

Bogotá D.C., 29 de junio 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-18844 – Respuesta a Reconsideración
Póliza AA010418
Caso 138801 stro 10256607
Asegurado FIDUAGRARIA VOCERA - PATRIMONIO AUTONOMO VISR.
Reclamación Contrato 076-2018
CONSORCIO EXITO.**

Respetados Doctores:

De manera atenta, nos dirigimos a ustedes con el fin de dar respuesta a su Oficio VNO-VISR-18841, mediante la cual solicita una reconsideración, acorde con los puntos subsiguientes:

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

La aseguradora fundamento la objeción en la falta de soporte que acredite la cuantía según lo dispone el artículo 1077 del Código de Comercio; a lo que responde FIDUAGRARIA en su reconsideración:

“Sobre esto, es conveniente mencionar que, Fiduagraria S.A. mediante VNOS 14537 y 17847, no solamente presentó una leve mención numérica, como lo asevera la compañía aseguradora en su comunicación, máxime cuando, en los mencionados oficios se relacionaron los hechos, circunstancias y se aportaron los documentos que deja en evidencia el incumplimiento atribuible a su garantizado.

“Así entonces, respecto a la cuantía del siniestro, que no es otra que el perjuicio sufrido por FIDUAGRARIA S.A. como consecuencia del incumplimiento del contratista en sus obligaciones respecto del anticipo entregado, es inequívoco que este, corresponde al valor del anticipo no amortizado y, al no haber ejecución del objeto contractual, este valor es igual al monto de los dineros que por este concepto se encuentra debidamente demostrado, los cuales fueron entregados por FIDUAGRARIA S.A. al contratista, tal como se acreditó con el escrito de reclamación, siendo la prueba de ello, la certificación del estado financiero del contrato, expedido por el Subgerente Administrativo de la UG VISR aportad”

No obstante, no hay claridad ni certeza en cuanto al monto no invertido o manejado en forma irregular, pues, nótese que la cobertura otorgada no es la de amortización, sino la de “Buen Manejo y Correcta Inversión del Anticipo” cuyo texto es:

Una aseguradora cooperativa con sentido social

"Este amparo cubre a la entidad CONTRATANTE ASEGURADA, contra el daño emergente sufrido con ocasión del uso o apropiación indebida que el CONTRATISTA GARANTIZADO haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado a título de anticipo. Se entenderá que **habrá uso o apropiación indebida cuando los dineros no han sido invertidos o utilizados en la ejecución del contrato.**

Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, estos deberán tasarse en dinero en el contrato. Este amparo no se extiende a cubrir el uso de los dineros entregados como pago anticipado al CONTRATISTA GARANTIZADO.

Esta cobertura sólo opera para anticipos entregados al CONTRATISTA GARANTIZADO a través de cheques, patrimonios autónomos, transferencias, consignaciones bancarias o electrónicas de dinero, cualquier otra modalidad deberá aceptada expresamente por LA EQUIDAD".

En la solicitud de reconsideración no se ha demostrado por parte de Fiduciaria que el contratista haya hecho **uso o apropiación indebida cuando los dineros no han sido invertidos o utilizados en la ejecución del contrato.** Tampoco se determinó cual es la cuantía del mal uso, de la apropiación indebida o la no inversión del anticipo, conforme lo dispone el citado artículo 1077 del C. de Co., y no ha sido cuantificado.

(ii) **Amparo de Anticipo.**

Fundamentamos la reconsideración en el hecho que en no se observa exclusión de la cláusula décima del contrato, literal A, numeral 1 del contrato garantizado. Al respecto es importante recordar en primer término que, la responsabilidad de las aseguradoras ha de limitarse objetivamente, pues tal como lo ha expresado el profesor Antigono Donati en su obra "Los Seguros Privados".

"Un contrato de seguros no puede cubrir todos los riesgos que recaen sobre la esfera económica de una persona, sino solamente sobre uno o más riesgos determinados. De ahí, la necesidad de fijar los elementos para la individualización del riesgo que se requiera asegurar, es decir, la naturaleza del evento y el interés sobre el cual recae, esto es, cualquiera que sea la causa, en cualquiera parte y en cualquiera tiempo que ocurra, luego es así mismo necesario proceder a la delimitación, - mas menos estricta, - causal, temporal y espacial.." En igual sentido se ha expresado el Profesor J Efrén Ossa en su obra "Teoría General del Seguro. Al afirmar: "Ni técnica ni jurídicamente el asegurador puede obligarse a responder, in genere, de todas las pérdidas que eventualmente sufra el asegurado sea cual fuere su origen, sea cual fuere el objeto sobre el que recaiga, el lugar donde se produzca o el momento en que sobrevenga...Así concebido, el seguro carece de viabilidad técnica, legal, comercial y financiera. Por eso se hace necesario la individualización del riesgo."

Desde este punto de vista, el riesgo amparado debe ser plenamente individualizado en las condiciones generales, especiales y particulares de la póliza y es en los términos, el objeto de la cobertura de buen manejo y correcta inversión de anticipo está delimitada a lo establecido en la condición general y contrario a lo expresado por FIDUAGRARIA en la solicitud de Reconsideración, al manifestar que no hay exclusión expresa en cuanto al tema de amortización.

Una aseguradora cooperativa con sentido social

Se debe manifestar, que no se requiere exclusión expresa de la amortización de anticipo, sino por el contrario, se requería que en la póliza se expresara de manera clara y cierta que se otorgaba un amparo adicional consiste en la no amortización de anticipo, lo cual no se dio.

No puede pasarse por alto que la póliza fue aceptada en las condiciones expedidas por LA EQUIDAD SEGUROS O.C., sin que la entidad solicitara a la aseguradora una cobertura adicional por la “no amortización de anticipo”. En tal virtud, dado que no hubo modificación en cuanto al objeto de cobertura del amparo de anticipo que hubiera otorgado una cobertura adicional de “no amortización de anticipo” se debe ratificar la objeción, con fundamento en las condiciones generales de la póliza y en lo establecido en el artículo 1056 del C de Co.

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 que debemos reiterar las siguientes precisiones:

“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 Tribunal Superior del 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 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 amortizar la (sic) define

Una aseguradora cooperativa con sentido social

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 aquélla 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).

Toda vez que no hubo un acto de la aseguradora en el cual manifestara de manera expresa que otorgaba una cobertura adicional referente a la no amortización del anticipo, ni tampoco hubo pago de prima por tal razón, habrá lugar a ratificar la objeción.

En los anteriores términos damos respuesta a la solicitud de reconsideración, nos permitimos reiterar la objeción a la reclamación correspondiente al "AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO" dentro del contrato 076-2018 celebrado con el CONSORCIO EXITO.

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.