

Bogotá D.C., 18 de abril de 2023

Doctor

IVAN DARIO ARGEL DIAZ

Apoderado Patrimonio Unidad de Gestión VISR

FIDUAGRARIA

notificaciones@fiduagraria.gov.co

Doctor

GUSTAVO ENRIQUE ARCILA QUINTERO

Jefe Jurídico – Unidad de Gestión VISR

FIDUAGRARIA

notificaciones@fiduagraria.gov.co

ASUNTO: RESPUESTA AL OFICIO VNO-VISR-17729
Póliza AA010362
Caso 134243 siniestro 10253411
Asegurado FIDUAGRARIA VOCERA - PATRIMONIO AUTONOMO VISR.
Reclamación Contrato 090-2018
CONSORCIO EXITO

Respetados Doctores,

De manera atenta, nos dirigimos a ustedes con el fin de dar respuesta a su Oficio VNO-VISR-17729. Lo anterior, acorde con los puntos subsiguientes:

(i) Carga de la prueba del asegurado/beneficiario.

La aseguradora puede válidamente limitar la responsabilidad que asumirá en caso de verificarse la condición suspensiva a la que se sujetó el surgimiento de la obligación resarcitoria a su cargo, mediante lo que se denomina “suma asegurada” o “valor asegurado”. En tanto, ocurrido el suceso incierto (riesgo asegurable)¹, de manera concomitante se debe generar un daño directo, cierto, previsible y actual en el patrimonio -denominado perjuicio- de quien se ha visto afectado (interés asegurable)².

Ahora bien, ocurrido el siniestro³ entendido –grosso modo- para el caso puntual que nos ocupa como la desatención total, parcial, incompleta, imperfecta o tardía de la(s) obligación(es) que han sido sigilosamente pactadas en un contrato para satisfacer las necesidades puntuales de las partes, se deberá dar aviso a la aseguradora y de manera ulterior presentar los considerandos pertinentes que den pleno cumplimiento al artículo 1077 del Código de Comercio, como se pasa a revisar en el acápite siguiente.

¹ ARTÍCULO. 1054. Denominase 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.

² ARTÍCULO. 1083. Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo.
Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero.

³ ARTÍCULO. 1072. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.

Una aseguradora cooperativa con sentido social

Aclarados los parámetros legales que gobiernan al seguro de cumplimiento, resulta menester realizar ciertas precisiones frente al punto central del párrafo anterior, esto es, la reclamación⁴ a instancias de la compañía aseguradora y la consecuente carga de la prueba que le asiste a quien tiene interés asegurable y ha sufrido cierto perjuicio:

*"Obligación fundamental del asegurado o beneficiario la constituye el demostrar a más de la ocurrencia del siniestro la cuantía de la pérdida si fuere el caso, tal como imperativamente lo estatuye el artículo 1077 del Código de Comercio"*⁵.

Profundizando, el pregonado artículo invita al asegurado/beneficiario para que cumpla dos verbos rectores: El primero, acreditar la ocurrencia del siniestro:

*"(...) En efecto, se desprende del análisis de esta disposición que absolutamente en todo tipo de seguros debe acreditarse la existencia del siniestro, para lo cual se utilizaran los medios probatorios idóneos para el fin (...) en fin, no existe un medio exclusivo, único para acreditar esa ocurrencia del siniestro, de ahí que consideremos que por cualquier medio probatorio idóneo que lleve al asegurador la plena certeza acerca de la existencia del siniestro cumple con esta obligación el asegurado o beneficiario"*⁶.

El segundo, demostrar o tasar la pérdida:

*"En los seguros de daños tiene además el asegurado o beneficiario una obligación adicional, la de demostrar la cuantía de la pérdida"*⁷.

Recapitulando, podemos afirmar que el seguro de cumplimiento es de carácter indemnizatorio y por ende, se requiere acreditar el siniestro y la cuantía de la pérdida, sin que tal deber se satisfaga con una leve mención –sin soporte alguno- numérica para que a partir de tal nazca la correlativa obligación condicional del asegurador. Aunado a lo expuesto, valga mencionar que el perjuicio, es en sí la representación económica del daño y éste, debe ser siempre directo, actual, previsible y cierto.

(ii) Amparo de Anticipo.

Relación con el caso puntual.

Dejando en claro el panorama conceptual general bajo el cual se gobierna el seguro de cumplimiento, resulta menester realizar el análisis concreto de las postulaciones presentadas por la **FIDUAGRARIA VOCERA - PATRIMONIO AUTONOMO VISR.**

⁴ La acepción encuentra lugar normativo en el numeral 3° del artículo 1053 del Código de Comercio:

(...)

3. Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al **asegurador reclamación aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077**, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda. (Subrayado y negrilla propios).

⁵ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Aviso de siniestro, reclamación, objeción y subrogación en el contrato de seguro. Revista Fasecolda N° 9.

⁶ Ibídem

⁷ Ibídem

Para ello, iniciaremos disgregando el eje central de la solicitud de afectación del "AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO":

Según el precepto acogido en el numeral 1.2 de las CONDICIONES GENERALES DE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES PARTICULARES, las cuales, integran y regulan la póliza **AA010362**, las características propias de la debida inversión de los bienes o dineros entregados al extremo contractual (garantizado) para ser utilizados en la ejecución de las labores, son del siguiente tenor:

"1.2. AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO.

ESTE AMPARO CUBRE A LA ENTIDAD CONTRATANTE ASEGURADA, CONTRA LOS PERJUICIOS SUFRIDOS CON OCASIÓN DE: 1) LA NO INVERSIÓN, 2) EL USO INDEBIDO Y 3) LA APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA GARANTIZADO HAGA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO EN CALIDAD DE ANTICIPO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO. CUANDO SE TRATE DE BIENES ENTREGADOS COMO ANTICIPO, ÉSTOS DEBERÁN TASARSE EN DINERO EN EL CONTRATO. ESTE AMPARO NO SE EXTIENDE A CUBRIR EL USO DE LOS DINEROS ENTREGADOS COMO PAGO ANTICIPADO AL GARANTIZADO".

El lugar común al que se arribará luego de observar las líneas precedentes es sin lugar a duda, la delimitación del objeto de cobertura bajo el amparo que se desarrolla. Los verbos rectores y por ende relevantes son: "no inversión" "uso indebido" y apropiación indebida" de los recursos. A partir de tal, la aseguradora dentro de la facultad que le otorga el artículo 1056 del Código de Comercio, ha delimitado el riesgo dispuesto a cubrir. Su responsabilidad se sujeta únicamente a la presencia de conductas desplegadas por el garantizado cuando las mismas se encasillan en alguno(s) de los tres (3) supuestos jurídicos.

En otras palabras, en momento alguno LA EQUIDAD SEGUROS O.C. ha dispuesto que la cobertura se extienda a cobijar acciones encaminadas a la amortización del anticipo entregado.

Por lo anterior, y ante su solicitud de pretender la indemnización con cargo a un valor no amortizado del anticipo, el garante deja claro que solo se podrá pronunciar de fondo cuando cuente con los soportes necesarios (incluyendo documentación del contrato de obra) frente a la existencia o no de un debido manejo y correcta inversión del anticipo, situación, que no ha sido probada por la Fiduagraria S.A.

Por otra parte, debemos analizar si las partes cumplieron sus obligaciones contractuales, a lo que tenemos, que efectivamente, el 18 de marzo de 2019, se presentó un desembolso del anticipo en cuantía de \$ 16.498.756.51. Con relación a las actividades que debía desarrollar el consorcio, para invertir el anticipo, eran las siguientes:

Mediante correo electrónico remitido por Representante de la Contratista a Fiduagraria, del 28 de mayo de 2019 se remite copia del acta de asamblea de beneficiarios, documentos y resultados de la visita de caracterización debidamente tabulada, documento de diagnóstico y el informe del desarrollo del contrato.

La Visita y caracterización hogares beneficiarios; del mes de octubre de 2018, donde se remiten las tablas de caracterización, que corresponden a los formatos de caracterización en el Municipio de Turbo del Departamento de Antioquia que corresponde a sesenta y un (61) beneficiarios; identificación de casos especiales; como los de GERMAN CUESTA HIDALGO, FLOR ELEY MONTOYA Y CELMIRA LLANES. Se desarrollaron los talleres de socialización por el

Una aseguradora cooperativa con sentido social

Consortio Éxito, con la participación de 126 beneficiarios, el 27 de octubre de 2018, todo lo anterior permite acreditar la inversión del Anticipo, de acuerdo con el plan de anticipo presentado y aprobado.

También se analizó el acta de asamblea de beneficiarios del subsidio, como consta en el correo remitido el 9 de mayo de 2019, las actas de comité de vigilancia de 9 de agosto de 2019. Aval técnico de interventoría, De igual forma, se cuenta con certificados de recibo a satisfacción de la solución de vivienda VIS, Remitió por correo electrónico con soporte físico de los recibos a satisfacción de los beneficiarios con sus correspondientes soportes, se revisó el informe de gestión del contrato de trabajo social N° 090 de 2018 elaborado por el Banco Agrario de Colombia en junio de 2022, así como el informe financiero de buen manejo del anticipo, en el cual se señala que el porcentaje ejecutado del contrato corresponde al 83% señaló el desarrollo de actividades.

Aunado a lo anterior, se pudo advertir el cumplimiento de las actividades relacionadas con los Talleres de socialización del proyecto, que se realizaron en el Departamento de Antioquia, en las que se presentaron, los referentes de obra e interventoría, así como el alcance del proyecto. De los documentos analizados se pudo observar, que el contratista efectuó los talleres de socialización. Ello, permite establecer que, ante la ejecución de las actividades del componente social, se invirtió el anticipo, acorde, con los parámetros contractuales.

Entonces los recursos entregados para la realización de las tres (3) actividades contractuales, se destinaron para su ejecución, y, al estar plenamente establecido el cumplimiento de estas, se considera que si hubo inversión del anticipo y que -adicionalmente- no se ha probado "uso indebido" y apropiación indebida" por ello, debe objetarse la reclamación por el amparo de AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO".

Ahora bien, con respecto a la no amortización del anticipo, es importante mencionar, que el condicionado general es claro al precisar el alcance del amparo bajo los tres eventos ya explicados. Así, ni en el condicionado general, ni tampoco en el particular (póliza **AA010362**) se establece o se determina, que exista una cobertura que ampare la amortización del anticipo, como erradamente lo manifiesta Fiduararia S.A.

La delimitación de la aseguradora no se extiende, y por el contrario, se fijó única y exclusivamente cuando -bajo las directrices del artículo 1077 del Código de Comercio- se acredite uno(s) de las tres situaciones: "no inversión" "uso indebido" y apropiación indebida".

Ahora bien, se ha insistido por parte de FIDUAGRARIA, en el hecho que el anticipo no ha sido amortizado, al respecto es importante hacer algunas precisiones respecto de este concepto expuesto por los doctrinantes así:

"Amortizar" es "Redimir o extinguir el capital de un censo, préstamo u otra deuda (...)
Recuperar o compensar los fondos invertidos en alguna empresa..."³⁶ "pagar parte o el total de una deuda"³⁷, y por ello es que el Consejo de Estado ha dicho que "El anticipo pasará a ser parte del precio, en la medida en que se amortice siguiendo las cláusulas del contrato"(Consejo de estado, sala de Consulta y servicio Civil, Concepto de 30 de abril de 2008, radicado 1881 C.P. Enrique Arboleda)

"La amortización es distinta de otros riesgos, y consiste como ya se había venido adelantando, en la devolución paulatina del anticipo por parte del contratista al contratante con corte a la facturación, normalmente conviniéndose que de cada factura emitida por el contratista se haga un descuento porcentual, hasta tanto el anticipo sea totalmente devuelto

al contratante, es decir amortizado, entrando, ahí sí, a formar parte del precio pactado en el contrato.

*"En tales condiciones, como la amortización del anticipo está referida a la ejecución de un porcentaje de la obra en la misma proporción, a menos que el asegurador asuma de manera expresa tal riesgo dentro del amparo de anticipo, **la NO amortización, vale decir, la no restitución al asegurado de un porcentaje del anticipo igual al de obra equivalente, no es un riesgo asociado a la utilización del anticipo o su apropiación.**"*

"La amortización, al estar ordinariamente relacionada con el porcentaje de ejecución del contrato, usualmente implica que para que se entienda amortizado totalmente el anticipo deba también estar concluido el 100% del objeto contractual estipulado.

"Puede agregarse que un anticipo puede no haber sido amortizado, pero sí correctamente utilizado e invertido. Lo dicho, puesto que se trata como ya se adujo de riesgos distintos, en la medida en que la no amortización puede derivarse, por ejemplo, de un anticipo que sí tuvo la destinación que debía dársele conforme a las reglas contractuales, pero que por circunstancias imputables al contratista no se devolvió al contratante."

"De lo expuesto es razonable deducir que el amparo de anticipo no está destinado a garantizar la devolución de la parte no amortizada del anticipo, a menos que así se convenga, pues la amortización es un riesgo diverso, que a diferencia del uso o apropiación, consiste en un movimiento contable que debe tener en cuenta el contratista al momento de exigir al contratante los pagos correspondientes, descontado de dicho cobro el porcentaje de amortización previsto, pero que como quedó demostrado nada tiene que ver con la inversión o no del anticipo."

"Podría afirmarse no obstante que la no devolución del anticipo dejado de amortizar, como incumplimiento contractual, podría estar cubierta por el amparo de cumplimiento, aunque eso está sujeto a discusión, de manera que lo más recomendable es pactar que este riesgo se mencione expresamente dentro del amparo de anticipo."

"Reciente jurisprudencia en el distrito judicial de Bogotá ha adoptado la tesis de que la amortización es un riesgo distinto del uso, inversión y/o apropiación del anticipo, tanto en primera como en segunda instancia, sentando un importante precedente" en los siguientes términos:

"En el presente caso, haciendo un estudio de los diferentes medios de prueba obrantes en el proceso, tales como la prueba documental allegada con la demanda, puede verificarse con claridad, que la parte actora, no cumplió con la carga probatoria que le impone la ley (art. 177 C.P.C.), de acreditar que el contratista hizo un uso o apropiación indebida de los dineros que se le anticiparon para la ejecución del contrato, para que pudiera exigir por parte de CONSORCIO PUENTES ANTIOQUIA las obligaciones derivadas del contrato civil de obra No. 0002/004, así como reclamar de la demandada el pago del siniestro.

*"En efecto, claramente se puede establecer sin vacilación que el CONSORCIO PUENTES ANTIOQUIA utilizó el anticipo en los gastos relacionados directamente con la ejecución del contrato que suscribió con la demandante y que fue amparado mediante la póliza de seguros objeto del proceso, **pues la ausencia de amortización del anticipo no verificada por el contratista, no generaba incumplimiento por el buen manejo del anticipo, sino del contrato en general, ya que esta (sic) claro que el cubrimiento de la póliza por el buen manejo del anticipo era respecto del uso o apropiación indebida que el contratista hiciera de los dineros o bienes que se anticiparon para la ejecución del contrato, razón suficiente para no tener***

Una aseguradora cooperativa con sentido social

como presupuesto del incumplimiento el hecho de no haberse amortizado en su totalidad el anticipo." (Subraya y negrita fuera del texto)."

A su turno, El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil de Decisión. Sentencia de 9 de febrero de 2012. M.P. Liana A. Lizarazo V. Exp.: 19 2007 00619 01: expuso:

"Puestas así las cosas, y estando delimitado que el riesgo materia de debate atañe al denominado "buen manejo del anticipo" pasa la Sala a estudiar si se configuró o no el asunto en el sub lite.(...)"

" Por otro lado, la amortización del anticipo (...) es la imputación posterior que de esos dineros hace el contratista a título de pago en facturaciones ulteriores de la obra o labor que vaya recibiendo, lo que dista del concepto de buen manejo e inversión del anticipo, en tanto que este (sic) implica simplemente el uso de los recursos en el objeto contractual normalmente agotados por el buen inicio e impulso de la construcción, al margen de que en el transcurso de la ejecución del contrato ese rubro se vaya imputando porcentualmente como parte del pago al contratista.

En efecto, según el diccionario de la lengua española la acepción amortización es: "1. f. Acción y efecto de amortizar", mientras que el significado de amortizarla (sic) define el mismo texto como "1. tr. Redimir o extinguir el capital de un censo, préstamo u otra deuda. U. t. c. prnl.; 2. tr. Recuperar o compensar los fondos invertidos en alguna empresa. U. t. c. prnl."

Quiere decir lo anterior que los dineros entregados por Fiduciaria de Occidente S.A. al Consorcio Puentes Antioquia, a título de anticipo, debían ser redimidos o recuperados al momento en que se le entregara a aquella la construcción contratada, representando el valor de dicho anticipo, en parámetros porcentuales, en los avances de obra que la contratante fuera recibiendo. (...)"

Así las cosas, **le correspondía a la demandante demostrar la ocurrencia del siniestro, no bajo el supuesto de que el anticipo no fue amortizado en su totalidad como ampliamente se precisó en párrafos precedentes, sino simplemente en el entendido de que los dineros efectivamente entregados al constructor no fueron invertidos en la obra o se los apropió indebidamente (...)" (Subraya y negrita fuera del texto).**

En ese orden de ideas, tenemos que en el caso que nos ocupa, no se acreditó por parte de FIDUAGRARIA que la contratista haya hecho uso indebido, apropiación o destinación diferente, y por el contrario, la actas, allegadas permiten acreditar que los recursos entregados a título de anticipo se invirtieron en debida forma, así estos no hayan sido amortizados.

Bajo las consideraciones desarrolladas, nos permitimos objetar la reclamación correspondiente al AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO". Con relación al contrato 090-2018 suscrito con Consorcio Éxito.

Atentamente,

COORDINACIÓN INDEMNIZACIONES CUMPLIMIENTO Y RC

Gerencia Nacional de Indemnizaciones

La Equidad Seguros O.C.

Proyecto: Galegal Abogado externo

REVISÓ: IO – Analista de Indemnizaciones

APROBÓ: Coord Indemnizaciones RC Cumplimiento.

Una aseguradora cooperativa con sentido social