

Bogotá D.C., 19 de diciembre de 2023

Señores

CONSORCIO EDUCOL

Atn. Hania Carolina Bárcenas Camargo

Representante Legal

Calle 22 A 95 06

consoedu2022@gmail.com consorcioinfraeducol@gmail.com

Bogotá, D.C.

Señores,

CONSORCIO SEDES DEL FUTURO

Atn. Iván Darío Rojas Sanabria

Representante Legal

csedesfuturo21@gmail.com vgconsultorialegal@gmail.com femaingsas@gmail.com

Bogotá D.C.

Señores

HDI SEGUROS S.A.

Atn. Gustavo Alberto Herrera Ávila

Presidente

Calle 18 No. 11-21 Local 11 – Edificio Banco del Estado

notificaciones@gha.com.co

Tunja, Boyacá

Asunto: **Comunicación de la decisión del Comité Fiduciario No. 745 del 13 de diciembre de 2023** – Aplicación y cobro de la cláusula penal de apremio. Definición del procedimiento de incumplimiento contractual (PIC) iniciado por el presunto incumplimiento parcial y/o retado injustificado en el cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Obra No. **1380-1601-2022**, suscrito con el Contratista de Obra **COSORCIO EDUCOL**, correspondiente a las instituciones educativas del Grupo 48-21, ubicadas en el Departamento de Guaina.

Póliza: Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4007469 expedida por HDI Seguros.

Respetados Señores.

En atención al pronunciamiento otorgado y la instrucción impartida en el marco de las cláusulas tercera y cuarta del

Contrato de Fiducia Mercantil No 1380 de 2015 suscrito entre el Consorcio FFIE Alianza BBVA (“Fiduciaria”) y el Ministerio de Educación Nacional (“Fideicomitente”) por el Comité Fiduciario del PA-FFIE en su sesión **No. 745 del 13 de diciembre de 2023**, previo análisis de la UG FFIE y recomendación del Comité Técnico del PA FFIE, y, que tuvo en cuenta:

(I) el informe presentado por la Interventoría sobre el presunto incumplimiento del

Contratista de obra¹, (II) los descargos presentados por el garante², (III) el escrito extemporáneo presentado por el contratista³ y (IV) **el pronunciamiento de la interventoría en el cual** ratificó el incumplimiento expedida por la Interventoría⁴; y al correo electrónico enviado por la Unidad de Gestión del FFIE fecha 19 de diciembre de 2023 en la cual remitieron la presente comunicación donde se plasma la decisión del Comité Fiduciario; por medio del presente, el Consorcio FFIE Alianza BBVA, **quien para todos los efectos actúa única y exclusivamente como vocero y administrador del PA-FFIE**, en cumplimiento de dicha instrucción, **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 y/o retardo injustificado en el cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Obra No. 1380-1601-2022 (Grupo 48-21)**, cuyo objeto consistió en: *“Ejecutar las obras necesarias para el mejoramiento de residencias escolares y/o sedes de instituciones educativas en el territorio nacional, priorizadas por el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE”,* correspondientes a las instituciones educativas del Grupo 48 – 21 de la Invitación Abierta No. 041 de 2021, ubicadas en el Departamento de Guainía.

I. ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES DEL CASO EFECTUADO POR LA UG FFIE

Las estipulaciones contractuales previstas en el Contrato de Obra No. **1380-1601-2022** Grupo 48-21 (en adelante el “**CONTRATO**”) suscrito entre el Consorcio FFIE Alianza BBVA **actuando única y exclusivamente como vocera del PA FFIE**, de acuerdo con el pronunciamiento otorgado e instrucción dada en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil No 1380 de 2015 por el Comité Fiduciario del PA FFIE y el **CONSORCIO EDUCOL**⁵ (en adelante el “**CONTRATISTA**”), son ley para las partes de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, las cuales, entre otras, establecen de forma expresa y clara el procedimiento para verificar el incumplimiento y exigir el pago de la cláusula penal de apremio.

En ese sentido, la **UG-FFIE** realizó el análisis de las obligaciones del **CONTRATISTA** y sus actuaciones desde el inicio del **CONTRATO** para determinar si estas condujeron a su incumplimiento y así determinar la procedencia o no de la cláusula penal de apremio pactada, teniendo en cuenta, además, la información que presentó la interventoría en la revisión y seguimiento de la ejecución del acuerdo de voluntades.

Como resultado del análisis anunciado por parte de la UG FFIE, tal como se expondrá a continuación, y previa recomendación del Comité Técnico del PA FFIE, la decisión del Comité Fiduciario del PA FFIE **consiste en proceder a la aplicación y cobro de la cláusula penal de apremio**, en virtud del incumplimiento parcial y retardo injustificado

¹ Oficio No. FFIE-G38-G15 del 31 de julio de 2023, con asunto: “Reporte de presunto incumplimiento del contrato”.

² Comunicado sin número de radicado, con asunto: “Descargos frente a la comunicación No. FIE2023EE012930 de fecha 21 de agosto de 2023”, enviada por el apoderado de HDI Seguros, Dr. Gustavo Alberto Herrera Ávila, con T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.

³ El contratista de obra en el marco del PIC de Apremio no rindió descargos, no obstante, y con miras a la verdad material, el oficio allegado a la UG FFIE mediante correo electrónico del 19 de octubre de 2023 con asunto: “**RESPUESTA PIC, FASE 1 CONTRATO 1380-1601-2022**” fue tomado en cuenta.

⁴ Oficio No. FFIE-G57-G15 del 15 de septiembre de 2023, con asunto: “**Ratificación del presunto incumplimiento del contratista de obra**”.

⁵ Conformado por PANAMERA S.A.S. con Nit. 901.493.547-1 y por SS CONSTRUCTORES S.A.S. con Nit. 900.623.268-5

reportado y documentado por la **INTERVENTORÍA**⁶, a saber: **(i)** incumplió con el cronograma establecido para la fase de diagnóstico; **(ii)** retardó la entrega de informes mensuales en unos casos, en otros no entregó; **(iii)** retardo en el Cronograma de ejecución; **(iv)** no participó, en numerosas ocasiones, en los comités de obra semanales.

1. De los hechos y las obligaciones presuntamente incumplidas

El **20 de septiembre de 2022** se suscribió el **CONTRATO** entre el **CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA, actuando como vocero y administrador del PATRIMONIO AUTÓNOMO DENOMINADO FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA FFIE** y el **CONTRATISTA** con el siguiente objeto: *"EJECUTAR LAS OBRAS NECESARIAS PARA EL MEJORAMIENTO DE RESIDENCIAS ESCOLARES Y/O SEDES DE INSTITUCIONES EDUCATIVAS EN EL TERRITORIO NACIONAL, PRIORIZADAS POR EL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE".*

El alcance del **CONTRATO**, sin perjuicio de lo establecido en el Anexo Técnico y/o TCC, fue acordado así:

1	14485-2021	I.E. BAS PORFIRIO BARBA JACOB	JOSE CELESTINO MORENO	INÍRIDA	GUAINIA
2	10384-2021	I.E. BAS PORFIRIO BARBA JACOB	SEDE PRINCIPAL	INÍRIDA	
3	10382-2021	I.E. SIMON BOLIVAR	SEDE PRINCIPAL	INÍRIDA	
4	10372-2021	I.E. JUAN FRANCISCO LARA	ALVARO ULCUE CHOCUE	INÍRIDA	
5	10367-2021	I.E. BAS PORFIRIO BARBA JACOB	MARCO ANTONIO FRANCISCO	INÍRIDA	
6	10364-2021	I.E. BAS PORFIRIO BARBA JACOB	ENRIQUE OLAYA HERRERA	INÍRIDA	
7	10362-2021	I.E. BAS PORFIRIO BARBA JACOB	FRANCISCO DE PAULA SANTANDER	INÍRIDA	
8	10353-2021	I.E. ANDRES BELLO	SEDE PRINCIPAL	INÍRIDA	

El **CONTRATO** tiene un valor final de **MIL QUINIENTOS CUARENTA MILLONES SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$1.540.062.598,00)** y un plazo de siete (7) meses, contados a partir del Acta de Inicio del 22 de marzo de 2023.

La fecha de terminación del **CONTRATO** inicialmente se previó para el 23 de octubre de 2023, sin embargo, y debido a la Suspensión No. 1 y sus prorrogas, la fecha de terminación esta prevista para el **23 de diciembre de 2023.**

⁶ Entiéndase por esta al **CONSORCIO SEDES DEL FUTURO 2021** quien ejerce la interventoría del CONTRATO según lo acordado en el Contrato de Interventoría No. 1380-1601-2022.

El **21 de agosto de 2023**, atisbándose un incumplimiento parcial y retardo en el cumplimiento de las obligaciones del **CONTRATO**, la **UG-FFIE** mediante comunicados con radicado **FIE2023EE012931** y **FIE2023EE012930**, dio apertura al Procedimiento de Incumplimiento Contractual (**PIC**) conforme lo establece la Cláusula Décima Octava del **CONTRATO**, por tanto, se puso en conocimiento del **CONTRATISTA** y de su garante el informe de presunto incumplimiento contractual.

De acuerdo con el informe presentado, el **CONTRATISTA** incumplió sus obligaciones así:

- (a) **Incumplimiento del cronograma establecido para la fase de diagnóstico:** El Informe Final de la Fase 1 debió ser entregado, en su totalidad, el **22 de abril de 2023**, no obstante, este fue entregado parcialmente solo hasta el **24 de julio de 2023**. En consecuencia, y como quiera que incluso a fecha del 15 de noviembre de 2023 cuando la interventoría se pronunció sobre el supuesto cumplimiento cabal de la Fase 1 que alegó el **CONTRATISTA** el incumplimiento pervivía, se acreditó con corte a la fecha en la que se allegó el informe de presunto incumplimiento un atraso de 97 días calendario.
- (b) **Retardo en el cumplimiento del cronograma de ejecución:** El **23 de abril de 2023**, de acuerdo con el cronograma, debió haberse iniciado las actividades de obra para todas las sedes contratadas, no obstante, y en forma tardía, solo inició fase de obra las sedes (a) I.E. Simón Bolívar Sede Principal (Coayare) el 23 de junio de 2023; (b) I.E. Juan Francisco Lara Sede Álvaro Ulcue (Carrizal) el 10 de julio de 2023; (c) I.E. Andrés Bello Sede Principal, el 10 de julio de 2023⁷. Por tanto, el **CONTRATISTA**, con corte al **31 de julio de 2023**, presentó un atraso de 97 días calendario en el inicio de la fase de construcción de las restantes instituciones educativas.
- (c) **Incumplimiento en la entrega de la documentación técnica:** El **CONTRATISTA** no entregó (a) presupuesto definitivo; (b) programación de obra y (c) flujos de caja para las restantes instituciones educativas, documentos comprendidos en la etapa de Fase 1. Se constató, en consecuencia, un retardo del orden de 97 días calendario a la fecha del informe de presunto incumplimiento contractual.
- (d) **Inasistencia a comités de obra:** El **CONTRATISTA** no asistió a números comités de obra.

No obstante el apremio se tasa conforme los días calculados para las 3 primeras obligaciones y no para el incumplimiento presentado por el contratista en punto de la asistencia a comités de obra por parte del director del obra, dado que este incumplimiento es concebido por la interventoría como un incumplimiento total y definitivo que está siendo analizado en el marco del otro proceso de incumplimiento contractual.

Tales circunstancias condujeron, en forma inexorable, a que el **CONTRATISTA** retardara el cumplimiento de sus obligaciones. Hasta este punto, resulta incontestable el incumplimiento de las siguientes estipulaciones contractuales:

⁷ Mediante oficio FFIE-G58-G15 del 19 de septiembre de 2023 la INTERVENTORÍA constató que solo la I.E. Simon Bolivar Sede Principal del Municipio Inirida Comunidad Coayare reportó avance de 28.55% vs 100% programado.

- **Del CONTRATO**

“Cláusula Séptima. Obligaciones Generales del Contratista. (...) 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 con 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 condiciones establecidas v formuladas en los CPC v en los anexos técnicos. Rendir y elaborar los informes, conceptos o estudios que se soliciten, siempre y cuando guarden relación con el objeto del Contrato. (...) 22. Participar, a través del representante legal y/o el director del proyecto, en el Comité de seguimiento o en los Comités de obra que se establezcan v a los cuales podrán asistir el municipio, el FFIE, el MEN y las demás entidades involucradas en el desarrollo de cada uno de los proyectos derivados del presente Contrato. (...) 37. Cumplir con todo lo establecido en los CPC, sus Adendas, sus Anexos, y en su Propuesta, documentos que hacen parte integral del presente Contrato. (...).”

2. Frente a los descargos rendidos por el CONTRATISTA

Como quedó claro, en el marco del **PIC** el **CONTRATISTA** no rindió descargos en la oportunidad prevista contractualmente.

Sin embargo, con ocasión del otro proceso de incumplimiento contractual el contratista que versa sobre el incumplimiento total y definitivo, presentó incluso antes del inicio del PIC de apremio correo electrónico del 19 de octubre de 2023 con asunto: “RESPUESTA PIC, FASE 1 CONTRATO **1380-1601-2022**” el cual fue tomado en cuenta como elemento de defensa y de descargos del PIC de apremio que acá se señala.

Precísese que el inicio del PIC se dio el 24 de agosto de 2023, y que el escrito de descargos o explicaciones de las situaciones de retraso fue presentado el 19 de octubre.

Aclárese también que solo el garante presentó descargos dentro del término previsto para hacerlo es decir, el **29 de agosto de 2023**.

Téngase presente que en el correo electrónico del 19 de octubre de 2023 con asunto: “RESPUESTA PIC, FASE 1 CONTRATO **1380-1601-2022** el contratista manifestó que si había cumplido sus obligaciones de fase 1 en los siguientes términos:

“En atención al asunto enviado por ustedes, mediante este comunicado les hacemos saber que a la fecha el CONSORCIO EDUCOL, cuenta con la aprobacion del 100% de la fase 1, del contrato en mención de la referencia 1. Esta fue aprobada por parte de la Interventoría CONSORCIO SEDES DEL FUTURO. Representada por el señor Ivan Rojas”.

3. Frente a los descargos rendidos por HDI SEGUROS S.A.

El **24 de agosto de 2023**, HDI SEGUROS S.A. (en adelante la “**ASEGURADORA**”) allegó, mediante el apoderado Dr. Gustavo Alberro Herrera Ávila, su escrito de descargos argumentado que:

- ✓ **Falta de competencia del PA FFIE para iniciar procedimientos “sancionatorios contractuales”:** Adujo que la facultad de iniciar procedimientos sancionatorios contractuales no se encuentra en cabeza del PA FFIE. Resaltó, en consecuencia, que el artículo 89 de la Ley 1474 de 2011, y su consecuente procedimiento sancionatorio contractual, está reservado para las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública (**EGCAP**).
- ✓ **Nulidad, por falta de competencia, de los actos administrativos:** La **ASEGURADORA**, bajo el entendido de que el ámbito de aplicación del **EGCAP** cubre los contratos suscritos por el PA FFIE, advirtió la inminente nulidad de los actos administrativos que resulten del procedimiento de incumplimiento contractual.
- ✓ **Inexistencia de incumplimientos que afecten de manera grave y directa la ejecución del CONTRATO:** Adujo que no se demostró, en forma concluyente, que el **CONTRATISTA** incurrió en un incumplimiento sustancial y directo de sus obligaciones contractuales según lo establecido en el **CONTRATO**. Textualmente afirmó que: *“es importante tener en cuenta que las dificultades experimentadas por el contratista en relación con la presentación de la documentación técnica no constituyen un incumplimiento contractual grave que haya tenido un impacto significativo en la ejecución del propósito contractual ni que haya causado perjuicios a la entidad contratante”,* concluyendo que: *“por el contrario, la ejecución de la obra ha progresado sin la ocurrencia de demoras injustificadas o incumplimientos con relación al cronograma establecido. Esto evidencia la ausencia de razones para iniciar un procedimiento de incumplimiento”.*

En este punto, la **ASEGURADORA** se explayó indicando que es *conditio sine qua non* que el incumplimiento por el cual se acusó al **CONTRATISTA** haya tenido la suficiente entidad para afectar la prestación del servicio público. Como lo anterior, en sentir de la garante, no sucedió la sanción no tiene virtualidad de procedencia.

- ✓ **No se aplicó el principio de proporcionalidad en la tasación de la cláusula penal:** Sostuvo que: *“(…) la cláusula penal de apremio debe aplicarse únicamente sobre el monto del contrato que aún no se ha ejecutado. Esto se debe a que el contratista ya ha cumplido en un porcentaje elevado del contrato, y dicho porcentaje no debe tenerse en cuenta para el cálculo de la cláusula penal de apremio”.*
- ✓ **No se configuró la realización del riesgo asegurado:** Habida cuenta que, en sentir de la **ASEGURADORA**, no hubo incumplimiento grave del **CONTRATO** no se acreditó la configuración del riesgo asegurado.

- ✓ La cláusula penal pretendida mediante el PIC configura una causal de exclusión de cobertura.
- ✓ Dentro de su solicitud de pruebas, solicitó llevar a cabo el interrogatorio del Representante Legal del **CONTRATISTA**.

4. Pronunciamiento de la INTERVENTORÍA frente al escrito presentado el 19 de octubre por parte del contratista de obra.

El **4 de septiembre de 2023**, habida consideración que el contratista de obra no rindió descargos, la **UG-FFIE** le solicitó a la interventoría, mediante correo electrónico, la ratificación del incumplimiento del contratista, así:

“Por medio de la presente la UG FFIE solicita, a la mayor brevedad, la ratificación del incumplimiento parcial y/o retardo injustificado del contratista de obra del Contrato 1380-1601-2022 y, en consecuencia, la actualización del informe en lo que respecta a los días de atraso, porcentaje de inejecución y, en general, todas las circunstancias que adecuen el informe a la fecha”.

El **15 de septiembre de 2023**, en cumplimiento de lo antedicho, la interventoría del contrato allegó ratificación del incumplimiento del contratista y la debida actualización del informe de incumplimiento. En dicho documento se resaltó que:

En conclusión, el CONSORCIO EDUCOL persiste en un atraso en el cumplimiento de sus obligaciones, toda vez que, fecha a 13 de septiembre de 2023, se evidencia que el proyecto presenta un atraso en la etapa de los diagnósticos debido a que no ha entregado en su totalidad la documentación técnica requerida para la continuación de las actividades programadas”.

Por otro lado, y en relación con el oficio allegado el **19 de octubre de 2023**, sobre el cual se dijo que se tendría en cuenta como elemento de juicio de este PIC, la Interventoría mediante oficio del 15 de noviembre de 2023 resaltó que **es falso que el CONTRATISTA haya dado cumplimiento cabal a la FASE 1 del CONTRATO, veamos lo indicado:**

“esta interventoría en atención al cumplimiento de las funciones otorgadas, obligaciones y deberes establecidas en el contrato de referencia, informa que no se ha aprobado en su totalidad la fase 1 de diagnóstico, debido principalmente a que el contratista no entregado la documentación correspondiente, por lo tanto se va aprobando de manera parcial a medida que el contratista complete la documentación de las sedes que se iniciaron, adicional a esto, los presupuestos presentado por el contratista tiene unos ítems no previsto que a la fecha aun no se han aprobado por el UG-FFIE por lo tanto no se puede aprobar la fase diagnóstico hasta no tener todos los documentos requerido por la entidad contratante”.

Resulta diáfano, entonces, que el **CONTRATISTA** incumplió con sus obligaciones contractuales, en especial, al no haber retardado el cumplimiento de la entrega de la

documentación correspondiente a la **FASE 1** y, por supuesto, al retraso abismal que reportó el Cronograma de Obra.

5. Consideraciones de la UG-FFIE

Como se indicó, las cláusulas contractuales previstas en el **CONTRATO** suscrito entre el Consorcio FFIE Alianza BBVA **actuando única y exclusivamente en calidad de vocero y administrador del PA FFIE,** de acuerdo con el pronunciamiento otorgado e instrucción dada en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil No 1380 de 2015 por el Comité Fiduciario del PA FFIE, y el **CONTRATISTA** son ley para las partes según lo previsto en el artículo 1602 del Código Civil. Tales 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.

Ahora bien, en relación con los descargos rendidos por la **ASEGURADORA**, es menester resaltar lo siguiente:

En primer lugar, debido a que el PA FFIE se rige por el derecho privado, no aplica, ni de asomo, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por tanto, no es correcto afirmar, como lo hace la **ASEGURADORA**, que el procedimiento de incumplimiento contractual corresponde a aquel que habla la precitada disposición; en segundo lugar, no es cierto que el PA FFIE ejerce una suerte de facultad exorbitante al derecho común, al contrario, ejerce un derecho conferido por el acuerdo de voluntades, o lo que es lo mismo, una facultad estrictamente contractual; en tercer lugar, y como quiera que la causa habilitante para declarar el incumplimiento es el **CONTRATO** y no la ley, los actos que emanan del procedimiento **NO** son actos administrativos sino contractuales.

En segundo lugar, aquellos argumentos esbozados por la **ASEGURADORA** según los cuales buscó minar la procedencia de la sanción de apremio con la sola razón de que al no existir un incumplimiento de grandes proporciones, que habilitase ciertamente su exigencia y cobro, están condenados al fracaso por dos razones: la primera, porque no es cierto que la exigencia de la cláusula penal de apremio, eminentemente sancionatoria y prevista para castigar el mero retardo, este supeditada a la existencia de un incumplimiento grave que afecte el servicio público; bastaría para probar lo anterior acudir a la forma en cómo fue pactada la cláusula penal de apremio para darnos cuenta que el acuerdo de voluntades no condiciona su procedencia a la existencia cualificada de un incumplimiento grave. La segunda, porque se acreditó, sin dubitación, que los retardos del contratista llevaron a que de las 8 sedes contempladas en el alcance del objeto del **CONTRATO** tan solo una reportase un porcentaje de avance que, en todo caso, fue irrisorio.

En tercer lugar, tampoco es de recibo el argumento sobre la proporcionalidad de la sanción de apremio en tanto que la forma en como fue pacta tal sanción incluye, en si misma, la proporcionalidad. Salta a la vista, en consecuencia, que a la proporcionalidad está dada al ser tasada conforme a días de atraso y a porcentajes determinados.

En cuarto lugar, en relación con la solicitud de prueba de llevar a cabo el interrogatorio del Representante Legal del **CONTRATISTA**, la **UG FFIE informa** que dicha solicitud resulta totalmente innecesaria e inconducente, dado que los hechos de incumplimiento están demostrados documentalmente, por tanto, pretender desvirtuar los incumplimientos el incumplimiento con un testimonio resulta totalmente impertinente máxime cuando el mismo representante legal ha podido en sus descargos exponer de manera clara y directa cuales son las razones por las que no acepta su responsabilidad en el incumplimiento, las cuales por cierto se encuentran todas desvirtuadas e infundadas.

Finalmente, se le informa a la garante que se tramitará la exigibilidad de las garantías conforme el 1077 del Código de Comercio, una vez se tenga identificado el perjuicio derivado del incumplimiento. Y en relación con la aseveración según la cual en su opinión no es posible declarar el incumplimiento se informa que la cláusula penal es exigible en todos los casos en que se pacte conforme el artículo 1599 del Código Civil.

En consideración de todo lo anterior, es posible colegir que: **(i)** con corte al **31 de julio de 2023**, el Contratista de obra incumplió injustificadamente retardadamente sus obligaciones; **(ii)** al **31 de julio de 2023**, se reportó y a crédito 97 días calendario de retraso en relación con el cumplimiento del Cronograma de ejecución; y **(ii)** el **CONTRATISTA** no probó el cumplimiento de sus obligaciones, ni causa eximente de responsabilidad, ni desmintió los retrasos presentados por la interventoría, pues como lo dejó en claro la interventoría, es falso que este hubiera cumplido con el 100% de la **FASE I** del proyecto.

Siendo lo anterior así, y encontrándose probado el incumplimiento parcial y retardo injustificado de las obligaciones en cabeza del **CONTRATISTA**, la consecuencia jurídica aplicable es la cláusula penal de apremio conforme lo prevé la Cláusula Décima Quinta del **CONTRATO**. En ese sentido, conforme lo normado en dicha estipulación, se recomienda la aplicación de la cláusula penal de apremio en los siguientes términos:

- (i)** Con base en lo previsto en el Parágrafo Sexto de la cláusula Décima Quinta del **CONTRATO**, las penas de apremio no son acumulables, por lo que se tomará en cuenta el porcentaje más alto, esto es, el 0,5%:

INSTITUCION EDUCATIVA	VALOR	DIAS	PORCENTAJE POR DIAS	VALOR ESTIMADO
I.E. BAS PORFIRIO BARBA JACOB – SEDE JOSE CELESTINO MORENO	\$ 437.517.784,00	97	0,51%	\$ 223.134.069,80
I.E. BAS PORFIRIO BARBA JACOB – SEDE PRINCIPAL	\$ 157.506.402,00	97	0,51%	\$ 80.328.265,02
I.E. SIMÓN BOLIVAR – SEDE PRINCIPAL	\$ 157.506.402,00	97	0,51%	\$ 80.328.265,02
I.E. JUAN FRANCISCO LARA – SEDE ALVARO ULCUE CHOCUE	\$ 157.506.402,00	97	0,51%	\$ 80.328.265,02
I.E. BAS PORFIRIO BARBA JACOB – SEDE MARCO ANTONIO FRANCISCO	\$ 157.506.402,00	97	0,51%	\$ 80.328.265,02
I.E. BAS PORFIRIO BARBA JACOB – SEDE ENRIQUE OLAYA HERRERA	\$ 157.506.402,00	97	0,51%	\$ 80.328.265,02
I.E. BAS PORFIRIO BARBA JACOB – SEDE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER	\$ 157.506.402,00	97	0,51%	\$ 80.328.265,02
I.E. ANDRES BELLO – SEDE PRINCIPAL	\$ 157.506.402,00	97	0,51%	\$ 80.328.265,02
			TOTAL	\$ 785.431.924,90

- (ii) Considerando que el **CONTRATO** no permite que la pena de apremio supere la mitad del porcentaje establecido para la cláusula penal (20%), se exigirá el tope máximo permitido por el contrato, veamos:

Valor del contrato	Tasación realizada por la interventoría	20 % cláusula penal	Tope máximo para la sanción de Apremio (mitad de la cláusula penal)
\$1.540.062.598	\$785.431.924,90	\$308.012.519	\$154.006.259

Por tanto, se exigirá la suma de **CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (154.006.259) M/CTE**, a título de cláusula penal de apremio.

II. CONCLUSIONES Y APLICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS ESTABLECIDAS EN CONTRATO

La **UG-FFIE** acoge la recomendación dada por la Interventoría en el informe de incumplimiento contractual.

En el marco del presente procedimiento, el **CONTRATISTA** no desvirtuó los incumplimientos endilgados por la Interventoría ni presentó o probó causa eximente de responsabilidad alguna.

En consecuencia, de acuerdo con el análisis efectuado por la **UG FFIE**, y la decisión tomada e instrucción impartida por el Comité Fiduciario del PA-FFIE, previa recomendación del Comité Técnico del PA FFIE, se hace exigible el cobro de la cláusula penal de apremio por el incumplimiento parcial y el retardo en el cumplimiento de las obligaciones emanadas del **CONTRATO**, al haber, incumplido con su deber de entregar la documentación técnica en los tiempos acordados y, por supuesto, al haber reflejado retardos graves en relación con el Cronograma de Ejecución.

Por todo lo anterior, de acuerdo con el pronunciamiento del Comité Fiduciario procede la aplicación de la cláusula penal de apremio por la suma de **CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (154.006.259) M/CTE**, por haber reflejado, con corte al 31 de julio de 2023, un atraso en el cumplimiento de sus obligaciones del orden de **97 días calendario**. Lo anterior, en atención del artículo 1596 del código civil.

Por tanto, conforme al análisis que precede efectuado por la UG FFIE, la recomendación y estudio del Comité Técnico del PA-FFIE y al pronunciamiento, decisión e instrucción dada por el Comité Fiduciario del PA-FFIE en sesión **No. 745 del 13 de diciembre de 2023**, y al correo electrónico remitido por el FFIE de fecha 19 de diciembre de 2023 mediante el cual remite la presente comunicación donde se plasma la decisión del Comité

Fiduciario del PA FFIE, el Consorcio FFIE Alianza BBVA, **que actúa única y exclusivamente como vocero y administrador del PA-FFIE** materializando dicha instrucción otorgada en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil 1380 de 2015, en cumplimiento de dicha instrucción, mediante la presente comunicación le informa 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 por la suma de **CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (154.006.259) M/CTE**, 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 Ahorrodinario No. 00130309000200050011 denominada FFIE CLAUSULAS SANCIONATORIAS, cuenta activa del Banco BBVA., a nombre de Alianza Fiduciaria Fideicomisos, identificado(a) con Nit número 830.053.812-2.

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

Cordialmente,

FIRMADA DIGITAL

PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE
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 FINANCIAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE NIT: 830.053.812-2**

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 1380 suscrito con el

Copia

Miembros con voz y voto Comité Técnico PA-FFIE Ministerio de Educación Nacional.
Miembros con voz y voto Comité Fiduciario PA-FFIE
Ministerio de Educación Nacional MEN

De acuerdo con el marco legal y contractual: "Nota: Harán parte igual, aquellas obligaciones propias de este tipo de negocio establecidas y reguladas por la Superintendencia Financiera que sean acordes con la necesidad contractual y aceptadas 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 estos 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"