

Señores

FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA -PA FFIE

amartinez@ffie.com.co

controversiascontractuales@ffie.com.co

REFERENCIA: PROCESO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL
CONTRATO: CONTRATO DE OBRA No. 1380-1517-2022
CONTRATISTA: CONSORCIO M&E CANAAN FFIE
ASEGURADO: ALIANZA FIDUCIARIA S.A.
GARANTE: HDI SEGUROS S.A.

ASUNTO: Descargos frente a la comunicación No. FIE2023EE013394 del 29 de agosto de 2023, a través de la cual se dio inicio al procedimiento de incumplimiento contractual (PIC) del Contrato de Obra 1380-1517-2022

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de Representante Legal de la sociedad **G. HERRERA & ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S.**, identificada con Nit. 900701533-7, quien a su vez obra como apoderada especial de **HDI SEGUROS S.A.**, conforme al poder adjunto al presente escrito, de manera respetuosa manifiesto que procedo a presentar **DESCARGOS** frente a la comunicación FIE2023EE013394 del 29 de agosto de 2023, a través de la cual se dio inicio al procedimiento de incumplimiento contractual (PIC) del Contrato de Obra 1380-1517-2022, en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD

En primera medida, cabe aclarar que el presente escrito se presenta dentro del término de traslado previsto en la comunicación FIE2023EE013394 del 29 de agosto de 2023, en la cual se contempla un término de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la recepción de la comunicación, para la presentación de los respectivos descargos y/o argumentos de defensa. Teniendo en cuenta lo anterior, como la comunicación fue recibida por mi representada el día 31 de agosto de 2023, el plazo concedido se extendería hasta el 7 de septiembre de 2023, encontrándonos dentro de la oportunidad correspondiente para presentar descargos.

II. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

- **FALTA DE COMPETENCIA DE ALIANZA FIDUCIARIA S.A., COMO VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA**

EDUCATIVA – PA FFIE. PARA INICIAR UN PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL

Es clara la falta de competencia del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE para iniciar un procedimiento sancionatorio contractual, pues la naturaleza privada de dicha entidad permite concluir que no le está dado arrogarse facultades o potestades exorbitantes propias y exclusivas de las entidades públicas sometidas al EGCP, tal y como lo sería la imposición de la cláusula penal y declaratoria de incumplimiento.

Sobre este aspecto, es importante destacar que conforme a lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1433 de 2020, el Fondo de Financiamiento de la Estructura Educativa - FFIE es una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional **sin personería jurídica**, lo cual implica que no tiene capacidad para suscribir contratos y, en general, para contraer obligaciones, considerando que es una herramienta financiera para separar los recursos destinados a la financiación de la infraestructura educativa.

Ahora bien, el numeral 2 del artículo 2.3.9.1.3. del Decreto 1075 de 2015, sustituido por el artículo 2 del Decreto 1433 de 2020, prevé que los recursos del fondo pueden ser manejados directamente por el Ministerio de Educación Nacional, caso en el cual los contratos suscritos se regirán por el régimen de contratación pública, o por una fiducia mercantil que genere la constitución de Patrimonios Autónomos, **caso en el cual “se regirán por las normas de contratación del derecho privado, respetando los principios de buena fe, moralidad, transparencia, economía, celeridad, eficacia, publicidad y responsabilidad”**.

Esto es concordante con la introducción del mentado contrato que indica: “(...) *hemos convenido celebrar el presente CONTRATO DE OBRA (en adelante “el Contrato”), que se regirá en general por las normas civiles y comerciales colombianas (...)*”.

Bajo esta línea argumentativa, considerando que el contratante en el marco del Contrato de Obra No. 1380-1517-2022, y el asegurado de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006290 expedida por HDI SEGUROS S.A., es ALIANZA FIDUCUARIA S.A., como representante legal del CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA, quien actúa única y exclusivamente como vocera del patrimonio autónomo del Fondo de Infraestructura Educativa – FFIE, resuelta evidente que los recursos son manejados mediante la suscripción de un contrato de fiducia mercantil y la constitución de un patrimonio autónomo, por consiguiente, es aplicable el segundo supuesto de la norma anteriormente citada y el contrato de obra se rige por las normas de contratación del derecho privado, aún más si se considera que en el cuerpo del contrato se estipuló que el mismo se regía por las normas civiles y comerciales colombianas, tal y como se expuso anteriormente.

Esto significa que la relación contractual entre las partes se rige por los principios del derecho

privado, entre ellos, la autonomía de la voluntad y la igualdad de los co-contratantes, de modo que a los particulares les estaría vedada la posibilidad de ejercer potestades unilaterales o exorbitantes que son propias de las entidades públicas. Así lo ha considerado unívocamente el Consejo de Estado al prohibir pactar cláusulas exorbitantes en contratos regidos por el derecho privado como la caducidad, imposición de multas, liquidación unilateral, entre otras.

Aun cuando en los contratos regidos por derecho privado impera la autonomía de la voluntad, ello de ninguna manera puede vulnerar normas imperativas o implicar un ejercicio abusivo del derecho, como lo que pretende el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE con el inicio del presente procedimiento. De tal manera, no se está pretendiendo desconocer la autonomía de la voluntad que rige las relaciones civiles y comerciales de los particulares, sino que se destaca que esta debe ir en concordancia con principios generales del derecho como la igualdad de las partes y, es justamente por esta razón, que el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha desprovisto de las facultades excepcionales a los particulares y a las entidades públicas con régimen privado de contratación.

En esta medida y respecto a la imposición de multas, el Consejo de Estado ha dicho:

“Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser Juez y parte a la vez en dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al Juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa.

(...)

*Quiere decir que en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, **las partes actúan en una relación de igualdad**, no obstante que estos negocios jurídicos detentan la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, **ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual**”¹.*

Bajo este entendido, para esta Corporación no es posible la imposición unilateral de multas o la declaración directa de incumplimiento en contratos regidos por derecho privado, comoquiera que

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 24639 del 23 de septiembre de 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

en ellos impera una relación de igualdad entre las partes y no puede una de ellas ejercer una atribución o poder unilateral sobre la otra sin estar habilitada legalmente para ello. Tan es así que las cláusulas exorbitantes de las que están investidas las entidades públicas regidas por el EGCP también se han denominado “*cláusulas excepcionales al derecho común*”, lo que a simple vista permite concluir que están excluidas en las relaciones entre particulares, gobernadas por el derecho privado.

Tal razonamiento del Consejo de Estado se fundamenta en que las prerrogativas de las entidades públicas son ejercidas mediante actos unilaterales y, precisamente, si dichos actos se expiden en el marco de relaciones entre particulares, se vulneraría el principio de igualdad y conmutatividad de las partes, lo que conlleva a que su pacto sea abiertamente ilegal. Así lo consideró el Alto Tribunal en pronunciamiento posterior, así:

“Al respecto, se reitera que esas estipulaciones son ilegales, en la medida en que atribuye a la entidad la potestad de expedir actos administrativos de terminación unilateral del contrato, cuando de un lado, sólo la ley puede otorgar las competencias a las autoridades estatales que les permiten actuar de una determinada manera y de otro lado, tal y como ya se explicó, se trata de un negocio jurídico de derecho privado, en virtud del cual esto no es posible, por cuanto el acto administrativo hace presumir su legalidad e invierte la carga de la prueba, lo que a su vez desequilibra la relación contractual y atenta contra el principio de igualdad de las partes que informa los contratos que se someten al régimen privado”².

Es importante aclarar que las decisiones antes mencionadas no son una posición aislada e inusual del Consejo de Estado. Por el contrario, han sido reiterativas las sentencias en tal sentido por parte de la Sección Tercera, de las que cabe resaltar: Sentencia de 28 de septiembre de 2011, exp. 15.476, Sentencia del 29 de marzo de 2012, exp. 20.397, Sentencia del 24 de octubre de 2013, exp. 24.697 y Sentencia de 12 de octubre de 2017, exp. 37.322, entre otras.

Entonces, aun cuando en los contratos entre particulares rige la autonomía de la voluntad, no es menos cierto que dicha autonomía está limitada por imperativos legales como la igualdad entre las partes, de modo que no es posible que en una relación contractual en plano de igualdad, una de ellas pretenda imponer a la otra una multa o un incumplimiento, por cuanto ello implicaría un desequilibrio y vulneraría principios propios del derecho privado, por tal razón, las cláusulas exorbitantes no pueden pactarse, ni ejercerse en un contrato de derecho privado.

Esta conclusión se hace evidente en lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual establece con claridad que: “**las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del**

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 27385 del 9 de julio de 2015, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

mismo, **imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal**”, es decir, únicamente aquellas entidades sometidas al EGCP pueden ejercer la prerrogativa exorbitante allí contemplada, excluyendo implícitamente a las entidades públicas cuyo régimen de contratación es de derecho privado y quienes se encuentran en un plano de igualdad con los particulares, por lo que no pueden ejercer facultades unilaterales en sus relaciones. Mucho menos podría contemplarse en una relación entre particulares, en donde es más clara la igualdad entre los co-contratantes.

En tal medida, es evidente que en las relaciones contractuales regidas por el derecho privado no es posible pactar, ni ejercer potestades exorbitantes exclusivas de la administración, bajo este entendido, el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE no puede iniciar el procedimiento de incumplimiento contractual, imponer multas o declarar directamente el incumplimiento, siendo esta una facultad exclusiva de las entidades públicas, aun cuando se hubiese pactado dentro del contrato, de modo tal que de continuar con el procedimiento existiría una evidente falta de competencia que vulneraría el debido proceso de mi representada y generaría una nulidad de todas las actuaciones que surjan en el procedimiento.

En concordancia, si el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE pretende hacer efectiva la cláusula penal prevista en el contrato o que se declare el incumplimiento del mismo, su única alternativa es acudir a un juez para que este sea quien determine la procedencia o no de sus pretensiones, pues -se reitera- no está investida de prerrogativas exorbitantes que le permitan declarar directamente el incumplimiento o hacer exigible la cláusula penal, aun habiéndose pactado contractualmente el procedimiento de incumplimiento.

De tal manera, lo que se cuestiona no es la cláusula penal pactada previamente, dado que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, a las partes les es dable pactar este tipo de cláusulas, sin embargo, no puede hacerlas exigibles unilateralmente como las entidades públicas y frente a un eventual incumplimiento, debe acudir necesariamente al juez ordinario.

- **INEXISTENCIA DE FACULTAD LEGAL PARA INICIAR UN PROCEDIMIENTO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL**

Ahora bien, no solo existe una evidente falta de competencia por encontrarse excluidas las potestades exorbitantes y unilaterales en el derecho común, sino que tampoco está previsto dentro del Decreto 1433 de 2020 que el Comité Fiduciario, la Junta Administradora del Fondo u otra autoridad inicien procedimientos sancionatorios contractuales, ni que estén investidas de prerrogativas para su ejercicio, por lo tanto, no le asiste competencia al Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE, a través de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., el inicio del procedimiento de la referencia, hacer efectiva la cláusula penal del contrato o declarar el incumplimiento.

De acuerdo con la jurisprudencia que se viene referenciando, las competencias y/o facultades provienen de la ley, más no de pacto contractual, por lo que a pesar de haberse establecido contractualmente un procedimiento de incumplimiento contractual – PIC -, debe existir una norma que faculte al FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE para que inicie este tipo de procedimientos, sin embargo, no existe disposición normativa dentro del Decreto 1433 de 2020 o cualquier otra norma que le arroge competencia a los órganos del FFIE para declarar directamente el incumplimiento o hacer exigible la cláusula penal, lo cual es concordante con el razonamiento antes expuesto, dado que como el contrato está regido por el derecho privado, no es viable ejercer potestades exorbitantes o actos unilaterales que sólo pueden ser expedidos por entidades estatales que tengan la competencia para hacerlo.

De tal manera lo ha reconocido el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“(…) la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista”³.

Asimismo, se adujo:

*“Significa lo anterior que si en un contrato estatal celebrado antes de la vigencia de esa ley se estipularon multas por incumplimiento del contratista y a favor de la Administración, ese pacto es plenamente válido; igualmente, las multas así pactadas podrán ser impuestas y hacerse efectivas unilateralmente por la entidad estatal contratante; iv) **La competencia para la imposición unilateral de multas es una potestad pública que está sometida al principio de legalidad y el procedimiento para decretar dicha imposición tiene reserva de ley, por lo que de la autonomía de la voluntad está sustraída la facultad de regular tales situaciones**”⁴.*

Como se observa, el alto tribunal ha sido claro en establecer que la imposición unilateral de multas es una facultad que deviene de la ley, más de pacto convencional, por lo que para su ejercicio es estrictamente necesario que exista una potestad prevista en la norma. Al respecto, queda claro que el FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA, a través de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., no cuenta con competencia para expedir actos administrativos, al ser esta última una entidad de naturaleza privada, cuyas relaciones contractuales están regidas por el derecho privado, a luces del numeral 2 del artículo 2.3.9.1.3. del Decreto 1075 de 2015, por lo cual no le es dable iniciar un proceso sancionatorio administrativo contractual.

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 29165 del 12 de noviembre de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 2157 del 10 de octubre de 2013, C.P. Álvaro Namen Vargas.

En consecuencia, el acto administrativo mediante el cual se inició el procedimiento de incumplimiento contractual con ocasión al Contrato de Obra No. 1380-1517-2022 es un acto expedido sin competencia, que carece de las formalidades legales propias de los actos administrativos y, por lo anterior, está viciado de nulidad.

Sobre este punto, es importante recordar que los actos administrativos tienen presupuestos de existencia, validez y eficacia. En este caso, la autoridad competente se encuentra dentro de los presupuestos de validez, por lo que al momento de la expedición de un acto administrativo, debe haber una norma que fundamente la competencia de la autoridad que lo expidió, so pena de nulidad.

Resulta pertinente poner de manifiesto que la competencia se ha definido como: “(...) **la facultad o poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinada función. Esta facultad es dada por la ley y es un requisito de orden público, es decir, que es de estricto cumplimiento, de manera que si no existe, el acto nace, pero viciado de ilegalidad. La competencia la determinan tres elementos diferentes: el elemento material, el elemento territorial y el elemento temporal**”⁵.

Así las cosas, como se indicó con antelación, la competencia es una facultad otorgada por la ley y un requisito de validez de los actos administrativos, la cual se divide en competencia material, territorial y temporal. Para el caso concreto, se aduce que el FFIE, a través de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., carece de competencia material, al no existir una ley que le permita ejercer la potestad exorbitante de iniciar un procedimiento sancionatorio contractual e imponer una cláusula penal unilateralmente.

Como corolario de lo anterior, se advierte desde ya que el acto que expediría el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE, a través de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., mediante el cual se decida sobre la cláusula penal y/o el presunto incumplimiento contractual no podría generar una actuación distinta a un acto administrativo, bajo el entendido que este último corresponde a la materialización del ejercicio de una potestad unilateral de la administración, por lo que estaría viciado de nulidad, tal y como lo establece el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“En ese orden de ideas, dado que la competencia permite que las decisiones de la administración se encuentren revestidas de legalidad, el acto administrativo estará viciado de nulidad en aquellos casos en que se profiere por un sujeto que carece de capacidad jurídica para actuar, esto es, sin una competencia atribuida por el ordenamiento. Es por ello que el artículo 137 del CPACA consagra la falta de este requisito como uno de los vicios invalidantes de los actos administrativos, al

⁵ Libardo Rodríguez R, Derecho Administrativo General y Colombiano, Décimo Novena Edición (Pág. 408-419).

señalar que toda persona podrá solicitar que se anulen aquellos que «[...] hayan sido expedidos [...] sin competencia»

Como puede observarse, la falta de competencia es un vicio externo al acto administrativo debido a que no se afina en el contenido de este, en su motivación o finalidad, sino en el sujeto que lo expide pues lo que se advierte en tales casos, es que el derecho positivo no consagra una facultad general que le permita actuar al Estado, en abstracto, como autoridad normativa, porque se requiere de una concreción de la competencia en una o varias autoridades administrativas⁷⁶.

Conforme con las apreciaciones realizadas, no cabe duda de que un acto administrativo está investido de la legalidad y validez para producir efectos ante terceros solo cuando cumpla con los requisitos exigidos, dentro de los que se encuentra proferirse por autoridad competente, por lo que en su ausencia derivaría en ilegal. Situación que, sin lugar a duda, fue omitida por parte del Fondo de Financiamiento para la Infraestructura Educativa– FFIE, bajo el entendido que no corresponde a sus funciones, ni a sus competencias legales iniciar y tramitar procesos sancionatorios contractuales, menos aun si -como en el caso- el régimen de contratación es privado y las partes se encuentran en condiciones de igualdad.

Para el caso en concreto, tal y como se expuso anticipadamente, el Contrato de Obra No. 1380-1517-2022 suscrito entre el Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - FFIE y el CONSORCIO INGRAESTRUCTURA ARCO fue celebrado en el marco de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 2.3.9.1.3. del Decreto 1075 de 2015, esto es, mediante la constitución de un Patrimonio Autónomo regido por las normas de contratación del derecho privado, lo que torna inaplicables las prerrogativas exorbitantes de que están investidas las entidades sometidas al EGCP, como la imposición de multas y declaratoria de incumplimiento. Asimismo, tampoco existe norma que prevea la competencia de la vocera del Patrimonio Autónomo, el Comité Fiduciario del PA FFIE o la Junta Administradora del Fondo Cuenta FFIE para iniciar este tipo de procedimientos.

Pese a lo anterior, mediante comunicación del día 16 de agosto de 2023, el FFIE informó sobre el inicio de un proceso de incumplimiento contractual en contra del contratista y mi representada, argumentando un supuesto incumplimiento en las obligaciones del contrato previstas en los numerales 2,4,5,7, 8 y 18 de la cláusula séptima, estipulando como posible consecuencia, la aplicación de la cláusula penal.

Ahora bien, aun cuando en el contrato se pactó una cláusula en la que se contempla la posibilidad de iniciar procedimientos de incumplimiento contractual -PIC-, tal estipulación es abiertamente ilegal e ineficaz, toda vez que en los contratos regidos por normas de derecho privado no están previstas

⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Rad. 0098-17 del 02 de julio de 2020, C.P. William Hernández Gómez.

prerrogativas unilaterales propias de las entidades públicas y, en todo caso, la facultad sólo puede otorgarse por ley y no mediante pacto contractual.

Por lo expuesto, resulta improcedente que el Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE, mediante su vocero y administrador, de inicio a un proceso administrativo sancionatorio contractual en contra de CONSORCIO INFRAESTRUCTURA ARCO y HDI SEGUROS S.A, con el fin de imponer la cláusula penal, comoquiera que carece de la facultad otorgada por ley para ello y bajo los principios y normas del derecho privado, le es imposible ejercer de manera unilateral poderes exorbitantes que sólo le corresponden a las entidades públicas regidas por el EGCP.

III. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS QUE DESVIRTÚAN EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONSORCIO M&E CANAAN FFIE

2.1. LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS CON RELACIÓN AL AVANCE DE OBRA NO SON IMPUTABLES AL CONTRATISTA. SINO A LA FALTA DE PLANEACIÓN DE LA ENTIDAD CONTRATANTE

En primer lugar, cabe resaltar que la compañía aseguradora desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ha venido desarrollando el Contrato de Obra No. 1380-1517-2022, comoquiera que no hace parte del mismo. Por lo anterior, desde ahora advierto que coadyuvo los argumentos y explicaciones esgrimidas por el contratista en sus respectivos descargos.

Por otro lado, del informe de interventoría se logra evidenciar que los presuntos incumplimientos con relación al avance de obra no son atribuibles al contratista, sino a diferentes circunstancias de tiempo, modo y lugar ajenas a aquel que han impedido la continuación normal de las actividades contractuales, tanto así que tan sólo un (1) mes después de suscrita el acta de inicio, se evidenciaron situaciones que dieron a lugar a una suspensión y múltiples prórrogas a la misma.

Así las cosas, cabe recordar que mediante acta de suspensión No. 01 del 14 de junio de 2022 se decidió suspender el Contrato de Obra No. 1380-1517-2022 por el término de veintiún (21) días, por las siguientes razones: *“(…) teniendo en cuenta que no se ha podido concertar el alcance económico de obra para la fase 2, esta concertación requiere de un tiempo suficiente para llevar a cabo la revisión detallada del informe de diagnóstico, presupuesto y cronograma, presentada por este consorcio a la Interventoría y así mismo contar con la aprobación requerida por el FFIE para adelantar la gestión de ampliación en tiempo y valor del contrato No. 1370-1517-2022”.*

Dicha suspensión se prorrogó en una primera ocasión el día 5 de julio de 2022, por las siguientes razones: *“(…) en virtud de subsanar las observaciones para los cuales surgieron ajustes al presupuesto según lineamientos tratados en mesa de trabajo del día 23 de junio de 2022 entre*

interventoría, contratista y FFIE, y teniendo en cuenta que no se ha podido concertar el alcance económico de obra para la fase 2 presentado por este consorcio a la interventoría y contar con la aprobación requerida por el FFIE (...)."

Como se observa, el plazo contractual fue objeto de modificación en una segunda oportunidad, atendiendo a que no se había logrado un acuerdo respecto al alcance económico de la obra, lo que lleva a inferir que desde un primer momento se evidenciaron falencias en la planeación financiera y presupuestal del contrato, las cuales debieron haberse previsto en la etapa precontractual por la entidad contratante, siendo esto la causa del retraso en las obras. Así las cosas, es claro que las demoras en la ejecución de las obras son imputables única y exclusivamente a la entidad contratante al no planear en debida forma el contrato, ni prever la totalidad de los costos de la obra.

Nuevamente, mediante acta de prórroga No. 2 a la suspensión No. 1 del contrato de obra, se decidió nuevamente modificar el plazo contractual, considerando que: *"(...) en virtud de surtir la etapa de revisión de las cantidades de obra, cuyo objeto es definir el presupuesto para la fase de ejecución del presente contrato, teniendo en cuenta que no se ha podido concertar el alcance económico de obra presentado por este consorcio a la Interventoría, el cual debe contar con la aprobación requerida por el FFIE (...)."*

Vemos entonces que en una tercera ocasión se prorrogó el plazo contractual como consecuencia de deficiencias presupuestales, las cuales sólo pueden ser imputables a la entidad contratante, siendo esta quien tiene el deber de planear presupuestalmente el contrato.

Por último, el 1 de agosto de 2022 se suscribió una última prórroga a la suspensión No. 01 por motivo de: *"(...) conforme al avance de revisión parcial obtenido para el presupuesto de obra para esta institución educativa, (...) esto debido a que los componentes para las redes eléctricas y redes hidrosanitarias, lluvias y red contra incendio se necesita actualizar los diseños según los siguientes aspectos, para lo cual se ha solicitado avalar los costos correspondientes a estos diseños y de esta manera determinar su alcance económico para los trabajos que se adelantarán para la mencionada institución".* En este sentido, es palmario que los atrasos en el avance de obra sólo pueden imputarse a falencias en la planeación del contrato, pues la suspensión y sus prórrogas compartieron los mismos fundamentos técnicos referentes al alcance económico del contrato y deficiencias presupuestales, por lo que de manera alguna podría imputarse incumplimientos al contratista, si se considera que a penas un (1) mes después de iniciado al contrato, este se suspendió por no contar con el suficiente presupuesto para su ejecución.

De otra parte, dentro del expediente contractual se encuentra el Otrosí No. 02 al Contrato de Obra No. 1380-1517-2022, el cual tuvo como objeto modificar el valor y el plazo de ejecución del contrato, en consideración a que existían mayores cantidades de obra a ejecutar como resultado

de la etapa de ajuste a diseños realizada por el contratista y el balance para la ejecución de obra, así:

IE ANTONIO REYES UMAÑA SEDE PRINCIPAL Contrato de obra No.1380-1517-2022			
DESCRIPCIÓN	Valor actual del contrato de obra.	Valor actual del contrato de obra + Adición requerida	ADICIÓN REQUERIDA
PRESUPUESTO OBRA (Mayores cantidades y items no previstos)	\$ 1.987.527.434	\$ 3.204.124.147	\$ 928.543.954
ICI		\$ -	\$ -
PAPSO		\$ -	\$ -
RECONOCIMIENTO VALOR DEL ACERO	\$ 196.490.703		
INDEXACIÓN	\$ 68.713.490	\$ -	
OBRAS COMPLEMENTARIAS	\$ 34.848.566		-
MEJORAMIENTO			\$ -
TOTALES	\$ 2.275.589.193	\$ 3.204.124.147	\$ 928.543.954
VALOR ADICIÓN			\$ 928.543.954

Así pues, resulta de gran relevancia considerar que todas las modificaciones al plazo contractual fueron consecuencia de deficiencias presupuestales, las cuales debieron anticiparse en la etapa de planeación, de modo tal que los presuntos incumplimientos que hoy nos convocan son imputables única y exclusivamente a la entidad contratante al no prever la totalidad de los costos económicos derivados de la ejecución de la obra.

Al respecto, debe recordarse que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 establece que las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación Pública deben aplicar los principios generales de la actividad contractual, así: *“las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”*.

Como vemos, el deber de planeación está inmerso en todos los contratos del Estado, cualquiera sea su régimen de contratación. Así lo ha considerado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad.

La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado”⁷.

Entonces, no cabe duda de que el principio de planeación debe aplicarse en cualquier contrato celebrado por las entidades estatales sin importar su régimen de contratación, lo que implica un adecuado diseño y estructuración de la necesidad que busca ser suplida; **una cuantificación de los costos, valores y alternativas de los productos o servicios a contratar**; la disponibilidad de recursos y demás elementos que envuelven la correcta ejecución del contrato, en aras de propender por el interés general. Por tal razón, es un principio transversal a los regímenes de contratación estatal y tiene como objetivo evitar la improvisación de las entidades oficiales, así como garantizar los fines de los negocios estatales.

Así las cosas, es un deber de toda entidad pública o privada que administre recursos públicos, planear en debida forma las contrataciones a realizar, incluyendo la cuantificación de los costos, valores y alternativas de los servicios a contratar. Sin embargo, en el presente asunto, se evidencia una total falta de planeación por parte del FFIE, lo que se torna palmario al constatar que la totalidad de modificaciones al plazo contractual fueron consecuencia de deficiencias presupuestales y ausencia de acuerdos respecto al alcance económico del contrato.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 27315 del 24 de abril de 2013, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Bajo esta óptica, los presuntos incumplimientos relacionados con el avance de obra y el plazo contractual deben ser imputados única y exclusivamente a la entidad contratante, por lo que al ser ajenas al contratista, es imposible la imposición de la cláusula penal por el devenir de situaciones que no son de su responsabilidad y por las cuales se presentaron los atrasos en las obras.

3.2. LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS CON RELACIÓN A LOS RETRASOS EN LAS OBRAS NO SON IMPUTABLES AL CONTRATISTA, SINO A SITUACIONES IMPREVISIBLES E IRRESISTIBLES

Durante la ejecución contractual se presentaron situaciones imprevisibles e irresistibles al contratista que impidieron el cumplimiento del cronograma inicialmente previsto, de modo tal que de encontrarse acreditado un incumplimiento, este no puede ser imputable al contratista. Así pues, tanto del expediente contractual como del informe de interventoría se evidencian situaciones ajenas al contratista que impidieron la ejecución normal del contrato, tales como circunstancias de orden público, lluvias, retrasos en el pago de seguridad social por parte de aliados estratégicos, entre otras, las cuales no pueden imputarse al contratista.

En primera medida cabe resaltar que, mediante Otrosí No. 01 al Contrato de Obra No. 1380-1517-2022, se modificó el plazo contractual, en consideración a que se presentaron situaciones como la temporada de lluvias y circunstancias de orden público que impactaron la ejecución normal del proyecto, tal y como se constata del segundo considerando del acta modificatoria, así:

2. Que el Contratista de Obra a través de oficio **CMCF-FFIE-IEARU-118-2022** del 26 de enero de 2023, presentó solicitud de prórroga del Contrato de Obra por un término de 1 mes y 29 días calendario para la culminación de las actividades de obra, sustentado en las afectaciones ocasionadas por situaciones que impactaron la ejecución normal del proyecto, tales como:

1. Ajustes a diseños: 45 días
2. Temporada de Lluvias: 12 días
3. Orden Público: 2 días



Por otro lado, en el informe de interventoría se evidencia que para los meses de mayo y junio de 2023, los aliados estratégicos (esto es, terceros ajenos al contratista) incumplieron el pago de sus planillas de seguridad social, lo que obligó a la suspensión de actividades que afectó directamente el cronograma y plazos pactados en el contrato. De tal manera, también se presentó esta situación que fue totalmente ajena a la voluntad del contratista y que afectó el cumplimiento del plazo contractual.

Igualmente, en el acta de reunión del 23 de mayo de 2023 quedó plasmado que en este mes se presentaron múltiples renunciaciones por parte del personal y, a su vez, que el contratista se encontraba en la búsqueda de personal operativo, lo cual no había sido fácil. Como se observa, nuevamente se presentó una situación totalmente ajena al contratista referente a la renuncia de su personal y

a la contratación de uno nuevo, lo cual evidentemente implica retrasos en las obras mientras se logra encontrar personal capacitado para la ejecución de actividades. Con fundamento en dichas situaciones, el contratista solicitó una prórroga al contrato, la cual sería analizada por parte de la interventoría, según consta en la misma acta. Sin embargo, el contrato no volvió a ser prorrogado, por lo que se presume que dicha solicitud fue rechazada, pese a constituir situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que fundamentaban una prórroga al plazo contractual.

Sobre el particular, es necesario recordar que las prórrogas y suspensiones del plazo contractual están previstas precisamente para solventar situaciones adversas e imprevisibles que se presenten en el desarrollo del objeto contractual, tal y como lo ha reconocido el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“Así las cosas, la suspensión materialmente constituye un intervalo pasivo en la dinámica del contrato cuando el cumplimiento de una, de varias o de todas las obligaciones a que están obligadas las partes resultan imposibles de ejecutar. Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido la eficacia, existencia y validez de la suspensión en el negocio jurídico **cuando las partes la utilizan como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de procura del interés público -que de forma suficiente y justificada le dan fundamento-, y hacen constar esas circunstancias y sus efectos por escrito con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual.**

(...)

*A pesar de que las normas que desplazaron el Decreto Ley 222 de 1983 no reprodujeron o sustituyeron la disposición transcrita, las exigencias en la práctica cotidiana de la ejecución de los contratos y la ausencia de una regla general han supuesto un incentivo para el desarrollo convencional de cláusulas en las que las partes prevén que, **cuando en la ejecución del contrato llegaren a sobrevenir situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o necesidades de interés público, el contrato pueda suspenderse justificada y temporalmente mientras se resuelven los inconvenientes que impiden su ejecución**⁸.*

En el mismo sentido, el alto tribunal ha dicho que el plazo es un elemento accidental de los contratos estatales, de modo que puede modificarse por acuerdo entre las partes ante situaciones adversas e imprevistas que impidan el cumplimiento del plazo inicialmente pactado. De tal manera, adujo:

“[L]a Sala considera importante recordar que las entidades contratantes tienen múltiples alternativas cuando se enfrentan al retardo en el cumplimiento de las obligaciones por parte un contratista. Entre ellas se encuentran la posibilidad de multar al contratista, declarar el incumplimiento total o parcial, o, si las circunstancias lo ameritan, declarar la caducidad del

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad: 2278 del 5 de julio de 2016, C.P. Germán Bula Escobar.

*contrato. De otra parte, **si los hechos que motivan los retardos son ajenos a las partes, estas cuentan con la posibilidad de alterar por medio de modificaciones bilaterales el plazo, antes de la terminación del contrato; bien sea a través de prórrogas o de suspensiones***⁹.

Incluso, en el contrato se pactó una cláusula de suspensión en los siguientes términos:

*“VIGÉSIMA TERCERA. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO: El Contrato podrá suspenderse de mutuo acuerdo, previo concepto del INTERVENTOR o del SUPERVISOR INTEGRAL (según aplique), **cuando se considere que existen razones jurídicas o técnicas que la fundamenten**. La suspensión se realizará mediante acta suscrita por el INTERVENTOR o por el SUPERVISOR INTEGRAL (según aplique) y el CONTRATISTA, y en la misma se determinará el plazo o la condición para reiniciar el Contrato”.*

Es claro entonces que la renuncia de personal y las justificables demoras para conseguir uno nuevo son situaciones de fuerza mayor o caso fortuito ajenas a las partes contractuales, es decir, imprevisibles e irresistibles, que servían de fundamento para aprobar la prórroga solicitada, sin embargo, la interventoría negó dicha prórroga.

En conclusión, al existir situaciones imprevisibles e irresistibles al contratista que originaron la imposibilidad de cumplir con el cronograma inicialmente pactado, es evidente que los presuntos retrasos no le pueden ser imputables, por lo cual no es posible la aplicación de la cláusula penal pretendida mediante el presente proceso.

3.3. FALTA DE PROPORCIONALIDAD FRENTE A LA CLÁUSULA PENAL QUE SE PRETENDE APLICAR

Es importante precisar que, en el remoto e improbable evento en que se llegue a comprobar un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, resulta forzosa la aplicación del principio de proporcionalidad, a fin de adoptar decisiones que se ajusten a los postulados legales y jurisprudenciales que se aplican sobre el particular. Al respecto, el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 dispone:

*“Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, **y proporcional a los hechos que le sirven de causa**”.*

Así mismo, el artículo 1596 del Código Civil hace referencia al principio de proporcionalidad y su aplicación, de la siguiente manera:

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 61641 del 18 de noviembre de 2021, C.P. Alberto Montaña Plata.

*“Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, **tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal**”.*

Igualmente, el artículo 867 del Código de Comercio también hace referencia al principio de proporcionalidad en los siguientes términos:

*“**ARTÍCULO 867. <CLÁUSULA PENAL>**. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.*

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte”.

Al respecto, se hace necesario aclarar que la cláusula penal es una estipulación pactada de común acuerdo por las partes del contrato, con el objeto de fijar anticipadamente el valor de los perjuicios en caso de un incumplimiento por cualquiera de ellas, cuyo efecto jurídico más importante es que exime a la parte cumplida de la obligación de demostrar la cuantía de la indemnización.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, el Código Civil estableció una fórmula que permite graduar la misma en función del porcentaje de ejecución del contrato. Lo anterior, con el objeto de evitar que se produzca un enriquecimiento sin causa a favor de la parte que hace efectiva la mencionada estipulación. No obstante, frente a las dos disposiciones citadas, las cuales son propias de la jurisdicción ordinaria civil, la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁰ ha sostenido:

“Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un “derecho” en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad.

Así mismo, la doctrina ha estudiado el tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, primordialmente, en la equidad y en el principio de proporcionalidad. Al respecto expone Claro Solar:

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

“Dice el art. 1539 que ‘si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal’

“Esta disposición tiene su fundamento en la equidad. El deudor no puede pagar al acreedor, contra la voluntad de éste, una parte de su deuda, aunque ésta sea divisible; y por consiguiente, los efectos de pago parcial no pueden libertarlo de parte alguna de la pena estipulada en caso de inejecución. Pero, si el acreedor acepta recibir la parte que el deudor le ofrece, el deudor tendrá el derecho que la ley le reconoce para que, si el acreedor le exige la pena, se rebaje esta proporcionalmente a la parte que el deudor ha pagado de la obligación primitiva

“Nuestro Código da en este caso al deudor el derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada; de modo que no depende del arbitrio del juez o no esta rebaja, ni hacer una rebaja arbitraria y antojadiza, sino que tiene que hacerla guardando proporción entre la parte de la obligación principal que ha sido cumplida y la parte aún no ejecutada; de modo que si el deudor ha ejecutado la mitad o más o menos la mitad de la obligación principal deberá rebajar la mitad de la pena; si la tercera parte de la obligación principal, la tercera parte de la pena,

(...)

“Naturalmente, el juez tendrá que resolver las controversias que se susciten entre las partes sobre la proporcionalidad que debe observarse en la reducción de la pena en caso de ejecución parcial de la obligación principal, como toda cuestión que entre ellos se produzca, pero la disposición de nuestro Código es más equitativa, porque reduce a términos muy restringidos lo arbitrario del juez”.

Como se evidencia, con fundamento en las normas previamente citadas, el Consejo de Estado ha reconocido la necesidad de proporcionar y disminuir la sanción penal en concordancia al porcentaje de obra ejecutada, a luces del principio de equidad.

En línea con lo antes expuesto, resulta procedente que en el hipotético caso en que la entidad contratante, pese a su clara falta de competencia, declare el incumplimiento del contrato e imponga las multas pactadas en el contrato, debe reducirse la sanción impuesta en el porcentaje efectivamente ejecutado del contrato, atendiendo al principio de proporcionalidad y el criterio de equidad.

IV. FUNDAMENTOS PARA ABSOLVER A HDI SEGUROS S.A. EN VIRTUD DEL CLAUSULADO DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO NO. 4006290

3.1. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD E INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE HDI SEGUROS S.A. POR LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO

Sin perjuicio de los argumentos antes señalados que descartan un incumplimiento definitivo y total en las obligaciones a cargo del CONSORCIO M&E CANAAN FFIE, debe considerarse que en el ámbito de la libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro y en virtud de la facultad consagrada en el artículo 1056 del Código de Comercio, la compañía aseguradora puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que está expuesto el interés asegurado. De modo que, al suscribir el contrato de seguro, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la prerrogativa de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos, las condiciones de amparo y en este sentido, solo están obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes, así:

“(…) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”.

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados

en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...) ¹¹”.

Entonces, de acuerdo con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las partes intervinientes en el contrato de seguro vinculadas al presente procedimiento de incumplimiento contractual, pactaron las condiciones de cobertura conviniendo que, en virtud del amparo, se garantizarían *“LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL GARANTIZADO, ORIGINADOS EN VIRTUD DE LA EJECUCION DEL CONTRATO DE OBRA No. 1380-1517-2022, CUYO OBJETO ES: “LA CONFORMACIÓN DE LISTAS DE ELEGIBLES QUE HABILITEN CONTRATISTAS PARA LA SUSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA QUE COMPRENDAN LA EJECUCIÓN DE DISEÑOS, ESTUDIOS TÉCNICOS Y OBRA DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA REQUERIDOS POR EL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA FFIE”.*

Sin embargo, como se anticipó, no se logró acreditar que el contratista incurriera en un incumplimiento de sus obligaciones, pues hubo circunstancias ajenas a éste que dieron lugar a suspensiones y prórrogas del plazo contractual y, adicionalmente, los presuntos incumplimientos deben ser imputables única y exclusivamente a la entidad contratante por faltar a su deber de planeación, así como a terceros que afectaron la ejecución del contrato por retrasos en el pago de seguridad social y renuncias intempestivas.

En conclusión, como no se comprobó que hubiese incumplimientos imputables al tomador de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006290, tampoco se acreditó la configuración del riesgo asegurado, ni la obligación condicional de asegurador, de manera que no existe deber de indemnizar a cargo de mi representada, así como tampoco hay lugar a hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

3.2. LA CLAÚSULA PENAL PRETENDIDA MEDIANTE EL PROCESO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL CONFIGURA UNA CAUSAL DE EXCLUSIÓN DE COBERTURA EXPRESAMENTE PACTADA EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 4006290

Dentro de las condiciones de la póliza de seguro de cumplimiento No. 4006290, expedida por HDI SEGUROS, se establecieron los parámetros que enmarcan la obligación condicional que esta entidad aseguradora contrajo, en consecuencia, delimitan la extensión del riesgo que asumió. Dentro de estas condiciones, y atendiendo al ejercicio de la autonomía de la voluntad que impera

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel SalazarRamírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00

en las relaciones jurídico-negociales derivadas del contrato de seguro, se pactaron una serie de exclusiones a la cobertura que, al configurarse exoneran de obligación indemnizatoria al asegurador.

En efecto, el artículo 1056 del Código de Comercio establece que el asegurador puede, a su arbitrio, delimitar los riesgos que asume, de modo que la concertación de las aludidas causales de exclusión de cobertura tiene sustento en el citado precepto normativo, que dispone:

“Artículo 1056. Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia¹² ha manifestado:

*“Las exclusiones de tipo convencional deben entenderse, como es apenas obvio, como aquellas pactadas por las partes o, cuando menos, **en las que existe consentimiento respecto de las indicadas en el clausulado preestablecido**, en los denominados acuerdos de adhesión y que, **siendo origen del siniestro o consecuencia del mismo, no comprometen la responsabilidad del asegurador**.*

*Esas cláusulas son válidas, inicialmente, en tanto **se sustentan en el principio de la libre autonomía de las partes, cuyos límites son el orden público y las buenas costumbres; de ahí que el artículo 1056 consagre la posibilidad del asegurador de, «a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado»** (Negritas ajenas al texto original).*

En virtud de la aludida facultad, mi procurada decidió otorgar determinados amparos, supeditados al cumplimiento de ciertos presupuestos, e incorporó en la póliza determinadas restricciones o limitaciones que eximen al asegurador a la prestación señalada en el contrato, las cuales se conocen generalmente, como se dijo, como exclusiones de la cobertura.

En el caso concreto, dentro de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006290 se pactaron las siguientes causales de exclusión de cobertura:

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC5327-2018, 68001-31-03-004-2008-00193-01, de 13 de diciembre de 2018. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

2. EXCLUSIONES

EL PRESENTE SEGURO NO AMPARA LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS, EN LOS SIGUIENTES CASOS:

2.1 FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO O CUALQUIER OTRA CAUSAL DE EXONERACION DE RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA DEUDOR.

2.2 LAS CLAUSULAS PENALES O MULTAS IMPUESTAS AL CONTRATISTA DEUDOR, LAS CUALES SERAN DE CARGO EXCLUSIVO DE ESTE.

2.3 LOS PERJUICIOS O DAÑOS CAUSADOS POR EL CONTRATISTA A PERSONAS DISTINTAS DEL CONTRATANTE ASEGURADO.

2.4 LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE TOMAR OTROS SEGUROS, PREVISTA EN EL CONTRATO GARANTIZADO.

2.5 LOS PERJUICIOS QUE SE REFIERAN AL INCUMPLIMIENTO ORIGINADO EN MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL CONTRATO ORIGINAL, SALVO QUE SE OBTENGA LA AUTORIZACION PREVIA POR ESCRITO DE LA COMPAÑIA, MEDIANTE LA EMISION DEL CORRESPONDIENTE CERTIFICADO O ANEXO DE MODIFICACION.

Así las cosas, bajo la anterior premisa, ante la configuración de una de las exclusiones antes señaladas, que se pueden constatar en las condiciones generales y particulares de la Póliza de Seguro de Cumplimiento, se debe eximir a la aseguradora de pago comoquiera que el riesgo acaecido no encuentra amparo en el contrato de seguro.

Sobre el particular, conviene resaltar que la Superintendencia Financiera de Colombia, ha desarrollado el tema incluso desde el año 1996 a través de la Circular 007, donde indico:

“1.2.1.2. A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones).

Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada”.

Posteriormente en la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, de la referida entidad, se reafirmó la postura realizando una regulación de la emisión de las pólizas y del contenido que estas debían tener, así:

“1.2.1. Requisitos generales de las pólizas de seguros:

Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el numeral 2 del art. 184 del EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones

emanadas del negocio celebrado. Para ello, las pólizas deben incluir, cuando menos, la siguiente información:

1.2.1.1. En la carátula:

1.2.1.1.1. Las condiciones particulares previstas en el art. 1047 del C.Co.

1.2.1.1.2. En caracteres destacados o resaltados, es decir, que se distingan del resto del texto de la impresión, el contenido del inciso 1º del art. 1068 del C.Co. Para el caso de los seguros de vida, el contenido del art. 1152 del mismo ordenamiento legal.

1.2.1.2. A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones)

Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y, en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral”.

En ese sentido, la regulación de la Superintendencia Financiera de Colombia, es completamente clara, pues indica que los amparos y exclusiones deben consignarse a partir de la primera página de la póliza, esto es, no de forma restrictiva en la carátula de la misma, puesto que, por razones prácticas, por imposibilidad física, y por las indicaciones legales referidas, no es viable que confluyan en esta misma página del contrato de seguro. De hecho, la misma Superfinanciera a través de su Dirección Legal dio respuesta a consulta formulada por el Representante Legal de Liberty Seguros el pasado 04 de febrero de 2021, conceptuando lo siguiente:

“Bajo esta línea de interpretación, debe entenderse que en aquellos casos en que en consideración al número de amparos y sus respectivas exclusiones, así como la necesidad de ofrecer una descripción legible, clara y comprensible de los mismos, no sea susceptible incorporar todos estos conceptos en una sola página, pueden quedar, tanto los primeros como las segundas, consignados en forma continua a partir de la primera página de la póliza, como lo precisa la instrucción de este Supervisor.”

Es preciso enfatizar que La Superintendencia Financiera de Colombia, es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que tiene por objeto supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como, promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados.

Conforme a lo anterior, y a su clara condición de organismo estatal regulador de la actividad financiera y aseguradora, que por tanto ejerce la supervisión de manera idónea, es que el Decreto 2739 de 1991, en su artículo 3.3, estableció como una de sus funciones, la siguiente:

“Emitir las órdenes necesarias para que las entidades sujetas a la inspección, Vigilancia y control de la Superintendencia suspendan de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas o inseguras, y para que se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento”.

De acuerdo entonces a la función pública que realiza esta entidad es claro que sus conceptos y las circulares que expide tienen un fin orientador, claramente de carácter vinculante, no siendo coherente que expida una circular que vaya en desmedro de los intereses de los asegurados, tomadores o beneficiarios en el contrato de seguro.

Ahora bien, para tener una mayor comprensión, y reforzar la idea de que las exclusiones no tienen por qué ir en la caratula de la póliza, so pena de cuestionar su carácter vinculante y validez, debemos acudir a lo que establece el Código de Comercio con respecto a la póliza, entendida esta como el documento que contiene el contrato de seguro, al precisar en el parágrafo del artículo 1047, los elementos que hacen parte de la póliza, indicando que:

“PARÁGRAFO. En los casos en que no aparezca expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Bancaria – hoy Superintendencia Financiera de Colombia – para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo”.

En este orden de ideas las exclusiones pactadas en las condiciones generales y que están contenidas en los anexos, hacen parte integrante de la póliza de seguro, sin que estas deban constar en la primera página.

Así mismo el artículo 1048 del Código de Comercio, ha establecido que documentos componen la póliza, siendo parte de esta los anexos, mismos que contienen las exclusiones, y es por ello que éstas hacen parte integral de la póliza, tal artículo indica:

“Artículo 1048. Documentos adicionales que hacen parte de la póliza

Hacen parte de la póliza:

- 1) La solicitud de seguro firmada por el tomador, y*
- 2) Los anexos que se emitan para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza.*

Así las cosas, pretender que estas sean exclusivamente anotadas en la caratula sería ignorar que los anexos hacen parte integral de la póliza, tal como lo establece una norma de derecho positivo y desde luego vigente.

Esta idea es reforzada por Rodrigo Becerra Toro en su libro Nociones Fundamentales de la Teoría General del Contrato de Seguro, pues allí no solo habla de la no relevancia de la carátula, sino

que además apoya la postura de que las exclusiones deben aparecer a partir de la primera página, y no necesariamente en la carátula o en la primera página, al respecto:

“...dichas exclusiones se hacen aparecer, del modo dicho, a partir de la primera página de la póliza, en caracteres destacados, claros y concisos, para que se sepa el alcance de la cobertura contratada. Igualmente se pueden pactar exclusiones adicionales en páginas interiores, ello no está prohibido, pero deben destacarse como las iniciales, y ser claras y precisas.

(...)

Por ende, no hay requisitos para las carátulas ni para su contenido...si el asegurador propone en juicio excepciones de fondo, para enervar la reclamación del seguro, como la inexistencia de cobertura, o la falta de amparo, o la existencia de exclusiones al amparo, no puede alegarse contra ellas que tales excepciones no figuran en la carátula de la póliza, y que en consecuencia no existen”

En ese orden de ideas, al haberse pactado expresamente que las cláusulas penales o multas no se encuentran dentro de los riesgos amparados, y atendiendo a que la comunicación remitida a mi representada tiene como fin informar sobre el inicio del procedimiento de incumplimiento, cuya consecuencia jurídica es la aplicación de la cláusula penal, es apenas obvio que es imposible afectar la póliza por los hechos que dieron origen al presente procedimiento, por haberse configurado las causales de exclusión de cobertura recientemente transcritas.

3.3. LA FUERZA MAYOR CONFIGURA UNA CAUSAL DE EXCLUSIÓN DE COBERTURA EXPRESAMENTE PACTADA EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 4006290

En concordancia con la argumentación previamente planteada con relación a las exclusiones pactadas en la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006290, vemos que también se configura la prevista en el numeral 2.1. del clausulado general alusiva a la fuerza mayor:

2. EXCLUSIONES

EL PRESENTE SEGURO NO AMPARA LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS, EN LOS SIGUIENTES CASOS:

2.1 FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO O CUALQUIER OTRA CAUSAL DE EXONERACION DE RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA DEUDOR.

2.2 LAS CLAUSULAS PENALES O MULTAS IMPUESTAS AL CONTRATISTA DEUDOR, LAS CUALES SERAN DE CARGO EXCLUSIVO DE ESTE.

2.3 LOS PERJUICIOS O DAÑOS CAUSADOS POR EL CONTRATISTA A PERSONAS DISTINTAS DEL CONTRATANTE ASEGURADO.

2.4 LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE TOMAR OTROS SEGUROS, PREVISTA EN EL CONTRATO GARANTIZADO.

2.5 LOS PERJUICIOS QUE SE REFIERAN AL INCUMPLIMIENTO ORIGINADO EN MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL CONTRATO ORIGINAL, SALVO QUE SE OBTENGA LA AUTORIZACION PREVIA POR ESCRITO DE LA COMPAÑIA, MEDIANTE LA EMISION DEL CORRESPONDIENTE CERTIFICADO O ANEXO DE MODIFICACION.

Lo anterior, en vista de que hubo situaciones constitutivas de fuerza mayor y caso fortuito que impidieron la normal ejecución del contrato, por lo que al haberse presentado dicha circunstancia, es tajante la falta de cobertura material de la Póliza No. 4006290, pues dentro de sus exclusiones se pactó la fuerza mayor.

3.4. LÍMITE MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD, CONDICIONES DEL SEGURO Y DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 4006290

Sin perjuicio de lo anterior, y sin que se entienda comprometida mi representada, es necesario manifestar que, bajo la hipótesis en que naciera obligación de HDI SEGUROS S.A., la misma se debe sujetar a lo consignado al tenor literal de la póliza y, por tanto, a las condiciones particulares de la misma, entre ellas, a la suma asegurada, el deducible y las exclusiones que se hayan pactado. Al respecto, el artículo 1079 del Código de Comercio, establece:

“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA: *El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.*

La norma antes expuesta es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el

valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”¹³(Subrayado y negrilla fuera de texto original).

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda, debido a la porción de riesgo asumido. Así las cosas, el límite de la responsabilidad de la compañía de seguros que represento corresponde a la suma asegurada individual para el amparo cumplimiento, indicada en la carátula de la póliza así:

Amparo	Vigencia desde	Vigencia hasta	Suma asegurada
Calidad del Servicio	13/05/2022	03/04/2023	\$ 160.206.207,35
CUMPLIMIENTO	13/05/2022	03/03/2024	\$ 640.824.829,40
Estabilidad de la obra/Calidad y buen funciona...	29/03/2022	29/03/2025	\$ 640.824.829,40
Manejo del Anticipo	13/05/2022	03/07/2023	\$ 455.116.039,00
PAGO DE SALARIOS PRESTACIONES SOCIALES	13/05/2022	03/07/2026	\$ 640.824.829,40

En conclusión, conforme con las disposiciones legales, comedidamente le solicito a la Coordinación de Controversias Contractuales del Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA FFIE, considerar que la Póliza de Seguro de Cumplimiento contempla unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta en el remoto e improbable evento de declarar el incumplimiento del contrato que para el caso está limitado a un valor de SEISCIENTOS CUARENTA MILLONES OCHOCIENTOS VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTINUEVE PESOS CON CUARENTA CENTAVOS (\$640.824.829,40).

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. MP. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

V. PETICIÓN

Conforme con los argumentos expuestos a lo largo de este escrito, solicito comedidamente que se declare la terminación del procedimiento de incumplimiento contractual y, de este modo, se archive el expediente, pues el FFIE carece de competencia para adelantarlos y no existen incumplimientos imputables al contratista. Además, respecto a la aseguradora, no se configuró el riesgo asegurado por encontrarse expresamente excluido y existir falta de cobertura material respecto del amparo de manejo del anticipo.

VI. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

1. DOCUMENTALES

1.1. Copia de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006209, con sus respectivos anexos, condicionado particular y general.

2. INTERROGATORIO

2.1. Comedidamente solicito se cite para que absuelva interrogatorio el señor **HECTOR ADALBER ORDOÑEZ ORTIZ**, persona mayor de edad e identificado con cédula de ciudadanía No. 4.935.255, quien actúa en representación legal del CONSORCIO M&E CANAAN FFIE, quien podrá ser citado en la dirección Carrera 14 No. 79 – 78 Of. 503 Bogotá, D.C.

VII. ANEXOS

1. Las documentales anunciadas.
2. Poder especial otorgado por HDI SEGUROS S.A. a la firma G. HERRERA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S., en virtud de la ley 2213 del 2022.
3. Certificado de Existencia y Representación Legal de HDI SEGUROS S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.
4. Certificado de Existencia y Representación Legal de G. HERRERA & ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S., expedido por la Cámara de Comercio de Cali.

VIII. NOTIFICACIONES

Al suscrito en la Calle 69 No.4 – 48, Oficina 502 de la ciudad de Bogotá o en la dirección

electrónica: notificaciones@gha.com.co

Respetuosamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 de Bogotá D.C.

T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.