

Señores:

FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA - PA FFIE.

consorcioffie@alianza.com.co

controversiascontractuales@ffie.com.co - jvillamizar@ffie.com.co

REFERENCIA: PROCESO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.
CONTRATO: CONTRATO DE OBRA No. 1380-1518-2022.
CONTRATISTA: CONSORCIO M&E CANAAN FFIE.
ASEGURADO: ALIANZA FIDUCIARIA S.A.
GARANTE: HDI SEGUROS S.A.
PÓLIZA: PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 4006263.

ASUNTO: Recurso de Reconsideración contra la decisión del Comité Fiduciario No. 725 del 25 de octubre de 2023, mediante el cual se resolvió aplicar la Cláusula Penal y hacer exigible la póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006263 para hacer efectivo el cobro del anticipo no devuelto ni amortizado.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá D.C., abogado titulado y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de **HDI SEGUROS S.A.**, tal como se encuentra acreditado en el proceso, manifiesto respetuosamente que procedo a presentar recurso de reconsideración frente a la comunicación de la decisión del Comité Fiduciario No. 725 del 25 de octubre de 2023. Mediante esta comunicación se adoptó la definición del Procedimiento de Incumplimiento Contractual (PIC) iniciado por un supuesto incumplimiento total y definitivo del Contrato de Obra 1380-1518-2022 - Aplicación y cobro de la cláusula penal y reclamación ante el garante para hacer efectivo el cobro del anticipo no devuelto ni amortizado, afectando la póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006263. En este sentido, solicito desde ya que se **REVOQUE** la decisión en cita y, en consecuencia, se **ARCHIVE** el presente procedimiento de incumplimiento contractual. Fundamento mi solicitud en los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. OPORTUNIDAD

Atendiendo a que la decisión del Comité Fiduciario No. 725 del 25 de octubre de 2023, fue notificada personalmente al buzón electrónico notificaciones@gha.com.co el 01 de diciembre de 2023, de acuerdo con lo establecido en la cláusula vigésima del Contrato de Obra No. 1380-1518-2022, el plazo otorgado para presentar el escrito de reconsideración es de dos (2) días hábiles a partir de la fecha de notificación de la decisión. En consecuencia, el presente escrito se presenta dentro de la oportunidad correspondiente, teniendo en cuenta que el término transcurrió entre el 04 y el 05 de diciembre de 2023.

II. REPAROS CONCRETOS FRENTE A LA DECISIÓN COMITÉ FIDUCIARIO NO. 725 DEL 25 DE OCTUBRE DE 2023.

1. EL COMITÉ NO ANALIZÓ LA FALTA DE COMPETENCIA DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – PA FFIE, PARA INICIAR UN PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL FRENTE AL CONTRATO DE OBRA No. 1380-1518-2022.

De entrada, debe indicarse que, pese a estar demostrada la falta de competencia del fondo de financiamiento de infraestructura educativa – PA FFIE, para iniciar y proferir decisión de fondo en el presente asunto, el comité ni siquiera se detuvo a analizar de fondo en su decisión esta situación, que claramente debió tenerse en cuenta y consecuentemente hubiera dado lugar a la terminación y archivo del presente proceso de incumplimiento. Sin embargo, contrario a lo manifestado, el comité de manera irregular resolvió aplicar y hacer efectivo el cobro de la cláusula penal por un monto de doscientos treinta y siete millones quinientos noventa y cuatro mil trescientos veinte pesos m/cte. (\$237.594.320,00), debido al incumplimiento total o definitivo del contrato de obra. Además, se hizo exigible la póliza de cumplimiento por la suma de trescientos noventa y siete millones cuatrocientos noventa y nueve mil ochocientos veintisiete pesos m/cte. (\$397.499.827,00), correspondientes a la cantidad presuntamente no amortizada del anticipo por parte del contratista de la obra. Situaciones frente a las cuales se solicita una revisión detenida y detallada, para que se reconsidere la decisión tomada.

Lo anterior, por cuanto 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 provisto arrogarse facultades o potestades exorbitantes propias y exclusivas de las entidades públicas sometidas al EGCP, tal y como lo sería la imposición de multas y declaratoria de incumplimiento. Tal y como lo expone la UG-FFIE, en sus consideraciones:

“En primer lugar, debido a que el PA FFIE se rige por el derecho privado, no aplica, ni de asomo, el artículo 59 de la Ley 1753 de 2015 modificado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por tanto, no es correcto afirmar, como lo hace la ASEGURADORA, que el procedimiento de incumplimiento contractual corresponde a aquel que habla la precitada disposición”.¹ (Énfasis propio)

Respecto a lo manifestado en este punto es importante resaltar dos situaciones: la primera es que tal como lo reconoce el fondo de financiamiento de infraestructura educativa – PA FFIE, este se rige por el derecho privado, como se dijo en el escrito de descargos. En segundo lugar, en los descargos presentados no se hizo en ningún momento mención de la aplicación del artículo 59 de la Ley 1753 de 2015, por lo que se evidencia que la decisión no corresponde a la realidad de los descargos formulados y por ende tampoco se sustentó en ellos, pues si así hubiera ocurrido es claro que la decisión no hubiera sido otra más que terminar el proceso y archivarlo por falta de competencia. Se solicita reconsiderar la decisión teniendo en cuenta los argumentos esbozados en los descargos y en el presente escrito.

En todo caso se reitera que aterrizando al caso concreto está demostrado 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

¹ Archivo: X184542 Comunicación de la Decisión del CF 725 CO 1518, página 17.

posibilidad de ejercer potestades unilaterales o exorbitantes que son propias de las entidades públicas. Así lo ha considerado uniformemente 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:

“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.”² (Énfasis propio)

Ni tampoco, que se había sostenido que: “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”³

Hemos de realzar la postura del Consejo de Estado, como un elemento de juicio análogo y complementario a la jurisprudencia del máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria. **Dado que, permite establecer las formas en la que se debe interpretar aquellas cláusulas estipuladas en un contrato que, si bien se rige por las normas del derecho privado, su objeto contractual es inherente a la consecución de los fines esenciales del Estado Colombiano; como lo son las obras necesarias para el mejoramiento de sedes institucionales educativas en el territorio nacional.** Razón por la cual es de recibo traer a colación la tesis del máximo Tribunal de la jurisdicción contenciosa en lo relativo a la competencia del PA FFIE, para declarar la terminación anticipada unilateral del contrato de obra. En este mismo sentido, el Consejo de Estado aseveró:

“[L]a naturaleza de los actos expedidos en ejercicio de facultades otorgadas por las partes en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado, difiere de aquella que se predica de los actos expedidos unilateralmente por la administración en un contrato del Estado con fundamento en la ley, pues la existencia de aquellos se origina en la autonomía dispositiva, se expiden con fundamento en el acuerdo negocial y no comportan el ejercicio de una facultad excepcional al derecho común, a diferencia de éstos que sí se originan y se expiden en ejercicio de prerrogativas excepcionales al derecho común previstas en la ley y, por esta razón se constituyen en actos administrativos.”⁴

[S]i lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes convienen la facultad de la administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, y en la ejecución del contrato la entidad contratante decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación mediante unos actos, es evidente que en ésta hipótesis estos se constituyen en actos contractuales, más no administrativos”. (Énfasis propio)

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 29.165.)

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de octubre de 1994, exp. 9.288. También, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2004, exp. 12.342)

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 19 de julio de 2017, exp. 57.394.

Empero, la jurisprudencia ha sido enfática al plantear que la facultad de imponer multas a la otra parte resulta en una facultad que auspicia el desequilibrio contractual y, con ello, situaciones que desconocen el principio de igualdad contractual:

“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”.⁵ (Énfasis propio)

“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.”⁶ (Énfasis propio)

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 el plano de la 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, mucho menos cuando existen recursos de origen público invertidos en el contrato de obra.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte se ha referido sobre las cláusulas exorbitantes de la siguiente manera:

“Las cláusulas exorbitantes se caracterizan, esencialmente, por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil, toda vez que, precisamente, al practicarse quebrantan la igualdad y conmutatividad, propias del acuerdo de voluntades.”⁷ (Énfasis propio).

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 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 que se encuentran en un plano de igualdad con los particulares, quienes no pueden ejercer facultades unilaterales en sus relaciones. Mucho menos podría

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 29.165.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de octubre de 1994, exp. 9.288. También, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2004, exp. 12.342.

⁷ Tolosa Villabona, L. A. (2019). Radicación: 68755-31-03-001-2011-00101-01. Magistrado Ponente, SC5568-2019. Aprobado en Sala el 4 de septiembre de 2019. Bogotá, D.C., 18 de diciembre de 2019.

contemplarse en una relación entre particulares, en donde es más clara la igualdad entre los 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 por no tener la facultad para hacerlo, 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 al interior del procedimiento.

En concordancia, si el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE pretende hacer efectiva la cláusula penal de apremio prevista en el contrato o que se declare el incumplimiento total 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 de apremio 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 es dable para los contratantes hacerlas exigibles unilateralmente como si les está permitido a las entidades públicas sometidas al estatuto de contratación estatal frente a un eventual incumplimiento, por lo que ante este evento resulta necesario acudir ante el juez natural del contrato.

Ahora, es necesario señalar a la UG-FFIE, con fines de discusión, que la jurisdicción civil ya se ha pronunciado sobre su falta de competencia para conocer sobre las controversias contractuales derivadas de la actividad funcional y misional de la UG-FFIE. Esto ocurrió cuando el Consorcio FFIE Alianza BBVA, en calidad de vocero del PA-FFIE, presentó una demanda contra el Consorcio Sinergia. El objetivo de la demanda era que se declarara el incumplimiento por parte del contratista en los contratos de obra suscritos entre las partes, identificado con el radicado No. 05001233300020220100700. Este caso, antes de la acumulación, se llevó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Inicialmente, la demanda fue presentada ante el Juzgado 06 Civil del Circuito de Medellín, identificada con el radicado 05001310300620220028200, es decir, ante la jurisdicción ordinaria civil. Sin embargo, el 10 de agosto de 2022, dicho juzgado emitió un auto, **rechazando la demanda por falta de competencia y jurisdicción. Además, ordenó la remisión del expediente a los Juzgados Administrativos de Medellín.**

Lo anterior implica que el representante legal del PA-FFIE está al tanto de la posición de la jurisdicción civil con respecto a su falta de competencia para abordar el asunto en cuestión. Esto se debe a que la demanda presentada por el PA-FFIE fue rechazada por esa jurisdicción. Sin embargo, a lo largo de todo el proceso actual, el PA-FFIE ha persistido en su postura de imponer sanciones de manera unilateral argumentando que los contratos de obra que suscriben se regentan por el

derecho privado y comercial, no obstante, se ha comenzado a dirimir tal asunto, concluyéndose que los contratos suscritos por el PA-FFIE están sometidos al control y decisión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ello implica que, el juez natural para ventilar y dirimir la imposición de sanciones radica única y exclusivamente en los operadores judiciales de la jurisdicción contenciosa administrativa, de conformidad con lo esgrimido en el artículo 104 del CPACA, que define expresamente la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”. (Énfasis propio)

Lo anterior implica, a su vez, que el representante legal del PA-FFIE está al tanto de que actualmente cursa demanda bajo el medio de control controversias contractuales ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, donde el Consorcio FFIE ALLIANZA ostenta la calidad de demandado. La demanda ha sido admitida y se encuentra en trámite:


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECRETARIA SECCION TERCERA
CALLE 24 No. 53-28 BASAMENTO
TELEFONO: 4233390- 4055200 Ext. 88004

OFICIO No.2023-CCSV-61

BOGOTÁ D.C., 24 DE NOVIEMBRE DE 2023

SEÑOR(A):

MAG. HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLON / ESCRIBIENTE
rmemorialessec03sbtadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co -
scs03sb04tadmincdm@notificacionesrj.gov.co

REF: 250002336000202200195 00
NATURALEZA: ACCIÓN CONTRACTUAL
DEMANDANTE: CONSORCIO SINERGIA Y OTROS
DEMANDADO: CONSORCIO FFIE ALIANZA Y OTROS
MAGISTRADA: CLARA CECILIA SUAREZ VARGAS

samai.azurewebsites.net/PaginasTransversales/DocumentosExpediente.aspx?numproceso=25000233600020220019500&corporacion=2500023

Lo anterior refuerza nuestra tesis respecto a que el Consorcio FFIE ALLIANZA está sujeto al Estatuto General de Contratación Estatal. Por lo tanto, no le es permitido imponer sanciones sin agotar el debido proceso. En ese sentido, deberá archivar el presente procedimiento, ya que la UG-FFIE y el Consorcio FFIE ALLIANZA carecen de competencia para iniciar un procedimiento por incumplimiento contractual bajo las aristas del derecho privado. Esto es especialmente relevante cuando se ha demostrado que el juez natural del contrato es la jurisdicción contenciosa administrativa, y con ello, los antecedentes jurisprudenciales del máximo tribunal administrativo le

son oponibles.

2. EL COMITÉ PASO POR ALTO LA IMPOSIBILIDAD DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA (FFIE-PA) DE DECLARAR LA TERMINACIÓN POR INCUMPLIMIENTO E IMPONER CLÁUSULA PENAL: POR NO HABERSE AGOTADO LA ETAPA DE ARREGLO DIRECTO.

La UG-FFIE pasó por alto el cumplimiento de la cláusula trigésima del contrato de obra No. 1380-1518-2022, denominada "*Solución de las Controversias Contractuales*", cuyo contenido es el siguiente:

"TRIGÉSIMA. SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES: EL PA-FFIE procurará solucionar mediante arreglo directo las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual en las etapas de ejecución, terminación y liquidación. De no ser posible la solución directa dentro de los treinta (30) días siguientes luego de la convocatoria a arreglo directo por cualquiera de las partes, podrá emplear los mecanismos previstos en la ley, tales como conciliación, amigable composición y transacción, previa justificación del mecanismo seleccionado y atendiendo los lineamientos de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado. Las partes asumirán, cada una por su cuenta, los costos derivados del empleo de cualquiera de estos mecanismos" (Énfasis propio).

De la precitada cláusula contractual se desprende que, ante la existencia de controversias contractuales entre las partes, se debe privilegiar y agotar previamente el arreglo directo de las diferencias y discrepancias para procurar la solución del conflicto. No obstante, en el presente asunto, no obra constancia de que el FFIE-PA haya agotado previamente la convocatoria de arreglo directo como mecanismo de solución de las controversias contractuales. Por el contrario, ha procedido de manera ligera y desproporcionada a emitir un comunicado por presunto incumplimiento, con lo cual pretende la terminación anticipada del contrato de obra No. 1380-1518-2022. Esto genera un incumplimiento contractual por parte del contratante, ya que ha omitido adelantar la convocatoria de arreglo directo ante el presunto contratista incumplido. Esto implica que el procedimiento adelantado por el contratante se constituya en irregular y desconozca las obligaciones contractuales.

Adviértase que, no obra en el expediente solicitud o convocatoria de arreglo directo entre las partes, con la finalidad de atender sus desavenencias previo al inicio de otras acciones, debe enfatizarse que el argumento esgrimido por el Comité Fiduciario en su decisión No. 725 del 25 de octubre de 2023, respecto de las reuniones que se convocaron con posterioridad al inicio del presente proceso por presunto incumplimiento no suplen las obligaciones que tenía el contratante previo a iniciar el mismo, por tanto el presente procedimiento de incumplimiento resulta inválido, puesto que se ha incumplido con lo consagrado por los contratantes en la cláusula trigésima del contrato de obra No. 1380-1518-2022, pretendiendo de forma arbitraria, intempestiva y sorpresiva declarar la terminación anticipada del contrato de obra sin procurar la solución alternativa previa, mediante arreglo directo.

En ese sentido y bajo la égida de la cláusula trigésima, resulta procedente el archivo del presente procedimiento con la finalidad de que se agote el arreglo directo, so pena de vulnerarse el principio

de voluntariedad contractual, en desmedro de la subordinación contractual frente al contratista de la obra.

Frente a la inobservancia del principio de voluntariedad contractual la Corte Constitucional ha mencionado que:

“Primer eje. Para habilitar y dar trámite a otras instancias alternativas de solución de conflictos era necesario tener claridad sobre el agotamiento de la fase de arreglo directo entre las partes, y sobre el cumplimiento del principio de voluntariedad para acudir a la amigable composición

“Por tales razones esta Corporación estima que, aunque el actor cuenta con medios de defensa idóneos, los mismos no resultan eficaces y oportunos para proteger de forma inmediata los derechos fundamentales afectados, más aún cuando fue desconocido el principio de voluntariedad para habilitar el mecanismo de la amigable composición que terminó afectando en especial los derechos fundamentales a la igualdad, a la defensa y a la contradicción

Para el accionante, la ausencia de los accionados en verificar si se agotó esa etapa previa afectó los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la contradicción y a la igualdad, porque se adelantó el trámite de la amigable composición sin cumplir lo estipulado por las partes, en especial lo atinente a su voluntad contractual.

A partir de la autonomía de la voluntad conflictual, la cláusula de solución de controversias contractuales estableció el arreglo directo antes de acudir a otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, siendo una de las posibilidades enunciadas a título general, la amigable composición. A tal arreglo directo no se le podía restar los efectos vinculantes en aplicación del artículo 13 del CGP, y por esa vía desestimar el argumento del convocado sin generar las precisiones del caso. Ello aparejó la imposición del convenio final de composición en tanto no se tuvo certeza sobre las condiciones para dar cumplimiento de lo consignado en la cláusula de solución de controversias contractuales, más aún cuando acudir a la amigable composición era una de las posibles alternativas enunciadas, sin que luciera el pacto de composición explícito e inequívoco entre las partes.

Expuesta la necesidad de que el contratante agote arreglo directo, se advierte que, en la cláusula trigésima, no se estipuló un pacto de composición explícito e inequívoco, por lo que tal cláusula debe interpretarse a la luz de lo indicado por la Corte Constitucional, de la siguiente manera:

“Significa lo anterior que cuando las partes contractuales no pactan previamente el procedimiento que se debe seguir en caso de acudir al mecanismo alternativo de la amigable composición, se habilita la disposición legal supletoria que señala que son aplicables las reglas de procedimiento del reglamento del centro de arbitraje, y para ubicar la competencia territorial consagra que será un centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada, que podrá ser escogido por el convocante. Aunque el artículo 61 de la Ley 1563 de 2012 no define en concreto unas reglas asociadas a la competencia territorial del centro de arbitraje, sí fija lineamientos relacionados con el procedimiento teniendo en cuenta el centro de arbitraje del domicilio de la parte

convocada.”⁸

Añádase a lo indicado por la Corte, lo establecido en el artículo 1602 del estatuto civil que reza:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

Es decir que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual que establece el artículo 1602 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es Ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales, *a-fortiori* no es de recibo que el FFIE-PA, lleve a cabo la declaratoria unilateral de terminación del contrato de obra, cuando no se han agotado los mecanismos estipulados para la solución de controversias contractuales, lo cual se acompasa con un incumplimiento por parte del contratante.

El artículo 29 de la Constitución Nacional señala el derecho a que se garantice el debido proceso en el desarrollo de toda clase de actuaciones judiciales o administrativas. Para determinar el alcance de este, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado un precedente en que señala:

“El debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, implica que en todos los campos donde se haga uso de la facultad disciplinaria, entiéndase esta como la prerrogativa de un sujeto para imponer sanciones o castigos, deben ser observados los requisitos o formalidades mínimas que integran el debido proceso. En virtud de lo anterior, ha determinado que este mandato no sólo involucra u obliga a las autoridades, en el sentido amplio de este término, sino a los particulares que se arrogan esta facultad, como una forma de mantener un principio de orden al interior de sus organizaciones.”

Igualmente, en la misma providencia estableció:

“(…) también los particulares, cuando se hallen en posibilidad de aplicar sanciones o castigos, están obligados por la Constitución a observar las reglas del debido proceso, y es un derecho fundamental de la persona procesada la de que, en su integridad, los fundamentos y postulados que a esa garantía corresponden le sean aplicados.”⁹

En concordancia con lo anterior, en el caso que nos ocupa, en el transcurso del Procedimiento Sancionatorio Contractual adelantado por el Consorcio FFIE Alianza – BBVA como vocera del PA-FFIE, el contratante debió estar sujeto al contenido de la cláusula trigésima con miras al agotamiento del arreglo directo, previo al inicio del procedimiento contractual que nos ocupa.

3. NO SE TUVO EN CUENTA QUE 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 el presente asunto, el comité deberá reconsiderar su decisión, toda vez que no tuvo en consideración que durante la ejecución del contrato de obra No. 1380-1518-2022 se evidenciaron constantes situaciones con relación al avance de obra que no son atribuibles al contratista, sino a diferentes circunstancias de tiempo, modo y lugar ajenas a aquel que han impedido la continuación

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-093 de 2023.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-593 de 2014. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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 lugar a una suspensión extensa 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. 1380-1518-2022 por el término de veintiún (21) días calendario, por las siguientes razones: *“(…) el CONSORCIO INTERFFIE–2020 solicita la suspensión 1 del contrato de interventoría por el término de veintiún (21) días calendario ,entre el 14 de junio y 4 de julio de 2022 (ambas fechas incluidas) ,toda vez que se efectuó la suspensión 1 del contrato de obra supervisado por el mismo término , se requiere de un tiempo para llevar a cabo la revisión detallada del informe de diagnóstico, presupuesto y cronograma, presentado por el Contratista, con el fin de emitir concepto”.*

Dicha suspensión se prorrogó en una primera ocasión el día 5 de julio de 2022, por dieciséis (16) días calendario adicionales, 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 no solo la causa del retraso en las obras, sino que además es la razón por la que más adelante tuvo que aumentarse el presupuesto, aunque por un valor menor al que se necesitaba. 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, por once (11) días calendario adicionales, se decidió nuevamente modificar el plazo contractual, considerando que: *“(…) En virtud de surtir la etapa de revisión de las cantidades de obra, cuyo objetivo 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, pero no lo hizo, situación que desde ese momento generó situaciones que imposibilitaban la ejecución de un contrato que ya era a todas luces defectuoso y, evidentemente, nadie está obligado a lo imposible como es el caso del contratista.

Por último, el 1 de agosto de 2022 se suscribió una última prórroga a la suspensión No. 01, por quince (15) días calendario adicionales, por motivo de: *“(…) conforme al avance de revisión parcial*

obtenido para el presupuesto de obra para esta institución educativa, (...) esto debido al 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 estas diseños y de esta manera determinar su alcance económico para los trabajos que se adelantaran para 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 y de los diseños defectuosos entregados por el contratante, por lo que de ninguna manera podría imputarse incumplimientos al contratista, si se considera que apenas un (1) mes después de iniciado al contrato, este se suspendió por no contar el contratante con ninguno de los elementos para su correcta ejecución.

De otra parte, dentro del expediente contractual se encuentra el otrosí No. 02 de fecha 28 de marzo de 2023, al Contrato de Obra No. 1380-1518-2022, el cual tuvo como objeto modificar el valor y el plazo de ejecución del contrato, se adicionó el contrato en \$ 318.643.692 que representan el 9.2% del valor del contrato inicial de \$ 3.427.718.979 y solo dos meses de prórroga para la ejecución, cuando la realidad del contrato es que requería una adición presupuestal de \$ 1.084.821.721, esto 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 ALBERTO SANTOFIMIO CAICEDO SEDE PRINCIPAL Contrato de obra No.1380-1518-2022 | | | |
|--|------------------------------------|---|-----------------------|
| 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) | \$ 2.605.050.683 | \$ 3.746.352.662 | \$ 318.643.692 |
| RCI | | \$ - | \$ - |
| PAPSO | | \$ - | \$ - |
| RECONOCIMIENTO VALOR DEL ACERO | \$ 199.211.494 | | |
| INDEXACION | \$ 107.537.475 | \$ - | |
| OBRAS COMPLEMENTARIAS | \$ 424.859.318 | | |
| MEJORAMIENTO | | | \$ - |
| TOTALES | \$ 3.427.718.979 | \$ 3.746.352.662 | \$ 318.643.692 |
| | | VALOR ADICIÓN | \$ 318.643.692 |

Carpeta 1. antecedentes, documento "O2 CO 1380-1518-2022 CONSORCIO M&E CANAAN FFIE.pdf", página 2.

Así pues, resulta de gran relevancia considerar que todas las modificaciones al plazo contractual fueron consecuencia de deficiencias presupuestales y de los planos, 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**". (Énfasis propio)*

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 duda 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".¹⁰ (Énfasis propio)

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

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 27315 del 24 de abril de 2013, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

interés general. Por tal razón, es un principio transversal a los regímenes de contratación estatal y tiene como único 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.

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.

De la mención contractual anterior, se desprende que los contratantes, antes de iniciar el procedimiento por incumplimiento, debieron activar el mecanismo de arreglo directo entre las partes. Esto se debe a que se presentaron circunstancias no imputables al contratista, atribuibles a la entidad estatal contratante y especialmente a la interventoría, que afectaron los componentes legales, técnicos y financieros del contrato. Estos aspectos no han sido reconocidos por el FFIE, a pesar de las solicitudes de adición presupuestal y prórroga del plazo contractual realizadas por el contratista de la obra. Estas solicitudes se han presentado de manera constante desde el mes de mayo de 2023, dos meses antes de la terminación del plazo del contrato, que finalizó el 30 de junio de 2023.¹¹

Esas circunstancias y ese tiempo que nunca se repuso sustenta el supuesto atraso en las obras. No se entiende cómo el FFIE inicia un proceso sancionatorio sin haberse pronunciado sobre estas peticiones de prórroga que, necesariamente, deben llevar a un ajuste en el cronograma. Por el contrario, el contratante inobservó el principio de buena fe contractual, en el entendido que omitió hacer un análisis detallado y de fondo respecto de la solicitud de prórroga elevada por el contratista, amén de lograr cumplir con el 100% en la ejecución del contrato, pero, el contratante sustentó su oposición a conceder dicha prórroga mediante conjeturas y procedió a tramsutar el principio de la buena fe contractual en mala fe. Sobre el principio de la buena fe contractual objetiva, tenemos que el Consejo de Estado ha insistido en ella en los siguientes términos:

“En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de estos, según la ley, la costumbre o la equidad natural. Pero, además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.

¹¹ Solicitudes de prórroga solicita con el oficio CMCF-IEASC-189-2023 de fecha 25 de mayo de 2023, reiterado mediante oficio CMCF-IEASC-198-2023 de fecha 09 de junio de 2023 y el oficio CMCF-IEASC-209-2023 de fecha 20 de junio de 2023. Suspensión solicitada mediante oficio CMCF-IEASC-201-2023 de fecha 13 de junio de 2023.

Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia. (Énfasis propio).

Sobre los hechos que motivan el presunto incumplimiento por demás extemporáneo, esto es, tomando en consideración el informe CMCF-IEASC-218-2023 del 27 de julio de 2023, por ende, sin efecto legal que se haga un PIC para conminar el Consorcio al indicar que no cumplió con la entrega de las Obras de la IE Alberto Santofimio cuando fue la Entidad Contratante quien a través de la Interventoría no avaló el plazo y valores requeridos.

En conclusión, deberá de reconsiderarse la decisión del Comité Fiduciario No. 725 del 25 de octubre de 2023, tomada dentro del presente proceso y en su lugar evaluar todas las razones expuestas por el suscrito y el contratista, que dan cuenta de las deficiencias de parte del contratante desde la etapa precontractual y contractual que afectaron de manera directa la ejecución normal del contrato de obra No. 1380-1518-2022 desde su inicio, y que al no ser imputables al contratista, no dejan más alternativa que dar por terminado el proceso y ordenar su archivo inmediato.

4. SE PASÓ POR ALTO LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD FRENTE A LA CLAUSULA PENAL DEL CONTRATO DE OBRA No. 1380-1518-2022 – FALSA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN.

Sin perjuicio de los reproches antes mencionados relacionados con la incompetencia de la entidad para decidir sobre este asunto y que en todo caso los supuestos incumplimientos no son imputables al contratista, y sin que implique reconocimiento alguno de responsabilidad por parte del contratista o la compañía que represento, en el remoto e hipotético evento en que se mantenga la decisión del comité, pese a que no existen fundamentos fácticos y jurídicos para ello, se hace imperioso destacar que el comité con su decisión No. 725 del 25 de octubre de 2023, no tuvo en cuenta la vulneración flagrantemente al principio de proporcionalidad respecto de la imposición de la cláusula penal al contratista en la cuantía y porcentaje que se indicó. Al respecto, el Decreto 1437 de 2011, en su artículo 44 establece:

*“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**”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

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

*“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.**” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Igualmente, el artículo 867 del Código de Comercio también hace referencia al principio de proporcionalidad de la siguiente manera:

*“**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. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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 establecer previamente un monto o una cuantía equivalente al valor de los perjuicios que se causen como consecuencia del incumplimiento contractual de una de las partes, cuyo efecto jurídico más importante es que exime a la parte cumplida de la obligación de demostrar la cuantía de la indemnización.

Doctrinariamente, ha sido definida por parte del Doctor Rodrigo Escobar Gil, como “una estipulación en la que se fija anticipadamente el valor de la indemnización que cada parte puede reclamar por el incumplimiento de las obligaciones de la otra”.⁷ En este sentido, se tiene que se trata de una tasación anticipada de perjuicios, cuyo efecto jurídico es que exime al acreedor (parte cumplida) de demostrar el monto de los perjuicios. No obstante, en la misma línea, el tratadista Jorge Pino Ricci, ha definido esta estipulación contractual como aquella:

“Propia del derecho común mediante la cual las partes acuerdan cancelar una sanción pecuniaria, en caso de incumplimiento en las obligaciones contractuales. Por otra parte, puede definirse también como estimación anticipada, según se acuerde definitiva o no, de los perjuicios que eventualmente pueden sufrirse como consecuencia del incumplimiento de una de las partes.”¹²

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 Estado¹³ ha sostenido:

¹² PINO RICCI Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Primera Edición, 2005. Página 398.

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

“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:

“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.”¹⁴ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, el fundamento para no aplicar el principio de la proporcionalidad es abiertamente contrario a la Ley, en razón a que contraviene no solo parágrafo primero del artículo 17 de la Ley 1150 de 2009, el artículo 1596 del Código Civil y el tratamiento que sobre este particular ha dado el máximo órgano judicial en materia Contencioso Administrativa. En reiteradas ocasiones como en la Sentencia del 29 de agosto de 2012:

¹⁴ CLARO SOLAR, Luis. Ob. Cit. Págs. 520 y 521.

Así mismo, PHOTIER –citado por Felipe Navia Arroyo–, al exponer los cinco principios propios de la naturaleza de las obligaciones penales, expresó:

(...)

“Principio quinto: ‘La pena estipulada en caso de inejecución de una obligación, puede ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva.’ (Negrilla fuera del texto) (NAVIA ARROYO, Felipe. La cláusula penal en la transacción. Parte de: Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestroza.

*“(…) **Ahora bien, en consideración a lo analizado, señala la normatividad vigente en la época de los hechos, así como la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, que con base en el principio de proporcionalidad y en el criterio auxiliar de la equidad, si el juez verifica que el contratista cumplió, efectivamente, parte del objeto estipulado en el contrato, y que este, además, fue aceptado por la entidad contratante, puede disminuir la sanción penal en proporción al porcentaje de obra ejecutada.** Partiendo de lo anterior, es necesario que el juez, además de estos aspectos, analice lo concerniente al cumplimiento del contrato a partir del porcentaje de obra ejecutado, y recibido por esta. No obstante, tratándose de obligaciones indivisibles, según se acaba de indicar, es ilógico que el contratista solicite la disminución de la cláusula penal impuesta, pues la naturaleza misma de las obligaciones lo impide, salvo aceptación de la entidad estatal de la parte ejecutada. **En este sentido, los aspectos que debe analizar el juez frente a la solicitud de disminución del monto de la cláusula penal pecuniaria, considerando que dicho análisis se realiza conforme a los postulados del principio de proporcionalidad y al criterio auxiliar de la equidad, son: i) El porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista, y ii) si la entidad pública contratante recibió esta parte del objeto contractual. Según se dijo, el contrato se rige por el decreto-ley 222 de 1983, norma que, por lo demás, no reguló en forma particular lo concerniente a la disminución de la cláusula penal pecuniaria, de manera que, tal como lo ha hecho la Sala en otras ocasiones, es posible acudir al derecho civil y al comercial, para efectos de aplicar sus normas.** No obstante, resulta que estos dos ordenamientos regulan, aunque de manera muy parecida -pero no idéntica-, la cláusula penal pecuniaria, de manera que se debe definir, concretamente, a cuál de los dos se hará la remisión, para efectos de concretar el análisis del tema. La Sala acudirá a la regulación contenida en el art. 867 de la normatividad comercial, en consideración a que el contratista, conforme a los artículos 10 y 20.15 del Código de Comercio, es un comerciante, y por tanto le es aplicable lo dispuesto en el mismo. Ahora bien, considerando -conforme al artículo 867 del Código de Comercio- que en el proceso se acreditó el incumplimiento del objeto del contrato -sólo se ejecutó el 38.77% de su alcance-, no obstante lo cual la entidad aceptó la entrega de esta parte, se deberá confirmar la decisión del a quo, en lo relacionado con la disminución de la cláusula penal en el 38.77%. Por esta razón, el aspecto de la sentencia del a quo con el cual está inconforme la parte demandada se confirmará -esto es, la reducción del monto de la sanción-, pues los antecedentes jurisprudenciales de esta Sección, sumado a la claridad de las normas que regulan la materia, enseñan que, efectivamente, en caso de incumplimiento de un contrato, que contiene la cláusula penal, no necesariamente se debe imponer el valor total de la pena pactada, sino una suma proporcional, siempre que se hubiese ejecutado parte del contrato.”¹⁵ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Conforme lo anterior, en la cláusula décima octava y décima novena del Contrato de Obra No.1380-1518-2022, las partes establecieron que en caso de incumplimiento se podría exigir el pago de una pena moratoria, así:

“DÉCIMA OCTAVA. PENAL DE APREMIO: Si hay incumplimiento parcial o retardo en el cumplimiento respecto de alguna de las siguientes obligaciones imputable al Contratista, previo concepto de la interventoría, el Contratante podrá exigir el pago de una pena moratoria por cada día de retardo injustificado hasta su cumplimiento, sin superar la mitad

¹⁵ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, Subsección B. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 29 de agosto de 2012. radicación número: 25000-23-26-000-1999-02639-01(25390)

del porcentaje establecido para la cláusula penal y sin perjuicio de la aplicación de la misma, por un valor equivalente a los siguientes porcentajes:

a) **Retardo en la constitución de las garantías contractuales-** Será equivalente al 0,2% de los valores que deberá asegurar el contratista.

b) **Retardo en el cumplimiento del cronograma de ejecución-** Será equivalente al 0,1% del valor del contrato.

c) **Retardo en el cumplimiento de los requisitos para la suscripción del acta de inicio del contrato – distinta a la constitución de garantías contractuales-** Será equivalente al 0,05% del valor del contrato.

d) **Retardo en la realización de cualquiera de las actividades o en la entrega de cualquiera de los productos de la Fase 1.** Será equivalente al 0,05% del valor del contrato.

e) **Retardo en la entrega del Presupuesto, Programación, Cantidades de Obra y Especificaciones de Construcción.** Será equivalente al 0,05% del valor del contrato.

f) **Retardo en la acreditación del cumplimiento de salarios, prestaciones sociales o pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, SENA, ICBF y cajas de compensación familiar-** Será equivalente al 0,05% del valor del contrato.

g) **Incumplimiento de otras obligaciones contractuales-** Si el contratista incumple alguna de las obligaciones contempladas en el contrato, que no se encuentre relacionadas en los literales anteriores, el contratista deberá pagar una pena moratoria equivalente al 0,03% del valor del contrato.

PARÁGRAFO PRIMERO: En el evento en que se presenten de manera concomitante varios incumplimientos parciales o retardos, las penas de apremio no serán acumulables. A partir del momento de presentarse dicha concomitancia, la pena se tasará teniendo en cuenta la obligación incumplida que tenga la pena de apremio más alta.

DÉCIMA NOVENA. CLÁUSULA PENAL: En caso de incumplimiento total o definitivo de cualquiera de las obligaciones del contratista conforme a lo conceptuado por la interventoría evidenciado durante su ejecución o con posterioridad al vencimiento del mismo, se genera a su cargo el pago de una cláusula penal cuyo monto será hasta por el 20% del valor total del contrato. La pena no exime al contratista del cumplimiento de la obligación principal, ni del pago de los perjuicios que superen el valor de este porcentaje en los términos del artículo 1594 del Código Civil y demás normas concordantes.

PARÁGRAFO PRIMERO: El contratante deberá descontar el valor correspondiente a las penas antes mencionadas, tanto de la penal de apremio como de la cláusula penal, de las sumas que se adeuden al contratista por cualquier concepto (Compensación). De no ser posible el descuento total o parcial, éste se obliga a consignar en la cuenta que el contratante indique el valor o el saldo no descontado, dentro del plazo que se señale en la cuenta de cobro que se le curse con tal fin. El contratista renuncia expresamente a todo requerimiento para efectos de su constitución en mora.

PARÁGRAFO SEGUNDO: En el evento de que el presunto incumplimiento se evidencie con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución, se suspenderán los plazos para su liquidación hasta tanto se agote el procedimiento previsto en la cláusula décima sexta del presente contrato.” (Subrayado fuera del texto)

Según el acuerdo realizado, la cláusulas contractualmente suscritas y lo dispuesto en la comunicación No. FIE2023EE013793, el contratista consorcio M&E CANAAN FFIE no incumplió de forma total o definitiva sus obligaciones, por el contrario, lo que se alega por parte del Patrimonio Autónomo del FFIE es que el contratista no realizó la entrega de la IE Alberto Santofimio Caicedo toda vez que solo cumplió con el 68,29% de la ejecución de la obra, quedando pendiente por ejecutar un 31,71%. Motivo por el cual, no puede bajo ningún supuesto perderse de vista que por parte del Contratista se refleja por inferencia un cumplimiento a cabalidad de casi el 70%, razón por la cual, es preciso concluir que el porcentaje correspondiente a la cláusula penal que se pretende hacer efectivo por parte del al PA del FFIE debe ser proporcional a lo que aparentemente no fue ejecutado por el consorcio M&E CANAAN FFIE, y no conforme con la estipulación de incumplimiento total que se vislumbra en la cláusula decimonovena del Contrato de Obra No.1380-1518-2022.

Por lo anterior, conforme con los datos recolectados, se tiene que la consecuencia o tasación de la cláusula penal equivalente a la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS MCTE (\$237.594.320,00), resulta alejada de los criterios de proporcionalidad y equidad mencionados, toda vez que la entidad en la comunicación No. FIE2023EE013793, no tuvo en cuenta el desarrollo y cumplimiento del contrato por parte del consorcio, ni tampoco estimó en ningún momento el presunto porcentaje del incumplimiento conforme con el análisis prudente del porcentaje de ejecución del contrato a la fecha de remisión de la comunicación enunciada, o las causas que rodearon el retraso en el cumplimiento, las cuales no son imputables al contratista quien en síntesis mediante comunicación CMCF-FFIE-ASC-073-2023 del 06 de enero de 2023, indicó:

- a) La Etapa de diagnóstico de la edificación existente se tomó más tiempo del establecido, afectando el plazo de ejecución total del contrato.
- b) Se presentó propuesta económica para realizar ajustes a los diseños preliminares, al cual la interventoría dio aval del diseño por valor de \$33.686.937,27 y recomendó un tiempo estimado de 45 días para la realización de estos. Este trámite de presentación de la propuesta, evaluación y aprobación por parte de la interventoría, ejecución de los diseños y su incorporación al alcance de las obras a ejecutar impactó en la ejecución toda vez que sin la definición de las actividades no se podía ejecutar. Estos 45 días no han sido incorporados al plazo de ejecución del contrato.
- c) Durante la ejecución del contrato se presentaron circunstancias por fuera de lo normal relacionadas con las afectaciones climatológicas, escasez de materiales de la ruta crítica del proyecto (tales como enchapes cerámicos, el gres, el duro piso), por la alta demanda de los mismos, y la escasez de personal en la zona y alta rotación de este, impactando el cronograma de obra con la disminución de los rendimientos de ejecución.
- d) El alcance del proyecto no estaba definido desde el comienzo, si bien había un presupuesto inicial producto de la etapa de diagnóstico, también existían otras actividades sin precisar (resultado

de los ajustes a diseños), por lo que se iba desarrollando lo que se podía y no lo resultante de un procedimiento lógico de construcción.

Adicionalmente, el contratista de obra en su comunicación CMCF-FFI-IEARU-017-2022 del 15 de agosto de 2023, presentada un día antes del informe de interventoría INT-IEASC-207-Obra-2021, del cual se deriva el presente proceso, manifestó que *“A la fecha ya las causas de la suspensión se han moderado y/o cesado, permitiendo iniciar con los trabajos iniciales según presupuesto balanceado con el valor del contrato inicial desde el 16 de agosto de 2022”*.

Lo anterior, expone que el Patrimonio Autónomo Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa -PA FFIE realizó un análisis superficial de la imputación de un presunto incumplimiento, visiblemente contrario a los postulados de la materia y por ende con desconocimiento del principio de proporcionalidad y equidad aplicable al procedimiento administrativo sancionatorio de incumplimiento de contrato.

En conclusión, sin que signifique aceptación alguna de responsabilidad, deberá de reconsiderarse lo resuelto, ya que resulta completamente desproporcionada la tasación de la cláusula penal, pues, atendiendo al principio de proporcionalidad y el criterio de equidad, el comité debió reducir la sanción impuesta, en atención al porcentaje efectivamente ejecutado, el cuál fue recibido a entera satisfacción por parte de la entidad contratante y soportado mediante un avance en la obra dentro del término de ejecución previsto bilateralmente.

III. REPROCHES CONCRETOS FRENTE A LA VINCULACIÓN DE HDI SEGUROS S.A.

1. **EL COMITÉ NO TUVO EN CUENTA LA COMPROBADA INEXISTENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO NO. 4006263 PARA EL AMPARO DE MANEJO DEL ANTICIPO.**

En gracia de discusión, a pesar de advertirse en el escrito de descargos presentado por el suscrito que el seguro de cumplimiento No. 4006263, mediante la cual se pretendió la vinculación de la aseguradora, no es susceptible de ser afectado con relación al supuesto incumplimiento contractual que deriva del informe de interventoría INT-IEASC-207-Obra-2021 del 16 de agosto de 2023. Llama la atención que el comité no tuviera en cuenta esta situación y de manera contraria a derecho, ordenara la afectación del amparo de manejo del anticipo pese a que, de acuerdo con el último anexo del contrato de seguro, este se encontraba cubierto únicamente hasta el **03 de julio de 2023**, por lo que resultaba evidente que, para el **01 de septiembre de 2023**, fecha de inicio del presente procedimiento sancionatorio, el amparo de manejo del anticipo no se encontraba vigente.

Incluso, si se considera que la fecha que se debe tener en cuenta para calcular la cobertura temporal es el **16 de agosto de 2023** momento en el cual se expide el informe de interventoría, y se advierte la falta de amortización del anticipo, tampoco existe cobertura temporal de la póliza No. 4006263, para el amparo de manejo del anticipo, el cual estuvo vigente hasta el **03 de julio de 2023**. La carátula del seguro de cumplimiento No. 4006263 en su anexo 5, página 1 con relación a los amparos contratados y su vigencia precisa lo siguiente:

| Amparo | Vigencia desde | Vigencia hasta | Suma asegurada |
|---|----------------|----------------|-------------------|
| CALIDAD DEL SERVICIO | 13/05/2022 | 03/04/2023 | \$ 187.318.133,10 |
| CUMPLIMIENTO | 13/05/2022 | 03/03/2024 | \$ 749.272.532,40 |
| ESTABILIDAD DE LA OBRA / CALIDAD Y BUEN FUNCIONA... | 13/05/2022 | 13/05/2025 | \$ 749.272.532,40 |
| MANEJO DEL ANTICIPO | 13/05/2022 | 03/07/2023 | \$ 685.543.794,00 |
| PAGO DE SALARIOS PRESTACIONES SOCIALES | 13/05/2022 | 03/07/2026 | \$ 749.272.532,40 |

Carátula póliza cumplimiento No. 4006263, anexo 5, página 1

Frente a este tópico, es pacífica la jurisprudencia del Consejo de Estado, en cuanto a la imposibilidad de afectar la garantía, cuando es evidente que el hecho ocurre por fuera del periodo de cobertura para el amparo de cumplimiento:

*“(…) En efecto, para la fecha en la que se produjo el siniestro de incumplimiento, ya había transcurrido más de un año desde el vencimiento de la Póliza de Garantía No. 10328754 por el amparo de cumplimiento y para la fecha en la que se expedieron los actos administrativos impugnados ya había transcurrido mucho más de un año, razón por la cual el Distrito de **Barranquilla no podía proceder a ordenar su efectividad ante la aseguradora, pues resultaría ilógico que se obligara a las Compañías aseguradoras a responder por los riesgos posteriores al periodo de cobertura de las Pólizas por ellas expedidas.** Con otras palabras, **las compañías aseguradoras no se encuentran obligadas a responder ante la administración por los siniestros ocasionados por fuera del periodo de cobertura en los términos de las Pólizas de garantía por ellas expedidas.** (...) Pero además, no resulta procedente, ni mucho menos legal que la administración proceda a expedir unos actos administrativos por medio de los cuales ordene la exigibilidad de las Pólizas de Garantía constituidas a su favor, cuando para la fecha en la que se produjo el siniestro amparado éstas se encontraban vencidas.”*

En conclusión, deberá de reconsiderarse la decisión, sin que implique aceptación alguna de incumplimiento por parte del consorcio M&E CANAAN FFIE, y pese a que como se mencionara más adelante el evento derivado de la no amortización del anticipo no se encuentra cubierto por la póliza de seguros; en el remoto evento de mantenerse la decisión de declarar el incumplimiento por parte de contratista, no podrá en ningún caso ser afectada la póliza de cumplimiento No. 4006263, en atención a que actualmente no se ofrece cobertura temporal para el amparo de manejo del anticipo, y adicionalmente este evento no se encuentra cubierto, por estas situaciones deberá reconsiderarse la decisión y consecuentemente deberá desvincularse a mi representada del presente asunto.

2. EL COMITÉ PASÓ POR ALTO LA IMPOSIBILIDAD DE HACER EXIGIBLE EL AMPARO DE MANEJO DEL ANTICIPO CONTENIDOS EN LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO No. 4006263, POR NO OFRECER COBERTURA PARA LA NO AMORTIZACIÓN DE ESTE – NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO.

Tanto el Comité Técnico del PA-FFIE como el Comité Fiduciario del PA-FFIE yerran al considerar que se debe hacer exigible la obligación asegurada contenida en la póliza de cumplimiento No. 4006263 expedida por mi representada. Esto se debe a que no solo no se demostró la realización del riesgo asegurado, sino que tampoco resulta factible pretender hacer exigible el amparo de

manejo del anticipo. En el contrato de seguro, **no se amparó la no amortización del anticipo**, sino su correcta inversión, y dicho amparo opera de la siguiente manera:

1.2.2 GARANTIA DE CORRECTA UTILIZACION E INVERSION DE DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN SIDO ENTREGADOS POR ANTICIPADO AL CONTRATISTA PARA LA EJECUCION DEL CONTRATO.

Clausulado general 08/06/2018-1314-P-05-HDIG10010000000-D001, página 1

Nótese que no se ha acreditado en el presente asunto que el contratista haya hecho un uso indebido o se haya apropiado indebidamente de las sumas de dinero entregadas, máxime cuando el contrato de obra no ha sido debidamente liquidado, es decir, que en el contexto actual no es posible determinar la no inversión del anticipo y mucho menos la apropiación indebida del anticipo. De ahí que, ante la no comprobación de ello, el amparo por manejo del anticipo resulta inviable de declaración de afectación, puesto que no se reúnen los presupuestos necesarios para ello.

En gracia de discusión dicho amparo eventualmente se haría efectivo en el momento en que se proceda con la liquidación del contrato de obra, y con ello, se realice la compensación de saldos y devolución del anticipo, lo cual, como se ha dicho, no ha acontecido en el presente asunto. En ese sentido, no puede confundirse entonces la no amortización del anticipo con el uso, inversión o la apropiación indebida del mismo, de tal suerte que se asimilen riesgos de distinta naturaleza como si fueran idénticos.

Todo ello máxime cuando como ya se ha iterado, el seguro de cumplimiento es de interpretación restrictiva y de riesgos nombrados. La amortización, al estar implícitamente relacionada con el porcentaje de ejecución del contrato, para que se entienda amortizado totalmente el anticipo, es normal que deba también estar concluido el 100% del objeto contractual estipulado. No obstante, en caso de terminación del contrato por parte del contratante por un presunto incumplimiento, el anticipo no podría ser amortizado en su totalidad por obvias razones. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

*“Si el contratista no amortiza el anticipo, está incumpliendo una obligación a su cargo, **pero de esta circunstancia no puede deducirse automáticamente –como lo hace el tribunal– que el contratista invirtió o manejó inadecuadamente el anticipo.** Se itera que la regla general es que estas sumas se utilicen para cubrir los gastos que tiene el contratista al principio del contrato e impulsar la obra (construcción, montaje de campamentos, compra de equipos y materiales, etc.) y el anticipo tiene por finalidad entregarle una suma de dinero antes de que inicie la obra para que pueda realizarlos. El hecho de que no ejecute la obra de acuerdo con el programa de inversión, que no facture y que por lo tanto no cumpla con la obligación de amortizar con cada cuenta, no evidencia **–de ninguna manera– que haya invertido o manejado inadecuadamente el anticipo;** razón por la cual tales circunstancias **no autorizan a la entidad contratante a hacer efectiva la garantía, porque ellas no acreditan la ocurrencia del riesgo amparado**”
(Énfasis propio) ¹⁶*

¹⁶ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera subsección B, sentencia 2005-00338 de 03 de noviembre de 2020, Exp. 47760.

Por lo tanto, al carecer de elementos de entendimiento y convicción que indiquen que en el proceso de liquidación del contrato el contratista no ha reintegrado los valores correspondientes, al manejo del anticipo hasta tanto se realice la liquidación del contrato. La liquidación se presenta como un paso fundamental para confirmar si, de hecho, ha tenido lugar un incumplimiento por parte del contratista y en qué medida se ha producido. La evaluación precisa y completamente proporcionada por la liquidación del contrato es esencial para establecer los hechos y las cifras concretas relacionadas con el siniestro.

Sobre este particular ha explicado el Consejo de Estado, sobre el Artículo 1077 del Código de Comercio y su relación con el seguro de cumplimiento:

*“Es precisamente por efecto de ese carácter indemnizatorio que, acorde con el artículo 1077 ejusdem, le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como “la cuantía de la pérdida”; es decir, **que al demandar el pago de la indemnización debe probar no solamente los hechos a cuyo amparo estima se configuró el siniestro sino también la naturaleza de los daños padecidos y la extensión de los perjuicios sufridos a raíz de la realización del riesgo asegurado.** Significa lo anterior que aquél, al pretender obtener el pago de la indemnización convenida, total o parcial, debe demostrar “ya mediante reclamo extrajudicial o ya por vía judicial, la existencia del daño padecido y su cuantía, pues sólo hasta allá se extiende la responsabilidad de la compañía a quien, por razón de tal vínculo, le corresponde pagar, únicamente en esa medida, los perjuicios derivados para aquél por causa del incumplimiento de las obligaciones del tomador”.¹⁷*

En este mismo sentido, el Consejo de Estado, citando a la Corte Suprema de Justicia con respecto a este tópico han señalado:

“la obligación de indemnizar surge a cargo de la compañía aseguradora únicamente ante la prueba del daño y del monto del perjuicio, y que, por ende, el beneficiario carece derecho a ser indemnizado con base en la prueba del simple incumplimiento del tomador. Por lo mismo, puede decirse que el incumplimiento por parte del obligado, per se, no alcanza a configurar el siniestro contemplado en el artículo 1072 del Código de comercio salvo que, como consecuencia de tal desatención, se produzca un perjuicio real para el asegurado, vale decir, aquel que llegue evidentemente a materializarse en un auténtico desmedro patrimonial para éste”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de noviembre de 2007; Magistrado ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Exp. C-7600131030141999-01083-01.”¹⁸ (Énfasis propio)

La mencionada obligación atribuida al asegurado o beneficiario también se origina en el hecho de que el seguro de cumplimiento se clasifica como un seguro de daños de naturaleza patrimonial, tal como lo ha señalado la Superintendencia Financiera de Colombia:

“El seguro de cumplimiento establecido por la Ley 225 de 1938, tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones que emanen de leyes o de contratos. Dicho seguro de cumplimiento, de acuerdo con la clasificación consignada en el artículo 1082

¹⁷ Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo sección tercera Subsección C. sentencia del dos (2) de julio de dos mil veintiuno (2021). C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Exp. (51307)

¹⁸ consejo de estado sala de lo contencioso administrativo sección tercera Subsección a consejero ponente: Hernán Andrade Rincón Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Exp. 28917.

del Código de Comercio se enmarca dentro de los seguros de daños, de carácter patrimonial, en la medida que pretende el restablecimiento del patrimonio económico del acreedor de la obligación (asegurado), por causa del incumplimiento del contrato o de la disposición legal por parte del deudor (tomador del seguro).¹⁹

El Consejo de Estado a modo ilustrativo ha conceptualizado sobre la liquidación del contrato como mecanismo constitutivo de derechos y obligaciones:

*La Sala advierte que la liquidación tiene otra función, esto es, la de constituir de forma directa e inmediata vínculos jurídicos, crear obligaciones, cuya fuente mediata es el contrato estatal celebrado por las partes. (...) **[E]n la liquidación, de forma directa e inmediata, se pueden generar obligaciones, cuya fuente mediata es el contrato estatal celebrado por las partes, las cuales, según se precisó anteriormente, hacen referencia a la determinación de sumas específicas a cargo de una parte y en favor de la otra en virtud de las obligaciones y derechos existentes que emanan del texto contractual; reconocimientos y cuantificación del valor de prestaciones adicionales ejecutadas de buena fe que tuvieron lugar durante la vigencia del contrato, que no se encontraban comprendidas en el clausulado contractual y resultaron esenciales y necesarias para el cabal cumplimiento del objeto contractual; ajustes y revisión de precios para restablecer el equilibrio económico o financiero del contrato, mediante el reconocimiento correspondiente, cuando quiera que proceda de acuerdo con las disposiciones legales, entre otras**²⁰*

Finalmente, debe ser de conocimiento del directivo que en la póliza de cumplimiento, cada uno de sus amparos es independiente de los demás, siendo claro que no es igual el objeto de cobertura de cada uno de ellos, de manera que el asegurado debe, cuando considere haber sufrido perjuicios imputables al contratista que impliquen la afectación de varios amparos, en cumplimiento del artículo 1077 del Código de Comercio, demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro por cada amparo afectado, lo cual para el caso en concreto no se cumple y, en tal virtud, debe ser revocada la decisión.

3. EL COMITÉ NO TUVO EN CUENTA LA TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO DE SEGURO MATERIALIZADO EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 4006263 COMO CONSECUENCIA DE LA MODIFICACIÓN Y AGRAVACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO ASEGURADO.

Con la decisión No. 725 del 25 de octubre de 2023 adoptada por el UG-FFIE, mediante la cual se afectó la póliza de seguro de cumplimiento No. 4006263, se cometió un yerro por cuanto no se tuvo en cuenta como lo reconoce la entidad, que constantemente se agravó el estado del riesgo sin que se informara a mi representada de manera oportuna de los constantes requerimientos que se le hacían al contratista, al respecto en la comunicación de la decisión se menciona que:

¹⁹ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2003046122-2 de febrero 4 de 2004.

²⁰ Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas. Bogotá D.C., 28 de junio de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00067-00(2253).

No radicó la documentación e informe final necesarios para la liquidación del contrato: El **CONTRATISTA**, a la fecha, no ha presentado el balance real de las actividades ejecutadas, así como la documentación e informe final para la liquidación del **CONTRATO**, lo anterior, **a pesar de los sendos requerimientos realizados por la interventoría (V.rg. INT-IEASC-200-Obra-2021 del 4 de julio de 2023, INT-IEAS-201-Obra-2021 del 7 de julio de 2023, entre otros).**

“Pese a los requerimientos y advertencias realizadas al contratistas de obra en los diferentes escenarios (comité, bitácora, oficios), este no mejoró los rendimientos, razón por la cual, al 30 de junio de 2023, fecha de finalización

del contrato, NO hizo entrega de la Institución Educativa a satisfacción, presentándose un incumplimiento total y definitivo, por falta de personal e insumos para la ejecución de las actividades, a consecuencia del no pago de los honorarios, proveedores y aliados estratégicos.

Está demostrado en el proceso que, ninguna de las comunicaciones, oficios o requerimientos remitidos al contratista fueron copiados a la aseguradora, pese a que mi representada como garante del contrato debía ser notificada de todas las situaciones que agravaran el riesgo asegurado, tal como legalmente se exige al tomador y al asegurado, lo mismo ocurre respecto de las solicitudes de prórroga de adición presupuestal y suspensión que fueron presentadas por el contratista de las cuales tampoco fue informada la aseguradora y que hasta la fecha eran desconocidas por esta parte procesal, incumpléndose con ello lo reglado en el artículo 1060 del C. Co y, en consecuencia, en estricta aplicación a tales postulados, acaeció la terminación automática del contrato de seguro

Con base en lo anteriormente descrito y debido a la evidencia clara de modificaciones realizadas al contrato concernientes a prórrogas y suspensiones, e igualmente presuntos requerimientos de incumplimiento al contratista sin que estas situaciones hubieran sido informadas a **HDI SEGUROS S.A.**, en calidad de garante, se traduce en un incumplimiento por parte del tomador y el asegurado que tiene como consecuencia la terminación automática del contrato de seguro en razón a la agravación del riesgo.

Por otro lado, en gracia de discusión, a pesar de que el con el inicio del presente proceso de incumplimiento no se hizo mención de hechos relacionados con la amortización del anticipo y tampoco lo destacaron en las consecuencias derivadas del presunto incumplimiento por esa situación, debe indicarse que se produjo la terminación automática del contrato de seguro, por cuanto **NO** se informó a mi representada con respecto a la supuesta falta de amortización del anticipo de acuerdo con los términos y condiciones contractuales, en los cuales se estableció que el plazo máximo para la inversión del anticipo debía ser dentro de los primeros cuatro (4) meses del plazo contractual de la fase. Sin embargo, al haber transcurrido más de 12 meses desde la suscripción del acta de inicio, es evidente que se ha superado el plazo máximo de 4 meses con relación a la inversión del anticipo sin que el contratante o el interventor hubieran informado esta agravación del estado del riesgo a HDI SEGUROS S.A. de manera oportuna. Esto representa una agravación del riesgo. Veamos el extracto de Términos de Condiciones Contractuales (TCC):

“10.7.2. Reglas para el Manejo e Inversión del Anticipo: Para el manejo e inversión del anticipo, se aplicarán las siguientes reglas:

i. El contratista deberá invertir, en forma directa y de manera inequívoca, el anticipo en el objeto contractual, con sujeción al plan de manejo e inversión del mismo aprobado por la interventoría y verificado por el supervisor de la interventoría de la UG-FFIE.

ii. Tal como se establece en las obligaciones previas a la suscripción del Acta de Inicio, el plazo máximo para la inversión del anticipo deberá ser en los cuatro (4) primeros meses del plazo contractual de la fase 2. La inversión del anticipo debe entenderse como la aprobación y autorización por parte de la interventoría, de las facturas de compra de equipos, materiales, insumos, y demás rubros en los cuales se puede usar el anticipo para garantizar el cumplimiento del contrato de obra, de acuerdo con el plan de manejo e inversión del anticipo; en consecuencia, se entiende que el anticipo ha sido invertido, cuando el 100% de los recursos de la fiducia o del patrimonio autónomo hayan sido utilizados en las compras o los pagos mencionados.” (Énfasis propio)

Expuesto lo anterior, es palpable que el tomador y asegurado/beneficiario del contrato se sustrajeron de cumplir la obligación de carácter legal prevista en nuestro ordenamiento jurídico de mantener e informar a la aseguradora respecto de las modificaciones del estado del riesgo, cuya variación de la identidad local del riesgo inicialmente asumido por mi prohijada experimentó cambios, con la realización de modificaciones observadas en el expediente de incumplimiento contractual.

En este caso, puntualmente encontramos que el artículo 1060 del Código de Comercio estableció para el tomador y asegurado de una póliza de seguro dos obligaciones específicas, siendo ellas: i). mantener el estado del riesgo y ii). notificar los cambios de este. La citada disposición establece tales circunstancias así:

“ARTÍCULO 1060. <MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS>. El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local. La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella.” (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Sobre el mismo aspecto, a través de la sentencia del 06 de julio de 2007, proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente, Doctor Carlos Ignacio Jaramillo, expediente No. 05001310300219990035901, esta corporación se refirió al asunto, diciendo:

“Aflora así que cualquier hecho o circunstancia que, directa o indirectamente, agrave el riesgo asumido o comporte la variación de su identidad local, por consiguiente incide en el compromiso obligacional del asegurador, quien, por tanto, tiene el derecho a ser informado de esas eventualidades y, de cara a la nueva situación, se insiste, luego de que sea debida y oportunamente noticiado, el derecho a sustraerse del contrato –por eso la ley colombiana habla de revocación, o a exigir que se reajuste el valor de la prima, con el fin de restablecer el equilibrio económico inherente a este negocio jurídico. Por lo tanto, si el tomador o el asegurado no informan al asegurador sobre los hechos –subjetivos u objetivos- que alteran el estado del riesgo, la relación aseguraticia se socava en sus más caros cimientos: ubérrima buena fe, lealtad, equilibrio económico, entre otros, lo que debe provocar su terminación”.

De este modo y a manera de conclusión, se expone que conforme con lo establecido por la norma y desarrollado a través de la jurisprudencia de las altas cortes, con ocasión del no aviso dentro del término legal de los hechos que configuraron la modificación y agravación del estado del riesgo por parte del asegurado a la compañía aseguradora, se cumplen los efectos de la norma contenida en el artículo 1060 del C.Co., que produce la terminación del contrato de seguro. Haciendo improcedente la afectación de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006263 dentro del presente proceso administrativo sancionatorio.

4. LÍMITE MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD, CONDICIONES DEL SEGURO Y DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO No. 4006263 EXPEDIDA POR HDI SEGUROS S.A.

Sin perjuicio de todo lo anterior, se reitera que las condiciones que concurren a la póliza de seguro de cumplimiento No. 4006263, sin perder de vista que el contrato de seguro como cualquier contrato, es ley para las partes, y obedece en todas y cada una de sus cláusulas y condiciones a la voluntad de los contratantes, el amparo que se pretende afectar contempla un límite del valor asegurado que deberá ser tomada en consideración para efectos de decidir sobre el presunto incumplimiento del contrato que se pretende endilgar al consorcio M&E CANAAN FFIE. En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

“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, 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”²¹ (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:

En la carátula del seguro de cumplimiento No. 4006263 en su anexo 5, página 1 con relación a los amparos contratados y su vigencia, precisa lo siguiente:

| Amparo | Vigencia desde | Vigencia hasta | Suma asegurada |
|--|----------------|----------------|-------------------|
| CALIDAD DEL SERVICIO | 13/05/2022 | 03/04/2023 | \$ 187.318.133,10 |
| CUMPLIMIENTO | 13/05/2022 | 03/03/2024 | \$ 749.272.532,40 |
| ESTABILIDAD DE LA OBRA / CALIDAD Y BUEN FUNCIONA ... | 13/05/2022 | 13/05/2025 | \$ 749.272.532,40 |
| MANEJO DEL ANTICIPO | 13/05/2022 | 03/07/2023 | \$ 685.543.794,00 |
| PAGO DE SALARIOS PRESTACIONES SOCIALES | 13/05/2022 | 03/07/2026 | \$ 749.272.532,40 |

Carátula póliza cumplimiento No. 4006263, anexo 5, página 1

En conclusión, conforme con las disposiciones legales, comedidamente le solicito al Despacho de la Coordinación de Controversias Contractuales del Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA FFIE, tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis HDI SEGUROS S.A., no puede ser condenada como quiera que como se ha venido explicando en la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006263, la cláusula penal no constituye un riesgo amparado y no existe cobertura temporal para el amparo de manejo del anticipo.

En todo caso, dicho contrato de seguro materializado en la póliza de cumplimiento a favor de particulares, contiene unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por la FFIE en el remoto e improbable evento de declarar el incumplimiento del contrato, que para el caso concretó el único amparo otorgado de cumplimiento, está limitado a un valor de SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS TREINTA

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. MP. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

Y DOS PESOS CON CUARENTA CENTAVOS M/CTE (\$749.272.532,40), mientras que para el amparo de manejo del anticipo, está limitado a un valor de SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$685.543.794,00). De modo tal que deberá tenerse de presente que dicho contrato de seguro contiene unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por la entidad a la hora de desatar el presente recurso.

Sin más consideraciones, elevo las siguientes:

IV. PETICIONES

PRIMERO: Se **RECONSIDERE** la decisión del Comité Fiduciario No. 725 del 25 de octubre de 2023, y en consecuencia 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, amén de que existe y quedó demostrada la falta de cobertura material y temporal respecto del amparo de manejo del anticipo.

SEGUNDO: En el remoto e hipotético evento que se mantenga la decisión respecto del incumplimiento contractual por parte del contratista, solicito se **REVOQUE** la afectación de la póliza de seguro de cumplimiento No. 4006263, respecto a la aseguradora, toda vez que no se configuró el riesgo asegurado por NO encontrarse amparada la no amortización y por demostrarse la falta de cobertura material y temporal respecto del amparo de manejo del anticipo, conforme a las consideraciones expuestas en los descargos y en el presente escrito.

V. NOTIFICACIONES

Para todos sus efectos, las notificaciones correspondientes se recibirán:

- Correo electrónico: notificaciones@gha.com.co
- Teléfonos: (+57) 6016594075; (+57) 6017616436 y 3155776200.
- Direcciones físicas: AV. 6ª A # 35N - 100 Oficina 212 de Cali, Valle del Cauca y en la Carrera 69 # 4-48 Edificio Buro 69 Oficina 502 de Bogotá D.C

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA
C.C. 19.395.114 de Bogotá D.C.
T.P. No. 39.116 del C.S. de la J