

Bogotá D.C., junio de 2024.

Señores

**ALIANZA FIDUCIARIA S.A.,
SOCIEDAD QUE OBRA EN CALIDAD DE REPRESENTANTE DEL CONSORCIO FFIE ALIANZA-
BBVA, VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE
FINANCIAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE.**

Atn. **Francisco José Schwitzer Sabogal.**

Representante Legal

consorcioffie@alianza.com.co

REFERENCIA: Póliza: 4005246.
Tomador: Consorcio M&E Canaan FFIE.
Asegurado: Alianza Fiduciaria SA.
Amparo: Buen uso y correcta inversión de anticipo.
Contrato de Obra: 1380-1433-2021– IE Atanasio Girardot sede Atanasio Girardot.

Respetados señores:

Hemos estudiado con atención su “*Comunicación* - de la que ustedes denominan -*comunicó la decisión del Comité Fiduciario del PA-FFIE de hacer efectivo el amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo del Contrato de Obra No. 1380-1433- 2021.*” a través de la cual estarían, como dice su texto, solicitando se haga exigible la Póliza de Seguro de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 4005246, expedida por HDI SEGUROS S.A. Sin embargo, manifestamos de manera comedida que no es posible aceptar ni acceder positivamente a su petición, por cuanto jurídicamente no ha nacido la obligación que ustedes estarían atribuyendo a esta compañía. En tal virtud, a continuación, se exponen los principales fundamentos que no permiten una respuesta diferente y de manera previa efectuamos el recuento de algunos de los antecedentes que deben primar y se asocian con su comunicación:

I. ANTECEDENTES.

1. El 22 de octubre de 2021, se suscribió el contrato de obra cuyo propósito era llevar a cabo la ejecución de diseños, estudios técnicos, obtención de licencias de construcción y las obras correspondientes en la Institución Educativa Atanasio Girardot, sede Girardota, situada en el municipio de Girardota, departamento de Antioquia. El inicio de las actividades se produjo el 7 de diciembre de 2021, una vez el contratista de obra y la interventoría

suscribieron el Acta de Inicio, acordando un plazo inicial de once (11) meses.

2. En el transcurso del desarrollo del contrato, el 14 de enero de 2022 se suscribió el otrosí No. 1, que modificó la cláusula cuarta relacionada con la forma de pago, y el 1 de marzo de 2022 se firmó el otrosí No. 2, que modificó la cláusula trigésima quinta referente a la cesión.
3. El Comité Fiduciario del PA-FFIE, en su sesión No. 620 del 2 de diciembre de 2022, decidió iniciar el procedimiento de incumplimiento con sustento en el informe presentado por la interventoría, que señaló que, después de transcurridos 202 días de ejecución del contrato, el avance físico era del 23% con un atraso equivalente al 9%. Se evidenció que solo había 20 personas trabajando en el proyecto, y se encontró un retraso significativo en las actividades de los bloques E, D, C y B, así como en las obras complementarias y de mejoramiento. A pesar de los requerimientos enviados al contratista para aumentar el personal y mantener activos los 7 frentes de obra, no se atendieron adecuadamente. La interventoría concluyó que se había incurrido en incumplimiento de la fase 2 del contrato, representado por un atraso de 30.2 días en la programación de obra.
4. El incumplimiento fue atribuido a las obligaciones y responsabilidades derivadas del contrato, en particular a lo establecido en el numeral 2 de la cláusula octava y en la cláusula novena, que se refieren a las obligaciones especiales del contratista y la ejecución de obras de acuerdo con el cronograma y los plazos acordados.
5. El 13 de junio de 2023, el Consorcio FFIE Alianza-BBVA, que actúa única y exclusivamente como vocero y administrador del Patrimonio Autónomo Fondo de Infraestructura Educativa – FFIE, procedió a emitir la comunicación de la decisión del Comité Fiduciario No. 663 del 18 de abril de 2023, por medio de la cual se decidió archivar el procedimiento de incumplimiento contractual.
6. El 31 de julio de 2023, el Consorcio FFIE Alianza-BBVA, que actúa única y exclusivamente como vocero y administrador del Patrimonio Autónomo Fondo de Infraestructura Educativa – FFIE, procedió a emitir la comunicación de la decisión del Comité Fiduciario No. 693 del 27 de julio de 2023, por medio de la cual se adoptó la resolución de terminar anticipadamente por incumplimiento el Contrato de Obra No. 1380-1433-2021, correspondiente a la Institución Educativa Atanasio Girardot, sede Atanasio Girardot, por el incumplimiento grave e injustificado del contratista de obra Consorcio M&E Canaán FFIE, conforme al análisis que precede y hace exigible el cobro de la cláusula penal proporcional por la suma de TRESCIENTOS CATORCE MILLONES CINCUENTA Y SIETE MIL CINCUENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$314.057.054), correspondiente al 20% del 17% del valor del contrato no ejecutado.

II. CONSIDERACIONES FRENTE A LA COMUNICACIÓN.

1. Que los antecedentes expuestos y demás circunstancias eventualmente suscitadas en la ejecución del contrato de Obra No. 1380-1433-2021, no permiten de ninguna manera tener por acreditado un supuesto incumplimiento del contratista, Consorcio M&E Canaan FFIE, ni de perjuicio alguno atribuible a este último. Además, se debe tener en cuenta que ustedes han adelantado, careciendo de competencia conforme a la Ley y la Constitución, un procedimiento de incumplimiento contractual (PIC) cuyos efectos desbordan las facultades del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE para su realización. Máxime, cuando la compañía aseguradora ni si quiera es parte contractual del contrato de obra No. 1380-1433-2021. De manera que, cualquier decisión que hayan adoptado no le es oponible a la compañía de seguros y tampoco tal determinación le resulta vinculante dado que no cumple con los requisitos mínimos de ley para tramitarse como una reclamación formal a voces del artículo 1077 del Código de Comercio colombiano.
2. Que del trámite interno adelantado por el FFIE emerge de manera diáfana su falta de competencia para iniciar un procedimiento sancionatorio contractual, pues la naturaleza privada de dicha entidad permite concluir que no le está dado arrogarse facultades o potestades exorbitantes propias y exclusivas de las entidades públicas sometidas al EGCP (Estatuto General de la Contratación Pública), tal y como lo sería la imposición autóloga de multas y declaratoria de incumplimiento.
3. Que a las partes involucradas en el contrato de obra No. 1380-1433-2021 no les está permitido iniciar un procedimiento unilateral actuando simultáneamente, aduciéndose como partes y jueces de aquel convenio, ya que la capacidad de ejercer potestades unilaterales es exclusiva y autónoma de las entidades públicas. En ese sentido, las reuniones o procedimientos internos adelantados por el FFIE frente al contratista no tienen la connotación, ni sus efectos se equiparan a los de una decisión judicial ni acto administrativo porque de ellos no se dimana vinculatoriedad, por cuanto el trámite interno no tiene el carácter de un procedimiento legal debidamente normado por el legislador colombiano.
4. Con base en lo anterior, si la decisión unilateral inoponible por las razones mentadas a HDI Seguros S.A. y adoptada por el Comité Fiduciario del PA-FFIE no produce los efectos que pretende atribuirle el reclamante, claramente la carga de la prueba del art. 1077 del Código de Comercio no se encuentra satisfecha por el reclamante, pues con la solicitud no se allega prueba legal (documental, pericial, o declarativa extraprocesal si quiera) que potencialmente pudiera demostrar la ocurrencia del siniestro, no bajo el supuesto de que lo entregado a título de anticipo no fue amortizado en su totalidad, sino en el entendido de que los recursos dinerarios efectivamente entregados al contratista no fueron invertidos en la obra, ni que se los apropió indebidamente.

Es que en los motivos expuestos en la solicitud, las supuestas irregularidades en la conducta contractual del contratista, que allí se remarcen se basan en hipotéticos retardos en el cumplimiento del cronograma de ejecución y en supuesto retardo en la realización de cualquiera de las actividades o en la entrega de cualquiera de los productos de la Fase 1., no se acusa al contratista de haber malversado, ni dejado de invertir los recursos que recibió a título de anticipo, ni se analiza con rigor contable y financiero los soportes de las erogaciones que se hubieran hecho con cargo a ese anticipo. En conclusión, de forma puramente discursiva se hace una inadecuada subsunción del siniestro alegado en el amparo de anticipo pero no se acredita la materialidad fenoménica de lo que prevé el amparo que se quiere afectar.

5. Que en la póliza de cumplimiento para entidades particulares No. 4005246, expedida por HDI Seguros, se concertó de manera taxativa la exclusión de la aplicación de las cláusulas penales o multas impuestas al contratista deudor, las cuales serán de cargo exclusivo de este. Sin perjuicio de lo anterior, el cumplimiento del contratista afianzado en la ejecución del contrato de obra No. 1380-1433-2021 se encuentra comprobado, por lo que, por sustracción de materia, no existe un riesgo indemnizable de conformidad con el artículo 1072 del Código de Comercio.
6. Que la no amortización del anticipo no constituye un riesgo cubierto por el amparo de manejo del anticipo, cuya finalidad es garantizar la correcta utilización e inversión de los recursos entregados como anticipo al contratista para la ejecución del contrato. En este sentido, y en virtud del artículo 1056 del Código de Comercio, que permite a la aseguradora asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurada, se puede concluir que no resulta jurídicamente acertado solicitar la efectividad de la póliza de cumplimiento No. 4005246 con base en la *“no amortización del anticipo”* debido a que este no fue un riesgo trasladado previamente a la aseguradora a través de la póliza de seguro previamente identificada. La no amortización del anticipo no se encuentra cubierta por el amparo de manejo del anticipo, porque la amortización tiene que ver con un procedimiento contable en el que, durante el avance de la ejecución de la obra, a los saldos a favor del contratista, se les va descontando un porcentaje correspondiente al dinero que en calidad de préstamo entregó al inicio de la obra para su ejecución y esa claramente no es la premisa de la solicitud de afectación.
7. Que del análisis de los antecedentes expuestos y la documentación estudiada a la luz del artículo 1075 de la codificación mercantil colombiana, manifestamos de manera comedida que no es posible aceptar ni atender positivamente su petición, en razón a que la comunicación denominada *“decisión del Comité Fiduciario del PA-FFIE de hacer efectivo el amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo del contrato de obra No. 1380-1433-2021”* no se acompasa con lo estatuido en los artículos 1056, 1072 y 1077 del Código de Comercio. Es decir, se está pretendiendo la efectividad del seguro con base en un riesgo no asegurado (*“no amortización del anticipo”*), además de que no se realizó el riesgo asegurado frente al amparo de cumplimiento por cuanto no está demostrado que el contratista haya incumplido con sus

obligaciones y mucho menos que esta supuesta actuación haya causado un perjuicio indemnizable.

Por las razones expuestas **HDI SEGUROS S.A.**, objeta su petición de hacer exigible los amparos contenidos en la Póliza Cumplimiento Entidades Particulares No. 4005246.

Atentamente,