

Señores

FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA-PA-FFIE.

controversiascontractuales@ffie.com.co

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

ASUNTO: Descargos frente a la comunicación de inicio PIC co-1380-1431-2021 – Traslado actualización informe PIC amparo de buen manejo del anticipo CO 1380-1431-2021 IE Tomás Cadavid.

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-1380-1431-2021, correspondiente al CONSORCIO 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 el Traslado actualización informe PIC amparo de buen manejo del anticipo CO 1380-1431-2021 IE Tomás Cadavid, notificado personalmente a través de un buzón electrónico diferente al obrante en el Certificado de Existencia y Representación Legal, el 12 de febrero de 2024, profiriéndose en relación una actualización del informe de interventoría el 30 de abril de 2024, la cual fue notificada el 14 de junio de 2024 igualmente a un correo que no es el de notificaciones del garante, de modo que en consonancia con la indebida notificación, el 3 de julio de 2024, se procedió a incoar incidente de nulidad el cual fue resuelto y notificado el 29 de julio de 2024, término desde el cual comenzaría a contabilizarse el término para rendir los descargos en los términos de la cláusula vigésima del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021, por encontrarse suspendido el mismo ante la solicitud de nulidad. Dado que el término comenzó a transcurrir el 29 de julio de 2024, el plazo concedido se extendería hasta el 5 de agosto de 2024, encontrándonos dentro de la oportunidad correspondiente para presentar descargos.

II. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

- **IMPROCEDENCIA DEL PIC TODA VEZ QUE LA CLÁUSULA VIGÉSIMA DEL CONTRATO ES INEFICAZ.**

Centro la atención del Comité Fiduciario del PA-FFIE de cara a demostrar la improcedencia 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 ineficacia de la cláusula vigésima por medio de la cual se posibilitó que el contratante sea el sujeto contractual en el que reside el poder o facultad omnímoda de declarar el propio incumplimiento del contratista de obra y adicionalmente de hacer efectivas las garantías propias del contrato.

Lo anterior como quiera que, mediante la cláusula vigésima, se vulnera 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, motivo por el cual debió el FFIE acudir al juez del contrato para que sea este quien declare un eventual incumplimiento contractual e imponga las penalidades del caso.

En primer lugar, debe mencionarse 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 de conformidad con el artículo 184 de la Ley 1955 de 2019, que modificó el artículo 59 de la Ley 1753 de 2015, es:

“...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.

Es decir, el FFIE se regenta por las normas de derecho privado, de modo que le asisten una serie de prerrogativas propias del mencionado régimen, entre las cuales se encuentra la autonomía de la

voluntad privada, un importante atributo que le permite ejercer una libertad contractual que solamente se encuentra limitada por el ordenamiento jurídico.

Así entonces, el Comité Fiduciario del PA-FFIE suscribe contratos con clausulados convenidos en el marco de su autonomía negocial; Particularmente, en el contrato de Obra No. 1380-1431-2021 el mencionado en su calidad de contratante, mediante la cláusula vigésima, se arrogó a sí mismo la facultad de iniciar un proceso de incumplimiento contractual, en los siguientes términos:

VIGÉSIMA. PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y PARA EXIGIR EL PAGO DE LA PENAL DE APREMIO Y/O CLÁUSULA PENAL. Cuando se presente un posible incumplimiento, parcial o total del contrato, atribuible al CONTRATISTA respecto de cualquiera de las obligaciones del mismo, el PA-FFIE, según reporte del interventor del Contrato, se deberá observar el siguiente procedimiento: (i) El PA-FFIE mediante comunicación dirigida al domicilio del CONTRATISTA y del GARANTE, hará mención expresa y detallada de los hechos que soportan el presunto incumplimiento contractual atribuible al CONTRATISTA, acompañado del informe del interventor en el que se sustente el mismo y las pruebas que soporten dicha comunicación; de igual forma, se enunciarán las cláusulas contractuales, o disposiciones de los TCC o de sus anexos técnicos, presuntamente incumplidas y las consecuencias que podrían derivarse para EL CONTRATISTA conforme a la tasación de la sanción realizada por la interventoría. En la misma comunicación se establecerá el plazo para que el CONTRATISTA y el GARANTE presenten los descargos respectivos y hagan solicitudes probatorias, escrito que deberá radicarse en el PA-FFIE dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la recepción de la comunicación. (ii) Una vez realizados los descargos y evaluada la pertinencia, utilidad y conducencia de las pruebas solicitadas o en caso de que se hayan practicado las mismas, el PA-FFIE, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de éstos, mediante decisión motivada que constará por escrito, procederá a resolver sobre la procedencia o no de la sanción contractual. Si se resuelve que no hubo incumplimiento, se archivará la actuación contractual. Por el contrario, si se decide que hubo incumplimiento, se aplicará la tasación de la suma a pagar a favor del PA-FFIE a cargo del CONTRATISTA y/o EL GARANTE, de acuerdo con las estipulaciones contractuales, y en caso de incumplimiento grave o total se ordenará la terminación anticipada del contrato, así como su liquidación en el estado en que encuentre. La respectiva decisión se notificará al CONTRATISTA y al GARANTE, quienes podrán presentar escrito de reconsideración dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha de la notificación de la decisión, el cual deberá ser decidido por EL PA-FFIE, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo del escrito. Si EL CONTRATISTA, y EL GARANTE deciden no presentar el escrito de reconsideración se procederá al cobro o descuento de la penal moratoria y/o cláusula penal según el caso.

Si bien a primera vista la facultad auto conferida (pues recuérdese que nos encontramos ante un contrato de adhesión) por el FFIE de declarar el incumplimiento contractual y exigir pagos por concepto de multas, cláusulas penales y garantías, se podría entender como una manifestación de su autonomía de la voluntad privada, lo cierto es que la misma atenta contra normas de orden público y en ese sentido deviene ineficaz.

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.”¹

¹ SU-157 de marzo 10 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Ver además T-468 de 2003 y C-186 de 2011, precitadas.

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 que le arrogan la facultad unilateral de declarar el incumplimiento de su co-contratante, a su arbitrio y en detrimento del principio dispositivo de la autonomía privada que además debe aplicarse en armonía con las normas de orden público, entre ellas la igualdad, la justicia y la equidad; razón por la que tal estipulación contractual degenera en ineficaz y carente de todo asidero normativo, como se pasa a explicar.

Para sostener la tesis antes referida, es importante 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 las precitadas disposiciones normativas 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 sanciones pecuniarias, reside únicamente en los jueces civiles del lugar de cumplimiento de la obligación contractual, y no la discrecionalidad imperante del alguno de los sujetos contractuales.

Así mismo lo ha manifestado la jurisprudencia como quiera que 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

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).”

En ese sentido, es más que claro que la facultad que se auto confirió el FFIE mediante la cláusula vigésima del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021 atenta contra el orden público al desconocer abiertamente normas de obligatorio cumplimiento, situación que deviene en su ineficacia; Y si bien solo la ineficacia de la cláusula es suficiente para sostener válidamente que el presente proceso de incumplimiento contractual es improcedente, es importante reconocer cómo con el mismo se vulneran sendos derechos y principios constitucionales como el debido proceso, la justicia y la equidad, los cuales deben orientar todas las actuaciones que se realicen, sean éstas fundadas en las leyes o en los contratos.

Lo anterior como quiera que por la vía de la cláusula vigésima del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021 se erige al contratante en juez y parte, lo que de suyo descarta cualquier atisbo de imparcialidad en el proceso y violenta 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.

La postura antes referida, es apoyada por la doctrina relevante, pues según el profesor Fernando Hinestrosa, ha dicho que no es posible atribuir la competencia al deudor para declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista pues ello:

“(..) **sería tanto como atribuirle al acreedor poderes para fallar su conflicto y olvidar que ante el hecho del no pago afirmado por él, de suyo discutible y rebatible, se concibe la irresponsabilidad del deudor por prueba de circunstancias exoneradoras**. La propia hipótesis que el código trae de resolución automática, por efecto del pacto comisorio (1935), no opera de por sí e impone al vendedor la carga de requerir a su comprador, quien podrá enervar la demanda, pagando

² CSJ SC 9 mar. 2001, rad. 5659,

el precio a lo más tarde, en las 24 horas siguientes a la notificación judicial³.

En este sentido, es menester traer a colación el documento del profesor Felipe Navia publicado por la Universidad Externado de Colombia en el que consideró:

“Tal vez, donde la discusión cobra mayor relieve, por su aparente aproximación a las prerrogativas exorbitantes de la Administración Pública, es en el tema de la terminación unilateral del contrato, especialmente, desde luego, cuando la disolución del vínculo se produce como una sanción unilateral al incumplimiento imputable de una de las partes.

Entonces, cabe preguntarse si al igual que ocurre en el derecho administrativo, ¿será que la igualdad jurídica de las partes es una pura ilusión? ¿Será que estamos frente a un poder sancionador autónomo, que ejerce por sí y ante sí misma la parte a la que la ley o el propio contrato le otorgan esa facultad?

A pesar de la tendencia, podría decirse que universal, a permitir la resolución unilateral de pleno derecho por incumplimiento, la doctrina y la jurisprudencia colombianas, al menos por ahora, se mantienen firmes en la necesidad de la intervención judicial, tal como se explicó atrás.

Existen para ello razones de peso, que si bien no cierran de manera definitiva la posibilidad de una apertura o, mejor, de una evolución en sentido favorable al reconocimiento del poder del acreedor para dar por terminado el contrato cuando su contraparte incumple, al menos si esa facultad resulta de cláusula a propósito, sí aconsejan, en cambio, un tratamiento riguroso que proteja el interés de las dos partes, no solo el del acreedor.

Se requiere de una reglamentación precisa del ejercicio de esa potestad a fin de evitar caer en un automatismo que podría resultar en extremo peligroso para el deudor. Lo lógico es que lo haga la ley. Pero en su ausencia, el vacío podría suplirse por la vía jurisprudencial. [...]

En suma, podría decirse que entre nosotros la regla general es que la resolución en virtud de un pacto comisorio no opera automáticamente. En principio, se exige siempre un previo pronunciamiento judicial, o sea, la parte cumplida no puede, ante la inejecución en que haya incurrido la otra y por su sola determinación unilateral, desvincularse del contrato.

Adicionalmente, conforme a la evolución jurisprudencial que comienza a esbozarse, no cualquier incumplimiento permite obtener la resolución del contrato, pues este debe estar referido a una obligación esencial y no a una obligación secundaria y, además, debe revestir de cierta importancia, en el sentido de impedir que la finalidad que se habían propuesto conseguir las partes se alcance o que se desquicie la economía misma del contrato.

Estamos, pues, todavía lejos de llegar a admitir abiertamente un desequilibrio de poderes, especialmente en materia sancionatoria, análogo o siquiera parecido al que existe en derecho administrativo. Probablemente ello se deba al hecho de que el señor Bello, al igual que los redactores del Code Napoléon, desconfiaba profundamente de los acreedores, especialmente de su dureza para con el deudor. Por lo tanto, permitirles proceder a declarar unilateralmente terminado el contrato, podría fácilmente convertirse en una patente de corso, o sea en una autorización para desvincularse bajo cualquier pretexto.

También está el hecho de que esa prerrogativa exorbitante es, de alguna manera e indirectamente, una forma de hacerse justicia por propia mano. **Hay en todo ello una evidente preocupación por la suerte del deudor, una consideración de humanidad, pero por sobre todo un afán por mantener una cierta igualdad entre las partes.** (Resaltado fuera de texto).⁴

Así las cosas, comedidamente solicito se termine el presente procedimiento, como quiera que la cláusula contractual que lo establece deviene ineficaz y genera su consecuente improcedencia por ser el mismo contrario a las normas de orden público y vulnerar el derecho al debido proceso del

³ Fernando Hinestrosa. CURSO DE OBLIGACIONES. Publicación de la Facultad de Derecho del Externado de Colombia, 2.ª ed. Bogotá. 1960. Págs. 295 y 296.

⁴ Universidad Externado. REVISTA DE DERECHO PRIVADO No. 14 de 2008. La Terminación Unilateral del Contrato de Derecho Privado. Felipe Navia Arroyo. Pág. 54-55.

contratista al negarle la garantía de un juicio de incumplimiento imparcial y dotado de todas las garantías legales.

- **INOPONIBILIDAD DE LA CLÁUSULA VIGÉSIMA O DE CUALQUIERA QUE ESTABLEZCA LA AUTOCOMPOSICIÓN DE CONTROVERSIAS DEL CONTRATO DE OBRA No. 1380-1431-2021 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. 1380-1431-2021, 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 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. 1380-1431-2021 pactaron a través de la cláusula vigésima la obligación del contratista incumplido de pagar al contratante multas y sanciones que lo conminen al cumplimiento del objeto contractual, así como de que el contratante pueda hacer efectivas las garantías pactadas.

Sin embargo, tal cláusula no es oponible a terceros que no participaron en el acuerdo, como por ejemplo, mi representada HDI SEGUROS S.A.; 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 el arreglo directo, ni mucho menos, que la entidad contratante se arrogó la competencia para su trámite; Adicionalmente por cuanto mi prohijada, la aseguradora no ha manifestado su voluntad de adherirse a un acuerdo de arreglo directo, siendo que HDI SEGUROS S.A. ni siquiera es parte del contrato que contiene tal disposición.

En conclusión, en el Contrato de Obra No. 1380-1431-2021 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, toda vez 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. INEFICACIA DEL PIC ADOPTADO COMO MECANISMO DE ARREGLO DIRECTO COMO QUIERA QUE LA CLÁUSULA VIGÉSIMA NO ES APLICABLE AL HABERSE TERMINADO Y LIQUIDADO EL CONTRATO DE OBRA No. 1380-1431-2021.

Sin perjuicio de los argumentos esgrimidos en relación con la improcedencia e inoponibilidad general del proceso que ahora nos convoca, es importante señalar que si en gracia de discusión se aceptara la eficacia de la cláusula vigésima y por esa misma vía, la procedencia del procedimiento, en todo caso, al haberse declarado la terminación y liquidación del contrato por parte del FFIE, este perdió su fuerza ejecutoria, es decir, su clausulado ya no es de obligatorio cumplimiento para las partes toda vez que cesaron sus efectos en el mundo jurídico por efecto de su terminación unilateral. El efecto práctico de lo anterior es que al haber perdido vigencia y/o ejecutoria Contrato de Obra No. 1380-1431-2021 por su terminación, la cláusula vigésima de este también lo hizo, es decir, el fundamento convencional que permitía al FFIE realizar un irregular procedimiento de incumplimiento contractual, ya no es de obligatorio cumplimiento al haberse extinguido su fuente, lo que deviene en la ineficacia del presente procedimiento.

En primer lugar, debe manifestarse que el FFIE mediante oficio X173047 CF 697 que resolvió una solicitud de reconsideración frente a la decisión del 03 de agosto de 2023, consistente en exigir el pago de la cláusula penal y terminar de manera anticipada el Contrato de Obra No. 1380-1431-2021, suscrito con el Contratista de Obra Consorcio M&E CANAÁN FFIE, correspondiente a la I.E. Tomás Cadavid Sede Principal, ubicada en el municipio de Bello – Antioquia, dispuso ratificar la decisión de terminar anticipadamente el mencionado contrato.

Así entonces, podemos decir que el Contrato de Obra No. 1380-1431-2021, terminó el 9 de agosto de 2023, fecha en la cual se comunicó la decisión adoptada por el Comité Fiduciario No. 697 del 08 de agosto de 2023.

Ahora bien, teniendo claridad sobre la terminación del vínculo contractual, es importante señalar que su efecto práctico no solo es el contenido en la cláusula decimosexta del mismo convenio, sino que además, de conformidad con senda doctrina y jurisprudencia, es la cesación de los efectos jurídicos que se desprenden de su contenido literal y la pérdida de ejecutoria del acuerdo de voluntades protocolizado mediante el documento contractual.

Respecto de los efectos de la terminación de los contratos, el profesor Rafel Molina Morales, ha sostenido:

“La principal consecuencia de la terminación es la extinción del contrato y de las obligaciones que de él resultan, recobrando cada una de las partes su libertad. Cada uno de los contratantes es relevado de sus obligaciones y no puede exigir al otro su cumplimiento. Los efectos de la terminación se producen hacia el futuro, lo que implica que los efectos derivados de las prestaciones ejecutadas quedan incólumes.”⁵

Es decir, claramente y como deviene de la misma lógica de la terminación, ella implicó la desaparición que cualquier posibilidad de resolver los asuntos atinentes al contrato según los procedimientos establecidos en la cláusula vigésima. Así las cosas y, de conformidad con lo consagrado en el artículo 28 del Código General del Proceso, la controversia en relación con la exigibilidad de las garantías debe ventilarse ante el juez civil de la jurisdicción ordinaria.

Por lo anterior, ante la terminación del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021 y la consecuente pérdida de vigencia y ejecutoria de sus cláusulas, específicamente la vigésima que estableció un irregular procedimiento de incumplimiento contractual, deviene ineficaz e improcedente el presente proceso, por lo que comedidamente solicito se proceda a su archivo inmediato por la falta de competencia del FFIE para su tramitación.

3.2. INEXISTENCIA Y FALTA DE ACREDITACIÓN PROBATORIA DE INCUMPLIMIENTOS EN RELACIÓN CON OBLIGACIONES DE USO, MANEJO, INVERSIÓN Y AMORTIZACIÓN.

En el actual procedimiento de incumplimiento contractual iniciado por la parte contratante, no se ha demostrado de manera concluyente que el CONSORCIO M&E CANAAN FFIE haya incurrido en un incumplimiento sustancial y directo de sus obligaciones contractuales con relación al anticipo según lo establecido en el contrato de obra No.1380-1431-2021, por cuanto no está acreditado en el plenario que el anticipo no haya sido invertido y amortizado por parte del contratista.

⁵ REVISTA DE DERECHO PRIVADO N.º 10, 2006; Molina Morales Rafael; <https://red.uexternado.edu.co/terminacion-unilateral-como-modo-de-extincion-de-las-obligaciones>

Para iniciar el análisis propuesto, es importante tener en cuenta que no se ha probado por el Fondo el supuesto incumplimiento que ahora se pretende endilgar, pues no se acreditó siquiera sumariamente (i) la entrega de los dineros supuestamente entregados a título de anticipo al contratista, (ii) que los mismos no se hayan invertido en la obra, ni mucho menos (iii) que tales dineros hayan sido apropiados por parte del contratista.

Lo anterior como quiera que hasta el momento no se ha hecho traslado a mi prohijada, en su calidad de garante del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021 de las constancias de pago, desembolsos, transferencias o transacciones realizadas en favor del garante por concepto de anticipo, es decir, no hay prueba siquiera sumaria de que al patrimonio del CONSORCIO M&E CANAAN FFIE hayan ingresado OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y DOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS M/CTE (\$854.732.567,69) a título de anticipo.

Así mismo, es importante referir que no hay alguna prueba que indique que los dineros que eventualmente se hayan entregado al contratista a cualquier título, hayan dejado de invertirse culpablemente en la obra objeto del contrato, puesto que como se indicó, no se ha logrado acreditar siquiera su ingreso al patrimonio del CONSORCIO M&E CANAAN FFIE.

Corolario de lo anterior, no hay elementos probatorios que permitan determinar cómo se realizó el proceso de amortización, pese a que este proceso contable debería estar debidamente soportado en facturas, órdenes de pago y transferencias, las cuales brillan por su ausencia en el procedimiento que ahora nos convoca.

Las anteriores observaciones realizadas sobre las pruebas aportadas permiten inferir lógicamente que el Fondo inició el presente PIC sin sustento probatorio suficiente que acredite su pretensión sancionatoria-indemnizatoria, por lo que resulta preciso en este punto resaltar que la carga de la prueba del presunto incumplimiento reposa por completo en el contratante, puesto que si bien se trata de un procedimiento irregular en los términos denunciados en apartados anteriores, si en gracia de discusión se aceptara su procedencia, el mismo debe circunscribirse a los postulados constitucionales que atañen al debido proceso y, en ese sentido, deben respetarse las garantías procesales de la presunción de inocencia y carga de la prueba, por cuanto las mismas constituyen principios rectores de toda actuación pública o privada y deben ser irrestrictamente observados.

Adicionalmente, 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, el Fondo y el interventor confunden las obligaciones contractuales diferenciadas que constituyen la falta de amortización y no inversión de este.

En síntesis, la evidencia sugiere que no se encuentra acreditado un incumplimiento en atención a la correcta inversión del anticipo o su amortización, toda vez que incluso, el Fondo confunde los conceptos de amortización con el de buen manejo, sin establecer claramente a cuál de los dos hechos atañe el supuesto incumplimiento que se quiere endilgar e incluso sin acreditar que efectivamente se hayan entregado tales dineros al contratista, pues se resalta que las meras

manifestaciones autógenas que ha realizado el Fondo en modo alguno pueden ser tenidas como prueba siquiera sumaria en el *sub lite*.

3.3. INDEBIDA TASACIÓN DE LOS PERJUICIOS CON RELACIÓN AL MANEJO DEL ANTICIPO.

Ahora bien, respecto a la cuantificación del perjuicio relacionado con el presunto mal manejo e incorrecta inversión del anticipo es necesario manifestar que, la interventoría y el FFIE omitieron considerar la necesidad de cuantificar efectivamente dicho perjuicio y lo hicieron únicamente aduciendo el porcentaje del anticipo no amortizado, lo cual desconoció el precedente jurisprudencial y doctrinal sobre el particular, pues si bien se enuncia que hubo un monto no invertido, lo cierto es que el valor ejecutado del contrato es superior al anticipo, circunstancia que en todo caso no fue considerada por el contratista al iniciar este procedimiento.

En primer lugar, debe señalarse que según el Contrato de Obra No. 1380-1431-2021, el valor total a pagar por parte del contratante a título de anticipo corresponde al equivalente al 20% del valor del contrato como se establece en el numeral 10.7 Anticipo de los Términos de Condiciones Contractuales-TCC, es decir, DOS MIL CUARENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M/CTE (\$2.046.634.732).

De esos DOS MIL CUARENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M/CTE (\$2.046.634.732), solo se entregaron al contratista DOS MIL CUARENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES MIL SESENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$ 2.046.412.463,69), como aceptó el mismo interventor en su informe, así:

Durante la ejecución del contrato, el contratista de obra solicitó el desembolso del anticipo mediante 26 solicitudes por valor de \$2.046.412.463,69 debidamente autorizadas por la interventoría y efectivamente entregados por la fiduciaria quedando un saldo por solicitar de \$ 222.268,31. A continuación se muestra el estado actual del anticipo a la fecha de este informe:

VALOR INICIAL DEL CONTRATO	\$ 10.233.173.660,00
VALOR DEL ANTICIPO	\$ 2.046.634.732,00
VALOR SOLICITADO Y DESEMBOLSADO	\$ 2.046.412.463,69

Es decir, el anticipo ni siquiera se entregó en la forma en la que disponía el mismo contrato, toda vez que a la fecha se adeudan por tal rubro DOSCIENTOS VEINTIDÓS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$ 222.268,31) que no fueron desembolsados al contratista.

Corolario de lo anterior, es importante en este punto referirnos a la terminación prematura y unilateral del Contrato por parte del contratista por medio de un irregular procedimiento como el que ahora nos convoca y, al momento de declararse tal terminación el valor de la ejecución contractual ascendía a la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL DIEZ PESOS M/CTE (\$2.877.236.010).

En esta medida, se debe señalar que, a la terminación del contrato, el valor de la ejecución era superior al monto recibido a título de anticipo, lo que permite inferir que la totalidad del dinero entregada a título de anticipo fue invertida, pues incluso el valor de lo ejecutado es superior.

Lo anterior evidencia que el FFIE y el interventor confunden los conceptos de inversión y amortización del anticipo, y, por esa misma vía, pretenden afectar el amparo de manejo del anticipo por un riesgo que no se encuentra cubierto por el mismo.

Así entonces, es necesario traer señalar que, como se aducirá en el acápite correspondiente, la no amortización del anticipo no es un riesgo cubierto en el amparo de manejo del anticipo de la Póliza No. 4005244, lo que torna imposible cuantificar el perjuicio con base en lo no amortizado.

En este sentido, el FFIE tenía el deber de cuantificar los perjuicios sufridos con fundamento en un factor diferente a lo no amortizado, esencialmente porque este riesgo no está amparado en la póliza. Así las cosas, como se tasó parcialmente el perjuicio con base en lo no amortizado, el FFIE incumplió dicha carga y es imposible declarar el siniestro del amparo de manejo del anticipo, además de afectar la póliza por dicho amparo, como se procederá a explicar en apartados posteriores.

3.4. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO E INCUMPLIMIENTOS IMPUTABLES AL FFIE.

El FFIE ha incumplido con sus obligaciones al no entregar de forma completa el anticipo al contratista, puesto que, según el mismo informe de interventoría, con posterioridad a la terminación unilateral del contrato, dicho anticipo aún no había sido recibido en su totalidad por el CONSORCIO M&E CANAAN FFIE, como consta a continuación:

Durante la ejecución del contrato, el contratista de obra solicitó el desembolso del anticipo mediante 26 solicitudes por valor de \$2.046.412.463,69 debidamente autorizadas por la interventoría y efectivamente entregados por la fiduciaria quedando un saldo por solicitar de \$ 222.268,31. A continuación se muestra el estado actual del anticipo a la fecha de este informe:

VALOR INICIAL DEL CONTRATO	\$ 10.233.173.660,00
VALOR DEL ANTICIPO	\$ 2.046.634.732,00
VALOR SOLICITADO Y DESEMBOLSADO	\$ 2.046.412.463,69
VALOR NO SOLICITADO (NO DESEMBOLSADO)	\$ 222.268,31

Es decir, al momento en el cual se imputa el presunto incumplimiento al contratista e incluso pese a la terminación del vínculo contractual, este todavía no ha recibido efectivamente el dinero con el que contaba para iniciar con la ejecución de las obras ni mucho menos podía este haber mal invertido o apropiado recursos que no le habían sido entregados pese a estar obligado a ello el Fondo.

En este punto es importante recordar que, según la interventoría el presunto incumplimiento que ahora se estudia en el contrato de obra No. 1380-1431-2021 obedece a la falta de amortización e inversión de un anticipo que nunca fue entregado en su totalidad al contratista, entonces, como se puede inferir lógicamente, no había forma de invertir o mucho menos de amortizar un dinero que nunca llegó al patrimonio del contratista.

Así las cosas, es claro que se presentó un incumplimiento manifiesto de parte del 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”.

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 la totalidad del dinero del anticipo, por lo que se configuraría la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del Código Civil.

Aunado a lo anterior, como quiera que esta probado el incumplimiento de parte del contratante, debe mencionarse que la compensación en los términos del art. 1714 y 1715 opera de pleno derecho y por tanto, el FFIE debe emitir certificado de resultado de dicha operación y permita a mi prohijada conocer el estado económico del Contrato; Adicionalmente, es importante señalar en este punto que la obligación para el PA FFIE como asegurado de compensar primero, es una condición suspensiva respecto de la exigibilidad de la obligación condicional futura de la aseguradora.

IV. FUNDAMENTOS PARA ABOVER A HDI SEGUROS S.A. DEL PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL, EN VIRTUD DEL CLAUSULADO DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO NO. 4005244.

4.1. 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 de las obligaciones a cargo de CONSORCIO M&E CANAAN FFIE en relación con el anticipo, 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 garantizan *“LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCLUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL CONTRATISTA ORIGINADAS EN EL CONTRATO DE OBRA N. 1380-1431-2021. CUYO OBJETO ES: ELABORACION DE LOS DISEÑOS Y ESTUDIOS TECNICOS (CUANDO SE REQUIERA), OBTENCION DE LICENCIAS DE CONSTRUCCION EN CUALQUIERA DE SUS MODALIDADES Y/O LICENCIAS DE URBANISMO JUNTO CON LOS PERMISOS Y APROBACIONES NECESARIAS, ASI COMO LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS EN LA INSTITUCION EDUCATIVA TOMAS CADAVID SEDE PRINCIPAL, UBICADA EN EL MUNICIPIO DE BELLO, DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, REQUERIDOS POR EL PA FFIE, EN DESARROLLO DEL PNIE.”*.

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, el manejo del anticipo y el interés que busca asegurarse mediante la contratación. Esto se debe a que las supuestas obligaciones incumplidas se relacionan con aspectos vinculados a la amortización del anticipo 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 en relación con el manejo del anticipo atribuibles al tomador de la Póliza de Seguro de Cumplimiento a favor de particulares No. 4005244, 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.

4.2. AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL, EN CONSIDERACIÓN A QUE LA TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO IMPLICA LA CESACIÓN DEL AMPARO DE MANEJO DEL ANTICIPO.

La Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4005244 contempla un amparo de manejo del anticipo por un valor de \$ 2.046.634.732,00, sin embargo, dicho amparo perdió vigencia como quiera que según el ordenamiento jurídico tal amparo pierde vigor con la liquidación del contrato, por tanto, cuando se expidió y comunicó el oficio X173047 CF 697 que resolvió una solicitud de reconsideración frente a la decisión del 03 de agosto de 2023, mediante la cual se dispuso la terminación y liquidación del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021.

En primer lugar, debe mencionarse que el artículo 2.2.1.2.3.1.10. del Decreto 1082 de 2015 y el inciso 7.2 del Decreto 4828 de 2008 establecen el término de vigencia del amparo de manejo del anticipo en los siguientes términos:

Artículo 7°. Suficiencia de la garantía. Para evaluar la suficiencia de la garantía se aplicarán las siguientes reglas:

(...)

7.2 Buen manejo y correcta inversión del anticipo. El valor de esta garantía deberá ser equivalente al cien por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo, en dinero o en especie, para la ejecución del contrato y, **su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.**

(...)"

Es decir, la misma ley dispone que la vigencia del amparo de manejo del anticipo cesa con la liquidación del contrato, la cual en el particular ocurrió con la comunicación que ratificó la decisión de terminar y liquidar el Contrato de Obra No. 1380-1431-2021, de modo que a la fecha por encontrarse terminado y liquidado el mencionado convenio ya no se encuentra vigente el amparo de manejo del anticipo.

4.3. AUSENCIA DE COBERTURA MATERIAL, EN CONSIDERACIÓN A QUE LA NO AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO NO ES UN RIESGO CUBIERTO EN EL AMPARO DE MANEJO DEL ANTICIPO.

En primera medida, es necesario advertir que la no amortización del anticipo no es un riesgo cubierto en la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4005244, lo que hace imposible su afectación, dado que en el informe de interventoría se pretende afectar dicho amparo por el valor no amortizado, desconociendo abiertamente la jurisprudencia consolidada al respecto.

Antes de esgrimir las razones que tornan inviable la afectación del amparo de manejo del anticipo, debe recordarse que en las condiciones generales de la Póliza de Seguro de Cumplimiento en Favor de Particulares No. 4005244 se pactó lo siguiente con relación al anticipo:

**POLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO
EN FAVOR DE PARTICULARES**

AMPARO BASICO Y EXCLUSIONES

1. AMPARO BASICO - RIESGO DE INCUMPLIMIENTO

HDI SEGUROS S.A., QUE EN ADELANTE SE LLAMARA LA COMPAÑIA, CON SUJECION A LAS CONDICIONES DE LA PRESENTE POLIZA O SUS ANEXOS, CUBRE LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES QUE SUFRA DIRECTAMENTE EL CONTRATANTE O RECEPTOR DE LA OFERTA (ACREEDOR DE LA OBLIGACION QUIEN ES EL ASEGURADO) SEGUN LO INDICADO EN LA CARATULA DE LA PRESENTE POLIZA, POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA U OFERENTE (DEUDOR DE LA OBLIGACION), OCURRIDO DURANTE LA VIGENCIA DEL SEGURO, DE:

1.1 LA OFERTA DE CELEBRAR UN CONTRATO, CONFORME SE INDICA EN EL CUADRO DE AMPAROS DE LA POLIZA.

1.2 AQUELLAS OBLIGACIONES NACIDAS DEL CONTRATO QUE EXPRESAMENTE SEAN INDICADAS EN EL CUADRO DE AMPAROS DE LA PRESENTE POLIZA, BAJO LAS SIGUIENTES GARANTIAS:

1.2.1 GARANTIA DE CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACION PRINCIPAL EMANADA DEL CONTRATO A CARGO DEL CONTRATISTA.

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

Como se logra apreciar, los riesgos cubiertos en el amparo de manejo del anticipo son: i) correcta utilización, e ii) inversión de dineros o bienes que se le hayan sido entregados por anticipado al contratista para la ejecución del contrato, quedando expresamente excluida la no amortización del anticipo, siendo este un riesgo no cubierto.

A pesar de lo anterior, en el informe de interventoría, se confunden la inversión y amortización y, por esa vía, se pretende afectar la póliza por la no amortización del anticipo, tal y como se afirmó en los siguientes términos:

VIII. CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE PODRÍAN DERIVARSE PARA EL CONTRATISTA

(INDICAR ADEMÁS DE LAS RECOMENDADAS EN LA PARTE INICIAL CUALES OTRAS PODRÍAN SER LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO, POR EJEMPLO: CLÁUSULA PENAL, TERMINACIÓN ANTICIPADA POR INCUMPLIMIENTO, EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA. ETC.)

En todo caso, es necesario que se identifique como eventual consecuencia, la declaratoria de siniestro ante el garante para hacer efectividad de la garantía de cumplimiento.

Como consecuencia del incumplimiento en la amortización del valor del anticipo desembolsado debe hacerse exigible el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo de la póliza de cumplimiento, dado que \$ 846.525.196,11 de los recursos girados no fueron amortizados y que \$ 451.807.860,99 del anticipo no fueron invertidos en la obra por el contratista.

Mediante oficio A&C S.A.-FFIE 1380-1431-2021-G398-24 del 30 de abril de 2024 la Interventoría, actualizó la información relacionada con el incumplimiento de la obligación de buen manejo, correcta inversión y amortización del anticipo, en el sentido de especificar que el valor que el contratista ha incumplido y fue amortizado corresponde a la suma de **OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y DOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS M/CTE (\$854.732.567,69).**

Así pues, el FFIE y la interventoría están desconociendo la jurisprudencia pacífica y reiterada del Consejo de Estado en la que se ha dicho que la no amortización del anticipo no es un riesgo cubierto por el amparo de manejo del anticipo, en los siguientes términos:

“Si el contratista no amortiza el anticipo, está incumpliendo una obligación a su cargo, pero de esta circunstancia no puede deducirse automáticamente –como lo hace el tribunal– que el contratista invirtió o manejó inadecuadamente el anticipo. Se itera que la regla general es que estas sumas se utilicen para cubrir los gastos que tiene el contratista al principio del contrato e impulsar la obra (construcción, montaje de campamentos, compra de equipos y materiales, etc.) y el anticipo tiene por finalidad entregarle una suma de dinero antes de que inicie la obra para que pueda realizarlos. El hecho de que no ejecute la obra de acuerdo con el programa de inversión, que no facture y que por lo tanto no cumpla con la obligación de amortizar con cada cuenta, no evidencia –de ninguna manera– que haya invertido o manejado inadecuadamente el anticipo; razón por la cual tales circunstancias no autorizan a la entidad contratante a hacer efectiva la garantía, porque ellas no acreditan la ocurrencia del riesgo amparado”⁶.

En esta misma sentencia, también se afirmó:

“Para la Sala es claro que lo que cubre el amparo de manejo del anticipo son los perjuicios derivados del incumplimiento de estas obligaciones y no de la obligación de amortizar el anticipo, si dicha obligación no fue amparada expresamente por la Compañía de Seguros. Igualmente es claro que existe una diferencia entre este amparo (manejo del anticipo) y el amparo de cumplimiento, el cual garantiza el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, y que en el caso concreto cubrió el pago de la cláusula penal que asumió la Compañía de Seguros.

La doctrina ha explicado el punto de la siguiente manera: << Podemos definirlo (el amparo de anticipo) como el amparo mediante el cual la compañía de seguros se obliga a indemnizar al contratante asegurado por los perjuicios que sufra este por causas imputables al contratista garantizado, derivados de manera directa de los distintos riesgos que emanen del manejo de dineros o bienes entregados a este último a título de anticipo, los cuales, no están siempre cubiertos en su totalidad, de tal suerte que solo los que sean explícitamente nombrados estarán amparados, y los que no lo estén, valga la redundancia estarán excluidos... <<

<<Bien se trate de buen manejo, correcta inversión o uso, se busca indemnizar al asegurado por los perjuicios derivados de la destinación que el contratista haga del anticipo sin hacer honor a las reglas del contrato para tal fin, empleándolos para gastos que no estén relacionados con el objeto contratado, y/o dirigiéndolos de manera distinta a la pactada en el contrato garantizado, sin haberse apropiado de ellos....

<<La amortización es distinta de otros riesgos, y consiste como ya se había venido adelantando, en la devolución paulatina del anticipo por parte del contratista al contratante con corte a la facturación, normalmente conviniéndose que de cada factura emitida por el contratista se haga un descuento porcentual, hasta tanto el anticipo sea totalmente devuelto al contratante, es decir amortizado, entrando, ahí sí, a formar parte del precio pactado en el contrato. En tales condiciones, como la amortización del anticipo está referida a la ejecución de un porcentaje de la obra en la misma proporción, a menos que el asegurador asuma de manera expresa tal riesgo dentro del amparo de anticipo, la NO amortización, vale decir, la no restitución al asegurado de un porcentaje del anticipo igual al de obra equivalente, no es un riesgo asociado a la utilización del anticipo o su apropiación.

(...) Puede agregarse que un anticipo puede no haber sido amortizado, pero sí correctamente utilizado e invertido. Lo dicho, puesto que se trata como ya se adujo de riesgos distintos, en la medida en que la no amortización puede derivarse, por ejemplo, de un anticipo que sí tuvo la destinación que debía dársele conforme a las reglas contractuales, pero que por circunstancias imputables al contratista no se devolvió al contratante”⁷.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 47760 del 3 de noviembre de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

⁷ Ibidem.

Lo anterior fue reiterado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, así:

“En este orden, contrariamente a lo expuesto por la recurrente, el tribunal no erró en la interpretación el pacto Radicación n° 11001-31-03-001-2015-01057-01 18 asegurador, en tanto que, como se anotó, el riesgo consistente en la falta de amortización del anticipo difiere de los riesgos de mal uso o apropiación indebida, por lo cual no resulta de recibo asimilarlos, como lo propone el reproche casacional”.⁸

Como se observa, los riesgos cubiertos en el amparo de manejo del anticipo de la Póliza No. 4005244 están dirigidos a indemnizar a la entidad por la incorrecta utilización e inversión de los dineros entregados a título de anticipo, más no por la no amortización del anticipo, por lo que es imposible afectar dicho amparo en el contrato de seguro, máxime porque no se logró demostrar la ocurrencia de los riesgos amparados, ni la cuantía del perjuicio.

Por las razones anteriormente expuestas, es inviable afectar el amparo de manejo del anticipo, porque dentro de los riesgos cubiertos por este no se encuentra la no amortización del anticipo.

4.4. 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

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia SC2840-2022.

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	Conducto de Pago CONTADO - CUMPLIMIENTO ESPECIAL	Fecha Máxima Pago Prima 01/01/2022
CALIDAD DEL SERVICIO	22/10/2021	06/02/2022	\$ 511.658.683,00	PRIMA	\$ 49.858.685,50
CUMPLIMIENTO	22/10/2021	22/06/2023	\$ 2.046.634.732,00	Otros conceptos	\$ 0,00
ESTABILIDAD DE LA OBRA / CALIDAD Y BUEN FUNCIONA...	22/10/2021	22/10/2024	\$ 2.046.634.732,00	Gastos de expedición	\$ 9.000,00
MANEJO DEL ANTICIPO	22/10/2021	22/10/2022	\$ 2.046.634.732,00	IVA	\$ 9.474.860,25
PAGO DE SALARIOS PRESTACIONES SOCIALES	22/10/2021	22/10/2025	\$ 2.046.634.732,00	Prima total:	\$ 69.342.545,75

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.

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 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)⁹

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. 4005244. Aun si se declarase el incumplimiento y se hiciera efectiva la garantía por el amparo de manejo del anticipo, HDI SEGUROS S.A. debe ser relevada de toda obligación indemnizatoria, ya que no se acreditó siquiera sumariamente un incumplimiento por parte del CONSORCIO M&E CANAAN FFIE.

4.6. COMPENSACIÓN.

⁹ 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

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 1380-1431-2021.

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 del contratista, 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 Fondo asuma alguna obligación 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 falta de cobertura frente a la amortización del anticipo, 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. 4005244 no podrá ser afectada para el pago de cualquier sanción que se pretenda aplicar en relación con la no amortización del anticipo, por cuanto se encuentra 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, al 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. DOCUMENTALES.

- Póliza de cumplimiento 4005244.

2. MEDIANTE OFICIO.

- a. Respetuosamente solicito al Despacho de la Coordinación de Controversias Contractuales del Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA FFIE, se oficie al CONSTRUCTORA A&C S.A., en calidad de interventor del contrato de obra No. 1380-1431-2021 para la elaboración y aporte de informe completo dentro del cual se denote el estado económico y financiero actual del contrato.

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.