

Señores:

FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA-PA-FFIE

controversiascontractuales@ffie.com.co - jvillamizar@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.

ASUNTO: Descargos ante el PIC decidido mediante oficio X191124 - traslado de nuevos hechos informados por interventoría-amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

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 la compañía **HDI SEGUROS S.A.**, sociedad legalmente constituida con domicilio principal en Bogotá y con sucursal en Cali, identificada con Nit. 860.004.875-6, como se acredita en el certificado de existencia y representación legal que se anexa, manifiesto respetuosamente que procedo a presentar DESCARGOS frente al PIC DECIDIDO MEDIANTE OFICIO X191124 - TRASLADO DE NUEVOS HECHOS INFORMADOS POR INTERVENTORÍA. Mediante esta comunicación se adoptó la definición del Procedimiento de Incumplimiento Contractual (PIC) iniciado por el presunto incumplimiento del Contrato de Obra 1380-1518-2022 – pretendiendo la exigibilidad de la póliza de cumplimiento No. 4006263, respecto al amparo manejo del anticipo. En este sentido, solicito desde ya que se **ARCHIVE** el presente proceso de procedimiento de incumplimiento contractual. Fundamento mi solicitud en los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. RAZONES DE INCONFORMIDAD

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.

El proceso actual de incumplimiento contractual requiere una reconsideración por parte de la UG-FFIE. Esto se debe a que, según lo establecido, y debido al presunto incumplimiento total o definitivo del contrato de obra N°1380-1518-2022, se pretende hacer exigible la póliza de cumplimiento N° 4006263 por la suma de DOSCIENTOS CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS M/CTE (\$204.410.251), correspondiente a la cantidad

presuntamente no amortizada por el contratista. Por lo tanto, es necesario realizar una revisión detenida de estas determinaciones.

Lo anterior, por cuanto es clara la falta de competencia del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE para iniciar un procedimiento sancionatorio contractual, pues la naturaleza privada de dicha entidad permite concluir que no le está provisto arrogarse facultades o potestades exorbitantes propias y exclusivas de las entidades públicas sometidas al EGCP, tal y como lo sería la imposición de multas y declaratoria de incumplimiento. Tal y como lo expone la UG-FFIE, en sus consideraciones:

“El FFIE tiene la naturaleza de un Fondo Cuenta o Fondo Especial y que por tanto no se asemeja a una entidad pública por cuanto no modifica la estructura de la administración pública.”

El mencionado artículo 59 previó la constitución de Patrimonios Autónomos (PA), los cuales se regirían por normas de derecho privado. y los documentos proferidos por este no son denominados o catalogados “actos administrativos”.¹

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

“la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual, al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista.”²

Ni tampoco, que se había sostenido que: “con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas”³

Hemos de realzar la postura del Consejo de Estado, como un elemento de juicio análogo y complementario a la jurisprudencia del máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria. **Dado que, permite establecer las formas en la que se debe interpretar aquellas cláusulas estipuladas en un contrato que, si bien se rige por las normas del derecho privado, su objeto contractual es inherente a la consecución de los fines esenciales del Estado Colombiano; como lo son las obras necesarias para el mejoramiento de sedes institucionales educativas en el territorio**

¹ Consideraciones de la UG FFIE pg. 16.

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

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

nacional. Razón por la cual es de recibo traer a colación la tesis del máximo Tribunal de la jurisdicción contenciosa en lo relativo a la competencia del PA FFIE, para declarar la terminación anticipada unilateral del contrato de obra. En este mismo sentido, el Consejo de Estado aseveró:

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

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

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

“la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual, al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista”.⁵

“con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas”⁶

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

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

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

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

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

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

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

Esta conclusión, se hace evidente en lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual establece con claridad que ***“las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal”***, es decir, únicamente aquellas entidades sometidas al EGCP pueden ejercer la prerrogativa exorbitante allí contemplada, excluyendo implícitamente a las entidades públicas cuyo régimen de contratación es de derecho privado que se encuentran en un plano de igualdad con los particulares, quienes no pueden ejercer facultades unilaterales en sus relaciones. Mucho menos podría contemplarse en una relación entre particulares, en donde es más clara la igualdad entre los co-contratantes.

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

En concordancia, si el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE pretende que se declare el incumplimiento total del contrato, y derivado de ello, hacer efectivo el amparo de manejo del anticipo, su única alternativa es acudir a un juez para que este sea quien determine la procedencia o no de sus pretensiones, pues -se reitera- no está investida de prerrogativas

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

exorbitantes que le permitan declarar directamente el incumplimiento, aun habiéndose pactado contractualmente el procedimiento de incumplimiento.

De tal manera, lo que se cuestiona no es la cláusula penal de apremio pactada previamente, dado que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, a las partes les es dable pactar este tipo de cláusulas, sin embargo; no es dable para los contratantes hacerlas exigibles unilateralmente como si les está permitido a las entidades públicas sometidas al estatuto de contratación estatal frente a un eventual incumplimiento, por lo que ante este evento resulta necesario acudir ante el juez natural del contrato.

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

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

Lo anterior implica que el representante legal del PA-FFIE está al tanto de la posición de la jurisdicción civil con respecto a su falta de competencia para abordar el asunto en cuestión. Esto se debe a que la demanda presentada por el PA-FFIE fue rechazada por esa jurisdicción. Sin embargo, a lo largo de todo el proceso actual, el PA-FFIE ha persistido en su postura de imponer sanciones de manera unilateral argumentando que los contratos de obra que suscriben se regentan por el derecho privado y comercial, no obstante, se ha comenzado a dirimir tal asunto, concluyéndose que los contratos suscritos por el PA-FFIE están sometidos al control y decisión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ello implica que, el juez natural para ventilar y dirimir la imposición de sanciones radica única y exclusivamente en los operadores judiciales de la jurisdicción contenciosa Administrativa, de conformidad con lo esgrimido en el artículo 104 del CPACA, que define expresamente la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en los siguientes términos:

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

particulares cuando ejerzan función administrativa”

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



8

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

2. IMPOSIBILIDAD DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA (FFIE-PA) DE DECLARAR LA TERMINACIÓN POR INCUMPLIMIENTO: POR NO HABERSE AGOTADO LA ETAPA DE ARREGLO DIRECTO.

La UG-FFIE debe tener presente la cláusula Trigésima del contrato de obra No. 1380-1518-2022, la cual establece la cláusula denominada "Solución de las Controversias Contractuales", cuyo contenido es el siguiente:

“TRIGÉSIMA. SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES: El PA-FFIE procurara solucionar mediante arreglo directo las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual en las etapas de ejecución, terminación y liquidación. De no ser posible la solución directa dentro de los treinta (30) días siguientes luego de la convocatoria a arreglo directo por cualquiera de las partes, podrá

8

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

emplear los mecanismos previstos en la ley. “

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

Adviértase que, no obra en el expediente solicitud o convocatoria de arreglo directo entre las partes, con la finalidad de atender sus desavenencias previo al inicio de otras acciones, por lo que, el presente procedimiento de incumplimiento resulta invalido, puesto que se ha incumplido con lo consagrado por los contratantes en la cláusula vigésima octava. De tal modo que el contratante de forma arbitraria, intempestiva y sorpresiva pretende declarar la terminación anticipada del contrato de obra sin procurar la solución inicial mediante arreglo directo.

En ese sentido y bajo la égida de la cláusula Trigésima, resulta procedente el archivo del presente procedimiento con la finalidad de que se agote el arreglo directo, so pena de vulnerarse el principio de voluntariedad contractual, en desmedro de la subordinación contractual frente al contratista de la obra.

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

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

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

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

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

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

*“Significa lo anterior que **cuando las partes contractuales no pactan previamente el procedimiento que se debe seguir en caso de acudir al mecanismo alternativo de la amigable composición, se habilita la disposición legal supletoria que señala que son aplicables las reglas de procedimiento del reglamento del centro de arbitraje, y para ubicar la competencia territorial consagra que será un centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada, que podrá ser escogido por el convocante.** Aunque el artículo 61 de la Ley 1563 de 2012 no define en concreto unas reglas asociadas a la competencia territorial del centro de arbitraje, sí fija lineamientos relacionados con el procedimiento teniendo en cuenta el centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada.”⁹*

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

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

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

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-093 de 2023.

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

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

Igualmente, en la misma providencia estableció:

“(…) también los particulares, cuando se hallen en posibilidad de aplicar sanciones o castigos, están obligados por la Constitución a observar las reglas del debido proceso, y es un derecho fundamental de la persona procesada la de que, en su integridad, los fundamentos y postulados que a esa garantía corresponden le sean aplicados.”¹⁰

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

II. ARGUMENTOS DE INCONFORMIDAD DE HDI SEGUROS S.A. ANTE EL PROCEDIMIENTO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

1. IMPOSIBILIDAD DE HACER EXIGIBLE LOS AMPAROS CONTENIDOS EN LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO No. 4006263.

Tanto el Comité Técnico del PA-FFIE como el Comité Fiduciario del PA-FFIE yerran al considerar que en caso de incumplimiento se debe hacer exigible la obligación de la aseguradora contemplada en la póliza de cumplimiento expedida por mi representada. Esto se debe a que no solo no se demostró la realización del riesgo asegurado, sino que tampoco resulta factible pretender hacer exigible el amparo de manejo del anticipo. En el contrato de seguro, no se amparó la no amortización del anticipo, sino su correcta inversión, y dicho amparo opera de la siguiente manera:

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-593 de 2014. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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

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

En gracia de discusión dicho amparo eventualmente se haría efectivo en el momento en que se proceda con la liquidación del contrato de obra, y con ello, se realice la compensación de saldos y devolución del anticipo, lo cual como vemos no ha acontecido en el presente asunto. En ese sentido, no puede confundirse entonces la no amortización del anticipo con el uso, inversión o la apropiación indebida del mismo, de tal suerte que se asimilen riesgos de distinta naturaleza como si fueran idénticos. Todo ello máxime cuando como ya se ha iterado, el seguro de cumplimiento es de interpretación restrictiva y de riesgos nombrados. La amortización, al estar implícitamente relacionada con el porcentaje de ejecución del contrato, para que se entienda amortizado totalmente el anticipo, es normal que deba también estar concluido el 100% del objeto contractual estipulado. No obstante, en caso de terminación anticipada del contrato por parte del contratante por un presunto incumplimiento, el anticipo no podría ser amortizado en su totalidad por obvias razones. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

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

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

la liquidación del contrato es esencial para establecer los hechos y las cifras concretas relacionadas con el siniestro.

Sobre este particular ha explicado la Corte Suprema de Justicia sobre el Artículo 1077 del Código de Comercio y su relación con el seguro de cumplimiento:

*“Es precisamente por efecto de ese carácter indemnizatorio que, acorde con el artículo 1077 ejusdem, le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como “la cuantía de la pérdida”; es decir, **que al demandar el pago de la indemnización debe probar no solamente los hechos a cuyo amparo estima se configuró el siniestro sino también la naturaleza de los daños padecidos y la extensión de los perjuicios sufridos a raíz de la realización del riesgo asegurado.** Significa lo anterior que aquél, al pretender obtener el pago de la indemnización convenida, total o parcial, debe demostrar “ya mediante reclamo extrajudicial o ya por vía judicial, la existencia del daño padecido y su cuantía, pues sólo hasta allá se extiende la responsabilidad de la compañía a quien, por razón de tal vínculo, le corresponde pagar, únicamente en esa medida, los perjuicios derivados para aquél por causa del incumplimiento de las obligaciones del tomador” (sentencia 170 de 21 de septiembre de 2000, exp.6140).” “...*

***la obligación de indemnizar surge a cargo de la compañía aseguradora únicamente ante la prueba del daño y del monto del perjuicio, y que, por ende, el beneficiario carece derecho a ser indemnizado con base en la prueba del simple incumplimiento del tomador.** Por lo mismo, puede decirse que el incumplimiento por parte del obligado, per se, no alcanza a configurar el siniestro contemplado en el artículo 1072 del Código de comercio salvo que, como consecuencia de tal desatención, se produzca un perjuicio real para el asegurado, vale decir, aquel que llegue evidentemente a materializarse en un auténtico desmedro patrimonial para éste.”²¹ (Subraya y negrita fuera del texto)*

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

“El seguro de cumplimiento establecido por la Ley 225 de 1938, tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones que emanen de leyes o de contratos. Dicho seguro de cumplimiento, de acuerdo con la clasificación consignada en el artículo 1082 del Código de Comercio se enmarca dentro de los seguros de daños, de carácter patrimonial, en la medida que pretende el restablecimiento del patrimonio económico del acreedor de la obligación (asegurado), por causa del incumplimiento del contrato o de la disposición legal por parte del deudor (tomador del seguro).”¹¹

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

¹¹ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2003046122-2 de febrero 4 de 2004.

La Sala advierte que la liquidación tiene otra función, esto es, la de constituir de forma directa e inmediata vínculos jurídicos, crear obligaciones, cuya fuente mediata es el contrato estatal celebrado por las partes. (...) [E]n la liquidación, de forma directa e inmediata, se pueden generar obligaciones, cuya fuente mediata es el contrato estatal celebrado por las partes, las cuales, según se precisó anteriormente, hacen referencia a la determinación de sumas específicas a cargo de una parte y en favor de la otra en virtud de las obligaciones y derechos existentes que emanan del texto contractual; reconocimientos y cuantificación del valor de prestaciones adicionales ejecutadas de buena fe que tuvieron lugar durante la vigencia del contrato, que no se encontraban comprendidas en el clausulado contractual y resultaron esenciales y necesarias para el cabal cumplimiento del objeto contractual; ajustes y revisión de precios para restablecer el equilibrio económico o financiero del contrato, mediante el reconocimiento correspondiente, cuando quiera que proceda de acuerdo con las disposiciones legales, entre otras¹²

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

2. LÍMITE MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD. CONDICIONES DEL SEGURO Y DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 4006263

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

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

La norma antes expuesta es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de

¹² Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas. Bogotá D.C., 28 de junio de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00067-00(2253).

Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

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

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

PRODUCTO Y PRIMA					
Dirección: CR 15 NO. 82 - 99			Ciudad: BOGOTÁ		Total Suma Asegurada \$ 2.913.561.124,50
Amparo	Vigencia desde	Vigencia hasta	Suma asegurada	Conducto de Pago CONTADO - CUMPLIMIENTO ESPECIAL	Fecha Máxima Pago Prima 06/06/2022
CALIDAD DEL SERVICIO	29/03/2022	29/07/2022	\$ 171.385.948,50	PRIMA	\$ 35.019.079,96
CUMPLIMIENTO	29/03/2022	29/06/2023	\$ 685.543.794,00	Otros conceptos	\$ 0,00
ESTABILIDAD DE LA OBRA / CALIDAD Y BUEN FUNCIONA...	29/03/2022	29/03/2025	\$ 685.543.794,00	Gastos de expedición	\$ 9.000,00
MANEJO DEL ANTICIPO	29/03/2022	29/10/2022	\$ 685.543.794,00	IVA	\$ 6.655.335,12
PAGO DE SALARIOS PRESTACIONES SOCIALES	29/03/2022	29/10/2025	\$ 685.543.794,00	Prima total:	\$ 41.683.414,68

En conclusión, conforme con las disposiciones legales, comedidamente le solicito a la Coordinación de Controversias Contractuales del Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA FFIE, considerar que la Póliza de Seguro de Cumplimiento contempla unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta en el remoto e improbable evento de declarar el incumplimiento del contrato que para el caso está limitado a un valor de SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$685.543.794,00).

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

III. PETICIONES

Conforme con los argumentos expuestos a lo largo de este escrito, solicito comedidamente que se **ARCHIVE EL PROCEDIMIENTO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DECIDIDO MEDIANTE OFICIO X191124 - TRASLADO DE NUEVOS HECHOS INFORMADOS POR INTERVENTORÍA**, y en consecuencia se declare la terminación del procedimiento de incumplimiento contractual y, de este modo, se archive el expediente, pues el FFIE carece de competencia para adelantarlos y no existen incumplimientos imputables al contratista. Además, respecto a la aseguradora, no se configuró el riesgo asegurado al existir falta de cobertura material respecto del amparo de manejo del anticipo.

IV. NOTIFICACIONES

Al suscrito en la Calle 69 No.4 – 48, Oficina 502 de la ciudad de Bogotá o en la dirección electrónica:
notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



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