Señores,
FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA - PA FFIE.
JAIME ALEJANDRO DURAN FONTANILLA
amartinez@ffie.com.co
controversiascontractuales@ffie.com.co
E. S. D.

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: Descargos frente a la comunicación No. FIE2023EE013793 de fecha 01 de septiembre de 2023, notificada el día 04 de septiembre de 2023, por medio de la cual se da inicio del Procedimiento de Incumplimiento Contractual del C.O No. 1380-1518-2022, correspondiente a la I.E. Alberto Santofimio Caicedo Sede Principal - Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006263.

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.**, sociedad legalmente constituida con domicilio principal en Bogotá, identificada con NIT No. 860.004.875- 6, conforme al poder adjunto al presente escrito, de manera respetuosa manifiesto que procedo a presentar **DESCARGOS** frente a la comunicación No. FIE2023EE013793 de fecha 01 de septiembre de 2023, notificada el 04 de septiembre de 2023, a través de la cual se dio inicio al procedimiento de incumplimiento contractual (PIC) del Contrato de Obra 1380-1518-2022, solicitando que desde ya sea resuelto el archivo del presente trámite ante la improcedencia de éste para el contrato de obra en cuestión. Todo ello conforme con los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. OPORTUNIDAD

Atendiendo a que la comunicación No. FIE2023EE013793 por medio de la cual se dio inicio al Procedimiento de Incumplimiento Contractual del Contrato de Obra No.1380-1518-2022, correspondiente a la I.E. Alberto Santofimio Caicedo, fue notificada por correo electrónico el 04 de septiembre de 2023, este escrito se presenta dentro del término legal correspondiente, toda vez que el plazo comenzó a computarse a partir del martes, 05 de septiembre de 2023 y, por lo tanto, la fecha límite para la radicación del escrito es el 11 de septiembre del 2023. Por lo tanto este escrito es presentado en término.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. **FALTA DE COMPETENCIA DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA – PA FFIE, PARA INICIAR UN PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL FRENTE AL CONTRATO DE OBRA No. 1380-1518-2022.**

En primer lugar, debe indicarse que el presente proceso sancionatorio de incumplimiento contractual fue irregularmente iniciado por la falta de competencia del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE, pues la naturaleza privada de dicha entidad permite concluir que no le está dado arrogarse facultades o potestades exorbitantes propias y exclusivas de las entidades públicas sometidas al estatuto general de la contratación pública, tal y como lo sería la imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento,

Aunado a lo anterior, conforme con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 1433 de 2020 mediante el cual se establece la conformación y el funcionamiento del Fondo de Financiamiento para la Infraestructura Educativa para la Educación Preescolar, básica y media – FFIE, el Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA FFIE no es una entidad administrativa independiente como quiera que la misma está adscrita al Ministerio de Educación y sin personería jurídica, esto es, no tiene autonomía administrativa ni financiera, lo que implica que no tiene capacidad para suscribir contratos y, en general, para contraer obligaciones y mucho menos la facultad para iniciar un proceso sancionatorio administrativo contractual. Sobre este punto, la Ley 1474 de 2011 en su artículo 86, estipula que únicamente la Entidad pública sometida al Estatuto General de Contratación Pública, está facultada para iniciar un procedimiento sancionatorio cuyo fin sea declarar el incumplimiento de un contrato puramente estatal, citar a audiencia, imponer multas o sanciones y en general ejecutar los actos propios del procedimiento administrativo sancionatorio contractual de la siguiente forma:

> ***"ARTÍCULO 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. 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. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento****:*
>
> *a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;*
>
> *b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad; (…) (Subrayado y negrilla*

fuera del texto)

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

Esto es concordante si se tiene en cuenta que el contrato de obra No. 1380-1518-2022, suscrito entre el consorcio FFIE ALIANZA BBVA (integrado por Alianza Fiduciaria S.A. y BBVA Asset Management S.A. Sociedad Fiduciaria) vocero y administrador del Patrimonio Autónomo Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA FFIE, y el consorcio M&E CANAAN FFIE de fecha 29 de marzo de 2022, fue pactado entre las partes que este se regiría en general por las normas civiles y comerciales.

CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA conformado por ALIANZA FIDUCIARIA S.A y BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA, consorcio que actúa única y exclusivamente en su calidad de vocero y administrador del **PATRIMONIO AUTONOMO DENOMINADO FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA FFIE** con NIT 830.053.812-2, constituido mediante el Contrato No. 1380 del 22 de octubre de 2015 suscrito entre el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** (en adelante el "MEN") y el CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA (en adelante el "Contratante"),y por la otra **HÉCTOR ADALBER ORDOÑEZ ORTIZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.935.255, quien actúa en calidad de representante legal del **CONSORCIO M&E CANAAN FFIE**, integrado por M&E CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S. con NIT. 900.053.750-8 y CONSTRUCTORA CANAÁN S.A. con NIT. 800.007.47-2, conformado mediante documento privado de fecha 19 de julio de 2019, debidamente facultado para celebrar el presente Contrato de Obra, quien para efectos del presente contrato se denominará EL CONTRATISTA. Hemos convenido celebrar el presente Contrato de obra que se regirá en general por las normas civiles y comerciales colombianas, así como por: a) lo dispuesto en los Términos y Condiciones Contractuales (en adelante "TCC") establecidos para la INVITACIÓN ABIERTA FFIE No. 008 – 2019 b) el Manual de Contratación del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA FFIE**, c) el Contrato de Fiducia Mercantil No. 1380 de 2015 suscrito entre el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y el CONSORCIO FFIE ALIANZA – BBVA**, y, d) de manera particular y especial, por las siguientes cláusulas pactadas, teniendo en cuenta las siguientes:
Documento expediente digital: *CO No. 1380-1518-2022 Alberto Santofimio - CONS. M&E CANAAN FFIE firmada digitalmente.pdf*, página 1

Por su parte, dentro del artículo 2° del Decreto 1433 de 2020 por medio del cual se sustituye el Título 9 de la Parte 3 del Libro 2 del Decreto 1075 de 2015, se establece la conformación y el funcionamiento del Fondo de Financiamiento para la Infraestructura Educativa para la Educación Preescolar, básica y media – FFIE, con la siguiente delimitación de funciones:

> ***"ARTÍCULO 2.3.9.2.3. Delimitación de las Funciones de la Junta Administradora del Fondo Cuenta FFIE****. La Junta Administradora del FFIE cumplirá unas funciones generales y unas funciones específicas, según se constituyan o no los patrimonios autónomos.*
> *La Junta Administradora del FFIE cumplirá las siguientes funciones generales:*
> *1. Priorizar y definir los proyectos de infraestructura educativa que serán financiados o cofinanciados con recursos del FFIE.*
> *2. Apoyar al Ministerio de Educación Nacional en las estrategias de implementación de políticas de infraestructura educativa de acuerdo con la normatividad vigente, las metas, objetivos y fines que en materia del sector educativo trace el Gobierno nacional.*
> *3. Apoyar al Ministerio de Educación Nacional en los términos y condiciones para la celebración y modificación de los contratos de fiducia mercantil que se celebren para la*

administración de los recursos destinados para el cumplimiento del Plan Nacional de Infraestructura Educativa.
4. Brindar orientaciones para el desarrollo y cumplimiento del Plan Nacional de Infraestructura Educativa.
5. Seleccionar a la persona que se desempeñará como Gerente del Fondo, con las obligaciones que defina la Junta.
6. Gestionar la consecución de recursos de cofinanciación para el desarrollo de los proyectos en el marco del Plan Nacional de Infraestructura educativa.

Ahora bien, los artículos 2.3.9.2.4 y 2.3.9.2.5 ibidem, establecen las funciones específicas de la Junta Administradora del fondo, cuando no se constituyen patrimonios autónomos y cuando se suscriban contratos de fiducia mercantil y surjan patrimonios autónomos, así:

ARTÍCULO 2.3.9.2.4. Funciones específicas de la Junta Administradora del Fondo Cuenta FFIE cuando no se constituyen patrimonios autónomos. *En el evento en que no se constituyan patrimonios autónomos, la Junta Administradora del FFIE ejercerá las siguientes funciones específicas:*
1. Servir como órgano asesor técnico del Ministro (a) de Educación Nacional, para el manejo e inversión de los recursos del FFIE.
2. Realizar el seguimiento a la inversión de los recursos del Fondo para lograr la ejecución de los proyectos del Plan Nacional de Infraestructura Educativa. (…)

ARTÍCULO 2.3.9.2.5. Funciones específicas de la Junta Administradora del Fondo Cuenta FFIE cuando se opten por la constitución de fiducias mercantiles. En el evento en que se suscriban contratos de fiducia mercantil y surjan patrimonios autónomos, la Junta Administradora del FFIE ejercerá las siguientes funciones específicas:
1. Fijar las reglas para la administración de los recursos de los patrimonios autónomos a cargo de las sociedades fiduciarias.
2. Analizar los informes que presente la Gerencia de las Unidades de Gestión y la sociedad fiduciaria en relación con la ejecución de los recursos de los patrimonios autónomos, y adoptar las medidas o mecanismos de mejora correspondientes para que estos cumplan con la finalidad para la cual fueron constituidos.
3. Designar su representante en el comité fiduciario de los patrimonios autónomos que se constituyan.*" (Subrayado y negrilla fuera del texto)*

Seguidamente, a través de los artículos 2.3.9.2.6. y 2.3.9.2.7 del Título 9 de la Parte 3 del Libro 2 del Decreto 1075 de 2015, se dispone respecto de las unidades de gestión del Fondo de Financiamiento para la Infraestructura Educativa, funciones y actividades de carácter especial y particular de acuerdo con su autonomía contractual pero no administrativa, lo siguiente*:*

"ARTÍCULO 2.3.9.2.6. De las Unidades de Gestión: ***Sin perjuicio de la autonomía presupuestal y contractual del FFIE, al momento de celebrarse el contrato de fiducia mercantil para la constitución de patrimonios autónomos, deberá preverse la conformación de unidades de gestión integradas por profesionales idóneos, que tendrán como objetivo garantizar la planeación, diseño, implementación, desarrollo, y seguimiento de los esquemas necesarios para la ejecución de los proyectos de infraestructura educativa***

(…)
ARTÍCULO 2.3.9.2.7. Actividades de las Unidades de Gestión: Las Unidades de

Gestión, adelantarán como mínimo las siguientes actividades:

1. Presentar las propuestas de modificación del Manual Operativo del Patrimonio Autónomo del FFIE y los demás instrumentos establecidos para el funcionamiento de las unidades de gestión.

2. Realizar la asistencia técnica, jurídica y financiera necesaria para la estructuración de los proyectos de infraestructura educativa, las contrataciones que se requieran para su ejecución y los pagos de acuerdo con lo establecido en los contratos de fiducia mercantil que se suscriban para tales efectos.

3. Analizar, estudiar, verificar y viabilizar técnica y jurídicamente, los proyectos que deben ser priorizados conforme los lineamientos impartidos por la Junta Administradora y lo establecido en las resoluciones 10281 de 2016 y 12282 de 2019 del Ministerio de Educación Nacional o la norma que las modifique, adicione o sustituya, de acuerdo con los recursos que el Ministerio de Educación asigne para adelantar estas actividades.

4. Aplicar los lineamientos que posibiliten el desarrollo y ejecución de los proyectos priorizados por la Junta Administradora del FFIE.

5. Realizar las evaluaciones, observaciones o recomendaciones relacionadas con los procesos de contratación para la ejecución y construcción de los proyectos.

6. Adelantar la estructuración de los procesos de contratación y realizar el seguimiento periódico a la ejecución de las obras, identificando los aspectos que generen dificultades, así como estableciendo las recomendaciones y advertencias que sobre el particular emitan los correspondientes interventores y que permitan de manera inmediata realizar las sugerencias del caso, e iniciar los procedimientos que resulten procedentes.

7. Las demás que de acuerdo con la naturaleza de las unidades de gestión le corresponda conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico y en los contratos de fiducia que se suscriban para la constitución de los patrimonios autónomos para el manejo de los recursos del FFIE". (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Conforme a lo expuesto, el marco legal que determina la conformación, el funcionamiento y la delimitación de funciones de carácter legal del Fondo de Financiamiento para la Infraestructura Educativa para la educación Preescolar, básica y media – FFIE, **no le asigna de cara a los contratos que suscribe** prerrogativa sancionatoria alguna frente a sus contratistas, por lo tanto, no le asiste competencia para iniciar el procedimiento de la referencia, ni para citar a audiencias, ni exigir la presentación de descargos por escrito, ni para imponer multas o hacer efectiva la cláusula penal del contrato ni para proferir ningún acto propio del procedimiento administrativo sancionatorio contractual contra cualquier contratista.

Pasando por alto todo lo analizado hasta hora, el 04 de septiembre de 2023, el PA del FFIE remitió la comunicación No. FIE2023EE013793, en la cual se adujó la apertura de un proceso sancionatorio de incumplimiento contractual en contra del consorcio M&E CANAAN FFIE y mi prohijada, argumentando que supuestamente 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%, estipulando como posible consecuencia, la aplicación de la cláusula penal establecida en la cláusula 19 del contrato de obra y declarar la ocurrencia del siniestro para hacer

efectivos los amparos de la póliza de cumplimiento para la indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento ante la compañía aseguradora, sin realizar la correspondiente tasación.

Del examen anterior se advierte que, si bien el Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA FFIE remitió la comunicación No. FIE2023EE013793**,** en la que aduce la apertura de un proceso sancionatorio de incumplimiento contractual, este carece de las facultades legales y competencia debida para vincular al consorcio M&E CANNAN FFIE y en consecuencia, a HDI SEGUROS S.A.**,** dentro de un proceso administrativo sancionatorio. Lo anterior, como quiera que, en virtud del Contrato de Obra No. 1380-1518-2022 suscrito, fue pactado entre las partes que el mismo se regiría en general por las normas civiles y comerciales, razón por la cual no es aplicable la Ley 80 de 1993, ni los procedimientos de incumplimiento de este tipo de contratos.

De otra parte, de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el Decreto 1433 del 05 de noviembre de 2020, y los artículos 2.3.9.2.3, 2.3.9.2.4, 2.3.9.2.5, 2.3.9.2.6, y 2.3.9.2.7 del Título 9 de la parte 3 del Libro 2 del Decreto 1075 de 2015, cualquier tipo de actuación concerniente a la apertura de un proceso administrativo sancionatorio contra el consorcio M&E CANNAN y en consecuencia, de HDI SEGUROS S.A.**,** se encuentra fuera de la esfera material de sus atribuciones. Pues como se verificó anteriormente lo reiterado por la jurisprudencia y la doctrina, es que, el requisito de competencia para expedir actos administrativos es una característica necesaria para que estos nazcan a la vida jurídica y sean revistos de validez y eficacia. Si bien es cierto el contrato pactó una cláusula en la que se atribuye al Fondo la posibilidad de iniciar procesos sancionatorios, la cláusula es ineficaz toda vez que la facultad sancionadora solo la puede otorgar la Ley, no pueden atribuírselas las partes de un contrato privado.

En conclusión, teniendo que el objeto de la comunicación No. FIE2023EE013793 es dar inicio a un proceso administrativo sancionatorio contractual contra el consorcio M&E CANNAN y en consecuencia, a **HDI SEGUROS S.A.**, y que se encuentra acreditada la falta de competencia material de la entidad para ello, se tiene que la expedición de esta comunicación es nula, por cuanto no fueron emitidos de conformidad con las normas jurídicas, entendidas estas como todo el ordenamiento jurídico, especialmente los que prescriben que: (i) únicamente la Entidad pública sometida al Estatuto General de Contratación Pública, está facultada para iniciar un procedimiento sancionatorio cuyo fin sea declarar el incumplimiento de un contrato puramente estatal, citará a audiencia, imponer multas o sanciones y en general los actos propios del procedimiento administrativo sancionatorio contractual y, (ii) la delimitación de funciones del Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa -PA FFIE, descritas en los artículos 2.3.9.2.3, 2.3.9.2.4, 2.3.9.2.5, 2.3.9.2.6, y 2.3.9.2.7 del Título 9 de la Parte 3 del Libro 2 del Decreto 1075 de 2015, no asignan la apertura de procedimiento sancionatorio contractual que pueda derivarse de un presunto incumplimiento.

Por todo lo expuesto, solicito se desvincule al contratista y por ende a mi representada del presente proceso de incumplimiento, ordenándose el archivo del mismo.

2. **LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS EN EL MARCO DEL PRESENTE PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL SE ENCUENTRAN VICIADOS DE NULIDAD.**

Ahora bien, no solo existe una evidente falta de competencia por encontrarse excluidas las potestades exorbitantes y unilaterales en el derecho común, sino que además esta situación genera que todos los actos administrativos proferidos en el marco del presente proceso sancionatorio contractual se encuentran viciados de nulidad. En consecuencia, el acto administrativo mediante el cual se inició el procedimiento de incumplimiento contractual y se solicitó presentar descargos al contratista con ocasión al Contrato de Obra No.1380-1518-2022, es un acto expedido por una entidad sin competencia, que carece de las formalidades legales propias de los actos administrativos y, por lo anterior, está viciado de nulidad.

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

Es preciso poner de manifiesto los elementos indispensables que constituyen el nacimiento del acto administrativo. En este punto, la jurisprudencia ha reiterado que en todo acto administrativo existen ciertos elementos esenciales, como "órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma”[1]. La doctrina también ha señalado elementos tales como “sujetos, objeto o contenido, causa o motivo, finalidad y formalidades”[2]. Sobre este particular, es pertinente realizar un breve desarrollo así:

- **i.** Los sujetos hacen referencia al órgano que siendo competente los dicta y al sujeto al cual se dirige esa decisión, identificándose, entonces, la autoridad u órgano administrativo competente para emitir la decisión en calidad de un sujeto activo y el destinatario de dicha decisión como un sujeto pasivo.
- **ii.** El objeto o contenido, se refiere a la materia o asunto sobre el cual versa la decisión.
- **iii.** La causa o motivo indica los fundamentos fácticos y jurídicos que la autoridad tuvo en cuenta para la expedición del acto, esto es, las normas jurídicas y los hechos objetivos, anteriores y exteriores al acto que guiaron a la administración a concluir esa decisión.
- **iv.** La finalidad no es otra cosa que el propósito o resultado que busca la administración con la emisión del acto administrativo.

Todos estos elementos expuestos por la jurisprudencia y la doctrina hacen parte de la esencia del acto administrativo y en consecuencia, están ligados a su validez. Teniendo en cuenta que la voluntad de la administración se expresa mediante el acto administrativo, esa voluntad está ligada a presupuestos tales como, la competencia y el cumplimiento de ciertas formalidades que a su vez, están inmersas en procedimientos y formas de presentación. En este sentido, en tratándose de las

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 2335, M.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia 1999-0111 del 08 de agosto de 2012.
[2] Jaime Vidal Perdono, Derecho Administrativo, y Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II.

formalidades como los requisitos de procedimiento y de forma necesarios para dictar el acto, los cuales pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al mismo, es pertinente resaltar que, estos requisitos afectan la legalidad de los actos, llevando a consecuencias de ineficacia, ilegalidad y nulidad, entre otras.

Dicho lo anterior, respecto a los presupuestos de competencia para la expedición de actos administrativos, es pertinente poner de manifiesto las características de la competencia como sine qua non para el nacimiento del acto administrativo y la producción de sus efectos. A lo cual, la doctrina del Doctor Libardo Rodríguez R., ha expresado:

> ***"(…) La competencia es la facultad o poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinada función. Esta facultad es dada por la ley y es un requisito de orden público, es decir, que es de estricto cumplimiento, de manera que si no existe, el acto nace, pero viciado de ilegalidad.*** *La competencia la determinan tres elementos diferentes: el elemento material, el elemento territorial y el elemento temporal.*
>
> ***La competencia "ratione materiae". Se refiere al elemento material de la competencia, es decir, al objeto de ella. Ese objeto se traduce en las diferentes funciones que una autoridad puede ejercer legalmente*** *(…)*
>
> *La competencia "ratione loci". Es la competencia territorial, esto es, el territorio dentro del cual la autoridad puede ejercer legalmente sus funciones. Así, por ejemplo, el presidente de la república y los ministros ejercen sus funciones en todo el territorio nacional, los gobernadores solo pueden ejercerlas en el territorio del departamento y los alcaldes apenas en el territorio municipal (…)*
>
> ***La competencia "ratione temporis". Es la competencia temporal. Se refiere al tiempo durante el cual la autoridad puede ejercer legalmente sus funciones.***
>
> *(…)* ***debe anotarse que cuando la ley establece un plazo u oportunidad para que una determinada competencia sea ejercida, no necesariamente la falta de ejercicio durante ese término implica la pérdida de esa competencia, pues, en tales casos, dicha competencia se pierde y, por consiguiente, el acto que se expida será nulo, solo cuando la norma que la otorga así lo disponga expresamente o cuando ese efecto surja de la naturaleza de dicho plazo. En los demás casos, el único efecto del vencimiento del término consistirá en que el funcionario incurrirá en violación de sus obligaciones legales****"[3]. (subrayado fuera del texto original).*

De manera que, si la administración expide un acto administrativo sin la debida competencia, este nace viciado de ilegalidad. Es oportuno explicar los vicios en las actuaciones administrativas y las causales de ilegalidad de los actos administrativos, de manera clara a efectos de precisar los argumentos en los que se fundamenta la premisa de este título. Al respecto, frente a la ilegalidad, la doctrina ha expresado lo siguiente:

> *"Causales de ilegalidad: (…) el principio de legalidad consiste en el respeto de las normas superiores, entonces encontramos una causal general de ilegalidad consistente en la violación de una norma jurídica superior. Esta causal general está consagrada en los artículos 137 y 138 del CPACA, al manifestar que la nulidad, tanto de actos administrativos*

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

generales como particulares, "procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse"

*Así, generalmente se clasifican las causales de ilegalidad en las siguientes: **la incompetencia, o falta de competencia, la ilegalidad en cuanto al objeto**, **la falsa motivación**, **los vicios de forma y procedimiento** y el desvío o desviación de poder.*

***Incompetencia o falta de competencia. La competencia es la facultad o poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinada función. De esta manera, el vicio del acto administrativo por incompetencia o por falta de competencia consiste en que una autoridad toma una decisión sin estar facultada legalmente para ello.** Es decir, se trata de un acto expedido por una autoridad administrativa por fuera de la esfera de atribuciones que el ordenamiento jurídico le ha otorgado.*

***Esta causal puede darse por violación de cualquiera de los elementos que integran la competencia que son, el material, el territorial y el temporal**; La incompetencia material como vicio del acto administrativo puede darse en los siguientes casos: por el ejercicio de potestades de las que se carece y que están en cabeza de otra autoridad administrativa; por el ejercicio de competencias inexistentes para cualquier órgano de la administración, y por exceso en el ejercicio de las potestades propias o delegadas. **Por su parte, la incompetencia temporal se presenta cuando el acto administrativo se profiere luego de vencido el tiempo fijado legalmente para el ejercicio de la respectiva competencia o antes de que comience la atribución de la misma.** Finalmente, la incompetencia territorial que vicia la validez de un acto administrativo se presenta cuando las competencias se ejercen por fuera del ámbito territorial asignado al organismo o funcionario de la administración.*

El CPACA consagra de manera expresa esta causal en los artículos 137 y 138, al manifestar que la nulidad de los actos administrativos, tanto generales como particulares, procederá "cuando hayan sido expedidos […] sin competencia"

***Ilegalidad en cuanto al objeto.** El objeto o contenido, como elemento del acto administrativo, **se refiere a la materia o asunto de que trata la decisión, esto es, en palabras de la doctrina, "lo que se decide en el acto". Como es lógico, el contenido del acto debe respetar el ordenamiento jurídico superior, de tal manera que la ilegalidad en cuanto al objeto consiste en que el contenido mismo del acto es contrario a una norma jurídica superior.** Así, "en cuanto al objeto, el acto aparece afectado cuando se infringe el ordenamiento jurídico a que debe estar sujeto el acto administrativo".*

*Esta causal de ilegalidad es conocida generalmente con el nombre de **"violación de la ley" "violación de norma superior".** Sin embargo, esta denominación tradicional da lugar a varias críticas. (…), debe tenerse en cuenta que cuando se habla de violación de la ley, **la expresión no se refiere solo a la ley propiamente dicha, es decir, al acto del Congreso, sino a todas las normas que componen el ordenamiento jurídico de un país** (…)"[4] (subrayado fuera del texto original)*

Por lo anterior, cuando la administración viola el principio de legalidad, la actuación mediante la cual incurre en esa violación es calificada de ilegal, razón por la cual el acto administrativo que comunico

[4] Libardo Rodríguez R, Derecho Administrativo General y Colombiano, Décimo Novena Edición (Pág. 345-352)

el inicio del presente proceso de incumplimiento se sitúa en una de las causales de nulidad, como efecto inmediatamente posterior a dicha ilegalidad. De otra parte, respecto la validez del acto administrativo, a través del concepto No. 324151 de 2020 expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, se explica lo siguiente:

> *"(…) **La validez es el resultado de la perfecta adecuación, sumisión y cumplimiento en la elaboración y expedición del acto administrativo a los requisitos y exigencias establecidos en las normas superiores**. En otras palabras, se dice que un acto administrativo es válido en la medida en que este se adecúa perfectamente a las exigencias del ordenamiento jurídico. Esto es, **el acto administrativo es válido cuando ha sido emitido de conformidad con las normas jurídicas, cuando su estructura consta de todos los elementos que le son esenciales**. La validez supone en el acto la concurrencia de las condiciones requeridas por el ordenamiento jurídico (…).*
>
> *Para referirse a la eficacia, indica que: (…) **no es más que una consecuencia del acto administrativo, que lo hace apto y capaz de producir los efectos para los cuales se le dio vía jurídica. La eficacia, a diferencia de la validez, se proyecta al exterior del acto administrativo en búsqueda de sus objetivos y logro de sus finalidades; de ahí que instituciones tales como la operación administrativa y la ejecución del acto sean fenómenos propios de esta instancia externa del acto administrativo.***
>
> *La doctrina, en general, está de acuerdo en aceptar el anterior alcance del concepto de eficacia, es decir, orientado a comprenderlo como "la capacidad del acto para producir sus efectos, no desde un punto de vista potencial, sino efectivo.*
>
> *Por lo que, **el acto administrativo es perfecto cuando cumple con las formalidades que se le exigen para su producción, la eficacia tiene formalidades procedimentales. Para que produzca efectos el acto administrativo hacia terceros teniendo como elementos esenciales la existencia este órgano y su contenido; los de validez referidos a la voluntad y las formalidades o el procedimiento y los de eficacia o inoponibilidad, que generan acatamiento por los administrados, al regir sus relaciones entre ellos y con el Estado**".[5] (subrayado fuera del texto original)*

Conforme con las apreciaciones realizadas, no cabe duda de que para que un acto administrativo se encuentre revestido de la legalidad y validez necesaria para producir efectos ante terceros, deberá cumplir con los requisitos y exigencias establecidas en la Ley. Situación que sin lugar a duda se obvió por parte del Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento para la Infraestructura Educativa para la educación Preescolar, básica y media – FFIE, en el entendido que no corresponde a sus funciones ni a las competencias legales reconocidas como entidad adscrita al Ministerio de Educación Nacional.

En adición, es apropiado mencionar que, una forma de invalidez del acto administrativo es la falsa motivación, situación que vicia el acto en tanto al ser expedido sin fundamentos de derecho que obedezcan al orden constitucional y legal como presupuestos útiles para decidir sobre determinado asunto, en efecto, vician de invalidez el acto administrativo, tal como lo reitera el honorable Consejo de Estado en sentencia del 23 de marzo de 2017, en la cual consagró lo siguiente:

[5] Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 324151 de 2020, Radicado No. 20206000324151, 22 de julio de 2020.

> ***"Los vicios invalidantes del acto administrativo tienen una relación directa con sus elementos. En otras palabras, la ausencia o la insuficiencia de alguno de tales elementos comprometen la validez de la decisión administrativa y están llamados a determinar su expulsión del ordenamiento jurídico mediante la declaratoria de su nulidad en sede judicial.*** *Ahora bien,* ***en cuanto la motivación como elemento del acto administrativo, esta se entiende como la expresión de los móviles que impulsaron al titular de la función administrativa a adoptar determinada decisión. Comporta los fundamentos de hecho y de derecho que la autoridad ha debido tener en cuenta para pronunciarse en uno u otro sentido.*** *En ese orden, los fundamentos de hecho constituyen los supuestos fácticos en los que se soporta la decisión,* ***mientras los de derecho vienen a ser los cimientos de orden constitucional y legal que sirvieron de base a la autoridad para decidir determinado asunto.*** *Siguiendo con el hilo de lo expuesto,* ***es necesario puntualizar que se habla de "falsa motivación" cuando se presenta una disconformidad entre la realidad fáctica y jurídica que ha debido servir de fundamento al acto y los fundamentos fácticos y jurídicos que finalmente quedaron consignados en la decisión administrativa****".*[6] *(Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Conforme con lo expuesto, es claro entonces que, si el acto administrativo no se encuentra adecuado fáctica y jurídicamente a las exigencias del ordenamiento jurídico, en tanto su expedición no proviene de lineamientos de carácter legal como requisitos necesarios para su nacimiento y oponibilidad ante terceros, además de ser inválido, no es apto, ni capaz de producir los efectos para los cuales se le dio vía jurídica, lo que quiere decir que es ineficaz. Para el caso en concreto, tal y como se expuso de manera primaria, en virtud del Contrato de Obra No. 1380-1518-2022 suscrito entre el Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA FFIE y el consorcio M&E CANAAN FFIE, fue acordado que todo lo concerniente al mismo, se regiría en general por las normas civiles y comerciales, dejando de lado la Ley 80 de 1993, la cual, por ende no es aplicable.

Corolario de lo anterior, se advierte desde este momento que, el acto que expediría el Patrimonio Autónomo Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA FFIE, mediante el cual se decida sobre la cláusula penal y/o el presunto incumplimiento contractual no podría generar una actuación distinta a un acto administrativo, bajo el entendido que este último corresponde a la materialización del ejercicio de una potestad unilateral de la administración, por lo que estaría viciado de nulidad, tal y como lo establece el Consejo de Estado en los siguientes términos:

> ***"En ese orden de ideas, dado que la competencia permite que las decisiones de la administración se encuentren revestidas de legalidad, el acto administrativo estará viciado de nulidad en aquellos casos en que se profiere por un sujeto que carece de capacidad jurídica para actuar, esto es, sin una competencia atribuida por el ordenamiento.*** *Es por ello que el artículo 137 del CPACA consagra la falta de este requisito como uno de los vicios invalidantes de los actos administrativos, al señalar que toda persona podrá solicitar que se anulen aquellos que «[…] hayan sido expedidos […] sin competencia»*
>
> *Como puede observarse, la falta de competencia es un vicio externo al acto administrativo debido a que no se afinca en el contenido de este, en su motivación o finalidad, sino en el sujeto que lo expide pues lo que se advierte en tales casos, es que el derecho positivo no*

[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 23 de marzo de 2017, Radicado No.11001-03-25-000-2016-00019-00 (0034-2016), C.P: Gabriel Valbuena Hernández.

consagra una facultad general que le permita actuar al Estado, en abstracto, como autoridad normativa, porque se requiere de una concreción de la competencia en una o varias autoridades administrativas"[7]*. (Énfasis propio)*

En conclusión, en vista de que los mencionados actos administrativos de carácter particular y concreto carecen en su totalidad de competencia material, y así mismo, implican ilegalidad e invalidez, por sustracción de materia, carecen de eficacia, entendida esta como una consecuencia del acto administrativo, que le impide ser apto y capaz de producir los efectos para los cuales se le dio vía jurídica, esto es, que sus objetivos y finalidades son ineficaces. Por lo expuesto, debido a las irregularidades surgidas en la expedición de los mencionados actos, no le asiste la razón ni competencia al Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA del FFIE para dar inicio a un proceso administrativo sancionatorio contractual en contra del consorcio M&E CANAAN FFIE y **HDI SEGUROS S.A,** y en consecuencia, a declarar el incumplimiento del Contrato de Obra No.1380-1518-2022 suscrito entre el Patrimonio Autónomo Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa -PA FFIE y el consorcio M&E CANAAN FFIE, máxime cuando el referido contrato no se rige por el Estatuto General de Contratación Pública.

Por lo expuesto, resulta improcedente que el Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE, mediante su vocero y administrador, de inicio a un proceso administrativo sancionatorio contractual en contra del consorcio M&E CANAAN FFIE y HDI SEGUROS S.A, con el fin de imponer la cláusula penal de apremio y declarar el incumplimiento, como quiera que carece de la facultad otorgada por ley para ello y bajo los principios y normas del derecho privado, le es imposible ejercer de manera unilateral poderes exorbitantes que sólo le corresponden a las entidades públicas regidas por el EGCP, siendo procedente desvincular al contratista y a mi representada del presente proceso de incumplimiento, ordenándose el archivo inmediato del mismo.

III. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA COMUNICACIÓN No. FIE2023EE013793.

1. FALTA DE MENCIÓN DE EXPRESA Y TASACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS QUE PODRÍAN DERIVARSE DEL PROCEDIMIENTO DE INCUMPLIMIENTO - NO SE HACE MENCIÓN DE LOS HECHOS Y EL AMPARO DE PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO QUE SE PRETENDE AFECTAR.

Sin perjuicio de los argumentos expuestos, se resalta el hecho de que el Patrimonio Autónomo Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa -PA FFIE en su comunicación FIE2023EE013793, de fecha 01 de septiembre de 2023 notificada el día 04 de septiembre de la misma calenda, no indico expresamente las consecuencias del supuesto incumplimiento y tampoco las taso. La entidad únicamente se limitó a indicar que podría aplicarse la cláusula penal y se podría afectar la póliza sin que se indique cuál o cuáles amparos se pretenden afectar. Veamos:

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

IV. CONSECUENCIAS QUE PODRÍAN DERIVARSE DEL PROCEDIMIENTO DE INCUMPLIMIENTO

De conformidad con el informe del supervisor, la consecuencia jurídica derivada de los incumplimientos endilgados correspondería a la aplicación de la cláusula penal establecida en la cláusula 19 del contrato de obra y declarar la ocurrencia del siniestro para hacer efectivos los amparos de la póliza de cumplimiento para la indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento ante la compañía aseguradora

Tal como se puede observar, las consecuencias derivadas del presunto incumplimiento no fueron detalladas de manera que comportan una flagrante violación al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción del contratista y mi representada. Al respecto la cláusula vigésima del contrato de obra No. 1380-1518-2022, se indicó que la comunicación del posible incumplimiento parcial o total de las obligaciones establecidas debía realizarse conforme el siguiente procedimiento:

> … (i) El PA-FFIE mediante comunicación dirigida al domicilio del CONTRATISTA y del GARANTE, hará mención expresa y detallada de los hechos que soportan el presunto incumplimiento contractual atribuible al CONTRATISTA, acompañado del informe del interventor en el que se sustente el mismo y las pruebas que soporten dicha comunicación; de igual forma, **se enunciarán las cláusulas contractuales, o disposiciones de los TCC o de sus anexos técnicos, presuntamente incumplidas y las consecuencias que podrían derivarse para EL CONTRATISTA conforme a la tasación de la sanción** realizada por la interventoría….

De acuerdo con la parte transcrita, se advierte que el FFIE, desconoce la aplicación del procedimiento mencionado, pues no hizo mención de la tasación realizada por la interventoría en su informe INT-IEASC-207-Obra-2021 del 16 de agosto de 2023 en el cual se soportó el presente proceso de incumplimiento contractual.

Ahora bien, si en gracia de discusión, a pesar de que estos fundamentos de hecho no son abordados en la comunicación que dio inicio al presente proceso de incumplimiento se debe mencionar la información que se encuentra consignada en el informe INT-IEASC-207-Obra-2021 realizado por la interventoría, es pertinente traer a colación lo que se consignó en el acápite de estimación y cuantificación de perjuicios:

VI. ESTIMACIÓN O CUANTIFICACIÓN DE LOS PERJUICIOS
Deberá tener en cuenta la aplicación de la consecuencia económica por el posible incumplimiento de acuerdo al avance del contrato, la proporcionalidad de la sanción y la estimación de los daños y perjuicios causados, todo debidamente justificado.

1. La aplicación de la cláusula penal se realiza teniendo en cuenta el porcentaje dejado de ejecutar por parte del contratista de obra:
   - Porcentaje dejado de ejecutar: 31,71%
   - Valor faltante por ejecutar: $ 1.187.971.600,00

La fórmula para tasación actual del presunto incumplimiento será equivalente al 20% del valor faltante por ejecutar del valor del contrato, así:

Valor total del contrato	% Dejado de ejecutar	Valor % dejado de ejecutar	Valor cláusula penal (20%)
$ 3.746.362.662,00	31,71%	$ 1.187.971.600,00	$ 237.594.320,00

VI. ESTIMACIÓN O CUANTIFICACIÓN DE LOS PERJUICIOS
Deberá tener en cuenta la aplicación de la consecuencia económica por el posible incumplimiento de acuerdo al avance del contrato, la proporcionalidad de la sanción y la estimación de los daños y perjuicios causados, todo debidamente justificado.

Conforme a lo anterior el valor de la cláusula penal es **DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS MCTE ($ 237.594.320,00)**

2. Con relación al Anticipo:
a. Se debe hacer efectiva los amparos a que haya lugar de la póliza de cumplimiento ante la aseguradora por el valor que quedó pendiente por amortizar, es decir, por la suma de **TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE PESOS MCTE ($397.499.827,00)** que corresponde al 57,98%.

Informe interventoría INT-IEASC-207-Obra-2021 del 16 de agosto de 2023

Así las cosas, se observa que la estimación o cuantificación de perjuicios realizada por el interventor en el informe solamente se circunscribe a dos aspectos:

1) La tasación actual del presunto incumplimiento que corresponde al 20% del valor faltante por ejecutar del valor del contrato, lo cual arroja como resultado la suma de **DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS MCTE** ($237.594.320,00).

2) La tasación del monto que presuntamente no fue amortizado del anticipo, por la suma de **TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE PESOS MCTE** ($397.499.827,00) que corresponde al 57,98%. Se advierte que de conformidad con la cláusula vigésima del contrato, mediante la cual no se establece el procedimiento de para declarar el incumplimiento, estos hechos no fueron comunicados en el inicio del proceso sancionatorio, por lo tanto no son el fundamento del mismo ni son oponibles a las partes.

En consecuencia de lo antes expuesto, resulta completamente procedente que en el improbable e hipotético caso en el que la entidad pese a su falta de competencia pretenda declarar el incumplimiento del contrato, tome en consideración que en la comunicación FIE2023EE013793 no se hizo mención a los hechos relacionados a la presunta falta de amortización y que tampoco se comunicó en la tasación del presunto incumplimiento, en flagrante incumplimiento del procedimiento establecido en la cláusula vigésima del contrato de obra 1380-1518-2022, no quedando mas alternativa que darlo por terminado y ordenar el archivo.

2. **FALTA INDEBIDA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD FRENTE AL CONTRATO DE OBRA No. 1380-1518-2022 – FALSA MOTIVACIÓN.**

Es importante precisar que en el remoto e improbable evento en que se llegue a comprobar un incumplimiento de las obligaciones a cargo del consorcio M&E CANAAN FFIE**,** pese a la valoración de los argumentos previamente expuestos relacionados con la incompetencia de la entidad para decidir sobre este asunto y sin que implique la convalidación de la causal de nulidad advertida, es forzosa la aplicación del principio de proporcionalidad a fin de adoptar decisiones que se ajusten a los postulados legales y jurisprudenciales que aplican sobre el particular. 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."*[8]

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 Estado[9] ha sostenido:

> *"Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un "derecho" en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para*

[8] PINO RICCI Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Primera Edición, 2005. Página 398.
[9] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

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."[10] *(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 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:

"(…) ***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***

[10] 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.

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."*[11] *(Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Es importante indicar que la norma citada aplica de manera indirecta al contrato de seguro, en la medida que la aseguradora por expresa disposición del numeral 5.1.4.2.3 del Decreto 734 de 2012, únicamente estará obligada a pagar el monto de la cláusula penal impuesta al contratista garantizado, en la medida que la misma se encuentre pactada en el contrato de seguros siempre y cuando se predique y pruebe el efectivo incumplimiento del contrato y por ende se configuren las situaciones inherentes convenidas en el condicionado general y particular de la Póliza que se pretende afectar.

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 de se podría exigir el pago de una pena moratoria, así:

[11] SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B. consejero Ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Sentencia del 29 de agosto de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02639-01(25390)

"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 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 clausulas 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 un 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 predica 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 equivale 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 cumplimientos del contrato por parte del consorcio, ni tampoco estimo 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 los mismos. 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 que INT-IEASC-207-Obra-2021, del cual 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 en desconocimiento del principio de proporcionalidad y equidad aplicable al procedimiento administrativo sancionatorio de incumplimiento de contrato.

En línea con lo antes expuesto, resulta completamente procedente que en el improbable e hipotético caso en el que la entidad pese a su falta de competencia declare el incumplimiento del contrato, atendiendo al principio de proporcionalidad y el criterio de equidad, reduzca la sanción impuesta, en atención al porcentaje efectivamente ejecutado, habiéndose recibido por parte de la Entidad contratante y soportado mediante un avance en la obra dentro del término de ejecución previsto bilateralmente.

3. **OMISIÓN EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE COMPENSACIÓN FRENTE A LOS SALDOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE OBRA No. 1380-1518-2022 – FALSA MOTIVACION.**

Conforme con lo establecido en la cláusula segunda y tercera del Contrato de Obra No. 1380-1518-2022, suscrito entre el Patrimonio Autónomo Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA FFIE y el consorcio M&E CANAAN FFIE el 29 de marzo de 2022, como valor total del contrato inicialmente se fijó la suma de $3.427.718.970, pagaderos de conformidad con lo previsto en los TCC y anexo técnico, dentro de un plazo posterior de 15 días del cumplimiento con la radicación de la factura. Posteriormente se adicionó al valor del contrato la suma de $318.643.692, quedando así el valor del contrato en $3.746.362.662. Motivo por el cual, en caso de existir algún saldo insoluto a la fecha de la expedición de la comunicación No. FIE2023EE013793, y en efecto se compruebe el incumplimiento del contrato sobreviniente a los argumentos expuestos previamente, deberá darse aplicación de manera preferente al principio de compensación.

Sobre el particular, la compensación es un modo de extinguir simultáneamente y hasta la misma cuantía las obligaciones existentes entre personas que recíprocamente son acreedoras y deudoras. Esta figura está contemplada en el artículo 1714 del Código Civil, el cual señala:

> *"**ARTICULO 1714. <COMPENSACION>.** Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse".*

Dicho mecanismo se encuentra contemplado también en el Parágrafo del Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, establece:

> *"ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. (…)*
> *PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a* ***los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista*** *(…)"*
> (Subrayado y Negrilla fuera del texto)

Lo anterior, toda vez que el principal obligado a efectos del pago de la multa impuesta con ocasión del presunto incumplimiento y sus consecuencias contractuales es el contratista y luego, constatado el incumplimiento de este frente al pago de dicho valor, se acude subsidiariamente al garante de la obligación. En esta línea de discurso ha aclarado el Consejo de Estado:

> *"Por lo anterior, que en este caso el garante sea una compañía de seguros, en manera alguna exonera de responsabilidad al contratista frente a la administración o lo subroga en sus responsabilidades, pues tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la corporación,* ***"[e]l propósito de dicha garantía no es otro que asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, llamado por la administración a colaborar con los cometidos estatales, los cuales necesariamente involucran el interés público"****.*[12]*(subrayado y negrilla fuera de texto)*

Lo que precede tiene su razón de ser en la naturaleza meramente indemnizatoria de la garantía de cumplimiento de contratos estatales, porque vale la pena aclarar que para el caso en concreto, como ya se ha puesto de presente en varias oportunidades, el Contrato de Obra No. 1380-1518-2022 se rige en general por las normas de carácter civil y comercial, al respecto la precitada corporación ha explicado:

> *"El propósito de dicha garantía no es otra que asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y* ***proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista****, llamado por la administración a colaborar con los cometidos estatales, los cuales necesariamente involucran el interés público, cláusula que es de forzosa estipulación, a tal punto que si no es pactada en aquellos contratos en los cuales la ley establece su obligatoriedad, se presume incorporada en el respectivo contrato y no podrá ser renunciada por la administración.*
>
> *La garantía de cumplimiento del contrato estatal mediante la cual la compañía de seguros se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el tomador en virtud de la celebración de un contrato* ***tienen carácter indemnizatorio*** *pues su finalidad como ya se dijo es* ***proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista*** *y de esta manera evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido.*
> *(…)*

[12] Sentencia 2008-00063/44935 de 28 de junio de 2019, Sección tercera del Consejo de Estado. CP: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

En este orden de ideas, si la garantía de cumplimiento del contrato estatal está orientada a indemnizar al Estado para que el patrimonio público no se vea afectado por razón del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista en virtud de la celebración de un contrato y los seguros de daños también tienen una finalidad indemnizatoria para el asegurado o beneficiario cuando quiera que su patrimonio resulte afectado por la ocurrencia del riesgo asegurado, debe arribarse a la conclusión de que la garantía de cumplimiento de los contratos estatales se ubica dentro de los seguros de daños de que trata la ley comercial"[13]. (subrayado y negrilla fuera de texto)

Como puede observarse, la compensación es una de las formas de extinguir las obligaciones que se encuentra contemplada en materia civil, administrativa y comercial, y por ende, íntegramente aplicación al contrato civil suscrito, razón por la cual la Entidad debe aplicar la mencionada figura respecto de las obligaciones que surjan para el contratista por el incumplimiento en que haya incurrido una vez este sea debidamente probado y estimado en un porcentaje real y concreto. Resultado de lo cual no sería necesaria el pago de la sanción con cargo a la Póliza de Cumplimiento a Favor de Particulares expedida por mi prohijada.

IV. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA VINCULACIÓN DE HDI SEGUROS S.A.

1. INEXISTENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO NO. 4006263 PARA EL AMPARO DE MANEJO DEL ANTICIPO.

En gracia de discusión, a pesar que en la comunicación FIE2023EE013793, no se cumple con lo establecido en el procedimiento conforme a la cláusula vigésima del contrato, pues no se abordaron los hechos con relación a la amortización del anticipo y que estos no son el la razón por la cual se inició el presente proceso de incumplimiento, debe de advertirse que el seguro de cumplimiento No. 4006263, mediante la cual se pretende la vinculación de mi prohijada, 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. Lo anterior, en razón a que, el amparo de manejo del anticipo, de acuerdo con el último anexo del contrato de seguros, se encontraba cubierto únicamente hasta el **03 de julio de 2023**, por lo que resulta 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 indicó lo siguiente:

[13] Sentencia 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667) de 22 de abril de 2009, Sección tercera del Consejo de Estado. CP: Miryam Guerrero de Escobar.

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 acontece 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 expidieron 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, bajo las anteriores premisas, 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 aplicación de la cláusula penal está expresamente excluido; en el remoto evento de declararse 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, por estas situaciones deberá desvincularse a mi representada del presente asunto.

2. **LAS CLÁUSULAS PENALES O MULTAS IMPUESTAS AL CONTRATISTA SUPONEN UN RIESGO EXPRESAMENTE EXCLUIDO EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 4006263.**

Por su parte, en las condiciones generales de la póliza de seguro de cumplimiento No. 4006263, expedida por HDI SEGUROS S.A , se establecieron los parámetros que enmarcan la obligación condicional que esta entidad aseguradora contrajo, en consecuencia, delimitan la extensión del riesgo que asumió. Dentro de estas condiciones, y atendiendo al ejercicio de la autonomía de la voluntad que impera en las relaciones jurídico-negociales derivadas del contrato

de seguro, se pactaron una serie de exclusiones a la cobertura que, al configurarse exoneran de obligación indemnizatoria al asegurador.

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

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

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia[14] ha manifestado:

> *"Las exclusiones de tipo convencional deben entenderse, como es apenas obvio, como aquellas pactadas por las partes o, cuando menos, **en las que existe consentimiento respecto de las indicadas en el clausulado prestablecido**, en los denominados acuerdos de adhesión y que, **siendo origen del siniestro o consecuencia del mismo, no comprometen la responsabilidad del asegurador**.*
>
> *Esas cláusulas son válidas, inicialmente, en tanto **se sustentan en el principio de la libre autonomía de las partes, cuyos límites son el orden público y las buenas costumbres; de ahí que el artículo 1056 consagre la posibilidad del asegurador de, «a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado"** (Negritas ajenas al texto original).*

En virtud de la aludida facultad, mi procurada decidió otorgar determinados amparos, supeditados al cumplimiento de ciertos presupuestos, e incorporó en la póliza determinadas restricciones o limitaciones que eximen al asegurador a la prestación señalada en el contrato, las cuales se conocen generalmente, como se dijo, como *exclusiones de la cobertura*. En el caso concreto, dentro de la póliza de seguro de cumplimiento No. 4006263 se pactaron las siguientes causales de exclusión de cobertura:

2. EXCLUSIONES

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

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

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

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

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

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

Clausulado general 08/06/2018-1314-P-05-HDIG100100000000-D00I, página 2

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

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

En ese orden de ideas, al haberse pactado expresamente que las cláusulas penales o multas no se encuentran dentro de los riesgos amparados, y atendiendo a que la comunicación FIE2023EE013793 remitida a mi representada tiene como fin informar sobre el inicio del procedimiento de incumplimiento, cuya consecuencia jurídica derivada de los incumplimientos endilgados correspondería a la aplicación de la cláusula penal establecida en la cláusula 19 del contrato de obra, resultando jurídicamente improcedente imposible afectar la póliza por los hechos que dieron origen al presente procedimiento, por haberse configurado las causales de exclusión de cobertura recientemente transcritas.

3. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD U OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE HDI SEGUROS S.A., POR LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO – NO ACREDITACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 1077 DEL C.Co.

Sin perjuicio de los argumentos esbozados que enervan el presente proceso sancionatorio de incumplimiento del contrato, así como la inexistencia de cobertura temporal, es fundamental que el Patrimonio Autónomo Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA FFIE, tome en consideración que en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la compañía aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado. Es de esta forma, como se explica que, al suscribir el contrato aseguraticio respectivo la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

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

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

materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato aseguraticio. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (…)". (Subrayado y negrilla fuera del texto original)[15]

Los argumentos anteriormente expuestos, deben ser interpretados armónicamente con los principios generales del derecho comercial denominados "autonomía de la voluntad" y "buena fe", tal como lo explica la Corte Constitucional en sentencia T-065 de 2015, de la siguiente manera:

"La celebración y ejecución de los contratos civiles y comerciales debe desarrollarse de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe. Así lo señala el Código Civil en sus artículos 1602 y 1603, y la Constitución Política en su artículo 83. El primero de estos principios, también conocido como pacta sunt servanda, establece que las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de contraer libremente obligaciones y/o derechos mediante la celebración de contratos. Una vez manifiestan allí su voluntad y llegan a un acuerdo, el contrato se transforma en una ley para las partes. Su terminación queda sujeta a la realización de un nuevo acuerdo, o al cumplimiento de una de las causales previstas en la ley o en el mismo contrato. Por lo tanto, mientras no hayan establecido otra cosa, ninguna de ellas queda autorizada para alterar los términos contractuales de manera unilateral porque, de lo contrario, le impondría a la otra una obligación, o le concedería un derecho que jamás consintió. Lo anterior implica que, por regla general y sin perjuicio de las excepciones consagradas en la ley, cualquier modificación de un contrato debe estar sometida al concurso de todas las personas que lo celebraron. […]

5.3. Según lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte, ***tratándose específicamente de un contrato de seguro, la buena fe que se espera de las partes es cualificada.*** *Es decir, que la persona no solo debe tener conciencia de celebrar y ejecutar el contrato de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad que persiguen los firmantes. Si no que, además, debe tener certeza de que efectivamente lo está haciendo. De esta manera, la buena fe aplicable a este tipo de situaciones exige un elemento subjetivo, que se refiere a la intensión del actor, y un objetivo, que tiene que ver con la efectiva realización del comportamiento esperado.*

5.4. ***En conclusión, la celebración y ejecución de un contrato de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe, le permite a cada uno de los contratantes confiar en la palabra del otro y tener una expectativa cierta de los efectos jurídicos del acuerdo celebrado.*** *De esta manera, la alteración unilateral de alguno de los términos contractuales, o su lectura literal y maliciosa, se traducirían en un acto sorpresivo que traicionaría la confianza depositada." (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

[15] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las partes intervinientes en el contrato de seguros vinculados al presente procedimiento administrativo sancionatorio de incumplimiento del contrato regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pactaron las condiciones de cobertura conviniendo que el objeto del seguro es garantizar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista originadas en el contrato de obra No. 1380-1518-2022. Sin embargo, se avizora que el Patrimonio Autónomo Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA del FFIE no logró acreditar el presunto incumplimiento ni la consecuente imputación de este en cabeza exclusiva del consorcio M&E CANAAN FFIE en su calidad de contratista. Siendo entonces imposible acceder a reconocimientos económicos, pues el riesgo amparado no se configuró.

En virtud de lo anterior, además, del incumplimiento de las cargas que imperativamente establece el artículo 1077 del Código de Comercio, basta con remitirnos a las pruebas que reposan en el expediente del procedimiento administrativo sancionatorio de incumplimiento del contrato, en donde se evidencia la carencia de elementos demostrativos que acrediten el incumplimiento del contratista. Debe precisarse que la norma no ha establecido ningún tipo de restricción en materia probatoria, es decir, que la entidad gozaba de plena libertad para escoger cualquiera de los medios probatorios previstos en la ley, siempre y cuando fueren idóneos, conducentes y pertinentes para que hubiera acreditado el incumplimiento y la cuantía en el caso concreto, conforme con los informes y desarrollo de la ejecución del contrato de interventoría.

En conclusión, en el caso en marras, el Patrimonio Autónomo Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA FFIE no cumplió con la carga probatoria del artículo 1077 del Código de Comercio, como quiera que con el informe de interventoría y demás pruebas enunciadas no se acreditó la realización del riesgo asegurado (la obligación condicional del asegurador), ni tampoco cumplió con la condición indispensable para la afectación de este tipo de amparo. En ese sentido, no ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional del asegurador y por ese motivo, es totalmente improcedente ordenar la efectividad de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006263 por la cual es vinculada la Compañía de Seguros que represento en el presente trámite.

4. **TERMINACIÓN AUTOMATICA 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.**

En las condiciones del contrato de seguro materializado en la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006263 (cuyo tomador es el consorcio M&E CANAAN FFIE y asegurado y beneficiario ALIANZA FIDUCIARIA S.A.), por la cual se vincula a mi representada al presente proceso administrativo sancionatorio de incumplimiento de contrato, cuyo objeto del seguro es garantizar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista originadas en el contrato de obra No. 1380-1518-2022, por un valor inicial de TRES MIL CUATROCIENTOS VEINTISIETE MILLONES SETECIENTOS DIECIOCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA PESOS MCTE ($3.427.718.970) y plazo de ejecución inicial de 7 meses de acuerdo con el cronograma de ejecución para cada una de las fases del anexo técnico, contados a partir de la suscripción del acta de inicio. No obstante, el plazo inicial de ejecución y el valor del contrato, fue modificado en varias oportunidades, en virtud de las cuales mi prohijada emitió la póliza inicial y 5 anexos para la Póliza de Seguro de Cumplimiento A Favor de Particulares No. 4006263.

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 hubieran sido informadas a **HDI SEGUROS S.A.**, en calidad de garante, se produce la terminación automática del contrato de seguros 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 mencionaron en las consecuencias derivadas del presunto incumplimiento por esa situación, debe indicarse se produjo la terminación automática del contrato de seguros, 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 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 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 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 seguros. Haciendo improcedente la afectación de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006263 dentro del presente proceso administrativo sancionatorio.

5. 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, se reitera que para 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 ASEGURADO: 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"[16] (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:

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

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

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 la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006263, por cuanto 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 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 contiene unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por la entidad en el remoto e improbable evento de declarar la ocurrencia del siniestro como consecuencia del presunto incumplimiento por parte del consorcio M&E CANAAN FFIE al contrato de obra No. 1380-1518-2022.

6. CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO QUE REVISTEN LOS CONTRATOS DE SEGURO.

Sin perjuicio de la no realización del riesgo asegurado, y estando acreditada la configuración de una exclusión frente a la imposición de cláusulas penales o multas, es importante mencionar el principio que rige el contrato de seguro de daños, es el carácter indemnizatorio del mismo, esto es, que el contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo.

De modo que la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado. Así las cosas, el carácter de los seguros de daños y en general de cualquier seguro, es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el asegurado/beneficiario con el pago de la indemnización. Es decir, no puede nunca pensarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22

de julio de 1999, expediente 5065, dispuso:

> *"Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato"*

En tal sentido, el artículo 1088 del Código de Comercio estableció lo siguiente:

> *"**Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento**. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso"* (Subraya y negrita adrede).

Así las cosas, no debe perderse de vista que, como se señaló en el acápite pertinente, la póliza de cumplimiento No. 4006263 no podrá ser afectada para el pago de cualquier multa o clausula penal que se pretenda aplicar, por cuanto se encuentra expresamente excluido de la cobertura de dicho evento, además por lo que el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento sin causa al tener un carácter meramente indemnizatorio, encontrarse acreditado la inexistencia de algún perjuicio.

V. PETICIÓN

Conforme con los argumentos expuestos a lo largo de este escrito, solicito comedidamente que se declare la terminación del procedimiento de incumplimiento contractual y, de este modo, se archive el expediente, pues el Fondo De Financiamiento de Estructura Educativa - PA FFIE, carece de competencia para adelantarlo y no existen incumplimientos imputables al contratista por cuanto el contrato a la fecha se encuentra terminado anticipadamente, conforme arreglo directo suscrito entre las partes. Además, respecto a la aseguradora, debe de considerarse que no existe cobertura temporal para el amparo de manejo del anticipo, las cláusulas penales o multas están excluidas de cobertura, y no se configuró el riesgo asegurado en las condiciones pactadas en la póliza No. 4006263.

VI. MEDIOS DE PRUEBA

1. **DOCUMENTALES**

   a. Póliza de seguro de cumplimiento No. 4006263, con sus respectivos anexos, condicionado particular y general.

2. **MEDIANTE OFICIO**

   a. Respetuosamente solicito al Despacho de la Coordinación de Controversias Contractuales del Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA FFIE, se oficie al CONSORCIO INTER-FFIE 2020, en calidad de interventor del contrato 1380-

1518-2022, para la elaboración y aporte de informe completo dentro del cual se denote el estado actual de la obra.

3. **EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS**

   a. Actas parciales de entrega de obra firmada por las partes involucradas en el Contrato de Obra No. 1380-1518-2022.
   b. Soportes de pago realizados por el Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA FFIE y firmados por el contratista Consorcio M&E CANAAN FFIE.
   c. Informes de avance de obra expedidos por parte del contratista Consorcio M&E CANAAN FFIE.

4. **INTERROGATORIO**

   a. Comedidamente solicito se cite al señor **HÉCTOR ADALBER ORDOÑEZ ORTÍZ**, persona mayor de edad e identificada con cédula de ciudadanía No. 4.935.255, representante legal del CONSORCIO M&E CANAAN FFIE, integrado por M&E CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S. con NIT. 900.053.750-8 y CONSTRUCTORA CANAÁN S.A. con NIT. 800.007.47-2, conformado mediante documento privado de fecha 19 de julio de 2019, para que absuelva interrogatorio de parte y conteste una serie de preguntas que realizaré de cara a los hechos en que se funda el presente proceso de incumplimiento. El Representante legal podrá ser citado en la dirección electrónica hectorhordonez@canaanconstructores.com

VII. ANEXOS

1. Poder especial otorgado por HDI SEGUROS S.A. al suscrito en virtud de la Ley 2213 del 2022.
2. Certificado de Existencia y Representación Legal de HDI SEGUROS S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.
3. Certificado de Existencia y Representación Legal de HDI SEGUROS S.A., expedido por la Superintendencia financiera de Colombia.

VIII. NOTIFICACIONES

Para todos sus efectos, las notificaciones correspondientes se recibirán en los siguientes:

- Correos electrónicos: 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 AVILA
CC. No. 19.395.114 Bogotá D.C.
T. P. No. No. 39.116 del C. S. de la J.