

Señores

FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESCTRUCTURA EDUCATIVA-PA-FFIE.

controversiascontractuales@ffie.com.co

dmontes@ffie.com.co

REFERENCIA: PROCESO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL
RADICADO: CONTRATO DE OBRA No. 1380-1431-2021.
AFIANZADO: M&E CANAAN FFIE.
ASEGURADO: ALIANZA FIDUCIARIA S.A.
PÒLIZA: PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO 4005244.

ASUNTO: Descargos frente a la Comunicación de inicio PIC para la aplicación de la Cláusula Penal del CO 1380-1431-2021, IE Tomás Cadavid sede Principal - Bello, Antioquia.

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 1380-1431-2021, correspondiente al M&E CANAAN FFIE, y la vinculación de mi prohijada en virtud de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4005244, 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 para la aplicación de la Cláusula Penal del CO 1380-1431-2021, IE Tomás Cadavid sede Principal - Bello, Antioquia., notificada el 19 de junio de 2024, conforme a lo dispuesto en la cláusula décima octava del Contrato de Obra No. 1380-1601- 2022, se concedió un plazo de tres (5) días hábiles siguientes a partir de la recepción del comunicado para presentar descargos. Dado que el término comenzó a transcurrir el 20 de junio de 2024, el plazo concedido se extendería hasta el 26 de junio de 2024, encontrándonos dentro de la oportunidad correspondiente para presentar descargos.

1. INEFICACIA DEL PROCESO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL 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 que se declare probada 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 vulnerarían los principios estructurales de la competencia contenciosa que reside 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 natural 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 está 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 1380-1431-2021 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 accesorio 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”¹

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

“Serán entonces las circunstancias del caso, y la intención que persiga el agraviado, 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 formuladas de manera independiente, es decir, cada una por separado.”²

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 autoriza³, 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”³

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

¹ CSJ SC 9 mar. 2001, rad. 5659,

² 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.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 29.165.

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 1380-1431-2021, 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 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.”⁴*

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 en 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.

2. IMPOSIBILIDAD DEL FFIE DE EJERCER EL COBRO DE CLÁUSULA PENAL POR HABER TERMINADO EL CONTRATO DE MANERA ANTICIPADA – EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO SEGÚN EL ARTÍCULO 1609 DEL CÓDIGO CIVIL.

Es evidente que las controversias derivadas del contrato de obra se rigen por la ley civil, lo que implica que no existe la posibilidad de aplicar facultades exorbitantes, como la imposición y el cobro unilateral de una cláusula penal. En este sentido, el Fondo de Financiamiento de Infraestructura

⁴ SU-157 de marzo 10 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Ver además T-468 de 2003 y C-186 de 2011, precitadas.

Educativa (FFIE) carece de estas facultades. Sumado a esto no es dable que el contratante pretenda aplicar clausula penal en el presente estadio contractual, habida cuenta de que el Consorcio FFIE Alianza BBVA le comunicó al contratista de obra la decisión del Comité Fiduciario N° 693 de **TERMINAR ANTICIPADAMENTE POR INCUMPLIMIENTO** el Contrato de Obra No. 1380-1431-2021, correspondiente a la Institución Educativa Tomás Cadavid Sede Principal. Tal y como se desprende del informe sobre presunto incumplimiento contractual, así:

Terminación anticipada por causal de incumplimiento	Julio 31 de 2023	Que el 31 de julio de 2023, el Consorcio FFIE Alianza BBVA le comunicó al contratista de obra y a su garante de la decisión del Comité Fiduciario N° 693 de TERMINAR ANTICIPADAMENTE POR INCUMPLIMIENTO el Contrato de Obra No. 1380-1431-2021, correspondiente a la Institución Educativa Tomás Cadavid Sede Principal.
Ratificación de la terminación anticipada por causal de incumplimiento	Agosto 10 de 2023	Luego de que el contratista presentara escrito de reconsideración a la decisión del Comité Fiduciario N° 693, el 10 de agosto de 2023 el Consorcio FFIE Alianza BBVA le comunicó al contratista de obra y a su garante la decisión del Comité Fiduciario del PA-FFIE la ratificación de la terminación anticipada por causal de incumplimiento del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021.

5

En línea con lo anterior, al interior del ilegítimo procedimiento de incumplimiento contractual, el Consorcio FFIE Alianza BBVA impuso al contratista de obra el cobro de la cláusula penal por los mismos hechos sobre los que ahora se pretende nuevamente su imposición, dado que la supuesta no entrega de los informes periódicos fue una de las causas para que el contratante consideró dar por terminado de manera anticipada y unilateral la ejecución del contrato; por lo que, de aplicarse nuevamente el cobro de la cláusula penal, se estaría inobservando el principio del derecho *non bis in idem*. Situación que es de cardinal importancia, ya que, ante la terminación unilateral, los efectos y obligaciones recíprocas no permiten imponer de manera unilateral una nueva imposición de cobro de la cláusula penal cuando el contrato ha dejado de surtir efectos; siendo la liquidación del mismo su etapa de cierre, que, de no lograrse en el término estipulado para ello, solo queda a los contratantes acudir ante el juez natural del contrato para que se efectúe la liquidación del contrato.

Lo anterior en atención a que mediante comunicación del 31 de julio de 2023, el Consorcio FFIE Alianza BBVA, que actúa única y exclusivamente en calidad de vocero y administrador del PA FFIE comunicó la decisión del Comité Fiduciario de terminar anticipadamente por causal de incumplimiento del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021, correspondiente a la Institución Educativa Tomás Cadavid Sede Principal, ubicada en el municipio de Bello – Antioquia y en consecuencia, se decidió aplicar y hacer exigible el cobro de la cláusula penal proporcional por valor de **TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS VEINTICINCO PESOS M/CTE (378.627.425)**, correspondiente al 20% tasado como pena sobr calculado sobre el porcentaje de incumplimiento pactado.

6

⁵ informe sobre presunto incumplimiento contractual
⁶ Comunicación de la decisión del Comité Fiduciario No. 697 del 08 de agosto de 2023

Por lo anterior se ratifica que las consecuencias jurídicas de la terminación anticipada por incumplimiento son las previstas en la Cláusula Décima Sexta del contrato:

- a) No habrá indemnización alguna a favor del contratista
- b) Se harán efectivas la cláusula penal y las garantías a que haya lugar
- c) Se suspenderán todos los pagos que se hubieran librado o fueren a librar a favor del contratista hasta tanto se liquide el contrato. en la liquidación se realizará un cruce de cuentas y se consignarán las prestaciones pendientes a cargo de las partes sin perjuicio de las compensaciones o salvedades a que haya lugar.
- d) Se podrán reasignar los proyectos con los recursos dispuestos para su ejecución

Nótese a demás como en el Comunicación de la decisión del Comité Fiduciario No. 697 del 08 de agosto de 2023, el contratante de manera unilateral estableció las consecuencias jurídicas de la terminación anticipada por incumplimiento; entre las que se estableció que se suspenderán todos los pagos hasta tanto se liquide el contrato, situación que a la fecha tampoco ha ocurrido, por lo que el incumplimiento del propio contratante respecto de las consecuencias emanadas de la terminación anticipada del contrato se encuentran debidamente comprobadas, resultando con ello la excepción de contrato no cumplido.

La cláusula penal de apremio, que tiene como objetivo compeler al deudor a cumplir con sus obligaciones, pierde su razón de ser una vez el contrato ha terminado de manera irreversible. Esto se debe a que no hay razón para incentivar el cumplimiento de un contrato que ya no existe.

No puede perderse de vista tampoco el incumplimiento incurrido por el contratante y que a la fecha no se ha provisto de haberse subsanado como lo es que PA FFIE, como contratante del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021 incumplió al no generar **i)** las definiciones oportunas técnicas, **ii)** mediar para las aprobaciones necesarias de los diseños técnicos en forma oportuna, **iii)** adelantar las gestiones administrativas y legales de las modificaciones contractuales necesarias **iv)** No aprobar oportunamente los recursos para adiciones y prórrogas requeridas y documentadas en el desarrollo del contrato y en los descargos presentados por el contratista y **v)** no aprobar oportunamente los precios no previstos según lo establecen las TCC con el fin de que el Contratista pudiese cumplir con los avances requeridos y con la debida planeación de las compras y contrataciones según el programa de obra.

En vista de lo expuesto, emerge en el presente asunto la aplicación irrestricta del artículo 1546 del Código Civil con miras la acción resolutoria contractual desde el punto de vista del contratante cumplido en calidad de accionante, pero hay otra norma en la codificación sustantiva civil, el art 1609 que la contempla desde la perspectiva del demandado a quien se lo acusa de incumplido, con relación a la ausencia de la mora entre los cocontratantes, cuando quien es demandado es imputado de incumplido; pero del mismo modo si el contratante lo ha sido primero, la posibilidad de reconvencción del contratista para atribuirle el incumplimiento determinante al actor es concluyente y categórica.

“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 norma es auto conclusiva desde la lógica sencilla: 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.

Es decir, que el PA FFIE en determinado momento de la ejecución contractual, como se ha expuesto en los párrafos anteriores, incumplió sus obligaciones contractuales por cuanto no actuó con diligencia para la correcta ejecución del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021. Por eso, ante el panorama que arroja el artículo 1609 del Código Civil es irrelevante establecer o escudriñar en los hechos para identificar cuál de las partes incumplió primero, porque lo que importa, es que solo la parte que cumplió o estuvo dispuesta a cumplir puede oponerse a los reclamos de una parte incumplida, por lo cual el PA FFIE desde lo sustancial ha deslegitimado su posición para reclamar la cláusula penal de apremio. Frente a este punto, vale la pena traer a colación la sentencia SC3666-2021 del 25 de agosto del 2021 con ponencia del magistrado Álvaro Fernando García Restrepo, que sobre la consecuencia del art. 1609 del Código Civil expone:

*“Conforme al criterio actual de la Sala, la procedencia de la resolución del contrato por mutua desatención de sus obligaciones, presupone la hipótesis de dos contratantes puestos en el mismo plano de incumplimiento (habida cuenta la naturaleza de la prestación desatendida y el tiempo para acatarla), **con lo que ninguno de ellos está en mora, y por lo mismo, sin posibilidad de reclamar del otro nada diferente a la restitución de las cosas al estado anterior del respectivo convenio.**”*

Es indispensable que el PA FFIE tenga en cuenta que cuando ninguna parte cumple o se dispone a cumplir, se ha interpretado que ambas partes tienen igual derecho a reclamar el cumplimiento o la terminación del contrato y pierden el derecho a reclamar perjuicios a su contraparte. En este caso, PA FFIE no puede demostrar, o por lo menos no lo ha hecho hasta la fecha, que ha estado dispuesta a cumplir el contrato, ni ha desplegado las actividades y conductas diligentes que viabilicen que el Contratista culmine las obras, por el contrario, como se expuso *ut supra* el contrato de obra 1380-1431-2021, se tuvo por terminado de manera unilateral y anticipada por parte del contratante de la obra; lo que significa que aplicar de nuevo la cláusula penal por los mismos hechos degenera en una inobservancia del principio *non bis in idem* y en un uso desproporcionado y a todas luces improcedente de facultades contractuales insertadas en el contrato de obra que devienen ineficaces por estar en contraposición de los principios que rigen la contratación pública y las normas dirigidas a prevenir, investigar y sancionar actos de corrupción. En definitiva, el presente procedimiento resulta inane e inocuo en atención a la imposibilidad del FFIE de ejercer el cobro de cláusula penal por haber terminado el contrato de manera anticipada, además de haberse configurado la excepción de contrato no cumplido según el artículo 1609 del código civil.

3. OMISIÓN EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE COMPENSACIÓN FRENTE A LOS SALDOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE OBRA No. 1380-1431-2021

Conforme con lo establecido en la cláusula decima sexta del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021, suscrito entre el PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA - PA FFIE y el CONSORCIO M&E CANAAN FFIE, se estableció que en caso de existir algún saldo insoluto a la fecha de la expedición de la presente comunicación se deberá darse aplicación de manera preferente al principio de compensación. Obligación que a su vez quedó establecida por parte del contratante en Comunicación de la decisión del Comité Fiduciario No. 697 del 08 de agosto de 2023, y que ya se expuso previamente; pero que resulta de suma importancia traer a colación:

Por lo anterior se ratifica que las consecuencias jurídicas de la terminación anticipada por incumplimiento son las previstas en la Cláusula Décima Sexta del contrato:

- a) No habrá indemnización alguna a favor del contratista
- b) Se harán efectivas la cláusula penal y las garantías a que haya lugar
- c) Se suspenderán todos los pagos que se hubieran librado o fueren a librar a favor del contratista hasta tanto se liquide el contrato. en la liquidación se realizará un cruce de cuentas y se consignarán las prestaciones pendientes a cargo de las partes sin perjuicio de las compensaciones o salvedades a que haya lugar.
- d) Se podrán reasignar los proyectos con los recursos dispuestos para su ejecución

Obsérvese como del acto contractual dispuesto en la comunicación de la decisión del Comité Fiduciario No. 697 del 08 de agosto de 2023, se estableció de manera unilateral por el contratante que una vez realizado el acto contractual de cruces de cuentas se llevará a cabo la compensación de saldos existentes; situación que a la fecha no ha ocurrido o de haberse presentado no ha sido puesto en conocimiento de la compañía de seguros. En ese sentido no solo no estamos ante un supuesto nuevo incumplimiento por parte del contratista en razón a que el contrato fue terminado anticipadamente sino que además el contratante no ha cumplido con sus cargas establecidas en el contrato de seguro, por consiguiente en el presente asunto deberá aplicarse la figura del derecho civil de la compensación como modo de extinguir simultáneamente y hasta la misma cuantía la obligaciones existentes entre personas que recíprocamente son acreedoras y deudoras. Esta figura está contemplada en el artículo 1714 del Código Civil, el cual señala:

“ARTICULO 1714.: 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”.

Lo anterior, toda vez que el principal obligado a efectos del pago de la multa impuesta con ocasión del presunto incumplimiento y sus consecuencias contractuales es el contratista y luego, constatado

el incumplimiento de este frente al pago de dicho valor, se acude subsidiariamente al garante de la obligación. En esta línea de discurso ha aclarado el Consejo de Estado:

*“Por lo anterior, que en este caso el garante sea una compañía de seguros(60), en manera alguna exonera de responsabilidad al contratista frente a la administración o lo subroga en sus responsabilidades, pues tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la corporación, **“[e]l propósito de dicha garantía no es otro que asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, llamado por la administración a colaborar con los cometidos estatales, los cuales necesariamente involucran el interés público(61)”**”.*
(subrayado y negrilla fuera de texto)

Lo que precede tiene su razón de ser en la naturaleza meramente indemnizatoria de la garantía de cumplimiento de contratos de obra, por que vale la pena aclarar que, para el caso en concreto, como ya se ha puesto de presente en varias oportunidades, el Contrato de Obra No. 1380-1431-2021, se rige en general por las normas de carácter civil y comercial, al respecto la precitada corporación ha explicado:

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

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

4. REDUCCIÓN DEL MONTO DE LA CLÁUSULA PENAL DE APREMIO POR OPERATIVIDAD DEL ART. 2357 DEL CÓDIGO CIVIL POR INCUMPLIMIENTO CONCURRENTES DEL PA FFIE Y POR OMITIR EL DEBER DE MITIGAR SU PROPIO DAÑO.

Tal y como se explicó en los párrafos antecedentes, se tiene que el FFIE incurrió en su propio

incumplimiento, dado que a la fecha no se ha llevado a buen término la liquidación del contrato de obra ni su subsiguiente compensación de saldos. Por ello, el contratante se ha expuesto al riesgo o no ha mitigado el supuesto incumplimiento que aduce sufrir por parte de su contratista, puesto que no ha adelantado los actos contractuales pertinentes para la liquidación del contrato de obra. Esta obligación, se reitera, se incorporó en el comunicado del 8 de agosto de 2023, en el que se establecieron los efectos jurídicos derivados de la terminación anticipada y unilateral del contrato de obra.

Sin perjuicio de los argumentos esgrimidos en precedencia, en el contra fáctico en el cual la liquidación del contrato no pueda realizarse de manera bilateral; no puede perderse de vista que el contratante podrá darlo por liquidado o en su defecto promover liquidación del contrato vía judicial ante el juez natural del contrato de obra; sin que sea de recibo iniciar procedimientos de incumplimientos contractuales cuando los efectos del contrato ya hayan cesado.

El principio de mitigación de daños, adoptado en nuestro ordenamiento interno y alineado con el principio de buena fe objetiva en los contratos, implica que las partes deben adoptar medidas razonables para prevenir, moderar o limitar los perjuicios resultantes del incumplimiento contractual. Este principio, de raigambre constitucional, exige a las partes actuar con honradez, probidad y transparencia, satisfaciendo la confianza depositada por cada contratante en el otro. El PA FFIE ha incumplido con su deber de mitigar daños, al demorar de forma injustificada y deliberada la compensación de saldos.

En este contexto, la consecuencia prevista en el artículo 2357 del Código Civil también aplica en casos de incumplimiento contractual. Este artículo establece que la apreciación del daño sufrido se reduce si la parte afectada se expuso imprudentemente a dicho daño. En este caso, la omisión del PA FFIE en mitigar su propio daño implica que la cláusula penal de apremio debe ser reducida.

“ARTICULO 2357. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente. está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.”

En conclusión, el PA FFIE debe asumir su responsabilidad en los retrasos y la omisión de mitigar su propio daño, lo que conduce a una reducción en la cláusula penal. Esta conducta omisiva del contratante tiene un impacto significativo en la producción de los retrasos en la liquidación del contrato, y debe ser considerada al determinar el monto de la cláusula penal. Por lo tanto, en virtud del principio de mitigación de daños y el incumplimiento concurrente del PA FFIE, se justifica la reducción del monto de la cláusula penal, en línea con lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil.

II. FUNDAMENTOS PARA ABSOVER A HDI SEGUROS S.A. DEL PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL, EN VIRTUD DEL CLAUSULADO DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 4005244.

1. LAS CLÁUSULAS PENALES O MULTAS IMPUESTAS AL CONTRATISTA SUPONEN UN RIESGO EXPRESAMENTE EXCLUIDO EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE PARTICULARES No. 4005244.

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que se excluyen de amparo, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la Póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“Lo anterior, se reitera, en la medida que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”⁷

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se exhorta a los Jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los Contratos de Seguro. Ahora bien, hay que tener en cuenta el concepto No. 19999055614-2 proferido por la Superintendencia Financiera¹⁶, que al respecto ha dicho:

“En relación con la exclusión: Sea lo primero manifestarle que dentro del ámbito de la libertad contractual que le asiste a las partes en el contrato de seguro, el asegurador en virtud de la facultad que consagra el artículo 1056 del Código de Comercio puede, salvo las restricciones legales, asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado, el patrimonio o la persona del asegurado. Es así como éste, mediante la suscripción de la póliza de seguro decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertos presupuestos, de tal manera que sólo en el eventode que se presenten éstos, deberá cumplir con su obligación de indemnizar. De igual forma, adicionalmente, puede incorporar en la póliza determinadas estipulaciones, contentivas de circunstancias que aún siendo origen del evento dañoso o efecto del mismo no obliguen al asegurador a la prestación señalada en el contrato de seguro, las cuales se conocen generalmente con el nombre de exclusiones”. Negrilla y subrayado por fuera del texto original.

⁷ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020.

En el caso en concreto, de la lectura acuciosa de las condiciones generales de la PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE PARTICULARES No.4005244, se puede observar que se encuentra la siguiente:

“2. EXCLUSIONES EL PRESENTE SEGURO NO AMPARA LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS, EN LOS SIGUIENTES: (...)

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

En este sentido, se evidencia que existe una exclusión expresa contenida en la póliza descrita que aplica al presente caso, pues, en caso de que se declarase un incumplimiento, lo que busca el PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA - PA FFIE es la aplicación de la cláusula penal contenida en la Cláusula Décima novena, como a continuación se evidencia:

VI. MEDIDA CONTRACTUAL RECOMENDADA POR LA INTERVENTORÍA QUE PODRÁ SER APLICADA

El informe deberá ser claro y concreto frente a la sugerencia de aplicación de: CLAUSULA PENAL DE APREMIO, CLAUSULA PENAL, RECLAMACION DE PERJUICIOS CONTRA EL CONTRATISTA INCUMPLIDO O CONTRA SU GARANTE.

Esta interventoría considera que el contratista de obra no cumplió con las obligaciones a su cargo de entregar al contratante la información generada durante el desarrollo del contrato de obra y que debe hacerse exigible el amparo por el incumplimiento en la entrega de información y como consecuencia se recomienda la aplicación de la Cláusula Décima Novena -Cláusula Penal- del contrato de obra por el no cumplimiento de las obligaciones contractuales de la Fase 3.

Valor del contrato de obra con la liberación: \$ 4.507.354.765

Tasación de la sanción:
\$ 4.507.354.765 x 10,00% x 20,00% = \$ 90.147.095

En virtud de lo expuesto, resulta evidente que, incluso en el caso de que se declare el incumplimiento del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021 y se aplique la cláusula penal estipulada en la Cláusula Décima Novena, la compañía aseguradora debe ser eximida de cualquier obligación indemnizatoria. Esto se debe a la existencia de una exclusión expresa que establece que las cláusulas penales estarán únicamente a cargo del contratista. En consecuencia, no procede imputar a HDI SEGUROS S.A. responsabilidad alguna respecto a las penalidades derivadas del incumplimiento contractual por parte del contratista CONSORCIO M&E CANAAN FFIE.

2. AUSENCIA 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 M&E CANAAN FFIE, 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

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

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 CONSORCIO M&E CANAAN FFIE. 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 segundo lugar, respecto a la acreditación de la cuantía de la pérdida, la comunicación de inicio PIC para la aplicación de la Cláusula Penal del CO 1380-1431-2021 presentaron errores en cuanto al valor del contrato y al cálculo de la cláusula penal de apremio. Estas comunicaciones no describieron claramente las obligaciones incumplidas ni especificaron el porcentaje correspondiente de la cláusula penal de apremio. Además, el cálculo realizado fue incorrecto al no tomar como base el valor real del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021 y no aplicar el principio de proporcionalidad.

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. 4005244. Aun si se declarase el incumplimiento y se aplicase la cláusula penal de apremio, HDI SEGUROS S.A. debe ser relevada de toda obligación indemnizatoria, ya que existe una exclusión expresa sobre cláusulas penales, que estarán exclusivamente a cargo del contratista CONSORCIO M&E CANAAN FFIE.

3. AGRAVACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA No. 4005244

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 el informe de presunto incumplimiento contractual de la Interventoría indica que Mediante comunicado A&C S.A-FFIE 1380- 1431-2021-G380- 23 de fecha 14 de agosto de 2023, la interventoría le requirió al contratista de obra la entrega del informe final de obra y la documentación requerida para la liquidación el cual no fue atendido por el contratista de obra. 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.”⁹*

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 o han sido entregadas de manera incompleta 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.

4. LA CLAÚSULA PENAL PRETENDIDA MEDIANTE EL PROCESO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL CONFIGURA UNA CAUSAL DE EXCLUSIÓN DE COBERTURA EXPRESAMENTE PACTADA EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 4005244

De acreditarse el incumplimiento imputable al contratista, no podrá exigírsele a HDI SEGUROS S.A., declaración de siniestro y la afectación de la póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4005244, habida consideración de que la aplicación de la cláusula penal por la suma de NOVENTA MILLONES CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL NOVENTA Y CINCO. M/CTE (\$90.147.095) 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. 4005244, 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:

⁹ CSJ, Cas Civil, sentencia 6 de julio 2007 M.P Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 05001 31 03 002 1999 00359 01

“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 eximen al asegurador a la prestación señalada en el contrato, las cuales se conocen generalmente, como se dijo, como exclusiones de la cobertura.

En el caso concreto, dentro de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4005244, se pactaron las siguientes causales de exclusión de cobertura:

2. EXCLUSIONES

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

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

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

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

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

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

Documento: Clausulado general- Póliza No.4005244

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 "la aplicación de la cláusula penal por, valorada en NOVENTA MILLONES CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL NOVENTA Y CINCO. M/CTE (\$90.147.095) 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.

5. LÍMITE MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD, CONDICIONES DEL SEGURO Y DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 4005244

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:

Amparo	Vigencia desde	Vigencia hasta	Suma asegurada
CUMPLIMIENTO	22/10/2021	18/10/2023	\$ 2.046.634.732,00
ESTABILIDAD DE LA OBRA / CALIDAD Y BUEN FUNCIONA...	22/10/2021	22/10/2024	\$ 2.046.634.732,00
MANEJO DEL ANTICIPO	22/10/2021	18/02/2023	\$ 2.046.634.732,00
PAGO DE SALARIOS PRESTACIONES SOCIALES	22/10/2021	18/02/2026	\$ 2.046.634.732,00

Documento: Carátula Seguro de Cumplimiento No. 4005244

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.

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

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

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

de Casación Civil, respecto al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065, dispuso:

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

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

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

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

III. 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, pues el FFIE carece de competencia para adelantarlos y no existen incumplimientos imputables al contratista. Además, respecto a la aseguradora, no se configuró el riesgo asegurado por encontrarse expresamente excluido.

IV. MEDIOS DE PRUEBA

1. DOCUMENTALES

1.1 Copia de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4005244, con sus respectivos anexos, condicionado particular y general.

2. INTERROGATORIO

Respetuosamente, solicito que se emita una citación del señor **HECTOR ADALBER ORDOÑEZ**, en su calidad de Representante legal del **CONSORCIO MYE CANAAN FFIE**, quien podrá ser citado en la dirección: CRA 14 #79-78 503 Bogotá, D.C., Bogotá, D. Con el propósito de que comparezca y absuelva interrogatorio de parte en relación con los hechos que sustentan el presente proceso de incumplimiento.

V. 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.