

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: Recurso de reconsideración frente a la decisión No. 816 del 25 de julio de 2024 – Definición PIC.

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 obra en el expediente, de manera respetuosa manifiesto que procedo a presentar recurso de reconsideración frente a la comunicación de la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024 – Definición del PIC, mediante la cual se adoptó la decisión de declarar un incumplimiento total y definitivo de las obligaciones relacionadas con la correcta inversión y la amortización del anticipo, que da lugar a hacer exigible la garantía única de cumplimiento contenida en la póliza No. 4005244, en su amparo de buen manejo y correcta inversión y de cumplimiento. En este sentido, solicito desde ya que se **REVOQUE** la decisión en cita y, en consecuencia, se **ARCHIVE** el presente procedimiento de incumplimiento contractual. Fundamento mi solicitud en los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA RECONSIDERACIÓN.

En primera medida, cabe aclarar que el presente escrito se presenta dentro del término de traslado previsto en la cláusula vigésima del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021 correspondiente a dos (2) días hábiles, toda vez que la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024 – Definición del PIC se notificó el 8 de agosto de 2024. En consecuencia, el presente escrito de reconsideración se presenta dentro de la oportunidad correspondiente como quiera que el término comenzó a correr el 9 de agosto de 2024 y fenece el 12 de agosto de 2024.

II. ANTECEDENTES.

1. El 22 de octubre de 2021, se suscribió el Contrato De Obra No. 1380-1431-2021 cuyo objeto era llevar a cabo la elaboración de los diseños y estudios técnicos (cuando se requiera), obtención de licencias de construcción en cualquiera de sus modalidades y/o licencias de urbanismo junto con los permisos y aprobaciones necesarias, así como la ejecución de las obras en la Institución Educativa TOMÁS CADAVID SEDE PRINCIPAL ubicada en el Municipio de Bello, Departamento de Antioquia. El inicio de las actividades se produjo el 18 de enero de 2022, una vez el Contratista de Obra y la Interventoría suscribieron el Acta de Inicio, acordando un plazo inicial de doce (12) meses.
2. El Comité Fiduciario del PA-FFIE en su sesión No. 697 del 08 de agosto de 2023, ratificó su decisión de terminar anticipadamente el Contrato De Obra No. 1380-1431-2021 mediante decisión No. 693 del 31 de julio de 2023, por la causal de incumplimiento del contrato y, en consecuencia, dispuso la aplicación del cobro de la cláusula penal proporcional.
3. El Comité Fiduciario del PA-FFIE mediante oficio FIE2024EE009471, fechado al 19 de junio de 2024, comunicó el inicio Procedimiento de Incumplimiento Contractual PIC para la aplicación de la Cláusula Penal del Contrato de Obra 1380-1431-2021, Institución Educativa Tomás Cadavid sede Principal ubicada en el municipio de Bello, Antioquia.
4. El 12 de febrero de 2024 el Comité Fiduciario del PA-FFIE, inició un nuevo PIC pretendiendo la afectación del amparo de buen manejo del anticipo CO 1380-1431-2021 IE Tomás Cadavid, sin notificar a mi representada HDI SEGUROS S.A.
5. Mediante oficio FIE2024EE009043 fechado al 14 de junio de 2024 el Comité Fiduciario del PA-FFIE trasladó una actualización del informe PIC por el amparo de buen manejo del anticipo CO 1380-1431-2021 IE Tomás Cadavid.
6. El 3 de julio de 2024, en mi calidad de apoderado especial de HDI SEGUROS S.A., presenté una solicitud de nulidad dentro del proceso de incumplimiento contractual que ahora nos convoca. En dicho incidente, se argumenta que mi representada, HDI SEGUROS S.A. no fue notificada correctamente en su calidad de convocada en el presente proceso de incumplimiento. Se alega que hubo una indebida notificación, ya que el mensaje de datos utilizado para tal fin fue enviado a una dirección electrónica diferente a la que se encuentra registrada en el Certificado de Existencia y Representación legal de la compañía, situación que riñe con lo contenido en el artículo 291 inciso 2 del Código General del Proceso.
7. Mediante oficio FIE2024EE011904 del 26 de julio de 2024 el Comité Fiduciario del PA-FFIE resolvió de la solicitud de nulidad ante ellos elevada, refiriendo que se entendía notificado el inicio del PIC que data de febrero de 2024 por cuanto en el mes de junio de 2024 se remitió un poder de representación por parte de HDI SEGUROS S.A., es decir, refieren que la

conducta de remitir el poder de representación para la solicitud de nulidad más de cuatro meses después de que feneció el término para rendir los descargos, generó en el Comité Fiduciario del PA-FFIE la certeza de que se conocía del trámite por parte de la aseguradora.

8. El 5 de agosto de 2024 en mi calidad de apoderado especial de HDI SEGUROS S.A., presenté los descargos correspondientes frente al inicio del PIC que ahora nos convoca, frente al cual se pretende afectar el amparo de buen manejo del anticipo CO 1380-1431-2021 IE Tomás Cadavid, pese a que se itera, nunca se notificó su inicio y el único elemento de manifestación fue el traslado de actualización de informe de la interventoría fechado al 14 de junio de 2024.
9. El 5 de agosto de 2024 en mi calidad de apoderado especial de HDI SEGUROS S.A., presenté solicitud de insistencia frente a la nulidad incoada 3 de julio de 2024, requiriendo expresamente que se incluyeran como elementos de análisis los descargos rendidos en la misma fecha a efectos de garantizar el debido proceso contractual de mi prohijada.
10. El 9 de agosto de 2024, el CONSORCIO FFIE ALIANZA- BBVA, que a su vez actúa única y exclusivamente como vocero y administrador del PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE, procedió a emitir Comunicación de la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024, por medio del cual se adopta la resolución de afectar el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, por concepto de saldos no invertidos y no amortizados por el contratista CONSORCIO M&E CANAÁN FFIE en el marco del Contrato de Obra No. 1380- 1431 - 2021, correspondiente a la Institución Educativa Atanasio Girardot Sede Atanasio Girardot, por la suma de **MIL CUATROCIENTOS MILLONES CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTOS DIECISIETE PESOS M/CTE (\$1.400.424.817)**, correspondiente a la sumatoria de \$545.692.249,69 que no fueron invertidos ni ejecutados en la obra y 854.732.567,69 que tampoco fueron amortizados.

III. RAZONES DE INCONFORMIDAD.

1. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO CONTRACTUAL POR FALTA DE NOTIFICACIÓN A LA COMPAÑÍA HDI SEGUROS S.A.

En primer lugar, debe señalarse que como ya se ha advertido en dos ocasiones mediante memoriales dirigidos al FFIE, la compañía HDI SEGUROS S.A. en su condición de garante del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021, en virtud de la Póliza de Cumplimiento No. 4005244, no fue notificada del inicio del procedimiento de incumplimiento contractual que ahora nos convoca, de modo que no pudo ejercer su derecho de defensa y contradicción consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política Nacional y, reconocido a partir de la cláusula 20 del mencionado Contrato; Lo anterior implica la nulidad de las actuaciones surtidas a partir del 12 de febrero de 2024 al

haberse desconocido los derechos de mi representada, quien cuenta con intereses legítimos en las resultas del trámite.

En primer lugar, es imperioso señalar que, sin perjuicio de la improcedencia del presente procedimiento de incumplimiento contractual con ocasión de la ineficacia de la cláusula vigésima en razón a la vulneración de normas de orden público por su parte, si en gracia de discusión se aceptara su procedencia, es claro que el mismo debe ceñirse a los postulados supralegales del ordenamiento jurídico, entre ellos el debido proceso que es además un derecho fundamental que le asiste a HDI SEGUROS S.A. y que se materializa con la posibilidad de que dicha compañía en su calidad de garante, conozca del trámite y presente sus respectivos descargos.

Es decir, la observancia del debido proceso en el trámite que ahora nos atañe determina la validez del procedimiento, por lo que no es de recibo la manifestación del FFIE en el sentido de indicar que no es posible nulitar lo actuado por no ser el presente un trámite judicial, cuando lo cierto es que el debido proceso al ser un principio, valor y derecho es inherente a cualquier actuación pública o privada, pues así lo previó el constituyente al darle la triple connotación antes mencionada e incluso así lo ha reconocido la Corte Constitucional al ampliar su espectro a los trámites arbitrales¹.

Precisado lo anterior, debe señalarse que el FFIE nunca notificó la apertura del PIC 1380-1431-2021 en fecha 12 de febrero de 2024, pues no obra prueba siquiera sumaria de que la misma se haya realizado a la dirección de notificación registrada en el Certificado de Existencia y Representación Legal de mi prohijada, en los términos señalados en la solicitud inicial de nulidad que obra en el expediente; Pues si bien la decisión ahora recurrida señaló que se realizó la notificación a diferentes correos, ninguno de ellos efectivamente corresponde al registrado en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la compañía y tampoco se acompañó algún elemento de juicio como captura de pantalla, correo o similar, que permita evidenciar que ello en efecto se realizó.

En este punto es importante señalar que las normas procesales, entre ellas las atinentes a la notificación, son de orden público según el artículo 13 del Código General del Proceso y que, si bien nos encontramos ante un irregular proceso de incumplimiento contractual, en tanto el mismo no cuenta con disposiciones específicas respecto de su procedimiento, deberá acudir por analogía a las normas que se encuentren vigentes en el ordenamiento jurídico para su desarrollo y sobre todo, para garantizar la efectividad del debido proceso.

Así entonces, en el presente asunto, debe aplicarse lo contenido en el artículo 291 inciso 2 del Código General del Proceso, que prevé la forma en que deben notificarse las entidades privadas. Según esta disposición, la notificación se entiende surtida cuando la comunicación es enviada a la dirección electrónica que conste en el certificado de existencia y representación legal de la entidad,

¹ T 354 de 2019.

así:

“ARTÍCULO 291. PRÁCTICA DE LA NOTIFICACIÓN PERSONAL. Para la práctica de la notificación personal se procederá así: (...) **2. Las personas jurídicas de derecho privado y los comerciantes inscritos en el registro mercantil deberán registrar en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente del lugar donde funcione su sede principal, sucursal o agencia, la dirección donde recibirán notificaciones judiciales.** Con el mismo propósito deberán registrar, además, una dirección electrónica”.
(Subrayado y negrilla por fuera del texto original)

Así entonces, deviene evidente que la notificación debía realizarse a la dirección registrada en el Certificado de Existencia y Representación Legal toda vez que al no haberse señalado expresamente en la cláusula vigésima cuál sería el decurso procesal, dicha carencia debe subsanarse con normas vigentes en el ordenamiento, de hecho así lo realizó el mismo FFIE al equiparar el envío de un poder a su correo, con la notificación por conducta concluyente en los términos del artículo 301 del Código General del Proceso, así:

Se recibió correo electrónico de la cuenta de correo electrónico presidencia@hdi.com.co en el que se remitió poder al abogado Gustavo Alerto Herrera Avila, para que represente los intereses de la compañía dentro del proceso que se describe en el asunto ?traslado actualización informe PIC amparo de buen manejo del anticipo CO1380- 1431 ? 2022? IE Tomás Cadavid.?

Lo anterior significa que el garante si conoció oportunamente la comunicación de inicio del PIC al punto que remitió poder para que un apoderado actuara en su nombre, no obstante, no se recibieron descargos o explicaciones por parte de dicho apoderado en el marco del PIC.

Es decir, el mismo FFIE reconoce la aplicabilidad de las normas procesales del Código General del Proceso en lo no regulado por el Contrato de Obra No. 1380-1431-2021 por lo que sorprende que alegue su inaplicabilidad más aún cuando con la misma se pretende materializar las garantías propias del principio – valor - derecho fundamental del debido proceso.

Adicionalmente, es importante señalar que el oficio del 26 de julio de 2024 mediante el cual se resolvió la solicitud de nulidad por indebida notificación elevada por mi prohijada el 3 de julio de 2024, se limita a señalar que se notificó el inicio del PIC el 14 de junio de 2024, así:

En primer lugar, es menester precisar que la comunicación de inicio del procedimiento de incumplimiento se remitió al contratista y al garante el día 14 de junio de 2024 a los correos presidencia@hdi.com.co, roberto.vergara@hdi.com.co, juan.Ospina@hdi.com.co, lorne.rincon.vicentes@hdi.com.co por tanto el término para presentar descargos venció el 21 de junio

Sin embargo, en la notificación del 14 de junio de 2024, señaló que el PIC inició el 12 de febrero de 2024, así:

Recordando que no se recibieron descargos ni del contratista ni del garante, del informe de incumplimiento a pesar de que la comunicación de inicio de PIC fue enviada desde la cuenta de correo electrónico controversiascontracuales@ffe.com.co, el día 12 de febrero de 2024 a las cuentas de correo ffecanaan.tomas@email.com; marlywaneas@canaanconstructores.com; ffecanaan.residentetomas@email.com y aux.antioguia.canaan.lopez@mail.com del contratista y presidencia@hdi.com.co; roberto.vergara@hdi.com.co; juan.Ospina@hdi.com.co y jore.rincon.vicentes@hdi.com.co del garante.

Luego, resulta evidente que el FFIE no respondió a la solicitud de nulidad de conformidad con la notificación que por medio de la misma se estaba atacando, esto es, aquella fechada al 12 de febrero de 2024, por medio de la cual se dio apertura al PIC; En consecuencia del yerro señalado

el FFIE hace una indebida lectura de la solicitud y determina que HDI SEGUROS S.A. se notificó por una especie de “conducta concluyente” al remitir un poder en el mes de junio de 2024, sin mencionar nada respecto de la indebida notificación surtida el 12 de febrero de 2024, propiciando entonces un desconocimiento de las normas procesales que él mismo ha aplicado en el PIC y sometiendo a mi prohijada a una amenaza a sus derechos fundamentales.

Es decir, el FFIE no solamente pretermitió realizar la debida notificación de la apertura del presente PIC en los términos que demanda el derecho fundamental de mi prohijada al debido proceso y el mismo contrato en tanto genitor del procedimiento; sino que también al señalarle este yerro de manera específica volteó la vista hacia una notificación posterior y descartó la solicitud respetuosa utilizando una figura propia de los procesos judiciales como lo es la notificación por conducta concluyente.

Aunado a lo anterior, no presentó el FFIE prueba alguna de que en efecto se hubiera realizado la notificación, sino que se limitó a señalar que un procedimiento iniciado en febrero se entendía notificado porque frente a una nueva comunicación de junio se había remitido poder de representación, sin resolver el fondo del asunto y enervando la posibilidad de que mi prohijada ejerza su derecho de defensa en los términos que el ordenamiento jurídico señala.

Finalmente, es importante señalar que, con la falta de notificación a la dirección electrónica registrada para tal efecto en el Certificado de Existencia y Representación Legal, no solo hubo una transgresión de las normas procesales aplicables y de hecho aplicadas por el FFIE, sino que también se desatendió lo señalado por la cláusula vigésima del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021, el cual claramente indica:

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 supervisor 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 supervisor en el que se sustente el mismo y las pruebas que soporten dicha comunicación: de igual**

De conformidad con lo expuesto, cabe señalar que el FFIE ha vulnerado el derecho al debido proceso de mi prohijada, desconocido las normas procesales de orden público y, también ha incumplido lo establecido en la Cláusula Vigésima del contrato, ya que tenía la obligación de comunicar al contratista y al garante (HDI SEGUROS S.A.) el inicio del procedimiento para declarar el incumplimiento contractual, lo cual no aconteció en el presente caso. Como resultado, la decisión del Comité Fiduciario No. 816, que hizo exigible el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo de la póliza de cumplimiento No. 4005244, debe ser revisada y rectificadas debido a la vulneración de los principios fundamentales del debido proceso.

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

Es importante señalar que el actual proceso de incumplimiento contractual requiere que la decisión tomada sea reconsiderada como quiera que el trámite completo se encuentra viciado y deviene improcedente como quiera que mediante la cláusula vigésima que habilita al FFIE para iniciar el procedimiento, se vulneran 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, siendo entonces necesario revisar la decisión atacada.

En primer lugar, es importante señalar que 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, desconociendo las normas de orden público que le son exigibles, así:

“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.

Entonces, al ser las normas procesales de orden público, 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.

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 hace necesario revocar la decisión a decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024.

Aunado a lo anterior, es importante señalar como con el procedimiento de incumplimiento contractual y, con la decisión a decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024, en el cual el FFIE fue juez y parte, se violentó de manera arbitraria el debido proceso del contratista de obra y del garante, quienes únicamente podrían 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 el precio a lo más tarde, en las 24 horas siguientes a la notificación judicial²”.

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

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

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).³

Así las cosas, comedidamente solicito se reconsidere la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024 y en su lugar se acuda ante el juez natural del contrato, al ser el presente PIC contrario a las normas de orden público, como quiera que la cláusula contractual que lo establece deviene ineficaz y genera su consecuente improcedencia al vulnerarse el derecho al debido proceso del contratista y el garante, negándoles la garantía de un juicio de incumplimiento imparcial y dotado de todas las garantías legales.

- **LA DECISIÓN DEL COMITÉ FIDUCIARIO NO. 816 DEL 25 DE JULIO DE 2024 NO ES OPONIBLE A HDI SEGUROS.**

El FFIE ignoró que HDI SEGUROS S.A. no fue parte de la negociación, ni tampoco suscribió el contrato de Obra No. 1380-1431-2021, de modo que las disposiciones contenidas en el mismo, no le son oponibles en modo alguno; Así entonces el ineficaz procedimiento de incumplimiento contractual contenido en la cláusula vigésima del contrato de Obra No. 1380-1431-2021, no le es aplicable a mi prohijada y, en ese sentido, la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024 no le es oponible a HDI SEGUROS S.A., debiendo en todo caso revocarse tal

³ Universidad Externado. REVISTA DE DERECHO PRIVADO No. 14 de 2008. La Terminación Unilateral del Contrato de Derecho Privado. Felipe Navia Arroyo. Pág. 54-55.

determinación.

Es importante señalar que, 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 un improcedente procedimiento de incumplimiento contractual, ni mucho menos, que la entidad contratante se abrogó la competencia para su imposición.

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 vigésima, 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.

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

4.1. INEFICACIA DEL PIC 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 PIC, 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, de modo que la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024 no surte ningún efecto jurídico. 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 de la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024 y la necesidad de reconsiderar tal determinación por parte del FFIE.

En primer lugar, debe manifestarse que el FFIE mediante oficio X173047 CF 697 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, en ese sentido, mediante dicho oficio, el FFIE 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.”⁴

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 en ineficaz e improcedente la

⁴ 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>

decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024, por lo que comedidamente solicito se proceda a su reconsideración y archivo.

4.2. NO SE ACREDITÓ ALGÚN INCUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE USO, MANEJO, INVERSIÓN Y AMORTIZACIÓN, ERGO, NO EXISTE SINIESTRO.

Mediante la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024, no se demostró de manera concluyente que el CONSORCIO M&E CANAAN FFIE haya incurrido en un incumplimiento sustancial y directo de sus obligaciones contractuales en 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, en ese sentido es necesario reconsiderar la determinación que ahora se ataca.

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

Lo anterior como quiera que 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 dineros a título de anticipo por parte del 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 decidió el presente PIC sin sustento probatorio suficiente que avale la decisión No. 816 del 25 de julio de 2024, por lo que resulta preciso en este punto resaltar que la carga de la prueba del presunto incumplimiento reposaba 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 no fueron observados por el FFIE debiendo revocarse la decisión No. 816 del 25 de julio de 2024.

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 al amparo de 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 endilgó 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 fundamento de una decisión que declare el incumplimiento contractual, siendo entonces imperativo reconsiderar la decisión No. 816 del 25 de julio de 2024.

4.3. SE TASARON INDEBIDAMENTE LOS PERJUICIOS CON RELACIÓN AL MANEJO DEL ANTICIPO.

El perjuicio relacionado con el supuesto mal manejo e incorrecta inversión del anticipo fue indebidamente tasado por la interventoría y el FFIE, por lo que la decisión No. 816 del 25 de julio de 2024 debe ser reconsiderada; Para explicar lo anterior es necesario señalar que la cuantificación del perjuicio se realizó aduciendo el porcentaje del anticipo no amortizado, lo cual desconoció el precedente jurisprudencial y doctrinal sobre el particular, adicionalmente, 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 decidir sobre el supuesto incumplimiento.

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 bajo tal concepto 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 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 y, en todo caso la tasación desconoció por completo el valor de lo ejecutado, de modo que es necesario reconsiderar la determinación adoptada por el FFIE.

En conclusión, 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 y, adicionalmente debió tener en consideración el valor de lo ejecutado hasta el momento de terminación del contrato, sin embargo, el FFIE incumplió dicha carga y por ende se torna necesario revocar la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024.

4.4. EL FFIE INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y POR ELLO DEBIÓ APLICAR LA DISPOSICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1609 DEL CÓDIGO CIVIL.

La decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024 debe reconsiderarse como quiera que el FFIE incumplió 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 relación con la figura antes señalada, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

“ (...) en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino sucesiva, se ha precisado que, **al tenor del artículo 1609 del Código Civil, quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, porque esta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada**”.⁵

En el caso concreto, siendo que el FFIE incumplió primero su obligación de girar la totalidad del anticipo, comprometió la posibilidad del contratista de cumplir con la inversión de un dinero con el que jamás contó y, en ese sentido obstaculizó el desarrollo del porcentaje de obra esperable en correspondencia con el cronograma de las actividades.

En ese sentido, es claro que cualquier presunto incumplimiento del contratista se derivó del incumplimiento previo del Fondo al no haber remitido la totalidad del dinero del anticipo, por lo que se configuró la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del Código Civil, debiéndose aplicar de pleno derecho esta figura en la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024.

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

La decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024 no consideró que dentro del ámbito de la libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, y en virtud de la

⁵ Corte Suprema de Justicia; MP Aroldo Wolson Quiróz Monsalvo; 20 de abril de 2018; Rad: 11001-31-03-025-2004-00602-01.

facultad consagrada en el artículo 1056 del Código de Comercio, la compañía aseguradora asumió solo algunos de los riesgos inherentes a la ejecución contractual, pactando 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 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, siendo necesario reconsiderar la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024.

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

La decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024 no tomó en consideración que la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4005244 contempla un amparo de manejo del anticipo por un valor de \$ 2.046.634.732,00, el cual perdió vigencia 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 y no es posible su afectación, siendo necesario que el FFIE reconsidere la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024.

4.7. 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 y, dado que en la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024 se pretende su afectación desconociendo abiertamente la jurisprudencia consolidada al respecto, tal decisión debe ser reconsiderada.

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

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

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.

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, debiéndose corregir este yerro en la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024.

⁷ Ibidem.

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

4.8. 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, los argumentos presentados que desvirtúan el supuesto incumplimiento del contrato atribuido al CONSORCIO M&E CANAAN FFIE, son 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 de conformidad con el artículo 1056 del Código de Comercio, y en ese sentido proceda a reconsiderar la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024.

En primer lugar, debe recordarse que, 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 aseguraticio. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original)⁹

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

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 de incumplimiento del contrato, el Fondo 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. En todo caso, 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, por lo que debe revocarse la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024.

4.9. COMPENSACIÓN.

Teniendo en cuenta que nos encontramos ante la ejecución de un contrato privado, solicito al FFIE establecer el estado financiero del contrato a efectos de establecer si existen saldos a favor del contratista en virtud del Contrato 1380-1431-2021, pues dicha consideración no se encuentra contenida en la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024 y ello hace necesaria su reconsideración.

Lo anterior, bajo el entendido que 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 y, como quiera que ello no se realizó mediante la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024, es necesario reconsiderarla.

V. PETICIONES.

Conforme con los argumentos expuestos a lo largo de este escrito, solicito comedidamente que se RECONSIDERE la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024, y en consecuencia se declare la terminación del procedimiento de incumplimiento contractual y, de este modo, se archive el expediente, pues el procedimiento es ineficaz y no existen incumplimientos imputables al contratista. Además, respecto a la aseguradora, no se configuró el riesgo asegurado por encontrarse expresamente excluido y existir falta de cobertura material y temporal respecto del amparo de manejo del anticipo.

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.