

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** – Terminación Anticipada por Incumplimiento y aplicación y cobro de la cláusula penal del Contrato de Obra No. **1380-1601-2022**. Definición del Procedimiento de Incumplimiento Contractual (PIC) iniciado por la configuración de los literales (b) y (d) de la cláusula décima cuarta 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 , previa recomendación del Comité Técnico y de la Unidad de Gestión del FFIE **No. 745 del 13 de diciembre de 2023 que tuvo en cuenta: (I)** el informe presentado por la Interventoría

donde solicitó la Terminación Anticipada por Incumplimiento del Contrato y la aplicación de la cláusula penal¹, **(II)** el pronunciamiento extemporáneo rendido por el Contratista de Obra², **(III)** los descargos rendidos por la garante³, y **(III)** el pronunciamiento de la Interventoría en torno al comunicado extemporáneo del Contratista de Obra⁴; , y al correo electrónico remitido por la Unidad de Gestión del FFIE fecha 19 de diciembre de 2023 mediante envían la presente comunicación, complementando complementa la instrucción otorgada por el Comité Fiduciario. 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 informa la decisión del Comité Fiduciario del PA-FFIE, **consistente en terminar anticipadamente por incumplimiento y hacer efectiva la Cláusula Penal del Contrato de Obra No. 1380-1601-2022**, 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 Guaina.

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 terminar anticipadamente por incumplimiento el acuerdo de voluntades, así como para hacer efectiva su cláusula penal pactada en el contrato.

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 grave y definitivo, y así determinar la procedencia o no de la terminación anticipada y la de la cláusula penal 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 efectuado por la UG FFIE, tal como se expondrá a continuación, la decisión del Comité Fiduciario del PA FFIE consiste **en terminar**

¹ Oficio No. FFIE-G55-G15 del 31 de agosto de 2023, con asunto: “Segundo reporte de presunto incumplimiento del CO 1380-1601-2022”.

² 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**”.

³ Comunicado sin número de radicado del 4 de octubre de 2023, con asunto: “*Descargos frente a la comunicación de inicio PIC (ITAI) co-1380-1601-2022 – Mejoramientos Grupo 48-21 (Guania) del Contrato de Obra No. 1380-1601-2022*”, enviada por el apoderado de HDI Seguros, Dr. Gustavo Alberto Herrera Ávila, con T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.

⁴ Oficio sin numero de radicado del 15 de noviembre de 2023, con asunto: “Respuesta al descargo del CONSORCIO EDUCOL”, allegado a la UG FFIE el 15 de noviembre de 2023.

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

anticipadamente por incumplimiento el contrato y hacer efectiva la Cláusula Penal pactada en el Contrato de Obra No. 1380-1601-2022, por el incumplimiento grave, injustificado y definitivo reportado y documentado por la **INTERVENTORÍA⁶**, a saber: **(i)** incumplimiento **reiterado y acumulado** del cronograma de ejecución de obra que es determinante para que al vencimiento del plazo de ejecución no se logre cumplir el objeto del contrato. **(ii)** el **CONTRATISTA** incumplió con el deber de participar en los comités de obra y, **(iii)** no realizó y no entregó los informes mensuales de obra.

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, 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.

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.

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 su prórroga, la fecha de terminación está prevista para el **23 de diciembre de 2023**.

Para develar el incumplimiento grave y definitivo en que incurrió el CONTRATISTA debemos hacer claridad sobre los **dos (2) PIC** que, a la fecha, están cursando en su contra, veamos:

El primero de ellos, corresponde a solicitud de imposición de la **cláusula penal de apremio**, tiene los siguientes antecedentes:

El **21 de agosto de 2023**, mediante oficio **FIE2023EE012931**, la **UG-FFIE** inició Procedimiento de Incumplimiento Contractual con ocasión de la solicitud elevada por la Interventoría mediante comunicado **FFIE-G38-G15 del 31 de julio de 2023**, donde recomendó la imposición de la medida de apremio por el incumplimiento parcial y/o retardo injustificado en el cumplimiento de las obligaciones en cabeza del **CONTRATISTA**, en especial, debido al retraso de noventa y siete (97) días calendario en relación con el Cronograma de Obra.

El **15 de septiembre de 2023**, con ocasión del procedimiento de incumplimiento contractual antedicho, allegó mediante oficio FFIE-G57-G15 actualización del incumplimiento del contratista, resaltando que:

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

En dicha oportunidad, la interventoría advirtió que el atraso inicialmente comunicado aumento al orden de 144 días calendario.

A su turno, el **19 de septiembre de 2023**, mediante oficio FFIE-G58-G15, la Interventoría allegó avance porcentual del proyecto, donde indico que, para la fecha, a tan solo mes y medio de vencer el plazo de ejecución del **CONTRATO**, solo se reportó un avance del 2.92%, por tanto, se advirtió un inminente incumplimiento grave y definitivo del objeto contratado.

Conforme lo anterior el Comité Fiduciario en sesión **745 del 13 de diciembre de 2023**, aprobó la aplicación y cobro de la cláusula penal de apremio **CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (154.006.259) M/CTE**), la cual está en trámite de comunicación al contratista por parte del **Consortio FFIE Alianza BBVA**, quien actúa en calidad de vocero y administrador del PA FFIE.

El segundo Procedimiento de Incumplimiento Contractual que se adelanta corresponde al que se decide en el presente comunicación, por cierto de mayor envergadura y gravedad pues atiende a la solicitud de **terminación anticipada por incumplimiento y exigencia de la cláusula penal**, ante el inminente vencimiento del plazo de ejecución contractual sin el cumplimiento de su objeto.

Los antecedentes del presente procedimiento de incumplimiento son los siguientes:

El **29 de septiembre de 2023**, mediante comunicados con radicado **FIE2023EE015606** y **FIE2023EE015605**, la UG FFIE dio apertura a un nuevo Procedimiento de Incumplimiento Contractual (**PIC**) con ocasión de la solicitud elevada por la interventoría mediante comunicado **oficio FFIE-G55-G15 del 31 de agosto de 2023**, donde recomendó la terminación anticipada por incumplimiento y la exigencia de la cláusula penal, lo anterior debido incumplimiento grave, injustificado, total y definitivo de las obligaciones a cargo del **CONTRATISTA**, circunstancia que, aunada con el ostensible retardo acumulado, configuró dos de las causales previstas en el **CONTRATO** para dar por terminado anticipadamente el contrato. Veamos lo indicado por la Interventoría:

“Retardo acumulado en el cronograma de ejecución: El 19 de julio de 2023, en instancias del comité semanal, el CONTRATISTA reportó un atraso de 92 días calendario, por tanto, la Interventoría solicitó el inicio inmediato de las actividades de obra de las instituciones educativas: (i) BAS PORFIRIO BARBA JACOB - SEDE JOSE CELESTINO MORENO, y (ii) I.E. ANDRES BELLO - SEDE PRINCIPAL. Paralelamente, en aras de mitigar tal atraso, solicitó la implementación de un Plan de Contingencia, no obstante, este NO fue presentado según lo pactado en el Acta de Reunión de dicha fecha.

“1. Entrega del plan de contingencia (Correcciones solicitadas por interventoría) – 02/08/2023, INCUMPLIDO; 2. Entrega de los informe 2, 3 y 4 – 03/08/2023, INCUMPLIDO”.

Por si lo anterior no bastase, el 16 de noviembre de 2023, mediante oficio **FFIE-G62-G15**, la **INTERVENTORÍA** constato que, a la fecha, el porcentaje de ejecución seguía sin alterarse, esto es, un avance de solo el **2,92%**. Por tanto, nuevamente se constató el incumplimiento grave y definitivo del **CONTRATO**.

Lo anterior se explica por cuanto a un mes y 8 días del vencimiento del contrato, (23 de diciembre de 2023), el contratista solo ejecutó un 2.92% de ejecución del contrato, razón por la cual resulta imposible lógica y técnicamente que en el término restante de ejecución cumpla el objeto del contrato, materializándose de esta modo un incumplimiento grave, definitivo e injustificado del objeto del contrato lo cual previo cumplimiento del procedimiento pactado en el contrato le permite al contratante adoptar la medida contractual de terminación anticipada por incumplimiento y la cláusula penal, ambas pactadas y aceptadas previamente por el contratista al momento de celebrar el contrato.

Por tanto se configura lo previsto en las causales (b) y (d) previstas en la Cláusula Décima Cuarta del **CONTRATO**.

Hasta este punto, resulta incontestable el incumplimiento de las siguientes estipulaciones contractuales:

- **Del CONTRATO**

“Cláusula Séptima. 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 Modificatorios 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 consideración 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 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. 6. Rendir y elaborar 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. (...) 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, veamos la trazabilidad al respecto:

El 29 de septiembre de 2023, la **UG-FFIE**, mediante correo electrónico, puso en conocimiento del CONTRATISTA y de su garante el informe de presunto incumplimiento

(PIC – TAI) , a fin de que dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de dicho comunicado se sirvieran presentar descargos y aportarán pruebas.

El **4 de octubre de 2023**, vencido el plazo para rendir descargos, la **UG-FFIE** no recibió pronunciamiento alguno del CONTRATISTA, tan solo recibió el pronunciamiento de la compañía aseguradora.

No obstante, lo dicho, el **19 de octubre de 2023** la Coordinación de Controversias Contractuales de la **UG FFIE** se comunicó, vía mensajería instantánea <<WhatsApp>>, con el **CONTRATISTA** a fin de corroborar el recibo del comunicado de inicio con radicado FIE2023EE015606 y FIE2023EE015605 del 29 de septiembre de 2023. Preguntado lo que antecede, el **CONTRATISTA** confirmó que ciertamente recibió el mentado correo electrónico y sus anexos.

Hecho lo anterior, tiempo después, el **CONTRATISTA** allegó mediante correo electrónico con asunto: “*RESPUESTA PIC, FASE 1 CONTRATO 1380-1601-2022*”, oficio sin número de radicado y fechado el 7 de septiembre de 2023, donde aseveró que, a la fecha, cumplió el 100% de la fase 1 del proyecto, circunstancia constatada, según el referido oficio, por la interventoría del contrato, así:

“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”.

Si bien el pronunciamiento antedicho se realizó extemporáneamente se tuvo en cuenta para tomar la decisión que en este documento se materializa.

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

El **4 de octubre 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.

- ✓ **Imposibilidad del PA FFIE de declarar la terminación anticipada del CONTRATO por no haberse agotado la etapa de arreglo directo:** La **ASEGURADORA** procedió a transcribir la cláusula Vigésima Octava del CONTRATO, esto es, la correspondiente a la solución de controversias contractuales; en ese sentido, en sentir de la ASEGURADORA, la contratante estaba impedida para adelantar el procedimiento de incumplimiento contractual hasta tanto no se hubiera agotado el mecanismo de arreglo directo.
- ✓ **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 (SIC) 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”.* Ciertamente, desde ya, debe advertirse el fracaso de este argumento en tanto el presente PIC tiene por finalidad la terminación anticipada por incumplimiento y la exigencia de la cláusula penal y no 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. Frente al pronunciamiento de la INTERVENTORÍA frente a los descargos del contratista de obra

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 grave y definitivamente sus obligaciones contractuales, pues como lo patentó la Interventoría, incluso a fecha del 15 de noviembre de 2023, el **CONTRATISTA** no cumplió con obligaciones propias de la **FASE 1**.

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** 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 y terminar el contrato ante el incumplimiento grave y definitivo del contrato.

En consideración de todo lo anterior, a continuación, se presenta la trazabilidad que, sin lugar a duda, devela el incumplimiento grave y total de las obligaciones contractuales en cabeza del **CONTRATISTA**, veamos:

- (i) Durante la ejecución del **CONTRATO** se presentó el incumplimiento del **CONTRATISTA** con el deber de asistencia del Director de Obra a los Comité de Obra. Como prueba de lo anterior, están los comunicados: (i) FFIE-G20-G15 del 20-Jun-23; (ii) FFIE-G26-G15 del 5-Jul-23; (iii) FFIE G42-G15 del 2-Ago-23. Lo

anterior, sin duda, constata un continuó incumplimiento del **CONTRATISTA** con su asistencia a los Comités de Obra convocados por la **INTERVENTORÍA**.

- (ii) Durante la ejecución del **CONTRATO** se evidenció el incumplimiento del **CONTRATISTA** con el cronograma de obra. Para dar cuenta del incumplimiento anunciado, merece la pena traer a colación la siguiente trazabilidad:
- ✓ El **14 de marzo de 2023**, mediante oficio FFIE-G04-G15, la **INTERVENTORÍA** empezó a documentar atrasos en el inicio de las obras. En tal oportunidad, advirtió que no se habían corregido las hojas de vida del personal mínimo requerido para la ejecución del contrato de obra, advirtió, igualmente, que dicha actividad estaba retrasando el inicio del **CONTRATO**.
 - ✓ El **22 de marzo de 2023** se dio inicio al proyecto, fijándose, en consecuencia, los siguientes plazos: (i) fecha inicio Fase I: 23 de marzo de 2023, para la cual, según el Anexo Técnico (**pág. 7**), se contaba con un (1) mes; fecha inicio Fase II: 23 de abril de 2023, para la cual, según el Anexo Técnico, se contaba con seis (6) meses. No obstante, las referidas fechas fueron incumplidas, así:
 - ✓ El **30 de mayo de 2023**, mediante oficio FFIE-G14-G15, la **INTERVENTORÍA** solicitó, con suma urgencia, la radicación de la documentación correspondiente a la Fase I, habida consideración que el plazo para su cumplimiento había terminado el 23 de abril de 2023, esto es, para la fecha, un atraso de más de un mes en la aprobación de dicha fase. A partir de ahí, es evidente el desfase que venía sufriendo el plazo contractual por circunstancias, sin duda, imputables al **CONTRATISTA**.
 - ✓ El **31 de mayo de 2023**, mediante oficio FFIE-G15-G15, la **INTERVENTORÍA** solicitó el inicio de las actividades de obra pues se le hizo extraño que, con corte a referida fecha, el **CONTRATISTA** no hubiera radicado oficio alguno exponiendo motivos y razones para justificar el retraso en el inicio de la obra.
 - ✓ El **13 de junio de 2023**, mediante oficio FFIE-G17-G15, la **INTERVENTORÍA** reiteró la solicitud de entrega de la documentación correspondiente a la Fase I, puesto que, el **CONTRATISTA** con corte a la fecha, no reportó comunicación alguna en tal sentido. Nuevamente, se advirtió del atraso y desfase en el plazo contractual.
 - ✓ El **24, 25 y 26 de mayo de 2023** el **CONTRATISTA** realizó las socializaciones de obra de las I.E. Simon Bolivar, I.E. Juan Francisco e I.E. Andres Bello, respectivamente; sin embargo, con corte al **22 de junio de 2023**, la **INTERVENTORÍA**, mediante oficio FFIE-G23-G15, solicitó la socialización de obra de las sedes restantes.

- ✓ El **5 de julio de 2023**, mediante oficio FFIE-G27-G15, la **INTERVENTORÍA** reiteró el inicio de las actividades de obra, pues si bien para la fecha se contaba con la socialización de tres I.E., lo cierto es que la demora en el inicio de las actividades de obra era ostensible. Mediante el citado comunicado, la **INTERVENTORÍA** señaló que realizó llamado de atención al **CONTRATISTA**.
- ✓ El **7 de julio de 2023**, mediante oficio FFIE-G28-G15, la **INTERVENTORÍA** expuso su segundo reporte de presunto incumplimiento, pues a pesar de la existencia de presupuestos y programaciones de tres sedes educativas, lo cierto es que el porcentaje de avance de obra se mantenía en cero por ciento (0%). En ese sentido, las I.E.: (i) Simón Bolívar Sede Principal Municipio Inírida Comunidad Coayare, (ii) Juan Francisco Lara Sede Álvaro Ulcue Choue Municipio Inírida Comunidad Carrizal, y (iii) Bas Profirio Barba Jacob Sede Principal Municipio Inírida Comunidad Yuri, reportaron, contra un programado de 32.43%, 15,52% y 16,71%, respectivamente, un avance real del cero por ciento (0%). Así las cosas, aunada a la extemporaneidad en que incurrió el **CONTRATISTA** en la aprobación de presupuestos y programaciones que incluso para la fecha aún persistía tal atraso para 5 sedes educativas, el **CONTRATISTA NO** había iniciado actividades de obra en ninguna sede educativa.

En este punto, y aún hincados en la comunicación que antecede, merece la pena traer a colación lo dicho por la **INTERVENTORÍA** en torno al plan de contingencia. Como se revela, la **INTERVENTORÍA** informó que en el Comité de Obra de la semana 12, y luego en debida comunicación, solicitó la realización de un plan de contingencia que observará la realidad contractual y, de conformidad, trazará una ruta crítica a fin de llevar a feliz término el proyecto. No obstante, lo dicho, y a pesar de que la **INTERVENTORÍA** relacionó los requisitos mínimos del plan de contingencia, el **CONTRATISTA** no dio cabal cumplimiento pues las actividades críticas, planes de compra, histograma de personal, entre otros aspectos relevantes, brillaron por su ausencia.

- ✓ El **19 de julio de 2023**, mediante oficio FFIE-G32-G15, la **INTERVENTORÍA** nuevamente reiteró el atraso en la socialización de inicio de obra de las demás sedes del alcance contractual.
- ✓ El **3 de agosto de 2023**, mediante oficio FFIE-G41-G15, la **INTERVENTORÍA** reportó un nuevo atraso en las actividades de obra, aparentemente ya iniciadas en las tres sedes que para la fecha contaban con presupuesto y programación aprobada, y ciertamente el epíteto de aparente no es gratuito, pues como se demostrará la **INTERVENTORÍA** mediante oficio FFIE-G59-G24 del 20 de septiembre de 2023, aclaró que realmente el **CONTRATISTA** nunca inicio actividades de obra física en dos instituciones.

- ✓ Con corte al **15 de agosto de 2023**, mediante oficio FFIE-G46-G15, la **INTERVENTORÍA** informó sobre el atraso acumulado del **CONTRATISTA** y nuevamente requirió el inicio de las actividades de socialización de obra de las 5 sedes faltantes.
 - ✓ Con ocasión de la actualización del PIC de APREMIO iniciado mediante oficio No. **FIE2023EE012931**, la **INTERVENTORÍA** actualizó el porcentaje de ejecución versus el programado, así, mediante oficio FFIE-G58-G15 del 19 de septiembre de 2023, la **INTERVENTORÍA** informó que el **CONTRATO** reportaba un avance del 2.92%. Ciertamente, luego de la suspensión No. 1 del 5 de septiembre de 2023, dicho porcentaje de ejecución no tuvo variación. Lo anterior, a su turno, fue constatado por la **INTERVENTORÍA** mediante oficio FFIE-G62-G15 del 16 de noviembre de 2023, al sostener que el avance real se mantiene en el 2,92%.
- (iii) Asimismo, durante la ejecución del **CONTRATO** se evidenció el incumplimiento del **CONTRATISTA** con la entrega oportuna y correcta de los informes mensuales de obra y del plan de contingencia solicitado por la **INTERVENTORÍA**. Para dar cuenta del incumplimiento anunciado, merece se adjuntan los siguientes oficios de **INTERVENTORÍA**: (i) FFIE-G18-G15 del 13 de junio de 2023; (ii) FFIE-G22-G15 del 22 de junio de 2023; FFIE-G37-G15 del 25 de julio de 2023; FFIE-G40-G15 del 2 de agosto de 2023; FFIE-G44-G15 del 4 de agosto de 2023; FFIE-G46-G15 del 15 de agosto de 2023. En este punto, sin duda, no hay equivoco alguno al decir que el **CONTRATISTA incumplió grave y definitivamente sus obligaciones**, entre otras, por el atraso acumulado al que llevó el proyecto.

(iv) **Sobre la terminación de mutuo acuerdo:**

Previó a la solicitud de terminación anticipada del **CONTRATISTA**, este tramitó lo siguiente: (i) indexación de precios, y (ii) NPs; en dichas solicitudes solicitó la suspensión del contrato argumentando el aumento excesivo de precios, la no conciliación con la entidad sobre el ajuste e indexación de precios; por su parte, la **INTERVENTORÍA**, mediante oficio **FFIE-G53-G15 del 23 de agosto de 2023**, respondió que no le asiste razón alguna al **CONTRATISTA** en atención a que: (i) la demora en el trámite de NPs es totalmente imputable a este; (ii) la matriz de riesgo asignó como riesgos a cargo del **CONTRATISTA** las fluctuaciones de precios y el riesgo financiero; (iii) finalmente, y con mayor fuerza, argumentó que para el caso en estudio no existen fundamentos de hecho y de derecho que justifiquen lo pretendido por el **CONTRATISTA**.

Luego de verificarse el constante incumplimiento del **CONTRATISTA**, como se recordará la **INTERVENTORÍA** radicó, el 31 de agosto de 2023, el PIC – TAI pues el incumplimiento de este era más que ostensible.

Posterior a ello, el **CONTRATISTA** radicó ante la interventoría solicitud de terminación anticipada, donde argumentó, en general, que no cuenta con los datos suficientes para

determinar el alcance real del proyecto. Así las cosas, mediante oficio FFIE-G50-G21 del 6 de septiembre de 2023, la **INTERVENTORÍA** dio respuesta argumentó que la indexación de precios se envió a la UG FFIE el 16 de agosto de 2023, la cual, se encuentra en trámite; sobre el informe de NPs, la **INTERVENTORÍA**, sostuvo que para la fecha no se habían remitido a la UG FFIE como quiera que las observaciones realizadas por la **INTERVENTORÍA** no han sido atendidas. Finalmente, la **INTERVENTORÍA**, reitero y ratificó la TAI solicitada el 31 de agosto de 2023, pues ciertamente se acreditó que todos los atrasos son imputables al **CONTRATISTA**

(v) Conclusión

Se concluye, por tanto, que el **CONTRATISTA** incumplió grave, total y definitivamente sus obligaciones contractuales, puesto que, con corte al 16 de noviembre de 2023, ad portas de finalizar el plazo de ejecución del contrato, el **CONTRATISTA** reporta un avance real de obra del 2,92%, circunstancia que, como indicó la **INTERVENTORÍA** mediante oficio del 10 de noviembre de 2023: **“el contratista de obra no tiene la capacidad técnica y financiera para culminar las actividades de obra el día 23 de diciembre del 2023, adicional a esto el contratista aún no ha iniciado las socializaciones de inicio de obra las 5 instituciones educativas”**

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 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.

Asimismo, no se acepta el argumento de la garante de que los incumplimientos endilgados no revisten la importancia suficiente para la procedencia de la TAI y su consecuente cláusula penal, pues sin duda, los porcentajes de atraso y de ejecución reportados reflejan un absoluto incumplimiento del contrato, al punto que es material y técnicamente imposible que el contratista finalice las actividades programadas que rondan en 98% en un mes y medio de ejecución, por tanto el incumplimiento presentado, de manera clara y directa, ha afectado la ejecución del contrato al punto de impedir su cabal cumplimiento en los términos inicialmente previstos.

En cuanto al arreglo directo, se aclara que el contratista de obra nunca elevó solicitud de arreglo directo por tanto no es de recibo el argumento de la aseguradora según el cual se debió agotar previamente dicho mecanismo de solución de controversias.

Ahora bien, 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.

Por último, 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.

Siendo lo anterior así, y encontrándose probadas las causales de los literales (b) y (d) del numeral 1 de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de Obra No. 1380-1601-2022, esto es, el incumplimiento grave y directo de las obligaciones en cabeza del contratista, es claro que la consecuencia jurídica procedente es la terminación anticipada por incumplimiento y el cobro de la cláusula penal.

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

La **UG-FFIE** acogió 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 comunica la decisión del Comité Fiduciario de la **TERMINACIÓN ANTICIPADA POR INCUMPLIMIENTO** y se hace exigible el cobro de la cláusula penal por la suma de **TRESCIENTOS OCHO MILLONES DOCE MIL QUINIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$308.012.519) M/CTE.**, al haberse acreditado, el incumplido grave y definitivamente de las obligaciones a cargo del **CONTRATISTA**.

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 **consistente en terminar anticipadamente por incumplimiento el CONTRATO y hacer efectiva la Cláusula Penal** en contra del Contratista por la suma de **TRESCIENTOS OCHO MILLONES DOCE MIL QUINIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$308.012.519) 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 Ahorro diario No. 00130309000200050011 denominada FFIE CLAUSULAS SANCIONATORIAS, cuenta activa del Banco BBVA., a nombre de Alianza Fiduciaria Fideicomisos, identificado(a) con Nit número 830.053.812-2.

Adicionalmente, el PA FFIE, se reserva el derecho de presentar la reclamación, ante la compañía aseguradora, por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del **CONTRATISTA**, 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**

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

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 Ministerio de Educación Nacional.

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 lo 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"