

Señores,

**FONDO DE FINANCIAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – PA – FFIE**

[controversiascontractuales@ffie.com.co](mailto:controversiascontractuales@ffie.com.co)

**REFERENCIA:** PROCESO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

**CONTRATO:** CONTRATO DE OBRA No. 1380-1538-2022

**CONTRATISTA:** CONSORCIO COLEGIOS 041-2021

**ASEGURADO:** ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

**PÓLIZA:** PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO No. 4007070

**ASUNTO: RECURSO DE RECONSIDERACIÓN FRENTE A LA DECISIÓN ADOPTADA EN OFICIO X217728 DE COMUNICACIÓN DE LA DECISIÓN DEL COMITÉ FIDUCIARIO No. 826 DEL 2 Y 3 DE SEPTIEMBRE DE 2024**

**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. 826 del 2 y 3 de Septiembre de 2024, mediante la cual “*se adoptó la decisión de hacer exigible la aplicación y cobro de la cláusula penal proporcional, por la suma de VEINTIDOS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$22.676.884), equivalente al 20% del valor del Contrato de Obra No. 1380-1538-2022 correspondiente al Grupo 22 REF FP-CAT1 - Catatumbo, ubicada en el Departamento de Norte de Santander, como consecuencia de la no entrega de la totalidad de la documentación requerida para surtir el trámite de liquidación del contrato, incluso después del vencimiento del plazo dispuesto para esto, es decir, el 19 de abril 2024.*”. En ese sentido, solicito desde ya 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

El presente recurso de reconsideración se radica dentro del término de traslado previsto en la cláusula décimo novena del Contrato de Obra No. 1380-1538-2022 correspondiente a tres (3) días hábiles, toda vez que la decisión del Comité Fiduciario No. 826 del 2 y 3 de Septiembre de 2024 – Decisión del Comité Fiduciario de Aplicación y cobro de cláusula penal proporcional se notificó el 4 de octubre de 2024. En consecuencia, el presente escrito de reconsideración se presenta dentro de la oportunidad correspondiente como quiera que el término comenzó a correr desde el 7 de octubre de 2024 y fenece el 9 de octubre de 2024.

## II. ANTECEDENTES

2.1. El 28 de julio de 2022 se suscribió el Contrato de Obra No. 1380-1538-2022 cuyo objeto es “*El diagnóstico y/o actualización y/o complementación y/o elaboración de los diseños y estudios técnicos, y la ejecución de las obras necesarias para la adecuación y mejoramientos de las instituciones educativas ubicadas en la Zona Estratégica de*

*Intervención Integral (ZEI) – Zona pacífico Catatumbo, priorizadas por el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura educativa – FFIE y en marzo del Acuerdo de Financiación suscrito con Fondo Paz, cada uno de estos proyectos se adelantara de acuerdo con las especificaciones técnicas contenidas en el presente documento, en la propuesta presentada por el CONTRATISTA, en los CPC y sus adendas, y en los anexos del presente contrato”*

- 2.2. El 05 de octubre 2022, el Contratista de obra y la Interventoría suscribieron el “ACTA DE INICIO DEL ACUERDO DE OBRA”, por un plazo de ejecución de cinco (5) meses y un valor de MIL CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SIETE PESOS M/CTE. (\$1.133.844.207).
- 2.3. Según se informa en la comunicación de la decisión del Comité Fiduciario No. 826 del 2 y 3 de Septiembre de 2024, el plazo de ejecución del Contrato de Obra finalizó el día 19 de julio de 2023.
- 2.4. El 16 de mayo de 2024, mediante correo electrónico, la Interventoría presentó a la Unidad de Gestión del FFIE el informe de posible incumplimiento del Contratista de Obra, en el que recomendó el inicio del procedimiento de incumplimiento contractual – PIC y la aplicación de la cláusula penal.
- 2.5. El día 24 de junio de 2024, el Contratista de Obra presentó el respectivo escrito de descargos. En síntesis, los argumentos presentados por el contratista fueron los siguientes: *“El contratista de obra señaló que el valor de la cláusula penal recomendada y tasada por la Interventoría presenta errores mecanográficos; Manifestó el contratista que el objeto del contrato fue cumplido a cabalidad en el entendido que cada una de las sedes fueron intervenidas atendiendo a las condiciones técnicas y económicas estipuladas; El contratista indicó que presentó el informe final de obra el 23 de mayo de 2024, trayendo a colación la comunicación SAR-144 de la misma fecha, en donde se encuentra el link que da acceso al informe y todos los anexos exigidos para adelantar la liquidación del contrato; Afirmó el contratista de obra que, pese a haberse realizado los ajustes exigidos como postventa y ya están en uso las obras por parte de la comunidad, los rectores no han suscrito las actas correspondientes; con excepción del acta de la IE La Pita - Cer El Recreo, por lo cual, según este, no ha iniciado el término de 30 días para la presentación del informe final; El contratista reiteró que tanto el informe final como las pruebas del cumplimiento de observaciones en postventa, se remitieron sin que a la fecha se hayan recibido observaciones, solicitudes de ajuste o complementación; Se indicó por el contratista que en el Manual de Supervisión e Interventoría del PA FFIE no se exige la presentación de paz y salvos para adelantar el trámite de liquidación; el contratista refiere que se realizaron afirmaciones ambiguas al indicar que se incumple con el numeral 30 de la cláusula octava del contrato (“30. Cumplir con todo lo establecido en los CPC, sus Adendas, sus Anexos, y en su propuesta, documentos que hacen parte integral del presente Contrato”), por cuanto no señala cual fue el apartado incumplido; Señaló el contratista que, las razones por las cuales no se ha liquidado no son imputables al Contratista y responden a aquellas constitutivas de fuerza mayor (situación de orden público en la zona y fuertes precipitaciones), de modo tal que, el FFIE tenía la posibilidad de avanzar en la liquidación con base en el balance financiero. Sin*

*embargo, precisó que a la fecha no ha sido notificado con relación a este; El contratista manifestó que por la dificultad de la zona asumieron sobrecostos; a tal punto que, al Consorcio le fue prohibido ingresar a la zona; El Contratista indicó que se encuentra al día en el pago a trabajadores y proveedores y en el cumplimiento de sus obligaciones laborales, y que, en caso de presentarse una eventual reclamación relacionada con esto, cuenta con el amparo correspondiente en su póliza de cumplimiento; Hizo referencia el contratista a la supuesta imposibilidad del contratista para declarar el incumplimiento.”*

- 2.6. El 10 de julio de 2024, el suscrito, como apoderado de HDI Seguros S.A., presentó incidente de nulidad por indebida notificación solicitando se declarará la nulidad de actuado dentro del Proceso de Incumplimiento Contractual a partir de la comunicación del 19 de junio de 2024, fecha en la cual, se comunica el inicio del PIC y de la oportunidad para la presentación de descargos, pruebas o explicaciones a una dirección electrónica diferente a la inscrita en el Certificado de Existencia Legal y Representación de la compañía aseguradora.
- 2.7. Frente al anterior incidente de nulidad por indebida notificación no hubo pronunciamiento alguno del Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa ni mucho menos del Consorcio FFIE Alianza BBVA como vocero y administrador del PA-FFIE.
- 2.8. El día 27 de junio de 2024, la Interventoría mediante comunicación FFIE-P3561- 856-2023 se pronunció sobre los descargos presentados por el Contratista.
- 2.9. El día 03 de julio de 2024, la Interventoría dio alcance a su pronunciamiento sobre la entrega realizada el 24 de mayo de 2024.
- 2.10. Los días 11 de julio de 2024 y 08 de agosto de 2024, se recibieron nuevas comunicaciones de la Interventoría.
- 2.11. Los días 2 y 3 de septiembre de 2024, se adoptó la decisión del Comité Fiduciario No. 826 donde se resolvió lo siguiente:

*“(…) la UG FFIE y los Comités Técnico y Fiduciario concluyen que el Contratista presentó un incumplimiento, grave injustificado y definitivo de sus obligaciones de Fase 3 – Post-construcción.*

*En consecuencia, de acuerdo con el análisis que precede efectuado por la UG FFIE, a la recomendación y estudio por el Comité Técnico y al pronunciamiento otorgado, decisión e instrucción impartida por el Comité Fiduciario y al correo electrónico remitido por la misma Unidad de Gestión del FFIE mediante el cual remite la presente comunicación donde se plasma la decisión del Comité Fiduciario; el Consorcio FFIE Alianza BBVA, que actúa única y exclusivamente como vocero y administrador del PA-FFIE, materializando dicha instrucción otorgada en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil 1380 de 2015, mediante la presente comunica la decisión del Comité Fiduciario del PA-FFIE, a través de la cual dicho Comité aprueba*

*hacer exigible la aplicación y cobro de la cláusula penal proporcional, por la suma de VEINTIDOS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$22.676.884), equivalente al 20% del valor del Contrato de Obra No. 1380-1538-2022 correspondiente al Grupo 22 REF FP-CAT1 - Catatumbo, ubicada en el Departamento de Norte de Santander, como consecuencia de la no entrega de la totalidad de la documentación requerida para surtir el trámite de liquidación del contrato, incluso después del vencimiento del plazo dispuesto para esto, es decir, el 19 de abril 2024.*

*En este sentido y conforme el contrato, dicho valor se descontará de las sumas que se adeuden al contratista por cualquier concepto como compensación.*

*De no ser posible la compensación de las sumas adeudadas por el contratista por concepto de cláusula penal, el contratista deberá consignar dichas sumas en la cuenta de ahorros Ahorro diario No. 00130309000200050011 denominada FFIE CLAUSULAS SANCIONATORIAS, cuenta activa del Banco BBVA., a nombre de Alianza Fiduciaria Fideicomisos, identificado(a) con Nit número 830.053.812-2.*

*Adicionalmente, el PA FFIE, se reserva el derecho de presentar la reclamación, ante la compañía aseguradora, por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del Contratista de Obra, conforme lo ordena el artículo 1077 del Código de Comercio.*

*Finalmente, de acuerdo con el pronunciamiento otorgado e instrucción por parte del Comité Fiduciario, previa recomendación del Comité Técnico y estructuración de la Unidad de Gestión del FFIE, y teniendo en cuenta que en el Parágrafo Primero de la cláusula Décima Séptima del contrato de interventoría No. 1380-1538-2022 se estableció que el contratante está facultado para descontar de los saldos a favor del contratista el importe de las sumas que resulte a cargo de este último, como consecuencia de los incumplimientos en que haya incurrido, se solicita a la Interventoría del CONTRATO que dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo de la presente comunicación informe por escrito a la Dirección Financiera y administrativa de la UG FFIE los saldos a favor del contratista derivados de la ejecución del contrato, remita los soportes respectivos y presente la solicitud de compensación de la medida con los saldos a favor que existan, conforme el contrato y la decisión e instrucción dada por el Comité Fiduciario del PA FFIE. Dicha comunicación e información debe ser enviada al correo electrónico [solicitudcompensacion@ffie.com.co](mailto:solicitudcompensacion@ffie.com.co).*

*(...)"*



2.12. La comunicación de la decisión Comité Fiduciario No. 826 del 2 y 3 de Septiembre de 2024 se efectuó el 04 de octubre de 2024.

### III. RAZONES DE INCONFORMIDAD

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

Lo primero que debe señalarse en el presente recurso de reconsideración es que, como se advirtió al momento de presentarse el incidente de nulidad que no fue resuelto por el PA – FFIE, la compañía HDI SEGUROS S.A. en su condición de garante del Contrato de Obra No. 1380-1538-2022, en virtud de la Póliza de Cumplimiento No. 4007070, 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 19ª del mencionado Contrato; circunstancia que implica la nulidad de las actuaciones surtidas a partir del 19 de junio de 2024 al haberse desconocido los derechos de mi representada, quien cuenta con intereses legítimos en las resultas del presente trámite.

Además de las manifestaciones que se realizarán sobre la ineficacia de las cláusulas que soportan el presente procedimiento, debe dejarse en claro que toda actuación, ya sea que se encuentre sometidas a los postulados del derecho público o del derecho privado, debe ceñirse a los principios y postulados constitucionales, pues el principio de jerarquía constitucional indicado en el artículo 4º de la Constitución Política de 1991 indica que lo dispuesto en la carta magna prevalece sobre otras disposiciones de menor jerarquía y al ser el debido proceso una garantía consagrada en dicha norma, se tiene que le asistía el derecho fundamental a HDI SEGUROS S.A. de ser notificado en debida forma para conocer el trámite dentro de las oportunidades previstas y así mismo preparar sus respectivos descargos y razones de defensa.

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 arbitrales<sup>1</sup>.

Precisando lo anterior, debe señalarse que el PA – FFIE nunca notificó la apertura del PIC 1380-1538-2022, Grupo 22 REF: FP - CAT1 en fecha 19 de junio 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

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-354 de 2019.

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 2º 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, 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:

Finalmente, téngase en cuenta que, de haberse presentado una irregularidad con relación a la notificación, la misma fue subsanada con la presentación que hizo la Aseguradora y su apoderado de sus descargos; de modo tal que, para la UGFFIE la solicitud de nulidad se considera improcedente.

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. 1380-1538-2022 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.

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 se entendía notificado porque frente a una nueva comunicación 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 existió una

transgresión de las normas procesales aplicables y de hecho aplicadas por el FFIE, sino que también se desatendió lo señalado por la cláusula décima novena del Contrato de Obra No. 1380-1538-2022, el cual claramente indica:

PATRIMONIO AUTÓNOMO DENOMINADO FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA FFIE  
NIT 830.053.812-2

**CONTRATO DE OBRA No. 1380-1538-2022 SUSCRITO ENTRE EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE CONSORCIO COLEGIOS 041-2021**

Para estos efectos el CONTRATISTA acepta expresamente que la comunicación escrita que el CONTRATANTE le envíe comunicándole su incumplimiento basta. La aplicación de las penas antes enunciadas no liberará al CONTRATISTA del cumplimiento de sus obligaciones bajo el presente Contrato, ni impide al CONTRATANTE ejercer las acciones legales para solicitar la indemnización de los perjuicios que se deriven del incumplimiento.

**DÉCIMA NOVENA: PROCEDIMIENTO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.** Cuando se presente un retraso injustificado en el cumplimiento de sus obligaciones o un posible incumplimiento, parcial o total del contrato, atribuible al Contratista respecto de cualquiera de sus obligaciones, previo informe del Interventor o Supervisor del Contrato, o del coordinador regional que así lo acredite, se deberá observar el siguiente procedimiento: (i) El PA – FFIE enviará una comunicación al contratista y a su garante en la cual se anexe el informe de incumplimiento con el fin de que ambos presenten sus descargos o explicaciones a que haya lugar dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de la recepción de la comunicación. (ii) Vencido el término anterior, y analizados los descargos, se comunicarán al contratista las medidas correspondientes, que podrá ser cláusula penal, cláusula penal de apremio, efectividad de la garantía y/o terminación anticipada.

El valor que resulte de la aplicación de cualquiera de los conceptos aquí señalados, deberán ser indicados por la interventoría en el informe que soporte el corte de facturación siguiente al recibo de la comunicación en donde se define la aplicación de la medida.

En caso de demostrarse por el contratista su cumplimiento o causas no imputables se comunicará el archivo del procedimiento. La comunicación deberá ser enviada al CONTRATISTA y al GARANTE.

De conformidad con lo expuesto, cabe señalar que el FFIE ha vulnerado el derecho al debido proceso de mi prohijada, desconociendo las normas procesales de orden público y, también ha incumplido lo establecido en la Cláusula décima novena 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. 826, que hizo exigible la cláusula penal proporcional, debe ser revisada y rectificadas debido a la vulneración de los principios del debido proceso.

### **3.2. IMPROCEDENCIA DEL PIC TODA VEZ QUE LA CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA DEL CONTRATO ES INEFICAZ EN SENTIDO ESTRICTO Y NO REQUIERE DECLARACIÓN DE AUTORIDAD, OPERA IPSO IURE**

Antes de reiterar los argumentos en torno a la ineficacia en sentido estricto (*pro non scripta*) de la cláusula décima novena del contrato, que es aquella mediante la cual la contratante de forma predisponente y aprovechando la asimetría contractual se invistió a sí misma de tal facultad de unilateralidad decisoria absoluta, reprochable desde la óptica de un contrato que supuestamente se rige por las disposiciones normativas del régimen contractual entre privados, es importante recordar que la ineficacia en sentido estricto como fenómeno consecencial de entidad materialmente sancionatoria no requiere declaración judicial porque opera de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial ni administrativa, bastaría con revisar la doctrina básica al respecto para incluso entrever que dicho atributo es justamente uno de los elementos que la diferencian como fenómeno de la invalidez del acto jurídico, a la que se la encasilla dentro de las formas de ineficacia en sentido amplio.

Para zanjar cualquier confusión entorno al tópico, conviene citar a la Corte Constitucional en Sentencia C-345 del 2017 que sobre el punto ha dicho: “(...) *La ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza **sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido** (...)*” (énfasis añadido).

La proposición del presente argumento se realiza para ponerle de presente al PA – FFIE que, cualquier diferencia relativa al Contrato de Obra No. 1380-1538-2022, máxime si se quiere afectar el negocio jurídico aseguraticio que le es accesorio, del cual si es parte mi representada en tanto es el asegurador, debe someterse al escrutinio del juez natural de la controversia, previa contienda probatoria en juicio público, que no es otro que un Juez de la República orgánicamente adscrito a la Rama Judicial del Poder Público.

Es importante, reiterar, una vez más, que la decisión del oficio X217728 adelantada en 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 décima novena 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 natural del contrato y de la controversia misma, para que sea este quien atendiendo los criterios de funcionalidad y organicidad 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. 1380-1538-2022 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.**” (énfasis añadido).

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 1380-1538-2022 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, la cual además en este caso se le busca extender de forma irreflexiva a HDI SEGUROS S.A., quien ni siquiera suscribió el contrato de obra que contiene la cláusula en la que el patrimonio autónomo se abrogó semejante facultad.

En ese sentido, es más que claro que la facultad que se auto confirió el FFIE mediante la cláusula décima novena del Contrato de Obra No. 1380-1538-2022 atenta contra el orden público al desconocer abiertamente normas de obligatorio cumplimiento, situación que deviene en su ineficacia y hace necesario revocar la decisión del Comité Fiduciario No. 826 del 2 y 3 de septiembre 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. 826 del 2 y 3 de septiembre 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 acreedor 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 judicial”.<sup>2</sup> (énfasis añadido).*

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 lo siguiente:

*“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

---

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

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.**<sup>3</sup> (Resaltado fuera de texto).

Así las cosas, comedidamente solicito se reconsidere la decisión del Comité Fiduciario No. 826 del 2 y 3 de septiembre 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.

### **3.3. LA DECISIÓN DEL COMITÉ FIDUCIARIO No. 826 DEL 2 Y 3 DE SEPTIEMBRE DE 2024 NO ES OPONIBLE (INEFICACIA EN SENTIDO AMPLIO) A HDI SEGUROS S.A.**

Reiteramos que el FFIE ignoró que HDI SEGUROS S.A. no fue parte de la negociación, ni tampoco suscribió el contrato de Obra No. 1380-1538-2022, 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 décimo novena del contrato de Obra No. 1380-1538-2022, no le es aplicable a mi prohijada y, en ese sentido, la decisión del Comité Fiduciario No. 826 del 2 y 3 de septiembre de 2024 no le es oponible a HDI SEGUROS S.A., debiendo en todo caso revocarse tal 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. 1380-1538-2022 pactaron a través de la cláusula décima novena 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

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

ejemplo, mi representada HDI SEGUROS S.A.

Conviene en este punto recordar que la inoponibilidad comprende aquellas hipótesis en las que el acto o contrato, 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 arrogó la competencia total para su imposición.

Si bien HDI SEGUROS S.A. no participa en la negociación, formación, preparación, suscripción, ejecución, ni liquidación del contrato de obra materia de análisis, al ser un tercero relativo frente a este en la medida que puede verse tocado por lo que acontezca en el tráfico de relaciones propio de su ejecución o en general, de la dinámica interaccional de quienes, si son partes, puede enrostrar la consecuencia. Así lo ha entendido la Sala de Casación Civil en Sentencia SC3201-2018 del 9 de agosto de 2018.

*“El principio de la relatividad de los negocios jurídicos no es absoluto, tal como lo ha explicado de manera reiterada la jurisprudencia de esta Corte, porque si bien es cierto que la eficacia de los actos jurídicos se restringe al interés de las partes, es posible –y a menudo ocurre– que sus efectos incidan en intereses de personas ajenas al convenio, quienes tendrán por ello la calidad de terceros relativos y no de completos extraños; lo cual les otorga la facultad de invocar judicialmente la inoponibilidad de la eficacia jurídica de los actos celebrados entre las partes, o de su invalidez, según las particularidades de cada relación jurídico-sustancial y su legitimación para formular la pretensión correspondiente u oponerse a ella”.*

En conclusión, en el Contrato de Obra No. 1380-1538-2022 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. Los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros.

#### **3.4. LA DECISIÓN DEL COMITÉ FIDUCIARIO No. 826 DEL 2 Y 3 DE SEPTIEMBRE DE 2024 VULNERA EL PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL - NO EXISTE UN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DEL CONTRATISTA**

En todo caso, si el UG – FFIE y los Comités Técnico y Fiduciario insistieran en una aparente competencia para adelantar el procedimiento de incumplimiento contractual que dio origen a la decisión del Comité Fiduciario No. 826 del 2 y 3 de septiembre de 2024, se tiene que el presunto incumplimiento del CONSORCIO COLEGIOS 041-2021 no fue ni grave ni esencial, máxime si se tiene las circunstancias de inestabilidad en el orden público del área donde se ejecutó el objeto contractual.

En ese sentido, debe recordarse que, en aplicación del principio de la buena fe contractual, no



cualquier incumplimiento genera la facultad para declarar la resolución de un contrato y mucho menos para hacer efectiva una cláusula penal.

Para sustentar el reparo que ahora se formula y fundamenta la presente reconsideración, debe tenerse en cuenta que el Código Civil y el Código de Comercio en lo respectivo a la buena fe contractual consagran las siguientes disposiciones. El primero de ellos, en el artículo 1603 dispone lo siguiente:

*“ARTÍCULO 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”*

Por su parte, el estatuto mercantil en el artículo 871 dispone lo siguiente sobre la buena fe en las relaciones contractuales:

*“ARTÍCULO 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”*

En virtud de dicho principio de raigambre constitucional y legal, la doctrina nacional y comparada ha tenido la oportunidad de realizar disertaciones sobre su aplicación al ámbito contractual en sus diferentes manifestaciones: desde su uso para la existencia de deberes secundarios de conducta hasta para la valoración de la gravedad del incumplimiento del deudor. Sobre este último punto, el profesor Gustavo Ordoqui Castilla, expone lo siguiente:

#### *“BUENA FE Y LA GRAVEDAD DEL INCUMPLIMIENTO*

*(...)*

*El otro aspecto en que está claramente involucrada la aplicación del principio de la buena fe lo tenemos en la exigencia de la gravedad o importancia del incumplimiento a los efectos de que sea justificado el planteo resolutorio. Con carácter general, **se ha sostenido que la resolución por incumplimiento no es posible cuando éste consiste en una irregularidad que no impide sustancialmente la satisfacción del interés del acreedor y en realidad ha existido un cumplimiento razonable, casi exacto, de lo debido.** Si, por ejemplo, existe un atraso irrelevante, o un defecto menor en la entrega de la cosa, o una cantidad mínimamente inferior a la prometida, situaciones todas que no causan daño al acreedor, no pueden utilizarse estas pequeñas diferencias en los cumplimientos para con ello pretender resolver el contrato. La exigencia de gravedad en el incumplimiento se sustenta en la aplicación del principio de la conservación del contrato y en el deber actuar de buena fe.*

*Si bien la gravedad del incumplimiento no aparece referida en el art. 1431 del C.C. como requisito, lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia así lo han marcado*

*y hoy es jurisprudencia más recibida, operando como una verdadera máxima consolidada.*

*Constituye un principio básico del cumplimiento la exigencia de identidad o puntualidad de la prestación, o sea, que debe coincidir lo debido con lo cumplido y en las condiciones acordadas. En este cumplimiento se debe no sólo lo acordado sino todo lo que se impone por la buena fe. En ocasiones ello lleva a cumplir con ciertas tolerancias, llegando a aceptar pequeñas irregularidades, permitiendo que luego estas puedan ser superadas en lo posible. Ello configura, en principio, un cumplimiento inexacto que debido a la buena fe del acreedor termina en el cumplimiento final de la prestación. Con carácter general, no se impone lo acordado con un rigor ciego, sino que se flexibiliza en la medida en que no se afecten los intereses involucrados de forma importante. Existe, por así decir, una tolerancia normal pues lo que importa no es tanto el cumplimiento formal sino sustancial.*

*La buena fe lleva a la medida. No es posible, por ejemplo, que si de 50 cuotas pagué 49, el no cumplimiento de la última determine inmediatamente la resolución del contrato. Ciertamente es que el criterio general es que el deudor debe cumplir con exactitud, tanto en lo que refiere a lo que se debe entregar o hacer como al tiempo y el lugar en que se debe hacer (...)*

*(...)*

*En otra ocasión (...) sostuvimos que con respecto a la ponderación de la gravedad o esencialidad del incumplimiento debe contemplarse la causa del contrato, debiéndose apreciar cuál es operación concreta que las partes desean realizar atentos a lo que supone un proceder de buena fe pendientes de la colaboración recíproca para lograr la interrelación de intereses programada. La gravedad del incumplimiento exige ponderar una relación de intereses de las partes. Pero aquí no se ponderan los intereses o motivos subjetivos sino que importa determinar el grado objetivo de insatisfacción del interés del acreedor, considerado en relación a la contraprestación debido al acreedor insatisfecho. Entendemos que el principio de la buena fe es un importante instrumento para ponderar la importancia del incumplimiento.*

*La buena fe nos lleva a priorizar el concepto de cumplimiento “sustancial” y no estar sólo a los aspectos formales, existiendo tolerancias y plazos de gracia, de manera que no sean utilizados meros incumplimientos en forma abusiva para explotar a la parte que ha hecho todos los esfuerzos para cumplir y ha cumplido en su casi totalidad. Al exigir gravedad en el incumplimiento implícitamente se alude a una tolerancia en lo que refiere al aún posible no cumplimiento. Esta situación se pondera como cumplimiento sustancial aunque formalmente no haya sido plena. Ello se justifica en la vigencia plena del principio de la buena fe objetiva. Hoy, si bien la norma no admite el cumplimiento parcial (art. 1459 del C.C.), sin embargo, el incumplimiento tiene relevancia sólo si es grave, lo que implica una*

*tolerancia de cierto grado de no cumplimiento.”<sup>4</sup> (subrayado y negritas propias).*

De igual forma, respecto a la doctrina nacional<sup>5</sup> se ha comentado lo siguiente con apoyo en la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

*“El 7 de marzo de 1997 la Corte Suprema retoma la tesis de que el incumplimiento del contrato debe ser esencial para que produzca la resolución. A partir de este momento y hasta la fecha esta ha sido la posición prevalente. En efecto, la relevancia del incumplimiento ha sido reiterada en varias sentencias, entre otras, casación del 1 de julio de 2009 y casación del 18 de diciembre de 2009. En esta última la Corte se refirió en forma amplia al tema.*

*[...] se requiere un incumplimiento resolutorio, por cuanto **no toda separación del programa obligacional por parte del deudor habilita a su contraparte para ejercer la mencionada facultad enderezada a que se decrete la extinción del contrato... toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe** de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato.”<sup>6</sup> (énfasis añadido).*

En ese sentido, se tiene que los presuntos incumplimientos del CONSORCIO COLEGIOS 041-2021 no fueron graves y mucho menos esenciales, pues ante la satisfacción del objeto contractual, la supuesta falta de entrega de unos documentos necesarios para la liquidación de dicho negocio jurídico constituye apenas una ligera separación del programa obligacional, que en todo caso, se reitera, no constituye la gravedad necesaria para hacer uso, de manera ciertamente abusiva y desde una posición de dominio, de la facultad unilateral para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal.

Por todo lo anterior, solicito respetuosamente se reconsidere la decisión del Comité Fiduciario No. 826 del 2 y 3 de Septiembre de 2024, en tanto que corresponde a la vulneración del principio contractual de la buena fe.

### 3.5. FUERZA MAYOR

Aunado a lo anterior y, como lo manifestara el contratista en sus descargos, el lugar de ejecución del Contrato de Obra No. 1380-1538-2022, de reconocida inestabilidad en el orden público, no fue valorado adecuadamente por el UG FFIE, circunstancia que de igual forma pugna con el principio de solidaridad constitucional y el de buena fe contractual.

<sup>4</sup> Ordoqui Castilla, G. (2012). Buena fe contractual (Segunda ed.). Pontificia Universidad Javeriana - Universidad Católica - Grupo Editorial Ibáñez. Págs. 443 y 444

<sup>5</sup> Molina Morales, R. (2020). La resolución unilateral del contrato por incumplimiento. Universidad Externado de Colombia.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Rad.1996-09616-01. (18 de diciembre de 2009)

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

4.1. NO ES PROCEDENTE REALIZAR UNA RECLAMACIÓN CON EL PROPÓSITO DE SOLICITAR EL PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL SOBRE NINGÚN AMPARO DE LA PÓLIZA EN TANTO QUE SE TRATA DE UN RIESGO EXPRESAMENTE EXCLUIDO COMO MANIFIESTACIÓN DEL ARTÍCULO 1056 DEL C.Co.

Debe ponerse de presente que mi representada, en virtud de la facultad legal consagrada en el artículo 1056 del C.Co., consistente en asumir o no los riesgos a su arbitrio, decidió en la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4007070 **NO AMPARAR** y **EXCLUIR** de la cobertura otorgada las cláusulas penales o multas que se le impusieran al contratista deudor, las cuales serían de cargo de exclusivo de este, todo ello según se observa claramente en su clausulado general aplicable: “2. EXCLUSIONES. EL PRESENTE SEGURO NO AMPARA LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS, EN LOS SIGUIENTES CASOS: (...) 2.2 LAS CLAUSULAS PENALES O MULTAS IMPUESTAS AL CONTRATISTA DEUDOR, LAS CUALES SERAN DE CARGO EXCLUSIVO DE ESTE”

En la medida en que el Comité Fiduciario No. 826 del 2 y 3 de Septiembre de 2024 decidió aplicar y cobrar la cláusula penal proporcional del Contrato de Obra No. 1380-1538-2022, se tiene que dicho riesgo fue expresamente excluido de los amparos otorgados en la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4007070, por lo que mi representada, HDI SEGUROS S.A., no tiene obligación alguna de responder por dicha cláusula penal, cuando lo cierto es que en virtud de la facultad legal que la autoriza para ello (art. 1056 del C.Co.) decidió no amparar tales riesgos.

Para sustentar la excepción que se plantea, debe tenerse en cuenta que la libertad contractual consagrada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1602 del Código Civil tiene directa aplicación en materia aseguradora cuando el estatuto mercantil de 1971 expresa de manera clara que:

*“Con las restricciones legales, **el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos** a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.”* (énfasis añadido).

Dicho artículo evoca los amparos, o, exclusiones, a las que las partes puedan llegar libremente en el marco de su autonomía privada. Según la doctrina nacional, la segunda forma en que se manifiesta la libertad contractual de las partes en el negocio jurídico del seguro, esto es la exclusión, consiste en lo siguiente:

*“La exclusión es la forma lícita de reducir el riesgo, esto es de limitarlo, de manera que se concreta a ciertas cosas o hechos, pero no abarca ni se extiende a otros. Por consiguiente, sólo el riesgo contratado queda amparado, y quedan por fuera de tal amparo o protección aquellos que, aun siendo asegurables, los contratantes los han excluido expresamente.”<sup>7</sup>*

<sup>7</sup> Becerra Toro, R. (2014). Nociones fundamentales de la teoría general y regímenes particulares del contrato de seguro. Pontificia Universidad Javeriana, Cali, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Jurídica y Política, Carrera de Derecho. Pág.190.



Las exclusiones en el contrato de seguro también han sido explicadas por la jurisprudencia nacional poniendo de presente lo siguiente:

*“La finalidad del contrato de seguro y a lo que apunta la intención común de los contratantes de este tipo de negocios jurídicos es obtener cobertura frente a determinados riesgos, cuya realización conduce al pago de la respectiva indemnización (art. 1054 del C. de Co.). Es claro también que el acuerdo de las partes para que se brinde amparo a una determinada clase de riesgos determina que, en principio, todos aquellos sucesos inciertos que se enmarquen dentro de los parámetros así establecidos sean objeto de la correspondiente cobertura. Sin embargo, es igualmente evidente, por así disponerlo la legislación nacional (art. 1056 del C. de Co), que en el contrato de seguro, y, particularmente, por determinación del asegurador, éste, teniendo presentes las restricciones legales, “podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”. En razón de lo anterior, los riesgos cubiertos en el contrato de seguro serán los que correspondan a la clase de amparo que genéricamente se ofrezca, o los que las partes de manera particular y explícita convengan adicionar, **siempre y cuando, en uno u otro caso, respecto de los mismos no se establezca expresamente una exclusión por determinación del asegurador, claro está, aceptada por el tomador al perfeccionar la celebración del respectivo contrato.**”<sup>8</sup> (énfasis añadido).*

Otro tanto ha dicho la jurisprudencia arbitral<sup>9</sup> sobre el particular:

*“4.1 La delimitación del riesgo en el contrato de seguro. Su trascendencia en la esfera aseguraticia:*

*Sobre este particular, sea lo primero anotar que, como bien es sabido, la posibilidad de delimitar el riesgo en el contrato de seguro, traza, in potentia, el cauce de la obligación indemnizatoria del asegurador, como quiera que, en puridad, esta última se encuentra justamente condicionada a la realización del riesgo asegurado -o los riesgos asegurados- y, en consecuencia, mientras dicha condición no se cumpla en la praxis contractual, el correspondiente deber de prestación no surgirá a la vida jurídica<sup>10</sup>; ello obedece, en sana lógica, a la posibilidad con que cuenta el asegurador de delimitar el estado del riesgo, institución estructural del de la relación aseguraticia y una de las figuras en las*

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2008. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez. Radicado No. 11001-3103-012-2000-00075-01.

<sup>9</sup> Laudo del 15 de diciembre de 2009 Tribunal de Arbitramento Quala S.A. Vs. Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A.

<sup>10</sup> Desde el ángulo inmediatamente señalado, como bien lo anota el profesor Abel B. Veiga Copo, "... pueden definirse las cláusulas delimitadoras como aquellas que sirven para definir y concretar el objeto del contrato del seguro de que se trate, de manera que todo acontecimiento o evento acaecido fuera de aquella delimitación, o que constituya una circunstancia de exclusión de cobertura, no tendrá la consideración de siniestro cubierto por la póliza ... ". Condiciones en el contrato de seguro, Editorial Comares, Granada, 2005, p.278.

*que descansa el seguro considerado in globo, esto es, desde una perspectiva técnica, financiera y jurídica, habida cuenta de que, en principio, per se, naturalmente con excepciones, "... ningún asegurador estará dispuesto a asegurar todos los riesgos que puedan afectar a nuestras cosas o a nuestro patrimonio ..."*<sup>11</sup>.

*Así, si se parte de la base de que " ... la prestación del asegurador( ... ) va a depender de la producción del evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, es decir, de un hecho futuro e incierto, al menos en una forma relativa, en el • sentido de que puede tratarse de un evento que se sabe que se va a producir pero no cuándo ( ... ) y de que el riesgo es objeto de la cobertura dentro de los límites pactados, de manera que es el riesgo que se encuentra dentro de los límites y de las modalidades establecidas en el contrato, el que, como riesgo asegurado, condiciona la obligación del asegurador ... "*<sup>12</sup>, resulta palmario que "... la posibilidad de limitación de los riesgos es indispensable para el asegurador (...) teniendo presente que sólo se llega a definir cada riesgo y a limitarlo con precisión, si puede medirse y apreciarse su valor para fijar la suma asegurada, la prima y la indemnización o el beneficio: sólo se puede agruparlos en mutualidad y realizar su compensación, si es posible efectuar una clasificación exacta de los riesgos..."<sup>13</sup> (énfasis añadido).

Visto lo anterior, para el caso en concreto se tiene que el clausulado general aplicable a la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4007070, contempló la siguiente exclusión:

---

<sup>11</sup> GARRIGUES, Joaquín. Contrato de Seguro Terrestre. Ed. Aguirre. Madrid. 1982. p.144; a lo anterior, el profesor Garrigues agrega, con diáfana claridad, que " ... al cerrar el contrato, las partes han de estar, pues, de acuerdo sobre los hechos amenazadores, cuya realización engendrará la acción de resarcimiento frente al asegurador. Y es el tomador del seguro quien ha de describir las circunstancias del riesgo, no el asegurador (de aquí la carga de la exacta declaración previa al contrato). Una vez conocidas las circunstancias que sirvan para individualizar el riesgo, su apreciación o estimación incumbe exclusivamente al asegurador, quien, como resultado de este juicio, podrá determinar el grado de probabilidad del siniestro de ese juicio, podrá determinar el grado de probabilidad del siniestro y decidirá si acepta o no reparar sus consecuencias ( ... ) Pero en cada contrato es inexcusable concretar las circunstancias que permitirán decidir si un determinado hecho dañoso entra dentro del riesgo o riesgos previstos en el contrato. Este principio, llamado "principio individualización del riesgo", no significa, sin embargo, que cada contrato de seguro haya de referirse a un riesgo único ... ". Ibídem, pp.144-145.

<sup>12</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50 de 1980, de 8 de octubre y sus modificaciones. Aranzadi Editorial. Navarra. 1999. p.33; a lo que el profesor Sánchez Calero agrega que en el seguro se " ... ha de individualizar el riesgo que se quiere asegurar, que depende de la naturaleza del evento que se pretende asegurar y del interés sobre el cual debe verificarse el evento, debiendo producirse en el contrato una delimitación de ese riesgo, con precisión de las causas del evento, el tiempo y el espacio en que debe verificarse ( ... ) las cláusulas establecidas en el contrato no limitan 'los derechos del asegurado, sino que delimitan el riesgo asumido en el contrato, su contenido, el ámbito al que el mismo se extiende', lo que constituye un límite objetivo nacido de la voluntad pactada de las partes ... ". Ibídem, p.33.

<sup>13</sup> HALPERIN, Isaac. Seguros. Exposición crítica de la ley 17.418. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1972. p.342.

**2. EXCLUSIONES**

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

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

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

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

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

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

En ese sentido, debe recordarse que as Aseguradoras no están obligadas a asumir el traslado de los riesgos de manera omnímoda porque a los seguros en Colombia los rige el principio de especialidad.

La Sala de Casación Civil en Sentencia SC 3839 de 2020 ha indicado que *“el efecto limitativo de la cobertura ha sido reconocido por la Corte, al señalar que “el asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que de no cumplirse impiden que se configure el siniestro, ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, queden sin embargo excluidas de la protección que promete por el contrato. Son estas las llamadas exclusiones”*

Visto todo lo anterior, ante la prueba inequívoca de que mi representada no asumió el riesgo consistente en la imposición de cláusulas penales al contratista deudor, se tiene que resulta imposible hacer efectiva Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4007070.

**4.2. NO SE ACREDITÓ ALGÚN INCUMPLIMIENTO Y POR LO TANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO – INEXISTENCIA DE SINIESTRO**

Vistos los argumentos de la primera parte de este recurso de reconsideración, en especial, el de la ausencia de gravedad en los presuntos incumplimientos endilgados, así como la existencia de una causa extraña – fuerza mayor, se tiene que la improcedencia de afectar la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4007070, pues lo cierto es que no se ha realizado el riesgo asegurado en dicho seguro de cumplimiento.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que el seguro de cumplimiento consiste, según los artículos 1º y 2º de la Ley 225 de 1938, en lo siguiente:

*“ARTICULO 2º El seguro de que trata el artículo anterior tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o*

personas ante las cuales sean responsables; y **podrá extenderse** también al pago de impuestos, tasas y derechos y **al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.**” (énfasis añadido).

De igual forma, debe tenerse en cuenta que, según definición legal, el siniestro consiste en la realización del riesgo asegurado:

“Artículo 1072. Definición de siniestro. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.”

Frente a esta clase de seguro en particular, la doctrina y jurisprudencia nacional han sido unánimes en concluir que el riesgo asegurable consiste en la eventualidad del cumplimiento o incumplimiento del deudor garantizado, por lo que, si éste cumple a cabalidad con lo contratado, el contrato de seguro simplemente no operará. Así, lo recordó, por ejemplo, el profesor Juan Manuel Díaz – Granados Ortiz en reciente publicación:

“El objetivo del seguro de cumplimiento consiste en cubrir los perjuicios del acreedor por el incumplimiento de la obligación garantizada a cargo del deudor. Es decir, **el riesgo asegurable corresponde al incumplimiento imputable al deudor.** La Corte Suprema de Justicia se pronunció así:

“**El riesgo asegurado está constituido por la eventualidad de un incumplimiento por parte del deudor,** quien por múltiples circunstancias puede desatender los compromisos adquiridos con ocasión del contrato.”

(...)

**El siniestro, por definición legal, es la realización del riesgo asegurado, que para el tema que nos ocupa se identifica con el incumplimiento imputable del deudor de la obligación,** el cual amerita examinarse desde los diferentes aspectos que son relevantes.

... El siniestro es el incumplimiento, tal y como lo puntualizó la Corte Suprema de Justicia, según se presenta a renglón seguido:

“Bajo tal perspectiva, **acaecido el siniestro, con la realización del riesgo asegurado, es decir, con el incumplimiento de la obligación amparada, del cual dimana la obligación del asegurador,** incumbe al asegurado demostrar ante el asegurador la ocurrencia del mismo, el menoscabo patrimonial que le irroga (perjuicio) y su cuantía, para que este a su turno debe indemnizarle el daño padecido, hasta concurrencia del valor asegurado.”

Pero, además, el incumplimiento debe ser imputable al deudor, de manera que si existe respecto de este una causal de exoneración o cualquier otro motivo que justifique su conducta no se configurará el siniestro”<sup>14</sup> (subrayado y negritas

<sup>14</sup> Díaz-Granados Ortiz, J. M. (2023). El seguro de manejo y el seguro de cumplimiento. En Teoría General del Seguro. Los seguros en particular (pp. 159-185). Editorial Temis S.A.



propias).

En la medida en que no se ha demostrado un incumplimiento grave y esencial del contratista, aunado a que en todo caso la imposición de cláusulas penales se encuentra excluidas expresamente de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4007070, y, por tanto mi representada no está de ninguna forma a responder por la cuantía indicada en el oficio X217728, se tiene que tampoco se puede afectar la garantía de cumplimiento en la medida en que no se ha demostrado la realización del riesgo asegurado, esto es, no se ha probado un incumplimiento grave y esencial del contratista.

#### **4.3. NO EXISTE RESPONSABILIDAD U OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE HDI SEGUROS S.A. DEBIDO A LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO**

Corolario de todo lo anterior, es decir, de las exclusiones pactadas en la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4007070, en especial, aquellas que excluyeron expresamente del amparo otorgado las cláusulas penales, se tiene que mi representada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1056 del Código de Comercio, no tiene obligación alguna, ni de estripe legal y mucho menos contractual, por lo expresado en el oficio X217728, esto es, en otras palabras, HDI SEGUROS S.A. no tiene responsabilidad u obligación indemnizatoria alguna frente a la injustificada cláusula penal que el contratante le impuso al CONSORCIO COLEGIOS 041-2021.

#### **4.4. 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.**

En el presente argumento que hace parte del recurso de reconsideración, 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 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)*

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. 4007070. 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 COLEGIOS 041-2021, y, porque sencillamente las cláusulas penales impuestas al contratista deudor fueron excluidas del amparo otorgado.

Por todo lo anterior, existen suficientes razones y argumentos de peso que ameritan revocar la decisión adoptada por el Comité Fiduciario No. 826 del 2 y 3 de Septiembre de 2024.

#### 4.5. 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 de Obra No. 1380-1538-2022, pues dicha consideración no se encuentra contenida en la decisión del Comité Fiduciario No. 826 del 2 y 3 de Septiembre 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)

Y, de igual forma, en el clausulado general de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4007070:

#### 8. REDUCCION DE LA INDEMNIZACION

Si el Asegurado, al momento de verificarse el incumplimiento o en cualquier momento posterior a éste, fuere deudor del contratista por cualquier concepto, la indemnización a cargo de La Compañía se disminuirá en el monto de dicha deuda, siempre y cuando la compensación no se oponga a las leyes vigentes.

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. 826 del 2 y 3 de Septiembre 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. 826 del 2 y 3 de Septiembre 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 por la presencia de una causa extraña eximente de responsabilidad como lo es la fuerza mayor. Además, respecto de la aseguradora, no se configuró el riesgo asegurado por encontrarse expresamente excluido.

#### VI. NOTIFICACIONES

Al suscrito en la Carrera 11A # 94A – 23 Edificio Calle 94ª Oficina 201 de la ciudad de Bogotá o en la dirección electrónica: [notificaciones@gha.com.co](mailto:notificaciones@gha.com.co)

Cordialmente,



**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá

T.P. No. 39.116 del C. S. de la J.