

RV: Recurso de Reposición Contra el Auto de Llamamiento en Garantía - Demandante Fondo Adaptación contra Diconsultoria S.A. y seguros confianza S.A. Rdo No. 19001233300420210003500

Secretaria Tribunal Administrativo - Cauca - Seccional Popayan
<stadmcauca@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Miércoles 28/09/2022 15:04

Para: Lady Johanna Sanchez Cortes <lsancheo@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (188 KB)

Recurso_Reposición_Llamamiento_09_2022.pdf;

De: Marino Ospina M. <marinospina@hotmail.com>

Enviado: miércoles, 28 de septiembre de 2022 14:32

Para: Secretaria Tribunal Administrativo - Cauca - Seccional Popayan <stadmcauca@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Despacho 04 Tribunal Administrativo - Cauca - Popayan <des04tacau@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Juan Carlos Hernández <notificacionesjudiciales@fondoadaptacion.gov.co>;

centrodecontacto@confianza.com.co <centrodecontacto@confianza.com.co>; Diconsultoria S.A.

<contacto@diconsultoriaingenieros.com>; Ferney Mauricio Mendez <fmendez@diconsultoriaingenieros.com>;

henry.sanchez@diconsultoriaingenieros.com <henry.sanchez@diconsultoriaingenieros.com>;

marinospina@hotmail.com <marinospina@hotmail.com>

Asunto: Recurso de Reposición Contra el Auto de Llamamiento en Garantía - Demandante Fondo Adaptación contra Diconsultoria S.A. y seguros confianza S.A. Rdo No. 19001233300420210003500

Doctor

DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO.

Magistrado.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA.

E. S. D.

Referencia	RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL AUTO DE LLAMAMIENTO EN GARANTIA
Medio de control	CONTROVERSIA CONTRACTUALES.
Demandante	FONDO ADAPTACIÓN
Demandados	DICONSULTORIA S.A. Y SEGUROS CONFIANZA S.A.
Radicación	19001233300420210003500

JESÚS MARINO OSPINA MENA, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.790.690 expedida en Cali, abogado portador de la Tarjeta Profesional No. 82.535 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado de la Sociedad **DICONSULTORÍA S.A.**, con Nit. 800.003.776-2 representada legalmente, por el señor **HENRY SANCHEZ RODRIGUEZ**, identificado con C.C. No. 16.715.628, adjunto Recurso de Reposición Contra el Auto de Llamamiento en Garantía del MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES.

Atentamente,

JESÚS MARINO OSPINA MENA

CONFIRMAR RECIBIDO.

Popayán, septiembre 27 de 2022.

Doctor
DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO
Magistrado
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA
E. S. D.

Referencia: Medio de control de Controversias Contractuales
Demandante: FONDO ADAPTACIÓN
Demandada: DICONSULTORÍA S.A. Y SEGUROS CONFIANZA S.A.
Asunto: Recurso de Reposición contra el auto de llamamiento en garantía.
Radicación: 19001233300420210003500

JESÚS MARINO OSPINA MENA, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Cali, identificado con la cédula de Ciudadanía No. 16.790.690 de Cali y portador de la Tarjeta Profesional No. 82.535 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en representación de la parte demandada dentro del proceso del rublo, respetuosamente manifiesto a usted que interpongo recurso de reposición contra el auto del 20 de septiembre del 2022, notificado por correo electrónico el 21 de septiembre de 2022.

I. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA.

De conformidad con el artículo 205 del CPACA que dispone que la notificación electrónica se entiende transcurrido dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje y sus términos comienzan a correr al día siguiente de la notificación.

Teniendo en cuenta que el mensaje de datos se recibió el 21 de septiembre del 2022, transcurrido los dos (2) días para que se surta la notificación, comenzando a contar el término de ejecutoria el lunes 26 de septiembre del 2022, el recurso de reposición se encuentra en oportunidad.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 242 y 243 del CPACA es procedente el recurso de reposición contra el auto que admite el llamamiento en garantía.

II. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD.

El auto que admite el llamamiento en garantía se basa en la Póliza de seguros de cumplimiento No GU 060177 extendida por esa compañía aseguradora a favor de FONDO ADAPTACIÓN cuyo objeto era amparar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento en las obligaciones contraídas en el Contrato de Consultoría N° 261 de 2014.

Revisado el artículo 225 del CPACA, este dispone que:

“ARTÍCULO 225. Llamamiento en garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. (...)” Destacado fuera del texto original.

En el presente trámite mi representado no es un tercero es parte demandada en el asunto.

Debe recordarse que el llamamiento en garantía es una figura jurídica procesal a través de la cual se puede vincular a un tercero a un proceso, para que, en caso de condena, cumpla con el valor de ella como garante.

Adicional a ello es claro que en las pólizas de cumplimiento en materia de contratación estatal así el régimen del contrato sea el derecho privado se aplican las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y sus normas modificatorias y complementarias, lo anterior en virtud del artículo 13 de la Ley 1150 del 2007, establece en el decreto 1082 del 2015 en el artículo 2.2.1.1.3.2.6., lo siguiente:

Artículo 2.2.1.1.3.2.6. Inoponibilidad de excepciones de la compañía de seguros. La compañía de seguros no puede oponerse o defenderse de las reclamaciones que presente la Entidad Estatal alegando la conducta del tomador del seguro, en especial las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro o cualquier otra excepción que tenga el asegurador en contra del contratista.

Por último, las compañías de seguros tienen la posibilidad de reclamar las indemnizaciones de las personas que sean responsables por la ocurrencia del siniestro una vez haya pagado la obligación lo anterior es claro del artículo 1096 del Código de Comercio que dispone:

Artículo 1096. El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.

Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección B, **Actor: Policarpa Salavarrieta ESE - en Liquidación Demandado: Compañía Suramericana de Seguros, Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz**, precisó que:

“La relación que surge entre la aseguradora y la beneficiaria del seguro proviene del contrato de seguro, mientras que la relación entre la asegurada y la beneficiaria proviene de la facultad legal que tiene el contratante cumplido para reclamar el pago de la indemnización.

El hecho de que la asegurada no haya sido vinculada al proceso no implica una violación de su derecho de defensa. En efecto, el artículo 1096 del Código de Comercio regula la figura de la subrogación en los eventos en que la aseguradora haya pagado al beneficiario por razón de la conducta del responsable del siniestro.

Esta norma permite al asegurador cobrar lo pagado al responsable del siniestro, pero también faculta al asegurado a proponer excepciones en contra de la aseguradora cuando la compañía ejerza **la acción de subrogación.**

Ahora bien, la decisión sobre el incumplimiento que se adopta en el proceso adelantado entre el beneficiario y la compañía de seguros no es oponible ni hace tránsito a cosa juzgada contra el asegurado, porque entre el asegurado y la aseguradora no hay un litisconsorcio necesario.

Esto, porque el asegurado no ha participado en el proceso y además la norma expresamente le otorga el derecho de oponer las excepciones que habría podido esgrimir si hubiese sido citado como litisconsorte facultativo al proceso.”

Se advierte de lo anterior que:

1. Diconsultoría S.A., no es un tercero en este proceso es parte demandada, por lo cual no puede ser admitida la figura del llamamiento en garantía.
2. En este caso quien es garante de las obligaciones contractuales es la compañía de seguros no el tomador que este caso es mi representado.
3. En un contrato estatal la compañía de seguros no puede oponer ningún medio exceptivo contra la entidad estatal, que tenga contra su tomador y, por lo tanto, el llamado en garantía no es procedente.
4. La subrogación del contrato de seguro se presenta cuando la aseguradora paga la indemnización y por ello se subroga en el derecho del asegurado y podrá repetir contra quien haya ocasionado el siniestro y recuperar la indemnización pagada

Por tanto, para que opere la subrogación legal a que tiene derecho la compañía de seguros, en un contrato estatal y sobre todo en una póliza de cumplimiento se supedita a que se **declare la ocurrencia del siniestro**, y la compañía de seguros proceda con el pago dicha indemnización.

En el llamamiento en garantía no pende de la condición de ocurrencia del siniestro.

Por ello son dos (2) figuras completamente diferentes en el ordenamiento jurídico y sobre todo en materia de contratos estatales.

5. No es lo mismo exigir el reembolso (subrogación legal), que permitir exigir el pago a través el garante, así lo reconoce el Consejo de Estado que indicó:

“Conforme a las anteriores normas y a la luz de una lectura tanto literal como instrumental de las disposiciones legales en comento, advierte el despacho sobre la figura de la subrogación que dicha potestad se activa si y solo si ha ocurrido el pago de la indemnización en cuestión por parte de la entidad aseguradora, esto es, que se ha concretado-comprobado la existencia del daño amparado y este ha sido efectivamente satisfecho conforme al seguro preexistente

42. Lo anterior implica que, aunque la norma establece que la aseguradora goza de todas las prerrogativas de quien se beneficia del pago indemnizatorio para cobrar al causante del daño el pago que se vio obligada a saldar, este solo se activa cuando la compañía ya se ha visto compelida a indemnizar, esto es, naturalmente cuando se ha demostrado la existencia del siniestro en cuestión

43. Al respecto, esta Corporación se ha pronunciado en el sentido de advertir que:

En relación con la subrogación en materia de seguros, se tiene que los derechos de los que disponía el asegurado, como ejercer la acción judicial correspondiente y formular a través de ella pretensiones contra quienes considere responsables del daño ocasionado, se trasladan a la compañía aseguradora cuando esta última hubiere indemnizado en virtud del contrato de seguro celebrado entre las partes. Así lo sostuvo la Sala en un caso similar al que ahora se debate:

"...La figura de la subrogación, en tratándose del derecho de seguros, se halla contemplada en el artículo 1096 del código de comercio, norma que resulta aplicable al asunto que nos ocupa, dado que la posibilidad legal de la aseguradora para tomar el lugar de quien fue su asegurado indemnizado deviene de la celebración y cumplimiento de un contrato comercial oneroso, aleatorio y conmutativo. Tal norma dice:

'Subrogación del asegurador. El asegurador que pague una indemnización se subrogara, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero estas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.

'Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando este, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada'.

"La norma exige que, para que opere la subrogación, la aseguradora pague una indemnización, supuesto este que se halla acreditado como se señal líneas atrás y, en tal virtud, los derechos de los que disponía el asegurado, como ejercer la acción judicial correspondiente y formular a través de ella pretensiones contra quienes considere responsables del daño causado, se defieren a la compañía aseguradora que lo indemnizó, cumpliéndose de esta manera con un presupuesto procesal de la pretensión que, de no haberse acreditado, impediría emitir pronunciamiento de fondo..."¹⁹. (...).

44. Precisamente, sobre la naturaleza y características de la subrogación, ha dicho el Consejo de Estado que:

b. La subrogación por pago indemnizatorio es un derecho que otorgan la ley civil y mercantil, entre otros, contra los presuntos responsables del siniestro. En efecto:

El Código Civil dispone que la subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le pago (art. 1.666); que la subrogación del tercero en los derechos del acreedor se hace en virtud de la ley o de una convención (art. 1.667 ib); que la subrogación, legal o convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios del antiguo, así contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros obligados.

El Código de Comercio, aplicable a la legislación de seguros, prevé a favor del asegurador la subrogación legal en los derechos de su asegurado en aquellos eventos en que aquel pague la indemnización, limitado claro esta hasta concurrencia del importe. Le permitirá ejercer las acciones y reclamar contra las personas responsables del siniestro (art. 1.096). Igualmente indicó que al asegurado se le prohíbe renunciar a sus derechos contra terceros responsables del siniestro so pena de perder el derecho a la indemnización y

de otra, la obligación, a petición del asegurador, de hacer todo lo que este a su alcance para permitirle el ejercicio de sus derechos derivados de la subrogación so pena de perder o reducir la indemnización (arts. 1.097 y 1.098 ib).

c. En tal materia de la subrogación, con base en dichos Códigos, la doctrina colombiana ha dicho:

"Si la indemnización a cargo del asegurador...encuentra su origen en la responsabilidad indirecta, la subrogación es viable, sujeta - claro está - a las limitaciones previstas por el art. 1.098, toda vez que 'las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de estas, si los hubiere" (C. C, art. 2.352)...

La subrogación personal del asegurador en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro (art. 1.096), que puede ser general (id, inc. 1º) o especial (id., inc. 2º), está sujeta a los siguientes presupuestos legales:

Subrogación general:

La general (a) a la vigencia de un seguro en el momento del siniestro, (b) a la indemnización del daño causado por el siniestro y (c) a la identificación de un responsable civil de este daño.

a) El titular de la acción subrogatoria no es otro que 'el asegurador' vinculado a la víctima del daño por un contrato específico de seguro, que cubra el interés afectado por el siniestro, contra el riesgo que lo ha causado y que haya estado vigente en el momento de su ocurrencia. La subrogación asegurativa solo encuentra su origen legal en el contrato de seguro...Si, ... al registrarse el siniestro el contrato no se había celebrado o ya había expirado, no podrá darse la subrogación...

b) El título de la subrogación legal solo se integra con la indemnización efectiva del daño asegurado, esto es, con el pago. No basta el nacimiento de la obligación a cargo del 'asegurador', que derive de la ocurrencia del siniestro (art. 1.054). Ni la promesa formal de cumplirla. Importa, claro está, que el pago se haga de buena fe y al titular del derecho a la prestación asegurada...Lo que importa, en síntesis, como origen de la subrogación, es que el asegurador indemnice al asegurado el mismo daño imputable a la responsabilidad del tercero, con base en el contrato de seguro...

c) El tercer presupuesto de la subrogación es que el daño ya indemnizado, en virtud del contrato de seguro, sea imputable a la responsabilidad de una persona distinta del asegurado o, mejor aún, que de origen a una acción de responsabilidad civil de este contra aquella. La responsabilidad misma puede ser subjetiva u objetiva, contractual o extracontractual, basarse en la culpa presunta o en la culpa probada, directa o indirecta, porque la ley no distingue. 'El asegurador...se subrogará...en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro' (art. 1.096)...por la vía de la subrogación, el asegurado 'trasmite' al asegurador, ope legis, su propio derecho, el mismo que le confiere la ley como damnificado por el hecho ilícito.

Luego, en ejercicio de la acción subrogatoria, es el asegurador quien debe invocar y probar los hechos constitutivos de la obligación a cargo del responsable en armonía con la naturaleza de la responsabilidad que le da origen. Y, entre

ellos, el daño y su magnitud económica. No basta, como es obvio, la prueba de la indemnización pagada al asegurado en virtud del contrato de seguro que también es necesario, desde luego, como presupuesto y límite de su derecho a la subrogación. Debe probar, además, el derecho del asegurado y su valor.

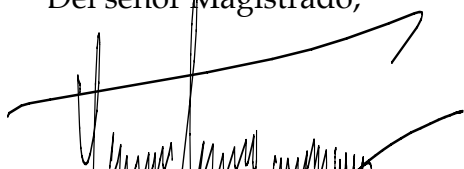
B. Subrogación especial:

En la subrogación especial debe también (a) existir o preexistir un seguro vigente en el momento del siniestro que, con iguales elementos que en la general, este destinado, más exactamente, haya sido suscrito por el acreedor (tomador-asegurado) para proteger su derecho real en la cosa asegurada (art. 1096, inc. 2°), (b) haberse pagado la indemnización por el asegurador y, (c) no haberse extinguido, claro está, la obligación del deudor. Porque, además, en esta hipótesis, se hubiera extinguido también, por falta del interés asegurable, el seguro respectivo. Lo que la ley no exige, como presupuesto en la subrogación especial, es que el siniestro sea imputable a la responsabilidad de un tercero. Dada su naturaleza, esta circunstancia es irrelevante"(...).

45. Así las cosas y para lo que a la presente controversia respecta, es claro para el despacho que la figura de la subrogación consagrada en los artículos 1096 del Código de Comercio y 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, no resulta pertinente para demostrar el vínculo legal invocado como fundamento del llamamiento en garantía propuesto por la sociedad Confianza S.A., comoquiera que para su procedencia es imprescindible que haya operado el pago efectivo de la indemnización conforme al daño que fue asegurado en la póliza, evento que por las circunstancias del caso sub lite tendría que ocurrir posterior a la condena correspondiente, es decir, para un momento en el cual esta tipología de vinculación de terceros carecería de total sentido¹". Destacado fuera del texto original.

Por lo anterior se SOLICITA, reponer para revocar el auto destacado en la referencia del proceso que accediera al llamamiento en garantía, y en su lugar negar dicho llamado, por los motivos expuestos.

Del señor Magistrado,



JESÚS MARINO OSPINA MENA

C.C. No. 16.790.690

T.P. No. 82.535 C.S.J.

¹ <https://contratacionenlinea.co/index.php?section=711>