Bogotá D.C., 13 septiembre de 2024.

Señores

# ALIANZA FIDUCIARIA S.A.,

**REPRESENTANTE DEL CONSORCIO FFIE ALIANZA-BBVA, VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE FINANCIAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE.**

# Atn. Dr. Francisco José Schwitzer Sabogal

# Representante Legal consorcioffie@alianza.com.co

**Ref: Reiteración de fundamentos de negación u objeción de solicitud de afectar la póliza 4005244**

 **Tomador: CONSORCIO M&E CANAAN FFIE**

 **Asegurado: Alianza Fiduciaria SA.**

**Contrato: 1380-1431-2021**

**Póliza:** **4005244**

Respetados señores:

Damos respuesta a su comunicación, mediante la cual refieren una *“instrucción impartida por el Comité Fiduciario del PA-FFIE en su sesión No. 816 del 25 de julio de 2024”* e indican la pretensión de la indemnización por la supuesta ocurrencia del incumplimiento del contrato 1380-1431-2021 y el propósito de hacer efectiva la póliza de cumplimiento respecto del amparo que denominan como *de buen uso, correcta inversión y no amortización del dinero entregado a título de anticipo* por valor de $ $1.400.424.817,38 en cuanto consideran que esos hechos podrían estar amparados bajo la póliza No. 4005244, por los supuestos perjuicios que aducen haber padecido debido a esa causa, que la atribuyen al contratista CONSORCIO M&E CANAAN FFIE; y para ello comedidamente reiteramos la negativa u objeción ya manifestada de forma motivada expresamente a ustedes en varias oportunidades, desde cuando anunciaron la realización de un análisis y trámite interno que finalizó cuando de manera unilateral llegaron a la citada conclusión, según la cual, a su juicio habría tenido lugar dicho supuesto incumplimiento contractual, porque no existe ningún elemento de juicio objetivo que permita sostener tal aserto y en esta nueva misiva arguyen nuevamente las mismas consideraciones, desprovistas de demostración alguna, y por ende no es procedente la petición de un resarcimiento ya que no existe, conforme a la ley y el contrato de seguro, derecho alguno de percibirlo.

Consecuentemente se procede a negar su solicitud de un pago, advirtiendo que ésta no constituye una reclamación formal en el ámbito del derecho de seguros, por cuanto carece de los requisitos, por falta de cumplimiento de las cargas demostrativas respectivas, consagradas en el artículo 1077 del C.Co., conforme se explica en esta comunicación.

Sea lo primero, destacar que desde la presentación de los escritos de réplica o descargos que les dirigimos a ustedes, indicamos el conjunto de fundamentos fácticos y jurídicos que imposibilitan atender afirmativamente tal petición, pues precisamente lo que la motiva, solamente corresponde al devenir corriente dentro de la ejecución del contrato y especialmente porque lo que atribuyen al contratista calificando como incumplimiento, no solo carece de demostración sino que tampoco puede calificarse como un incumplimiento de las obligaciones que dicho Consorcio contrajo.

Se observa que se trata únicamente de los actos o conductas en que incurrieron ustedes, como lo es (i) realizar un informe de incumplimiento con fecha anterior a la terminación del contrato forma apresurada. La premura también refulge evidente cuando se analiza que (ii) la solicitud allegada no tiene en consideración las suspensiones y prórrogas del contrato en mención, las cuales impactan de forma directa la posibilidad del desarrollo de todo el contrato, es decir, no solo amplían temporalmente los plazos de las obligaciones principales o el objeto mismo, sino también las que son accesorias e íntimamente ligadas al objeto por la interdependencia de las obligaciones, por lo que no se puede aducir que no haber realizado una inversión total de los recursos entregados a título de anticipo antes de los 15 días anteriores al primer término de finalización del plazo contractual son un incumplimiento, ni una mala inversión, porque si así se consideró, no se explica entonces porque la contratante siguió desembolsando recursos al Consorcio contratista cuando supuestamente había expirado el plazo del plan de inversión del anticipo sin que se hubiere amortizado (iii) sin soporte probatorio del supuesto incumplimiento que acusan, porque la efectuación per sé del informe de incumplimiento por la Interventoría se presenta insuficiente, pues por sí mismo no acredita la cuantía del siniestro en la medida que no tiene una correspondencia con la información consignada en aportación de soportes externos, y la solicitud reiterante no aclara en qué consistió el supuesto mal manejo del anticipo, con una exposición clara de los hechos o conductas puntuales que sustenten lógicamente esa aseveración, no siendo suficiente el artilugio retórico de equiparar el presupuesto de no amortización, al del incumplimiento del contrato sin tener en cuenta las definiciones de los amparos consignados en la Póliza en mención, cuya denominación es “Cumplimiento” y “Manejo del anticipo” (iv) nuevamente la solicitud hace referencia a que se “*hacer efectiva la póliza de cumplimiento por valor de $**1.400.424.817,38, el cual corresponde a la suma no invertida y no amortizada por el contratista de obra*” cuando en no pocas veces se ha explicado que, la situación fáctica como se ha presentado en la solicitud de pago, no es cubierta por la póliza en mención, porque el amparo no es omnímodo, y no cubre la no amortización de esos recursos como ya les fue aclarado con anterioridad, sin que en esta oportunidad, en la reiteración de la solicitud se concrete por parte de la interesada, si las sumas pedidas obedecen a que los dineros que constituyeron anticipo se malversaron, se dejaron de invertir, se invirtieron inadecuadamente, o se destinaron inadecuadamente a propósitos no relacionados con la materialidad del objeto contractual, porque justamente al margen de lo enunciado en el Informe de Incumplimiento, las ordenes de giro dan cuenta de transferencia de recursos, que se invirtieron en adquisición de materiales de construcción y pago de obras y trabajos en diferentes componentes de la obra civil (v) la referida solicitud reclama el valor de $1.400.424.817,38 M-CTE sin embargo, el informe de incumplimiento hace referencia a que no amortizó actividades ejecutadas un valor de $ 680.165.052 par luego inflar esa suma sin explicación a $ 846.525.196,11 por recursos supuestamente girados no amortizados y que $ 451.807.860,99 del anticipo supuestamente no fueron invertidos en la obra por el contratista siendo evidente que esta reiteración sigue incurriendo en la misma confusión conceptual sobre los amparos sumando la obligación supuestamente amortizada y no invertida y los intereses moratorios generados, y no se cuenta con soporte probatorio que justifique semejante disparidad. De manera que no existe móvil alguno que genere un compromiso de la responsabilidad del CONSORCIO M&E CANAAN FFIE y, por sustracción de materia, la aseguradora está exenta de cualquier obligación indemnizatoria, toda vez que como lo acaecido no configura la realización de ninguno de los riesgos que le fueron trasladados, mediante la Póliza de Seguro de Cumplimiento en favor de Particulares No. 4005244, en cuyas condiciones claramente se establece el alcance conceptual del amparo otorgado, identificando los riesgos cobijados, se confirma que la protección es disímil a lo que inadecuadamente califican como siniestro, por tanto, en vista de que se carece de pruebas de la realización de hecho alguno que esté cubierto, y contrariamente, lo que se aprecia no se adecúa al amparo, se concluye que no se ha realizado la condición suspensiva de la que pende el nacimiento de la obligación de indemnizar.

En el mismo sentido, se confirma que la póliza de seguro tampoco comprende, entre los amparos otorgados, cubrimiento de la cláusula penal, tal como se aprecia al examinar en las condiciones del seguro la definición de las coberturas dadas, mediante las cuales la compañía ejercitó la atribución que el legislador le confirió a través del artículo 1056 del Código de Comercio, según la cual el asegurador puede a su exclusivo arbitrio determinar los riesgos a los que está expuesto el correspondiente interés asegurable que acepta asegurar. Aparte de la inexistencia de un amparo para las penas o multas, en caso de incumplimiento del contratista, la intención de no proteger la cláusula penal se confirmó al pactarse también las exclusiones de los riesgos asegurados, pues mediante éstas se dejó expresamente por fuera de la protección concedida las cláusulas penales, o de apremio, de multas, etc.

Lo anterior se confirma con base en las condiciones de la póliza en cuestión, basta ver que lo concertado se circunscribe de manera estricta solo a los riesgos explícitamente consignados en su texto y ninguno incorporó la no amortización del dinero entregado a título de anticipo; y esto se suma de manera armónica, reflejando el citado querer de las partes, en no convenir sobre los riesgos o hechos que quedaban marginados o excluidos de la cobertura*.* Esto se repite, porque en esta reiteración de la solicitud de pago, la solicitante en la expresión del enunciado que pide el pago de sumas con cargo al seguro dice “… hace efectiva la póliza de cumplimiento respecto de buen uso, correcta inversión y no amortización del dinero entregado a título de anticipo por valor de …”, y continua de forma dispersa aglutinando conceptos como inversión y amortización, equiparándolos de forma puramente discursiva.

Igualmente, no es viable afectar el amparo relativo al manejo del anticipo, respecto del cual no hay prueba de que se hubiere realizado el riesgo respectivo, según lo pactado en la póliza No. 4005244, y al respecto no basta la meraaseveraciónde que falta demostrar la amortización o de la no inversión, cuando es patente que la ejecución, incluso si fuera parcial, de la obra, confirma de facto la inversión de los recursos recibidos delanteramente, máxime en este caso, en el cual, como se observa en las diversas comunicaciones que ustedes han remitido, ni siquiera hay coincidencia entre la cifra que afirman haber desembolsado, pues ciertamente aluden a cantidades diversas. Adicionalmente, la concepción que ustedes han expresado sobre el amparo del anticipo no corresponde a la protección que se otorgó y no puede confundirse la amortización de los valores dados como anticipo con el riesgo que se asumió, tal como se desprende de la definición contractual de la cobertura.

Por otra parte, conforme se les indicó en nuestras diversas comunicaciones, no se ha satisfecho la carga demostrativa que tiene el asegurado en caso de siniestro, y esto no se puede suplir con la mera mención de los antecedentes expuestos por ustedes y las supuestas circunstancias que eventualmente se suscitaron durante la ejecución del contrato de Obra No. 1380-1431-2021, por ende, de ninguna manera pudiere acreditar un supuesto incumplimiento del contratista ni un mal manejo o malversación del anticipo, ni perjuicio alguno atribuible al garantizado, por lo que, por sustracción de materia, en cuanto no existe un perjuicio indemnizable encontrándose pendiente su comprobación, así como la de la ocurrencia del riesgo asegurado de conformidad con el artículo 1077 del Código de Comercio.

Lo anterior se confirma con base en las condiciones de la póliza en cuestión, basta ver que lo concertado se circunscribe de manera estricta solo a los riesgos explícitamente consignados en su texto y este excluyó los perjuicios referidos al incumplimiento originado en modificaciones al contrato original, reflejando el citado querer de las partes, en no convenir sobre los riesgos o hechos que quedaban marginados o excluidos de la cobertura, donde figura que *“los perjuicios que se refieran al incumplimiento originado en modificaciones introducidas al contrato original” [[1]](#footnote-1).* Por lo anterior, no puede pretender de manera irreflexiva solicitar afectar la póliza en cuestión cuando no tiene en consideración las modificaciones de mutuo acuerdo realizadas al contrato en el cumplimiento de las obligaciones, pues, dichas modificaciones fueron generadas justificándose en la dificultad en la ejecución del contrato. Es decir, no puede pretender afectar la póliza en cuestión haciendo caso omiso a las modificaciones generadas por si mismo.

Es oportuno, en este momento aludir a las determinaciones que según ustedes internamente han tomado, para destacar que por su naturaleza las mismas no son oponibles al contratista ni a la aseguradora, en la medida que ni siquiera la condición convencional relativa a la determinación de un incumplimiento les confiere a ustedes competencia y menos jurisdicción, ello riñe con el ordenamiento jurídico colombiano, conforme a la Ley y la Constitución, y en consecuencia no pueden erigirse como juez y parte para pronunciar una declaración de incumplimiento, menos si se considera que convencionalmente sería violatorio de normas superiores de orden público y especialmente de rango supra legal, pues constituye una especie de atribución exorbitante que rompe el principio de igualdad de las partes en el contrato. De esta manera, lo que concierne a las determinaciones internas que haya tomado el Comité Fiduciario, no solo es inoponible, sino que desborda el lindero de lo que únicamente es competencia de las autoridades instituidas en la república para ello, por lo que deviene en la invalidez la imposición autóloga de una declaratoria de incumplimiento, como la de hacer efectiva la cláusula penal o de declarar la ocurrencia de un siniestro.

En virtud de lo expuesto, confirmamos los pronunciamientos que negando u objetando la realización de cualquier pago, hemos venido dirigiéndoles a ustedes reiteradamente, primero porque no se han cumplido las cargas que establece la ley en los artículos 1077 de concordantes del C. Co., segundo porque lo ocurrido no constituye la realización de los riesgos asegurados, tercero, porque las condiciones sobre los amparos y las exclusiones confirman que la compañía está exenta de obligación indemnizatoria alguna; de manera consecuente nuevamente se niega u objeta su solicitud de pago, reafirmando que su comunicación no constituye una reclamación formal.

Cordialmente,



OSCAR DAVID RODRÍGUEZ CELIS

# Vicepresidencia de Siniestros y Operaciones HDI Seguros S.A.

1. Tomado del condicionado general de la póliza de cumplimiento a favor de particulares No. 4006290. [↑](#footnote-ref-1)