

**PATRIMONIO AUTONOMO DEL
FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2**

Bogotá D.C., 15 de diciembre de 2022

Señor

RAFAEL ÁNGEL HINESTROZA MENA

Representante Legal

CONSORCIO MEJORAS INSTITUCIONALES 2022

Dirección: Calle 71 No. 14 – 68 Oficina 302

Teléfono: (601) 927 7748 – Celular: 320 6694498

Correo electrónico: rahinestroza@gmail.com - amgsasgerencia@outlook.com

Bogotá, D.C.

Señor

ROBERTO VERGARA ORTIZ

Presidente Ejecutivo

HDI SEGUROS S.A.

Dirección: Carrera 7a No. 72-13 Edificio HDI

PBX: (601) 3468888

Correo electrónico: presidencia@hdi.com.co - roberto.vergara@hdi.com.co -

juan.Ospina@hdi.com.co - notificaciones@gha.com.co

Bogotá, D.C.

Asunto: **Comunicación de la decisión del Comité Fiduciario No. 615 del 11 y 12 de noviembre de 2022** - Definición del procedimiento de incumplimiento contractual (PIC) iniciado por el presunto incumplimiento del Contrato de Obra No. 1380-1530-2022, suscrito con el contratista de obra Consorcio Mejoras Institucionales 2022, correspondiente a las Instituciones Educativas de la Zona Estratégica de Intervención Integral (ZEII) - Zona Futuro Pacífico Nariñense y Chocó (FP-CH2).

Póliza: Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006511 tomada con HDI Seguros S.A.

Respetados Señores:

En atención al análisis efectuado por la Unidad de Gestión del FFIE, a la recomendación dada por el Comité Técnico al Comité Fiduciario y al pronunciamiento otorgado e instrucción impartida en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil No 1380 de 2015 por el Comité Fiduciario del PA-FFIE en su sesión No. **615 del 11 y 12 de noviembre de 2022**, teniendo en cuenta: **(I)** el informe presentado por la interventoría sobre el presunto incumplimiento del contratista de obra¹ **(II)** los descargos presentados por el contratista de obra² y la aseguradora³ **(III)** el pronunciamiento de la interventoría frente a los descargos del contratista⁴; el Consorcio FFIE Alianza BBVA, **quien actúa única y exclusivamente como vocero y administrador del PA-FFIE**, mediante la presente comunicación **informa la decisión del Comité Fiduciario del PA-FFIE, consistente en hacer efectiva la cláusula penal de apremio por el incumplimiento parcial del Contrato de Obra No. 1380-1530-2022**, correspondiente a las Instituciones Educativas de la Zona Estratégica de

¹ Comunicación No. OFI078-CONT-INTER-No.1380-1530-2022 del 14 de septiembre de 2022.

² Comunicación No. CMI-011-2022 del 11 de octubre de 2022.

³ Comunicación S/N allegado el 20 de octubre de 2022.

⁴ Comunicación No. OFI 124- CONT-INTER-No. 1380-1530-2022 del 28 de octubre de 2022.

**PATRIMONIO AUTONOMO DEL
FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2**

Intervención Integral (ZEII) - Zona Futuro Pacífico Nariñense y Chocó (FP-CH2), teniendo en cuenta lo siguiente.

**I. ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES DEL CASO EFECTUADO POR LA
UNIDAD DE GESTIÓN DEL FFIE**

Las cláusulas contractuales previstas en el contrato de obra suscrito de acuerdo con las instrucciones impartidas por el Comité Fiduciario entre el Consorcio FFIE Alianza BBVA actuando única y exclusivamente como vocera del PA FFIE y el Contratista de Obra Consorcio Mejoras Institucionales 2022 son ley para las partes, según lo previsto en el artículo 1602 del Código Civil. Dichas cláusulas, además, definen de forma expresa y clara el procedimiento pactado entre las partes para que, en caso de la existencia de un incumplimiento parcial del contratista, se logre hacer efectiva la cláusula penal de apremio.

En ese sentido, la UG-FFIE realizó el análisis de las obligaciones del contratista y sus actuaciones para determinar si estas condujeron a su incumplimiento, y así determinar la procedencia o no de aplicar la cláusula penal de apremio pactada, teniendo en cuenta la información que presentó la interventoría en la revisión y seguimiento de la ejecución del citado contrato, los descargos presentados por el contratista de obra y la aseguradora y el pronunciamiento de la interventoría frente a los mismos.

Como resultado de ese análisis, y tal como se expone a continuación, la decisión del Comité Fiduciario consiste en proceder a la aplicación y cobro de la cláusula penal de apremio, en virtud del incumplimiento parcial reportado por la interventoría, relacionado con los noventa y cuatro (94) días de atraso injustificado en el cumplimiento del cronograma de ejecución, en lo relacionado con la culminación de la fase 1 para la Institución Educativa La Unión de Belén de Bajirá.

1. De los hechos y las obligaciones presuntamente incumplidas

El **23 de mayo de 2022** se suscribió el contrato de obra 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 mejoramiento de las Instituciones Educativas ubicadas en la Zona Estratégica de Intervención Integral (ZEII) – Zona Futuro Pacífico Nariñense y Chocó, priorizadas por la Junta Administradora del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE y en el marco del Acuerdo de Financiación suscrito con Fondo Paz. Cada uno de estos proyectos se adelantará de acuerdo con las especificaciones técnicas contenidas en el Contrato y sus Anexos, en la propuesta presentada por el Contratista y en los CPC y sus adendas.

El **28 de junio de 2022**, el Contratista de obra y la Interventoría suscribieron el “**ACTA DE INICIO DEL CONTRATO DE OBRA FORMATO FE-2-001**” por un plazo inicial de seis (06) meses.

El **27 de julio de 2022** se terminó la Fase 1 de diagnóstico.

El **14 de septiembre de 2022** mediante el radicado No. **OFI 078- CONT-INTER-No. 1380-1530-2022**, recibido en la UG-FFIE a través del número **FIE2022ER024218** del **15 de septiembre de 2022**, la Interventoría del proyecto presentó a la Unidad de Gestión del FFIE el informe de posible incumplimiento del Contratista de Obra, en el que recomendó el

**PATRIMONIO AUTONOMO DEL
FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2**

inicio del procedimiento de incumplimiento contractual – PIC y la aplicación de la cláusula penal de apremio.

El **26 de noviembre de 2022** mediante la comunicación con radicado No. **CMI-OBRA-150-2022**, el Contratista de Obra solicitó la suspensión del Contrato por quince (15) días a partir del **28 de noviembre de 2022**, teniendo en cuenta los inconvenientes de seguridad por el paro armado en la zona de ejecución del proyecto.

El **28 de noviembre de 2022** la Interventoría a través de la comunicación No. **OFI 156-CONT-INTER-No. 1380-1530-2022** avaló la solicitud de suspensión del Contratista por quince (15) días calendario hasta el **13 de diciembre de 2022**.

El valor actual del contrato de obra es por la suma de **MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES TREINTA Y CINCO MIL CIENTO SETENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$1.556.035.176,00)** y su fecha de terminación el **11 de enero de 2023**.

Así las cosas, y de acuerdo con lo señalado, conforme el informe presentado por la interventoría, el contratista de obra presentó retrasos en el cumplimiento del cronograma de ejecución, por lo cual, se configuró un incumplimiento de los numerales 2, 4, 5, 6 y 7 de la cláusula octava del Contrato de Obra y numerales 1.6. y 2 del Anexo Técnico, los cuales establecen lo siguiente:

▪ **DEL CONTRATO DE OBRA:**

“OCTAVA. OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA. *El CONTRATISTA se compromete a cumplir todas las obligaciones que estén establecidas o se deriven (i) del clausulado del presente Contrato, (ii) de los estudios y documentos de cada proyecto, (iii) de los CPC, sus Modificaciones y Anexos, (iv) su Propuesta y (v) aquellas que por su esencia y naturaleza se consideren imprescindibles para la correcta ejecución del presente Contrato.*

Así mismo se consideran obligaciones generales del CONTRATISTA, las siguientes:

(...)

2. Cumplir con los plazos establecidos en este contrato y en el Anexo Técnico para ejecutar los estudios, diseños obtención de licencias de construcción en cualquiera de sus modalidades y/o licencias de urbanismo junto los permisos y aprobaciones necesarias, y las obras contempladas en este contrato.

(...)

4. Realizar y ejecutar la validación técnica, jurídica y las obras objeto del contrato, en la forma, tiempos, características y condiciones establecidas y formuladas en los CPC y en los anexos técnicos.

5. Realizar y ejecutar los estudios, diseños y las obras objeto del Contrato, en la forma, tiempos, características y condiciones establecidas y formuladas en los CPC y en los anexos técnicos.

6. *Rendir y elaborar los informes, conceptos o estudios que se soliciten, siempre y cuando guarden relación con el objeto del Contrato.*

7. *Cumplir con el cronograma para cada una de las fases conforme al Anexo Técnico establecido para el desarrollo del Contrato.”.*

▪ **DEL ANEXO TÉCNICO:**

“1.6 Requisitos para la suscripción del acta de autorización del frente de obra:

Para la autorización de inicio de cada sede se debe aprobar el PAPSO, revisión de permisos, entrega de las zonas de intervención, afiliaciones, PMA, entre otros previstos en el Anexo Técnico No 1.

(...)

2. EJECUCIÓN CONTRACTUAL:

Una vez la UG-FFIE realice la asignación de los proyectos a aquellos oferentes que hacen parte de la lista, de acuerdo con orden de elegibilidad constituido, se celebre el contrato de obra y se cumplan los requisitos para su ejecución, (...).”

2. Frente a los descargos presentados por el Contratista de obra

Mediante la comunicación No. **CMI-011-2022** del **11 de octubre de 2022**, allegada a la Unidad de Gestión del FFIE a través de la cuenta de correo electrónico amgsasgerencia@outlook.com en la misma fecha, el Contratista de Obra presentó su escrito de descargos. En síntesis, los argumentos manifestados por el Contratista son los siguientes:

- *“(...) la actividad asociada a la realización del informe de diagnóstico no debía contemplar labores que incumbieran la realización de obra nueva, comoquiera que ello desbordaría no solo el objeto contractual definido sino la capacidad instalada que se proyectó desde la participación en el proceso de selección, (...) tal como lo señalaremos en cada sede objeto de **mejoramiento**, así:*

I. Sede educativa Domingodó del I.E. Heraclio Lara.

(...)

(...) la firma Interventora efectuó una serie de observaciones relacionadas con el diseño eléctrico y a través de las cuales conminó a que se debían realizar ajustes basados en la aplicación de la norma NTC 4595, la cual resulta aplicable para obras nuevas, pero no para obras de mejoramiento como las que son objeto del contrato.”

“II. Sede educativa I.E Primitivo Palacios (Brisas). Se pretende enrostrar un supuesto incumplimiento respecto a la NO entrega del componente para aprobación de la Interventoría, que define las actividades de obra, cantidades programadas y presupuesto. Esto, dado que la propuesta presentada para la cimentación grado 1 que corresponde a la cubierta no ha sido aprobada por la Interventoría, (...)

(...)

**PATRIMONIO AUTONOMO DEL
FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2**

La revisión de los aspectos citados indefectiblemente nos sitúa en un escenario de obra nueva, es decir que están por fuera del alcance dado por el objeto contractual e inclusive de aquel proyectado para el proceso de selección y en virtud del cual el Contratista se obligó, pues no se enmarcan en actividades de obra de mejoramiento identificadas a intervenir.”

(...)

“III. Sede educativa La Unión del Belén de Bajirá. *Se pretende enrostrar el incumplimiento sobre la base de la NO entrega del componente para aprobación de la Interventoría, que define las actividades de obra, cantidades programadas y presupuesto. Esto, dado que se encontró que en esta sede es necesaria la construcción de obra nueva para la batería sanitaria lo cual, según el concepto de la firma interventora necesita un estudio de suelos, sin que esta actividad se hubiera avizorado en el alcance del objeto contractual.”*

Respecto de lo manifestado por el Contratista de Obra, la Interventoría mediante la comunicación con radicado No. **OFI 124-CONT-INTER-No. 1380-1530-2022** del **28 de octubre de 2022**, allegada a la Unidad de Gestión del FFIE a través de la cuenta de correo electrónico interffiechoco@gmail.com en la misma fecha, se pronunció sobre los descargos presentados. En síntesis, la Interventoría indicó lo siguiente:

- ❖ *“(…) cuando se emplea la palabra mejoramiento se refiere a las sedes educativas, lo cual se puede interpretar como las obras o intervenciones que mejoren las condiciones de la sede en general, pudiéndose considerar obras que den garantías de saneamiento básico, mayor comodidad y seguridad para los estudiantes y mantenimientos que se requieran. (...)”*

Teniendo en cuenta los aspectos mencionados previamente y la realidad de las necesidades identificadas y priorizadas en cada sede, se fueron adelantando reuniones, comités y comunicaciones donde las partes inherentes al contrato, como son, contratista de obra, entidad contratante UG-FFIE, entidad territorial certificada e interventoría, consolidaron de común acuerdo cuales serían los alcances de intervención en cada sede. (...)

“(…) Es importante mencionar de igual forma que luego de evaluar los alcances de las 4 sedes, en ninguna de estas se incluyen obras de alta complejidad o que representen sistemas constructivos que estén por fuera de los métodos tradicionales de construcción en cualquier región del país; (...)

(...)

1. En el Anexo Técnico No.1 se relaciona en el numeral 1.2 (página 2), el Marco Legal y Normativo del contrato, donde se mencionan las normas mínimas a cumplir e implementar en el desarrollo de los proyectos, dentro de estas se encuentran normativas técnicas como la NTC 4595 de 1999 de ambientes escolares, la norma NSR-10 en relación a los diseños sismorresistentes, el código eléctrico nacional ICONTEC 2050, el RETIE y el RETILAP, entre otros. (...)

**PATRIMONIO AUTONOMO DEL
FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2**

2. (...) las revisiones adelantadas por la interventoría fueron requiriendo al contratista de obra no solo en cuanto al cumplimiento de normas, sino también en cuanto a las condiciones mínimas que se debe entregar un estudio para que se pueda construir de manera adecuada, además de que sea ajustado de acuerdo a la necesidad de la sede educativa, (...)

(...)

3. (...) no se entiende como resultan los aporte (sic) de la interventoría como “insuficientes y/o erróneas” cuando siempre se dispuso del profesional eléctrico y se estuvo atento a dar respuesta pronta a los diseños entregados, además de proponer reuniones entre los especialistas para buscar las soluciones del caso. (...)

4. (...) Al cierre de la reunión queda establecido como compromiso por parte del contratista de obra la Subsanación del diseño eléctrico de la sede de Domingodó, con lo cual se evidencia que a ese momento aun no se cuenta con elementos técnicos que permitan validar completamente este diseño.

(...)

Para brindar una conclusión referente a los requerimientos presentados al contratista de obra por parte de la interventoría se reitera que se presentaron para dar cumplimiento al anexo técnico contractual y como tal lo solicitado simplemente buscaba contar con producto a satisfacción que permitiera una ejecución adecuada y que definiera técnicamente las actividades a realizar para poder consolidar un presupuesto detallado donde se incluyeran los ítems realmente necesarios para satisfacer la necesidad de la sede educativa.

❖ De acuerdo al informe de incumplimiento PIC No.1 endilgado al contratista de obra, y que el contratista de refiere en la Sede educativa I.E Primitivo Palacios, se le asignan responsabilidades de éste por lo siguiente:

- De antemano se pone en consideración para esta sede lo informado en el primer punto de este comunicado en relación a los alcances y objeto del contrato de obra.
- El contratista de obra presentó un diseño estructural 2 de septiembre de 2022, donde el especialista de la interventoría presentó observaciones para poder validar y aprobar los cálculos presentados, dichos requerimientos se acogen a la normativa colombiana para la construcción de estructuras sismorresistentes (NSR-10).
- El contratista dentro de los alcances estuvo de acuerdo con las intervenciones a realizar (Acta de alcance y definición de obra FE-2-003), teniendo en cuenta las necesidades de la sede educativa identificadas en las visitas de diagnóstico. Se anexa formato FE-2-003 de la sede.

(...)

Se debe dar claridad que a la fecha del presente comunicado el contratista de obra a pesar de haberse comprometido con entregar las subsanaciones del caso no ha entregado lo correspondiente, manteniéndose aún la entrega pendiente y a la vez se tiene sin cierre presupuestal consolidado este frente.

(...)

**PATRIMONIO AUTONOMO DEL
FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2**

- ❖ **Sede educativa La Unión del Belén de Bajirá.** De acuerdo al informe de incumplimiento PCI No.1 endilgado al contratista de obra, y que el contratista de refiere en la Sede educativa I.E Primitivo Palacios, se le asignan responsabilidades de éste por lo siguiente:
 - De antemano se pone en consideración para esta sede lo informado en el primer punto de este comunicado en relación a los alcances y objeto del contrato de obra.
 - El contratista dentro de los alcances estuvo de acuerdo con las intervenciones a realizar (Acta de alcance y definición de obra FE-2-003), teniendo en cuenta las necesidades de la sede educativa identificadas en las visitas de diagnóstico. Se anexa formato FE-2-003 de la sede."

Posteriormente, la Interventoría a través de correo electrónico enviado el **1º de noviembre de 2022** de la cuenta interffiechoco@gmail.com, informó que el **29 de agosto de 2022** se inició la obra en la IE Heraclio Lara **Sede Domingodó** y el **14 de septiembre de 2022** en la IE Primitivo Palacios Sede Las Brisas.

Adicional a lo anterior, actualizó los días de atraso y tasación de la sanción por la falta de entrega de la programación y presupuesto de la IE La Unión de Belén de Bajirá, en noventa y cuatro (94) días, por un valor de **NOVENTA MILLONES CUATROCIENTOS VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS M/CTE. (\$90.427.342,00).**

3. Frente a los descargos presentados por la Aseguradora

Mediante la comunicación sin número allegada a la Unidad de Gestión del FFIE a través de la cuenta de correo electrónico notificaciones@gha.com.co el **20 de octubre de 2022**, el apoderado especial de la aseguradora presentó su escrito de descargos. En síntesis, los argumentos manifestados por el apoderado son los siguientes:

- **"FALTA DE COMPETENCIA DE ALIANZA FIDUCIARIA S.A., COMO VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA – PA FFIE, PARA INICIAR UN PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL"**
- **"RETRASOS IMPUTABLES A LAS EXCESIVAS Y NO CONTEMPLADAS OBSERVACIONES REALIZADAS POR LA INTERVENTORÍA"**
- **"FALTA DE PROPORCIONALIDAD FRENTE A LA CLÁUSULA PENAL DE APREMIO QUE SE PRETENDE APLICAR, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL CONTRATO DE OBRA No. 1380-1530-2022"**
- **"INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD U OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE HDI SEGUROS S.A. POR LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO"**
- **"LA CLAÚSULA PENAL PRETENDIDA MEDIANTE EL PROCESO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL CONFIGURAN UNA CAUSAL DE EXCLUSIÓN DE COBERTURA EXPRESAMENTE PACTADA EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 4006511"**
- **"MEDIOS DE PRUEBA: (...) se oficie a la interventoría para que elabore y aporte informe completo dentro del cual exponga el estado actual de la obra."**
- **"(...) se cite para que absuelva interrogatorio el señor RAFAEL ANGEL HINESTROZA MENA, persona mayor de edad e identificado con cédula de ciudadanía No. 79.051.874 de Bogotá D.C., quien actúa en representación legal del CONSORCIO MEJORAS INSTITUCIONALES 2022, (...)"**

**PATRIMONIO AUTONOMO DEL
FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2**

Por último, a través de la comunicación sin número allegada a la Unidad de Gestión del FFIE el **29 de noviembre de 2022**, a través de la cuenta de correo electrónico notificaciones@gha.com.co, el apoderado especial de la aseguradora presentó un escrito en el que coadyuvó la solicitud de prórroga presentada por el Contratista de Obra, argumentando que: “(...) las entidades públicas tienen a su disposición herramientas como las prórrogas y adiciones para resolver las situaciones imprevistas que se presenten en el curso del contrato.”

Y, solicitó “(...) que se prorrogue el contrato en los términos solicitados por el contratista al existir eventos o situaciones imprevisibles que requieren la extensión del plazo inicial, para la continuidad y eficiencia en la prestación del servicio que se pretende asegurar con la contratación.”

4. Consideraciones de la UG-FFIE frente a los descargos presentados por el Contratista de obra y aseguradora

4.1. Frente a las obligaciones del Contratista de Obra y los plazos contractuales

Como se indicó en precedencia, las cláusulas contractuales previstas en el Contrato de Obra objeto de análisis son ley para las partes, según lo previsto en el artículo 1602 del Código Civil. Dichas cláusulas además definen de forma clara y expresa el procedimiento para que, en caso de incumplimiento del contratista, se pueda exigir el pago de la cláusula penal de apremio.

Para el caso que nos ocupa, la ejecución del proyecto, de acuerdo con las Condiciones de Participación Contractual (CPC) y su Anexo Técnico, documentos que hacen parte integral del Contrato de Obra, establecieron de manera clara las pautas para que su realización se adelantará dentro de los términos establecidos.

Tanto es así, que las Condiciones de Participación Contractual (CPC) establecieron en su numeral 2º los plazos en los que el Contratista debía ejecutar el Contrato, asignando a cada una de las actividades y los términos que se mencionan en el cuadro que sigue a continuación:

DESCRIPCIÓN	DE 1 A 10 SEDES	DE 11 SEDES EN ADELANTE
Realizar visita técnica de identificación y levantamiento de información para la elaboración del diagnóstico y posibles afectaciones.	Dentro de los primeros ocho (8) días contados a partir de la suscripción del acta de inicio del contrato	Dentro de los primeros catorce (14) días contados a partir de la suscripción del acta de inicio de cada contrato.
Verificar la viabilidad jurídica del predio.	Dentro de los primeros ocho (8) días contados a partir de la suscripción del acta de inicio de cada contrato de obra.	Dentro de los primeros catorce (14) días contados a partir de la suscripción del acta de inicio de cada contrato de obra.
Entregar el informe de diagnóstico de la infraestructura existente para determinar el alcance de la intervención.	Dentro de los primeros ocho (8) días contados a partir de la suscripción del acta de inicio de cada contrato de obra.	Dentro de los primeros catorce (14) días contados a partir de la suscripción del acta de inicio de cada contrato de obra.

**PATRIMONIO AUTONOMO DEL
FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2**

Entregar a la interventoría para su aprobación, la definición de las actividades de obra, cantidades, programación y presupuesto.	Dentro de los primeros quince (15) días contados a partir de la suscripción del acta de inicio de cada contrato de obra.	Dentro de los primeros veinticinco (25) días contados a partir de la suscripción del acta de inicio de cada contrato de obra.
Aprobación del informe de diagnóstico por parte de la interventoría	Dentro de los cinco (5) días siguientes a la entrega por parte del contratista de obra del informe de diagnóstico para cada contrato de obra.	Dentro de los ocho (8) días siguientes a la entrega por parte del contratista de obra del informe de diagnóstico para cada contrato de obra
Inicio de ejecución de obra.	Dentro de los primeros treinta (30) días contados a partir de la suscripción del acta de inicio de cada contrato de obra. A la finalización del término mencionado, la interventoría debe remitir las autorizaciones de inicio de obra de cada contrato de obra, según corresponda a la programación aprobada.	Dentro de los primeros cincuenta (50) días contados a partir de la suscripción del acta de inicio de cada contrato de obra. A la finalización del término mencionado, la interventoría debe remitir las autorizaciones de inicio de obra de cada contrato de obra, según corresponda a la programación aprobada.

De la lectura del cuadro anterior, se concluye que el Contratista estaba obligado a entregar el informe de diagnóstico de la infraestructura existente para determinar el alcance de la intervención dentro de los primeros ocho (8) días contados a partir de la suscripción del acta de inicio, hecho que sucedió el **28 de junio de 2022**, y en dónde se le informó el objeto contratado, el valor, el plazo y la fecha prevista de terminación.

De acuerdo con lo señalado, se evidencia que el Contratista de Obra tenía pleno conocimiento de los plazos establecidos en el Contrato para su ejecución y su obligación de cumplirlos, por lo cual, al infringirlos se configura el desconocimiento e incumplimiento del numeral 2 de la Cláusula Octava del Contrato de Obra y frente al caso en particular, el retraso de inicio de la ejecución de la obra.

4.2. Frente a la estructuración de los proyectos de la Invitación Abierta No. 041 de 2021.

Desde la misma estructuración del proyecto, el Contratista de Obra tuvo conocimiento de las condiciones, el alcance, el marco legal y normativo y las especificaciones técnicas establecida en la Invitación Abierta No. 041 de 2021, a la que de manera voluntaria decidió ofertar.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los numerales 1.1. y 1.2 de los Condiciones de Participación Contractual (CPC) de dicha invitación, los cuales indicaron el alcance de los proyectos y el marco legal y normativa que los mismos iban a tener, así:

“1.1. Alcance:”

*Conforme la naturaleza del objeto a contratar y lo establecido en la Resolución 12282 de 2019, en su Artículo 3 – Numeral 9 (o aquella que la modifique, sustituya o derogue). **El presente proceso tiene como alcance la ejecución de las obras** cuyo objeto sea el mejoramiento, la adecuación o recuperación de los ambientes escolares*

**PATRIMONIO AUTONOMO DEL
FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2**

para garantizar la permanencia en condiciones de seguridad y comodidad de los estudiantes en el sistema escolar y la implementación de la jornada única escolar.

(...)

1.2. Marco Legal y Normativo:

El Contratista como mínimo deberá tener en cuenta en la ejecución de los mejoramientos, las siguientes Normas técnicas y todas las que le apliquen a la construcción de Infraestructura Escolar.

(...)

*Normas Técnicas Colombianas para el planeamiento, diseño y dotación de instalaciones y ambientes escolares, (**NTC 4595 de 1999**, NTC 4596 de 1999, NTC 4641-4732-4733/99). (Subrayado por fuera del texto original).*

Teniendo en cuenta lo anterior, sorprenden los argumentos del Contratista de Obra en sus descargos y del apoderado de la aseguradora en su escrito de “coadyuvancia”, cuando pretenden justificar de manera infructuosa el retraso de noventa y cuatro (94) días en la culminación de la fase 1 para la Institución Educativa La Unión de Belén de Bajirá, manifestando que el objeto y el alcance del Contrato se vio alterado y que se realizaron exigencias diferentes a la contemplada en el contrato inicial; si se tiene en cuenta que, el se informó a los oferentes las condiciones, el alcance, el marco legal y normativo y las especificaciones técnicas en las que los Contratistas iban a intervenir lo proyectos.

Por lo tanto, no se encuentra justificado el retraso del Contratista de Obra reportado por la Interventoría y, en consecuencia, el contratista no demostró el cumplimiento de sus obligaciones ni eximente de responsabilidad que le permitiera válidamente sustraerse de sus obligaciones contractuales y por tanto, se hace exigible la cláusula penal de apremio como se detallará más adelante.

4.3. Frente a la Naturaleza del PA FFIE y el régimen aplicable

Dada la confusión que tiene el apoderado de la aseguradora sobre la naturaleza del PA-FFIE y su régimen aplicable, se aclara que el Contrato de Obra No. 1380-1530-2022 está regido por las normas del derecho privado y no le son aplicables las normas que rigen la administración pública. Lo anterior, conforme lo establece el artículo 59 de la Ley 1753 de 2015, modificado por el artículo 184 de la Ley 1955 de 2019, el cual determinó que la actividad contractual del PA-FFIE, se rige por las normas del derecho privado.

En tal sentido la ejecución y actividad contractual privada no se adelanta mediante procedimientos administrativos sancionatorios de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 susceptibles de declaratoria de nulidad, como así lo pretende el apoderado de la aseguradora en su escrito de descargos presentado el **20 de octubre de 2022**.

Por lo anterior, y como quiera que el procedimiento de incumplimiento contractual – PIC no corresponde a actos administrativos, ni judiciales, sino a actuaciones de particulares en el marco del derecho privado, se desestiman los argumentos del apoderado de la aseguradora, quien manifiesta que las actuaciones del PIC están viciadas de nulidad por vulnerar el debido proceso de su representada.

**PATRIMONIO AUTONOMO DEL
FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2**

Incoherente resulta este argumento, si se tiene en cuenta que la aseguradora ha tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción, como en efecto lo ha hecho, a través del escrito de descargos presentado el **20 de octubre de 2022** y del escrito de coadyuvancia presentado el **29 de noviembre de 2022**, documentos que son valorados y tenidos en cuenta en la presente determinación.

Por último, frente a la solicitud hecha por el apoderado de la aseguradora en el documento de coadyuvancia, se le aclara que el procedimiento de incumplimiento contractual – PIC objeto de análisis, hace referencia al retraso injustificado de noventa y cuatro (94) días por parte del Contratista, en el cumplimiento del cronograma de ejecución, en lo relacionado con la culminación de la fase 1 para la Institución Educativa La Unión de Belén de Bajirá, que en nada guarda relación con el atraso de la fase de ejecución de obra y la solicitud de prórroga del Contrato que realizó el Contratista de Obra.

No obstante, se informa al apoderado de la aseguradora que dicha solicitud de prórroga al Contrato de Obra está siendo analizada por los órganos de dirección y administración del Patrimonio Autónomo del FFIE.

4.4. Frente a la facultad contractual para exigir el pago de la cláusula penal y la validez de su estipulación.

Respecto de lo manifestado por la Aseguradora sobre la aplicación de la cláusula penal de apremio, se indica que esta es una obligación condicional derivada del acuerdo expreso de las partes en virtud del cual se pactó que se hará exigible la obligación de pagar una suma determinada de dinero en caso de incumplimiento del contrato, en otras palabras, como lo establece el artículo 1592 del código civil, *“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”*

En ejercicio de dicha estipulación y en desarrollo del principio de autonomía de voluntad de las partes, se estipuló en el contrato la cláusula penal de apremio, que puede ser exigida conforme lo ordena el artículo 1599 del Código Civil, en todos los casos en los que se hubiere pactado.

Recuérdese que la exigibilidad de la cláusula penal de apremio conforme el artículo citado se podrá hacer en todos los casos en que se hubiera pactado, *“(…) sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.”*

Por lo tanto, en el derecho civil que impera y rige el contrato, el derecho a exigir la pena o en este caso la cláusula penal de apremio derivada del orden jurídico y naturalmente de la estipulación libre y expresa de las partes en la que dispusieron esta medida en caso de incumplimiento del contratista, y por tanto no se necesita de atribuciones o de facultades para cobrarla en caso de incumplimiento, pues la atribución de hacer exigible la obligación de pagar deriva del mismo artículo 1599.

Ahora, frente al incumplimiento del Contrato de Obra se indica que, se predica que el mismo fue reportado por la interventoría quien en cumplimiento de su contrato le asiste la obligación de verificar, hacer seguimiento y reportar al contratante el cumplimiento o incumplimiento del contratista, por tanto, no es el contratante quien declara un

**PATRIMONIO AUTONOMO DEL
FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2**

incumplimiento, es la interventoría la que informa, documenta y sustenta los hechos constitutivos de incumplimiento y es al contratista a quien le asiste la obligación y el derecho, en el marco del procedimiento previsto en el mismo acuerdo y de las obligaciones que le impone el artículo 1604 del código civil, de demostrar la diligencia y cuidado empleado en la ejecución de la obra, esto es, demostrar que efectivamente cumplió o que se presentaron eximentes de responsabilidad como fuerza mayor o caso fortuito que imposibilitaran la ejecución.

Por lo anterior y como quiera que el cobro o la exigibilidad de la cláusula penal de apremio es propia del derecho civil constituye un derecho del acreedor de hacerla efectiva al deudor en caso de incumplimiento.

De otro lado, recuérdese también que las relaciones desarrolladas en el marco del Contrato de Obra están regidas por el principio del “*Pacta sunt servanda*”, por tanto, no puede el contratista desconocer la cláusula penal de apremio ni el cobro de la misma, aludiendo razones de falta de competencias o facultades como si se tratara de una relación entre la administración y ciudadanos.

Conforme el principio de autonomía de la voluntad, el contratista tenía toda la disposición y capacidad de elegir el contrato, su contenido y su conveniencia y por tanto era plenamente libre para determinar si se comprometía o no a pagar una pena en caso de incumplimiento, por tanto al hacerlo, se obligó por su expresa voluntad a facultar al deudor a hacer exigible la pena en caso de incumplimiento, y por lo mismo no le asiste derecho alguno a desconocer las obligaciones condicionales derivadas del contrato (cláusula penal de apremio) sencillamente porque considera que se necesitan facultades especiales para hacerlas efectivas.

Téngase en cuenta que como lo ordena el artículo sexto de la Constitución Política, los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y por lo mismo la libertad de pactar o exigir una cláusula penal de apremio en caso de incumplimiento no solo no está prohibido ni por la constitución ni por la ley, sino que está permitida expresamente por el ordenamiento civil, artículos 1592 y siguientes del Código Civil.

Sobre la autonomía de la voluntad privada, la Corte Suprema de Justicia ha definido lo siguiente⁵:

“Justamente, la autonomía privada en cuanto libertad contractual, comporta el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien dispone (libertad de elegir parte o contratante), escoger o crear el tipo contractual (libertad de optar en el catálogo legis o en los usos y prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo), celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato en forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo (libertad de expresión o de forma), determinar el contenido (libertad de estipular el contenido), asegurar el cumplimiento, prevenir la terminación o disponerla, y garantizar, atenuar

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de agosto de 2011, Magistrado Ponente William Namén Vargas, Exp.11001-3103-012-1999-01957-01

**PATRIMONIO AUTONOMO DEL
FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2**

o ampliar la responsabilidad (...) La posibilidad de disponer o no disponer de los intereses, contratar o no contratar, es la máxima expresión de la autonomía privada y no resulta contradicha por sus crecientes restricciones.”

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-934 de 2013 indicó:

“De manera reiterada, la Corte Constitucional se ha pronunciado acerca de la garantía de las libertades individuales como uno de los pilares del Estado social de derecho (preámbulo y artículo 13 Const.), que a su vez se proyecta hacia el libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el orden jurídico (art. 16 ib.), lo cual se aúna en lo que la doctrina universal y el derecho privado denominan “autonomía de la voluntad privada”.

Dentro de este contexto, la autonomía de la voluntad permite a los particulares regular sus intereses y crear las relaciones jurídicas que estimen convenientes determinando, con amplia libertad, el contenido de sus obligaciones y de los derechos que surgen de manera correlativa a las mismas, siempre en procura de la validez y el despliegue de los plenos efectos de su voluntad, teniendo como límite de ésta la ley, el orden público, entendido de manera general como seguridad y salubridad, además de la moralidad pública, y de las buenas costumbres.

No obstante, el concepto de autonomía privada debe analizarse no como un simple querer de las partes, emergido únicamente de un mero acto de voluntad, sino que ha de observarse que ésta deriva del poder o facultad que ostentan los particulares para autorregularse en virtud de las distintas normas que dentro del ordenamiento jurídico se han establecido a favor de éstos.

De esta manera, la autonomía de la voluntad ha sido reconocida por las diferentes normas del derecho privado, por ejemplo, cuando en el artículo 1602 del Código civil colombiano se expresa que: *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por un consentimiento mutuo o por causas legales”*, precepto normativo por el cual no solo se está estableciendo la presencia de la voluntad como creadora de las relaciones contractuales, sino además como la fuente misma de las obligaciones de las partes, la cual se torna de obligatorio cumplimiento como garantía de la seguridad jurídica de lo que se pactó en determinado momento, manifestación propia del principio del *pacta sunt servanda*.

Sobre el principio del *Pacta sunt servanda*, la Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente⁶:

“La persona es la médula cinética, razón y justificación de toda conocida ordenación normativa, a la cual le concede personificación, atributos, derechos, iniciativa, libertad y habilidad jurídica para disponer de sus intereses en procura de satisfacer sus fines, necesidades vitales, designios o propósitos individuales en la vida de relación, disciplinar, regular, gobernar u ordenar su esfera dispositiva en el tráfico jurídico mediante el negocio jurídico y el contrato o acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas”

⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencias de 31 de mayo de 2010, exp. 25269-3103-001-2005-05178-01; 1º de julio de 2008, exp. 11001-3103-033-2001-06291-01; y 1º de julio de 2008, exp. 11001-31-03-040-2001-00803-01).

**PATRIMONIO AUTONOMO DEL
FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2**

De igual forma, la Corte Constitucional, en sentencia de T-229 de 2016 sostuvo:

“El artículo 1.602 del Código Civil establece que: “Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. La anterior disposición, desde el punto de vista histórico y teleológico tiene una importante significación en el derecho civil clásico y en el reconocimiento de la voluntad individual como eje definitorio del sistema legal contemporáneo.

El hecho de que el contrato haya sido equiparado a rango de ley en el marco de las relaciones privadas, más allá de las implicaciones mercantiles y comerciales que acarrea tiene una importante significación ética y filosófica, por cuanto reconoce que el hombre a través de sus decisiones es un auténtico legislador de su destino. Es decir, el artículo 1.602 del Código Civil acentúa que las personas en razón a su autonomía deben ser los arquitectos de su vida por intermedio de las decisiones y obligaciones que adquieren y en esa medida la intervención Estatal en principio debe ser mínima”.

Señalado lo anterior, se encuentra que el contrato-fundado en la potestad que ostentan las Partes para fijar las reglas que rigen su relación bajo el entendido de su manifestación de la voluntad de contratar- puede ser, en sí mismo, la fuente para determinar un incumplimiento y exigir el pago de la cláusula penal de apremio, la cual las partes aceptaron al suscribir el acuerdo *sub examine*. En efecto, por medio de una cláusula es posible pactar que el incumplimiento del contratista generará la aplicación de la cláusula penal de apremio, sin que con ello se esté ante el ejercicio excesivo, excepcional o desigual del “poder” o “facultad”.

Sobre la Cláusula Penal, la Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil ha definido lo siguiente⁷:

“(…) Pues bien, en el ámbito de la dogmática jurídica civil, se denomina «cláusula penal» al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de «cláusula penal compensatoria» y en el segundo, «cláusula penal moratoria»; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación. (Subrayado fuera de texto).

En virtud de lo anterior, cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una «obligación accesoria», en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación; igualmente, constituye una «obligación condicional», porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la «obligación principal»; y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos.” (Subrayado fuera de texto).

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 31 de julio de 2018, Magistrado Ponente William Luis Alonso Rico Puerta

**PATRIMONIO AUTONOMO DEL
FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2**

Así, cuando el artículo 1602 del Código Civil enuncia que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”*, está haciendo referencia al carácter obligatorio de las disposiciones acordadas por éstas.

Razón suficiente para resaltar que, también habrá de contemplarse como un desarrollo de la autonomía de la voluntad el artículo 1603 del Código Civil, el cual señala que:

“ARTÍCULO 1603. EJECUCIÓN DE BUENA FE. Los contratos deben ser ejecutados de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo 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” (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Por tanto, la voluntad de las partes se ve reflejada en la estipulación e inclusión de una cláusula relacionada con el incumplimiento del contrato de obra objeto de análisis, y regula el procedimiento para la aplicación de la cláusula penal de apremio.

En conclusión, este argumento de defensa sobre la falta de competencia para iniciar un procedimiento de incumplimiento contractual resulta totalmente infundado, pues pretende ahora, desconocer la existencia de la cláusula penal de apremio y de un procedimiento pactado entre las partes para hacerla efectiva.

4.5. Frente a la exclusión de cobertura pactada en la póliza

Respecto de lo manifestado por el apoderado de la aseguradora, y en la medida en que lo que intenta es aclarar los presupuestos requeridos para la afectación de las pólizas que amparan la ejecución del Contrato de Obra, se pone de presente lo siguiente:

i) Es claro que el pago de la cláusula penal de apremio se encuentra dentro de las exclusiones establecidas en la póliza y, por tanto, para su pago se seguirá el procedimiento establecido en el Contrato, sin que se pretenda afectar la póliza expedida por la aseguradora.

ii) Con el presente documento no se está afectando aún el amparo de cumplimiento ni de calidad del servicio contenidos en la póliza de cumplimiento aportada por el Contratista de Obra, facultad que el Contratante mantiene y que podrá ejercer con posterioridad, en los términos establecidos en dicho Contrato, siguiendo para el efecto lo establecido en el mismo y en la normativa del Código de Comercio aplicable para ello. En su momento se aportará la prueba de la pérdida patrimonial a la que se ha expuesto al Contratante por los retrasos y omisiones del Contratista de Obra.

4.6. Frente a la proporcionalidad de la aplicación de la medida contractual

Citó el apoderado de la aseguradora las siguientes normas y jurisprudencia para referirse a la falta de proporcionalidad frente a la cláusula penal de apremio objeto de análisis en el presente procedimiento de incumplimiento contractual: **i)** artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, **ii)** artículo 1596 del Código Civil, **iii)** artículo 867 del Código de Comercio y **iv)** Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero, Sección Tercera del Consejo de Estado.

**PATRIMONIO AUTONOMO DEL
FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2**

Señaló que, de las normas transcritas, el Consejo de Estado ha reconocido la necesidad de proporcionar y disminuir la sanción penal en concordancia al porcentaje de obra ejecutada, a luces del principio de equidad, lo cual resulta aplicable también al contrato de seguro.

Por último, indicó el apoderado de la aseguradora que la Interventoría en su informe con el que se inició el PIC calificó algunos incumplimientos como cumplidos parcialmente y que, a su vez, logró demostrar con sus descargos que no hubo incumplimientos atribuibles al Contratista, razón por la cual, concluyó que el porcentaje correspondiente a la cláusula penal que se pretende hacer efectiva debe ser proporcional a lo que supuestamente no fue ejecutado por el Consorcio.

Con relación a este argumento, se indica al apoderado de la aseguradora que contrario a lo manifestado en su escrito de descargos, la aplicación de la cláusula penal de apremio se realiza de manera proporcional, conforme lo establece la cláusula décima sexta del Contrato de Obra, teniendo en cuenta que en la única institución educativa donde se mantiene el atraso en cuanto a la culminación de la fase 1, es en la Institución Educativa La Unión de Belén de Bajirá, como consta en el siguiente cuadro:

VALOR POR SEDES		Tasación - 0,1% x día	ATRASO POR SEDES (Días)	TOTAL
CURBARADÓ	\$ 112.530.081,00			\$ -
DOMINGODÓ	\$ 343.754.559,00			\$ -
BRISAS	\$ 137.757.733,00			\$ -
LA UNION	\$ 961.992.803,00	\$ 961.993,00	94	\$ 90.427.342,00
		\$ 961.993,00		\$ 90.427.342,00

Por lo tanto, el valor correspondiente a la cláusula penal de apremio si se tasó de manera proporcional por los noventa y cuatro (94) días de atraso injustificado del Consorcio en el cumplimiento del cronograma de ejecución, en lo relacionado con la culminación de la fase 1 para la Institución Educativa La Unión de Belén de Bajirá, con corte al **30 de octubre de 2022**, como fue manifestado anteriormente y, en consecuencia, la aplicación de la cláusula penal de apremio es exigible.

4.7. Frente a la solicitud de práctica de pruebas

Solicitó el apoderado de la aseguradora en su escrito de descargos que se oficie a la Interventoría para que elabore y aporte informe completo dentro del cual exponga el estado actual de la obra y un interrogatorio de parte al representante legal del Contratista de Obra.

Al respecto, se informa al apoderado de la aseguradora que no se dispondrá de la práctica de las mencionadas pruebas, puesto que, las mismas no resultan necesarias, ni conducentes para desvirtuar el incumplimiento del Contratista de Obra, dado que está documentalmente probado (informe de incumplimiento del **14 de septiembre de 2022**, pronunciamiento del **28 de octubre de 2022** y actualización del **01 de noviembre de 2022**), el retraso por parte del Contratista y su incumplimiento, pudiendo incluso la aseguradora controvertir el incumplimiento con la presentación de sus descargos del **20 de octubre de 2022** y con el escrito de coadyuvancia el **29 de noviembre de 2022**, los cuales fueron analizados y tenidos en cuenta en la presente decisión.

**PATRIMONIO AUTONOMO DEL
FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2**

Pese a lo anterior, no se encuentra prueba si quiera sumaria que permita advertir por parte de la aseguradora que los hechos de incumplimiento endilgados al Contratista de Obra no sean ciertos o que existió causal eximente de responsabilidad alguna.

Así las cosas, considera el Comité Fiduciario del PA-FFIE, previo análisis de la Unidad de Gestión y recomendación del Comité Técnico del PA-FFIE al Comité Fiduciario, que no le asiste razón alguna al Contratista de Obra y a su Garante, por lo tanto, se configura un incumplimiento y por ende resulta procedente la aplicación de la cláusula penal de apremio conforme la recomendación de la interventoría.

II. CONCLUSIONES

La UG-FFIE acogió la recomendación dada por la Interventoría en el informe de incumplimiento con radicado No. **OFI078-CONT-INTER-No.1380-1530-2022** del **14 de septiembre de 2022**, el pronunciamiento con radicado No. **OFI 124-CONT-INTER-No. 1380-1530-2022** del **28 de octubre de 2022** y la actualización del informe de incumplimiento presentada el **1º de noviembre de 2022** a través de la cuenta de correo electrónico interffiechoco@gmail.com, respectivamente.

En el marco del presente procedimiento, el Contratista de Obra en su escrito de descargos se limitó a manifestar que en la etapa de diagnóstico no se debía contemplar labores que implicaran la realización de obra nueva, sin probar el cumplimiento o la presencia de algún eximente de responsabilidad que justificara sus retrasos en la entrega de la programación y presupuesto de la IE La Unión de Belén de Bajirá, por lo que, la Interventoría reiteró y actualizó el incumplimiento.

En consecuencia, habida cuenta de la existencia probada del retraso injustificado en la ejecución del proyecto correspondiente a las Instituciones Educativas de la Zona Estratégica de Intervención Integral (ZEII) - Zona Futuro Pacífico Nariñense y Chocó (FP-CH2), se da aplicación a la cláusula décima sexta del contrato, relacionada con la aplicación de la cláusula penal de apremio.

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, la aplicación de dicha cláusula se da por el retardo injustificado de noventa y cuatro (94) días de atraso injustificado en el cumplimiento del cronograma de ejecución, en lo relacionado con la culminación de la fase 1 para la Institución Educativa La Unión de Belén de Bajirá, que corresponde a la suma de **NOVENTA MILLONES CUATROCIENTOS VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$90.427.342,00)**, como se detalla a continuación:

INSTITUCIÓN EDUCATIVA LA UNIÓN SEDE PRINCIPAL (Riosucio – Belén de Bajirá)				
Valor del frente de obra	Valor por día de apremio (0.1%)	94 días de retardo	Límite de la pena 10% (mitad cláusula penal)	Valor Estimado de la pena
\$961.992.803,00	\$961.993,00	\$90.427.342,00	\$96.199.280,00	<u>\$90.427.342,00</u>

III. APLICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS ESTABLECIDAS EN LA CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA DEL CONTRATO DE OBRA

**PATRIMONIO AUTONOMO DEL
FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2**

En consideración al análisis que precede efectuado por la UG FFIE, y al pronunciamiento otorgado e instrucción impartida en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil por el Comité Fiduciario en sesión No. **615 del 11 y 12 de noviembre de 2022**, el Consortio FFIE Alianza BBVA, que actúa única y exclusivamente como vocero y administrador del PA-FFIE, se permite comunicarles la decisión del Comité Fiduciario del PA-FFIE de dar aplicación y adelantar el cobro de la cláusula penal de apremio, a favor del PA-FFIE y en contra del Contratista y el Garante por la suma de NOVENTA MILLONES CUATROCIENTOS VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$90.427.342,00), por los noventa y cuatro (94) días de atraso injustificado en el cumplimiento del cronograma de ejecución, en lo relacionado con la culminación de la fase 1 para la Institución Educativa La Unión de Belén de Bajirá, para lo cual se descontará dicho valor 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 o de apremio (según corresponda), 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, de acuerdo con el pronunciamiento otorgado por el Comité Fiduciario, 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.

Cordialmente,

FIRMADA DIGITAL

FRANCISCO JOSÉ SCHWITZER SABOGAL

Representante Legal ALIANZA FIDUCIARIA S.A., sociedad en calidad de representante del **CONSORCIO FFIE ALIANZA- BBVA que actúa única y exclusivamente como vocero y administrador del PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE**

C.C. CONSORCIO INFRAEDUCATIVA (Cil. 58 # 11-92 Of. 201 Ed. Florencia (Montería - Córdoba) PBX el 60478661)
Comité Técnico PA FFIE
Comité Fiduciario PA FFIE
Ministerio de Educación Nacional

Nota: El presente documento se suscribe única y exclusivamente en calidad de vocero del PA FFIE, y es la materialización de una instrucción en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil No. 380/18 PBX el 60478661 Ministerio de Educación Nacional.

De acuerdo con el marco legal y contractual: "Nota: Harán parte igual, aquellas obligaciones propias de este tipo de negocio establecidos y regulados por la Superintendencia Financiera que sean acordes con la necesidad contractual y aceptados por las partes. Bajo dicho marco legal no son obligaciones de la Fiduciaria (i) La estructuración y definición de criterios jurídicos, financieros y técnicos de los bienes y servicios a contratar con recursos del Fideicomiso, estudios de viabilidad y necesidad de los mismos. (ii) La selección de contratistas (iii) El seguimiento, control, supervisión, interventoría, y recibo de los bienes y servicios que se contratan (obras, suministro, etc.). (iv) La definición y conformación de la Unidad de Gestión del FFIE, la supervisión y responsabilidad sobre el personal que la integra y por las decisiones jurídicas, financieras y técnicas que tomen estas en relación con la ejecución de los recursos que conforman el fideicomiso, en el seguimiento de los contratos y en la estructuración de los proyectos, entre otras actividades"