

Señores

FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESCTRUCTURA EDUCATIVA-PA-FFIE.

controversiascontractuales@ffie.com.co

REFERENCIA: PROCESO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL
RADICADO: CONTRATO DE OBRA No. 1380-1842-2023.
AFIANZADO: CONSORCIO CONSTRUEM 2023.
ASEGURADO: ALIANZA FIDUCIARIA S.A.
PÒLIZA: PÒLIZA DE CUMPLIMIENTO No. 4008774.

ASUNTO: Descargos frente a la comunicación de inicio PIC (ITAI) CO-1380-1842-2023 – Mejoramientos Grupo No. 22 Norte de Santander-21-21 del Contrato de Obra No. 1380-1842-2023.

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, como se acredita con el certificado de existencia y representación legal que se anexa, de manera respetuosa manifiesto que procedo a presentar descargos frente a la comunicación de inicio del procedimiento de incumplimiento contractual PIC CO-1380-1842-2023, correspondiente al CONSORCIO CONSTRUEM 2023, y la vinculación de mi prohijada en virtud de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4008774, 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 PARA PRESENTAR LOS DESCARGOS.**

En primera medida, cabe aclarar que el presente escrito se presenta dentro del término de traslado previsto en la COMUNICACIÓN DE INICIO PIC-1380-1842-2023 - Grupo No. 22 Norte de Santander-21-21, notificada personalmente a través del buzón electrónico autorizado para tal fin el 18 de junio de 2024, conforme a lo dispuesto en la notificación pertinente, se concedió un plazo de cinco (5) días hábiles siguientes a partir de la recepción del comunicado para presentar descargos. Dado que el término comenzó a transcurrir el 19 de junio de 2024, el plazo concedido se extendería hasta el 25 de junio de 2024, encontrándonos dentro de la oportunidad correspondiente para presentar descargos.

II. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

- INEFICACIA DEL PIC TODA VEZ QUE EL CONTRATO NO DISPONE LA FACULTAD DE INICIARLO POR PARTE DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE.

La actuación que despliega el FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA – PA FFIE es a todas luces ineficaz, como quiera que se pretende por parte del mencionado contratante aplicar unilateralmente una figura de naturaleza privada de la misma forma en la que operaría una facultad exorbitante, rompiendo de plano el equilibrio contractual que impera en el marco del Contrato de Obra 1380-1842-202 y, por esa misma vía, vulnerando el derecho al debido proceso del contratista.

Sobre este aspecto es importante referir que, en el caso concreto, estamos frente a un acto de naturaleza contractual y no al ejercicio de una facultad sancionatoria administrativa contractual, es decir, la fuente de la multa conminatoria que se pretende imponer no es la ley, sino el contrato mismo, el cual de ningún modo autoriza al FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA – PA FFIE a aplicar multas conminatorias de manera unilateral.

En principio, es importante destacar que conforme a lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1433 de 2020, el FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA ESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE es una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional sin personería jurídica, lo cual implica que no tiene capacidad para suscribir contratos y, en general, para contraer obligaciones, considerando que es una herramienta financiera para separar los recursos destinados a la financiación de la infraestructura educativa.

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

Bajo esta línea argumentativa, considerando que el contratante en el marco del Contrato de Obra No. 1380-1842-2023, y el asegurado de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4008774, expedida por HDI SEGUROS S.A., es ALIANZA FIDUCUARIA S.A., como representante legal del CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA, quien actúa única y exclusivamente como vocera del patrimonio autónomo del FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE, resulta evidente que los recursos son manejados mediante la suscripción de un contrato de fiducia mercantil y la constitución de un patrimonio autónomo, por consiguiente, es aplicable el segundo supuesto de la norma anteriormente citada y el contrato de obra se rige por las normas de contratación del derecho privado.

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.

Justamente en ejercicio de la autonomía de la voluntad, en el marco del del Contrato de Obra No. 1380-1842-2023, los intervinientes decidieron pactar multas derivadas del incumplimiento del extremo contratista¹, esto se puede verificar a partir de la lectura de la cláusula decimocuarta, en la cual se estableció:

DECIMA CUARTA. MULTAS CONMINATORIAS: El contratista de manera libre, expresa e irrevocable se compromete a pagar como sanción convencional a favor del contratante, una pena moratoria por cada día de retardo injustificado hasta su cumplimiento sin superar el 5% del valor del contrato, los valores que correspondan a los porcentajes señalados a continuación que resulten acreditados durante el procedimiento establecido en el contrato (...)

Como se evidencia, efectivamente la cláusula transcrita estableció las multas en favor del contratante, pero no lo autorizó para su imposición unilateral, esto es importante como quiera que el Consejo de Estado ha determinado que:

(...) si bien es válido en el ordenamiento jurídico el pacto que permita a una de las partes declarar incumplido el contrato e imponer unilateralmente la cláusula penal, no es menos cierto que por la trascendencia misma de tal autorización y sus efectos, ésta debe aparecer claramente consignada en el negocio jurídico celebrado. En el presente caso, dicho imperativo está ausente, pues aunque se acordó que el Ministerio o el INCODER harían efectiva la cláusula penal -más no la impondrían como en el caso de las multas-, tal posibilidad pendía de una circunstancia previa y principal que era la declaratoria de incumplimiento del contrato, respecto de la cual no se pactó que una de las partes pudiera efectuarla de forma unilateral.

Aunado a lo anterior, debe mencionarse que de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes y, en ese sentido, su contenido no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales. Así las cosas, aceptar que la declaratoria de incumplimiento y la consecuente imposición de multas fue una facultad que los co-contratantes en uso de su autonomía negocial pactaron a favor del contratista solo porque el mismo es una entidad estatal, implicaría suponer disposiciones que el negocio jurídico claramente no contiene e invalidar el carácter vinculante del contrato.

Aceptar lo contrario, es decir, que solo porque el contratante es una entidad pública cuenta con una posibilidad que no fue pactada en el acuerdo de voluntades aún cuando es el mismo la fuente de la sanción, implicaría un desconocimiento del principio de legalidad y por esa misma vía una ineficacia tanto del procedimiento como de la sanción, puesto que claramente el contratante no se encuentra contractualmente facultado para adelantar el procedimiento de incumplimiento contractual.

Así las cosas, como quiera que el contrato en tanto genitor y fundamento de la multa conminatoria que se pretende imponer mediante el presente, no contempla que su imposición podrá realizarse

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, Exp. 14579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

de forma unilateral por parte del contratante, tal sanción solamente puede ser aplicada por un juez de la república.

En este punto, es importante resaltar que el artículo 13 del Código General del Proceso establece que las normas procesales son de orden público y que cualquier requisito de procedibilidad pactado convencionalmente para acceder a los operadores de justicia, no son de obligatoria observancia, en ese sentido subsiste el derecho del contratista de acudir ante la jurisdicción antes de realizar cualquier posible arreglo directo.

Adicionalmente, continuar con un proceso administrativo sancionatorio como si se tratara de una facultad exorbitante y no contractual, implicaría no solo desconocer el régimen legal que le atañe al contrato, sino también invertir la posición jurídica de los sujetos involucrados en el tráfico negocial propiciando sendas vulneraciones al derecho al debido proceso del extremo contratista.

Lo anterior como quiera que se estaría rompiendo con el equilibrio entre las partes quienes en aplicación del régimen civil, se involucran en el devenir negocial en igualdad de condiciones, siendo entonces improcedente que uno de ellos se erija en juez y parte de su propia causa, sin las garantías mínimas de imparcialidad y sin que esto haya sido consentido contractualmente por su co-contratante. En el presente caso, la Unidad de Gestión de la FFIE se está atribuyendo prerrogativas al adoptar un proceso sancionatorio contractual como si se tratara de una entidad pública competente para ello. Este proceso es muy similar al reglado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

En conclusión, el proceso de incumplimiento contractual y cualquiera de sus determinaciones deviene ineficaz de cara al mismo clausulado del Contrato de Obra No. 1380-1842-2023, por cuanto al ser el mismo clausulado el que fundamenta la facultad de imponer las multas sancionatorias, no establece esta facultad en favor del contratante, siendo ineficaz que este se abrogue esta competencia sin el consentimiento previo del contratista y en contravía de las normas.

- **IMPROCEDENCIA DEL PIC TODA VEZ QUE EL CONTRATO NO DISPONE LA FACULTAD DE INICIARLO POR PARTE DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE.**

Centro la atención del Comité Fiduciario del PA-FFIE de cara a demostrar la ineficacia del procedimiento de incumplimiento contractual del cual avoca conocimiento, en la medida en que si bien es cierto que en el marco normativo del derecho privado, las partes pueden prever condiciones contractuales específicas en sus contratos, incluyendo la aceptación de prerrogativas contractuales, también lo es la manifiesta improcedencia de que el contratante sea el sujeto contractual en el que resida el poder o facultad omnímoda de declarar el propio incumplimiento del contratista de obra, en razón a que se vulneraría los principios estructurales de la competencia contenciosa que residen en los jueces de la república, llamados a conocer de los aspectos contenciosos que surgen del tráfico jurídico. En ese sentido debió el FFIE acudir al juez del contrato para que sea este quien

declare un incumplimiento contractual e imponga las penalidades del caso o en su defecto ejecute la obligaciones desatendidas o atendidas de manera imperfecta o tardíamente.

No puede pasarse por alto que el Consorcio FFIE Alianza – BBVA, integrado por las sociedades Alianza Fiduciaria S.A., y BBVA Asset Management S.A. Sociedad Fiduciaria, en calidad de vocero del Patrimonio Autónomo del Fondo de Infraestructura Educativa – FFIE. Consagra el artículo 184 de la Ley 1955 de 2019, que modifico el artículo 59 de la Ley 1753 de 2015, que:

“...El Fondo de Financiamiento de la Infraestructura es una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional sin personería jurídica, cuyo objeto es la viabilización y financiación de proyectos para la construcción, mejoramiento, adecuación, ampliaciones y dotación de infraestructura educativa física y digital de carácter público en educación inicial, preescolar, educación básica y media, en zonas urbanas y rurales, incluyendo residencias escolares en zonas rurales dispersas, así como los contratos de interventoría asociados a tales proyectos.

(..)

En caso de que un proyecto priorizado por la Junta Administradora involucre cualquiera de los recursos de que tratan los literales d), e), f), g) y h) del presente artículo, con cargo al Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa **se podrán constituir patrimonios autónomos que se regirán por normas de derecho privado en donde podrán confluir todas las fuentes de recursos con las que cuenten los proyectos.** Dichos Patrimonios Autónomos, podrán celebrar operaciones de crédito interno o externo a su nombre, para lo cual la Nación podrá otorgar los avales o garantías correspondientes.

Establecido que el patrimonio autónomo se regenta por las normas de derecho privado; es menester traer a colación lo consagrado en el artículo 13 del código General del Proceso, en aras de delimitar la observancia de las normas de orden público que le es exigible al patrimonio:

“ARTÍCULO 13. OBSERVANCIA DE NORMAS PROCESALES. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.

Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.

De lo anterior es plausible interpretar que ante cualquier incumplimiento por parte de alguno de los contratantes; estos deberán ventilar toda controversia que surja del devenir contractual ante el juez natural del contrato, esto es el juez civil de la jurisdicción ordinaria, tal como lo estipuló el legislador en el artículo 28 del CGP, así:

Artículo 28. Competencia territorial: *La competencia territorial se sujeta a las siguientes reglas:*

(..) 3. **En los procesos originados en un negocio jurídico o que involucren títulos ejecutivos es también competente el juez del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones.** *La estipulación de domicilio contractual para efectos judiciales se tendrá por no escrita.*

En virtud de los precitados preceptos normativos queda claro que en los procesos originados en un negocio jurídico como lo es el contrato de obra 1380-1842-2023 el juez competente para dirimir, declarar algún incumplimiento o aplicar clausula penal reside en los jueces civiles del lugar de cumplimiento de la obligación contractual, y no la discrecionalidad imperante del alguno de los sujetos contractuales, razón por la que en observancia de las normas públicas debe ponderarse frente a la autonomía privada de las partes.

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, ha conceptuado sobre la facultad de las partes para iniciar una demanda que resuelva el pago de los perjuicios ocasionados en el transcurso del contrato, de la siguiente manera:

*“El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, **de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o al pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento, pretendiendo éstos últimos ya de manera principal (arts. 1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesoria o consecuencial (arts. 1546 y 1818 del C.C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados”²***

En reciente oportunidad el Tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria dijo:

“Serán entonces las circunstancias del caso, y la intención que persiga el agraviado⁷, lo que determine la forma en que plantee la acción resarcitoria, si como pretensión secuencial y subordinada a la de resolución o de cumplimiento; o de manera principal y directa, pues ninguna norma impone lo primero al tratarse de acciones que, aunque pueden ser acumuladas, son totalmente disímiles, toda vez que tienen diversa naturaleza y, por consiguiente, están diseñadas para ser

² CSJ SC 9 mar. 2001, rad. 5659,

formuladas de manera independiente, es decir, cada una por separado.”³

Seguidamente, la Corte Suprema de Justicia establece la acción con la que dispone el sujeto contractual que padeció el incumplimiento de su deudor, así:

*“De igual manera, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 495, **establecía la autonomía del reclamo indemnizatorio por obligaciones derivadas de un contrato, regulación que sigue vigente en el Código General del Proceso, cuyo artículo 428 así lo autoriza, con independencia de cuál sea la categoría de la prestación que dé base a la reparación** (dar, hacer o no hacer).”*

Dicho sea de paso, me permito traer a colación de manera análoga lo conceptuado por una de las corrientes jurisprudenciales del Consejo de Estado respecto a la potestad de imponer unilateralmente multas, de la siguiente manera:

“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”⁴

Ni tampoco, que se había sostenido que (se transcribe): “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 (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)

Adicionalmente, continuar con un proceso administrativo sancionatorio como si se tratara de una facultad excepcional que ostenta únicamente las entidades públicas desconoce abiertamente el régimen sobre el cual se regenta el contrato de obra 1380-1842-2023, es decir la competencia prevalente que reside en los jueces civiles quienes están revestidos de facultades legales para conocer de contiendas relacionadas con la responsabilidad civil contractual.

Ahora, precaviendo los eventuales argumentos sobre los que gravitará la respuesta del FFIE en específico lo que atañe a la autonomía de la voluntad privada de los contratantes, debe decirse que, si bien tal prerrogativa permea el ordenamiento jurídico; también lo es que no puede aplicarse de manera irrestricta por cuanto la Corte Constitucional ha establecido aquellos límites que debe

³ Tejero Duque, O. A. (Magistrado Ponente). (2022, 28 de junio). **Sentencia SC1962-2022**. Radicación n.º 11001-31-03-023-2017-00478-01. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Bogotá, D.C., Colombia. Aprobada en sala del 12 de mayo de 2022.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 29.165.

contener tal poder dispositivo de las partes, veamos:

*“La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual goza entonces de garantía constitucional. **Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público** y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas.”⁵*

Fruto de lo expuesto, no es de recibo que bajo la égida del principio de autonomía de las partes el FFIE reúna poderes o facultades excepcionales inherente a las entidades públicas; siendo parte y juez del contrato de obra, lo cual riñe de manera evidente con el principio dispositivo de la autonomía privada que además debe aplicarse e armonía con las normas de orden público; razón por la que tal estipulación contractual degenera en ineficaz y carente de todo asidero normativo, violentando de manera arbitraria el debido proceso del contratista de obra; quien únicamente podría hacer valer sus derechos ante la imparcialidad de un juez de la república, y no ante su mismo contratante.

- **INOPONIBILIDAD DE LA CLÁUSULA DECIMOCUARTA O DE CUALQUIERA QUE ESTABLEZCA LA AUTOCOMPOSICIÓN DE CONTROVERSIAS DEL CONTRATO DE OBRA No. 1380-1842-2023 FRENTE A HDI SEGUROS.**

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

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

Bajo esta línea argumentativa, considerando que el contratante en el marco del Contrato de Obra No. 1380-1842-2023, y el asegurado de la Póliza de Seguro de Cumplimiento que ahora se pretende afectar y fue expedida por HDI SEGUROS S.A., es ALIANZA FIDUCUARIA S.A., como representante legal del CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA, quien actúa única y exclusivamente

⁵ SU-157 de marzo 10 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Ver además T-468 de 2003 y C-186 de 2011, precitadas.

como vocera del patrimonio autónomo del Fondo de Infraestructura Educativa – FFIE, resulta evidente que los recursos son manejados mediante la suscripción de un contrato de fiducia mercantil y la constitución de un patrimonio autónomo, por consiguiente, es aplicable el segundo supuesto de la norma anteriormente citada y el contrato de obra se rige por las normas de contratación del derecho privado.

Entonces, en el marco de la autonomía de la voluntad de las partes, en cuanto a principio del derecho privado y, de los contratos en general, los co-contratantes en el Contrato de Obra No. 1380-1842-2023 pactaron a través de la cláusula decimocuarta la obligación del contratista incumplido de pagar al contratante multas que lo conminen al cumplimiento del objeto contractual.

Si bien como se sostuvo anteriormente, dicha cláusula no dota al Fondo de Financiamiento de la Estructura Educativa – FFIE de la potestad de imponer unilateralmente multas al contratista o, de realizar arreglos directos con el mismo para la imposición de multas, en el remoto caso de que se interpretara tal cláusula de la forma antes descrita, debe resaltarse que la misma no es oponible a terceros que no participaron en el acuerdo.

Conviene en este punto recordar que la inoponibilidad comprende aquellas hipótesis en las que el acto, cláusula o contrato es existente y válido entre quienes intervinieron en su celebración, pero no tiene la aptitud de producir sus efectos frente a terceros dado que, por ejemplo, no se agotaron determinados requisitos de publicidad previstos en la ley; tal es el caso que ahora nos convoca como quiera que mi prohijada no fue debidamente informada de la inclusión de una cláusula contractual que establecía multas, ni mucho menos, que la entidad contratante se abrogó la competencia para su imposición.

En conclusión, en el Contrato de Obra No. 1380-1842-2023 convenido bajo los postulados del derecho privado y, particularmente en el establecimiento de la condición decimocuarta, no tuvo participación HDI SEGUROS S.A., por lo que deviene inoponible la cláusula en relación con mi prohijada, como quiera que la misma no tuvo participación en su pacto y, por tanto, se debe atener a la regla general según la cual las controversias derivadas del cumplimiento contratos bilaterales se resuelven ante un juez de la república.

III. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS QUE DESVIRTÚAN EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONSORCIO.

3.1. INEXISTENCIA Y FALTA DE ACREDITACIÓN PROBATORIA DE INCUMPLIMIENTOS QUE AFECTEN DE MANERA GRAVE Y DIRECTA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO No. 1380-1842-2023.

En el actual procedimiento de incumplimiento contractual iniciado por la parte contratante, no se ha demostrado de manera concluyente que el CONSORCIO CONSTRUJEM 2023 haya incurrido en un incumplimiento sustancial y directo de sus obligaciones contractuales según lo establecido en el Contrato de Obra No.1380-1842-2023, por cuanto no se tuvieron en cuenta varios factores que pudieron determinar los presuntos atrasos involuntarios, a saber, (i) la falta de recursos ocasionada por las demoras en el pago del anticipo; (ii) la ejecución de actividades no contempladas inicialmente en el contrato y, (iii) la imposibilidad de trabajar en las IE durante la semana santa del año 2024.

Para iniciar el análisis propuesto, es importante tener en cuenta que las dificultades experimentadas por el contratista en relación con las actividades de ejecución de regatas, demolición de placa de contrapiso, remoción de pañete en muros, entre otras no constituyen un incumplimiento contractual grave que haya tenido un impacto significativo en la ejecución del propósito contractual ni que haya causado perjuicios a la entidad contratante.

Por el contrario, la ejecución de la obra ha progresado sin la ocurrencia de demoras injustificadas o incumplimientos con relación a las obligaciones contractuales establecidas pese a no contar con los fondos del anticipo de forma oportuna, obligando al contratista a poner de sus propios fondos a efectos de no impactar negativamente el cronograma, lo que demuestra la conducta acuciosa y ajustada a los postulados del artículo 209 constitucional de parte del CONSORCIO CONSTRUJEM 2023 y a su vez, esto evidencia la ausencia de razones para iniciar un nuevo procedimiento de incumplimiento.

Para empezar y como se ampliará más adelante, lo cierto es que el anticipo con el que contaba el contratista para iniciar con sus labores, no fue girado oportunamente por parte de la entidad contratante, este hecho se puede acreditar probatoriamente en el *sub lite* con la simple lectura del acta de seguimiento fechada al 9 de abril de 2024, así:

El Ing. Mauricio Martínez, representante legal del contratista manifestó que en los informes se relaciona el ingreso del personal de obra con su debida documentación, para ello, el Ing. Oscar Espinosa le aclaró que esta interventoría debía revisar y aprobar el personal, para tener claridad y certificar que efectivamente la persona está cubierta en el tema de seguridad social y todo lo demás, no es que ingrese la persona hoy y en el informe mensual que nos entregan el 30, nos entregan los documentos del personal NO, esta interventoría debe tener la certeza de que el personal cuenta con todas las garantías para iniciar sus labores, eso es claro en este contrato y en cualquiera. El contratista de obra, manifestó que se va a organizar con la parte administrativa para aclarar este tema. Así mismo, manifestó recordar sobre el tema del anticipo, debido a que están presionando, pero aun así se está trabajando con recursos propios para poder ir avanzando en la obra, aunque ya se ha gastado en temas de logística, en material y en movilización de personal, es por ello que se está requiriendo el recurso que se dispuso en el contrato para poder avanzar, el anticipo está ahí, no se ha podido retirar, este anticipo se envió la semana pasada el día jueves el cual se hicieron algunas observaciones para entregar y está en proceso.

Es decir, el contratista con corte al 9 de abril de 2024 se encontraba trabajando con recursos propios a efectos de no incurrir en retrasos o incumplimientos injustificados, esto justamente para evitar incumplimientos graves y directos respecto del contrato de obra.

Es decir, de acuerdo con las obligaciones del contratista, se ha observado que este ha empezado con la ejecución de las actividades contractuales con sus propios recursos y, adicionalmente, el CONSORCIO CONSTRUJEM 2023 incluso ha desarrollado tareas que no fueron previstas por la

entidad contratante pero que devienen necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, así lo reveló el informe semanal número 3:

6. OBSERVACIONES, RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES
*En el periodo reportado se tiene un programado de 5,96 %, frente a un ejecutado de 2,12 %. El atraso es producto de la falta oportuna de materiales y la disponibilidad defrentes de trabajo en obra.
* La interventoría remitió el día 19 de marzo del año 2024, el oficio CS.KM042-468-017-2024, con asunto "Atraso en la semana de ejecución No. 2 del contrato de obra 1380-1842-2023"
* En obra se vienen realizando actividades que no son contractuales como lo es el desmonte de cielo raso entre otras, por lo que nuevamente se le reitera al contratista realizar la solicitud de inclusión de actividades no previstas.

En el mismo sentido, el acta de seguimiento fechada al 9 de abril de 2024 evidenció:

Se presenta el apoyo a la coordinación y apoyo a la supervisión del FFIE la Ing. Dayan Vanesa Bolaños, así mismo, manifestó el atraso significativo en los frentes que tenemos abiertos, no es justificable que el contratista no haya recibido el anticipo y que no haya facturado ningún ítem, sin embargo, estamos para ayudar agilizar los trámites que sean necesarios ya sea para anticipos, para ítems o no previstos, porque las obras de acuerdo a lo que están mencionando anteriormente, el mayor grueso es en actividades preliminares, las cuales sabemos que muchas no están dentro de los ítems contractuales y han pasado ítems no previstos ante la interventoría, quisiera saber en qué estado están estos ítems no previstos en la interventoría para ver como agilizamos y poder pasar estos ítems a probación al grupo de costos y presupuestos.

Dichas actividades "preliminares" que se itera, son absolutamente necesarias para la ejecución de los ítems contractuales no están siendo debidamente apreciadas por la entidad contratante quien no se refiere a las mismas en ninguno de los apartados del proceso sancionatorio que ahora nos convoca, ignorando por completo que las mismas tienen la virtualidad de variar los porcentajes del presunto atraso y, además, constituyen una prueba irrefutable del compromiso del contratista y su interés de no afectar el cumplimiento o plazo de las obligaciones contractuales.

Corolario de lo anterior, es menester señalar que los días correspondientes a semana santa no fue posible para el contratista ingresar a las IE a efectos de continuar con las actividades contractuales en los términos establecidos, así se dejó constancia en acta de seguimiento fechada al 26 de marzo de 2024, en el siguiente sentido:

Esta interventoría informa que el programado para la semana de ejecución No. 3 corte al día 24 de marzo de 2024, tiene un programado de 5.96 %, frente a un ejecutado del 2.12%, presentado un atraso -3.84 %. Esto producto de la falta de más frentes en obra y el suministro de materiales en obra. La interventoría también informa que para la presente semana de ejecución no hay presencia de personal en los frentes de obra de Monseñor sarmiento, la divina esperanza, campos dos y petrolea.

Seguidamente el Ing. Luis arguelles, en representación del contratista, informa que para esta semana no se realizaron actividades en obra, debido a que en la semana santa las instituciones no tendrán actividades por lo que por parte de los rector, no se tendrá acompañamiento. Mas sin embargo se seguirá avanzado en el

No obstante lo anterior, si bien no se pudo ingresar a las instituciones a continuar con la ejecución del contrato, sí se realizaron actividades de compra y suministro de materiales, lo que de nuevo demuestra que pese a las dificultades contractuales el CONSORCIO CONSTRUJEM 2023 siempre ha procurado honrar sus compromisos convencionales.

Así las cosas, sin ánimo de reconocer o calificar presuntos incumplimientos por parte del contratista, por cuanto mi representada desconoce las condiciones en que se ha venido ejecutando el contrato, debe señalarse que, para la imposición de multas, o cualquier otra sanción, es necesario la acreditación de una posible afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con la

contratación, no obstante, se evidencia que los presuntos incumplimientos no son imputables al contratista e incluso podrían estar sujetos al incumplimiento a su vez de la entidad contratante.

Como sustento que corrobore la hipótesis que se plantea, es menester recordar que El Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE, funciona como una cuenta especial sin personería jurídica del Ministerio de Educación Nacional creado por disposición del Artículo 59 de la Ley 1753 de 2015, modificado por el Artículo 184 de la Ley 1955 de 2019, cuyo objeto es la

(...) viabilización y financiamiento de proyectos para la construcción, mejoramiento, adecuación, ampliaciones y dotación de infraestructura educativa física y digital de carácter público en educación inicial, preescolar, media, básica y media en zonas urbanas y rurales, incluyendo residencias escolares en zonas rurales dispersas, así como los contratos de interventoría asociados a tales proyectos

En atención con el Parágrafo 4º de esta misma norma se indica siguiente:

El régimen de contratación del Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa estará orientado por los principios que rigen la contratación pública y las normas dirigidas a prevenir, investigar y sancionar actos de corrupción. La selección de sus contratistas estará precedida de procesos competitivos, regidos por los estándares y lineamientos que establezca Colombia Compra Eficiente, los cuales deberán incorporar condiciones tipo, así como elementos para evitar la concentración de proveedores y para promover la participación de contratistas locales. Los procesos de contratación deberán tener especial acompañamiento de los órganos de control.

De acuerdo con lo mencionado anteriormente, en virtud del presente contrato, aunque no se le aplique específicamente la normativa contenida en el Estatuto General para la Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y otras disposiciones relacionadas, sí son aplicables los principios generales de la contratación estatal establecidos en dicha ley. En particular, la Ley 80 de 1993, que establece el Estatuto de Contratación Estatal, define y amplía los principios que deben regir los procesos contractuales de la administración, incluyendo el principio de economía según lo dispuesto en su artículo 25. A partir de esta disposición, el Consejo de Estado ha desarrollado, a través de su jurisprudencia, el principio de planeación en los contratos administrativos.

En virtud del deber de planeación, la entidad estatal contratante está en la obligación legal de *“elaborar, antes de emprender el proceso de selección del contratista, los estudios completos y análisis serios que el proyecto demande, los cuales inciden en la etapa de formación del contrato y en forma –si se quiere más significativa- en su etapa de ejecución”*⁶

En virtud de lo anterior, es fundamental recordar que, para tomar medidas como la imposición de sanciones, la parte contratante también debe acreditar su cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades que le corresponden. La obligación de ambas partes de cumplir con lo pactado es un principio fundamental en los contratos.

Hasta la fecha del procedimiento de incumplimiento, no se ha demostrado de manera concluyente que el CONSORCIO CONSTRUJEM 2023 haya incurrido en un incumplimiento sustancial y directo

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp. 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469), C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

de sus obligaciones contractuales, tal como se establece en el Contrato de Obra No.1380-1842-2023. Las dificultades experimentadas por el contratista, no constituyen un incumplimiento grave que haya tenido un impacto significativo en la ejecución del contrato ni haya causado perjuicios a la entidad contratante. Mucho menos ha paralizado la prestación del servicio público.

Después de aclarar los puntos previos, se evidencia que los alegados incumplimientos no han tenido un impacto significativo en el propósito contractual ni en el interés público que busca garantizar mediante el contrato. Esto se basa en la consideración de que el objetivo del contrato es el siguiente: *“ejecutar las obras necesarias para el mejoramiento de residencias escolares y/o sedes de instituciones educativas en el territorio nacional, priorizados por el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa ? FFIE? Grupo No. 22 Norte de Santander-21-21”.*

En síntesis, los hechos presentados demuestran que los supuestos retrasos no han afectado en gran medida la ejecución del contrato ni el interés público que se busca garantizar. Por lo tanto, la imposición de sanciones económicas carece de justificación y no se ajusta a la esencia conminatoria de las multas, pues como se indicó, el contratista nunca ha demostrado algún indicio de sustraerse a sus obligaciones. La evidencia sugiere que los esfuerzos del contratista están enfocados en superar los presuntos retrasos, en línea con la finalidad de garantizar el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones contractuales.

3.2. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO E INCUMPLIMIENTOS IMPUTABLES A LA ENTIDAD PÚBLICA.

La entidad pública ha incumplido con sus obligaciones al no entregar oportunamente el anticipo al contratista, puesto que para el mes de abril de 2024 dicho anticipo aún no había sido recibido por el CONSORCIO CONSTRUJEM 2023, ello se constata en las actas de seguimiento, en las cuales la interventoría y el contratista enuncian que el anticipo no ha sido efectivamente recibido con corte al 9 de abril de 2024, esto es dos días después de que se realiza el informe de presuntos incumplimientos contractuales, el cual según la citación, es el siguiente:

c. Fecha de corte: El retraso reportado por la interventoría tiene como fecha de corte el 07 de abril de 2024.

Es decir, al momento en el cual se imputa el presunto incumplimiento al contratista, este todavía no había recibido efectivamente el dinero con el que contaba para iniciar con la ejecución de las obras, debiendo sufragar todos esos gastos de sus propios recursos, tal como quedó consignado en acta de seguimiento fechada al 9 de abril de 2024, así:

Así mismo, manifestó recordar sobre el tema del anticipo, debido a que están presionando, pero aun así se está trabajando con recursos propios para poder ir avanzando en la obra, aunque ya se ha gastado en temas de logística, en material y en movilización de personal, es por ello que se está requiriendo el recurso que se dispuso en el contrato para poder avanzar, el anticipo está ahí, no se ha podido retirar, este anticipo se envió la semana pasada el día jueves el cual se hicieron algunas observaciones para entregar y está en proceso.

En este punto es importante recordar que, según la interventoría los presuntos retrasos en el Contrato de Obra No. 1380-1842-2023 obedecen a la falta oportuna del suministro de materiales y la disponibilidad de más frentes de trabajo en obra, entonces, como se puede inferir lógicamente, las demoras en los suministros de material y ausencia de personal obedecen a la falta de recursos por parte del contratista, situación que a su vez deviene del retraso en el giro del anticipo con el que se contaba para dar cumplimiento a las obligaciones contractuales.

Así las cosas, es claro que se presentó un incumplimiento manifiesto de parte de la entidad contratante atinente al retraso en el pago del anticipo, lo que deviene en la figura de que trata el artículo 1609 del Código Civil, que la define así “*ARTICULO 1609. <MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES>. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.* La figura anterior es llamada excepción de contrato no cumplido y es aplicable a los contratos de las sociedades de economía mixta por disposición del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, adicionalmente, con relación a esta excepción, el Consejo de Estado ha aclarado que procede en los contratos estatales aun cuando esta debe ser armonizada con las normas de derecho público y, por tanto, tienen que cumplirse ciertas características para que se configure. De este modo, se afirmó:

El artículo 1609 del Código Civil prevé que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual “la mora de uno purga la mora del otro”, consagra la exceptio non adimpleti contractus, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica. (...) Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La exceptio non adimpleti contractus tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones

En pronunciamiento más reciente, esta Corporación adujo:

En materia de contratación estatal no cualquier desatención obligacional de la entidad tiene la virtualidad de situar en estado de incumplimiento al contratista o de conjurarlo. Ello obedece a que, en atención al fin público que se encuentra ínsito en la suscripción de un contrato estatal, el contratista debe procurar satisfacer su objeto en las condiciones inicialmente convenidas, a menos que, en realidad, el apartamiento de las obligaciones a cargo de la entidad lo lleven a un estado de imposibilidad material de cumplirlo, supuesto que en este caso no acaeció

Como se aprecia, para que se predique la excepción de contrato no cumplido en materia estatal, el incumplimiento de la entidad debe ser grave, determinante y trascendente, al punto de situar al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir con sus obligaciones.

En ese sentido, en el evento de encontrar un incumplimiento del contratista, es claro que este se derivó del incumplimiento previo de la entidad estatal al no haber remitido el dinero del anticipo oportunamente, por lo que se configuraría la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del Código Civil.

3.3. DEBER DE APLICAR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD FRENTE A LAS POSIBLES MULTAS DERIVADAS DEL CONTRATO DE OBRA No. 1380-1842-2023.

Es importante resaltar que, al adoptar decisiones relacionadas con el incumplimiento contractual, es necesario aplicar el principio de proporcionalidad, de acuerdo con los postulados legales y jurisprudenciales aplicables. En este sentido, el artículo 1596 del Código Civil establece de forma imperativa el descuento proporcional de la parte cumplida de la prestación principal.

Este principio de proporcionalidad implica que, en caso de incumplimiento de una de las partes en un contrato, el resarcimiento o sanción aplicada debe ser proporcional al incumplimiento efectuado. En otras palabras, la consecuencia o pena debe ser justa y adecuada a la magnitud y gravedad del incumplimiento, evitando excesos o desproporciones que puedan afectar los derechos de las partes involucradas.

“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.”

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

ARTÍCULO 867. 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 por fuera del texto original)

En el caso concreto, es relevante tener en cuenta lo estipulado en la cláusula decimocuarta del Contrato de Obra No. 1380-1842-2023. Según esta cláusula, en caso de incumplimiento parcial o retardo en el cumplimiento de algunas obligaciones a cargo del contratista, se aplicarán multas conminatorias por retraso en el cumplimiento del cronograma de ejecución, con una equivalencia igual al 0.1% del valor del frente de obra o del contrato por cada día de retraso sin superar el 5% del valor del contrato.

Ahora bien, tras examinar detalladamente el informe técnico de presunto incumplimiento contractual elaborado por la interventoría, es importante señalar que si bien se proporcionó una explicación

sobre la manera en que se ha calculado el monto de las multas conminatorias, lo cierto es que tal cálculo se realizó con fecha de corte del 7 de abril de 2024, por lo que en caso de una imposición posterior de las mismas, deberá procederse a recalcularlo y explicarse detalladamente cómo se llegó a esa cifra.

Para lo anterior, es imperativo recordar que el principio de proporcionalidad, consagrado en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, establece que las sanciones, penalidades o cláusulas de apremio deben guardar una relación de proporción con la infracción cometida. En este sentido, si bien las multas conminatorias pueden ser aplicadas como consecuencia de incumplimientos contractuales, su cálculo y ejecución deben ser proporcionales al nivel de incumplimiento y a la cuantía del contrato que aún no se ha ejecutado. Y, teniendo en cuenta que el contratista en ejercicio de su derecho a la defensa presentará los correspondientes descargos en los cuales evidenciará el porcentaje de cumplimiento actualizado, mal haría el contratante en establecer un apremio sin el análisis proporcional de cumplimiento por parte del contratista.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado la importancia del principio de proporcionalidad en la aplicación de sanciones y penalidades contractuales. En este sentido, el tribunal ha establecido que las cláusulas de apremio deben ser calculada de manera proporcionada y que su imposición debe ser acorde con la gravedad del incumplimiento y las circunstancias del caso, teoría aplicable a cualquiera de las sanciones conminatorias o indemnizatorias impuestas en virtud de un proceso administrativo sancionatorio contractual, al respecto particularmente el Consejo de Estado ha enunciado lo siguiente:

Ahora bien, en consideración a lo analizado, señala la normatividad vigente en la época de los hechos, así como la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, que con base en el principio de proporcionalidad y en el criterio auxiliar de la equidad, si el juez verifica que el contratista cumplió, efectivamente, parte del objeto estipulado en el contrato, y que este, además, fue aceptado por la entidad contratante, puede disminuir la sanción penal en proporción al porcentaje de obra ejecutada. Partiendo de lo anterior, es necesario que el juez, además de estos aspectos, analice lo concerniente al cumplimiento del contrato a partir del porcentaje de obra ejecutado, y recibido por esta. No obstante, tratándose de obligaciones indivisibles, según se acaba de indicar, es ilógico que el contratista solicite la disminución de la cláusula penal impuesta, pues la naturaleza misma de las obligaciones lo impide, salvo aceptación de la entidad estatal de la parte ejecutada. En este sentido, los aspectos que debe analizar el juez frente a la solicitud de disminución del monto de la cláusula penal pecuniaria, considerando que dicho análisis se realiza conforme a los postulados del principio de proporcionalidad y al criterio auxiliar de la equidad, son: i) El porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista, y ii) si la entidad pública contratante recibió esta parte del objeto contractual. Según se dijo, el contrato se rige por el decreto-ley 222 de 1983, norma que, por lo demás, no reguló en forma particular lo concerniente a la disminución de la cláusula penal pecuniaria, de manera que, tal como lo ha hecho la Sala en otras ocasiones, es posible acudir al derecho civil y al comercial, para efectos de aplicar sus normas. No obstante, resulta que estos dos ordenamientos regulan, aunque de manera muy parecida -pero no idéntica-, la cláusula penal pecuniaria, de manera que se debe definir, concretamente, a cuál de los dos se hará la remisión, para efectos de concretar el análisis del tema. **La Sala acudirá a la regulación contenida en el art. 867 de la normatividad comercial, en consideración a que el contratista, conforme a los artículos 10 y 20.15 del Código de Comercio, es un comerciante, y por tanto le es**

aplicable lo dispuesto en el mismo. Ahora bien, considerando - conforme al artículo 867 del Código de Comercio que en el proceso se acreditó el incumplimiento del objeto del contrato -solo 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 14 . (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De acuerdo con lo expuesto, en caso de que el contratista CONSORCIO CONSTRUEM 2023 haya incurrido en incumplimiento de alguna de las obligaciones del contrato que se encuentran contempladas en la cláusula decimocuarta, las multas conminatorias deben aplicarse únicamente sobre el monto del contrato que aún no se ha ejecutado a la fecha de imposición de las mismas.

En consecuencia y a modo ilustrativo es completamente procedente que el Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA FFIE, en atención al principio de proporcionalidad y criterios de equidad, realice un recálculo de las multas conminatorias de manera adecuada, considerando el porcentaje efectivamente ejecutado del Contrato de Obra No. 1380-1842-2023 debido al cumplimiento parcial de la obligación principal por parte del contratista CONSORCIO CONSTRUEM 2023. Esto permitirá garantizar que la aplicación de las multas sea actual, justa y proporcional a la situación específica del contrato.

IV. FUNDAMENTOS PARA ABSOLVER A HDI SEGUROS S.A. DEL PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL, EN VIRTUD DEL CLAUSULADO DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 4008774.

4.1. LA MULTA CONMINATORIA PRETENDIDA MEDIANTE EL PROCESO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL CONFIGURA UNA CAUSAL DE EXCLUSIÓN DE COBERTURA EXPRESAMENTE PACTADA EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 4008774.

De acreditarse el incumplimiento imputable al contratista, no podrá exigirsele a HDI SEGUROS S. A., declaración de siniestro y la afectación de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No.4008774, habida consideración de que la aplicación de la multa conminatoria por la suma de DIECIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS MCTE. (\$18.837.640.00), se encuentra expresamente excluido de cualquier amparo, por consiguiente mi procurada no ostenta ni se obliga frente al reconocimiento de dicho rubro.

Dentro de las condiciones de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4008774, expedida por **HDI SEGUROS**, se establecieron los parámetros que enmarcan la obligación condicional que esta

entidad aseguradora contrajo, en consecuencia, delimitan la extensión del riesgo que asumió. Dentro de estas condiciones, y atendiendo al ejercicio de la autonomía de la voluntad que impera 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 ha manifestado:

Las exclusiones de tipo convencional deben entenderse, como es apenas obvio, como aquellas pactadas por las partes o, cuando menos, **en las que existe consentimiento respecto de las indicadas en el clausulado preestablecido**, en los denominados acuerdos de adhesión y que, **siendo origen del siniestro o consecuencia de este, 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 exigen 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, desde la carátula de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4008774, se pactaron las siguientes causales de exclusión de cobertura:

ASEGURADO/ BENEFICIARIO: ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como representante legal del CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA quien actúa única y exclusivamente como vocero del PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA FFIE, identificado con NIT No. 830.053.812-2.

LA PRESENTE PÓLIZA NO CUBRE CLAUSULA PENAL PECUNIARIA NI MULTAS.

LA VIGENCIA DEL AMPARO DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA ES DE 2 AÑOS; SE AJUSTARÁ A PARTIR DE LA SUSCRIPCIÓN DEL ACTA DE RECIBO A SATISFACCIÓN DE LA OBRA.

Documento: Póliza No. 4008774.

Siguiendo esta línea de argumentación y en relación con la aplicación de una de las exclusiones mencionadas anteriormente, las cuales se encuentran especificadas tanto en las condiciones generales como en las particulares de la Póliza de Seguro de Cumplimiento, resulta esencial eximir a la aseguradora de la obligación de realizar cualquier pago por concepto de cláusulas penales o

multas impuestas al contratista deudor. Esto se debe a que el evento de riesgo en cuestión no se encuentra amparado por los términos y condiciones establecidos en el contrato de seguro.

En esta perspectiva, considerando que se ha acordado de manera explícita que las cláusulas penales o multas no están comprendidas en los riesgos cubiertos por el seguro, y en vista de que la comunicación enviada a nuestra representada tiene como propósito notificar el inicio del proceso de incumplimiento, el cual conlleva la consecuencia legal de "multa conminatoria por la suma de DIECIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS MCTE. (\$18.837.640.00)", lo cual resulta evidente que es inviable hacer exigible la condición suspensiva contenida en la póliza por los eventos que originaron este procedimiento, por estar expresamente exento de amparo.

4.2. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD U OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE HDI SEGUROS S.A. POR LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO.

Sin perjuicio de los argumentos antes señalados, que descartan incumplimientos graves de las obligaciones a cargo de CONSORCIO CONSTRUEM 2023, es importante considerar que dentro del ámbito de la libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, y en virtud de la facultad consagrada en el artículo 1056 del Código de Comercio, la compañía aseguradora puede asumir a su criterio todos o algunos de los riesgos a los que está expuesto el interés asegurado. Por lo tanto, al suscribir el contrato de seguro, la aseguradora decide otorgar determinadas coberturas sujetas al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo. De esta manera, su obligación condicional solo será exigible si se cumplen los requisitos que hayan sido acordados por ambas partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen el derecho de elegir qué riesgos les son transferidos, las condiciones de cobertura y, en este sentido, solo están obligadas a realizar el pago de la indemnización en el caso de que se materialicen esos riesgos durante la duración del contrato. La Corte Suprema de Justicia ha sido clara al destacar que las compañías aseguradoras pueden, a su criterio, asumir los riesgos que consideren apropiados, de la siguiente manera:

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

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

la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...).

Entonces, de acuerdo con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las partes intervinientes en el contrato de seguro vinculadas al presente procedimiento de incumplimiento contractual, pactaron las condiciones de cobertura conviniendo que, en virtud del amparo, se garantiza “*EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL GARANTIZADO, ORIGINADOS EN VIRTUD DE LA EJECUCION DEL CONTRATO DE OBRA NRO. 1380-1842-2023 CUYO OBJETO ES: "EJECUTAR EL DIAGNOSTICO Y OBRAS NECESARIAS PARA EL MEJORAMIENTO A LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA REQUERIDA POR EL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE EN EL TERRITORIO NACIONAL"*

No obstante, como se adelantó, no se pudo demostrar que el contratista de la obra haya incurrido en un incumplimiento grave y directo de sus responsabilidades que afectara de manera significativa la ejecución del contrato y el interés público que busca asegurarse mediante la contratación. Esto se debe a que las supuestas obligaciones incumplidas se relacionan con aspectos vinculados a la entrega de la documentación técnica los cuales en ningún modo impactan en la realización del propósito contractual.

En suma, dado que no se ha demostrado la existencia de incumplimientos graves atribuibles al tomador de la Póliza de Seguro de Cumplimiento a favor de particulares No. 4008774, no se ha establecido la configuración del riesgo asegurado ni la obligación condicional del asegurador. En consecuencia, no existe ninguna obligación de indemnización por parte de mi representada, y tampoco procede la activación de la póliza de cumplimiento.

4.3. AGRAVACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA No. 4008774.

En referencia a este aspecto, es relevante señalar que el artículo 1060 del Código de Comercio estableció para el tomador y asegurado de una póliza de seguro dos obligaciones específicas, a saber: i) mantener el estado del riesgo y ii) notificar los cambios de este. La citada disposición regula estas circunstancias de la siguiente manera:

ARTÍCULO 1060. 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”.

A tono con lo anterior, mediante la sentencia del 06 de Julio de 2007 con la ponencia del Doctor Carlos Ignacio Jaramillo, expediente No. 05001 31 03 002 1999 00359 01, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia abordó el tema, argumentando:

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

En el contexto específico de la situación que estamos analizando y sin que esto implique reconocimiento alguno en relación con el presunto incumplimiento por parte del contratista, es importante señalar que según las actas 08 del 05/03/2024, 09 del 12/03/2024, 10 del 19/03/2024, 11 del 26/03/2024, 12 del 02/04/2024 y 13 del 09/04/2024, el contratista aparentemente tenía un atraso de varios días en la ejecución del contrato. Sin embargo, es relevante destacar que las partes involucradas nunca notificaron a la compañía de seguros acerca de los presuntos incumplimientos que el contratista habría incurrido en ese momento, ni mi representada tenía conocimiento de las supuestas deficiencias que el contratante le atribuye al contratista y que afectarían de manera grave y directa el contrato de obra.

El contrato de seguros se caracteriza por ser consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva, tal como lo establece el artículo 1036 del Código de Comercio. En el núcleo de este contrato, se encuentra el principio fundamental de la buena fe, que demanda que todas las partes involucradas actúen con la máxima buena fe posible, aplicándose tanto al tomador, asegurado y beneficiario como a la aseguradora. Esto implica el cumplimiento de una serie de obligaciones de información y deberes de conducta tanto en la etapa previa a la celebración del contrato como durante su ejecución. Para los primeros, esto incluye proporcionar información precisa y completa sobre el estado del riesgo, mantener ese estado y notificar cualquier modificación del riesgo que pueda agravarlo, entre otras responsabilidades.

Sobre la carga de información y el deber de conducta del tomador, y tomador asegurado en relación con la declaración del estado del riesgo, el mantenimiento del riesgo y la agravación del estado del riesgo ha indicado la Corte Suprema de Justicia:

ha puntualizado la Corte que la carga de información que tiene el tomador in potentia- en relación con el estado del riesgo, **no se agota en un solo momento, pues esta carga**

informativa es considerada como una prototípica carga de duración, motivo por el cual, los hechos o circunstancias relevantes- sobrevinientes a la declaración del estado del riesgo..., deben ser comunicados sin demora o dilación.⁷

A partir de la información presentada anteriormente, se puede concluir que en este caso se ha agravado el riesgo, dado que, según alegaciones, la interventoría identificó incumplimientos en relación con actividades que, hasta la fecha, no han sido entregadas por parte del Contratista. Sin embargo, es relevante señalar que la aseguradora nunca recibió notificación acerca de dicho presunto incumplimiento, lo que significa que se ha incumplido con la obligación mencionada anteriormente, lo que redundará en la inafectabilidad de la Póliza No. 4008774.

4.4. LÍMITE MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD, CONDICIONES DEL SEGURO Y DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 4008774.

Sin perjuicio de lo anterior, y sin que se entienda comprometida mi representada, es necesario manifestar que, bajo la hipótesis en que naciera obligación de HDI SEGUROS S.A., la misma se debe sujetar a lo consignado al tenor literal de la póliza y, por tanto, a las condiciones particulares de la misma, entre ellas, a la suma asegurada, el deducible y las exclusiones que se hayan pactado. Al respecto, el artículo 1079 del Código de Comercio, establece: **“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA:** *El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.*

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

Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, **el valor de la prestación a cargo de la aseguradora,** en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, **se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado,** como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costade la aseguradora, por causa de su realización ⁸ *(Subrayado y negrilla fuera de texto original).*

Por lo tanto, resulta imposible buscar una compensación que exceda la cantidad máxima asegurada establecida por mi representada, y dicha indemnización estará limitada a la suma asegurada en proporción a la pérdida sufrida, de acuerdo con la parte de riesgo asumida. En consecuencia, el límite de responsabilidad de la compañía aseguradora que represento coincide con la suma individual asegurada para el amparo de cumplimiento, como se detalla en la carátula de la póliza:

⁷ CSJ, Cas Civil, sentencia 6 de julio 2007 M.P Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 05001 31 03 002 1999 00359 01

Amparo	Vigencia desde	Vigencia hasta	Suma asegurada
CALIDAD DEL SERVICIO	26/09/2023	26/09/2025	\$ 244.910.224,00
CUMPLIMIENTO	05/12/2023	05/02/2025	\$ 244.910.224,00
ESTABILIDAD DE LA OBRA/ CALIDAD Y BUEN FUNCIONA ...	26/09/2023	26/09/2025	\$ 244.910.224,00
MANEJO DEL ANTICIPO	05/12/2023	05/02/2025	\$ 244.910.224,00
PAGO DE SALARIOS PRESTACIONES SOCIALES	05/12/2023	05/06/2027	\$ 244.910.224,00

Documento: Carátula Seguro de Cumplimiento No.4008774.

En resumen, de acuerdo con las normativas legales pertinentes, cordialmente solicito a la Coordinación de Controversias Contractuales del Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa - FFIE, que tenga en consideración los límites y valores asegurados estipulados en la Póliza de Seguro de Cumplimiento. En caso de que se llegase a declarar el incumplimiento del contrato, es importante destacar que dicho evento se encuentra limitado a un valor específico, como ha sido establecido de manera clara en la póliza.

4.5. 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.

Es esencial destacar que, a pesar de los argumentos presentados que desvirtúan el supuesto incumplimiento del contrato atribuido al CONSORCIO CONSTRUEM 2023, es de suma importancia que el PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA - PA FFIE, tome en cuenta la libertad contractual que las partes tienen en el contrato de seguro. En virtud del artículo 1056 del Código de Comercio, la compañía aseguradora tiene la facultad de asumir, a su arbitrio, todos o algunos de los riesgos a los que está expuesto el interés asegurado.

De este modo, al suscribir el contrato de seguro, la aseguradora tiene la decisión de otorgar determinados amparos sujetos al cumplimiento de condiciones generales y particulares establecidas en el contrato. En consecuencia, su obligación es condicional y solo será exigible si se cumplen con los requisitos acordados por ambas partes. Así, es fundamental que el PA FFIE entienda esta prerrogativa y valore adecuadamente la posición de HDI SEGUROS S.A. respecto a la exigibilidad de las condiciones establecidas en la póliza de seguro.

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 aseguradora facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado**”.

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...). *(Subrayado y negrilla fuera del texto original)⁸*

La falta de cumplimiento de las cargas probatorias esenciales en el presente caso conlleva a la inexistencia de la obligación condicional del asegurador, HDI SEGUROS S.A. En todo contrato de seguro, el asegurado debe demostrar la ocurrencia del siniestro y, de ser necesario, la cuantía de la pérdida para hacer efectiva la garantía. En el presente procedimiento administrativo sancionatorio de incumplimiento del contrato, la parte demandante no logró cumplir con dicha carga probatoria, tal como lo exige el artículo 1077 del Código de Comercio.

En primer lugar, en lo que respecta a la realización del riesgo asegurado, las pruebas documentales presentadas en el plenario no han demostrado la ocurrencia del incumplimiento por parte del contratista. No se han probado los factores que permitan afirmar la existencia del incumplimiento ni su imputación exclusiva al contratista. Por lo tanto, el riesgo amparado en la póliza de seguro no se ha configurado.

En conclusión, el **PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA - PA FFIE no cumplió con la carga probatoria exigida por el artículo 1077 del Código de Comercio. No se demostró la realización del riesgo asegurado ni la cuantía de la pérdida de manera adecuada y precisa.**

En consecuencia, no ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional del asegurador, HDI SEGUROS S.A. Por lo tanto, es improcedente ordenar la efectividad de la PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE PARTICULARES No. 4008774. Aun si se declarase el incumplimiento y se aplicase la multa, HDI SEGUROS S.A. debe ser relevada de toda obligación

⁸ 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

indemnizatoria, ya que existe una exclusión expresa sobre las multas a cargo del contratista, en este caso el CONSORCIO CONSTRUJEM 2023.

4.6. COMPENSACIÓN.

Teniendo en cuenta que nos encontramos ante la ejecución de un contrato estatal, en el cual aplican las normas del derecho administrativo y las normas relativas a la teoría general de las obligaciones, será tarea del despacho entrar a establecer el estado financiero del contrato a efectos de establecer si existen saldos a favor del contratista en virtud del Contrato 1380-1842-2023.

Lo anterior, bajo el entendido que, para el surgimiento de un perjuicio económico en detrimento de la entidad estatal asegurada, se debe estimar que se asuma la contingencia del pago de los salarios y prestaciones sociales con recursos propios, pues si así no lo fuera no existirían tales perjuicios. De otra parte, como quiera que se desconoce el estado financiero del contrato, y como quiera que la entidad debe o debió realizar pagos al contratista, en caso de tener recursos a favor de la Unión Temporal, deberá darse aplicación al principio de la compensación, como un modo de extinguir simultáneamente y hasta la misma cuantía las obligaciones existentes entre personas que recíprocamente son acreedoras y deudoras. Es decir, con motivo en que el municipio asuma alguna obligación laboral que esté a cargo del contratista. 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, que 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 original)

Como puede observarse, la compensación es una de las formas de extinguir las obligaciones que se encuentra contemplada en materia civil, administrativa y comercial. Razón por la que se debe aplicar la mencionada figura respecto de las obligaciones que surjan para el contratista por el presunto incumplimiento parcial en que haya incurrido.

Lo anterior, por ministerio de la ley opera de pleno derecho, por lo que en caso de existencia de saldos a favor y por efecto de la compensación no habría lugar en afectar la póliza. Por lo anterior, se solicita al FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE

aplicar de pleno derecho la figura que ahora se invoca.

4.7. 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. PETICIONES.

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, no existen incumplimientos graves imputables al contratista. Además, respecto a la aseguradora, no se configuró el riesgo asegurado por encontrarse expresamente excluido.

VI. MEDIOS DE PRUEBA.

1. 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 SEDES DEL FUTURO 2021., en calidad de interventor del Contrato de Obra No. 1380-1601-202 para la elaboración y aporte de informe completo dentro del cual se denote el estado actual de la obra.

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.

VIII. NOTIFICACIONES

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

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.