

Señores

FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESCTRUCTURA EDUCATIVA-PA-FFIE.

controversiascontractuales@ffie.com.co

REFERENCIA: PROCESO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL
RADICADO: CONTRATO DE OBRA No. 1380-1517-2022.
AFIANZADO: CONSORCIO M&E CANAAN FFIE.
ASEGURADO: ALIANZA FIDUCIARIA S.A.
PÒLIZA: PÒLIZA DE CUMPLIMIENTO No. 4006290.

ASUNTO: Descargos frente a la comunicación de inicio PIC co-1380-1517-2022 – Traslado de nuevos hechos informados por la Interventoría.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá D.C., abogado titulado y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de **HDI SEGUROS S.A.**, sociedad legalmente constituida con domicilio principal en Bogotá, identificada con NIT No. 860.004.875- 6, como se acredita con el certificado de existencia y representación legal que se anexa, de manera respetuosa manifiesto que procedo a presentar descargos frente a la comunicación de inicio del procedimiento de incumplimiento contractual PIC CO-1380-1517-2022, correspondiente al CONSORCIO M&E CANAAN FFIE, y la vinculación de mi prohijada en virtud de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006290, solicitando que desde ya sea resuelto el archivo del presente trámite ante la improcedencia de éste para el contrato de obra en cuestión. Todo ello conforme con los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LOS DESCARGOS.

En primera medida, cabe aclarar que el presente escrito se presenta dentro del término de traslado previsto en la COMUNICACIÓN DE INICIO PIC-1380-1517-2022 - Traslado de nuevos hechos informados por la Interventoría, notificada personalmente a través del buzón electrónico autorizado para tal fin el 10 de julio de 2024, conforme a lo dispuesto en la notificación pertinente, se concedió un plazo de cinco (5) días hábiles siguientes a partir de la recepción del comunicado para presentar descargos. Dado que el término comenzó a transcurrir el 11 de julio de 2024, el plazo concedido se extendería hasta el 17 de julio de 2024, encontrándonos dentro de la oportunidad correspondiente para presentar descargos.

II. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

- INEFICACIA DEL PIC TODA VEZ QUE EL CONTRATO NO DISPONE LA FACULTAD DE INICIARLO POR PARTE DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE.

La actuación que despliega el FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA – PA FFIE es a todas luces ineficaz, como quiera que se pretende por parte del mencionado contratante aplicar unilateralmente una figura de naturaleza privada de la misma forma en la que operaría una facultad exorbitante, rompiendo de plano el equilibrio contractual que impera en el marco del contrato de Obra 1380-1517-2022 y, por esa misma vía, vulnerando el derecho al debido proceso del contratista.

Sobre este aspecto es importante referir que, en el caso concreto, estamos frente a un acto de naturaleza contractual y no al ejercicio de una facultad administrativa contractual, es decir, la fuente de la multa conminatoria que se pretende imponer no es la ley, sino el contrato mismo, el cual de ningún modo autoriza al FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA – PA FFIE a aplicar multas conminatorias de manera unilateral.

En principio, es importante destacar que conforme a lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1433 de 2020, el FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA ESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE es una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional sin personería jurídica, lo cual implica que no tiene capacidad para suscribir contratos y, en general, para contraer obligaciones, considerando que es una herramienta financiera para separar los recursos destinados a la financiación de la infraestructura educativa.

Ahora bien, el numeral 2 del artículo 2.3.9.1.3. del Decreto 1075 de 2015, sustituido por el artículo 2 del Decreto 1433 de 2020, prevé que los recursos del fondo pueden ser manejados directamente por el Ministerio de Educación Nacional, caso en el cual los contratos suscritos se regirán por el régimen de contratación pública, o por una fiducia mercantil que genere la constitución de Patrimonios Autónomos, caso en el cual **“se regirán por las normas de contratación del derecho privado, respetando los principios de buena fe, moralidad, transparencia, economía, celeridad, eficacia, publicidad y responsabilidad”.**

Bajo esta línea argumentativa, considerando que el contratante en el marco del Contrato de Obra No. 1380-1517-2022, y el asegurado de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006290. expedida por HDI SEGUROS S.A., es ALIANZA FIDUCUARIA S.A., como representante legal del CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA, quien actúa única y exclusivamente como vocera del patrimonio autónomo del FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE, resuelta evidente que los recursos son manejados mediante la suscripción de un contrato de fiducia mercantil y la constitución de un patrimonio autónomo, por consiguiente, es aplicable el segundo supuesto de la

norma anteriormente citada y el contrato de obra se rige por las normas de contratación del derecho privado.

Esto significa que la relación contractual entre las partes se rige por los principios del derecho privado, entre ellos, la autonomía de la voluntad y la igualdad de los co-contratantes.

Justamente en ejercicio de la autonomía de la voluntad, en el marco del del Contrato de Obra No. 1380-1517-2022, los intervinientes decidieron pactar multas derivadas del incumplimiento del extremo contratista¹, esto se puede verificar a partir de la lectura de la cláusula decimocuarta, en la cual se estableció:

“DECIMA CUARTA. MULTAS CONMINATORIAS: El contratista de manera libre, expresa e irrevocable se compromete a pagar como sanción convencional a favor del contratante, una pena moratoria por cada día de retardo injustificado hasta su cumplimiento sin superar el 5% del valor del contrato, los valores que correspondan a los porcentajes señalados a continuación que resulten acreditados durante el procedimiento establecido en el contrato (...)”

Como se evidencia, efectivamente la cláusula transcrita estableció las multas en favor del contratante, pero no lo autorizó para su imposición unilateral, esto es importante como quiera que el Consejo de Estado ha determinado que:

“(…) si bien es válido en el ordenamiento jurídico el pacto que permita a una de las partes declarar incumplido el contrato e imponer unilateralmente la cláusula penal, no es menos cierto que por la trascendencia misma de tal autorización y sus efectos, ésta debe aparecer claramente consignada en el negocio jurídico celebrado. En el presente caso, dicho imperativo está ausente, pues aunque se acordó que el Ministerio o el INCODER harían efectiva la cláusula penal -más no la impondrían como en el caso de las multas-, tal posibilidad pendía de una circunstancia previa y principal que era la declaratoria de incumplimiento del contrato, respecto de la cual no se pactó que una de las partes pudiera efectuarla de forma unilateral.

Aunado a lo anterior, debe mencionarse que de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes y, en ese sentido, su contenido no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales. Así las cosas, aceptar que la declaratoria de incumplimiento y la consecuente imposición de multas fue una facultad que los co-contratantes en uso de su autonomía negocial pactaron a favor del contratista solo porque el mismo es una entidad estatal, implicaría suponer disposiciones que el negocio jurídico claramente no contiene e invalidar el carácter vinculante del contrato.

Aceptar lo contrario, es decir, que solo porque el contratante es una entidad pública cuenta con una posibilidad que no fue pactada en el acuerdo de voluntades aun cuando es el mismo la fuente de la sanción, implicaría un desconocimiento del principio de legalidad y por esa misma vía una ineficacia

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, Exp. 14579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

tanto del procedimiento como de la sanción, puesto que claramente el contratante no se encuentra contractualmente facultado para adelantar el procedimiento de incumplimiento contractual.

Así las cosas, como quiera que el contrato en tanto genitor y fundamento de la multa conminatoria que se pretende imponer mediante el presente, no contempla que su imposición podrá realizarse de forma unilateral por parte del contratante, tal sanción solamente puede ser aplicada por un juez de la república.

En este punto, es importante resaltar que el artículo 13 del Código General del Proceso establece que las normas procesales son de orden público y que cualquier requisito de procedibilidad pactado convencionalmente para acceder a los operadores de justicia, no son de obligatoria observancia, en ese sentido subsiste el derecho del contratista de acudir ante la jurisdicción antes de realizar cualquier posible arreglo directo.

Adicionalmente, continuar con un proceso administrativo sancionatorio como si se tratara de una facultad exorbitante y no contractual, implicaría no solo desconocer el régimen legal que le atañe al contrato, sino también invertir la posición jurídica de los sujetos involucrados en el tráfico negocial propiciando sendas vulneraciones al derecho al debido proceso del extremo contratista.

Lo anterior como quiera que se estaría rompiendo con el equilibrio entre las partes quienes en aplicación del régimen civil, se involucran en el devenir negocial en igualdad de condiciones, siendo entonces improcedente que uno de ellos se erija en juez y parte de su propia causa, sin las garantías mínimas de imparcialidad y sin que esto haya sido consentido contractualmente por su co-contratante.

En conclusión, el proceso de incumplimiento contractual y cualquiera de sus determinaciones deviene ineficaz de cara al mismo clausulado del Contrato de Obra No. 1380-1517-2022, por cuanto al ser el mismo clausulado el que fundamenta la facultad de imponer las multas sancionatorias, no establece esta facultad en favor del contratante, siendo ineficaz que este se abroge esta competencia sin el consentimiento previo del contratista.

- **IMPROCEDENCIA DEL PIC TODA VEZ QUE EL CONTRATO NO DISPONE LA FACULTAD DE INICIARLO UNILATERALMENTE POR PARTE DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE.**

Centro la atención del Comité Fiduciario del PA-FFIE de cara a demostrar la ineficacia del procedimiento de incumplimiento contractual del cual avoca conocimiento, en la medida en que si bien es cierto que en el marco normativo del derecho privado, las partes pueden prever condiciones contractuales específicas en sus contratos, incluyendo la aceptación de prerrogativas contractuales, también lo es la manifiesta improcedencia de que el contratante sea el sujeto contractual en el que resida el poder o facultad omnímoda de declarar el propio incumplimiento del contratista de obra, en razón a que se vulneraría 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. En ese sentido debió el FFIE acudir al juez del contrato para que sea este quien declare un incumplimiento contractual e imponga las penalidades del caso o en su defecto ejecute la obligaciones desatendidas o atendidas de manera imperfecta o tardíamente.

No puede pasarse por alto que el Consorcio FFIE Alianza – BBVA, integrado por las sociedades Alianza Fiduciaria S.A., y BBVA Asset Management S.A. Sociedad Fiduciaria, en calidad de vocero del Patrimonio Autónomo del Fondo de Infraestructura Educativa – FFIE. Consagra el artículo 184 de la Ley 1955 de 2019, que modificó el artículo 59 de la Ley 1753 de 2015, que:

“...El Fondo de Financiamiento de la Infraestructura es una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional sin personería jurídica, cuyo objeto es la viabilización y financiación de proyectos para la construcción, mejoramiento, adecuación, ampliaciones y dotación de infraestructura educativa física y digital de carácter público en educación inicial, preescolar, educación básica y media, en zonas urbanas y rurales, incluyendo residencias escolares en zonas rurales dispersas, así como los contratos de interventoría asociados a tales proyectos.

(..)

En caso de que un proyecto priorizado por la Junta Administradora involucre cualquiera de los recursos de que tratan los literales d), e), f), g) y h) del presente artículo, con cargo al Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa **se podrán constituir patrimonios autónomos que se regirán por normas de derecho privado en donde podrán confluir todas las fuentes de recursos con las que cuenten los proyectos**. Dichos Patrimonios Autónomos, podrán celebrar operaciones de crédito interno o externo a su nombre, para lo cual la Nación podrá otorgar los avales o garantías correspondientes.

Establecido que el patrimonio autónomo se regenta por las normas de derecho privado; es menester traer a colación lo consagrado en el artículo 13 del código General del Proceso, en aras de delimitar la observancia de las normas de orden público que le es exigible al patrimonio:

“ARTÍCULO 13. OBSERVANCIA DE NORMAS PROCESALES. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.

Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.

De lo anterior es plausible interpretar que ante cualquier incumplimiento por parte de alguno de los contratantes; estos deberán ventilar toda controversia que surja del devenir contractual ante el juez natural del contrato, esto es el juez civil de la jurisdicción ordinaria, tal como lo estipuló el legislador en el artículo 28 del CGP, así:

Artículo 28. Competencia territorial: La competencia territorial se sujeta a las siguientes reglas:

(..) 3. **En los procesos originados en un negocio jurídico o que involucren títulos ejecutivos es también competente el juez del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones.** La estipulación de domicilio contractual para efectos judiciales se tendrá por no escrita.

En virtud de los precitados preceptos normativos queda claro que en los procesos originados en un negocio jurídico como lo es el contrato de obra 1380-1517-2022 el juez competente para dirimir, declarar algún incumplimiento o aplicar clausula penal reside en los jueces civiles del lugar de cumplimiento de la obligación contractual, y no la discrecionalidad imperante del alguno de los sujetos contractuales, razón por la que en observancia de las normas públicas debe ponderarse frente a la autonomía privada de las partes.

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, ha conceptualizado sobre la facultad de las partes para iniciar una demanda que resuelva el pago de los perjuicios ocasionados en el transcurso del contrato, de la siguiente manera:

“El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, **de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o al pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento, pretendiendo éstos últimos ya de manera principal (arts. 1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesoria o consecuencial** (arts. 1546 y 1818 del C.C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados”²

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

“Serán entonces las circunstancias del caso, y la intención que persiga el agraviado⁷, lo que determine la forma en que plantee la acción resarcitoria, si como pretensión secuencial y subordinada a la de resolución o de cumplimiento; o de manera principal y directa, pues ninguna norma impone lo primero al tratarse de acciones que, aunque pueden ser acumuladas, son totalmente disímiles, toda vez que tienen diversa naturaleza y, por consiguiente, están diseñadas para ser formuladas de manera independiente, es decir, cada una por separado.”³

Seguidamente, la Corte Suprema de Justicia establece la acción con la que dispone el sujeto contractual que padeció el incumplimiento de su deudor, así:

“De igual manera, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 495, **establecía la autonomía del reclamo indemnizatorio por obligaciones derivadas de un contrato, regulación que sigue vigente en el Código General del Proceso, cuyo artículo 428 así lo autoriza⁸, con independencia de cuál sea la categoría de la prestación que dé base a la reparación** (dar, hacer o no hacer).”

² CSJ SC 9 mar. 2001, rad. 5659,

³ Tejero Duque, O. A. (Magistrado Ponente). (2022, 28 de junio). **Sentencia SC1962-2022**. Radicación n.º 11001-31-03-023-2017-00478-01. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Bogotá, D.C., Colombia. Aprobada en sala del 12 de mayo de 2022.

Dicho sea de paso, me permito traer a colación de manera análoga lo conceptuado por una de las corrientes jurisprudenciales del Consejo de Estado respecto a la potestad de imponer unilateralmente multas, de la siguiente manera:

“la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual, al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista”⁴

Ni tampoco, que se había sostenido que (se transcribe): **“con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas** (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de octubre de 1994, exp. 9.288. También, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2004, exp. 12.342)

Adicionalmente, continuar con un proceso administrativo sancionatorio como si se tratara de una facultad excepcional que ostenta únicamente las entidades públicas desconoce abiertamente el régimen sobre el cual se regenta el contrato de obra 1380-1517-2022, es decir la competencia prevalente que reside en los jueces civiles quienes están revestidos de facultades legales para conocer de contiendas relacionadas con la responsabilidad civil contractual.

Ahora, precaviendo los eventuales argumentos sobre los que gravitará la respuesta del FFIE en específico lo que atañe a la autonomía de la voluntad privada de los contratantes, debe decirse que, si bien tal prerrogativa permea el ordenamiento jurídico; también lo es que no puede aplicarse de manera irrestricta por cuanto la Corte Constitucional ha establecido aquellos límites que debe contener tal poder dispositivo de las partes, veamos:

“La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual goza entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas.”⁵

Fruto de lo expuesto, no es de recibo que bajo la égida del principio de autonomía de las partes el FFIE reúna poderes o facultades excepcionales inherente a las entidades públicas; siendo parte y juez del contrato de obra, lo cual riñe de manera evidente con el principio dispositivo de la autonomía privada que además debe aplicarse en armonía con las normas de orden público; razón por la que tal estipulación contractual degenera en ineficaz y carente de todo asidero normativo, violentando

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 29.165.

⁵ SU-157 de marzo 10 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Ver además T-468 de 2003 y C-186 de 2011, precitadas.

de manera arbitraria el debido proceso del contratista de obra; quien únicamente podría hacer valer sus derechos ante la imparcialidad de un juez de la república, y no ante su mismo contratante.

- **INOPONIBILIDAD DE LA CLÁUSULA DECIMOCUARTA O DE CUALQUIERA QUE ESTABLEZCA LA AUTOCOMPOSICIÓN DE CONTROVERSIAS DEL CONTRATO DE OBRA No. 1380-1517-2022 FRENTE A HDI SEGUROS.**

Conforme a lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1433 de 2020, el Fondo de Financiamiento de la Estructura Educativa - FFIE es una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional sin personería jurídica, lo cual implica que no tiene capacidad para suscribir contratos y, en general, para contraer obligaciones, considerando que es una herramienta financiera para separar los recursos destinados a la financiación de la infraestructura educativa.

Ahora bien, el numeral 2 del artículo 2.3.9.1.3. del Decreto 1075 de 2015, sustituido por el artículo 2 del Decreto 1433 de 2020, prevé que los recursos del fondo pueden ser manejados directamente por el Ministerio de Educación Nacional, caso en el cual los contratos suscritos se regirán por el régimen de contratación pública, o por una fiducia mercantil que genere la constitución de Patrimonios Autónomos, caso en el cual **“se regirán por las normas de contratación del derecho privado, respetando los principios de buena fe, moralidad, transparencia, economía, celeridad, eficacia, publicidad y responsabilidad”**.

Bajo esta línea argumentativa, considerando que el contratante en el marco del Contrato de Obra No. 1380-1517-2022, y el asegurado de la Póliza de Seguro de Cumplimiento que ahora se pretende afectar y fue expedida por HDI SEGUROS S.A., es ALIANZA FIDUCUARIA S.A., como representante legal del CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA, quien actúa única y exclusivamente como vocera del patrimonio autónomo del Fondo de Infraestructura Educativa – FFIE, resuelta evidente que los recursos son manejados mediante la suscripción de un contrato de fiducia mercantil y la constitución de un patrimonio autónomo, por consiguiente, es aplicable el segundo supuesto de la norma anteriormente citada y el contrato de obra se rige por las normas de contratación del derecho privado.

Entonces, en el marco de la autonomía de la voluntad de las partes, en cuanto a principio del derecho privado y, de los contratos en general, los co-contratantes en el contrato de Obra No. 1380-1517-2022 pactaron a través de la cláusula decimocuarta la obligación del contratista incumplido de pagar al contratante multas que lo conminen al cumplimiento del objeto contractual.

Si bien como se sostuvo anteriormente, dicha cláusula no dota al Fondo de Financiamiento de la Estructura Educativa – FFIE de la potestad de imponer unilateralmente multas al contratista o, de realizar arreglos directos con el mismo para la imposición de multas, en el remoto caso de que se interpretara tal cláusula de la forma antes descrita, debe resaltarse que la misma no es oponible a terceros que no participaron en el acuerdo.

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 multas, ni mucho menos, que la entidad contratante se abrogó la competencia para su imposición.

En conclusión, en el Contrato de Obra No. 1380-1517-2022 convenido bajo los postulados del derecho privado y, particularmente en el establecimiento de la condición decimocuarta, no tuvo participación HDI SEGUROS S.A., por lo que deviene inoponible la cláusula en relación con mi prohijada, como quiera que la misma no tuvo participación en su pacto y, por tanto, se debe atener a la regla general según la cual las controversias derivadas del cumplimiento contratos bilaterales se resuelven ante un juez de la república.

III. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS QUE DESVIRTÚAN EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONSORCIO.

3.1. INEXISTENCIA Y FALTA DE ACREDITACIÓN PROBATORIA DE INCUMPLIMIENTOS QUE AFECTEN DE MANERA GRAVE Y DIRECTA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO No. 1380-1517-2022.

En el actual procedimiento de incumplimiento contractual iniciado por la parte contratante, no se ha demostrado de manera concluyente que el CONSORCIO M&E CANAAN FFIE haya incurrido en un incumplimiento sustancial y directo de sus obligaciones contractuales en relación al anticipo según lo establecido en el contrato de obra No.1380-1517-2022, por cuanto no está acreditado en el plenario que los elementos supuestamente retirados de la obra en efecto se hayan pagado con dineros provenientes del anticipo, pues la interventoría abiertamente acepta que esto se encuentra improbadado y fundamenta el PIC que ahora nos convoca en meras suposiciones.

Adicionalmente, la pretensión indemnizatoria del Fondo de hacer exigible cualquier suma de dinero por el presunto incumplimiento de la obligación del contratista de amortizar sumas de dinero correspondientes al anticipo entregado, riñen con el principio *non bis in ídem* como quiera que mediante oficio X190874 contentivo de la decisión del Comité Fiduciario en su sesión 755 del 26 de enero de 2024 se dejó en firme una determinación anterior mediante la cual se declaró el presunto incumplimiento del contratista en relación a la suma dejada de amortizar por este.

Para iniciar el análisis propuesto, es importante tener en cuenta que el mal manejo de los recursos del anticipo no está probado por el Fondo, pues el material documental que aporta con el citatorio se refiere únicamente a oficios que ni siquiera cuentan con constancias de recepción por parte del

contratista, igual suerte corre el anexo 5, acta número 6 en la cual brilla por su ausencia la rúbrica o suscripción que de la misma haya realizado el contratista.

Las anteriores observaciones realizadas sobre las pruebas aportadas permiten inferir lógicamente que el Fondo inició el presente PIC sin sustento probatorio suficiente que acredite su pretensión sancionatoria-indemnizatoria, por lo que resulta preciso en este punto resaltar que la carga de la prueba del presunto incumplimiento reposa por completo en la administración, pues el contratista y, por sustracción de materia, el garante se encuentran cobijados por la garantía de que trata el numeral primero del artículo tercero del CPACA, esto es, la presunción de inocencia.

Para empezar, lo cierto es que, según el Fondo, el monto total de anticipo girado al contratista corresponde a la suma de \$455.116.039,00 como se dejó anotado en la citación a mi prohijada, así:

El Contratista de Obra incumplió total y definitivamente sus obligaciones contractuales toda vez que a la fecha de terminación del plazo contractual (30 de junio de 2023), no invirtió la totalidad del dinero entregado a título de anticipo en el proyecto 1380-1517-2020 IE Antonio Reyes Umaña, presentando el siguiente balance:

1. Valor anticipo girado a la Fiducia: \$455.116.039,00

Misma conclusión a la que arribó el informe de interventoría sobre el presunto incumplimiento, así:

6.5	21-nov	GM INGENIERIA & PROYECTOS SAS	\$	2.592.000	1	MATERIALES
6.6	21-nov	EDELCO SAS	\$	2.404.130	1	MATERIALES
6.7	21-nov	FERRETERIA AL DIA	\$	10.000.000	1	MATERIALES
7.0	25-ene	COALUM SAS	\$	39.350.622	1	MATERIALES
7.1	25-ene	VIDRIOS DE LA SABANA	\$	30.529.853	1	MATERIALES
7.2	25-ene	BALDOBLOQUES SAS	\$	18.756.209	1	MATERIALES
INVERSION DE ANTICIPO				\$450.257.449,60		
ANTICIPO				\$455.116.039,00		

Es decir, el monto total que se entregó al contratista está siendo específicamente establecido por el interventor y el Fondo; ahora, teniendo claro lo anterior, es importante regresar la vista al Acta No. 06 suscrita el 10 de marzo de 2024 que se marcó como “acta final”, según la cual el saldo por amortizar del anticipo a tal fecha correspondía a la suma de \$8.197.798,00, así:

AMORTIZACION DEL ANTICIPO	(20,00%)	\$ 455.116.039,00	\$ 136.370.328,00	25%	\$ 310.947.913,00	\$ 448.918.241,00	98,20%
VALOR TOTAL ACTA			\$ -		\$ 931.643.738,00	\$ 931.643.741,00	
PORCENTAJE EJECUTADO PRESENTE ACTA			4,26%		38,77%	43,02%	
VALOR A PAGAR AJUSTADO AL PESO					\$ 931.643.738,00	\$ 931.643.738,00	
SALDO DEL CONTRATO	\$ 1.370.446.126,00	SALDO POR AMORTIZAR	\$ 8.197.798,00	PRESENTE ACTA	ACUMULADO ANTERIOR	ACUMULADO ACTUAL	

20,00%)	\$ 455.116.039,00
SALDO POR AMORTIZAR	\$ 8.197.798,00

Es decir, los valores de la amortización además de que no se encuentran reconocidos por el contratista al carecer el acta número 6 o acta final de su rúbrica, tampoco presentan valores ciertos en relación con lo consignado en el citatorio y el informe de interventoría.

Así mismo, es importante mencionar que, por un lado, no se establece con certeza que los materiales presuntamente retirados de la obra por parte del contratista (i) hayan sido adquiridos con dineros del anticipo y, no sean propios del Consorcio; y, (ii) tengan un valor total de \$30.042.967,00.

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 la malversación, apropiación o incorrecta inversión de este.

Hasta la fecha del procedimiento de incumplimiento, no se ha demostrado de manera concluyente que el CONSORCIO M&E CANAAN FFIE haya incurrido en un incumplimiento sustancial y directo de sus obligaciones contractuales en relación con el correcto manejo e inversión del anticipo, tal como se establece en el contrato de obra No.1380-1517-2022. Así mismo, tampoco se encuentra acreditado que las actuaciones del contratista en atención al anticipo constituyan un incumplimiento grave que haya tenido un impacto significativo en la ejecución del contrato o hayan causado perjuicios a la entidad contratante.

Después de aclarar los puntos previos, se evidencia que los alegados incumplimientos no han tenido un impacto significativo en el propósito contractual ni en el interés público que busca garantizar mediante el contrato. Esto se basa en la consideración de que el objetivo del contrato es el siguiente: *“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 Antonio Reyes Umaña sede principal”.*

En síntesis, la evidencia sugiere que no se encuentra acreditado un incumplimiento en atención a la correcta inversión del anticipo toda vez que el Fondo confunde los conceptos de amortización con el de buen manejo, sin establecer claramente a cuál de los dos hechos atañe el supuesto incumplimiento que se quiere endilgar e incluso sin realizar una adecuada tasación del mismo fundamentado en pruebas que sean admisibles en el presente proceso, pues se resalta que las meras manifestaciones autógenas que ha realizado el Fondo en modo alguno pueden ser tenidas como prueba siquiera sumaria en el *sub lite*.

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

Ahora bien, respecto a la cuantificación del perjuicio relacionado con el presunto mal manejo e incorrecta inversión del anticipo es necesario manifestar que, la interventoría omitió considerar la necesidad de cuantificar efectivamente dicho perjuicio y lo hizo únicamente aduciendo el porcentaje

del anticipo no amortizado, lo cual desconoció el precedente jurisprudencial y doctrinal sobre el particular.

En esta medida, es necesario recordar que COLOMBIA COMPRA EFICIENTE ha indicado que la entidad estatal tiene la carga de probar la ocurrencia de los riesgos cubiertos en el amparo de manejo del anticipo, además de cuantificar los perjuicios, así:

“En relación con el amparo del manejo del anticipo se pueden presentar dos situaciones que determinan la actuación administrativa a seguir para la declaratoria del siniestro: i) que se declare el incumplimiento de las obligaciones y el siniestro de este amparo; o ii) que únicamente se declare el siniestro de este amparo.

En el primer evento, debe tenerse en cuenta que si la declaración del siniestro se realiza con el acto administrativo que declara el incumplimiento, o el que impone multas, o el que declara la caducidad, debe adelantarse el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, correspondiente al proceso sancionatorio. Ello es así, dado que en este caso la Administración está ejerciendo una potestad sancionatoria, y en tal sentido, le corresponde atender la norma especial en materia de contratación. En este escenario, con fundamento en lo establecido en el artículo 86 ibídem, la entidad está facultada para cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista. Concretamente para el amparo del manejo del anticipo, deberá relacionar las situaciones de hecho que soportan el siniestro, así como cuantificar los perjuicios sufridos por la entidad estatal con ocasión de la no inversión del anticipo, el uso indebido del anticipo; y/o la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo”⁶.

Vemos entonces 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. 4006290, lo que torna imposible cuantificar el perjuicio con base en lo no amortizado.

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

3.3. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO E INCUMPLIMIENTOS IMPUTABLES A LA ENTIDAD PÚBLICA.

La entidad pública ha incumplido con sus obligaciones al no entregar oportunamente el anticipo al contratista, puesto que para el mes de marzo de 2024 dicho anticipo aún no había sido recibido en su totalidad por el CONSORCIO M&E CANAAN FFIE, ello se constata en las actas de seguimiento y en el mismo citatorio, piezas documentales en las cuales la interventoría y el contratante enuncian que el anticipo no ha sido efectivamente girado con corte al 10 de marzo de 2024, e incluso, con fundamento en dicha suma de anticipo no girada oportunamente al contratista es que ahora el Fondo contratante pretende realizar una compensación económica, como consta a continuación:

⁶ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-080 del 08 de abril de 2021.

6. Valor Acta 06, que se encuentra revisada por la interventoría pero que no fue tramitada ni pagada al contratista de obra: \$136.370.328. De acuerdo con la INTERVENTORÍA, este valor se tendrá en cuenta para compensar el valor del anticipo que no fue amortizado.

Es decir, al momento en el cual se imputa el presunto incumplimiento al contratista, este todavía no había 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, debiendo entonces el contratista sufragar todos los gastos de sus propios recursos, situación que lejos de evidenciar alguna clase de incumplimiento de su parte, simplemente evidencia la diligencia con la que actuó el contratista en ejercicio de sus obligaciones, incluida por supuesto aquellas atinentes al anticipo.

En este punto es importante recordar que, según la interventoría el presunto incumplimiento que ahora se estudia en el contrato de obra No. 1380-1517-2022 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 de la entidad 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”.

La figura anterior es llamada excepción de contrato no cumplido y es aplicable a los contratos de las sociedades de economía mixta por disposición del artículo 97 de la Ley 489 de 199, adicionalmente, con relación a esta excepción, el Consejo de Estado ha aclarado que procede en los contratos estatales aun cuando esta debe ser armonizada con las normas de derecho público y, por tanto, tienen que cumplirse ciertas características para que se configure. De este modo, se afirmó:

“El artículo 1609 del Código Civil prevé que 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 allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual “la mora de uno purga la mora del otro”, consagra la exceptio non adimpleti contractus, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica. (...) Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La exceptio non adimpleti contractus tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones

En pronunciamiento más reciente, esta Corporación adujo:

“En materia de contratación estatal no cualquier desatención obligacional de la entidad tiene la virtualidad de situar en estado de incumplimiento al contratista o de conjurarlo. Ello obedece a que, en atención al fin público que se encuentra ínsito en la suscripción de un contrato estatal, el contratista debe procurar satisfacer su objeto en las condiciones inicialmente convenidas, a menos que, en realidad, el apartamiento de las obligaciones a cargo de la entidad lo lleven a un estado de imposibilidad material de cumplirlo, supuesto que en este caso no acaeció”

Como se aprecia, para que se predique la excepción de contrato no cumplido en materia contractual, el incumplimiento de la entidad debe ser grave, determinante y trascendente, al punto de situar al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, como en efecto ocurre en el caso concreto, pues no era posible invertir o amortizar sumas que nunca fueron entregadas, por lo que resulta ser un desacierto que ahora se impute a título de incumplimiento la realización de acciones que no podía llevarse materialmente a cabo por culpa exclusiva del contratante.

En ese sentido, en el evento de encontrar un incumplimiento del contratista, es claro que este se derivó del incumplimiento previo de la entidad estatal al no haber remitido el dinero del anticipo oportunamente, por lo que se configuraría la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del Código Civil.

IV. FUNDAMENTOS PARA ABSOVER A HDI SEGUROS S.A. DEL PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL, EN VIRTUD DEL CLAUSULADO DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO NO. 4006290.

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

Sin perjuicio de los argumentos antes señalados, que descartan incumplimientos graves de las obligaciones a cargo de CONSORCIO M&E CANAAN FFIE, es importante considerar que dentro del ámbito de la libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, y en virtud de la facultad consagrada en el artículo 1056 del Código de Comercio, la compañía aseguradora puede asumir a su criterio todos o algunos de los riesgos a los que está expuesto el interés asegurado. Por lo tanto, al suscribir el contrato de seguro, la aseguradora decide otorgar determinadas coberturas sujetas al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo. De esta manera, su obligación condicional solo será exigible si se cumplen los requisitos que hayan sido acordados por ambas partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen el derecho de elegir qué riesgos les son transferidos, las condiciones de cobertura y, en este sentido, solo están obligadas a realizar el pago de la indemnización en el caso de que se materialicen esos riesgos durante la duración del contrato. La Corte Suprema de Justicia ha sido clara al destacar que las compañías aseguradoras pueden, a su criterio, asumir los riesgos que consideren apropiados, de la siguiente manera:

(...) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del **cual se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado**”.

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...).

Entonces, de acuerdo con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las partes intervinientes en el contrato de seguro vinculadas al presente procedimiento de incumplimiento contractual, pactaron las condiciones de cobertura conviniendo que, en virtud del amparo, se garantiza “*EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL GARANTIZADO, ORIGINADOS EN VIRTUD DE LA EJECUCION DEL CONTRATO DE OBRA NRO. 1380-1517-2022 CUYO OBJETO ES: "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 REQUERIDOS POR EL PA FFIE, EN DESARROLLO DE 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 público que busca asegurarse mediante la contratación. Esto se debe a que las supuestas obligaciones incumplidas se relacionan con aspectos vinculados a la amortización del anticipo los cuales en ningún modo impactan en la realización del propósito contractual.

En suma, dado que no se ha demostrado la existencia de incumplimientos graves en relación con la correcta inversión y manejo del anticipo atribuibles al tomador de la Póliza de Seguro de Cumplimiento a favor de particulares No. 4006290, no se ha establecido la configuración del riesgo asegurado ni la obligación condicional del asegurador. En consecuencia, no existe ninguna obligación de indemnización por parte de mi representada, y tampoco procede la activación de la póliza de cumplimiento.

4.2. AUSENCIA DE COBERTURA 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. 4006290, lo que hace imposible su afectación, dado que en el informe de interventoría se pretende afectar dicho amparo por el valor no amortizado, desconociendo abiertamente la jurisprudencia consolidada del Consejo de Estado al respecto.

Antes de esgrimir las razones que tornan inviable la afectación del amparo de manejo del anticipo, debe recordarse que en las condiciones generales de la Póliza de Seguro de Cumplimiento en Favor de Particulares No. 4006290 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 y en el citatorio, se pretende afectar la póliza por la no amortización del anticipo, tal y como se afirmó en los siguientes términos:

b. Existe un valor pendiente de invertir y de amortizar por valor de CIENTO TREINTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS NUEVE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$139.709.542,00)

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”⁷.

En esta misma sentencia, también se afirmó:

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

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

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

<<La amortización es distinta de otros riesgos, y consiste como ya se había venido adelantando, en la devolución paulatina del anticipo por parte del contratista al contratante con corte a la facturación, normalmente conviniéndose que de cada factura emitida por el contratista se haga un descuento porcentual, hasta tanto el anticipo sea totalmente devuelto al contratante, es decir amortizado, entrando, ahí sí, a formar parte del precio pactado en el

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 47760 del 3 de noviembre de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

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”⁸.

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”.⁹

Como se observa, los riesgos cubiertos en el amparo de manejo del anticipo de la Póliza No. 4006290 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 los riesgos amparados, ni la cuantía del perjuicio.

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

4.3. LÍMITE MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD, CONDICIONES DEL SEGURO Y DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 4006290.

Sin perjuicio de lo anterior, y sin que se entienda comprometida mi representada, es necesario manifestar que, bajo la hipótesis en que naciera obligación de HDI SEGUROS S.A., la misma se debe sujetar a lo consignado al tenor literal de la póliza y, por tanto, a las condiciones particulares de la misma, entre ellas, a la suma asegurada, el deducible y las exclusiones que se hayan pactado. Al respecto, el artículo 1079 del Código de Comercio, establece:

“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA: El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.

La norma antes expuesta es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, **el valor de la prestación a cargo de la aseguradora,** en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, **se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado,** como

⁸ Ibidem.

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia SC2840-2022.

por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costade la aseguradora, por causa de su realización” 8 (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

Por lo tanto, resulta imposible buscar una compensación que exceda la cantidad máxima asegurada establecida por mi representada, y dicha indemnización estará limitada a la suma asegurada en proporción a la pérdida sufrida, de acuerdo con la parte de riesgo asumida. En consecuencia, el límite de responsabilidad de la compañía aseguradora que represento coincide con la suma individual asegurada para el amparo de cumplimiento, como se detalla en la carátula de la póliza:

Objeto > Ramo > Amparo	Valor asegurable	Valor asegurado	SubLímite	Índice Variable	
CONTRATO		\$ 2.537.796.734,55		%	Valor
CUMPLIMIENTO		\$ 2.537.796.734,55			
MANEJO DEL ANTICIPO		\$ 455.116.039,00			
PAGO DE SALARIOS PRESTACIONES SOCIALES		\$ 640.824.829,40			
ESTABILIDAD DE LA OBRA / CALIDAD Y BUEN FUNCIONAMIENTO		\$ 640.824.829,40			
CUMPLIMIENTO		\$ 640.824.829,40			
CALIDAD DEL SERVICIO		\$ 160.206.207,35			

Documento: Carátula Seguro de Cumplimiento No.4006290.

En resumen, de acuerdo con las normativas legales pertinentes, cordialmente solicito a la Coordinación de Controversias Contractuales del Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa - FFIE, que tenga en consideración los límites y valores asegurados estipulados en la Póliza de Seguro de Cumplimiento. En caso de que se llegase a declarar el incumplimiento del contrato, es importante destacar que dicho evento se encuentra limitado a un valor específico, como ha sido establecido de manera clara en la póliza.

4.4. **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.**

Es esencial destacar que, a pesar de los argumentos presentados que desvirtúan el supuesto incumplimiento del contrato atribuido al CONSORCIO M&E CANAAN FFIE, es de suma importancia que el PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA - PA FFIE, tome en cuenta la libertad contractual que las partes tienen en el contrato de seguro. En virtud del artículo 1056 del Código de Comercio, la compañía aseguradora tiene la facultad de asumir, a su arbitrio, todos o algunos de los riesgos a los que está expuesto el interés asegurado.

De este modo, al suscribir el contrato de seguro, la aseguradora tiene la decisión de otorgar determinados amparos sujetos al cumplimiento de condiciones generales y particulares establecidas en el contrato. En consecuencia, su obligación es condicional y solo será exigible si se

cumplen con los requisitos acordados por ambas partes. Así, es fundamental que el PA FFIE entienda esta prerrogativa y valore adecuadamente la posición de HDI SEGUROS S.A. respecto a la exigibilidad de las condiciones establecidas en la póliza de seguro.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la prerrogativa de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos, las condiciones de amparo y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes, así:

“(…) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual **se otorga al aseguradora facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado**”.

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato aseguratorio. 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)¹⁰

La falta de cumplimiento de las cargas probatorias esenciales en el presente caso conlleva a la inexistencia de la obligación condicional del asegurador, HDI SEGUROS S.A. En todo contrato de seguro, el asegurado debe demostrar la ocurrencia del siniestro y, de ser necesario, la cuantía de la pérdida para hacer efectiva la garantía. En el presente procedimiento administrativo sancionatorio de incumplimiento del contrato, la parte demandante no logró cumplir con dicha carga probatoria, tal como lo exige el Artículo 1077 del Código de Comercio.

En primer lugar, en lo que respecta a la realización del riesgo asegurado, las pruebas documentales presentadas en el plenario no han demostrado la ocurrencia del incumplimiento por parte del contratista. No se han probado los factores que permitan afirmar la existencia del incumplimiento ni su imputación exclusiva al contratista. Por lo tanto, el riesgo amparado en la póliza de seguro no se ha configurado.

En conclusión, el **PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA - PA FFIE no cumplió con la carga probatoria exigida por el artículo 1077 del**

¹⁰ 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

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. 4006290. Aun si se declarase el incumplimiento y se aplicase la cláusula penal de apremio, HDI SEGUROS S.A. debe ser relevada de toda obligación indemnizatoria, ya que existe una exclusión expresa sobre cláusulas penales, que estarán exclusivamente a cargo del contratista CONSORCIO M&E CANAAN FFIE.

4.5. COMPENSACIÓN.

Teniendo en cuenta que nos encontramos ante la ejecución de un contrato estatal, en el cual aplican las normas del derecho administrativo y las normas relativas a la teoría general de las obligaciones, será tarea del Despacho entrar a establecer el estado financiero del contrato a efectos de establecer si existen saldos a favor del contratista en virtud del Contrato 1380-1517-2022.

Lo anterior, bajo el entendido que, para el surgimiento de un perjuicio económico en detrimento de la entidad estatal asegurada, se debe estimar que se asuma la contingencia del pago de los salarios y prestaciones sociales con recursos propios, pues si así no lo fuera no existirían tales perjuicios. De otra parte, como quiera que se desconoce el estado financiero del contrato, y como quiera que la entidad debe o debió realizar pagos al contratista, en caso de tener recursos a favor del contratista, deberá darse aplicación al principio de la compensación, como un modo de extinguir simultáneamente y hasta la misma cuantía las obligaciones existentes entre personas que recíprocamente son acreedoras y deudoras. Es decir, con motivo en que el Fondo asuma alguna obligación que esté a cargo del contratista. Esta figura está contemplada en el artículo 1714 del Código Civil, el cual señala:

“ARTICULO 1714. COMPENSACION. Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”.

Dicho mecanismo se encuentra contemplado también en el Parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que establece:

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. (...)

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros **a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista** (...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Como puede observarse, la compensación es una de las formas de extinguir las obligaciones que se encuentra contemplada en materia civil, administrativa y comercial. Razón por la que se debe

aplicar la mencionada figura respecto de las obligaciones que surjan para el contratista por el presunto incumplimiento parcial en que haya incurrido.

Lo anterior, por ministerio de la ley opera de pleno derecho, por lo que en caso de existencia de saldos a favor y por efecto de la compensación no habría lugar en afectar la póliza. Por lo anterior, se solicita al FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE aplicar de pleno derecho la figura que ahora se invoca.

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

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

De modo que la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado. Así las cosas, el carácter de los seguros de daños y en general de cualquier seguro, es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el asegurado/beneficiario con el pago de la indemnización. Es decir, no puede nunca pensarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065, dispuso:

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

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

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

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

V. PETICIONES.

Conforme con los argumentos expuestos a lo largo de este escrito, solicito comedidamente que se declare la terminación del procedimiento de incumplimiento contractual y, de este modo, se archive el expediente, no existen incumplimientos graves imputables al contratista. Además, respecto a la aseguradora, no se configuró el riesgo asegurado por encontrarse expresamente excluido.

VI. MEDIOS DE PRUEBA.

1. DOCUMENTALES.

- Póliza de cumplimiento 4006290.

2. MEDIANTE OFICIO

- a. Respetuosamente solicito al Despacho de la Coordinación de Controversias Contractuales del Fondo de Financiamiento de Estructura Educativa - PA FFIE, se oficie al CONSORCIO INTER-FFIE 2020, en calidad de interventor del contrato de obra No. 1380-1517-2022 para la elaboración y aporte de informe completo dentro del cual se denote el estado actual de la obra.

VII. ANEXOS

- 1. Poder especial otorgado por HDI SEGUROS S.A. al suscrito en virtud de la Ley 2213 del 2022.
- 2. Certificado de Existencia y Representación Legal de HDI SEGUROS S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

VIII. NOTIFICACIONES

Al suscrito en la Calle 69 No.4 – 48, Oficina 502 de la ciudad de Bogotá o en la dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA
C.C. No.19.395.114 de Bogotá D.C.
T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.