la demanda arbitral contra la ANI, desistimiento conocido como dejo constancia en el Anexo 18 que expidió el 3 de julio de 2015⁵¹.

En su alegato de conclusión, tras referir a la prescripción extintiva con doctrina y jurisprudencia, advierte la ausencia de reticencia, inexactitud, agravación del riesgo, causal alguna de nulidad absoluta o relativa o de terminación, la imprecisión por la aseguradora de la causa concreta de invalidez absoluta, su falta de demostración, también de *“la fecha o momento exacto en el cual tuvo conocimiento de la supuesta reticencia y/o inexactitud que pretende sea declarada por el Tribunal Arbitral”*⁵² y la prescripción, *“independientemente de que se contabilice el plazo de la prescripción ordinaria [2 años] o extraordinaria [5 años] a los que hace referencia el artículo 1081 del Código de Comercio”*.

En este contexto, añade, el término de prescripción ordinaria de los dos años previsto en la ley, en el caso de la nulidad absoluta, inició a partir del momento en que la aseguradora haya tenido o debido tener conocimiento de la supuesta causa u objeto ilícito, omisión de algún requisito o formalidad que la ley prescribe para la validez del contrato, o desde que conoció o debió conocer la supuesta reticencia o información proporcionada por su mandante en la nulidad relativa, o la supuesta agravación del riesgo, en la terminación del contrato.

A tal efecto, plantea las siguientes alternativas: para la expedición de la póliza o de sus modificaciones CONALVIAS suministró la documentación e información solicitada, sin que, declaró el representante legal de SBS en el interrogatorio de parte, le hubiere solicitado otra información de donde, a partir de la declaración del estado del riesgo y de la expedición de la póliza, el “17 de abril de 2012”, conoció o debió conocer la supuesta reticencia o inexactitud, y por consiguiente, el término prescriptivo se consumó el “17 de abril de 2014”; la aseguradora el 27 de octubre de 2014 conoció el estado del riesgo y la posibilidad de un siniestro en el informe que le remitió PREVING, como hizo constar el testigo Rodríguez, en cuyo caso, la prescripción se consumó el 27 de octubre de 2016 y el 7 de octubre de 2015, **Constructora Ariguaní S.A.S.**, presentó reclamación formal, y en tal evento, como ha

⁵¹ Folios 79 a 119 del C. Principal No. 2.

⁵² Indica textualmente: “En este orden de ideas, y como se ampliará en el punto de la prescripción, no resulta claro cuando fue que el asegurador tuvo conocimiento de los hechos o circunstancias que dice son causal de reticencia, pues en apartes de la demanda de reconvencción afirma que se conocían desde el momento de celebrar el contrato, y en otros apartes da a entender que fue con mucha posterioridad que lo supo, sin que de manera específica, la aseguradora hubiere establecido dentro del proceso, la fecha o momento exacto en el cual tuvo conocimiento de la supuesta reticencia y/o inexactitud que pretende sea declarada por el Tribunal Arbitral”.

sostenido la jurisprudencia civil, es normal que la aseguradora conozca de la reticencia, en cuyo caso, la prescripción se consumó el 7 de octubre de 2017.

Agrega que la prescripción extraordinaria de cinco años a partir del nacimiento del derecho o momento desde el cual la aseguradora podía solicitar la nulidad por la supuesta reticencia o inexactitud, se produjo con el perfeccionamiento del contrato de seguro, el “17 de abril de 2012” y consumó el “17 de abril de 2017”.

En cuanto a la supuesta agravación del riesgo por errores de diseños anota que, no existe en el proceso prueba de los mencionados yerros, menos que hubieren agravado el riesgo, ni tampoco los hubo como declaró el señor Andrés Marulanda, además que el representante legal de la aseguradora confesó sobre su conocimiento de la existencia de diseños Fase I y la prescripción se dio e inició desde los informes de Preving en octubre de 2014, consumándose en octubre de 2016; por la autorización para que la concesionaria desistiera de la demanda contra la ANI, el Anexo 18 de la Póliza expedido el 13 de julio de 2015, hace constar el conocimiento por la aseguradora del Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 007 de 2010 con base en el que se desistió, además que el representante legal de la aseguradora confesó el conocimiento de ese trámite arbitral, y la testigo Paola Reyes, funcionaria de YUMA, declaró que se hizo en beneficio de la concesionaria, de donde la prescripción operó el 12 de julio de 2017, y por las daciones en pago, afirma que SBS conoció sin oponerse el Auto No. 2016-01-195764 de fecha 18 de abril de 2016, notificado por anotación en el estado del 19 de abril de ese mismo año, por el cual la Superintendencia de Sociedades autorizó a CONALVIAS para que las suscribiera.

Ahora, **SBS Seguros Colombia S.A.** en su demanda de reconvención ejerce en forma principal la acción de nulidad absoluta con “*fundamento en el artículo 1741 del C.C.*”. Delanteramente, impónese precisar con prescindencia de su admisibilidad o improcedencia en el contrato de seguro que la acción declarativa de nulidad absoluta por las causas legales previstas para todos los contratos, sean civiles, ora mercantiles, prescribe en el término de diez años (artículo 2536 del Código Civil)⁵³, y la instaurada en la reconvención la pretende respecto del contrato de seguros instrumentado mediante la póliza No. 100013 expedida el 19 de abril de 2012 vigente desde el 12 de abril de 2012, con fundamento en el artículo 1741 del Código Civil, a cuyo tenor, “[I]a nulidad producida

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de 1 de julio de 2008, Expediente 2001-00803-01 y 5 agosto de 2013, Rad. 2004-00103-01: “Toda prescripción que no se encuentre expresamente consagrada en una norma especial, se rige por el término previsto para la prescripción extintiva de la acción ordinaria, pues es ésta la que tiene la virtualidad de extinguir todas las acciones reales o personales que no están sujetas a prescripciones más breves”. Corte Constitucional, Sentencia C-597 de 1998.

por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces”.

La demanda de mutua petición se presentó el 24 de agosto de 2018⁵⁴, subsanó el 7 de septiembre de 2018⁵⁵, admitió por Auto No. 4 de 11 de septiembre de 2018 (Acta No. 3), notificado a la demandada en reconvención el 12 de septiembre de 2018, quien la contestó el 10 de octubre de 2018⁵⁶, y al litisconsorte necesario mediante aviso de 5 de octubre de 2018 que interpuso reposición en su contra, y confirmó por Auto No. 6 de 7 de noviembre de 2018 (Acta No. 4), contestándola el 6 de diciembre de 2018⁵⁷. Dicha demanda se reformó el 21 de enero de 2019⁵⁸, admitiéndose por Auto No. 8 de 22 de enero de 2019, notificado en estado de 23 de enero de 2019, y se replicó el 11 de febrero de 2019⁵⁹.

Refulge, por lo tanto, el ejercicio oportuno de la acción y la falta de consumación de la prescripción en cuanto que a la fecha de presentación de la demanda, admisión y notificación antes del término de un año (artículo 94, C.G.P.), no habían transcurrido diez años desde la expedición de la Póliza contentiva del contrato de seguros, No. 1000013 expedida el 19 de abril de 2012 y vigente desde el 12 de abril de 2012⁶⁰, cuya nulidad absoluta se pretende (artículo 2536, Código Civil).

Por lo anterior, la excepción de prescripción de la acción de nulidad absoluta no prospera, y así se declarará en la parte resolutive.

De manera subsidiaria, **SBS Seguros Colombia S.A.** ejerce la acción de nulidad relativa “*con fundamento en el artículo 1058 del Código de Comercio*” por haberse presentado “*reticencias e inexactitudes*”, o en su defecto, la de terminación del Contrato de Seguros

⁵⁴ Folios 213 a 250 del C. Principal No. 1.

⁵⁵ Folios 271 a 281 del C. Principal No. 1.

⁵⁶ Folios 301 a 367 del C. Principal No. 1.

⁵⁷ Folios 430 a 468 del C. Principal No. 1.

⁵⁸ Folios 490 a 530 del C. Principal No. 1.

⁵⁹ Folios 1 a 127 del C. Principal No. 2.

⁶⁰ La póliza No. 1000012 se expidió el 7 de abril de 2012 con vigencia a partir del 12 de abril de 2012. El Anexo 0 tiene por número de póliza 1000013, y se expidió el 19 de abril de 2012 con vigencia desde 12 de abril de 2012.

incorporado en la Póliza No. 1000013, al amparo del artículo 1060 *ejusdem*, al no notificársele en el término legal la agravación del riesgo.

En cuanto hace a la nulidad relativa, la demanda de reconvención precisa las reticencias e inexactitudes en que a su juicio incurrieron el tomador y el asegurado-beneficiario, a saber: i) el ocultamiento de los acuerdos y contratos pactados por ellos, con fundamento en los cuales se llegó a un complejo entramado, en virtud del cual los riesgos de mayores costos, derivados del precio acordado en el Subcontrato EPC-001/12 que fue el de llave en mano y precio global fijo, sería trasladado a sabiendas a la compañía de seguros que garantizara el cumplimiento del contrato” y ii) el ocultamiento del alto incremento de los costos y precios de las obras al presentarse modificaciones en los diseños en lo relativo a terraplenes, altura de la rasante diseñada y fuentes de materiales, lo que implicaba incrementos sustanciales en los precios acordados (Pretensiones Primeras Subsidiarias, Primera a Cuarta).

A propósito de la terminación por omisión de notificación oportuna de las circunstancias constitutivas de agravación del riesgo, la demanda expresa las derivadas de los errores de diseños utilizados en la presentación de la licitación pública No. SEA - LP-001- 210 y los que posteriormente debieron utilizarse para la ejecución de las obras contempladas en el Subcontrato EPC-001 /12 en lo concerniente a las mayores cantidades de obras en terraplenes, altura de rasante y utilización de fuentes de materiales, así como la agravación de común acuerdo del riesgo al autorizar a YUMA CONCESIONARIA S.A. para desistir de las reclamaciones presentadas a la ANI, y modificar la forma de amortización del anticipo pactada al concertar de mala fe y sin información alguna a su representada acuerdos de dación en pago, los cuales sin justificación alguna se imputaron a sumas de dinero entregadas a título de crédito a la sociedad afianzada, no obstante que los equipos y demás bienes entregados en dación en pago, se habían adquirido por CONALVÍAS con el anticipo, cuya correcta inversión había garantizado (Pretensiones Segundas Subsidiarias, Primera a Quinta).

Vistas así las cosas, debe el Tribunal despejar conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio y a la jurisprudencia reseñada en precedencia, la prescripción invocada de la acción de nulidad relativa y terminación ejercidas o, por el contrario, su oportuno ejercicio.

De la Póliza de Seguro de Cumplimiento para Entidades Particulares No. 1000012 emitida por la aseguradora el 7 de abril de 2012, 1000013 expedida el 19 de abril de

2012 con vigencia desde 12 de abril de 2012, y de sus anexos número 1 a 19⁶¹, en particular de su “objeto”, se desprende el conocimiento de la aseguradora del Subcontrato EPC No. 001-12, el Contrato de Concesión No. 007 de 2010 y el Contrato EPC, la modalidad pactada llave en mano, a precio global y fijo con ajustes, la intervención y obras a ejecutar en los tramos respectivos según los “estudios y diseños”, las “calidades y especificaciones exigidas por el pliego de condiciones de la Licitación Pública INCO-SA-LP-001-2010”, y los expresados contratos⁶², conforme reconoció su representante legal en interrogatorio de parte rendido el 9 de abril de 2019⁶³, y en los Anexos números 6 (22 de noviembre de 2012, anulado por el 8 y reemplazado con el 9 de 16 de abril de 2013)⁶⁴, 11 (1 de noviembre de 2012)⁶⁵, 15 (diciembre de 2014)⁶⁶, 17 (4 de febrero de 2015)⁶⁷ y 18 (3 de julio de 2015)⁶⁸, la manifiesta conocer el Otrosí No. 1 al Subcontrato EPC-001-12 celebrado el 14 de noviembre de 2012, y los Otrosíes números 1, 2, 3 y 4 al Contrato de Concesión No. 007 de 2010 suscritos a 30 de septiembre de 2013, 21 de noviembre de 2014, 21 de enero de enero de 2015 y el 17 de abril de 2017, respectivamente.

En torno a los diseños, el Contrato de Concesión No. 007 de 2010 suscrito el 4 de agosto de 2010, refiere a los “Estudios de Detalle”, “Estudios de Trazado y Diseño Geométrico”, “Fase de Construcción”, “Fase de Preconstrucción”, contempla en su Objeto la elaboración

⁶¹ Folios 1 a 47 del C. de Pruebas No. 1.

⁶² Folios 64 a 205 del C. de Pruebas No. 1 y folios 1 a 488 del C. de Pruebas No. 2.

⁶³ “DR. POSSE: Pregunta No. 1. Gracias señor Presidente, manifiéstele al Tribunal si SBS conoció para efectos de expedir la póliza, el subcontrato, los contratos EPC y los contratos de Concesión de los que el subcontrato es accesorio? SR. GONZÁLEZ: Sí, ese es dentro de la solicitud de documentos, él solicita esa información para poder celebrar el contrato de seguro”.

⁶⁴ “Por medio de la presente anexo Chartis Seguros Colombia S.A. manifiesta que el Afianzado Conalvias S.A.S. presentó para nuestro conocimiento el Otrosí No. 1 al Subcontrato EPC-001-12 suscrito entre Constructora Ariguaní S.A.S. y Conalvias S.A.S. firmado el 14 de noviembre de 2012, el cual hacemos constar que es aceptado e incorporado a la presente póliza”.

⁶⁵ “Por medio de la presente anexo AIG Seguros Colombia S.A. manifiesta que el Afianzado Conalvias S.A.S. presentó para nuestro conocimiento el Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2010, suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura y Yuma Concesionaria S.A., firmado el 30 de septiembre de 2013, el cual hacemos constar que es aceptado e incorporado a la presente póliza. Las demás condiciones contenidas en la póliza permanecen sin ninguna modificación”.

⁶⁶ “Por medio del presente anexo se hace constar que AIG SEGUROS COLOMBIA S.A. conoce y acepta el Otrosí No. 2 de 21 de noviembre de 2014 al contrato de concesión No. 007 de 2010”.

⁶⁷ “Por medio del presente anexo se hace constar que AIG SEGUROS COLOMBIA S.A. conoce y acepta el contenido del Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión No. 007 de 2010, suscrito el 21 de enero de 2015, entre la Agencia Nacional de Infraestructura y Yuma Concesionaria S.A. Las demás condiciones de la póliza permanecen sin ninguna modificación”.

⁶⁸ “Por medio del presente anexo se hace constar que AIG Seguros Colombia S.A. conoce y acepta el contenido del Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 007 de 2010, suscrito el 217 de abril de 2016, , entre la Agencia Nacional de Infraestructura y Yuma Concesionaria S.A. Se aclara que las vigencias se modificarán más adelante de acuerdo con el cronograma presentado y aceptado por la constructora. Las demás condiciones contenidas en la póliza permanecen sin ninguna modificación”

por cuenta y riesgo del Concesionario de los diseños, la preparación en la Fase de Preconstrucción de los “los Estudios de Detalle de los Tramos que vaya a intervenir al inicio de la fase de construcción tal y como se señala en la sección 4.01 del presente Contrato” (Sección 2.02)., los de los “Estudios” de detalle (Sección 4.02) en las distintas fases (numeral (vii) de la sección 2.0 y literal (d) de la Sección 2.04), “Revisión de los Estudios” (Sección 4.02), “Modificaciones y Adecuaciones a los Diseños” (Sección 4.03), la descripción de los estudios realizados (“Estudios de Detalle finales, elaborados por el Concesionario para la construcción, incluyendo las memorias de cálculo, carteras de campo, ensayos, pruebas de campo y laboratorio, entre otros”), “Modificaciones detalladas introducidas por el Concesionario a sus Estudios de Detalle”, los “Estudios y diseños complementarios elaborados por el Concesionario, explicación y justificación” (“Dificultades eventuales encontradas durante la construcción por los diseños elaborados por el Concesionario, especificaciones, materiales, equipo, personal, entre otros”), así como las respectivas previsiones por actividades adicionales, incluyendo “la elaboración de los Estudios y Diseños de las actividades adicionales”(sección 13.01)⁶⁹.

En el Subcontrato EPC-001-12 “accesorio al Contrato de Concesión 007 de 2010 y al Contrato EPC”, suscrito entre CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S. y CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S., las partes reseñan los antecedentes de la Litación Pública No. SEA-LP-001-2010, la adjudicación, celebración del Contrato de Concesión 007 de 2010, la previsión contemplada en el literal e) de la Sección 5.01 respecto de la subcontratación, aceptan expresamente el carácter accesorio a los contratos EPC y de Concesión, entendiéndose incorporadas todas las modificaciones en lo que sea pertinente, el conocimiento de dichos contratos, definen el “Cronograma de Diseños” como cronograma de entrega, recibo y revisión de diseños, “Diseños” (totalidad de estudios, diseños y/o cualquier producto necesarios para la complementación del objeto del Subcontrato EPC, el Contrato EPC y el de Concesión según lo previsto en éstos), las obras, “obras adicionales” (a las previstas en el alcance inicial) proyecto (obras y actividades para la construcción, rehabilitación, mejoramiento, preparación de Estudios y Diseños preliminares y definitivos), el objeto(3.1), la modalidad llave en mano y a precio global fijo con ajustes, precio (3.4), sin perjuicio de los ajustes según el numeral 3.5.4 de la Cláusula tercera, forma de pago, anticipo, amortización del mismo y su fórmula (cláusula modificada por Otrosí No. 1 de 14 de noviembre de 2012 y sustituida por Otrosí No. 2, que contempla su amortización mediante deducciones de las actas mensuales de avance de obra antes del vencimiento del plazo contractual aplicando la fórmula pactada, y cuyos valores totales se facturan por actas

⁶⁹ Folios 1 a 488 del C. de Pruebas No. 2.

mensuales de avance de obra, y sustituida por Otrosí No. 2), derechos y obligaciones de las partes, riesgos y su distribución, incluidos los de “mayores y menores cantidades de obra derivadas de los Diseños necesarios para la completa ejecución del presente Subcontrato EPC” (4.1.1), calidades y especificaciones técnicas de las obras, las adecuaciones y modificaciones de “*todos los estudios y Diseños*” por YUMA CONCESIONARIA S.A. (7.5), las reparaciones por pérdidas, defectos o daños de las obras (11), reclamaciones, procedimiento y mecanismos de solución (24 y 25.), incluidas por obras, efectos de la ola invernal acaecida en el segundo semestre de 2010 y primero de 2011, liquidación (26), duración, terminación anticipada (27), incluida la terminación del Contrato de Concesión⁷⁰.

El Contrato EPC de 22 de diciembre de 2011 contiene similares declaraciones, también la obligación del Contratista EPC de ejecutar y desarrollar los Estudios y Diseños (4.1.1)⁷¹.

La Póliza No. 1000012 otorgada el 7 de abril de 2012 y 1000013 expedida el 19 de abril de 2012, refieren explícitamente al Contrato de Concesión No. 007 de 2010, el contrato EPC y el Subcontrato EPC 001-12, y su conocimiento por la aseguradora fue reconocido por su representante legal de en su interrogatorio de 9 de abril de 2019, quien además aceptó la existencia de diseños Fase 1 y que durante a la ejecución del contrato se presentarían los diseños de las siguientes fases.

Según las estipulaciones contractuales atrás reseñadas, los estudios y diseños iniciales debían elaborarse y entregarse por el Concesionario, no eran definitivos sino preliminares y las partes previeron ajustes y modificaciones durante la ejecución contractual de las que podían derivarse mayores o menores cantidades de obra y actividades adicionales. Los definitivos, elaborados después de la firma del Contrato de Concesión, comprendieron los ajustes y detalles sin alterar el proyecto, y se entregaron en oportunidad según declaró el 11 de abril de 2019 el testigo Andrés Marulanda y reconoció el representante legal de SBS en su interrogatorio de 9 de abril de 2019⁷². La altura del terraplén y la rasante tiene por antecedente la ola invernal ocurrida en el segundo semestre del año 2010 y primer semestre de 2011 (cuya existencia declararon las partes en la cláusula 24.2.2 párrafo cuarto del

⁷⁰ Folios 64 a 157 del C. de Pruebas No. 1.

⁷¹ Folios 158 a 205 del C. de Pruebas No. 1.

⁷² “SR. GONZÁLEZ: De lo que pude haber revisado de la póliza, en los contratos se habla de que habían diseños fase 1, hasta ahí y que durante la ejecución misma si iban a presentar diseños ya de las siguientes fases, pero sí había al momento de celebrar el contrato diseños fase 1, eso fue lo que yo pude constatar revisando la información de la suscripción de la póliza.” [...] SR. GONZÁLEZ: No, sí hubo diseños fase 1, eso es lo que puedo confirmar de la revisión que he hecho.”

Subcontrato, y deriva de la Resolución 0024 de 2011), fue conocida por la aseguradora⁷³, y de su impacto declararon Andrés Marulanda el 11 de abril de 2019 y Leonardo Castro el 30 de abril de 2016. Las mayores o menores cantidades de obra derivadas de los Diseños, se estipularon como riesgo asumido en la cláusula Cuarta, 4.1.1. del Subcontrato, conocido desde la expedición de la póliza por la aseguradora. En lo concerniente a las consultas previas, en la etapa de la licitación no se previó su número como declararon los testigos Leonardo Castro y Paola Reyes, pero se hizo referencia a las mismas en las cláusulas 41.1.11 y 4.1.12 del Subcontrato, y en todo caso, el representante legal de SBS en su interrogatorio de parte acepta su conocimiento⁷⁴. Así mismo, el Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión, cuyo conocimiento y aceptación por la aseguradora consta en el Anexo No. 11 de 1 de noviembre de 2013⁷⁵, las expresa en sus considerandos y consigna las dificultades presentadas durante la ejecución del contrato, entre otras causas, por el trámite de las consultas previas. Su problemática, por lo tanto, acontece después del seguro, y el Otrosí No. 4, Cláusula 1, parágrafo 4, al Contrato de Concesión, conocido y aceptado por ésta en el Anexo 18 a la Póliza consigna tales dificultades y las del licenciamiento ambiental⁷⁶, que conoció la aseguradora como también reconoce en su testimonio el representante legal de PREVING⁷⁷. Además, sus informes 1 y 2, prueban el conocimiento de la aseguradora no

⁷³ El representante legal de SBS en el interrogatorio dijo: “SR. GONZÁLEZ: La aseguradora conoció de la ola invernal pero los impactos sobre la ejecución el proyecto no son atribuibles no solamente a la ola invernal.”

⁷⁴ “DR. POSSE: Pregunta No. 6. Sexta, [...]”SR. GONZÁLEZ: Esas cláusulas hacen parte del subcontrato el cual fue recibido por la aseguradora, entonces ahí está la información que fue objeto para la contratación de la póliza, ahora el contrato seguro es un contrato de buena fe y la aseguradora más allá de validar si en efecto esas diligencias se llevaron o no, no es algo que le compete”; “SR. GONZÁLEZ: La compañía al momento de suscribir la póliza estaba enterada que estaban pendientes unos trámites con las diferentes etnias y comunidades pero eso, la idea que se terminara en un tiempo razonable lo cual no sucedió, motivo por el cual la obra digamos no pudo ser finalizada como estaba prevista”.

⁷⁵ El representante legal de SBS en su interrogatorio, así lo reconoce: “DR. POSSE: Sí, la pregunta que le formulaba es, si de conformidad con el anexo 11 de la póliza AIG, hoy SBS hizo constar que tuvo conocimiento de la existencia del Otrosí 1 y entendió o manifestó que ajustaba la póliza para efectos de incorporar dicho Otrosí a la misma? SR. GONZÁLEZ: Ya estando incorporados, me imagino yo que e suscriptor en su momento recibió ese Otrosí de lo contrario pues, o sea la respuesta es sí. DR. SANTOS: Precise entonces la razón de haberse expedido ese anexo? SR. GONZÁLEZ: Pues la razón de la expedición no la puedo contestar, digamos yo no estuve ni fui el suscriptor de la póliza, en ese momento en el 2012 o cuando se debía incluir ese anexo en la póliza, pero la pregunta es si al aseguradora conoció el Otrosí para incluirlo, la respuesta sería sí, razón por la cual se incluyó.”

⁷⁶ Sobre sus efectos e impacto declararon los testigos Paola Reyes el 11 de abril de 2019 y Leonardo Castro el 30 de abril de 2019.

⁷⁷ “SR. RODRÍGUEZ: Digamos que sí, por una razón, tristemente por la experiencia que tenemos, esta misma situación se presentaba en otros contratos de otras aseguradoras a los que le hemos hecho seguimiento, (...). (...) 2, hay un tema de riesgos de terceros que vuelvo y le digo creemos que se han impactado de manera dramática los proyectos, cuáles son, usted puede tener un muy buen diseño arrancar con unos cálculos realistas frente a la realidad de una zona, de una vía, de un terreno y empezar, pero surge el tema de las licencias ambientales, surge el tema de las consultas previas (...) en el caso de Ariguaní sé que hubo un tema que haya ... está la comunidad, hay una comunidad indígena que dice, es que por dónde va la vía es el ombligo de la tierra en su contexto ancestral y atravesarlo es un irrespeto nos oponemos a ese doble calzada, entonces temas como esos empiezan a afectar de manera dramática los cronogramas y eso se traduce en ampliaciones de tiempo que al final le afectan el flujo de caja”.

sólo de tales aspectos, sino del estado de ejecución contractual⁷⁸ junto con el mencionado Otrosí No. 4, Cláusula 1, parágrafo 4.

La construcción de 15 variantes adicionales (literal c) del numeral 3.1.4. del Apéndice Técnico Parte A del Contrato de Concesión) se impuso mediante Resolución 296 del 28 de marzo de 2014 de la ANLA, con posterioridad al contrato de seguros, comportan una obra y costo adicional, no fueron exigidas por CONALVIAS a ARIGUANÍ, según reconoció la testigo Paola Reyes en su declaración del 11 de abril de 2019⁷⁹.

El desistimiento de las pretensiones recíprocas en el Tribunal Arbitral mediante escrito conjunto de 17 de abril de 2015 se hizo constar en el Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión (Consideraciones; Parágrafo Cuarto de la Cláusula Primera y Cláusula Octava), conocido y

⁷⁸ El informe 1, expresa los inconvenientes por afectaciones prediales, permisos ambientales y consultas previas; el Informe 2" de el 27 de octubre de 2014, las refiere, "En el tramo 6 y 7 se dice que hay retrasos por las consultas previas y los permisos ambientales. El tramo 8 hace la misma referencia, respecto de las consultas previas.", y concluye 1) El contrato tiene un avance físico y financiero de 15,89% al corte del mes de Octubre de 2.014 que equivale a una facturación acumulada de \$187.103.401.797, contra una programada de \$ 233.873.560.000, equivalente al 19,86%, la cual está por debajo de la programación de obra aprobada por la interventoría, en un 3,97%, para un déficit de \$ 46.770.158.203, por hechos no imputables al contratista como son las consultas previas con comunidades lo cual se constituye en un hecho notorio de público conocimiento y la demora en la expedición de licencias ambientales. 4) El contratista cuenta con personal y maquinaria en obra suficiente para cumplir con el objeto contratado. 5) El anticipo que corresponde al 8,25% y equivale a \$ 90.446.534.771, está invertido en la obra al 100% y se ha amortizado en \$14.681.297.528. 6) El contrato se clasifica en RIESGO MEDIO, teniendo en cuenta que presenta un atraso en la obra, con un déficit de ejecución del (-3.97%), frente a la programación vigente, pero derivado de hechos no imputables al contratista como son las consultas previas y la demora en la expedición de licencias ambientales.". El informe 3, 25 de noviembre de 2015 "A la fecha de retiro de la obra por parte del contratista Conalvias, el contrato llegó a un avance financiero al 16 de septiembre de 2.015 del 42.75% frente a un programado del 36.20% a ese momento, lo que indica que a su retiro sobre cumplía la programación aprobada por Ariguani, en un 6.55% recibido, por lo que al 15 de octubre de 2.015 fecha del retiro de la obra por parte de Conalvias, solo se amortizó \$28.219.840.649.65 del primer anticipo quedando pendiente por amortizar \$64.170.687.386.35 sobre el que se debe esperar la liquidación del contrato y aceptación de los equipos, materiales y plantas, ofrecidas por Conalvias a Ariguani, para compensarle esta devolución." Su representante legal Francisco Rodríguez en su declaración del 25 de abril de 2019 indicó: "(...) le correspondía a esta empresa Preving S.A.S., informarle a la aseguradora para que a su vez retroalimentara a sus reaseguradores sobre la situación de un riesgo para determinar los grados de responsabilidad del contratista y la posibilidad de la pérdida, digamos que en el primer informe podríamos decir que fue iba bien, iba cumpliendo los cronogramas, se veía, pero ya se vislumbraban algunos temas prediales y de consultas previas que están afectando la ejecución. (...) Es una clasificación general que nosotros tenemos, donde hay un componente importante del riesgo de terceros entendidos éstos como en las consultas previas, terceros que puedan afectar, el tema predial que depende del dueño del predio por ejemplo en este caso y también en el tema que tiene que ver con las licencias ambientales de la ANLA etcétera que a veces entorpecen, digo yo, por demoras en las aprobaciones los proyectos y esto afecta a su flujo de caja, entonces ese riesgo no es del contratista, pero si lo afecta, eso ya se vislumbraba en el primer informe de febrero del 2014 cuando entramos a hacer el seguimiento preventivo se le informa hacia la aseguradora pasados dos meses cuando hacemos el segundo ya se empieza a presentar un atraso que es más o menos del orden del 5% frente al cronograma que se tenía el epecista con Ariguani y con la concepción Yuma" [...] Si uno mira la trazabilidad y compara los tres informes pues uno encuentra que en el primer informe, que no está acá, pero solo es como un antecedente de referencia, el contrato se venía cumpliendo bien y se vislumbraban unas situaciones del proyecto que lo estaban afectando que posiblemente iban a originar incumplimientos del contrato, entonces le correspondía a esta empresa Preving S.A.S., informarle a la aseguradora para que a su vez retroalimentara a sus reaseguradores sobre la situación de un riesgo para determinar los grados de responsabilidad del contratista y la posibilidad de la pérdida, digamos que en el primer informe podríamos decir que fue iba bien, iba cumpliendo los cronogramas, se veía, pero ya se vislumbraban algunos temas prediales y de consultas previas que están afectando la ejecución.".

⁷⁹ "DR. POSSE: Y en algún momento si lo conoce Yuma le ha manifestado a Ariguani que Ariguani deba hacer esa obras de variantes a su costa? DRA. REYES: No, es más la reclamación que Yuma sube a la ANI es derivada de la reclamación que se presenta por parte de Ariguani efectivamente señalando que las variantes son una obra adicional".

aceptado por la aseguradora según el Anexo 18 de 3 de julio de 2015, y su representante legal en el interrogatorio de parte rendido el 9 de abril de 2019, admite su conocimiento⁸⁰.

El artículo 1081 del Código de Comercio consagra la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguros en dos años contados *“desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción”* y la extraordinaria en cinco años, que *“correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho”*.

La acción de nulidad relativa por reticencia o inexactitud y la de terminación por falta de notificación oportuna de la agravación del riesgo, prescribe en dos años desde el conocimiento real o presunto de los hechos, y en todo caso, en *“cinco años desde cuando se produjo el perfeccionamiento del contrato, que dio nacimiento al derecho a demandar la rescisión, según se reseñó”*⁸¹.

Para la fecha de la expedición de la póliza No. 1000012 el 7 de abril de 2012 con vigencia desde 12 de abril de 2012 y 1000013 el 19 de abril de 2012 con vigencia desde el 12 de abril de 2012, es evidente, según los elementos probatorios que la aseguradora conocía las circunstancias de la alegada reticencia e inexactitud, en particular, lo relativo a las partes o sujetos contratantes y acuerdos contenidos en los contratos de concesión, EPC, el Subcontrato EPC-001-12 de los cuales deriva un complejo entramado para trasladar los mayores costos del precio acordado, la modalidad llave en mano a precio global fijo con ajustes, la naturaleza preliminar y no definitiva de los estudios y diseños, la elaboración y presentación ulterior de los Estudios y Diseños definitivos, la posibilidad de introducir modificaciones o ajustes, los riesgos de mayores o menores cantidades, probabilidad de obras y costos adicionales, y en consecuencias los incrementos de costos y precios.

Lo anterior, impone concluir que la acción de nulidad relativa fundada en el ocultamiento, reticencia e inexactitud por tales hechos o conductas (que, según las pruebas conoció o

⁸⁰ “DR. POSSE: (...) La pregunta que le formulo es, que le manifiesta al Tribunal si a través, de estos documentos, anexo 18 de la póliza y el Otrosí 4 al contrato de Concesión, la aseguradora fue suficientemente informada acerca de las circunstancias a las que se refieren el mencionado Otrosí No. 4 y los documentos a los que ellos hacen mención, en especial la demanda arbitral y la demanda reconvenzional? SR. GONZÁLEZ: La respuesta es sí, la compañía, la aseguradora conoce o conoció sobre la controversia que estaba llevando Yuma con ANI más sin embargo no tuvo conocimiento alguno de lo que ahí se ventiló y los resultados sobre eso, eso nunca fue notificado a la compañía. DR. POSSE: Pregunta No. 14. Diga cómo es cierto, sí o no, que la aseguradora, consideró que no era necesario pedir información adicional acerca de las circunstancias de las que da fe el Otrosí No. 4 y los documentos a los que esto se refiere? SR. GONZÁLEZ: No era necesario pedir información, desconociendo lo que estaba ventilando en ese tribunal entre Yuma y la ANI pues la verdad es que la compañía decidió no hace ninguna solicitud de información adicional.”

⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de mayo de 2000. Exp. 5360.

debió conocer, y que en rigor, según los elementos de convicción reseñados, no se dieron), está prescripta al haber transcurrido el término de los dos años contados desde su conocimiento real o presunto y en todo, al margen de éste, al transcurrir cinco años desde que pudo hacerlos valer, pues su reconvención se presentó el 24 de agosto de 2018, pasados los dos o cinco años de prescripción ordinaria o extraordinaria⁸².

Tal aserto es aplicable a la acción de terminación del contrato de seguros en lo relativo a los invocados errores de diseño utilizados en la presentación de la licitación pública No. SEA - LP-001- 210 y los que posteriormente debieron utilizarse para la ejecución de las obras contempladas en el Subcontrato EPC-001 /12 en punto a mayores cantidades de obras en terraplenes, altura de rasante y utilización de fuentes de materiales. En gracia de discusión, por cuanto las variantes derivan de la Resolución 296 del 28 de marzo de 2014, en los informes de PREVING consta su conocimiento, particularmente en el fechado a 27 de octubre de 2014, lo que conduce a idéntica conclusión, considerando que la demanda se presentó el 24 de agosto de 2018.

Respecto de la invocada agravación del riesgo por la autorización impartida a YUMA CONCESIONARIA S.A. para desistir de las reclamaciones presentadas a la ANI en el tribunal arbitral instaurado en su contra, como quedó expuesto en líneas precedentes, la compañía aseguradora hizo constar en el Anexo 18 de fecha 3 de julio de 2015, su conocimiento del Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión en que se menciona (consideraciones; parágrafo cuarto de la cláusula primera y la cláusula octava), y su representante legal así lo reconoce en el interrogatorio de parte rendido el 9 de abril de 2019, de donde, los dos años de la prescripción ordinaria vencieron el 3 de julio de 2017 y la demanda de reconvención se presentó el 24 de agosto de 2018, esto es, consumado el término prescriptivo consagrado en el ordenamiento jurídico, de donde debe concluirse que la acción se ejerció con posterioridad al mismo⁸³.

⁸² El apoderado de CONALVIAS plantea, que como los informes de PREVING y el testimonio de su representante legal prueban el conocimiento de la aseguradora, en particular, el de 27 de octubre de 2014, que el plazo prescriptivo se consumó el 27 de octubre de 2016, o de considerarse la fecha de presentación de la reclamación formal, el 7 de octubre de 2015, se habría consumado el 7 de octubre de 2017.

⁸³ “DR. POSSE: Pregunta No. 13. Vamos ahora con la venia del Tribunal a poner de presente el Otrosí No. 4 al contrato de Concesión y luego el anexo 18 de la póliza, el Otrosí No. 4 es la misma Prueba No. 9 de la demanda de reconvención, perdón, de la contestación de la demanda de reconvención y la misma Prueba 11 de la demanda inicial, del Otrosí No. 4 que pongamos en primer lugar la fecha, es del 17 de abril de 2015, celebrado entre la ANI y Yuma Concesionaria, quisiera ponerle de presente en primer término los considerandos 8, 9, 10. Dice el 8: “Que el 19 de septiembre de 2013 Yuma Concesionaria presentó demanda arbitral contra la Agencia Nacional de Infraestructura la cual fue reformada el 18 de febrero de 2014, que el 09 de abril de 2014 se radicó por la Agencia la contestación a la reforma de la demanda junto con la demanda de reconvención la cual mediante Auto del 13 de mayo del 2014 fue administrada”10: “Que el concesionario mediante comunicación YCCRT26079 radicado ANI No. 2015409020953-2 del 14 de abril de 2015 manifestó la necesidad inminente de realizar la modificación al contrato de Concesión y su plan de obra, teniendo en

Relativamente a la agravación del riesgo por la supuesta modificación de la forma de amortización del anticipo al concertar de mala fe y sin información alguna a su representada las daciones en pago suscritas los días 29 de agosto de 2016, 15 de noviembre de 2016, 7 y 15 de diciembre de 2016, todas posteriores a la ocurrencia del siniestro (18 de septiembre de 2015), SBS tuvo conocimiento de la autorización impartida a la sociedad concursada por la Superintendencia de Sociedades mediante Auto No. 2016-01-195764 de 18 de abril de 2016, para *“la transferencia de los bienes señalados en el memorial 2016-01-011855, a título de dación en pago en favor de Constructora Ariguaní S.A.S. por valor de \$54,482.931.844”*, en cuanto desde su memorial radicado No. 2016-01-069116 del 19 de febrero de 2016, se hizo parte en el proceso de reorganización, objetó el proyecto de graduación y calificación de créditos, y solicitó su reconocimiento como acreedor contingente, *“2. Con ocasión de la Póliza de cumplimiento para entidades particulares No. 1000013, la suma de \$64.170.687.386,35”*, de donde, a la fecha de presentación de su demanda el 24 de agosto de 2018, el plazo de los dos años transcurrió.

No obstante, aún si pudiese prescindirse de la prescripción de la acción, en la contestación a los hechos 64 y 65 de la demanda inicial del proceso, la compañía aseguradora señala que solo vino a enterarse de las daciones en pago meses después de su suscripción, pues tanto Ariguaní como Conalvías ocultaron tales contratos con el sólo propósito de causarle perjuicios ya que dichas daciones se utilizaron para amortizar un crédito que Ariguaní le había

cuenta todos y cada uno de los eventos, causas y situaciones señalados en el comunicado, así mismo expuso los acuerdos alcanzados con la Agencia en los términos del desistimiento bilateral del tribunal de arbitramento existente y la modificación unilateral del contrato de concesión” Los considerandos 13 y 14 que dicen: “LAS PARTES SUSCRIBIERON SIMULTÁNEAMENTE CON EL PRESENTE OTROSÍ ESCRITO DESISTIMIENTO BILATERAL DEL TRÁMITE ARBITRAL QUE TIENE POR OBJETO LA CONTROVERSI CONCRETAMENTE IDENTIFICADA EN LA DEMANDA ARBITRAL, LA REFORMA DE LA DEMANDA, LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y SUS RESPECTIVAS CONTESTACIONES”14: “Teniendo en cuenta las posiciones expuestas tanto de la Agencia como del concesionario respecto de los temas a que se refieren en los numerales anteriores se hace imperiosa la necesidad de implementar nuevamente medidas pendientes a superar las dificultades que se han venido presentando en la ejecución del contrato Concesión No. 007 de 2010” El Otrosí 18, perdón, el anexo 18 que para ser coherente con la mecánica de la pregunta respecto del Otrosí 1 le pongo de presente, el Anexo No. 18 del recuadro que dice continuación de los textos de la póliza, dice: “Por medio del presente anexo se hace constar que AIG Seguros Colombia S.A. conoce y acepta el contenido del Otrosí No. 4 al contrato de Concesión No. 007 de 2010, suscrito el 17 de abril de 2016 entre la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y Yuma Concesionaria S.A. se aclara que las vigencias se modificaran más delante de acuerdo al cronograma presentado y aceptado por los constructores, las demás condiciones contenidas en la póliza permanecen sin ninguna modificación” La pregunta que le formulo es, que le manifieste al Tribunal si a través, de estos documentos, anexo 18 de la póliza y el Otrosí 4 al contrato de Concesión, la aseguradora fue suficientemente informada acerca de las circunstancias a las que se refieren el mencionado Otrosí No. 4 y los documentos a los que ellos hacen mención, en especial la demanda arbitral y la demanda reconvenicional? SR. GONZÁLEZ: LA RESPUESTA ES SÍ, LA COMPAÑÍA, LA ASEGURADORA CONOCE O CONOCIÓ SOBRE LA CONTROVERSI QUE ESTABA LLEVANDO YUMA CON ANI más sin embargo no tuvo conocimiento alguno de lo que ahí se ventiló y los resultados sobre eso, eso nunca fue notificado a la compañía.”

concedido a Conalvías, y no para amortizar el anticipo del subcontrato. De igual manera, según la pretensión tercera de las segundas subsidiarias de la demanda de reconvención formulada por **SBS Seguros Colombia S.A.** dichas daciones, a juicio de la sociedad convocada, agravaron el riesgo asumido por la aseguradora al modificarse la forma de amortización del anticipo, para lo cual, según la convocada, Conalvías y Ariguaní concertaron de mala fe y sin información alguna acuerdos de dación en pago, los cuales sin ninguna justificación se imputaron a sumas de dinero entregadas a título de crédito a la sociedad afianzada, no obstante que los equipos y demás bienes entregados en dación en pago, se habían adquirido por CONALVÍAS con el anticipo cuya correcta inversión había garantizado la aseguradora.

Obra en el expediente, y según lo manifestado por la convocante, que Ariguaní recibió de Conalvías bienes en dación en pago para amortizar el anticipo adicional otorgado por la primera a la segunda de las sociedades mencionadas con fundamento en el otrosí número tres del subcontrato EPC001 – 12, daciones que constan en siete contratos celebrados el 29 de agosto de 2016, 15 de noviembre de 2016, 7 de diciembre de 2016 y 15 de diciembre de 2016 (cuatro) para un total de \$ 32.009.736.476, daciones que por lo demás fueron autorizadas mediante Auto 2016-01-195764 proferido el 18 de abril de 2016 por la Superintendencia de Sociedades dentro del proceso de reorganización de Conalvías. Sin necesidad de entrar el Tribunal en prolijas disquisiciones acerca de la naturaleza jurídica de la dación en pago, basta con señalar, acorde con la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que, conforme con el cometido que le asiste al deudor para efectuar una dación y al acreedor a aceptarla, *“estimar que se trata de un modo o mecanismo autónomo y, de suyo, independiente de extinguir las obligaciones (negocio solutorio), en virtud del cual el solvens, previo acuerdo con el accipiens, le entrega a éste un bien diferente para solucionar la obligación, sin que, para los efectos extintivos aludidos, interese si dicha cosa es de igual o mayor valor de la debida, pues una y otra se deben mirar como equivalentes. Como el deudor no satisface la obligación con la prestación –primitivamente-debida, en sana lógica, no puede hablarse de pago (art. 1626 C.C.); pero siendo la genuina intención de las partes cancelar la obligación preexistente, es decir, extinguirla, la dación debe, entonces, calificarse como una manera –o modo- más de cumplir, supeditada, por supuesto, a que el acreedor la acepte y a que los bienes objeto de ella ingresen efectivamente al patrimonio de aquel. No en vano, su origen y su sustrato es negocial y más específicamente volitivo. Por tanto, con acrisolada razón, afirma un sector de la doctrina que “La dación en pago es una convención en sí misma, intrínsecamente diversa del pago”⁸⁴,*

⁸⁴ Siro Solazzi. Della revocabilità dei pagamenti, delle dazioni in pagamento e delle costituzioni di garanzie. Milán. Pág. 41.

*agregándose, en un plano autonómico, que se constituye en un “modo de extinguir las obligaciones que se perfecciona por la entrega voluntaria que un deudor hace a título de pago a su acreedor, y con el consentimiento de éste, de una prestación u objeto distinto del debido”.*⁸⁵ (Cas. Civ. Sentencia 002 de 2 de febrero de 2001).

Por supuesto que como la misma sentencia acabada de citar lo indica, *“bien analizada la datio in solutum, resulta innegable –en un plano realístico- que el propósito que mueve a las partes a convenirla, es el de extinguir una obligación, no a crear una nueva –para- que inmediatamente fenezca, alambicado procedimiento que no está en consonancia con lo que, en la praxis, acaece cuando se acuña una dación en pago. Tanto es así, que lo que interesa realmente a las partes, es finiquitar el vínculo obligacional y no generar un nuevo lazo entre ellas, para seguidamente erradicarlo. Es por ello por lo que “la dación en pago no se perfecciona sino por la ejecución de la prestación sustitutiva, desde luego acompañada del ánimo recíproco de extinguir la obligación preexistente entre las partes”, de suerte que, como bien ha sido realzado, “mal puede pensarse que esa ejecución, que constituye la esencia de la institución, le dé nacimiento a una obligación nueva”*⁸⁶.

Por consiguiente, es pertinente concluir que por razón de la dación en pago recordada, y conforme a su naturaleza, las partes no introdujeron modificación a la forma de amortizar el anticipo, como equivocadamente lo plantea la convocada, ni alteraron o agravaron el estado del riesgo asumido por la aseguradora, dado que la dación en pago realizada tan solo significó la extinción parcial de una de las obligaciones a cargo de Conalvías, mediante entrega de una cosa distinta de la debida (inc. 2 art. 1627 C.C.), para así finiquitar una parte del vínculo obligacional (aliud pro alio), pues como lo señala la sentencia citada, *“los actos ulteriores que se realicen solvendi causa, no tienen la virtualidad de hacer mutar –de por sí- las obligaciones cuya existencia, justamente, les sirven de presupuesto (genético y funcional) y justificación (ratio).”*

No se observa entonces, actuación alguna reprochable de parte de deudor y acreedor en este caso, lo que desecha desde luego la mala fe u obrar abusivo, que no a otra cosa equivale, que les enrostra la convocada, por el hecho de haberse amortizado el anticipo adicional y no el inicial, con los bienes recibidos en pago.

⁸⁵ Hernán Barrios Caro y Gabriel Valls Saintis. Teoría General de la Dación en Pago. Ed. Jurídica de Chile. 1961. Pág. 53.

⁸⁶ Guillermo Ospina Fernández. Régimen General de las Obligaciones. Temis. Pág., 422. Cfme: Giorgio Giorgi. Teoría de las obligaciones en el derecho moderno. Reus. 1930. Vol. VII. Pág. 351; Luis Díez-Picazo. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tecnos. 1979. Pág. 653 y Henri, Léon y Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. E.J.E.A. Parte II. Vol. III. Págs. 179 y 180.

En efecto, de conformidad con el artículo 1654 del Código Civil, *“Si hay diferentes deudas, puede el deudor imputar el pago a la que elija; pero sin el consentimiento del acreedor no podrá preferir la deuda no devengada a la que lo está; y si el deudor no imputa el pago de ninguna en particular, el acreedor podrá hacer la imputación en la carta de pago; y si el deudor lo acepta, no le será lícito reclamar después”*. Por su parte el artículo 1655 del mismo código señala que *“Si ninguna de las partes ha imputado el pago, se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengada a la que no lo estaba; y no habiendo diferencia bajo este respecto, la deuda que el deudor eligiere.”*

Acerca del sentido del artículo 1253 del Código Civil Francés, semejante a los citados del código nacional, en cuanto a la imputación del pago, ya Jossierand con su proverbial clarividencia señalaba que, *“parece que las prerrogativas concedidas así por la ley, tanto al deudor como a las dos partes interesadas, presentan un carácter discrecional y que no puede pedírseles cuenta de las razones que hayan dictado su elección. Sin embargo, puede acontecer que el deudor, por su sola iniciativa o de acuerdo con el acreedor, haga la única elección capaz, por su misma naturaleza, de causar un perjuicio a un tercero, y sin que él mismo obtenga ninguna ventaja personal de esta desafortunada decisión, ¿podrá el tercero lesionado por la combinación pretender que las partes en el pago, han hecho un uso ilícito del derecho de imputación, que han abusado de él? ¿Y no podrá exigir daños y perjuicios o una sanción en especie, en la forma de una rectificación de la operación realizada?”* La cuestión así planteada fue resuelta por la Corte de Casación Francesa, en sentencia de 14 de noviembre de 1922, que resolvió que no había abuso en esta materia ya que las partes en el pago, tenían *“interés legítimo”* en que este se imputara a determinado crédito y no a otro; *“queda establecido que el derecho conferido al deudor de varias deudas, para determinar la imputación del pago que efectúa, termina cuando la imputación no se haya hecho para satisfacer un interés legítimo, sino teniendo como único fin dañar a otro acreedor.”*⁸⁷

En el asunto que ocupa la atención del Tribunal se observa que, en desarrollo del SUBCONTRATO EPC-001/12 se acordaron dos anticipos: el primero de ellos, de acuerdo con el numeral 3.5.1.1 de la Cláusula Tercera, por \$83.399.428.362.00., que se adicionó para quedar en la suma de \$92.390.528.036; el segundo, que se ha denominado anticipo adicional, se desembolsó por Ariguaní a Conalvías por \$40.000.000.00, de acuerdo con el otrosí No 3 de 22 de junio de 2015.

⁸⁷ L. Jossierand “El espíritu de los derechos y su relatividad.”, editorial José M Cajicá, México 1946, Pág 141.

El primer anticipo se amortizaba mediante las deducciones de las Actas Mensuales de Avance de Obra, para finalmente quedar un saldo de \$64.170.687.386,35, dado que Conalvías dio por terminado el subcontrato el 18 de septiembre de 2015. El segundo anticipo o anticipo adicional se iba amortizando mediante el pago de cuotas mensuales para finalmente quedar en la suma de \$7.990.263.524, una vez aplicado el valor de la dación en pago. El anticipo adicional está amparado por la póliza de cumplimiento para particulares 2527506 otorgada por Liberty el 22 de junio en coaseguro con SBS (33%) y CHUBB (33%).

Dados estos hechos no encuentra el Tribunal que la aplicación de las daciones en pago al segundo anticipo luzca arbitraria o abusiva o irregular, o de mala fe, en la medida en que, de todas formas, se disminuyó notablemente el monto de la indemnización que deberían asumir las aseguradoras del segundo anticipo incluyendo la aquí convocada y, por otro lado, dado que, por las razones vistas, el anticipo inicial no podía seguir siendo amortizado en la forma contractualmente prevista por lo que la aplicación de las daciones en pago al segundo anticipo no luce antojadiza por tratarse de un pago que ha disminuido notablemente el crédito concedido por Ariguaní a Conalvías en virtud del otrosí No 3, y que obedece por consiguiente a un interés legítimo de las partes sin que se vislumbre perjuicio o daño alguno para la aseguradora convocada.

Desde luego que además de las consideraciones expuestas respecto de la prescripción, bastarían las anteriores, para desechar igualmente la mala fe que les imputa la convocada a Ariguaní y Conalvías, por las daciones en pago acordadas y su aplicación, por cuanto la actuación de dichas sociedades en manera alguna revela un comportamiento incorrecto o fraudulento, atendidas las circunstancias que rodearon las aplicaciones de las daciones en pago según se ha puntualizado, pues lo que se revela es, por el contrario, una amalgama de esfuerzos para la realización de la función práctica que todo pago lleva consigo, como modo de extinción de las obligaciones, y sus repercusiones en la esfera jurídica concreta de las partes o de terceros, y no sólo la producción formal de los efectos jurídicos propios del pago, y en la medida en que esas daciones tuvieron la autorización además de la Superintendencia de Sociedades dentro del proceso de reorganización de Conalvías.

Como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, a propósito de la buena fe en las relaciones negociales, *“la buena fe se vislumbra como un genuino hontanar de normas de comportamiento no formuladas positivamente pero implícitas en el ordenamiento que, por consiguiente, ante una situación dada, le imponen al sujeto una conducta determinada con miras a no agravar los intereses jurídicos ajenos. Desde este punto de vista, la buena fe genera deberes y se califica cotejándola con un prototipo abstracto*

colocado en el contorno social de la persona”. “Refiriéndose a estos aspectos de la buena fe, ha dicho esta Corporación que “en tratándose de relaciones patrimoniales, la buena fe se concreta, no sólo en la convicción interna de encontrarse la persona en una situación jurídica regular, aun cuando, a la postre, así no acontezca, como sucede en la posesión, sino también, como un criterio de hermenéutica de los vínculos contractuales, amén que constituye un paradigma de conducta relativo a la forma como deben formalizarse y cumplirse las obligaciones. Todo lo anterior sin dejar de lado que reglas tales como aquellas que prohíben abusar de los derechos o actuar contrariando los actos propios, entre otras, que, en la actualidad, dada su trascendencia, denotan un cariz propio, encuentran su fundamento último en la exigencia en comento”. Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás, en síntesis, pues, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad” (Sentencia del 9 de agosto de 2000, Exp.5372).

En idéntico sentido, según lo ya expuesto, y si pudiere hacerse caso omiso de la prescripción extintiva, los informes de PREVING registran las dificultades de los temas prediales, las consultas previas y otros como las licencias ambientales o los efectos de situaciones climáticas. El Informe de la sociedad PREVING de fecha el 25 de noviembre de 2015, luego de dos meses de haberse terminado el contrato o de retirarse Conalvías, tomador del contrato de seguro de cumplimiento, del que se evidencia que quien lo ordenó (la entidad aseguradora con destino a los reaseguradores de la póliza) tuvo conocimiento del avance de la obra, de las imputaciones de los anticipos, de los desembolsos y demás. PREVING elabora tres informes, según su representante el señor Francisco Rodríguez, y en su testimonio que proviene de un abogado que ha dedicado parte de su trayectoria profesional al asunto de verificación de condiciones de estragos patrimoniales para las aseguradores de daños y que en este caso fue asesor o consultor en desarrollo de un contrato de prestación de servicios profesionales, que hace informe combinados de prevención y ajuste, señala que suele haber imperfecciones en la planeación de los proyectos por la topografía de los terrenos y la injerencia de terceros (en especial de comunidades protegidas) y también el precio fijo de los contratos frente a los “epécistas” o concesionarios directamente. Indica que era previsible el factor climático en el caso de la ruta del Sol 2, proyecto constructivo al cual se vincula el aseguramiento de la controversia que se analiza y resuelve.

Destaca el Tribunal del testimonio del señor Rodríguez que a Conalvías, tomador del contrato de seguro de cumplimiento, las entidades aseguradoras le emitían las pólizas sin dificultades⁸⁸. Indica que el saldo por amortizar asciende a “64 mil 170” “pendientes para amortizar”. Agrega que las causales del atraso “*no eran atribuibles a Conalvías*” sino a terceros. Y en materia de amortización indica, para los efectos del presente trámite, que “*no es otra cosa que deducir el porcentaje de cada corte de obra que entregaron al principio en esa misma proporción de lo que se vaya ejecutando hasta que termine el contrato en consecuencia, como no se terminó porque se retiró antes, hay 20 meses que dejó de amortizar porque no hizo obra que le debe Conalvías a Ariguaní por esa obra que dejó de ejecutar que es la deuda que tiene y qué es lo que establece esta proporción de los 64 mil millones que estamos diciendo ...*”.

De otra parte, el representante legal de la entidad aseguradora, señor Luis Carlos González Moreno, en la rendición de su interrogatorio, señala que “*la aseguradora conoció de la ola invernal pero los impactos sobre la ejecución del proyecto no son atribuibles no solamente a la ola invernal*”, para complementar luego que “*la compañía al momento de suscribir la póliza estaba enterada que estaban pendientes unos trámites con las diferentes etnias y comunidades pero es, la idea que se terminara en un tiempo razonable lo cual no sucedió, motivo por el cual la obra digamos no puedo ser finalizada como estaba prevista*”. Que la aseguradora era experta en el aseguramiento de obras de infraestructura y que dispuso la apertura del ramo de seguro de cumplimiento para participar en este proyecto constructivo, como se destacó atrás, luego de haber solicitado su cancelación en el año 2006. También para efectos del conocimiento informado de la aseguradora, su representante legal indica que su representada tuvo conocimiento (“como aseguradores entendemos que el alcanzado lo cumple”) del estado de las fuentes de los materiales (tal el tenor de la pregunta) empleado por Conalvías. De igual manera que no fue necesario hacer preguntas adicionales sobre el otro sí # 11, que tuvo conocimiento del otrosí que se incluyó en el anexo 11, que tampoco hizo preguntas adicionales sobre el trámite arbitral que cursó entre Yuma concesionaria y la Agencia Nacional de Infraestructura. El representante legal indica que hay “*temas de fuerza mayor que se consideran normales y que uno .. no puede ni Conalvías ni la póliza asumir de manera ilimitada los riesgos que se puedan venir*”. Afirma también, en respuesta al

⁸⁸ “... la aseguradora hace dos años o cinco años o antes de que pasara esto le dan las póliza a Conalvías por millones de dólares, venían aseguradores a darle capacidad. Se ganaban los contratos, es la realidad es muy buen contratista nadie lo pone en duda, pero ahora es el malo, como le dieron la póliza a Conalvías no porque es que ojo el incumplimiento de Conalvías no un incumplimiento de irresponsabilidad en su conducta ... de no voy a hacer la obra, Conalvías es un gran constructor, ha hecho muchos proyectos y no sólo en Colombia, por eso la aseguradora le dio la póliza”

apoderado de la sociedad Conalvías, que la entidad aseguradora conocía *“que se iba a realizar una dación de pago a una póliza específica, el primer anticipo, eso es correcto”*.

Para el Tribunal es claro entonces a partir de las expresiones contenidas en los documentos de la póliza (tanto en la póliza misma distinguida finalizada con el número 12 como de los anexos o certificados o endosos emitidos con referencia a póliza terminada en número 13), como en las respuestas dadas por el señor representante de la aseguradora que en la actualidad es la continuación y en general de las diversas actuaciones o manifestaciones hechas durante el trámite arbitral que la entidad aseguradora conoció o debió conocer las circunstancias que rodeaban la expedición del contrato de seguro, como las diferentes negociaciones orientadas a la pretendida dación en pago o los antecedentes para la emisión de los denominados “otro si” del contrato de concesión.

El Tribunal aprecia que un asegurador que emite contratos de seguro de cumplimiento asociados con la infraestructura vial colombiana, que logra efectivamente la obtención de la autorización para la explotación del correspondiente ramo por parte de la autoridad correspondiente, que lo hace transcurrido poco menos de una década contada a partir de la cancelación o retiro de la autorización correspondiente de la Superintendencia Financiera, que afirma contar con la experticia necesaria para la ponderación de los riesgos asociados con la asunción de las contingencias vinculadas a los contratos de concesión y de Epc de infraestructura vial, naturalmente conoce de un lado que su arbitrio asegurador deriva de lo previsto en el artículo 1056 del código de comercio conforme al cual puede o no asumir o no determinados azares y que su experticia profesional comprende la evaluación de diferentes variables propias de contratos de concesión en la infraestructura como hechos de terceros o de la naturaleza, algunos de ellos con alguna notoriedad como el impacto de la ola invernal de finales del año 2010 o la incidencia de trámites legales como la obtención de licencias ambientales para determinados trámites o la incidencia que ciertas comunidades raizales o territoriales tienen en algunas actuaciones.

Esas son situaciones o circunstancias de conocimiento generalizado y se entiende que del profesional asegurador que participa en el ramo de seguro de cumplimiento orientado a la infraestructura.

De análoga manera la profesionalidad del asegurador implica que ese conocimiento le sirva de fuente para la emisión de pólizas. Entiende el Tribunal que las respuestas dadas en el presente trámite por el señor representante legal de la entidad aseguradora corresponden a su entendimiento o a su convicción acerca de los hechos o de las situaciones circundantes de

la expedición de la póliza y del trámite del siniestro y por ello las valora como demostrativas del conocimiento de la entidad aseguradora.

Huelga decir que mediando continuidad de la entidad aseguradora, a pesar de los cambios de razón social derivados de transformaciones de propiedad accionaria, el representante legal fue diserto en la función profesional de la aseguradora y para los efectos precisos del debate en este trámite, sus respuestas fueron ilustrativas del conocimiento pleno con el cual contaba la entidad aseguradora, como profesional especializado en la asunción de riesgos.

En cuanto hace también a la agravación del estado del riesgo tratada en varias oportunidades durante el trámite y a ello se hizo referencia en la oportunidad de los alegatos de conclusión, el Tribunal destaca que el deterioro en el comportamiento contractual del tomador de un seguro de cumplimiento es justamente el riesgo asegurado en esta modalidad de seguros, variante de los seguros de daños, y debe observar que conforme al artículo 1060 del código de comercio el asegurador debe conocer los hechos o circunstancias agravantes del riesgo y el tomador está obligado a mantener el estado del riesgo. La agravación demanda que el asegurador sea notificado en determinadas oportunidades y que si no se hace se generan sanciones como la terminación del contrato.

¿Cuáles son los hechos agravantes en el seguro de cumplimiento? Naturalmente no podría ser la conducta del tomador, pues es su comportamiento justamente el riesgo asegurado que se delimita en la póliza de seguro, es decir, que satisfaga o no, que atienda o no el contenido de una obligación.

¿Cabe preguntar también si son hechos agravantes aquellos que fueron conocidos por el asegurador o que han debido serlo o si son hechos agravantes aquellos que son ajenos a la voluntad del tomador o si lo son aquellos en los cuales el tomador voluntariamente provoca y que pueden resultar adversos al asegurador ?

Al respecto el Tribunal considera que son hechos agravantes aquellos que diferentes al designio del tomador en cuanto su comportamiento dirigido a cumplir o no la obligación pactada en el contrato garantizado, asegurada en la póliza, son ajenos al conocimiento del tomador y del asegurador y que sobrevienen con posterioridad a la celebración del contrato y que implican, con arreglo al criterio legal contenido en el artículo 1060 del Código de Comercio, una modificación del riesgo o la variación de su identidad local.

Los hechos conocidos por las partes del contrato con anterioridad a la celebración del contrato de seguro o aquellos que conoce y consiente no constituyen hechos agravantes.

El conocimiento del asegurador previo a la celebración del contrato también es relevante para efectos de la configuración de hechos agravantes frente a la conservación del estado del riesgo y la notificación de cambios; en efecto si los hechos que se aducen como agravantes fueron conocidos por el asegurador no será pertinente la aplicación de la sanción de terminación que prevé el artículo 1060 del Código de Comercio, la misma que fuera invocada en el presente trámite. Y a este respecto, el Tribunal nuevamente aprecia que los hechos de terceros y de la naturaleza que podrían aducirse como agravantes fueron conocidos por el asegurador, según se infiere de las respuestas ya analizadas dadas por el señor representante legal de la entidad aseguradora y de la opinión rendida ante el Tribunal por el consultor que prestó servicios profesionales de consultoría preventiva y de ajuste, el señor Francisco Rodríguez, en punto de la previsibilidad de determinados eventos y los frecuentes yerros o desajustes en materia de planeación, en este tipo de obras. Sus informes fueron conocidos por el asegurador, es especial el del 25 de noviembre de 2012.

Por otro lado, en el numeral once de las condiciones particulares de la Póliza de Seguros de cumplimiento para entidades particulares No 1000013, se lee:

“11. VIGILANCIA SOBRE EL CONTRATISTA. CHARTIS tiene la facultad para vigilar la ejecución del contrato garantizado e intervenir directamente para lograr su cumplimiento., el asegurado, en la medida de sus facultades colaborará en la vigilancia y en el control de la ejecución del contrato.

CHARTIS Seguros podrá inspeccionar los documentos del asegurado o del contratista que tengan relación con el contrato garantizado”.

Por fuera del seguimiento a través de los informes de PREVING no consta en el expediente que la compañía aseguradora convocada, a lo largo de la ejecución del contrato garantizado hubiera hecho uso de esta facultad contractual en forma más activa, lo que le hubiera permitido tomar algunas decisiones para evitar la realización o atenuación del siniestro, dado que en varias oportunidades Ariguaní le había advertido sobre algunas incidencias que presentaba la realización de la obra y el estado del proyecto, según consta en la exhibición de documentos por parte de SBS Seguros a folios 4, 5, 6 a 10, 259 a 294 de la carpeta 1.

Según consta en el expediente, además, el 27 de agosto de 2015, mediante comunicación CASAS-1702-15, Ariguaní informó a SBS la situación en la que se encontraba la ejecución del Subcontrato por parte de Conalvías, indicando la reducción del 43 % de la maquinaria y la disminución del 44.5% del personal de la obra, hecho que se reitera el día 14 de septiembre de 2015, mediante comunicación CASAS-1851-15, y el 16 de septiembre de 2015, con comunicación CASAS-1861-15.

La terminación del contrato y retiro del proyecto, por parte de Conalvías, ocurrió a partir del día 18 de septiembre de 2015, sin que se hubiera amortizado el saldo de \$64.170.687.386 del Anticipo Inicial que le fuera entregado.

En este asunto, ciertamente la sociedad aseguradora convocada asumió el riesgo de no amortización del anticipo, libre y voluntariamente, y con la facultad que le asiste al asegurador de delimitar los riesgos, por el cual se halla habilitado, para *“asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”*, según dispone el artículo 1056 del C. de Comercio; por supuesto que, como reiteradamente se ha señalado, no puede perderse de vista que en la ejecución de un contrato, máxime tratándose del de seguros, en sí mismo considerado como un negocio jurídico de *uberrimae bona fidei*, es significativo el postulado de la buena fe con que deben obrar los sujetos participantes en la creación del vínculo, con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de éste, y de evitar que pueda presentarse un menoscabo patrimonial injustificado en contra de alguno de ellos y en favor del otro; desde luego que el postulado de la buena fe contractual es bipolar, en razón de que ambas partes deben observarla, sin que sea predicable, a modo de exclusividad respecto de una sola de ellas, lo que traduce en que debe ser examinado el comportamiento de ambos contratantes.

Esta correspondencia no representa otra cosa que la interdependencia adecuada de los derechos e intereses que debe existir entre los contratantes de manera que la relación de intercambio en que consiste toda relación contractual debe mantenerse incólume, sin desmedro de claros deberes secundarios de comportamiento que exigen de todo sujeto que interviene en el tráfico jurídico abstenerse de hacer todo aquello que afecte al otro contratante, o en sentido positivo, hacer todo aquello que permita al otro obtener lo que buscaba al ejecutar el contrato porque ciertamente un acuerdo negocial no es propiamente un encuentro de contrarios sino una amalgama de esfuerzos para un fin común y la realización de la función práctico – social que todo contrato lleva consigo, y que en palabras de Luigi Cariota Ferrera significa *“...tener en cuenta el conjunto de la situación que viene a producirse por virtud del negocio y, por consiguiente, tener en cuenta todas sus repercusiones*

definitivas, y, por así decir, finales en la esfera jurídica concreta de las partes o de terceros, y no sólo la producción formal de efectos jurídicos” (El Negocio Jurídico, página 491)”

En este proceso es incuestionable que la compañía aseguradora convocada, SBS SEGUROS COLOMBIA S.A, por las informaciones que le suministraba la convocante, como asegurado y beneficiario, y por los seguimientos de PREVING, pudo y debió conocer la situación real de los riesgos, mas, sin embargo, si no alcanzó a conocerla por no ejercer en forma más activa la facultad contractual, lógico es que dicha entidad corra con las consecuencias derivadas de su falta de previsión y diligencias debidas.

En tal sentido, al margen de la prescripción que desde luego debe declarar el Tribunal, los hechos o circunstancias de los que se hace depender la reticencia o inexactitud y la agravación del riesgo por ocultamiento o falta de notificación oportuna, fueron conocidos por la compañía aseguradora o la misma debió conocerlos, como demuestran las pruebas indicadas analizadas en conjunto conforme a la sana crítica.

Por lo anterior, se impone la prosperidad de las excepciones interpuestas y así se declarará en la parte resolutive.

3. LA PRETENSIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO DE SEGUROS

Por cuanto las pretensiones de la demanda principal presuponen la existencia y validez del contrato, habiéndose planteado la nulidad absoluta del seguro y desestimado la excepción de prescripción extintiva de la acción, procede el Tribunal a analizarla y decidirla.

En efecto, a propósito de la acción de nulidad absoluta, la Pretensión Sexta Principal de la reconvencción invoca el artículo 1741 del Código Civil, que incoa en forma consecencial a las pretensiones previas y al “ocultamiento” de la información que reseñan⁸⁹.

⁸⁹ Las Pretensiones Primera a Sexta Principales, solicitan declarar que en la celebración del contrato de seguros instrumentado mediante la póliza número 100013, el conocimiento por el tomador CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A. y el asegurado- beneficiario, CONSTRUCTORA ARIGUANI S.A.S de los riesgos derivados de haber concertado el contrato de concesión, el contrato EPC y el Subcontrato EPC-001/12, celebrado bajo la modalidad de llave en mano y a precio global y fijo; el conocimiento por el tomador, y el asegurado- beneficiario de los riesgos derivados de "los diseños insuficientes" presentados "en la concertación" de esos contratos, según los cuales, "la totalidad de la longitud en terraplenes implicaba un aumento en la cantidad de obra; el conocimiento al momento de suscribirse el citado contrato de seguros por el tomador y el asegurado- beneficiario, "quienes por demás eran consocios, de los incrementos en el valor de las obras por las modificaciones presentadas en el diseño definitivo comprado con el de su oferta en la Licitación Pública No. CA-LP-001-10" ; el conocimiento al momento de suscribirse el expresado contrato de seguros por el tomador y el asegurado- beneficiario, de los incrementos que se presentarían en el costo de las obras como consecuencia de la necesidad de adelantar el trámite de consultas previas, la exigencia de la ANLA de construir 15 variantes adicionales no

En los fundamentos fácticos enuncia la conformación de un complejo entramado contractual con traslado “ilegal” del riesgo asumido por los contratistas en la Licitación Pública SA LP-001 de 2010 mediante distintas sociedades con un solo beneficiario, la celebración de diversos contratos, el de Concesión 007 de 2010, el EPC, y los subcontratos EPC 001-12 y EPC-001-12, la invocación por YUMA de circunstancias determinantes de la imposibilidad de ejecución del contrato de concesión o su “desquiciamiento”, el reclamo de perjuicios en sendos tribunales arbitrales, antecedentes que dice ignoraba al concertar el seguro, incidentes en el seguro contrato y en el riesgo amparado, proceder que aunado a las tratativas, “deviene indefectiblemente en que el contrato de seguros se concertó con objeto y causa ilícita”.

En sus alegatos de conclusión la demandante según las declaraciones expresas contenidas en el objeto de la póliza, el Anexo 1, nota 5 en torno al carácter accesorio del Subcontrato EPC-001-12, refiere a la coligación o vinculación negocial del Contrato de Concesión, “el EPC y los subcontratos EPC 001/12 y 002/12” en forma que *“no pueden subsistir independientemente de los primeros”, en cuanto a su existencia, validez y subsistencia, cumplimiento y exigibilidad de las obligaciones, prestaciones mutuas y derechos de cada parte contractual, asuntos cuya definición solicita al proferir el laudo al ser menester analizar íntegra la operación económica de los “tres contratos entrelazados o coligados”, “para determinar la ocurrencia de un hipotético siniestro que afecte la cobertura de amortización e inversión del anticipo y especialmente la cuantía del mismo”*⁹⁰.

Con estas premisas, puntualiza que habiendo reconocido YUMA en el trámite de caducidad que el Contrato de Concesión No. 007 de 2010, *“no se podía ejecutar”* al estar desequilibrado, viciado de nulidad absoluta insanable según el artículo 1741 del Código Civil

previstas en el proyecto inicial, la demora en el trámite de licencias ambientales, la insuficiencia de fuentes de materiales, el incremento en la distancia y costo en el transporte de materiales e incremento de las cantidades de obra, entre otros factores; el ocultamiento de esa información a la aseguradora, por el tomador y el asegurado- beneficiario, “consorcios por demás”, “con el firme propósito de trasladar a la misma los riesgos derivados del incremento en los costos, dada la modalidad de precio acordada” y “Que por tanto de conformidad y con fundamento en el art. 1741 del C.C. se declare la nulidad absoluta del contrato de seguros incorporado en la Póliza No. 1000013, concertado entre CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. y CHARTISSEGUROS COLOMBIA S.A. (HoySBSSEGUROS COLOMBIA S.A.) y dentro del cual se designó como asegurado y beneficiario a la sociedad CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S.”

⁹⁰ Dice, el alegato: “Lo que en realidad reclamo y solicito a los señores Arbitros, por demás en forma respetuosa, es que al momento de proferir el laudo de rigor y definir sobre la validez de los negocios jurídicos involucrados, su cumplimiento o incumplimiento, la exigibilidad de las obligaciones, el desequilibrio económico que se haya presentado, la liquidación de los derechos y obligaciones de cada uno de los sujetos contractuales y especialmente el claro beneficio que se viene dando a favor de una sola persona jurídica, que si bien no es contratante en los negocios jurídicos entrelazados o coligados, sí detenta control en dos de ellas. Me refiero a la sociedad SALINI IMPREGILO, la cual se está enriqueciendo en forma por demás injusta e incausada apelando a la interpretación aislada y cumplimiento individual de uno solo de los negocios jurídicos, desconociendo que realmente se trató de una operación económica global”.

por violación de normas constitucionales que le imponían adelantar las consultas previas con las comunidades étnicas, el Contrato EPC, *“los subcontratos y las pólizas expedidas para garantizar la ejecución de los mismos, también lo están”*.

Agrega que, como el seguro no es fuente de enriquecimiento, y se adelantan procesos arbitrales por YUMA contra la ANI, según declaró la testigo Paola Andrea Reyes Gómez, de obtener decisiones favorables, los recursos obtenidos al corresponder también a los subcontratistas y relacionarse con la liquidación de todos los contratos tienen incidencia en este proceso sin que puedan beneficiarla únicamente, por lo que laudo debe definir lo relativo a las distintas personas jurídicas partícipes de la unidad económica “RUTA DEL SOL III”.

La reconvención solicita declarar la nulidad absoluta del contrato de seguros *“con fundamento en el artículo 1741 del Código Civil”* (Pretensión Sexta Principal), por *“objeto y causa ilícita”* (hecho 66) que parece derivar en forma consecuencial del conocimiento de los riesgos de los Contratos de Concesión, EPC y el Subcontrato EPC-001-12, incluidos los de diseños insuficientes, el valor de los incrementos de las obras por las modificaciones introducidas en el diseño definitivo, trámites de consultas, exigencia de la ANI de construir 15 variantes adicionales no previstas, demora en el trámite de licencias ambientales, insuficiencia de fuentes de materiales, aumento de las cantidades de obra, distancias, costos y el ocultamiento de toda esta información (Pretensiones Primera a Quinta principales), mediante la conformación de una estructura societaria con un beneficiario real, celebración de distintos contratos incidentes, traslado “ilegal” de riesgos y la invocación por YUMA ante la ANI de *“ingentes circunstancias que llevaron a la imposibilidad de ejecución del contrato o desquiciamiento del mismo para utilizar la terminología del concesionario”*⁹¹.

⁹¹ La demandante resume los hechos relacionados así: “61. De los hechos anteriores resulta inexorable lo siguiente: 61.1. YUMA y sus socios IMPREGILO, FCP RUTA DEL SOL, GRODCO, TÉCNICA VIAL e INFRACON (esta última perteneciente al grupo CONALVÍAS) celebran un contrato de concesión, presentando diseños que sirven de báculo para ejecutar unas obras bajo la modalidad llave en mano y a precios fijos. 61.2 A los pocos días de concertado el contrato, se comenzaron a presentar circunstancias que implicaban inexorablemente que se presentarían mayores cantidades de obra y que resultaba imposible ejecutar las obras en el plazo acordado. Desde luego tales circunstancias eran conocidas por los socios de YUMA. 61.3 YUMA, cuyo socio mayoritario es IMPREGILO, traslada a ARIGUANÍ los riesgos originados en el mayor riesgo de contratación. 61.4. ARIGUANÍ, sociedad controlada por IMPREGILO, traslada ese mayor riesgo financiero a CONALVÍAS y a GRODCO. 61.5 CONALVÍAS y GRODCO no pueden ejecutar las obras por las falencias de diseño y mayores costos de las mismas, razón por la cual dan por terminados los contratos. 65.6. ARIGUANÍ demanda a GRODCO y a CONALVÍAS para que se reconozcan como perjuicios los mayores costos que corresponden a los precios unitarios y no a un precio fijo, para en esta forma el riesgo que implica la modalidad de este último contrato sea trasladado a las compañías de seguros garantes. 66. Desde luego señores Árbitros el anterior proceder aunado a las tratativas que tuvieron tomador, asegurados y beneficiarios deviene indefectiblemente en que el contrato de seguros se concertó con objeto y causa ilícita”.

Ineludibles deberes de pulcritud, corrección, lealtad y buena fe imponen al tomador o asegurado declarar en forma plena, sincera, veraz y oportuna los hechos o circunstancias relevantes que conozca o deba conocer sobre el estado del riesgo, sin reticencias ni inexactitudes⁹², so pena de nulidad relativa, con pérdida de la indemnización artículo 1058 C. de Co)⁹³, o reducción en caso de yerro inculpable, y sin perjuicio de la retención de la prima(artículo 1059 C. de Co).

Estos efectos, en protección de la buena fe no se producen cuando el asegurador conoce o debe conocer los hechos o circunstancias definitorios del estado del riesgo, correspondiéndole la carga de demostrar la reticencia o inexactitud, su relevancia, y el conocimiento o deber conocerlos por el tomador⁹⁴.

Al margen de las diversas opiniones sobre la nulidad absoluta del contrato de seguro, la reticencia comprensiva del ocultamiento y la inexactitud del tomador respecto de los hechos o circunstancias definitorios del estado del riesgo, conforme al artículo 1058 del Código de Comercio, genera nulidad relativa. Del mismo modo, la ocultación por omisión de la notificación oportuna del estado del riesgo, según el artículo 1060 del Código de Comercio, entraña la terminación del contrato de seguro.

En esta dirección, como ha dicho la jurisprudencia de la Corte señalada por la Convocante y el litisconsorte necesario en sus alegaciones, no procede la nulidad absoluta del contrato de seguros por reticencia, inexactitud u ocultamiento de información sobre el estado del riesgo, por cuanto *“la norma que se comenta contempló esa hipótesis como un fenómeno que únicamente da lugar a la nulidad relativa, motivo por el cual no es posible, bajo la égida del régimen común civil o comercial, deducir la nulidad absoluta, claro está, bajo el entendido de que tampoco resulta admisible que, por vía de interpretación, se extienda la sanción a un acto jurídico distinta de la específica que le ley contempla para él justamente para distinguirlo de otros. Incluso como el dolo sólo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes y "cuando aparece claramente que sin él no hubiera*

⁹² Ordoñez Ordoñez, Andrés E. Las obligaciones y las cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro. Lecciones de derecho de seguros No. 3, Universidad Externado de Colombia, 1ª Edición, 2004, pág.29.

⁹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de agosto de 2001, Expediente 6146; Corte Constitucional, Sentencia C-232 de 1997.

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de 3 de mayo de 2000, Expediente 5350; 11 de abril de 2002, Expediente 6825; 24 de octubre de 2005, Expediente 9559; 1 de junio de 2007, Expediente 66001-3103-004-2004-00179-01 13 de febrero de 2008, Expediente 73001310300042004- 00037-01; 1 de septiembre de 2010, Expediente 05001-3103-001- 2003-00400-01; 25 de mayo de 2012, Expediente 05001-3103-001- 2006-00038-01; 4 de marzo de 2016, Expediente 05001-31-03-003-2008-00034-01.

contratado", según reza el artículo 1515 del C. Civil, y la causa es el motivo que induce al acto o contrato, siendo ilícita la que es prohibida por la ley, o es contraria a las buenas costumbres o al orden público, según dispone el artículo 1524 ibídem, nunca el primero degenera en la segunda, en ninguno de los regímenes mencionados, que en punto de tales aspectos es común por expreso mandato del artículo 822 del C. de Comercio. Ciertamente que el fraude imputable a una de las partes contratantes no es un hecho propio y exclusivo de la causa ilícita, como parece entenderlo el censor, ya que el dolo también apunta a fraguarlo", y "como lo dijo el doctrinante J. Efrén Ossa G, en su obra Teoría General del Seguro: El Contrato, p. 298, que en verdad "el vicio que afecta la voluntad del asegurador, como consecuencia de la declaración inexacta o reticente, deja intactos el objeto (esto es, el interés asegurable) y la causa (esto es, el riesgo) del contrato. Que el grado de peligrosidad del riesgo desborde las previsiones del contrato, la prima entre ellas, no obsta a su subsistencia ni, desde luego, a la del interés respectivo. Y de ahí la nulidad relativa con que lo fulmina la ley"⁹⁵.

Desde esta perspectiva, el ocultamiento de información relevante sobre los hechos o circunstancias del estado del riesgo, sea doloso, ora culposo, no constituye una causal de nulidad absoluta del contrato de seguros porque la ley, expresamente, dispone la nulidad relativa. En el derecho privado, la nulidad absoluta del contrato se presenta por la vulneración del derecho imperativo u orden público (ius cogens), o las buenas costumbres, la incapacidad absoluta, la ilicitud del objeto y la ilicitud de la causa (arts. 6 y 1741 del Código Civil, y 899 del C. de Co)⁹⁶, y evidentemente, la reticencia e inexactitud del tomador sobre los

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de octubre de 2005, Expediente 9559. Agrega: "4° La sanción de la nulidad relativa remedia los vicios del error y del dolo que afectan el consentimiento otorgado por el asegurador en la creencia de que el tomador obró con sinceridad, y por lo mismo si con ella se reprueba la conducta del último en la etapa previa a la celebración del contrato de seguro, superada esta fase, ora porque no se dio la reticencia o la inexactitud, ora porque se dio sin culpa, ora porque habiéndose presentado la una o la otra el asegurador pudo verificar el vicio de la declaración o la aceptó posteriormente de modo expreso o tácito, o en fin por efecto de la prescripción, no queda ningún otro camino para dejarlo sin efecto que el indicado en el citado precepto. 5°) En esa medida, la nulidad absoluta del contrato de seguro por causa ilícita por la que propende el censor no tiene cabida, pues tampoco es posible, respecto de idénticos hechos consistentes en el propósito de defraudar a la compañía para lo cual se la engaña a fin de que contraiga las obligaciones derivadas del acuerdo de voluntades, deducir al mismo tiempo la sanción de la nulidad absoluta y la relativa de este vínculo".

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de marzo de 2012, Expediente 11001-3103-010-2001-00026-01: "[...] en lo civil "es nulo el acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato" (art. 1740 C.C.), son causas de nulidad absoluta la incapacidad absoluta de las partes (art. 1742, C.C) la ilicitud de la causa u objeto y la "omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos" (art. 1740, C.C.); en lo comercial, genera nulidad absoluta la contrariedad de la "norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa", la incapacidad absoluta de las partes y la "causa u objetos ilícitos" (art. 899 C. de Co), y en ambos ordenamientos, la incapacidad relativa de las partes, el error, la fuerza, el dolo y las deficiencias de la formalidades habilitantes o tutelares generan nulidad relativa (art. 1741 [2] c.c. y art. 900 C. de Co). En "materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley,

hechos o circunstancias del estado del riesgo, que abarca el ocultamiento de información relevante, no la configura, tal como precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia atrás referida⁹⁷.

En lo que respecta a la argumentación propuesta en los alegatos conclusivos, respecto de la coligación o vinculación de tres contratos conexos o vinculados según los hechos enunciados en la demanda de reconvención, integrantes de una misma operación económica en complejo entramado para trasladar riesgos entre diversas compañías con una única beneficiaria, en forma que no pueden subsistir independientemente con efectos indisociables e incidentes en la amortización y cuantía del anticipo, así como el reconocimiento por YUMA de la imposibilidad de ejecutar el contrato de concesión por desequilibrado y viciado de nulidad absoluta, así como la proyección del resultado favorable de los procesos arbitrales en este asunto, en rigor la demandante plantea la reticencia del tomador, asegurado-beneficiario de la información, circunstancia que como señaló la Corte Suprema de Justicia en la ya mencionada sentencia al tenor del artículo 1058 del Código de Comercio, norma especial, preferente y prevalente, no genera la nulidad absoluta ni configura ilicitud del objeto o de la causa del contrato de seguros, sino nulidad relativa en los casos contemplados en ley.

Por haberse así planteado, empero, ha de indicarse, según lo tiene así sentado la jurisprudencia civil de la Corte Suprema de Justicia que *“la coligación, unión, vinculación, articulación, coordinación o conexidad negocial describe hipótesis heterogéneas atañederas a una pluralidad de relaciones jurídicas, distintas, autónomas e independientes, con su propia individuación, disciplina y función, vinculadas por un nexo funcional o teleológico para la obtención de un resultado práctico, social o económico único, cuya estructura exige una serie de pactos constantes, ab origine (en el origen) e in fine (en su fin), y la unión funcional o teleológica de los actos dispositivos. [...] La diversidad de acuerdos concierne a un conjunto de negocios o contratos con su singularidad estructural y funcional, sin confluir, crear u originar uno sólo. La ligazón funcional o teleológica de los distintos negocios jurídicos es*

constituyen suficientes penas y recompensas aparte de las que se estipulan en los contratos” (art. 6º, inciso 2º, C.C.), “[n]o podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres” (art. 16, C.C.), no puede ser objeto de “declaración de voluntad”, “un hecho moralmente imposible, entendiéndose por tal el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público” (art. 1518 C.C), “hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación. Así, la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto” (artículo 1519 Código Civil), también “en todo contrato prohibido por las leyes” (art. 1523 C.C), “se entiende por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público” (art. 1524 C.C.) y ex artículo 899 del Código de Comercio, “será nulo absolutamente el negocio jurídico cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa” [...] (cas. civ. sentencias de 7 de febrero de 2008, exp. 2001-06915-01 y 1º de julio de 2008, ex. 2001-00803-01).

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de octubre de 2005, Expediente 9559.

indisociable, imprescindible e inescindible, in toto, in complexu, in globo, y conduce a la única función práctica, económica o social perseguida, siendo necesaria para la concreción definitiva de un interés unitario, propio, autónomo y diferente realizable con la conjunción de los varios actos dispositivos, cada uno, con su identidad, tipología, disciplina y función”.

La misma sentencia, indica la necesidad de *“un nexo, vinculación o unión teleológica o funcional de los distintos acuerdos con relevancia jurídica, de uno sobre otro o respecto de todos, “en el sentido de que uno solo de ellos reciba la influencia del otro (dependencia unilateral), o en el sentido de que dicha influencia sea recíproca (dependencia bilateral). El nexo de dependencia puede, además, derivar, ya de un concurso simultáneo, ya de una secuencia de actos dispuestos en orden cronológico. En especial pueden darse: a) una coligación de índole genética, modificatoria o extintiva, que se manifiesta en el hecho de que un negocio ejerce su influencia en la formación, en la modificación o en la extinción del otro; b) una coligación de índole funcional y efectual, que se manifiesta no sólo en el hecho de que uno de los negocios encuentra su fundamento en la relación surgida del otro, sino, más generalmente, en el hecho de que los actos de autonomía privada tienden a la persecución de un resultado común; c) una coligación de índole, por así decirlo, ‘mixta’, o sea al mismo tiempo genética y funcional” (Lina BIGLIAZZI GERI, Humberto BRECCIA, Francesco D. BUNESLLI y Ugo NATOLI, Derecho civil, Tomo I, Volumen II, trad. esp. Fernando HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 942).”, y puntualizó que “la pluralidad negocial, la relación o coligación teleológica, la unitariedad y unicidad funcional proyectada en una finalidad común, única, convergente u homogénea orientada a un propósito práctico único no susceptible de realización singular por cada uno de los contratos sino en virtud del conjunto y de todos, sin originar un negocio nuevo, autónomo o único, caracteriza el contrato coligado, cuya función se realiza por la conjunción coordinada y, de esta manera, deviene propia y distinta; la unicidad y pluralidad del interés perseguido no se traduce en un tipo único, permaneciendo en todo instante la unión de todos. [...] En términos simples, pluralidad de negocios jurídicos o contratos y relación, nexo o vínculo por su función y finalidad única perseguida, constituyen presupuestos necesarios de la coligación; cada contrato, empero, es diverso de los restantes, tiene sus propios elementos esenciales, sirve a una función práctica o económica social característica y su cohesión conduce no a otro, sino a la realización de una función única, realizable únicamente por su confluencia y el nexo o vínculo entre todos”⁹⁸, o sea, tiene por requisitos concurrentes, la “[p]luralidad de negocios*

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1 de julio de 2009, Expediente 05001-3103-009-2002-00099-01; Sentencia de 31 de mayo de 1938, G.J., t. XLVI, págs. 670 y 671; Sentencia de 6 de octubre de 1999, Exp. 5224 ; Sentencia 22 de octubre de 2001, Exp. 5817; Sentencia 13 de diciembre de 2002, Exp. 6462; Sentencia 25 de septiembre de 2007, Exp. 11001-31-03-027-2000-00528-01). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 1 de octubre de 2004.

jurídicos o contratos, que mantienen su individualidad y autonomía; ii) Nexo de dependencia (o interdependencia) unilateral o bilateral entre los varios negocios, que puede ser (a) Genético, modificadorio o extintivo; (b) Funcional y efectiva o (c) Mixto; y iii) Finalidad única perseguida, realizable únicamente a través de su confluencia”⁹⁹.

Los contratos conexos o coligados, en efecto según expone con rigor el señor apoderado de SBS en sus alegatos de conclusión, podrán darse respecto de los celebrados por las mismas partes o entre una de éstas y terceros, con tal que establezcan el nexo genético o funcional entre ellos en búsqueda de una finalidad unitaria y convergente realizable con el conjunto.

En línea de principio, la conexidad o coligación se presenta entre distintos contratos celebrados entre las mismas partes, más nada se opone a su presencia en tratándose de contratos suscritos entre éstas, una de éstas y terceros, siempre que se estructuren sus requisitos o presupuestos concurrentes advertidos por la doctrina y la jurisprudencia.

Empero, la coligación negocial no infirma la individuación, singularidad y especificación de las relaciones contractuales, ni permite soslayar su contenido prestacional, autónomo, aunque interdependiente del conjunto negocial. Tampoco, la garantía otorgada respecto de uno o varios de los contratos coligados, conexos o unidos pierde su singularidad, ni el seguro de daños, responsabilidad o cumplimiento en torno a determinado contrato integrante de la coligación o conexidad podrá extenderse a todos, menos cuando versa sobre una prestación específica de cierto o concreto contrato, según acontece, *verbi gratia*, con el seguro de amortización o correcta inversión del anticipo dado en ejecución de uno en particular¹⁰⁰.

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC1649-2016, 16 de diciembre de 2016, Radicación n.º. 76001 31 03 002 1996 13623 01; Sentencia SC-18476, 15 de noviembre de 2016, Radicación n.º 68001-31-03-001-1998-00181-02

¹⁰⁰ Laudo arbitral de 31 de enero de 2017, Tribunal Arbitral de Isagen S.A. E.S.P contra AXA Colpatria Seguros S.A. y Liberty Seguros S.A.: “En criterio del Tribunal, el rasgo propio y distintivo antes descrito, conduce a que el seguro de cumplimiento sea un contrato de naturaleza autónoma o principal, aunque interdependiente genética y funcionalmente con el contrato que garantiza, en razón a que está inexorablemente ligado al decurso vital de dicho contrato o negocio subyacente. Sin embargo, la coligación negocial no tiene la capacidad de restarle independencia o autonomía a cada una de las relaciones contractuales que se interrelacionan; de ahí que el Tribunal considere que el hecho de que el seguro de cumplimiento esté vinculado con el contrato subyacente que garantiza (contrato de obra), no desvirtúa, como tampoco desnaturaliza, la obligación que tiene el asegurador de indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista afianzado, máxime teniendo en cuenta que el riesgo asumido por él, es precisamente resarcir el perjuicio que el incumplimiento del tomador le irroga al asegurado; obligación indemnizatoria que va encaminada, por tanto, a conjurar los efectos nocivos derivados de tal incumplimiento y que éste habrá de satisfacer, según la misma ley lo prescribe, a través del pago de una suma de dinero o mediante la ejecución del contrato incumplido por el deudor (art. 1110 C. de Co.)”. En el mismo sentido respecto de la autonomía de cada contrato conexo: Laudo Arbitral de 4 de agosto de 2016, Autopistas del Sol S.A. contra Constructora Vilpa S.A. Sucursal Colombia, Change Consulting Group y Gerencia de Contratos y Concesiones S.A; Laudo arbitral de 13 de marzo de 2009, Estyma S.A., Conca S.A.,

Por otra parte, la perspectiva expuesta a propósito de la conexidad en cuanto a la indisociable conjunción de todos los negocios conexos para efectos del seguro contratado, comportaría su desnaturalización con la extensión del amparo a todos, lo que ciertamente, no se ajusta a su concreción, a los riesgos y a las reglas que lo gobiernan.

El contrato de seguro, está circunscrito al contrato garantizado y a los riesgos singulares, sin que pueda desvirtuarse con su extensión a otras relaciones contractuales que, aunque conexas o coligadas mantienen su autonomía e independencia.

Es evidente que, aún con independencia de la conexidad o vinculación de los Contratos de Concesión No. 007 de 2010, el EPC y los Subcontratos EPC 001-12 y EPC-002-12, cada uno tiene partes contratantes diferentes, conservan sus rasgos, autonomía e individuación, contenido prestacional, estructura económica, riesgos, efectos, elementos de existencia y validez exigibles unitariamente, si bien confluyen en un proyecto único o finalidad convergente, y sus efectos, tienen vocación de proyectarse en los restantes, (*v ad exemplum*, la terminación de uno en particular, al existir un nexo genético), y asimismo que el contrato de seguros genitor de este proceso está referido no al conjunto de tales relaciones sino a una particular y concreta respecto de la cual los riesgos, el siniestro y la indemnización se predica.

También es incontestable que la aseguradora en la póliza y sus anexos hizo constar su conocimiento, y así lo reconoció su representante legal al contestar el interrogatorio de parte.

Por otro lado, el Tribunal no asumió competencia para juzgar la validez o invalidez de dichos contratos conexos o coligados ni el pacto arbitral lo habilita al efecto, sino exclusivamente las controversias derivadas del contrato de seguros.

Tampoco existe prueba alguna respecto de la declaratoria por autoridad jurisdiccional o arbitral de nulidad absoluta, terminación o desequilibrio del Contrato de Concesión, y en cuanto concierne a los procesos arbitrales promovidos contra la ANI, no hay evidencia en el expediente de pronunciamiento ninguno, además que sus resultados contingentes no pueden alterar la estructura y función del amparo de amortización del anticipado contratado al ser específico, singular y concreto, ni obra elemento probativo que permita determinar la

Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A., Constructora Ineconte Ltda e Incoequipos S.A. contra Vargas Velandía Ltda (XIE S.A.).

incidencia de tal contingencia en el siniestro o en su cuantía o concluir un complejo entramado societario a través de la celebración de los mencionados contratos con designios ilícitos.

Corolario de lo expuesto, no prospera la pretensión de nulidad absoluta y así se declarará en la parte resolutive.

4. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL

Existente y válido el contrato de seguros, procede la decisión de las pretensiones incoadas en la demanda principal, ya transcritas en apartes previos.

El seguro de cumplimiento de obligaciones emanadas de contratos, como en el presente caso, tiene su fuente en una previsión del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que incorporó el artículo 2 de la ley 225 de 1938.

Las entidades aseguradoras que emiten seguros de cumplimiento lo hacen al amparo del ramo correspondiente, como lo hizo Chartis para el propósito de aseguramiento del objeto del contrato descrito como objeto del seguro de cumplimiento, y a cuya cancelación procedió posteriormente a los eventos de debate sobre la atención de las correspondientes obligaciones del mismo, es decir, que para el ramo de seguro de cumplimiento se solicitó autorización ante la autoridad correspondiente con un específico empeño, el aseguramiento contenido en la póliza varias veces citada y en general lo pertinente a su participación en el proyecto constructivo asociado con el objeto del contrato asegurado¹⁰¹.

La pretensión primera transcrita en otros apartes del presente laudo tiene como propósito que se declare que por parte de la aseguradora demandada se otorgó la póliza de cumplimiento para particulares distinguida con el número 1000012-1000013, en las cuales se registran como tomador y afianzado Conalvías Construcciones S.A.S. y como asegurado y beneficiario Constructora Ariguaní, en las cuales se incluyen como coberturas las de buen manejo, correcta inversión y amortización del anticipo del subcontrato EPC 001-12¹⁰².

¹⁰¹ El representante legal de la aseguradora señala en el interrogatorio lo siguiente: "SBS hoy, anteriormente AIG, había cerrado el ramo de cumplimiento en el año 2006 si la memoria no me falla, lo digo de unos siniestros importantes cas Metro Medellín y recién reabrió el ramo para la suscripción de esas póliza en donde todo el expertise estaba referenciado y aportado por la operación regional que tenía AIG en ese momento".

¹⁰² El Tribunal parte de la consideración documental que la póliza de seguro de cumplimiento fue expedida con el número 1000012 y los denominados certificados de endoso de aclaraciones que contienen los anexos de la póliza 1000012 se emitieron bajo el número de póliza 1000013. Así se indicó, por lo demás, en la nota de pie de página número 21 de la demanda, sin reparo alguno.

La pretensión segunda también transcrita en el presente laudo se orienta a que se declare la ocurrencia de un siniestro del amparo de amortización del anticipo contenido en la póliza mencionada, “como consecuencia de la conducta desplegada por el tomador y afianzado Conalvias Construcciones”, quien abandonó las obras y no amortizó la suma de sesenta y cuatro mil ciento setenta millones seiscientos ochenta y siete mil trescientos ochenta y seis pesos (\$ 64.170.687.386, 35).

La pretensión tercera señala la misma cuantía como el perjuicio sufrido por la Constructora Ariguaní, en calidad de asegurado y beneficiario; en la pretensión cuarta que a dicha cuantía se les apliquen intereses moratorios correspondiente al valor del anticipo inicial no amortizado, y en la pretensión quinta que los intereses moratorios se computen a partir del 8 de noviembre de 2015, oportunidad en la cual se habría vencido el mes que tuvo la entidad aseguradora SBS (antes Chartis) para pagar luego de la presentación de la reclamación formal mediante la cual se habrían acreditado ocurrencia y cuantía del siniestro o desde la fecha que determine el Tribunal y hasta que se realice el correspondiente pago, según lo previsto en el artículo 1080 del código de comercio.

La póliza de seguro de cumplimiento para entidades particulares emitida por Chartis (hoy SBS), de la cual es tomador Conalvias S.A.S., distinguida con el número 1000012, bajo la modalidad de póliza nueva, fue expedida el 7 de abril de 2012 con una vigencia desde el 12 de abril del mismo año hasta el 1 de junio de 2022, conforme se registra en el anexo número 0¹⁰³.

Tiene como objeto el amparo del subcontrato EPC 001 – 12 que es accesorio al contrato de concesión 007 de 2010 y al contrato EPC “cuyo objeto es la ejecución, por parte del subcontratista EPC, bajo la modalidad llave en mano y a precio global y fijo con ajustes, de la intervención prioritaria, la ejecución de las obras de construcción, rehabilitación, y mejoramiento, previstos en el contrato de concesión y en el contrato EPC para todo el alcance básico de los tramos comprendidos entre inicio variante Fundación y Ye de Ciénaga y entre Carmen de Bolívar y Valledupar de conformidad con los estudios y diseños, la ejecución por parte del subcontratista EPC, bajo la modalidad llave en mano y a precio global fijo con ajustes en los tramos antes señalados, del mantenimiento ordinario desde la fase de Preconstrucción (incluida ésta) hasta la terminación de la fase de construcción, de acuerdo

¹⁰³ El Anexo 0 tiene por número de póliza 1000013, se expidió el 19 de abril de 2012 con vigencia desde 12 de abril de 2012.

con el alcance, calidades y especificaciones exigidas por el pliego de condiciones de la licitación pública Inco Sea- LP- 001-2010, el contrato de concesión, el contrato EPC y lo previsto en el presente contrato EPC”. La nota 8 del anexo 1 del certificado de Endoso de Aclaraciones aclara el objeto de la póliza, siendo fundamentalmente el mismo del inicial objeto de la póliza de seguro de cumplimiento.

A partir del objeto de la póliza de seguro de cumplimiento transcrito, el Tribunal destaca que el objeto de la póliza de seguro de cumplimiento tiene como referentes objetivos el sub contrato Epc 00 -12, que es accesorio al contrato de concesión 007 de 2010 y al contrato Epc cuyo objeto es la ejecución, por parte del subcontratista Epc, bajo la modalidad llave en mano y a precio global y fijo con ajustes, de la intervención prioritaria, la ejecución prevista en el contrato de concesión y en el contrato Epc, la ejecución por parte del subcontratista Epc del mantenimiento *ordinario “desde la fase de pre construcción hasta la terminación de la fase de construcción, con arreglo a la licitación pública del Inco Sea-Lp-001-2010, el contrato de concesión, el contrato Epc y lo previsto en el presente contrato Epc”*. Por tanto, es claro que el objeto de la póliza de seguro de cumplimiento tiene como referentes los mencionados contratos y los documentos asociados con la licitación pública hecha por el Inco en el año 2010, el contrato de concesión, el contrato Epc y según se lee en el objeto de la póliza de seguro de cumplimiento *“lo previsto en el presente contrato Epc”*.

Como amparos específicos, en la cubierta de la *“póliza de seguro de cumplimiento para entidades particulares”*, que es el anexo No. 0, se señalan cuatro *“amparos y coberturas”*: de cumplimiento, de buen manejo y correcta inversión del anticipo, de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones y de estabilidad de la obra, cada uno con un valor asegurado específico, con una vigencia determinada y naturalmente con su contrapartida de prima.

Para las concretas consideraciones de la controversia planteada en este proceso, se indica que el amparo contratado de *“buen manejo y correcta inversión del anticipo”* tiene un valor asegurado de \$ 83.399.428.362.00 y una vigencia desde el 12 de abril de 2012 hasta el 31 de mayo de 2017. Se precisa, además, en la nota # 1 del mismo anexo # 0, que el amparo de buen manejo de anticipo, otorgado en la presente póliza corresponde a la cobertura de *“buen manejo, correcta inversión y amortización del anticipo”*, es decir, que se agrega la cobertura de la amortización del anticipo y se hace desde la misma oportunidad de emisión de los documentos iniciales del aseguramiento, como acontece también con la expresa exclusión de la proporcionalidad de los amparos cubiertos en la póliza, que se repite en la *“nota 4”* del anexo 5 de la póliza. Para el Tribunal, entonces, tienen relevancia tales determinaciones

contractuales de la inclusión como cobertura de la amortización del anticipo y la exclusión de la proporcionalidad para los amparos cubiertos por la póliza.

Delimitados el objeto de cobertura, inclusiones y exclusiones, corresponde el examen en cuanto conciernan al trámite arbitral de las condiciones generales incluidas en la “*póliza de seguro de cumplimiento en favor de particulares*”, así denominada como integrante de la póliza que, a su vez, se titula en la cubierta “*póliza de seguros de cumplimiento para entidades particulares*”.

El riesgo asegurado en la póliza de seguro de cumplimiento en favor de particulares prevista en el amparo básico que lo denomina “*Riesgo de incumplimiento*”, señala que la aseguradora “*se obliga a pagar los perjuicios patrimoniales que sufra el asegurado (acreedor de la obligación) por el incumplimiento del contratista o afianzado (deudor de la obligación) durante la vigencia de la presente póliza de ...*” dos eventos asociados con situaciones concretas de la atención o satisfacción de las obligaciones como (la primera) la celebración del contrato de la oferta hecha y otra (la segunda) de aquellas nacidas del contrato expresamente indicadas en el “*cuadro de declaraciones*” con sujeción a seis garantías.

El riesgo asegurado se refiere al pago de los perjuicios patrimoniales que sufra el asegurado por el incumplimiento del contratista o afianzado durante la vigencia de la póliza de seguro de cumplimiento derivado de las situaciones descritas como la atención o satisfacción de las obligaciones previstas en el objeto del contrato asegurado o garantizado, descritas en el “*cuadro de declaraciones*” contenido en el certificado de póliza nueva o anexo No. 0 de la póliza distinguida con el número 1000013 de fecha 19 de abril de 2012.

En el anexo 1 de la póliza 1000013, denominado “*Certificado de Endoso de Aclaraciones*”, para los efectos del trámite arbitral, resulta útil la mención contenida en la nota 1, conforme a la cual, “[s]e aclara que la entidad contratante es quien debe demostrar ante Chartis los perjuicios que se puedan ocasionar por el mal uso o la mala inversión del anticipo por parte del subcontratista EPC, Chartis atenderá la reclamación pertinente incluyendo los diferentes elementos de prueba que la entidad contratante debe anexar, como puede ser el plan de inversión del anticipo”.

En el mismo anexo de tal póliza se incluye la “*nota 5*” según la cual “[l]a aseguradora conoce y acepta que el subcontrato EPC-001-12 es accesorio al contrato Yuma EPC y al contrato de concesión 007 de 2010, así mismo mediante la póliza se está garantizando el subcontrato Epc hasta su liquidación incluyendo posibles prórrogas, el subcontratista deberá avisar a

Chartis de cada cambio o modificación con antelación y Chartis establecerá las condiciones de asegurabilidad en cada solicitud". La "nota 9" del mismo anexo No. 1 precisa que los asegurados y beneficiarios de los amparos de cumplimiento, buen manejo y correcta inversión y amortización del anticipo son Yuma Concesionaria S.A., Constructora Ariguaní S.A.S. e Impregilo.

El anexo 3 de la misma póliza, denominado también "Certificado de Endoso de Aclaraciones", incluye una nota aclaratoria *"la cual reemplaza en todo su contexto a la nota No. 1 incluida en el anexo 1 a la presente Póliza"* y señala: *"Nota 1 – En relación con el amparo de buen manejo, correcta inversión y amortización del anticipo, la aseguradora reconoce y acepta que garantiza el cabal cumplimiento de las obligaciones a cargo del subcontratista y por lo tanto en el evento en que el subcontratista incurra en: 1) la no inversión, II) el uso indebido, III) la apropiación indebida, IV) la inversión diferente a la prevista en el plan de inversión del anticipo, y/o la V) no amortización, la aseguradora se obliga en cualquiera de los casos, a pagar al asegurado los valores correspondientes al siniestro, sin probar hecho distinto al incumplimiento."*

Esta nota aclaratoria fue modificada en la "nota 1" del anexo 4, denominado también *"certificado de endoso de aclaraciones"*, y se suprimieron los numerales IV y V de la "nota 1" del anexo 3 atrás transcrito, es decir, la inversión diferente a la prevista en el plan de inversión del anticipo y la no amortización y quedó, en consecuencia, el riesgo asegurado contraído a tres numerales.

En adición, en otra precisión aclaratoria, en el mismo anexo 4, se señala que *"[a] continuación y para mayor claridad se incluyen todas las notas emitidas a la presente póliza incluyendo la arriba mencionada y las establecidas en los diferentes anexos expedidos a la presente póliza"* y se incluye una nueva u otra "nota 1" según la cual *" en relación con el amparo de buen manejo, correcta inversión y amortización del anticipo la aseguradora reconoce y acepta que garantiza el cabal cumplimiento de las obligaciones a cargo del subcontratista y por lo tanto en el evento en que el subcontratista incurra en: i) la no inversión, ii) el uso indebido y/o III) la apropiación indebida, la aseguradora se obliga en cualquiera de los casos a pagar al asegurado los valores correspondientes al siniestro, sin necesidad de probar hecho distinto al incumplimiento"*, esto es, equivalente redacción a la prevista en acápite anterior, luego se encuentra en sendas partes de la documentación del contrato de seguro. Y en la "nota 8" se aclara el objeto de la póliza con similar redacción a aquella atrás señalada. A su vez, en la "nota 9" del mismo anexo 4 se señala que los asegurados / beneficiarios de los amparos de

cumplimiento, buen manejo y correcta inversión y amortización del anticipo son las sociedades Yuma, Constructora Ariguaní e Impregilo. En el anexo 5 en la nota 1 se repite.

El Tribunal resalta en la identificación de tales documentos pues se trata de una pieza crucial al precisar los riesgos asegurados, la vigencia de la póliza y los eventos de cobertura, así como sus cuantía y de los mismos no hay debate alguno, es decir, las partes no repararon acerca de su contenido, ni protestaron alguna imperfección ni menos sobre su existencia, esto es, que constituye fuente apropiada y plena para el examen de la conducta del tomador (Conalvías S.A.S.), del asegurado y beneficiario (Constructora Ariguaní S.A.S.) frente a las obligaciones asumidas por la entidad aseguradora que emitió la póliza.

Obsérvese que el amparo de amortización del anticipo se incluyó expresamente en la nota 1 del certificado de póliza nueva, que se repitió como cobertura en varias notas y anexos, y que expresamente se excluyó la proporcionalidad a los amparos cubiertos en la póliza, sin perjuicio además que el pago de la indemnización se hará por la entidad aseguradora “sin necesidad de probar hecho distinto al incumplimiento” (se destaca). Y a ello se añade la opción señalada en la condición 11 de las generales de la póliza de “Vigilancia sobre el contratista”.

Otros anexos cumplen las funciones de precisar valores asegurados en referencia a los salarios mínimos legales vigentes o destacan como condiciones aceptadas por el asegurador algunas de las previsiones contractuales como, por ejemplo, la que se indica en la “nota 14” del anexo 5 según la cual se acepta la cláusula vigésima del sub contrato Epc 001-12, de “procedimiento en caso de ocurrencia de un evento eximente de responsabilidad”.

Como corolario de lo anterior, esto es, del examen del contrato de seguro emitido por la entidad aseguradora demandada en el presente trámite, sobre la cual versa la controversia el Tribunal estima útil haber fijado esos elementos previstos en el contrato, pues constituyen referente objetivo contractual útiles y que, por lo demás, corresponden a expresas manifestaciones hechas por profesionales de cada actividad, es decir, el asegurador y las sociedades aseguradas y beneficiarias, en un proceso de intercambio de opciones o alternativas del cual surge principalmente para la entidad aseguradora conocimiento y aceptación de varias previsiones contractuales que aclaraban o que estaban precedidas, en algunos casos, de expresiones tales como conocer y aceptar.

De igual manera el Tribunal señala que la controversia es ajena a la existencia o no de coberturas o si hubo o no una variación o modificación de las cuantías indicadas como valor

asegurado, sino en relación con la efectividad de las coberturas, en especial sobre la de cumplimiento y la de anticipo y su amortización, sobre las cuales a continuación se harán algunos comentarios.

El riesgo asegurado de un seguro de cumplimiento de obligaciones que emergen de un contrato es modalidad de los seguros de daños y cómo surge de la disposición legal que le creó, incorporada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, tiene como objeto amparar el pago de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos.

El seguro de cumplimiento procura restablecer con cargo a los recursos de la entidad aseguradora, el patrimonio económico del acreedor de una obligación, los asegurados o beneficiarios en este caso Constructora Ariguaní, derivada del incumplimiento del contrato por parte del tomador del seguro, en este caso Conalvías. El riesgo asegurado en un contrato de seguro de cumplimiento es una conducta del tomador, esto es, asociada con la atención o satisfacción o cumplimiento de las obligaciones que surgen de un contrato; en otras palabras, al asegurarse el cumplimiento de una obligación se asegura un hecho proveniente de la voluntad del tomador que se traduce finalmente en que cumpla o no una obligación.

De allí que la etapa previa a la celebración del contrato contenida en la declaración del estado del riesgo o las indagaciones que haga la entidad aseguradora acerca de la capacidad real y efectiva de un solicitante para que actúe como tomador del contrato de seguro de cumplimiento se orientan fundamentalmente a verificar su capacidad de atención de la obligación de la cual pasaría a ser asegurador. En la conclusión de esa etapa previa el asegurador emplea su diligencia profesional para establecer las condiciones en las cuales podría proceder a la asunción del riesgo que le es propuesto y que pasa a ser riesgo asegurado, al celebrar el contrato de seguro.

En el seguro de cumplimiento como el riesgo asegurado es una conducta del tomador, cual es cumplir o no, adquiere importancia la información que suministra el tomador o que le requiere la entidad aseguradora, pues constituyen elementos para la eficacia de la protección contratada por el tomador, que sirve de resguardo al asegurado y beneficiario y que emite el asegurador.

En el presente caso se ha invocado la reticencia y la agravación del estado del riesgo para deducir causales de exoneración de la responsabilidad contractual de la entidad aseguradora.

Debe señalarse que, aún si pudiere prescindirse de la prescripción extintiva de la acción, la reticencia ha de tener tal significación que haya inhibido al asegurador de celebrar el contrato o que lo haya inducido a celebrar condiciones más onerosas, frente a lo cual debe señalarse que el Tribunal observa que hubo una pareja deliberación, un intercambio de opiniones extenso que quedó reflejado en los anexos atrás descritos, en las minuciosas descripciones de cada “nota” en los anexos con las funciones que cumplen los anexos de adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza, conforme lo previsto en el numeral 2 del artículo 1048 del Código de Comercio. En los casos analizados los anexos y, en especial, las “notas” allí incorporadas atienden los propósitos de adicionar o modificar la póliza.

En un seguro de cumplimiento la agravación del riesgo tiene unos contornos específicos pues la agravación no puede constituirse o fundamentarse en el mismo hecho del incumplimiento, pues éste es el riesgo asegurado pues la agravación del riesgo en esta modalidad de seguros depende principalmente de las variaciones de la conducta del tomador, quien está obligado a cumplir, y difícilmente puede entenderse que el incumplimiento sea agravación pues el deterioro de la conducta orientada al cumplimiento emerge justamente en la causa del contrato de cumplimiento que se celebra.

El amparo de amortización amerita unas observaciones generales. La amortización¹⁰⁴ en su acepción básica *consiste en una extinción o redención de un préstamo o una deuda*. Y es útil precisar que en los contratos mercantiles a las palabras debe dárseles el significado habitual, según lo señala el artículo 823 del Código de Comercio.

Es también la manera de contabilización de una parte del precio de adquisición de los activos; para efectos de la cobertura de amortización de un anticipo en una póliza de seguro de cumplimiento halla su causa en la protección de los recursos entregados al tomador, en el cual se asocia con unos recursos entregados por el asegurado o beneficiario al tomador y con la manera de cómo se van invirtiendo los recursos para que se orienten al objeto del contrato en las circunstancias pertinentes de tiempo, modo y lugar acordadas en el contrato que, a su vez, constituyen el objeto del contrato de seguro de cumplimiento y, por tanto, son los límites del riesgo asegurado. En tal sentido, atrás se transcribieron los términos del objeto del contrato de seguro de cumplimiento que, como se vio, se repitió en varios anexos de los certificados de aclaración.

¹⁰⁴ Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Dirigido por Santiago Muñoz Machado. Real Academia Española, Cumbre Judicial Iberoamericana y Consejo Judicial del Poder Judicial. Santillana Educación, Madrid, 2017.

La amortización prevista como amparo en la póliza de seguro de cumplimiento en el contrato de seguros celebrado, *excluye la proporcionalidad*, también como atrás quedó mencionado, pues la póliza en varios apartes así lo precisó y, además, como se verá luego, se mencionó en la etapa probatoria.

La proporcionalidad fue anulada o se le restó eficacia expresamente de la póliza de seguro de cumplimiento, en virtud de la aludida estipulación. La exclusión de la proporcionalidad descarta la adecuación de prerrogativas a fines propios de su ejercicio o la graduación de una sanción y, en cambio, apareja una aplicación aritmética simple. La proporcionalidad no implica que el amparo sea de aquellos previstos en la legislación mercantil como de valor tasado, admitido o convenido pero sí es un criterio contractual orientador de un propósito común de las partes contenida en los documentos contractuales que, para el Tribunal, es la de suprimir una simetría o conformidad entre las partes, en una póliza de seguro entre las coberturas, es decir, que cada amparo es independiente de los otros y que, en materia de cobertura, aparta una tasación o una gradualidad.

¿Cabe preguntar, qué sentido tendría incorporar en las condiciones de la póliza de seguro una previsión expresa de anulación o exclusión de la proporcionalidad?

La proporcionalidad que registra varias acepciones en función de cada disciplina jurídica, como que es una para el derecho administrativo, otra para el derecho tributario y otra para el derecho sancionador y que fue de explícita renuncia contenida en la póliza tiene consecuencias a efectos de la interpretación de la cobertura (que cada amparo se disocia de los otros) y en la tasación del perjuicio (se descarta una graduación), esto es, que no procede una asignación de un principio de proporcionalidad, en vista de su exclusión.

El Tribunal también estima útil hacer referencia a las previsiones contractuales relativas al pago de la indemnización, la general contenida en la condición 8 “pago de la indemnización”¹⁰⁵ de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de particulares emitida por Chartis y la específica, que ya se transcribió, sobre una modalidad específica de acreditar el siniestro, “sin necesidad de probar hecho distinto al incumplimiento” contenida en “nota” de los certificados de aclaraciones.

¹⁰⁵ “Pago de la indemnización. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida. Chartis Seguros deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, Chartis Seguros efectuará el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante Chartis Seguros de acuerdo con lo dicho en los párrafos anteriores. Dentro del mismo término, Chartis Seguros podrá tomar a su cargo el cumplimiento del contrato, caso en el cual sustituirá al contratista en todos sus derechos y obligaciones derivados del contrato garantizado.”

Por tanto, para la comprobación del siniestro las partes acordaron un mecanismo específico al previsto en la condición general de la póliza conforme al cual se probaría como quedó dicho, *“sin necesidad de probar hecho distinto al incumplimiento”*, es decir, una manifestación expresa que para el acreditamiento del siniestro sería menester probar el hecho del incumplimiento, es decir, la realización del riesgo asegurado sin adicionales requisitos o elementos complementarios. Una comprobación pura y simple, ajena a determinadas formalidades. Así mientras en la condición 8 general de la póliza se alude a la demostración de la ocurrencia del siniestro, en la “nota” se menciona que no se requiere prueba distinta al incumplimiento.

El incumplimiento de una obligación o lo que es lo mismo la realización del riesgo asegurado, implica que el deudor de una obligación asuma un comportamiento diferente al señalado en el contrato y en el presente trámite de una obligación de hacer propia de un profesional que se considera incumplida por no haber sido acabada antes del término previsto en el contrato garantizado y allí la prueba del incumplimiento apareja el cotejo entre la fecha prevista de conclusión del término previsto y la ausencia de satisfacción de la obra, sin que para los efectos de la póliza de seguro y con arreglo a lo previsto en la “nota” fuese indispensable nada diferente a ese hecho.

En ese sentido, el Tribunal estima necesario indicar que con ese criterio analiza la carta de objeción mediante la cual rechazó el pago de la indemnización, es decir, si la entidad aseguradora acogió y ejecutó el criterio acordado al momento de emisión de la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares a la cual se ha hecho referencia en varias oportunidades.

De igual manera precisa que ese criterio probatorio previsto en la “nota” constituye un elemento de importancia en la dinámica probatoria en torno a la manera cómo las partes, en el presente caso acordaron en la póliza, la manera cómo habría de considerarse la configuración del siniestro y su comprobación, en el sentido que sería indispensable la manifestación de incumplimiento, sin que ello significara -que no lo fue- ni un allanamiento al pago, ni una renuncia anticipada al ejercicio de derechos o prerrogativas propias de cualquier contrato, pues de hecho hubo objeción como expresión de hechos impeditivos del surgimiento de la obligación y oposición propia del derecho de defensa y del debido proceso a las pretensiones de la demandante. Pero sí se erige en un elemento útil para la interpretación en el debate traído a consideración del Tribunal.

Corolario de lo anterior se tiene, entonces, que el Tribunal entiende que en los seguros de cumplimiento el riesgo asegurado es la conducta del tomador del seguro, que con base en los documentos contractuales se excluyó la proporcionalidad y se fijó un criterio básico de comprobación del incumplimiento.

Y agrega que observa una interlocución sin abusos o situaciones de indefensión o de sometimiento irrestricto a condiciones determinadas por el asegurador, pues se trataría de un riesgo trasladado por el tomador y conocido por el asegurador de aquellos denominados como “gran riesgo”, es decir, que no es contrato de aquellos que se ofrecen masivamente sino que por la cuantía y la envergadura de las prestaciones asumidas y el contrato garantizado ameritó un debate y discusión de las condiciones contractuales, como se hace explícito en los anexos y certificados.

Además, hubo conocimiento del asegurador de las condiciones del objeto del contrato, es decir, que al margen de la prescripción extintiva de la acción, no hubo ocultamiento de informaciones determinantes, como lo señala la Corte Suprema de Justicia, para deducir situaciones concomitantes a reticencia o inexactitud.

Para el Tribunal es claro que la Póliza de Cumplimiento para Particulares Nos. 1000012-1000013, en la que figura como tomador y afianzado CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S., y asegurado y beneficiario CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S., y en la que se incluyen las coberturas de buen manejo, correcta inversión, y amortización del anticipo del Subcontrato EPC00I-12, es un seguro de daños por lo que, de conformidad con el artículo 1088 del Código de Comercio, “Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso.”

A tono con la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, respecto del seguro de cumplimiento, *“en el ámbito del derecho de seguros se distinguen los llamados seguros de daños, caracterizados, como se sabe, por ser meramente indemnizatorios, esto es, por cuanto tienen como fin último procurar reparar al asegurado o beneficiario los perjuicios recibidos como consecuencia del acaecimiento del suceso incierto determinado en el respectivo contrato como riesgo asegurado. Esa es la razón, justamente, que le impide al interesado “reclamar del asegurador suma mayor que la asegurada, así el daño haya sido superior, ni cifra que exceda del monto del daño, aunque el valor asegurado fuese mayor. El asegurado logra así, a través del contrato de seguro, la posibilidad de obtener la reparación*

del detrimento que sufre en su patrimonio a causa del acaecimiento del siniestro; su aspiración no puede ir más allá de alcanzar una compensación del empobrecimiento que le cause la ocurrencia del insuceso asegurado; el contrato le sirve para obtener una reparación, mas no para conseguir un lucro” (G. J., t. CCLXI, pág. 71). Las premisas anteriores, dentro de las cuales se desenvuelve el referido principio indemnizatorio, no son más que aplicación del artículo 1088 del Código de Comercio. De las diferentes especies que participan de la noción de seguros de daños, el de cumplimiento es precisamente una de ellas, si se toma en consideración que, dada su particular naturaleza, a través de un negocio tal la compañía aseguradora se compromete a pagarle al asegurado los perjuicios patrimoniales derivados del incumplimiento de obligaciones a cargo del tomador nacidas de leyes y contratos, cual lo prevé la ley 225 de 1938, o, como lo dijo la Sala en otra ocasión, aquel “en el que un acreedor persigue ponerse a cubierto del agravio patrimonial que le generaría el incumplimiento del deudor, trasladando a la aseguradora ese riesgo, quien precisamente lo asume con el indiscutible carácter de obligación propia”(sentencia 078 de 2 de mayo de 2002, exp.#6785); ello indica, por supuesto, que en los mismos también campea el principio en comento. Es palmario entonces que, al menos para el asegurado, la especie contractual en referencia no entraña ni puede engendrar ganancia, por cuanto su función no pasa de ser reparadora del daño efectivamente causado; desde luego que a partir de la ocurrencia del siniestro surge la obligación de resarcir el perjuicio siempre que sea cierto y determinado, como quiera que únicamente dentro del marco de esos conceptos puede establecerse que la indemnización guarda absoluta sujeción a lo previsto por el citado artículo 1088 y que la medida de la responsabilidad de la compañía aseguradora es la justa y ceñida a las previsiones generales del artículo 1089 ibídem.” (Cas, Civ. Sentencia 281 de 15 de noviembre de 2005).

Al partir de estos claros postulados, en el caso que ocupa la atención del Tribunal, la sociedad convocante solicita en la pretensión segunda de la demanda, “*Que se declare que ocurrió un siniestro que afectó el amparo de amortización del anticipo contenido en la Póliza referida en la pretensión primera, como consecuencia de la conducta desplegada por el tomador y afianzado CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. quien abandonó las obras y no amortizó la suma de Sesenta y Cuatro Mil Ciento Setenta Millones Seiscientos Ochenta y Siete Mil Trescientos Ochenta y Seis Pesos (\$64.170.687.386,35) recibida en el año 2012 por concepto del Anticipo Inicial derivado del Subcontrato EPC 001-12.*”

Puestas así las cosas, debe el Tribunal inquirir si la no amortización del anticipo constituye per se un perjuicio autónomo o si, por el contrario, requiere de otros factores indemnizatorios complementarios para determinar la existencia de un detrimento patrimonial efectivamente experimentado por la sociedad convocante como asegurado y beneficiario. La cuestión así

planteada gira en torno al tema específico del daño, como elemento integrante de la responsabilidad civil. Por lo que, debe precisarse a la luz normativa y jurisprudencial, su alcance, y requisitos para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria cuyo origen es la póliza de Cumplimiento para Particulares Nos. 1000012-1000013.

Para la sociedad convocada, según lo reitera en los alegatos de conclusión, acaecido un siniestro esta circunstancia por sí sola no puede significar que el asegurado tiene derecho a reclamar la suma asegurada sino que además debe probar la cuantía de los perjuicios que se le irrogaron en forma real y efectiva, por cuanto, a su juicio, bajo la cobertura de amortización del anticipo, si el contratista afianzado ha realizado obras que benefician al asegurado, desde luego habrá que deducir del hipotético siniestro el valor de dichas obras, pues de lo contrario se estaría generando un claro enriquecimiento en favor del acreedor garantizado.

Para dilucidar la anterior cuestión jurídica, debe el Tribunal recordar que el daño, es entendido por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, como *“la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio”*¹⁰⁶. El perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del *“(…) perjuicio que el daño ocasionó (…)”*¹⁰⁷. Este último para que sea reparable, debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético. Es decir, *“(…) cierto y no puramente conjetural, [por cuanto] (….) no basta afirmarlo, puesto que es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario (…)”* (se destaca)¹⁰⁸.

Por lo demás, como siempre lo ha reiterado la jurisprudencia civil de la Corte, *“(…) para lograr prosperidad en las pretensiones derivadas de la responsabilidad, cualquiera sea el origen de esta, resulta indispensable que la parte interesada asuma la carga de acreditar los elementos axiológicos que conduzcan a establecer, sin duda, la presencia de esa fuente de obligaciones, máxime si se trata del perjuicio, pues como tiene dicho la Corte dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda*

¹⁰⁶ CSJ SC 6 de abril de 2001, rad. 5502.

¹⁰⁷ Ídem.

¹⁰⁸ CSJ SC 10297 de 2014.

consideración en la materia, tanto teórica como empírica sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria” (Sent. Cas. Civ. de 4 de abril de 1968, G.J. CXXIV, Pág. 62, reiterada en Sentencias de Casación Civil de 17 de julio de 2006, Exp. No. 02097-01 y 9 de noviembre de 2006, Exp. No. 00015) (...)” (se destaca)¹⁰⁹.

Pues bien, señala el artículo 1614 del Código Civil que “entiéndese por daño emergente, el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente o retardado su cumplimiento”. En términos generales el daño emergente es la disminución que sufre el patrimonio de un sujeto a consecuencia de un hecho antijurídico en forma de pérdida, deterioro, menoscabo o extinción de bienes valorables pecuniariamente al paso que el lucro cesante es la frustración de un aumento del patrimonio por la pérdida de utilidades o de ganancias que se dejan de percibir.

Dentro de esta configuración, cabe diferenciar igualmente entre daño intrínseco y daño extrínseco, entendiendo por el primero aquel que se refiere a la misma prestación y que se produce en relación al objeto mismo de la prestación, al paso que el segundo es el que eventualmente sufre un acreedor en otros bienes distintos del objeto de la relación, y para cuya configuración, en el montante del daño, se debe tener en cuenta la denominada compensación de ventajas o *compensatio lucri cum damno* en la medida en que un hecho o acontecimiento a la par de situaciones perjudiciales que puede originar también puede derivar beneficios o ventajas que no son posibles desconocer y que se deben computar para establecer el monto del perjuicio que finalmente se va a reconocer.

Acerca del daño intrínseco, en palabras de Eduardo A. Zannoni, quien recoge al respecto doctrina clásica de Pothier, “*Con Pothier se esboza claramente un doble orden de daños que puede irrogar al acreedor el incumplimiento de la obligación: los que llamaba daños propter rem ipsam habitam,, o daños en relación a la cosa debida, y los daños que van más allá de la cosa debida, es decir, aquellos que el acreedor sufre en relación a otros bienes de su patrimonio. A los primeros se les llamaría daños intrínsecos concernientes a la prestación que era el objeto de la obligación incumplida, y a los segundos daños extrínsecos*” (El daño en la responsabilidad civil. Astrea Buenos aires 1982, página 63). En el mismo sentido señala Mosset Iturraspe que el daño intrínseco es “*el que sufre el acreedor por la privación del bien*

¹⁰⁹ CSJ SC. Sentencia de 18 de diciembre de 2007, rad. 2002-00222-01.

que es objeto de la prestación debida” (Responsabilidad por Daños, Tomo I Parte General Rubinzal – Culzoni Editores Buenos Aires 2004 página 269). En fin, precisa Gastón Salinas Ugarte que, “*el daño intrínseco es aquel que afecta el bien mismo objeto de la obligación, refiriéndose con ello no solo al bien en sí, sino que también al contenido de la prestación y a todo aquello que expresa o tácitamente forma parte de la relación obligacional. Con ello se alude a todo cuanto esté dentro del contrato; de donde deriva, precisamente la terminología intrínseco. El daño extrínseco, es el experimentado por el acreedor en otros bienes, diferentes del que es objeto de la prestación. Por los daños extrínsecos, procede un resarcimiento adicional al valor de la prestación frustrada equivalente al daño emergente o al lucro cesante en que aquellos pueden consistir.*” (Responsabilidad Civil Contractual. Tomo I. Abeledo Perrot. Santiago de Chile. 2011. Página 364).

Por supuesto que uno de los elementos del contrato de seguro al tenor del Art. 1045 del Código de Comercio es la obligación condicional a cargo del asegurador de pagar la prestación asegurada, obligación que, como lo ha indicado la jurisprudencia civil de la Corte, “*depende de la concurrencia en cada supuesto de un contrato válido de seguro y de la realización del evento dañoso que en concepto de siniestro (Art. 1072 ib.), allí haya sido previsto por los contratantes, requisito este que a su turno, en tratándose de los llamados seguros de daños, implica: a) Que sobre el interés patrimonial preestablecido en la póliza, ocurra un evento de la naturaleza en ella igualmente contemplada y dentro de los límites causales, temporales y espaciales convenidos; b) Que ese mismo evento produzca un daño indemnizable cuya existencia, valga advertirlo, por norma no se presume de derecho y por lo tanto debe ser demostrada; y, en fin, c) Que entre los dos extremos señalados -evento y daño- medie adecuada relación de causalidad. Dicho en otras palabras, la obligación en referencia consiste en indemnizar el daño resultante del riesgo contractualmente asumido que deviene en siniestro, luego ha de entenderse que satisfechos tales requisitos, el asegurador es deudor de una suma nominal de determinada especie de moneda hasta concurrencia del importe que fija su máxima responsabilidad posible (Arts. 1054, 1074 y 1079 del C de Com), suma aquella en cuyo cálculo, entonces, juegan papel preponderante, tanto el concepto de “interés asegurado” como el del “riesgo” que soporta el asegurador, pero siempre bajo la égida del principio de estricta indemnización, denominado también por la doctrina de concreta cobertura de la pérdida económica en realidad provocada por el siniestro, que consagra el Art. 1088 ib. y en virtud del cual se afirma, a la manera de una regla de incuestionable fundamento jurídico, que respecto del asegurado, el seguro de daños nunca puede convertirse en fuente de lucro ni, menos aún, es medio legítimo para procurar ventajosas liquidaciones de bienes de difícil salida en el comercio” (Cas. Civ. Sentencia 068 de 12 de agosto de 1998, Expediente 4894).*

De lo expuesto surge que, en este asunto, ha de considerarse la falta de amortización del anticipo como un daño intrínseco, que se encuentra acreditado en el expediente, y amparado por la póliza presentada, pues acorde con lo señalado por la convocante con la comunicación CASAS-1981-15 de 7 de octubre de 2015 Ariguaní presentó reclamación formal a SBS por el amparo de anticipo y solicitó el pago de la suma de \$64.170.687.386,35 correspondiente a la porción del Anticipo Inicial no amortizado por Conalvías y entregado en el año 2012. Adjunto a esa comunicación Ariguaní entregó a SBS (i) los soportes de pago del anticipo a Conalvías; (ii) las copias de las facturas y las actas de obra con las que Conalvías amortizó una parte del anticipo; (iii) la carta con la que Conalvías terminó el Subcontrato a Ariguaní; (iv) carta con la que Ariguaní requirió nuevamente a Conalvías devolver el anticipo no amortizado; (v) certificación de la cuenta bancaria en la que SBS podría consignar el valor de la indemnización; (vi) copia del Subcontrato y Otrosíes. Así mismo observa el Tribunal, y conforme lo indica la accionante, que Conalvías en la información financiera con fecha de 31 de julio de 2015 y actualizada posteriormente a octubre de 2015, entregada por Conalvías ante la Superintendencia de Sociedades dentro del proceso de reorganización, reconoció que para esas fechas adeudaba la suma que aquí reclamada.

En punto de la concreción del riesgo asegurado, esto es, la amortización del anticipo, y en particular, a la demostración de su cuantía, la Convocada alega la exigencia de liquidación del Subcontrato EPC-001-2012, sin la cual, se estima imposible determinar su ocurrencia y valor, por cuanto, la simple ausencia de amortización no comporta, *per se*, su configuración ni prueba el perjuicio, el asegurador no es fiador, y es menester en tanto, en la última acta de entrega parcial de las obras y facturación consecuente consta la ejecución de trabajos constructivos en cuantía aproximada de 24.000.000 que no han sido pagados, tanto cuanto más que el Subcontrato integra una operación económica, cuyos resultados favorables se proyectan en el amparo, y como no ha sido liquidado según reconoció el representante legal de la Convocada en su interrogatorio de parte y el testigo Francisco Andrés Rodríguez García, no ha surgido la obligación de la aseguradora de pagar el siniestro ni demostrado su cuantía, sin que el reconocimiento de la aseguradora en el proceso de reorganización del valor contingente, constituya prueba alguna en tanto las decisiones de la Superintendencia de Sociedades no se extienden a la controversias derivadas del seguro que han de definirse por el juez del contrato.

En contraposición se invoca que el riesgo asumido por la aseguradora atañe a la no amortización del anticipo respecto del cual la póliza no exige o condiciona su ocurrencia a la liquidación del Subcontrato, bastando su no amortización como hecho objetivo, ni la ley

establece una tarifa legal en punto de su demostración y cuantía, habiéndose formulado la reclamación el 7 de octubre de 2015 con su acreditación en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, y además solicitado por la aseguradora en el proceso de reorganización su reconocimiento como acreedor contingente en la suma de \$64.170.687.386, dado que desde el 7 de octubre de 2015 ARIGUANÍ le había formulado reclamación por el amparo de anticipo y estando reconocida como obligación condicional a cargo de Conalvías, con fundamento en la reclamación formulada por Ariguaní basada en la póliza, y el Subcontrato estableció la manera de amortizar el anticipo de las facturaciones de las obras ejecutadas, por lo que las obras rechazadas no son consideradas para tal efecto.

La voz liquidación de un contrato se emplea para significar el balance o finiquito de cuentas derivado de su celebración, ejecución y terminación, el estado de las prestaciones contraídas, cumplidas y su valor resultante. La liquidación, en línea de principio podrá ser final, definitiva y conclusiva de la relación con la determinación de su ejecución, los pagos, acreencias insolutas, reconocimientos inter partes, compensaciones, restituciones e indemnizaciones, y saldos líquidos o, en otros términos, es balance total o definitivo y finiquito de cuentas, y en ocasiones, puede contener salvedades, reservas y las diferencias, controversias o disputas que subsisten entre las partes¹¹⁰.

El análisis detenido de la Póliza de Seguro de Cumplimiento expedida por la aseguradora en la cobertura de amortización del anticipo, y en particular, de sus condiciones particulares, no exige la liquidación del contrato, ni las partes sujetaron a ésta el riesgo asumido, el siniestro y el pago de la indemnización.

¹¹⁰ La liquidación del contrato estatal está disciplinada en su oportunidad, contenido, función y efectos. Artículo 60 de la Ley 80 de 1993, -derogado parcialmente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007-; artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y artículo 217 del Decreto 19 de 2012. Con referencia al contrato estatal, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 20 de octubre de 2014, Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777), anota: “se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución”, “supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste. En estos términos, liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual.”

Tampoco se establece en la ley para la concreción del riesgo de no amortización Incluso, el riesgo que ha de concretarse durante la vigencia de la relación contractual al que refiere, ni siquiera presupone su terminación, y por consiguiente la liquidación definitiva que es ulterior a la extinción del contrato. En efecto, dentro de la variedad de hipótesis, debe anotarse que la falta de amortización del anticipo podrá provenir de conductas ejecutadas por una parte estando en vigor el contrato al que refiere, *verbi gratia*, el incumplimiento o la renuencia a cumplir de la partes, o lo que es igual, podrá darse como consecuencia de la frustración del contrato.

La falta de amortización del anticipo constituye un dato objetivo susceptible de comprobación, que se presenta, según el sentido de la expresión cuando no se amortiza en la oportunidad y tiempo debido conforme a las reglas, parámetros o directrices que lo regulan. En idéntico sentido, la falta de amortización atañe a una prestación específica, singular y concreta, no a todo el contrato ni a su contenido prestacional íntegro.

La falta de amortización, por lo tanto, no presupone la terminación, y menos la liquidación ulterior de un contrato, ni la determinación exacta de su valor está remitida al finiquito total y definitivo de la relación contractual que concierne a íntegro el contrato y a la totalidad de las prestaciones.

Por el contrario, la amortización del anticipo es una prestación concreta, singular y específica que parte de la vigencia del contrato durante el cual se amortiza conforme a las directrices acordadas, y naturalmente, la terminación del acto dispositivo sin que se haya amortizado en su totalidad, la excluye y demuestra.

En lo que atañe al valor no considerado de las obras, en el Subcontrato las partes acordaron el procedimiento de amortización del anticipo (Cláusula 3.5), “mediante deducciones de las Actas de Avance de Obra y su amortización total deberá haberse realizado a más tardar al vencimiento del plazo contractual”, en cuotas de amortización determinadas según la fórmula acordada” (cláusula 3.5.4. modificada por Otrosí No. 1 de 14 de noviembre de 2012 y sustituida por Otrosí No. 2, que contempla su amortización mediante deducciones de las actas mensuales de avance de obra antes del vencimiento del plazo contractual aplicando la fórmula pactada, y cuyos valores totales se facturan por actas mensuales de avance de obra).

Por supuesto, el pago del valor de las obras (Cláusula 3.5.2.) , está sujeto a las Actas de Obra ejecutada, aprobadas por las partes (Cláusula 3.5.5), las cuales pueden contener glosas y deben reunir las calidades y especificaciones técnicas (Cláusula Séptima), pueden

aceptarse o rechazarse, y en caso de rechazo genera una controversia entre las partes que han de definir de consuno o a través de los procedimientos legales.

Como se argumenta, y declararon los testigos, hubo un rechazo de obras. El simple rechazo excluye la amortización en cuanto las partes la acordaron mediante deducciones de las Actas Mensuales de Avance de Obras que deben ser aceptadas, no rechazadas.

Por demás, el Tribunal no puede ignorar que durante la ejecución del Subcontrato, hubo un anticipo que no se amortizó en su totalidad en virtud de su terminación anticipada, que la aseguradora asumió el riesgo de no amortización, y que conforme a su solicitud de reconocimiento contenida en radicado No. 2016-01-069116 del 19 de febrero de 2016 como acreedora contingente en cuantía de \$64.170.687.386, fue reconocida en esa calidad por la suma no amortizada en el proceso de reorganización de CONALVÍAS, actualmente en liquidación.

Como la primera de las pretensiones tiene el propósito que se declare que la entidad aseguradora demanda otorgó la póliza de cumplimiento para particulares números 1000012 - 1000013 en la cual figura como tomador y afianzado Conalvías Construcciones S.A.S. y como asegurado y beneficiario Constructora Ariguaní S.A.S. y en las que se incluyeron las coberturas de buen manejo, correcta inversión y amortización del anticipo del subcontrato EPC -001-12, el Tribunal acoge dicha pretensión en el sentido de declarar que la sociedad demandada emitió la pólizas de seguro de cumplimiento 100012 -1000013.

En sus condiciones se incorporan previsiones que para el Tribunal son claras al contener obligaciones para las partes que se han examinado a lo largo del laudo. El Tribunal no encontró imperfección alguna en cuanto que tales pólizas y sus anexos son la fuente de la controversia, con las indicaciones de riesgos asegurados, de valores asegurados, de coberturas y de condiciones específicas como la exclusión de proporcionalidad o la ausencia de requisitos adicionales diferente a la prueba del incumplimiento para darle efectividad a la cobertura, sin perjuicio de la condición de vigilancia del contratista que ejecutó la aseguradora al requerir, por ejemplo, reportes a la sociedad PREVING.

En relación con la primera pretensión, el Tribunal registra que no se debatió sobre el otorgamiento de la póliza como tal, es decir, sobre si esos eran o no los documentos contractuales sino sobre el alcance e interpretación de determinadas condiciones como las de la cobertura del anticipo y si se había realizado el riesgo asegurado, en qué condiciones y con qué efectos.

El Tribunal declarará próspera la primera pretensión, en el sentido que la sociedad demandada otorgó la póliza de cumplimiento para particulares números 1000012-1000013 en la cual figura como tomador y afianzado Conalvías Construcciones S.A.S. y como asegurado y beneficiario Constructora Ariguaní S.A.S. y en las cuales se incluyeron las coberturas de buen manejo, correcta inversión y amortización del anticipo del subcontrato EPC-001-12.

La segunda pretensión se orienta a que se declare que ocurrió un siniestro que afectó el amparo de amortización del anticipo contenido en la póliza referida en la pretensión primera como consecuencia de la conducta desplegada por el tomador y afianzado Conalvías Construcciones S.A.S., quien abandonó las obras y no amortizó la suma de sesenta y cuatro mil ciento sesenta millones seiscientos ochenta y siete mil trescientos ochenta y seis pesos con treinta y cinco centavos (\$64.170.687.386, 35) recibida en el año 2012 por concepto del anticipo inicial derivado del subcontrato EPC 001-12.

El Tribunal dispondrá a declarar que ocurrió el siniestro previsto en la cobertura de amortización del anticipo previsto en la póliza 1000012-1000013, otorgada por la sociedad demandada, y ello como consecuencia de la conducta del tomador y afianzado Conalvías Construcciones S.A.S. que abandonó las obras y no amortizó la suma que le fue entregada en desarrollo del subcontrato EPC 001-12, que constituye el objeto de la póliza de seguro de cumplimiento y de sus anexos aclaratorios.

Para disponer a la declaratoria de la prosperidad de esta pretensión el Tribunal parte de la consideración que el amparo de amortización reviste un carácter objetivo en su examen como que de la literalidad del mismo previsto en la póliza y en los anexos el hecho del incumplimiento del tomador y afianzado ha de surgir como evidente, sin duda alguna y en el caso analizado es claro que a partir de la verificación hecha el 24 de agosto de 2015 se hizo evidente el abandono de las obras y no se registra que hubiese habido amortización alguna respecto de las sumas entregadas, como que el tomador o afianzado hubiese imputado sumas algunas para disminuir el monto de la cuantía que le fuera entregado al amparo del subcontrato EPC 001-12 para la ejecución de determinadas obras, las previstas en el objeto de la póliza y en su varios anexos aclaratorios.

La tercera pretensión se dirige a que como consecuencia del siniestro descrito en la pretensión segunda, se declare que Constructora Ariguaní sufrió un perjuicio por valor de Sesenta y Cuatro Mil Ciento Setenta Millones Seiscientos Ochenta y Siete Mil Trescientos Ochenta y Seis Pesos con Treinta y Cinco Centavos (\$ 64.170.687.386,35).

Al respecto el Tribunal reitera que del amparo de amortización del anticipo se destaca un carácter objetivo, es decir, que de acuerdo con el análisis de los documentos contractuales del seguro y sus antecedentes o de sus anexos, se infiere la realización del riesgo asegurado vinculado con el incumplimiento y la no amortización, el primero acreditado con el abandono de las obras y el segundo con la ausencia de entrega de recursos por parte de Conalvías a Ariguaní imputables a los recursos que le fueron inicialmente entregados.

Por tanto, es claro que la Constructora Ariguaní sufrió un perjuicio que es el objeto del amparo de amortización del anticipo, para el cual -como para todas las coberturas- se excluyó la aplicación de cualquier proporcionalidad, en los anexos de la póliza.

Por ello, en desarrollo de lo previsto en la póliza y en sus anexos y al encontrar acreditado que Constructora Ariguaní sufrió un perjuicio, se dispondrá a la declaratoria correspondiente.

La cuarta pretensión se dirige a la condena a la entidad aseguradora al pago en favor de Constructora Ariguaní S.A.S. de la suma mencionada en las pretensiones segunda y tercera correspondiente al valor del anticipo inicial no amortizado por parte de Conalvías Construcciones S.A.S., amparado por la póliza.

El Tribunal dispondrá a condenar a la entidad aseguradora que otorgó las pólizas 1000012-1000013, en la cuantía correspondiente al valor no amortizado por Conalvías, como consecuencia de la declaratoria de la ocurrencia del siniestro, es decir, derivado del incumplimiento del tomador del tomador y afianzado Conalvías Construcciones S.A.S., como consecuencia del abandono de las obras y de la no amortización del anticipo inicial que le fuera entregado en desarrollo del subcontrato EPC 001-12.

La quinta pretensión procura intereses moratorios respecto de la cuantía indicada atrás del anticipo inicial no amortizado y que se computen a partir del día siguiente (8 de noviembre de 2015) a la fecha de la carta de objeción (7 de noviembre de 2015) que hizo la entidad aseguradora a la reclamación formulada por el asegurado y beneficiario (7 de octubre de 2015).

Al respecto el Tribunal estima útil señalar lo siguiente: La condición 8 *“Pago de la indemnización”* de las generales de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de particulares señala que el asegurador *“efectuará el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante*

Chartis de acuerdo con lo dicho en párrafos anteriores”, es decir, repite el término legal señalado en el artículo 1080 del código de comercio y no hay regulación diferente en la póliza.

La objeción aducida por la entidad aseguradora el 7 de noviembre de 2015 como impeditiva del surgimiento de la obligación de pagar una indemnización derivada de la póliza de seguro no tuvo el alcance suficiente para negar u oponerse a la reclamación hecha por el asegurado y beneficiario.

El Tribunal, por el contrario, declara la ocurrencia del siniestro y en tal virtud decae el fundamento de la objeción y, por tanto, el asegurador se encuentra en mora a partir del día posterior al vencimiento del mes siguiente a la fecha de la objeción, tal como ha señalado la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la providencia del 28 de noviembre de 2018¹¹¹.

El Tribunal observa que la cuantía del perjuicio se probó antes del proceso, justamente en la oportunidad de la reclamación presentada por el asegurado y beneficiario a la aseguradora cuya objeción u oposición no enervó la obligación de pagar la indemnización, de manera que hubo diligencia para atender la carga probatoria de comprobación del siniestro y la cuantía de la pérdida, por parte del asegurado y beneficiario; como consecuencia de ello el asegurado y beneficiario accede a los intereses moratorios contados a partir de la fecha en la cual el asegurador incurrió en mora o como lo indica la citada providencia de la Corte Suprema de Justicia “ *... la aseguradora sólo incurre en mora cuando no paga la indemnización dentro del mes siguiente a la fecha de la reclamación, si esta se ha hecho debidamente por el asegurado y con el cumplimiento de la carga probatoria sobre la existencia del siniestro y el valor del daño*”.

El Tribunal registra también en relación con la cuantía del perjuicio con base en el anticipo inicial no amortizado que es el mismo el indicado en la etapa prejudicial en la reclamación que se objetó a aquel comprobado en el trámite judicial en este proceso y por ello dicha cuantía sirve de fundamento para la determinación de las condenas.

Por lo anterior, prospera la quinta pretensión y el valor de los intereses moratorios se liquida desde el día posterior al vencimiento del mes siguiente a la fecha de la objeción hasta la fecha de este laudo, intereses que ascienden a la suma de \$65.910.240.352,58 (y de ahí en

¹¹¹ Providencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, SC 5681 -2018, Radicación No. 05001 – 31 – 03 – 002 – 2009 – 00687 – 01, aprobado en sesión del 28 de noviembre de 2018.

adelante se seguirán causando los intereses moratorios sobre dicha suma hasta la fecha del pago total), teniendo en cuenta la siguiente liquidación así:

- (i) Valor anticipo no amortizado : \$64.170.687.386,35
- (ii) Fecha de la objeción: 7 de noviembre de 2015
- (iii) Día posterior al mes siguiente de la objeción: 8 de diciembre de 2015

Periodo		No. de días	Interés Anual Efectivo			Capital	Intereses	Interés acumulado
			No. Resol Superfin	Interés Cte Bancario	Interés Moratorio			
Inicio	Final			(1)				
8/12/2015	31/12/2015	24	1341	19,33%	29,00%	64.170.687.386,35	1.083.327.357,53	1.083.327.357,53
1/01/2016	31/01/2016	31	1788	19,68%	29,52%	64.170.687.386,35	1.425.353.537,70	2.508.680.895,23
1/02/2016	29/02/2016	29	1788	19,68%	29,52%	64.170.687.386,35	1.332.447.294,53	3.841.128.189,76
1/03/2016	31/03/2016	31	1788	19,68%	29,52%	64.170.687.386,35	1.425.353.537,70	5.266.481.727,46
1/04/2016	30/04/2016	30	334	20,54%	30,81%	64.170.687.386,35	1.432.300.302,78	6.698.782.030,24
1/05/2016	31/05/2016	31	334	20,54%	30,81%	64.170.687.386,35	1.480.590.309,59	8.179.372.339,83
1/06/2016	30/06/2016	30	334	20,54%	30,81%	64.170.687.386,35	1.432.300.302,78	9.611.672.642,60
1/07/2016	31/07/2016	31	811	21,34%	32,01%	64.170.687.386,35	1.531.527.652,41	11.143.200.295,01
1/08/2016	31/08/2016	31	811	21,34%	32,01%	64.170.687.386,35	1.531.527.652,41	12.674.727.947,42
1/09/2016	30/09/2016	30	811	21,34%	32,01%	64.170.687.386,35	1.481.557.630,74	14.156.285.578,16
1/10/2016	31/10/2016	31	1233	21,99%	32,99%	64.170.687.386,35	1.572.603.208,56	15.728.888.786,72
1/11/2016	30/11/2016	30	1233	21,99%	32,99%	64.170.687.386,35	1.521.277.536,13	17.250.166.322,85
1/12/2016	31/12/2016	31	1233	21,99%	32,99%	64.170.687.386,35	1.572.603.208,56	18.822.769.531,41
1/01/2017	31/01/2017	31	1612	22,34%	33,51%	64.170.687.386,35	1.594.606.807,96	20.417.376.339,38
1/02/2017	28/02/2017	28	1612	22,34%	33,51%	64.170.687.386,35	1.438.573.756,35	21.855.950.095,73
1/03/2017	31/03/2017	31	1612	22,34%	33,51%	64.170.687.386,35	1.594.606.807,96	23.450.556.903,69
1/04/2017	30/04/2017	30	488	22,33%	33,50%	64.170.687.386,35	1.541.947.753,42	24.992.504.657,11
1/05/2017	31/05/2017	31	488	22,33%	33,50%	64.170.687.386,35	1.593.979.233,32	26.586.483.890,44
1/06/2017	30/06/2017	30	488	22,33%	33,50%	64.170.687.386,35	1.541.947.753,42	28.128.431.643,86
1/07/2017	31/07/2017	31	907	21,98%	32,97%	64.170.687.386,35	1.571.973.367,05	29.700.405.010,91
1/08/2017	31/08/2017	31	907	21,98%	32,97%	64.170.687.386,35	1.571.973.367,05	31.272.378.377,96
1/09/2017	30/09/2017	30	1155	21,48%	32,22%	64.170.687.386,35	1.490.135.384,97	32.762.513.762,93
1/10/2017	31/10/2017	31	1298	21,15%	31,73%	64.170.687.386,35	1.519.468.515,15	34.281.982.278,08
1/11/2017	30/11/2017	30	1447	20,96%	31,44%	64.170.687.386,35	1.458.211.867,89	35.740.194.145,97
1/12/2017	31/12/2017	31	1619	20,77%	31,16%	64.170.687.386,35	1.495.278.444,76	37.235.472.590,73
1/01/2018	31/01/2018	31	1890	20,69%	31,04%	64.170.687.386,35	1.490.173.542,48	38.725.646.133,21
1/02/2018	28/02/2018	28	131	21,01%	31,52%	64.170.687.386,35	1.362.842.737,14	40.088.488.870,35
1/03/2018	31/03/2018	31	259	20,68%	31,02%	64.170.687.386,35	1.489.535.128,93	41.578.023.999,29

1/04/2018	30/04/2018	30	398	20,48%	30,72%	64.170.687.386,35	1.428.589.304,67	43.006.613.303,96
1/05/2018	31/05/2018	31	527	20,44%	30,66%	64.170.687.386,35	1.474.193.104,30	44.480.806.408,26
1/06/2018	30/06/2018	30	687	20,28%	30,42%	64.170.687.386,35	1.416.202.352,06	45.897.008.760,31
1/07/2018	31/07/2018	31	820	20,03%	30,05%	64.170.687.386,35	1.447.894.104,08	47.344.902.864,39
1/08/2018	31/08/2018	31	954	19,94%	29,91%	64.170.687.386,35	1.442.105.922,59	48.787.008.786,98
1/09/2018	30/09/2018	30	1112	19,81%	29,72%	64.170.687.386,35	1.386.989.761,07	50.173.998.548,05
1/10/2018	31/10/2018	31	1294	19,63%	29,45%	64.170.687.386,35	1.422.126.634,23	51.596.125.182,28
1/11/2018	30/11/2018	30	1521	19,49%	29,24%	64.170.687.386,35	1.367.016.839,46	52.963.142.021,73
1/12/2018	31/12/2018	31	1708	19,40%	29,10%	64.170.687.386,35	1.407.260.807,06	54.370.402.828,80
1/01/2019	31/01/2019	31	1872	19,16%	28,74%	64.170.687.386,35	1.391.709.831,42	55.762.112.660,22
1/02/2019	28/02/2019	28	111	19,70%	29,55%	64.170.687.386,35	1.287.206.470,05	57.049.319.130,27
1/03/2019	31/03/2019	31	263	19,37%	29,06%	64.170.687.386,35	1.405.319.106,77	58.454.638.237,04
1/04/2019	30/04/2019	30	389	19,32%	28,98%	64.170.687.386,35	1.356.378.515,44	59.811.016.752,48
1/05/2019	31/05/2019	31	574	19,34%	29,01%	64.170.687.386,35	1.403.376.786,83	61.214.393.539,30
1/06/2019	30/06/2019	30	697	19,30%	28,95%	64.170.687.386,35	1.355.125.679,06	62.569.519.218,37
1/07/2019	31/07/2019	31	829	19,28%	28,92%	64.170.687.386,35	1.399.490.286,35	63.969.009.504,72
1/08/2019	31/08/2019	31	1018	19,32%	28,98%	64.170.687.386,35	1.402.081.562,41	65.371.091.067,13
1/09/2019	12/09/2019	12	1145	19,32%	28,98%	64.170.687.386,35	539.149.285,45	65.910.240.352,58

(1) Interés bancario certificado por la Superfinanciera

Por la prosperidad de las pretensiones principales, no hay lugar a pronunciamiento respecto de las subsidiarias.

5. SOBRE LAS OTRAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

El Tribunal con el soporte normativo y probatorio consignado en este laudo, desestimó la excepción de prescripción extintiva de la acción de nulidad absoluta “*con fundamento en el art. 1741 del C.C.*”, y también la Pretensión Sexta Principal de la demanda de reconvencción.

En cuanto a las Pretensiones Primera a Quinta Principales, encuentra :

(i) La Pretensión Primera Principal, solicita declarar que en la celebración del contrato de seguros instrumentando en la Póliza Póliza No. 100013, “*en un todo de conformidad con los hechos que se exponen en esta demanda y las pruebas*”, el tomador, asegurado y beneficiario, “*conocían los riesgos de haber concertado el contrato de concesión, el Contrato EPC y el Subcontrato EPC-001-12, celebrado bajo la modalidad llave en mano y a precio global y fijo*”.

Esta pretensión está llamada a prosperar porque de conformidad con lo plasmado en la póliza y sus anexos, la aseguradora, el tomador, el asegurado y el beneficiario, conocían el Contrato de Concesión No. 007 de 2010, el Contrato EPC y el Subcontrato EPC-002-12, y, por consiguiente, su contenido que contiene, entre otros aspectos, su objeto, duración, valor, estructura económica y de riesgos. Por lo tanto, con este preciso alcance y referida a las pruebas y al contenido de esos contratos la pretensión prospera, no así en cuanto se remite a “un todo de conformidad con los hechos que se exponen en la demanda”.

(ii) Las restantes pretensiones relativas al conocimiento al suscribirse la Póliza de los riesgos derivados de “*diseños insuficientes*” (Pretensión Segunda Principal), “*incrementos en el valor de las obras por las modificaciones que se presentaron en el diseño definitivo comparado con el utilizada (sic) para presentar su oferta en la Licitación Pública No. CA-LP-001-10.*” (Pretensión Tercera Principal), “*incrementos que se presentarían en el costo de las obras como consecuencia de la necesidad de adelantar el trámite de consultas previas, la exigencia de la ANLA de construir 15 variantes adicionales no previstas en el proyecto inicial, la demora en el trámite de licencias ambientales, la insuficiencia de fuentes de materiales, el incremento en la distancia y consecuente costo en el transporte de materiales y el incremento de las cantidades de obra, entre otros factores.*” (Pretensión Cuarta Principal), y al ocultamiento de “*toda esta información a la aseguradora (...) con el firme propósito de trasladar a la misma los riesgos derivados del incremento en los costos de la ejecución del contrato, dada la modalidad de precio acordada*” (Pretensión Quinta Principal), por las razones jurídicas y probatorias ya expresadas, no prosperan.

Respecto de las Pretensiones Primeras y Segundas Subsidiarias, el Tribunal encontró probadas las excepciones de “5. *Prescripción de la nulidad relativa por reticencia e inexactitud*”, “6. *Prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro frente a la supuesta reticencia e inexactitud*” y “16. *Prescripción frente a la supuesta agravación del estado del riesgo*”, interpuestas por **Constructora Ariguani S.A.S.**, y la de “I. *PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA*”, ésta exclusivamente respecto de la acción de nulidad relativa y “II. *PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE SE DERIVA DE LA SUPUESTA AGRAVACIÓN DEL RIESGO*”, propuestas por **Conalvías Construcciones S.A.S.**

6. SOBRE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO DE LAS PARTES

Como cuestión previa a la resolución que deba dársele a las excepciones de mérito propuestas tanto por SBS SEGUROS, frente a la demanda inicial de CONSTRUCTORA ARIGUANÍ, como frente a las propuestas por la convocante frente a la demanda de reconvencción de aquella, y las propuestas por CONALVÍAS, en su carácter de litisconsorcio necesario de la convocante, a tono con la jurisprudencia de la Corte Suprema, debe recordar el Tribunal que, “la simple denominación de excepción que el demandado dé a la defensa que enarbola, es insuficiente para que aquélla necesariamente adquiera la condición de tal, pues como lo ha sostenido esta Corporación, ‘en su sentido propio el vocablo ‘excepción’ no es sinónimo de cualquier defensa opuesta a la pretensión del actor, habida cuenta que como lo enseñaron desde comienzos de siglo ilustres expositores encabezados por Chiovenda, se defiende el demandado que se circunscribe a negar el fundamento de la pretensión, al paso que el demandado excepciona cuando aduce hechos nuevos que impiden la protección jurídica del interés del demandante o que tienden a justificar la extinción de las consecuencias jurídicas en las que aquella pretensión vino cimentada. En otras palabras, la proposición de una excepción desplaza de suyo los términos fácticos de la controversia, amplía la materia litigiosa en tanto introduce en la discusión hechos diversos de aquéllos afirmados por el actor, alterando por ende el ámbito de la decisión y sus posibles límites...’ (Casación del 30 de enero de 1992)” (CSJ, SC del 31 de mayo de 2006, Rad. n.º 1997-00004-01; se subraya).

Y que “la excepción de mérito no es la mera negación de las súplicas de la demanda o de los hechos que las sustentan, aunque vislumbren alguna resistencia u oposición del demandado, pues, por el contrario, ella siempre envuelve un asunto novedoso que éste incorpora a la controversia, tendiente a enervar los pedimentos del accionante” (CSJ, SC del 15 de enero de 2010, Rad. n.º 1998-00181-01).

En suma, es del caso destacar que toda excepción de mérito presupone “(…) la alegación de hechos nuevos, diversos a los postulados en la demanda, excluyentes de los efectos jurídicos de éstos, ya porque hayan impedido el nacimiento de tales efectos (hechos impeditivos), ya porque no obstante haber ellos nacido los nuevos hechos invocados los han extinguido (hechos extintivos). Cuando esto ocurre se está en el sector especial del derecho de defensa propio del concepto de excepción...’ (G. J. T. CXXX, pág. 18, reiterada en Casación Civil del 11 de mayo de 1981 no publicada)” (CSJ, SC del 31 de mayo de 2006, ib.).

De lo expuesto debe inferirse, entonces, que, en sentido estricto, un demandado se defiende cuando circunscribe su resistencia a los pedimentos del actor a negar los fundamentos de hecho o de derecho en que éste apoya su pretensión.

Empero, si aquél no se restringe a adoptar esa posición puramente negativa, sino que, yendo más allá, asume un plan de contraataque en el que aduce armas contrapuestas a las reclamaciones de aquél, consistentes en la alegación de hechos nuevos, ya sean de naturaleza impeditiva o extintiva, pero, en todo caso, distintos de los afirmados en la demanda y encaminados a enervar los efectos jurídicos de éstos, en tal hipótesis, se decía, se está ante una verdadera excepción.

De igual manera, ha dicho la Corte que si el juez considera que no están presentes los elementos propios de la pretensión del demandante, “en este supuesto, se hace innecesario abordar el estudio de las excepciones del demandado” (sentencia 195 de 1995).

Con fundamento en estos postulados generales, entra el Tribunal a resolver las excepciones propuestas por las partes.

6.1. Excepciones de la convocada

Frente a la demanda que dio origen a este trámite arbitral, la compañía aseguradora convocada propuso las siguientes excepciones de mérito en la contestación de la demanda:

- Nulidad absoluta del contrato de seguro instrumentado mediante la póliza No. 1000013 por falta de objeto y causa ilícita según se explica en la demanda de reconvencción
- Nulidad relativa del contrato de seguro instrumentado mediante la póliza No. 1000013 por reticencia e inexactitud según se explica en la demanda de reconvencción
- Terminación del contrato de seguro instrumentado mediante la póliza No. 1000013 por agravación del estado del riesgo según se explica en la demanda de reconvencción
- Prescripción de la acción derivada del contrato de seguros.
- Inexistencia de la obligación que se reclama por no amortización del anticipo.

- Inexigibilidad de las obligaciones demandadas por falta de liquidación del contrato
- Inexistencia de siniestro por cuanto la obligación que se reclama no es exigible a CONALVÍAS y en consecuencia no hay incumplimiento.
- Inexigibilidad de la obligación de la aseguradora en virtud del art. 43 Num. 7° de la ley 116 de 2006
- Genérica. En los alegatos de conclusión reclamó la excepción de *“pérdida del derecho a la indemnización por mala fe del asegurado y beneficiario en la reclamación”*
-

Ya el Tribunal se ha referido a todos los aspectos relacionados tanto con la pretensión de nulidad absoluta del contrato propuesta en la demanda de reconvención, que no prospera, como a la nulidad relativa del mismo, por reticencia e inexactitud, y terminación del contrato de seguros por agravación del estado del riesgo, acciones que se hallan prescritas, por lo que debe concluirse que estos argumentos defensivos propuestos por los demandados al contestar la demanda, bajo la denominación de “EXCEPCIONES”, no prosperan.

De igual manera tampoco el Tribunal ha encontrado prescrita la acción de la convocante tendente a que declare que ocurrió un siniestro que afectó el amparo de amortización del anticipo contenido en la póliza de cumplimiento.

De otro lado, en cuanto toca con las excepciones relacionadas con la inexistencia de la obligación que se reclama por la no amortización del anticipo, con la falta de liquidación del contrato y con la inexistencia del siniestro por no existir incumplimiento de CONALVÍAS, no son tales, en tanto que sus argumentos se circunscribieron a controvertir los fundamentos fácticos de la acción, sin comportar la proposición de hechos distintos que sirvieran al propósito de desvirtuar el derecho reclamado por la actora, a ser indemnizada por los perjuicios derivados como consecuencia de la conducta desplegada por el tomador y afianzado CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. al abandonar las obras sin amortizar la suma de Sesenta y Cuatro Mil Ciento Setenta Millones Seiscientos Ochenta y Siete Mil Trescientos Ochenta y Seis Pesos (\$64.170.687.386,35) recibida en el año 2012 por concepto del Anticipo Inicial derivado del Subcontrato EPC 001-12, y por consiguiente, siendo ese el genuino alcance de tales simples defensas, es de verse que ellas quedaron completamente desvirtuadas con el estudio que se hizo de los elementos estructurales de la acción.

De todas formas en la parte resolutive de este fallo, se declararán como no prósperas.

En cuanto tiene que ver con la inexigibilidad de la obligación de la aseguradora en virtud del art. 43 Num. 7 de la ley 116 de 2006, aduce la convocada que el seguro de cumplimiento o el seguro de fianza, es una garantía personal, y resulta claro que los beneficiarios de la póliza solo pueden iniciar proceso de cobro contra los aseguradores (garantes) cuando el afianzado (deudor) incumpla las condiciones del acuerdo de reorganización, por lo que no le asiste derecho alguno a ARIGUANÍ a iniciar ningún proceso de cobro en contra de SBS SEGUROS toda vez que no se ha declarado el incumplimiento del acuerdo de reorganización, por parte de CONALVÍAS.

No le asiste razón a la convocada, por cuanto, conforme al análisis efectuado por el Tribunal, se incluyó expresamente en la Póliza que el pago de la indemnización se hará por la entidad aseguradora “sin necesidad de probar hecho distinto al incumplimiento”, y, como seguro de daños, y autónomo, el seguro de cumplimiento, como el que ocupa la atención del Tribunal, tiene como objeto amparar el pago de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos de obra encomendados a CONALVÍAS, y por supuesto, acorde con su naturaleza indemnizatoria, su propósito fundamental es restablecer el patrimonio económico del asegurado, en este caso Constructora Ariguaní, con cargo a los recursos de la entidad aseguradora.

Ha precisado con anterioridad el Tribunal que el riesgo asegurado en un contrato de seguro de cumplimiento es una conducta del tomador, asociada con el cumplimiento de las obligaciones que surgen de un contrato. En consecuencia, se declarará que no prospera esta excepción.

En cuanto a la excepción genérica, de conformidad con el artículo 282 del C.G.P., no encuentra el Tribunal hechos nuevos que tiendan a justificar la extinción de las consecuencias jurídicas en las que las pretensiones de la convocante vienen cimentadas y . en particular, la excepción reclamada en los alegatos de conclusión denominada “pérdida del derecho a la indemnización por mala fe del asegurado y beneficiario en la reclamación”, que no prospera por las razones ya expuestas en este Laudo.

6.2. Excepciones de la Convocante

Frente a la demanda de reconvención y su reforma, la sociedad convocante CONSTRUCTORA ARIGUANÍ:

1. Inexistencia de circunstancias que den lugar a la nulidad absoluta o relativa.
2. Inaplicabilidad del artículo 1741 del Código Civil e improcedencia de la nulidad absoluta del Contrato de Seguro.
3. En este caso no se cumplen los supuestos contemplados en el artículo 1741 del Código Civil.
4. Inexistencia de reticencia y/o inexactitud.
5. Prescripción de la nulidad relativa por reticencia e inexactitud.
6. Prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro frente a la supuesta reticencia e inexactitud.
7. Inaplicabilidad de las sanciones consagradas en el artículo 1058 del Código de Comercio por cuanto la Aseguradora ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre los que versan los supuestos vicios de la declaración.
8. Inexistencia de Agravación del estado del riesgo.
9. Inexistencia de errores de diseño.
10. El desistimiento del tribunal arbitral adelantado por Yuma en contra de la ANI no configuró una agravación del estado del riesgo.
11. Las daciones en pago no fueron concertadas de mala fe.
12. Las daciones en pago no generaron agravación del estado del riesgo Conalvías.
13. Las daciones en pago no modificaron la forma de amortizar el anticipo.
14. La imputación de los valores de las daciones en pago no se hizo de manera irregular.
15. Inaplicación de la sanción del artículo 1060 del Código de Comercio.

16. Prescripción frente a la supuesta agravación del estado del riesgo.
17. Función de garantía de la póliza de cumplimiento.
18. El contrato de seguro no tuvo objeto ni causa ilícita.
19. Los riesgos del Subcontrato amparados por el contrato de seguro no son ilegales.
20. La asunción por parte de Conalvías del riesgo de mayores y menores cantidades de obra no es ilegal
21. SBS conoció o debió conocer al momento de celebrar el contrato de seguro la asunción por parte de Conalvías del riesgo de mayores y menores cantidades de obra del Subcontrato EPC 001-12.
22. Actos propios-La aseguradora no puede venir a desconocer las cláusulas del Subcontrato amparado.
23. Los efectos económicos de circunstancias tales como las consultas previas, el licenciamiento ambiental, la exigencia de la ANLA de construir 15 variantes adicionales, no se materializaron mientras CONALVÍAS ejecutó el Subcontrato.
24. Los mayores o menores costos no afectan el amparo de amortización del anticipo.
25. Para la fecha de suscripción del contrato de seguro tan solo existían algunos diseños de detalle del proyecto.

6.3. Excepciones de CONALVÍAS

Esta sociedad, en su carácter de litisconsorte necesario de CONSTRUCTORA ARIGUANÍ, por razón de la demanda de reconvención, propuso las siguientes excepciones de fondo:

- I. Prescripción de la acción de nulidad relativa.
- II. Prescripción de la acción que se deriva de la supuesta agravación del riesgo.
- III. Inexistencia de los presupuestos de la nulidad absoluta.
- IV. Inexistencia de los presupuestos del artículo 1058 del código de comercio.

- V. No hubo agravación del riesgo en los términos del artículo 1060 del Código de Comercio.
- VI. No existió mala fe de parte de CONALVIAS
- VII. La aseguradora conocía o debía conocer los riesgos que amparó con la expedición de la póliza.
- VIII. Improcedencia de las pretensiones por haber sido asumido el pago del anticipo por CONALVIAS dentro del proceso de insolvencia.
- IX. Indebida integración y falta de competencia del tribunal de arbitramento.

6.4. Consideraciones comunes a las excepciones de la convocante y del litisconsorte necesario

Precisa el Tribunal que, en acápite anterior, y de acuerdo con el análisis efectuado, ha encontrado que no prospera la pretensión de nulidad absoluta del contrato de seguros “con fundamento en el artículo 1741 del Código Civil” (Pretensión Sexta Principal), por “objeto y causa ilícita”, por no encontrar estructurados los presupuestos o factores integrantes de dicha nulidad, por lo que no se requiere el estudio de las excepciones propuestas por convocante y litisconsorte necesario relacionadas con este tópico.

Dado que el Tribunal, ha efectuado igualmente el estudio de las excepciones de prescripción extintiva interpuestas por la Convocante denominadas, “5. *Prescripción de la nulidad relativa por reticencia e inexactitud*”, “6. *Prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro frente a la supuesta reticencia e inexactitud*” y por parte del litisconsorte necesario por pasiva, Conalvias, “16. *Prescripción frente a la supuesta agravación del estado del riesgo*”, y “I. *Prescripción de la acción de nulidad absoluta y relativa*”; y II. “*Prescripción de la acción que se deriva de la supuesta agravación del riesgo*”, al hallarlas prosperas y suficientes para enervar las pretensiones de la demanda de reconvención, salvo la de nulidad absoluta, que no prospera como se indicó, se abstiene de analizar las restantes excepciones, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 282 del C.G.P.

En cuanto a la indebida integración y falta de competencia del tribunal de arbitramento, se destaca que CONALVIAS desistió expresamente de esta excepción.

VI. COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO

El art. 361 del C.G.P. indica que “Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.”

A su turno, el artículo 365 de la misma norma dispone lo siguiente:

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

(...)

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...).”

Considerando que en el presente trámite arbitral prosperan la totalidad de las pretensiones de la demanda principal, que prospera la pretensión primera principal de la demanda de reconvencción reformada y que la actuación de los apoderados de todas las partes en el proceso se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada quien en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer

reproche alguno, y el Tribunal recalca su buena fe en el manejo de la problemática planteada, de conformidad con lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, al prosperar parcialmente la demanda de reconvención, es del caso condenar a SBS Seguros Colombia S.A. a asumir el noventa por ciento (90%) de las expensas procesales y agencias en derecho, estas últimas por un valor de \$828'116.000, de conformidad con la siguiente liquidación:

1. HONORARIOS Y GASTOS DEL TRÁMITE ARBITRAL¹¹²

Honorarios de los 3 Árbitros	\$2.484'348.000.00
IVA 19%	\$ 472'026.120.00
Honorarios de la Secretaria	\$ 414'058.000.00
IVA 19%	\$ 76'671.020.00
Gastos de Funcionamiento y Administración Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 414'058.000.00
IVA 19%	\$ 76'671.020.00
Gastos	\$ 15'000.000.00
TOTAL	\$3.952'832.160.00

Teniendo en cuenta que cada parte asumió el porcentaje que le correspondía de los honorarios y gastos fijados por el Tribunal y que el noventa por ciento (90%) debe ser asumido por la parte demandada, para dar cumplimiento a tal decisión se condenará a SBS Seguros Colombia S.A. a pagar en favor de Constructora Ariguaní S.A.S. la suma de mil quinientos ochenta y un millones ciento treinta y dos mil ochocientos sesenta y cuatro pesos (\$1.581'132.864).

2. AGENCIAS EN DERECHO

Para efectos del pago de agencias en derecho se aplicarán los mismos porcentajes ya fijados por el Tribunal, es decir el noventa por ciento (90%) a cargo de la parte demandada.

¹¹² Acta No. 8

En consecuencia, se condenará a SBS Seguros Colombia S.A. pagar en favor de Constructora Ariguaní S.A.S. la suma de setecientos cuarenta y cinco millones trescientos cuatro mil cuatrocientos pesos (\$745.304.400).

3. TOTAL COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

En síntesis, de lo anterior, por concepto de costas y agencias en derecho, SBS Seguros Colombia S.A. debe pagar en favor de Constructora Ariguaní S.A.S. la suma de dos mil trescientos veintiséis millones cuatrocientos treinta y siete mil doscientos sesenta y cuatro pesos (\$2.326'437.264).

VII. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir las controversias suscitadas entre **Constructora Ariguaní S.A.S.** contra **SBS seguros Colombia S.A.**, con la intervención de **Conalvías Construcciones S.A.S. en Liquidación Judicial como litisconsorte necesario**, administrando justicia por habilitación de las Partes y conforme a lo establecido en la Ley 1563 de 2012, mediante decisión adoptada en Derecho con el voto unánime de sus miembros,

RESUELVE

I. Demanda principal

Primero. Declarar no probadas las excepciones formuladas por **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** en la contestación a la demanda principal, denominadas: *“Nulidad absoluta del contrato de seguro instrumentado mediante la póliza No. 1000013 por falta de objeto y causa ilícita”*; *“Nulidad relativa del contrato de seguro instrumentado mediante la póliza No. 1000013 por reticencia e inexactitud”*; *“Terminación del contrato de seguro instrumentado mediante la póliza No. 1000013 por agravación del estado del riesgo”*; *“Prescripción de la acción derivada del contrato de seguros”*; *“Inexistencia de la obligación que se reclama por no amortización del anticipo”*; *“Inexigibilidad de las obligaciones demandadas por falta de liquidación del contrato.”*; *“Inexistencia de siniestro por cuanto la obligación que se reclama no es exigible a Conalvías y en consecuencia no hay incumplimiento”* e *“Inexigibilidad de la obligación de la aseguradora en virtud del Art. 43 No.. 7 de la ley 116 de 2006”*, así como la

denominada “*pérdida del derecho a la indemnización por mala fe del asegurado y beneficiario en la reclamación*” reclamada en los alegatos de conclusión.

Segundo. Declarar que **CHARTIS SEGUROS COLOMBIA S.A.** (hoy **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**) otorgó la Póliza de Cumplimiento para Particulares Nos. 1000012-1000013 y cuyos certificados de Endoso de Aclaraciones, fueron expedidos con el número 1000013, en la que figura como tomador y afianzado **CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S.** (hoy **CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**), asegurado y beneficiario **CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S.** (hoy **CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**), y en la que se incluyen las coberturas de buen manejo, correcta inversión, y amortización del anticipo del Subcontrato EPC001-12.

Tercero. Declarar que ocurrió un siniestro que afectó el amparo de amortización del anticipo contenido en la mencionada Póliza, como consecuencia de la conducta desplegada por el tomador y afianzado **CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S** (hoy **CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**) quien abandonó las obras y no amortizó la suma de Sesenta y Cuatro Mil Ciento Setenta Millones Seiscientos Ochenta y Siete Mil Trescientos Ochenta y Seis Pesos con Treinta y Cinco centavos (\$64.170.687.386,35), moneda legal colombiana, recibida en el año 2012 por concepto del Anticipo Inicial derivado del Subcontrato EPC001-12.

Cuarto. Declarar que como consecuencia del siniestro, **CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**, en calidad de asegurado y beneficiario de la Póliza sufrió un perjuicio por valor de Sesenta y Cuatro Mil Ciento Setenta Millones Seiscientos Ochenta y Siete Mil Trescientos Ochenta y Seis Pesos Con treinta y Cinco centavos (\$64.170.687.386,35), moneda legal colombiana.

Quinto. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condenar a **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** a pagar a favor de **CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** la suma de Sesenta y Cuatro Mil Ciento Sesenta Millones Seiscientos Ochenta y Siete Mil Trescientos Ochenta y Seis Pesos con Treinta y Cinco centavos (\$64.170.687.386,35), moneda legal colombiana, correspondiente al valor del anticipo Inicial no amortizado por parte de **CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S.** (hoy **CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** y amparado por la Póliza, más los intereses moratorios causados desde el 8 de noviembre de 2015, día siguiente al vencimiento del mes que tuvo SBS para pagar luego de presentada la reclamación formal con la que se acreditaron la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida-, intereses que

a la fecha ascienden a la suma de Sesenta y Cinco Mil Novecientos Diez Millones Doscientos Cuarenta Mil Trescientos Cincuenta y Dos Pesos con Cincuenta y Ocho centavos (\$65.910.240.352,58), moneda legal colombiana, y que se seguirán causando hasta que se verifique el pago de la suma antes mencionada.

II. Demanda de reconvención reformada

Sexto. Declarar probadas las excepciones de mérito formuladas por **CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** en la contestación a la demanda de reconvención reformada, denominadas: “*Prescripción de la nulidad relativa por reticencia e inexactitud*”; “*Prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro frente a la supuesta reticencia e inexactitud*”; “*Prescripción frente a la supuesta agravación del estado del riesgo*”; sin lugar a pronunciamiento respecto de las restantes.

Séptimo. Declarar probadas las excepciones de mérito formuladas por **CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** en la contestación a la demanda de reconvención reformada, denominadas: parcialmente la de “*Prescripción de la acción de Nulidad absoluta y nulidad relativa*”, exclusivamente respecto de la prescripción de la acción de nulidad relativa, más no de la absoluta, y en su totalidad la de “*Prescripción de la acción que se deriva de la supuesta agravación del riesgo*”; sin lugar a pronunciamiento respecto de las restantes.

Octavo. Declarar que no prospera la excepción de mérito formulada por **CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** en la contestación de la demanda de reconvención reformada, denominada: “*Prescripción de la acción de nulidad absoluta*”

Noveno. Declarar que en la celebración del contrato de seguros instrumentado mediante la Póliza No. 100013 y del cual fueron tomador **CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S.**, asegurador **CHARTIS SEGUROS COLOMBIA S.A.** (hoy **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**) y asegurado **CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S.**, tanto tomador como el asegurado y beneficiario **CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S.**, conocían los riesgos derivados de haber concertado el contrato de concesión, el Contrato EPC y el subcontrato EPC-001/12, celebrado bajo la modalidad llave en mano y a precio global y fijo, con el preciso alcance, en la forma y por lo expuesto en la parte motiva.

Décimo. Negar las demás pretensiones principales y subsidiarias de la demanda de reconvención reformada.

Décimo Primero. Condenar a **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** a pagar a **CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** la suma de Dos Mil Trescientos Veintiséis Millones Cuatrocientos Treinta y Siete Mil Doscientos Sesenta y Cuatro Pesos (\$2.326'437.264), moneda legal colombiana, por concepto de costas de acuerdo con la liquidación contenida en la parte motiva de este Laudo.

Décimo Segundo. Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes.

Décimo Tercero. Ordenar la liquidación final y, si a ello hubiere lugar, la devolución de las sumas no utilizadas de la partida "Gastos".

Décimo Cuarto. Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las Partes y del Litisconsorte necesario.

Décimo Quinto. Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (artículo 47 de la Ley 1563 de 2012).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE SANTOS BALLESTEROS

Presidente

WILLIAM NAMÉN VARGAS

Árbitro

ALEJANDRO VENEGAS FRANCO

Árbitro

CAMILA DE LA TORRE BLANCHE

Secretaria