

Señores

FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA.

controversiascontractuales@ffie.com.co

PROCESO: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.
CONTRATO: CONTRATO DE OBRA No. 1380-1497-2021.
AFIANZADO: CONSORCIO EDUCACIÓN.
ASEGURADO: ALIANZA FIDUCIARIA S.A.
PÓLIZA: PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 4006064.

REFERENCIA: RECURSO DE INSISTENCIA – ART. 26 LEY 1755 DE 2015.

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 mi calidad de apoderado especial de **HDI SEGUROS S.A.**, sociedad comercial con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D.C., de acuerdo con poder que obra en el expediente, de manera respetuosa y encontrándome dentro del término legal, mediante el presente escrito me permito interponer **RECURSO DE INSISTENCIA** contra la respuesta a la petición del 17 de junio de 2024, proferida el pasado 9 de julio de 2024, en los términos y oportunidad previstos en el artículo 26 de la Ley 1755 de 2015, a efectos de que se revoque la decisión y, en su lugar, se otorgue acceso a la información solicitada, conforme a los argumentos de orden fáctico y jurídico que procedo a esgrimir:

I. OPORTUNIDAD.

En primera medida, cabe aclarar que el presente escrito se presenta dentro del término dispuesto por el artículo 26 de la Ley 1755 de 2015, como quiera que la mencionada disposición normativa establece que el recurso de insistencia deberá interponerse por escrito y sustentado en la diligencia de notificación, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella; Dado que al haberse notificado la respuesta al derecho de petición el 9 de julio de 2024, el plazo concedido empezó a contabilizarse el 10 de julio y se extiende hasta el 23 de julio de los corrientes, encontrándonos dentro de la oportunidad correspondiente para presentar el recurso enunciado.

II. HECHOS.

PRIMERO: El **FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA**, en uso de las facultades contractuales que se auto asignó en relación con el Contrato de Obra No. 1380-1497-2021, inició un proceso de incumplimiento contractual en contra del contratista CONSORCIO EDUCACIÓN, pretendiendo la imposición de sanciones pecuniarias y la exigibilidad de la Póliza de cumplimiento No. 4006064 otorgada por mi prohijada **HDI SEGUROS S.A.** en tanto garante del mencionado contrato.

SEGUNDO: Mediante comunicación adiada al 17 de junio de 2024, **HDI SEGUROS S.A.** solicitó al **FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA** información atinente al Contrato de Obra 1380-1497-2021 y al proceso de incumplimiento contractual que en su virtud se inició, en los siguientes términos:

PETICIÓN:

- Solicito información sobre el estado actual del proceso administrativo sancionatorio de incumplimiento contractual que se surte respecto del contrato de obra No. 1380-1497-2021, en contra del CONSORCIO EDUCACIÓN.
- Solicito información sobre la existencia de saldos a favor del contratista CONSORCIO EDUCACIÓN en virtud del contrato de obra No. 1380-1497-2021.
- Solicito se me indique el estado de compensación y/o amortización del anticipo en virtud del contrato de obra No. 1380-1497-2021.
- Solicito se me informe si el contratista CONSORCIO EDUCACIÓN, ha pagado alguna suma por concepto de la cláusula penal derivada del Proceso de Incumplimiento Contractual (PIC) en virtud del contrato de obra No. 1380-1497-2021.
- Requiero remisión del link que contenga todo el expediente del proceso sancionatorio de incumplimiento contractual que se surte respecto del contrato de obra No. 1380-1497-2021, en contra del CONSORCIO EDUCACIÓN

TERCERO: En tal sentido, mediante comunicación fechada al 9 de julio de 2024, el **FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA**, profirió una respuesta incompleta y evasiva que no se ocupó de resolver de fondo las solicitudes elevadas por HDI SEGUROS S.A., así:

Se procederá a contestar en los siguientes términos:

1. El estado actual del procedimiento de incumplimiento contractual fue informado en la comunicación de la decisión remitida a sus correos electrónicos el 19 de junio de 2024 en oficio X194900, en el citado documento se detalla la decisión adoptada, las pruebas estudiadas y los pronunciamientos de la aseguradora y de la interventoría.
2. La información sobre los saldos a favor del contratista de obra hace parte de la información privada de este último por lo que no puede ser entregada. Es importante aclarar que la relación contractual que media entre la aseguradora y el contratista de obra, no implica la facultad para esta última de obtener información privada relacionada con los saldos a favor del contratista. En primer lugar porque esta información no tiene ninguna relación con el contrato de seguro toda vez que no esta relacionada con los amparos pactados y en segundo lugar porque tanto la relación contractual que media entre el contratista de obra y el PA FFIE o la contratante como su dinámica son ajenas al contrato de seguro.
3. El estado de la amortización del anticipo esta detallado en la comunicación de la decisión, en cuanto a las compensaciones se reitera lo indicado en el numeral 2.
4. El contratista de obra no ha pagado ninguna suma de dinero a título de cláusula penal.
5. En cuanto al link del expediente no es necesario enviarlo comoquiera que en el correo en que se comunicó el inicio del procedimiento de incumplimiento contractual, que fue enviado a la aseguradora se incluyeron todos los soportes que sustentan el incumplimiento.

Con este mensaje se anexa la comunicación de la decisión previamente remitida en la fecha indicada en el numeral 1.

Como se evidencia, el FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA no enunció una razón legal debidamente fundamentada que convalide su determinación de no entregar la información que se solicitó mediante el ejercicio del derecho fundamental de petición.

CUARTO: La respuesta emitida por el **FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA** no satisface los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico vigente, particularmente, la Ley 1755 de 2015, la Ley 1712 de 2014¹ (Ley Estatutaria de Transparencia), el Decreto 103 de 2015 y la jurisprudencia, relativos a los elementos que justifican restricciones del derecho de acceso por motivos de reserva, teniendo en cuenta:

- (i) Ignora la posición de garante ejercida por HDI SEGUROS S.A. respecto del Contrato de Obra No. 1380-1497-2021 en virtud de la Póliza de Cumplimiento No. 4006064 y, en ese sentido su interés legítimo en el negocio jurídico afianzado.
- (ii) No señala el fundamento constitucional o legal que establece el objetivo legítimo de la clasificación o la reserva, señalando expresamente la norma, artículo, inciso o párrafo que justifica la calificación.
- (iii) No determina el tiempo por el que se extiende la clasificación o reserva, contado a partir de la fecha de generación de la información; y,
- (iv) No precisa el daño presente, probable, específico y significativo que causaría la divulgación de la información y la relación de las razones y las pruebas, en caso de que existan, que acrediten la amenaza del daño. No cumple, en ese sentido, con la carga de la prueba que impone el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, y que especifica la Corte Constitucional, como garantía de la no arbitrariedad en la reserva.
- (v) En relación con la solicitud de copias de documentos, no establece la información contenida que es efectivamente reservada y la que no, vulnerando así la divulgación parcial de la que habla el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014, que obliga a la entrega de versiones editadas de dichos documentos que permitan acceder a la información no reservada contenida en los mismos.

¹ Es importante señalar que esta Ley es aplicable al caso concreto toda vez que de conformidad con su artículo 5 en consonancia con las disposiciones del Contrato 1380 de 2015, suscrito entre el Ministerio de Educación Nacional y el Consorcio FFIE Alianza BBVA, este último al recibir e intermediar fondos públicos, es sujeto de aplicación de tal cuerpo normativo.

III. RAZONES DE INCONFORMIDAD FRENTE A LA RESPUESTA DEL 9 DE JULIO DE 2024.

1. HDI SEGUROS S.A. ES PARTE DEL CONTRATO DE OBRA NO. 1380-1497-2021 Y EN ESE SENTIDO TIENE DERECHO A CONOCER LA INFORMACIÓN QUE ATAÑE AL MISMO.

El FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA equivocadamente niega el acceso a HDI SEGUROS S.A. a la información relacionada con el Contrato de Obra No. 1380-1497-2021, particularmente en tanto su estado de compensación y pagos realizados a título de anticipo, bajo la aseveración de que tal información es privada y atañe únicamente a las partes del contrato de obra mencionado, ignorando por completo la relación jurídico-sustancial que existe entre la aseguradora y el contrato afianzado, nexa este que legitima a mi prohilada para solicitar y conocer la información deprecada mediante petición incoada el 17 de junio de 2024.

En primer lugar, es menester señalar que el Contrato de Obra Número 1380-1497-2021 suscrito el 28 de enero de 2022 entre el CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA actuando única y exclusivamente como vocero y administrador del patrimonio autónomo del FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE y el CONSORCIO EDUCACIÓN, contempló en la cláusula décimo tercera la obligación del contratista de constituir a favor del contratante garantías de cumplimiento; salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales; responsabilidad civil extracontractual; calidad del servicio; buen manejo y correcta inversión del anticipo; y, estabilidad y calidad de la obra.

Así entonces, justamente en cumplimiento de la cláusula decimotercera del mencionado Contrato, nació a la vida jurídica la Póliza de Cumplimiento No. 4006064, negocio asegurativo mediante el cual HDI SEGUROS S.A. amparó el Contrato de Obra Número 1380-1497-2021, es decir, mi prohilada aceptó el traslado de algunos de los riesgos contemplados en el mencionado contrato de obra, en ese sentido es claro que, la obligación condicional de HDI SEGUROS S.A. de afectar la póliza 4006064 indemnizando al contratante, depende del estado de cumplimiento, incumplimiento e incluso compensación del Contrato de Obra Número 1380-1497-2021, situación que supone la unidad negocial de ambos contratos.

Dicha unidad negocial entre el Contrato de Obra Número 1380-1497-2021 y el Contrato de Seguro No. 4006064 incluso fue reconocida por el mismo FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA al vincular a mi prohilada al proceso de incumplimiento contractual que inició en relación con el convenio de obra mencionado, pues en calidad de garante de este, se requirió a HDI SEGUROS S.A. a efectos de que se manifestara al respecto.

Aunado a lo anterior, encontramos que la jurisprudencia ya ha reconocido la unidad negocial del

contrato afianzado y el contrato de seguros, al respecto mediante Auto 199 del 24 de febrero de 2022, la Corte Constitucional indicó que el contrato principal y el contrato otorgado para garantizar el cumplimiento del primero forman una unidad jurídica de modo que, las pólizas de cumplimiento forman parte integral del contrato que garantizan; Igual consideración ha sostenido de forma pacífica el Consejo de Estado al considerar que los contratos de seguro suscritos a efectos de garantizar el cumplimiento de contratos de obra con el Estado, son verdaderos contratos estatales. Así entonces lo cierto es que los contratos de seguro de cumplimiento son accesorios a los contratos cuya observancia garantizan de modo que la aseguradora que afianzó al contratista se encuentra plenamente legitimada para conocer los aspectos relevantes del devenir negocial específico.

En ese orden de ideas, el FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA desconoció que de conformidad con la jurisprudencia y las condiciones fácticas de los contratos de obra y de seguros, HDI SEGUROS S.A. no es ajena al Contrato de Obra Número 1380-1497-2021, sino que, por el contrario, al ser la aseguradora que otorgó el amparo de cumplimiento mediante la Póliza 4006064, forma parte del negocio jurídico antes mencionado y por ende le asiste el derecho a conocer de sus condiciones, constituyendo entonces en una vulneración que la accionada injustificadamente le niegue el acceso a esa información.

Para finalizar, es importante señalar que las consecuencias de no conocer la información solicitada mediante derecho de petición fechado al 17 de junio de 2024 implican el eventual pago de lo no debido a favor del FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA y, por ende, un eventual enriquecimiento sin justa causa para el mismo contratista, situaciones éstas que riñen contra el ordenamiento jurídico e implican un desconocimiento cabal de los derechos fundamentales de mi prohijada.

En conclusión, debe entregarse la información atinente al Contrato de Obra Número 1380-1497-2021 a mi prohijada en tanto la misma como garante del mencionado convenio es en efecto parte de este y le interesa particularmente el estado de compensación y condiciones de infracción convencional esgrimidas en el expediente del proceso de incumplimiento contractual al que debe tener acceso completo, por ser el fundamento del eventual nacimiento de su obligación condicional indemnizatoria.

2. EL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA ATENTA CONTRA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO AL NO ESGRIMIR UNA JUSTIFICACIÓN ACEPTABLE PARA SU NEGATIVA DE ENTREGAR LA INFORMACIÓN SOLICITADA.

Es importante señalar que en la respuesta que el FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA profirió el pasado 9 de julio de 2024 carece de sendos requisitos que han sido determinados por el ordenamiento jurídico vigente a efectos de abstenerse de la entrega de información, como se pasa a explicar.

En primer lugar, debe señalarse que el FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA no indica el fundamento legal que utilizó a efectos de limitar el acceso a la información solicitada, situación que claramente trasgrede el ordenamiento jurídico vigente y, particularmente en lo atinente a los artículos 74 de la Constitución, 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 2 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014 y, los artículos 24, 25 y 32 de la Ley 1755 de 2015.

En este punto, debe recordarse que en el marco del ordenamiento jurídico vigente, los límites del derecho de acceso a la información consagrado en el artículo 24 constitucional en tanto dicho derecho se ejerza a través de la petición contemplada en el artículo 23 superior, se relacionan con la reserva de ley, es decir, sólo se puede negar la entrega de información según causales previamente establecidas por el Constituyente o por el legislador, sin que les sea posible a las autoridades administrativas y/o a los particulares establecer reservas que no se encuentren contempladas en la ley y debiendo en todo caso de restricción frente a la entrega de información, indicar expresamente la reserva en la cual se fundamenta.

En relación con esta restricción, la Corte Constitucional también ha fijado una serie de reglas sobre el derecho de acceso a la información y la reserva legal. Entre otras, estas reglas comprenden las siguientes:

“1) Como regla general, en virtud de lo dispuesto por el artículo 74 de la Constitución, 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las personas tienen derecho fundamental de acceso a la información del Estado. 2) Tal y como lo dispone el artículo 74 de la Constitución, los límites del derecho de acceso a la información tienen reserva de ley. 3) La ley que limita el derecho fundamental de acceso a la libertad de información debe ser precisa y clara al definir qué tipo de información puede ser objeto de reserva y qué autoridades pueden establecer dicha reserva² [...]”

Igualmente, a nivel legal, el artículo 19 de la Ley 1712 de 2014 (Ley Estatutaria de Transparencia y Acceso a la Información Pública) establece las circunstancias en las que se puede negar el acceso

² Sentencia T-487/17, M.P. Alberto Rojas Ríos.

a la información por motivos de reserva, siempre y cuando dicho acceso se encuentre expresamente prohibido por una norma legal o constitucional.

Así mismo, el artículo 32 de la Ley 1755 de 2015 establece que cuando se ejerce el derecho de petición ante organizaciones privadas o incluso sin personería jurídica, éstas solo podrán invocar la reserva de la información en los casos expresamente establecidos en la Constitución Política y la ley.

Es decir, a efectos de negar el acceso a alguna información, solicitada mediante el ejercicio del derecho fundamental de petición, las entidades públicas e incluso los particulares solo podrán rehusarse a su suministro con fundamento en las causales taxativas de reserva legal contempladas por la Ley o la Constitución, siendo entonces esta una manifestación del principio superior de legalidad.

No obstante lo anterior, el FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA incumple las disposiciones normativas antes aludidas y, en ese sentido no invoca la razón de la reserva de la información solicitada por mi representada de conformidad con alguna disposición de carácter legal o constitucional, sino que se limita a aseverar al respecto que rehúsa el suministro de lo deprecado toda vez que en su consideración, el garante no es parte de la relación negocial atinente al Contrato de Obra No. 1380-1497-2021, lo que como se evidenció en apartados anteriores, no es cierto.

Así entonces, la actuación desplegada por el FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA en el sentido de negar el suministro de la información solicitada mediante derecho de petición elevado el 17 de junio de 2024, no atiende expresamente a ninguna de las causales legales de reserva, lo que no solo genera una clara transgresión a los derechos fundamentales de mi prohilada, sino que también constituye un comportamiento que se encuentra proscrito del ordenamiento jurídico vigente al atentar contra el principio de legalidad del cual se desprende la obligación de enunciar la causal de reserva legal en la que funda su decisión de no suministrar la información solicitada.

En segundo lugar, si en gracia de discusión se aceptara que la enunciación de la reserva fue tácita y, en ese sentido que se fundamenta en la supuesta confidencialidad del contrato de obra, debe ponerse de presente que como se anotó en líneas anteriores, las limitaciones del derecho de acceso a la información tienen reserva de ley y, por tanto, no pueden basarse en acuerdos privados, al respecto conviene traer señalar que, mediante sentencia C-491 de 2007, la Corte Constitucional sostuvo:

“Donde quiera que no exista reserva legal expresa, debe imperar el derecho fundamental de acceso a la información. Lo anterior implica que las normas que limitan el derecho de acceso a la información, deben ser interpretadas de manera restrictiva y toda limitación debe estar adecuadamente motivada.”

Así entonces, pese a que el Contrato de Obra No. 1380-1497-2021 se encuentre sometido al

régimen de derecho privado, ello no es óbice para que el FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA desatienda las obligaciones que le asisten a la entidad en materia de publicidad establecidas en la Constitución y la ley, teniendo en cuenta que la ley es precisamente uno de los límites de la autonomía privada.

En ese sentido, al no encontrarse la confidencialidad del contrato como una causal específica de reserva de la información, no habría lugar a invocarla como fundamento para no acceder al suministro de lo solicitado, más aún cuando como se indicó antes, la solicitud de acceso a los datos deprecados se encuentra plenamente justificada en la posición contractual del garante.

En tercer lugar, aún si se admitiera la reserva fundamentada en supuestos la confidencialidad o incluso de privacidad de la información del contratista, se debió indicar sobre cuál información específica y con fundamento en qué norma se invocó tal confidencialidad/privacidad, pues en todo caso, no puede recaer sobre la totalidad del expediente contractual como quiera que, al ser el mismo ejecutado con recursos públicos de conformidad con el acto de creación del mismo Fondo, se encuentra sometido a los principios de transparencia y publicidad que orientan la ejecución del presupuesto público.

En conclusión, deviene en una clara trasgresión del ordenamiento jurídico no entregar la información solicitada teniendo en consideración que (i) el garante es una parte contractual con interés justificado en el Contrato de Obra No. 1380-1497-2021; (ii) no se invocó una causal de reserva legal para la información solicitada por el garante; y (iii) no se estableció cuál información en particular cuenta con carácter de confidencial o privada, limitándose a rehusar la entrega de la totalidad de la información.

En merito de lo expuesto solicito respetuosamente al FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA:

IV. PETICIÓN.

PRIMERO: Revocar la respuesta remitida a mi prohijada el pasado 9 de julio de 2024, emitida por el FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA, por medio de la cual negó el acceso a la información solicitada por el día 17 de junio de 2024.

SEGUNDO: En consecuencia, suministrar la información solicitada por el HDI SEGUROS S.A., atendiendo a la naturaleza de cada una de las peticiones formuladas.

TERCERA: En caso de considerar que persiste total o parcialmente la reserva invocada, remitir este recurso de insistencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 1437 de 2011 en consonancia con el artículo 26 de la Ley 1755 de 2015,

so pena de incurrir en la conducta punible a la que remite el artículo 29 de la Ley 1712 de 2014 y las faltas disciplinarias a que haya lugar.

V. NOTIFICACIONES.

- El suscrito recibe notificaciones en la Calle 69 No. 4-48, Of. 502 de la ciudad de Bogotá o en la dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co

Atentamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 expedida de Bogotá.

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