Bogotá, D.C., abril 11 del 2025

Señor

**JOSÉ HERÁN ARIAS ARANGO
Representante legal de AMARILO S.A.S.**

 servicioalcliente@amarilo.com

**REF.: PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO PARTICULAR No. 620 45 994000008395**

 **TOMADOR: CONSTRUCCIONES E INGENIERIA MR.**

 **ASEGURADO: AMARILO S.A.S.**

 **RECLAMACIÓN: RUP-8526**

Respetados señores:

De manera atenta, damos respuesta a su solicitud de reconsideración denominada “*Objeción de fecha 28 de noviembre de 2024*” en los siguientes términos:

* **Respecto de la petición correspondiente al “*Amparo de buen manejo del anticipo”:***

La parte reclamante manifiesta en su misiva, que considera haber acreditado la falta de uso de las sumas entregadas a modo de anticipo del contratista en la obra de construcción objeto de aseguramiento, razón por la que estima pertinente la afectación del amparo de buen manejo del anticipo. No obstante, desde este momento debe reiterarse que no se ha satisfecho la carga probatoria en cabeza del asegurado de acreditar la ocurrencia del siniestro en lo relativo al amparo de ”buen manejo del anticipo”, cuya cobertura corresponde al uso o apropiación indebida del anticipo, lo que a la postre deja en manifiesto que lo que se reclama corresponde a un escenario de falta de amortización del anticipo, el cual no encuentra cobertura material dentro de los amparos establecidos en la póliza.

Debe señalarse que de conformidad el artículo 1077 del Código de Comercio, “Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso” lo anterior significa que, más allá de afirmar la ocurrencia de circunstancia alguna que logre establecerse como un riesgo asegurado en el contentivo de la póliza objeto de éste pronunciamiento, lo cierto es que a la asegurada y beneficiaria le incumbe realizar un esfuerzo probatorio que debe trascender de afirmar que la suma entregada a título de anticipo fue indebidamente utilizada por el contratista, sino que además, debe entrar a demostrar por los medios conducentes, pertinentes y útiles para el efecto, que existió una utilización inadecuada de dichos rubros, es decir, su desviación efectivo para actividades ajenas a la obra. Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC3893 – 2020 (M.P. Luis Alonso Rico Puerta):

*“Lo anotado se traduce en que, ni la firma ajustadora contratada por Dragados Concay, ni tampoco las integrantes de ese consorcio,* ***se ocuparon de determinar cuál había sido el destino del anticipo****, esto es, si fue utilizado en los términos de la cláusula 8.1. del contrato de «excavación y sostenimiento del túnel 6 del sector 2R, conforme la cual «el anticipo (...) corresponde (sic) a todas las actividades de movilización, instalación de campamentos, instalación de plantas de concreto y compra de materiales y equipos para la ejecución de las obras».* ***Y, por supuesto, desentrañar la suerte de ese dinero era condición necesaria e indispensable para poder asegurar que el mismo había sido apropiado o invertido indebidamente*** *por Aocisa.*

***Ello muestra la divergencia entre los conceptos de 'falta de amortización' y 'apropiación o uso indebido'*** *(siendo estos últimos los riesgos que asumieron las coaseguradoras), comoquiera que, si la totalidad del anticipo se asigna a la finalidad establecida en el contrato de obra, no es posible afirmar -válidamente-- que el contratista sustrajo dichos dineros para sí, ni tampoco que los consagró a erogaciones distintas de las autorizadas convencionalmente.”*

Lo anterior deja ver con claridad que, sin perjuicio de la evidente falta de cobertura para el escenario de falta de amortización del anticipo, lo que resulta claro es que la carga de la prueba que reside en cabeza del asegurado o beneficiario implica que no solo debe señalar que el dinero entregado a modo de anticipo no fue utilizado en la obra, sino que tiene en su deber demostrar que dicho dinero fue indebidamente apropiado o utilizado por parte del contratista, es decir, debe demostrar que el anticipo fue empleado en eventos sin relación con la obra, carga que no se ha cumplido por parte del reclamante.

.Por otro lado, debe aclararse desde este momento que no es cierto que, como lo aduce la parte reclamante, ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C haya consignado dentro de los amparos “la no amortización del anticipo” de modo que al realizar una lectura acuciosa del texto, acudiendo a la literalidad que rige la interpretación de los contratos de seguro, de conformidad con el órgano de cierre, no se logra extraer de forma alguna que en el condicionado de la póliza mencione la falta de amortización del anticipo como amparo contenido en la misma, razón por la que no le asiste razón a la entidad reclamante, y continúa estando patente la falta de cobertura material ante los perjuicios reclamados por concepto de anticipo.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, debe señalarse que para el evento de *“Incumplimiento en la forma de amortización del anticipo”* señalado así desde la primera solicitud de indemnización presentada, la Póliza de Seguro de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 620 45 994000008395 no cuenta con cobertura material, pues como lo establece el condicionado general de la póliza, el amparo de anticipo cubre el uso o apropiación indebida que se haga del anticipo, definiéndolos como *“el evento en que tales dineros o bienes no sean utilizados en la ejecución del contrato”* bajo ese sentido, la falta de amortización difiere del uso o apropiación indebida del dinero dado a título de anticipo, por lo que no habría lugar a indemnizar suma alguna. Ello, tal y como se muestra a partir de las condiciones generales de la póliza, parte integral del contrato de seguro, en lo que atañe al riesgo de anticipo señalan:

*1.2 AMPARO DE BUEN MANEJO DEL ANTICIPO*

*EL AMPARO DE BUEN MANEJO DEL ANTICIPO CUBRE A LAS ENTIDADES CONTRATANTES, CONTRA LOS PERJUICIOS SUFRIDOS CON OCASIÒN DEL USO O APROPIACIÒN INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA TOMADOR DEL SEGURO HAGA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO EN CALIDAD DE ANTICIPO, PARA LA EJECUCIÒN DEL CONTRATO. EN TAL SENTIDO SE ENTENDERA QUE EXISTE USO O APROPIACION INDEBIDA DE LOS DINEROS O BIENES ENTREGADOS A TITULO DE ANTICIPO EN EL EVENTO EN QUE TALES DINEROS O BIENES NO SEAN UTILIZADOS EN LA EJECUCIÒN DEL CONTRATO.*

*CUANDO SE TRATE DE BIENES ENTREGADOS COMO ANTICIPO, PARA QUE OPERE EL AMPARO ESTOS DEBERAN ESTAR DEBIDAMENTE TASADOS EN DINERO.*

*SALVO ACEPTACIÒN EXPRESA E INEQUIVOCA DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, EL PRESENTE AMPARO NO CUBRE ANTICIPOS EN DINERO EN EFECTIVO O QUE NO SE HAYAN ENTREGADO A TRAVES DE TRANSACCIONES BANCARIAS*

Respecto a lo anterior, téngase en cuenta la sentencia SC2840-2022 del 1 de septiembre de 2022 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la que aclaró la distinción entre uno y otro amparo, enfatizando en que “*La indemnización solicitada por el asegurado estaba llamada al fracaso porque “bajo el riesgo de uso indebido del anticipo, intentaba el resarcimiento de supuestos perjuicios derivados de otro riesgo diferente, la falta de amortización total de ese anticipo (…)*”. Al respecto, cabe señalar que el criterio señalado en esta jurisprudencia resulta de total utilidad para el caso en comento, comoquiera que en este caso, la parte reclamante enfatizó desde la primera solicitud de indemnización presentada a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., que *“se ha amortizado la suma de $ 63.308.481.96* ***quedando pendiente por amortizar*** *la suma de $ 542.593.444,92”*, sin embargo, con esa afirmación pretende hacer efectivo un amparo para un riesgo diferente. Se aclara que, esta sentencia permite entender la diferenciación en la conceptualización de los amparos, siendo de gran utilidad para el escenario que nos incumbe, en el que no puede confundirse la naturaleza de un amparo y otro.

En consecuencia, **se ratifica la objeción** relativa a la solicitud de *“****Incumplimiento en la forma de amortización del anticipo****”*, basada en la indebida amortización del anticipo, en tanto no encuentra respaldo en la cobertura de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 620 45 994000008395, ya que el amparo de buen manejo del anticipo estipulado en las condiciones generales de la póliza solo cubre los perjuicios ocasionados por el uso o apropiación indebida del anticipo, definidos como el incumplimiento en la destinación de los recursos para la ejecución del contrato. La falta de amortización del anticipo es una situación distinta a su uso indebido, por lo que no configura un riesgo cubierto, y en consecuencia, no hay lugar a indemnización conforme a los términos contractuales establecidos.

* **Respecto de la petición correspondiente al “*Amparo de cumplimiento”:***

En lo relativo al amparo de cumplimiento, debe reiterarse en esta comunicación que, con el fin de estudiar debidamente el caso en cuestión, la carga de la prueba reside sobre el asegurado o beneficiario, quien además de tener a su cargo el deber de acreditar la ocurrencia del siniestro, esto es el incumplimiento, así como la existencia, naturaleza y cuantía de los perjuicios generados directamente por el incumplimiento.

De esta manera, verificados los soportes, observamos que no se encuentra evidencia clara y precisa del presunto grado de incumplimiento que se le imputa al afianzado, pues no se aporta con la solicitud presentada, documentación idónea que permita establecer con certeza la inejecución de la obra por parte del contratista y el porcentaje de ésta. Se recuerda que, para afectar válidamente el amparo de cumplimiento, es deber acreditar que el objeto de contrato no fue ejecutado por el contratista de acuerdo con las especificaciones técnicas expresamente pactadas en el contrato y dentro de los tiempos acordados; de igual forma la existencia, naturaleza y cuantía de los perjuicios que el incumplimiento le generó al asegurado, para lo cual es necesario solicitar los siguientes documentos:

Espacio para que el ajustador nos indique que documentos deben solicitarse para analizar la ocurrencia y cuantía del incumplimiento (esto sucederá el lunes 07 de abril)

Lo anterior, teniendo en cuenta que las condiciones generales de la Póliza de Seguro de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 620 45 994000008395, las cuales fueron aprobadas por el asegurado en el momento en que se aprobó la póliza, en el numeral 1.4 de la cláusula primera establece el alcance de cobertura para el amparo de cumplimiento, en donde se señala:

*“AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO*

*EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CUBRE A LAS ENTIDADES CONTRATANTES POR LOS PERJUICIOS DIRECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA TOMADOR DEL SEGURO DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO CUYA EJECUCIÒN SE AMPARA”*

De acuerdo con lo expuesto, es evidente que el supuesto incumplimiento mencionado por la entidad asegurada no puede ser comprobado en un presunto Balance de actividades ejecutadas en el contrato CO-56605, así como en el contraste presentado entre los valores del contrato asegurado, con los del nuevo contrato. Esto se debe a que dicho informe debe ser evaluado teniendo en cuenta el procedimiento establecido en las cláusulas contractuales, las cuales son obligatorias para ambas partes y están en concordancia con las normas civiles y comerciales que regulan la materia. El procedimiento para que el contratante haga uso de esta facultad, éste se debe seguir, so pena de que se entienda que la facultad fue ejercida abusivamente.

Por tanto, se colige que no se ha logrado demostrar de manera sustancial el incumplimiento atribuible al contratista por parte de la sociedad asegurada. Esta falta de evidencia sólida afectaría la validez y ejecución del riesgo cubierto por la Póliza de Seguro de Cumplimiento en Favor de Entidades Particulares No. 620 45 994000008395. En virtud de lo anterior, es necesario contar con pruebas fehacientes y suficientes para sustentar la imputación de incumplimiento contractual, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en la póliza de seguro. En ausencia de una comprobación sólida del incumplimiento por parte del contratista, la entidad asegurada no estaría en posición de activar las coberturas previstas en la póliza de seguro mencionada.

Por otro lado, destacamos que uno de los elementos fundamentales del contrato de seguro, conforme a la normatividad vigente, es el riesgo asegurable, el cual está definido en el artículo 1054 del Código de Comercio de la siguiente manera:

*“****Artículo 1054. Definición de riesgo.*** *Denomínase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.”*

De acuerdo con esta definición legal, el riesgo no puede depender de la voluntad del asegurado, que en este caso es AMARILO S.A.S. Al aplicar lo anterior al caso específico, observamos que el incumplimiento (riesgo asegurado) que se le imputa al contratista, y cuya indemnización se reclama, dependió de la voluntad del asegurado AMARILO S.A.S. Esto se debe a que, tal como se detalla en la cláusula vigesimotercera del contrato, el cual menciona:



Resulta claro que en el marco del contrato denominado “*EJECUCIÓN A TODO COSTO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE REDES DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO VÍA VL3 DEL PROYECTO HACIENDA EL OTOÑO URB ET2”*, la supervisión, vigilancia y control de las actividades a ejecutar por parte del contratista estaban a cargo del asegurado o de la persona que este designara. Este hecho constituye un acto meramente potestativo en los términos del artículo 1055, el cual, en consecuencia, es inasegurable.

Sin perjuicio de ello, debe señalarse que, en todo caso, en caso de existir una la falta de vigilancia y supervisión sobre las obras ejecutadas por parte de AMARILO S.A.S. se constituiría una modificación exponencial al estado de riesgo que le fuera comunicado a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, comoquiera que dicha supervisión y vigilancia en cabeza del contratante fue uno de los pilares fundamentales que tuvo en cuenta la compañía aseguradora para afianzar el contrato suministrado, de modo que al no haberse ejercido, o haberse dejado de realizar la vigilancia sobre la obra ejecutada por el contratista y no haberse notificado de dicha decisión, es plausible predicar la terminación automática del contrato de seguro bajo las luces del artículo 1060 del Código de Comercio.

En conclusión, es importante destacar que el AMARILO S.A.S. no ha logrado cumplir con los presupuestos requeridos según lo establecido en el artículo 1077 del C.Co. Pues no se ha demostrado de manera concluyente la materialización del riesgo asegurado, es decir, la condición necesaria para activar la obligación condicional del asegurador, así como tampoco prueba fidedigna que permita constatar la veracidad del sobrecosto señalado en su escrito. Aunado a lo anterior, se encuentra patente la falta de vigilancia y supervisión de las obras, obligación en cabeza del asegurado conforme se extrae del negocio afianzado y que pretermitió realizar, lo que sin duda alguna se constituye como un acto inasegurable por haber dependido de su voluntad, asimismo como una agravación al estado de riesgo no notificada a la aseguradora, dando lugar a la terminación automática del contrato de seguro. Por lo tanto, resulta improcedente afectar la Póliza de Seguro de Cumplimiento en este caso.

En virtud de lo expuesto, Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa ratifica la objeción a la reclamación de indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. No. 620-45-994000008395 presentada por AMARILO S.A.S.

**Atentamente,**

**GERENCIA DE INDEMNIZACIONES SEGUROS GENERALES**

**Aseguradora Solidaria de Colombia**