

CERTIFICADO EVIDENCIA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

Evidencia construida por la plataforma tecnológica de notificaciones electrónicas de PROTECDATA COLOMBIA

Según el registro realizado por PROTECDATA COLOMBIA el mensaje de datos referencia la siguiente información:

Detalle del mensaje

Identificador del mensaje 0c52f173-ce20-47af-9565-1ff63eec2af4
Fecha envío 20/Oct/2023 15:03:45
Nombre destinatario LA EQUIDAD OC
Email destino notificacionesjudicialeslaequidad@laequidadseguros.coop
Nombre Emisor JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS
Email Emisor JMARQUEZ@FFIE.COM.CO
Asunto NOTIFICACIÓN AUTO ADMISORIO 2023-00385

Trazabilidad y registro del mensaje de datos construido con estampa de tiempo.

Estado del mensaje	Fecha	Detalles
ENVIADO	20/Oct/2023 15:03:45	92f225da-1a9c-46ac-9ab0-0464a153d2a4
RECIBIDO	20/Oct/2023 15:59:46	c31e788a-8b58-4440-944d-2a61af1b7cfb
		Dirección IP. 186.84.88.73 Navegador: Mozilla/5.0 (Windows NT 10.0; Win64; x64) AppleWebKit/537.36 (KHTML, like Gecko) Chrome/118.0.0.0 Safari/537.36



ESCANEAR EL CÓDIGO QR PARA
VERIFICAR LA NOTIFICACIÓN
ELECTRÓNICA

Asunto del mensaje

NOTIFICACIÓN AUTO ADMISORIO 2023-00385

Cordial saludo,

Por medio del presente remito en adjunto el auto admisorio de demanda del proceso 2023-00385 que cursa en el Juzgado 62 Civil Municipal de Bogotá en contra de la UT GMP y la EQUIDAD SEGUROS OC.

El link de pruebas de la demanda y el escrito de la misma fue remitido al momento de su radicación a los correos

notificacionesjudicialeslaequidad@laequidadseguros.coop y posteriormente al de la apoderada frodriguez@gha.com.co. sin embargo el vínculo es el siguiente:

<https://ffie3->

[my.sharepoint.com/:f:/r/personal/jmarquez_ffie_com_co/Documents/PRUEBAS%20DEMANDA%20%20CO%201380-1061-2019?csf=1&web=1&e=KvviWf](https://ffie3-my.sharepoint.com/:f:/r/personal/jmarquez_ffie_com_co/Documents/PRUEBAS%20DEMANDA%20%20CO%201380-1061-2019?csf=1&web=1&e=KvviWf)

Cordialmente,

JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 62 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

RADICADO: 110014003062-2023-00385-00

Bogotá D.C., 13 de septiembre de 2023

Reunidos los requisitos del artículo 82 y Ss. y 368 y Ss. del C. G. del P. **ADMÍTASE** en legal forma el proceso **DECLARATIVO** de **INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE MENOR CUANTÍA** impetrado por el **PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE** contra **GMP INGENIEROS S.A.S.** y **GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE (INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL GMP)** y la **EQUIDAD SEGUROS OC.**

La presente demanda se adelanta por el procedimiento previsto para el proceso verbal en atención a su cuantía, conforme lo establecido en el Art. 368 del C. G. del P.

De la demanda y anexos córrase traslado a la parte demandada por el término de veinte (20) días conforme lo establecido en el Art. 369 del C. G. del P.

NOTIFIQUESE PERSONALMENTE al(los) extremo(s) demandado(s), la presente providencia en legal forma, de conformidad con lo ordenado por el Artículo 8 de la Ley 2213 de 2022, de manera personal (artículo 290 C.G.P.) y/o de conformidad con lo dispuesto en los artículos 291 y 292 Ejusdem.

Se reconoce personería a la abogada **JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS** para actuar como apoderado judicial de la parte demandante en los términos, con los efectos y para los fines del mandato que le fue conferido.

NOTIFÍQUESE,



MARTÍN ARIAS VILLAMIZAR
JUEZ

Bogotá D.C.,

Señor

JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ (REPARTO)

E.

S.

D.

Asunto: DEMANDA VERBAL.

Demandante: PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE.

Demandada: GMP INGENIEROS S.A.S. Y GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE (INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL GMP), Y LA EQUIDAD SEGUROS O.C.

JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.094.879.565 de Armenia, y tarjeta profesional No. 157.227 C.S. de la Judicatura, en mi calidad de apoderado del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE** con NIT 830.053.812-2, cuyo vocero y administrador es el Consorcio FFIE Alianza BBVA, el cual está conformado por **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.** y **BBVA ASSET MANAGEMENT S.A.** consorcio que a su vez se encuentra representado por **ALIANZA FIDUCIARIA S.A** cuyo representante legal es el Sr. **FRANCISCO JOSÉ SCHWITZER SABOGAL**, conforme al poder que adjunto al presente escrito, presento **DEMANDA VERBAL DE MAYOR CUANTÍA** en contra de la sociedad **GMP INGENIEROS S.A.S.** y del Señor **GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE (Integrantes de la Unión Temporal GMP)**, y la aseguradora del contrato, sociedad **LA EQUIDAD SEGUROS O.C.** identificada más adelante en los siguientes términos:

I. LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

1.1. Parte demandante

1.1.1. PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA FFIE, constituido mediante el Contrato No. 1380 del 22 de octubre de 2015 suscrito entre el Ministerio de Educación Nacional y el **CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA**, el cual está representado legalmente por **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, sociedad de servicios financieros legalmente constituida mediante escritura pública 545 del 11 de febrero de 1986, otorgado en la Notaría Décima del Círculo de Cali, sociedad fiduciaria que actúa en nombre y representación legal del **CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA**, identificada con el NIT 900.900.129-8, conformado por **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, con NIT 860.531.315-3 y la **FIDUCIARIA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA** con NIT 860.048.608-5, consorcio que actúa única y exclusivamente en su calidad de vocero y administrador del Patrimonio Autónomo.

1.2. Parte demandada

La parte demandada está compuesta por las siguientes personas:

1.2.1. GMP INGENIEROS S.A.S, identificada con Nit. 900.060.742-8, con domicilio principal en Bogotá D.C., representada legalmente por el Sr. **GUSTAVO ADOLFO MARTINEZ RAMIREZ**, quien a su vez funge como representante de la unión temporal; o por quien haga sus veces, Y,

1.2.2. GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. No. 19.321.988 de Bogotá D.C.

Los anteriores, como integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL GMP**, identificada con Nit 901.352.703-8.

1.2.3. LA EQUIDAD SEGUROS O.C. identificada con Nit. 860.028.415-5, con domicilio principal en Bogotá D.C.

II. ANTECEDENTES

Los presentes antecedentes tienen como fin dar contexto al despacho sobre los factores relevantes para comprender la naturaleza de las partes involucradas, y los contratos celebrados:

En primer lugar, es preciso indicar la naturaleza jurídica privada del PA FFIE, para lo cual es necesario establecer su origen, la estructura de contratación y el régimen legal aplicable al mismo. Para ello es necesario identificar cuál es el conjunto de fuentes y relaciones jurídicas que regulan el Plan Nacional de Infraestructura Educativa (el “PNIE”), el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Prescolar, Básica y Media (el “FFIE”), el PA FFIE, la Invitación Abierta 004 de 2014, sus Términos de Condiciones Contractuales y sus Adendas y Anexos Técnicos, y los Contratos Obra, para lo cual, es necesario referirse al documento CONPES núm. 3831 de 2015, a las Leyes 1753 de 2015 y 1955 de 2019, al Decreto 1525 de 2015 (norma que se encontraba vigente durante la ejecución del contrato) y demás normas complementarias.

A. Plan Nacional de Infraestructura Educativa

a.1) El Consejo Nacional de Política Económica y Social aprobó el Documento CONPES núm. 3831 del 03 de junio de 2015, denominado *“Declaración de importancia estratégica del Plan Nacional para la Implementación de la Jornada Única Escolar”* (“PNIE”), en la cual plantea como una política de Estado una meta de 51.134 aulas nuevas, ampliadas o mejoradas que permita disminuir el déficit de aulas a nivel nacional.

a.2) Igualmente, el citado CONPES dispone que:

“[...] la barrera principal para implementar la estrategia de jornada única en la totalidad de establecimientos educativos oficiales del país es el déficit actual de aulas escolares, que se calcula en 51.134 y que limita que todos los niños del país tengan la oportunidad de estudiar en una jornada única escolar. [...]. Para 2018, se espera que a través del PNIE se reduzca este déficit en 60%. El presente documento se concentra en las acciones y recursos necesarios para alcanzar esta meta. [...]” (Negritas y Subrayas fuera del texto).

a.3) Adicionalmente, en el diagnóstico presentado en el referido CONPES se indica que existen instituciones educativas que deben ser reubicadas por encontrarse en situaciones de riesgo, tales como inundaciones, remociones en masa, etc. Es necesario indicar además que buena parte de la infraestructura existente que tiene, entre 40 y 60 años de antigüedad y muchas de ellas no cuentan con servicios públicos, entre otras condiciones, circunstancias estas que no permiten la prestación del servicio público en condiciones adecuadas.

a.4) En este sentido, el PNIE se constituye *“[...] como eje fundamental de la implementación de la política de jornada única escolar [...]”,* que tiene como objeto otorgar

“[...] una educación equitativa, aumentar la permanencia de los niños en las escuelas para mejorar la calidad de la formación y mitigar los riesgos de exposición de los niños en edad escolar al acceso de drogas psicoactivas, delincuencia, entre otros [...]”.

a.5) Para la implementación del PNIE, el documento CONPES recomienda la creación del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa -FFIE-.

B. Naturaleza y régimen jurídico aplicable al FFIE

b.1) En virtud de la recomendación contenida en el documento CONPES, con el artículo 59 de la Ley 1753 de 2015 *“por la cual se expide el Plan de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*, se crea el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Prescolar, Básica y Media – FFIE.¹

b.2) El artículo 59 de la Ley 1753 de 2015 indicaba lo siguiente:

“ARTÍCULO 59. Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, básica y media. Créase el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, básica y media, sin personería jurídica, como una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional. Con cargo a los recursos administrados por el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, básica y media, se asumirán los costos en que se incurra para el manejo y control de los recursos, los gastos de operación del fondo, y cualquier otro contrato que se requiera para la estructuración, desarrollo e implementación de esquemas necesarios para lograr la ejecución de los proyectos del Plan Nacional de Infraestructura Educativa. (...)” (Negritas fuera del texto original).

b.3) A su vez, el artículo 1.1.2.4 del Decreto 1075 de 2015², *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación”*, define al FFIE como:

“Artículo 1.1.2.4. Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, Básica y Media – FFIE. El Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, Básica y Media es una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional, sin personería jurídica, creado por el artículo 59 de la Ley 1753 de 2015, para financiar o

¹ Es importante aclarar que esta disposición fue modificada por el artículo 184 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019 “por el cual se expide el Plan de Desarrollo “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, es decir, entró en vigencia con posterioridad a la celebración del Contrato de Obra.

² Esta norma fue adicionada mediante el Decreto 1525 de 2015, la cual fue derogada por el Decreto 1433 del 5 de noviembre de 2020.

cofinanciar los proyectos que se realizaran de acuerdo con el Plan Nacional de Infraestructura Educativa del país y para asumir sus propios gastos de operación”

b.4) En concordancia con lo establecido en el artículo 30 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, el FFIE corresponde a una categoría de fondos especiales que, al carecer de personería jurídica, *“no se asemeja, ni es una entidad pública”* en términos de la Corte Constitucional, en varias sentencias, entre ellas, la C-009 de 2002, Sala Plena, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

b.5) Se tiene entonces que los Fondos Cuenta por su naturaleza, e inclusive por disposición de su norma de creación, como en el caso en particular, admiten la posibilidad de constituir “patrimonios autónomos” a través de un contrato de fiducia mercantil, que se encuentra regulado enteramente por el Código de Comercio y en virtud de su artículo 1226, este se define como aquel en donde *“una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”*. Nótese que para efectos de que el contrato de fiducia mercantil opere, se requiere la transferencia de propiedad de los bienes fideicomitidos.

C. Régimen jurídico del PA FFIE

c.1) A continuación, se explica el fundamento legal de la operación del CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA y del contrato de fiducia mercantil que da origen al PA FFIE.

c.2) El contrato de fiducia mercantil núm. 1380 de 22 de octubre de 2015, mediante el cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado PA FFIE, dispone que el objeto de este es:

“Administrar y pagar las obligaciones que se deriven de la ejecución del plan nacional de infraestructura educativa, a través del patrimonio autónomo constituido con los recursos transferidos del fondo de infraestructura educativa preescolar, básica y media, creado por el artículo 59 de la ley 1753 del 9 de junio de 2015”.

c.3) Sobre este aspecto, la cláusula segunda del citado contrato de fiducia es claro en señalar la forma como el Consorcio FFIE - Alianza BBVA debe ejecuta los contratos, consagrando que:

“F) Ejecutar las actividades precontractuales, contractuales, de legalización y de liquidación de los contratos derivados con personas naturales o jurídicas, entre otros, los de: a) La contratación del personal de la Unidad de Gestión del FFIE y los contratos de asesoría y asistencia técnica, jurídica y financiera para la estructuración de proyectos de infraestructura del PNIE, que requiera esta unidad;(sic) Esta contratación podrá hacerse mediante contratos de prestación de servicios directamente por la Fiduciaria como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo o cuando se requieran contratos laborales, mediante una agencia externa especializada en asumir dichos contratos b) Contratos de diseños integrales y estudios técnicos e Interventoría de diseños y contratos de construcción e Interventoría de los proyectos de infraestructura seleccionados por la Junta Administradora del FFIE, en los cuales quedará establecido que la responsabilidad por dichas actividades de diseño, estudios, Interventoría y construcción son del respectivo contratista bajo tales contratos y c) Contratos de financiación y conexos que sean necesarios para la ejecución del PNIE entre 2015 y 2018”.

c.4) El funcionamiento de un patrimonio autónomo se encuentra regulado en el artículo 1226 del Código de Comercio, que desarrolla la figura de la fiducia mercantil, como un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra llamada fiduciario quien se obliga a administrarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario, quien podrá ser el fideicomitente o un tercero, siendo el medio en el cual recaerán los bienes transferidos el denominado patrimonio autónomo.

c.5) La Superintendencia Financiera, mediante concepto 2013010362-001 de 18 de marzo de 2013, señaló que:

*“Por definición expresa de la citada norma el negocio fiduciario en comento supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con ellos se cumpla una finalidad. Ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo. Dichos bienes **salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente (titular del dominio) y están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo.** (Artículos 1226 a 1244 del C. Co).” (Subrayado fuera del texto original).*

c.6) En consecuencia, la característica que permite distinguir al contrato de fiducia mercantil de otras figuras, y en particular la del encargo fiduciario, es precisamente la transferencia de bienes al fiduciario, pero *“sin que tales bienes ingresen a su patrimonio,*

sino que forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo [...]”.

c.7) De lo anterior, se desprende que la celebración del contrato de fiducia mercantil implica la conformación de un patrimonio autónomo, y con ello, una transferencia del dominio. En esa medida, al carecer de personería jurídica, la representación del patrimonio autónomo recae en cabeza de la sociedad fiduciaria, quien ostenta plena capacidad legal para hacer al patrimonio titular de derechos y obligaciones respecto de los bienes entregados a una finalidad específica. Sin perjuicio de lo anterior, se entiende que existe una separación absoluta de bienes entre la fiduciaria y el patrimonio autónomo.

c.8) Dicho en otras palabras, la sociedad fiduciaria, como titular de los bienes fideicomitidos, al momento de ejecutar el contrato actúa por cuenta del patrimonio autónomo, de manera que las consecuencias jurídicas y económicas de los contratos o negocios que celebre recaerán sobre dicho patrimonio y no sobre los activos propios del fiduciario.

c.9) Sobre el particular, vale la pena traer a colación algunos apartes de la Circular Básica Jurídica, Título V, Págs. 4 y 5, divulgada mediante la Circular Externa 007 de enero 19 de 1996, expedida por la anterior Superintendencia Bancaria, que expresa:

“(...) En materia de fiducia mercantil los bienes fideicomitidos salen definitivamente del patrimonio del fideicomitente y se destinan al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo, conformando un verdadero "patrimonio de afectación" que el citado artículo 1233 del Código de Comercio califica como "patrimonio autónomo", sobre el que pierde potestad dicho fideicomitente, pero que tampoco forma parte del patrimonio del fiduciario. Como consecuencia de la formación de ese patrimonio autónomo y dada su afectación al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo, él se convierte en un centro receptor de derechos subjetivos pudiendo ser, desde el punto de vista sustancial, titular de derechos y obligaciones, y desde el punto de vista procesal, comparecer a juicio como Demandante o demandado a través de su titular -el fiduciario- [...]”.

c.10) De acuerdo con lo expuesto, una vez la Junta Administradora del FFIE viabiliza los proyectos respectivos, el PA FFIE, mediante el Consorcio FFIE - Alianza BBVA (sociedades fiduciarias administradoras), queda habilitado para poder realizar toda la actividad contractual conforme al régimen privado, en virtud de las obligaciones previstas en la citada cláusula.

Finalmente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1525 de 2015, vigente para el momento de la celebración del contrato³. En el artículo 2.3.9.2.6 de esta norma se indica:

“De las unidades de gestión y su Gerente. Sin perjuicio de su autonomía presupuestal y contractual, el Ministerio de Educación Nacional, al momento de celebrar el contrato de fiducia mercantil para la constitución de patrimonios autónomos, debe garantizar que se prevea la contratación de unidades de gestión, que integradas por el personal técnico idóneo, diseñarán, desarrollarán e implementarán los esquemas necesarios para la ejecución de los proyectos del Plan Nacional de Infraestructura Educativa.

Dichas unidades de gestión serán lideradas por un Gerente, encargado de definir su estructura y funcionamiento (...)”

D. Régimen jurídico aplicable a los Contrato de Obra celebrados con la UT GMP.

d.1) Como se mencionó anteriormente, el Plan Nacional de Desarrollo 2014- 2018 (Ley 1753 de 2014) definió la posibilidad de crear “*patrimonios autónomos*” con cargo a los recursos del FFIE, para el desarrollo de proyectos del Plan Nacional de Infraestructura Educativa. Las normas aplicables que rigen los mencionados “*patrimonios autónomos*” son las propias del derecho privado y, en tal virtud, la contratación que ellos realicen será conforme a las reglas del derecho comercial y civil.

d.2) El PA FFIE suscribió los contratos de obra, de conformidad con lo dispuesto artículo 59 de la Ley 1753 del 2014, que establece lo siguiente:

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

d.3) Dicho lo anterior, cuando los proyectos priorizados involucran recursos de cooperación internacional o privada, del sistema general de regalías, de aportes de los

³ El Decreto 1433 del 5 de noviembre de 2020 derogó el Decreto 1525 de 2015.

departamentos, distritos o municipios o del sector privado mediante proyecto de asociación público privada o excedentes de los recursos del Sistema general de Participaciones en educación de las entidades territoriales, se permite, como efectivamente se hizo en el caso *sub examine*, la constitución de un patrimonio autónomo cuya naturaleza es la de un contrato de fiducia mercantil.

d.4) Por consiguiente, al disponer el citado artículo 59 de la Ley 1753 de 2014 que el Patrimonio Autónomo, con cargo a los recursos del FFIE, se regirá por normas del derecho privado, es claro a todas luces que el legislador estableció que los contratos o actos celebrados por el mencionado patrimonio autónomo estarán sometidos a esta normativa.

d.5) Así las cosas, y luego de un análisis integral de las disposiciones normativas, jurisprudenciales y contractuales referidas en precedencia, se concluye que, el patrimonio autónomo mediante el cual se administrarían los recursos del FFIE, por intermedio del Consorcio FFIE - Alianza BBVA, opera bajo el régimen legal de derecho privado, régimen jurídico que igualmente regula el contrato celebrado, partiendo de lo señalado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual el contrato es ley para las partes.

III. HECHOS

1. De conformidad con el pronunciamiento otorgado y las decisiones del Comité Fiduciario, el Consorcio FFIE Alianza BBVA, actuando únicamente como vocero y administrador del Patrimonio Autónomo del Fondo de Infraestructura Educativa (en adelante “PA-FFIE”), adelantó la convocatoria denominada Invitación Abierta FFIE No. 008 de 2019, para seleccionar a los proponentes cuyo objeto consiste en: “LA CONFORMACION DE LISTAS DE ELEGIBLES QUE HABILITEN PROPONENTES PARA LA SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS QUE COMPRENDAN EL DIAGNÓSTICO Y/O, ACTUALIZACIÓN Y/O COMPLEMENTACIÓN Y/O ELABORACIÓN DE ESTUDIOS Y DISEÑOS Y LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS NECESARIAS PARA LA ADECUACIÓN, MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO CORRECTIVO DE LAS INSTITUCIONES RURALES, COMEDORES RESIDENCIALES ESCOLARES, PRIORIZADOS POR EL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA –FFIE de acuerdo a los Términos y Condiciones Contractuales (TCC) establecidos para la citada invitación abierta.

2. De acuerdo con la audiencia de desempate de fecha 26 de agosto de 2019, de la mencionada invitación abierta, publicada el mismo día, se determinó que el contratista UNION TEMPORAL GMP ocupó el tercer lugar en el orden de elegibilidad para la ejecución de las obras del Grupo 17, y acorde al numeral 9.2 de los términos y condiciones de la convocatoria, este se haría adjudicatario del contrato, toda vez que los proponentes que quedaron el primer y segundo lugar, suscribieron contratos para la ejecución de otras Instituciones educativas hasta el límite de metros cuadrados permitidos, siguiente la UT GMP para suscribir este contrato.
3. En consecuencia, el Comité Fiduciario del PA FFIE, en sesión No. 304 llevada a cabo el día 13 de diciembre de 2019 seleccionó a la UNION TEMPORAL GMP para la ejecución de las obras del GRUPO 17: VALLE DEL CAUCA, e instruyó a CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA como vocero y administrador del PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA FFIE, para emitir la carta de aceptación de la propuesta presentada por éste y suscribir el contrato derivado de la Invitación Abierta No. FFIE 008-2019.
4. Que el contrato a celebrar se ejecutarían en relación con las actividades que quedaron inconclusas por parte del anterior contratista CONSORCIO MOTA ENGIL, es decir, la ejecución de los contrato se realizaría a partir del porcentaje de ejecución en que se recibió la obra correspondiente de la institución educativa.

CONTRATO DE OBRA 1380-1061-2019 I.E. ANTONIO JOSÉ CAMACHO SEDE REPÚBLICA DEL PERÚ

5. El día 27 de diciembre de 2019 se suscribió el Contrato de Obra No. 1380-1061-2019 (en adelante “Contrato de Obra”) entre el PA FFIE como contratante y la UNIÓN TEMPORAL GMP (en adelante “el contratista”) identificada con Nit. 901.352.703-8, conformada por la sociedad GMP INGENIEROS identificada con Nit. 900.060.742-8 y el señor GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE identificado con CC. 19.321.988.
6. El objeto del Contrato de Obra era el siguiente:

*“(…) La elaboración de diseños y estudios técnicos, obtención de licencias de construcción en cualquiera de sus modalidades y/o licencia de urbanismo junto con los permisos aprobación necesarias, así como la ejecución de las obras en la, **Institución Educativa Antonio José Camacho Sede República Del Perú**, Ubicada en el Distrito Especial de Cali, Valle del Cauca requeridos por el PA-FFIE.”*

7. La cláusula primera del contrato en cuestión, de igual forma indica, que el proyecto se adelantará bajo la modalidad de valores unitarios fijos de acuerdo con las especificaciones técnicas contenidas en el contrato, en la propuesta presentada por el contratista, en los TCC y sus agendas y en los anexos del contrato.
8. Las condiciones iniciales del Contrato de Obra se ven reflejadas a continuación:

Valor	\$117.942.348
Plazo de ejecución	1 mes
Fecha de inicio	30 de junio de 2020
Fecha de terminación	31 de julio de 2020

9. La cláusula décima novena del Contrato de Obra señala:

“DÉCIMA NOVENA. INTERVENTORÍA: La interventoría del contrato estará a cargo de una firma que será contratada para este efecto. El interventor estará facultado para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y será responsable de mantener informado al PA-FFIE de los hechos o circunstancias que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato o cuando tal incumplimiento se presente. En ningún caso el interventor está facultado para modificar el contenido y alcance del contrato celebrado entre EL CONTRATISTA y el PAFFIE, ni de eximir al CONTRATISTA de sus obligaciones y responsabilidades. La vigilancia integral de este contrato se desarrollará de conformidad con las normas que regulan la materia y especialmente, con el Manual del Interventor del PA-FFIE el cual forma parte de este contrato”.

10. En atención a lo dispuesto en la cláusula décima novena del Contrato de Obra, el día 27 de diciembre de 2019, el PA FFIE suscribió con el CONSORCIO EDUCATIVO CINCO- OPCIONA (en adelante “la Interventoría”) el Contrato de Interventoría, del contrato de obra No. 1380-1061-2019. El objeto del mencionado negocio jurídico fue el siguiente:

“(…) realizar la interventoría técnica, administrativa, financiera, jurídica y ambiental a lo(s) contrato(s) de obra No. 1380-1061-2019, que comprenden la elaboración de los diseños y estudios técnicos, obtención de licencias de construcción en cualquiera de sus modalidades y/o licencias de urbanismo junto con los permisos y aprobaciones necesarias de obras en la Institución, IE ANTONIO JOSÉ

CAMACHO SEDE REPÚBLICA DEL PERÚ, Ubicada en el Distrito Especial de Cali, Valle del Cauca requeridos por el FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA (en adelante FFIE), en desarrollo del PLAN NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA (PNIE) de acuerdo con las especificaciones contenidas en el presente documento, en la propuesta, en los Términos y Condiciones Contractuales (en adelante TCC) y sus adendas, y en los anexos del presente contrato(...)."

11. El día 16 de enero de 2020, la compañía aseguradora LA EQUIDAD SEGUROS OC. expidió la póliza de seguro de cumplimiento No. AA034381 mediante la cual se amparó, entre otras, el cumplimiento del Contrato de Obra No. 1380-1061-2019, actuando como tomadora la Unión Temporal GMP y como beneficiario el CONSORCIO FFIE ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como vocero y administrador del PA FFIE.

12. El objeto del seguro plasmado en la mencionada póliza es:

"GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA NO 1390-1061-2019, EL CUAL TIENE POR OBJETO ELABORACION DE LOS DISEÑOS Y ESTUDIOS TECNICOS, OBTENCION DE LICENCIAS DE CONSTRUCCION EN CUALQUIERA DE SUS MODALIDADES Y/O LICENCIAS DE URBANISMO JUNTO CON LOS PERMISOS Y APROBACIONES NECESARIAS, ASI COMO LA EJECUCION DE LAS OBRAS EN LA IE ANTONIO JOSE CAMACHO SEDE REPUBLICA DE PERU UBICADA EN EL DISTRITO ESPECIAL DE CALI, VALLE DEL CAUCA REQUERIDOS POR EL PA FFIE, EN DESARROLLO DEL PNIE.."

13. El valor de los amparos de la Póliza de cumplimiento No. AA034381 son los siguientes:

PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO No. AA034381– LA EQUIDAD SEGUROS OC	
CUMPLIMIENTO	\$23.588.469
PRESTACIONES SOCIALES	\$11.794.234
CALIDAD DEL SERVICIO	\$11.794.234
BUEN MANEJO DE ANTICIPO	\$23.588.469
ESTABILIDAD DE LA OBRA	\$23.588.469

14. La citada póliza fue aprobada el día 28 de febrero de 2020.

15. El predio fue entregado por el contratista previo CONSORCIO MOTA ENGIL el día 27 de junio de 2020, motivo por el cual fue tardía la suscripción del acta de inicio.
16. El 30 de junio de 2020, se firmó acta de inicio de actividades del contrato antes descrito, estipulando como fecha de terminación el día 31 de julio de 2020.
17. El 27 de julio de 2020, se suscribe acta de suspensión del contrato de obra No. 1380-1061-2019, por el término de TREINTA (30) días calendario, debido a que no estaba completamente definido el alcance del objeto contractual, por ende, resultaba imposible realizar el presupuesto de obra.
18. El 26 de agosto de 2020, se realiza prórroga a la suspensión No. 1 por el término de sesenta (60) días calendario, en virtud de que los motivos que generaron la suspensión persistían, por tanto, resultaba inviable realizar el presupuesto de obra.
19. El 25 de octubre de 2020, se suscribe prórroga 2 a la suspensión No. 1 por el término de treinta (30) días calendario, toda vez que tanto obra como interventoría se encontraban a la espera de los modificatorios de contrato por los cuales se legalizaran los montos y plazos respectivos de cada contrato.
20. El 26 de noviembre de 2020, se suscribe "Otrosí" modificatorio No. 001 frente al contrato de obra No. 1380-1061-2019 en el cual las partes acuerdan:
 1. Modificar la Cláusula Segunda. Valor del Contrato, adicionando suma de SEISCIENTOS SEIS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (\$606.495.447), para un valor total del contrato de Setecientos veinticuatro millones cuatrocientos treinta y siete mil setecientos noventa y cinco pesos (\$724.437.795). Adición justificada en la presentación del presupuesto final por parte del contratista y avalado por la interventoría del contrato, dónde se incluye:

1. Presupuesto Obra nueva con sus respectivos Ítems No Previstos: Los precios se ajustan a los precios tope definidos por la entidad, se presentan Apu's y memorias de cálculo correspondientes, incluyendo los Ítems No Previstos.

2. Ítems No Previstos: Se presentan 3 Cotizaciones de insumos de ferretería no contractuales, 3 cotizaciones del Elevador, 3 Cotizaciones de suministro y montaje de escaleras metálicas, así como también, su respectiva justificación.

3. Presupuesto Obras Complementarias con sus respectivos No Previstos: los precios se ajustan a los precios tope definidos por la entidad, se presentan Apu's y memorias de cálculo correspondientes, incluyendo los Ítems No Previstos.

4. Cronograma de Obra: Se presenta Cronograma de actividades por 60 días (2 meses), incluida la implementación del PAPSO.

2. Así mismo, se modificó la cláusula segunda. Plazo de ejecución del contrato de obra, prorrogando dos (2) meses, para un total de tres (3) meses de plazo de ejecución contractual.

21. El 26 de noviembre de 2020, se suscribe el acta de reinicio a la suspensión No. 01 debido a la suscripción del OTROSÍ No. 01.

22. El 26 de noviembre de 2020, se suscribe acta de suspensión No. 2 por el término de treinta (30) días calendario, teniendo en cuenta que, desde el 16 de noviembre del 2020 y hasta la fecha de la suspensión el contratista anterior (Mota-Engil) se encontraba adelantando actividades dentro de los espacios donde se esperaba que la Unión Temporal GMP desarrollara y ejecutara el alcance contractual.

23. El 09 de diciembre 2020 se suscribe el acta de reinicio a la suspensión No. 2, toda vez que se superaron los motivos que motivaron la suspensión.

24. El 04 de febrero de 2021, se suscribió la Suspensión No. 3 a la Fase 2 por un plazo de treinta (30) días calendario, la cual tuvo una prórroga No. 1 a la suspensión No.1 de cincuenta y ocho (58) días calendario, quedando como fecha de reinicio el 03 de mayo de 2021.

25. Para el 04 de febrero de 2021, el avance de ejecución de obra era un 5%, contra un porcentaje programado 88.95%, teniendo un atraso de ejecución por parte del contratista del 83.95%.

26. El día 6 de marzo de 2021 se suscribió la prórroga No.1 a la suspensión No. 3, por un término de 58 días calendario, por falta de entrega del presupuesto y la necesidad de realizar obras adicionales.
27. El día 26 de abril de 2021, la Interventoría del contrato Consorcio Educativo Cinco Opciona, presentó comunicación radicado 2020-COP-1061-042, por medio de la cual refiere la solicitud de inicio de proceso por posible incumplimiento contractual del contratista, donde indica que el contratista presenta un porcentaje de obra ejecutado del 5% vs el 88.05% programado para la fecha.
28. En dicho informe la interventoría refiere como cláusulas incumplidas por parte del contratista las siguientes:

“CLAUSULA SÉPTIMA OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA OBRA:

NUMERALES

2. Cumplir con los plazos establecidos en el contrato y el anexo técnico para ejecutar los diseños, obtención de licencia 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.

6. Cumplir con el cronograma para cada una de las fases conforme al anexo técnico establecido.

17. Vincular y tener a disposición persona mínimo exigido para la ejecución del contrato según lo dispuesto en los TCC y sus Anexos. Este personal deberá tener permanencia exclusiva conforme a la dedicación prevista en el Anexo Técnico y en la oferta presentada por el CONTRATISTA durante la ejecución del mismo.

27. En caso de presentarse retrasos imputables al CONTRATISTA en la entrega y puesta en funcionamiento de (los) Proyectos requeridos objeto del presente contrato, el CONTRATISTA asumirá los costos de cualquier índole que puedan presentarse por cuenta de dicho retraso.

35. Además del personal mínimo exigido, el contratista deberá contar con los profesionales o técnicos que se requieran para cumplir cabalmente el contrato, TANTO EN PLAZO COMO EN CALIDAD.

ANEXO TÉCNICO DE OBRA

2.4.5. Equipos, herramientas, y materiales de construcción:

-El Contratista deberá contar en cada frente de obra con los equipos y herramientas necesarias para la ejecución de las actividades, estos deberán estar disponibles en la obra en concordancia con lo programado en el cronograma de ejecución, No podrá en ningún caso alegar el no disponibilidad del equipo como motivo para la no ejecución una actividad de obra.

29. De igual forma, en dicho informe la interventoría del contrato relaciona los requerimientos realizados al contratista tendientes a instar el cumplimiento del contrato los cuales se indican a continuación:

- *“Mediante comunicado 2020-COP-1061-020 del 17 de diciembre 2020 se realizó a la UT GMP el primer llamado de atención por incumplimiento de actividades en obra.*
- *Mediante comunicado 2020-COP-1061-021 del 31 de diciembre 2020 se realizó a la UT GMP el segundo llamado de atención por incumplimiento de actividades en obra.*
- *Mediante comunicado 2020-COP-1061-023 del 13 de enero 2021 se reitera la solicitud de plan de contingencia.*
- *Mediante comunicado 2020-COP-1061-029 del 20 de enero 2021 esta interventoría realiza reiteración de los llamados de atención por incumplimiento de contrato.*
- *Mediante comunicado 2020-COP-1061-034 del 27 de enero 2021 esta interventoría emite llamado de atención incumplimiento de compromisos pactados en comités de seguimiento.*
- *Mediante comunicado 2020-COP-1061-036 del 29 de enero 2021 esta interventoría reitera solicitud de flujo caja en formato nuevo Del IE Antonio José Camacho.*
- *Mediante comunicado 2020-COP-1061-038 del 03 de febrero 2021 esta interventoría emite respuesta a oficio 2021-gmp-utg-ffie-ev-ex-co-816 y ratificación del llamado de atención por incumplimiento.”*

30. Concluyendo la interventoría en el mencionado informe, lo siguiente:

“Con el presupuesto aprobado por la entidad contratante e interventoría La UNION TEMPORAL GMP a la fecha de corte de este informe, este es, 4 de febrero de 2021 acumula un incumplimiento de CUARENTA Y OCHO (48) DIAS por actividades no ejecutadas, aun cuando esta interventoría emitió las alertas correspondientes en varias oportunidades. Dado que cada insumo documento solicitado se encuentra inmerso en unos plazos de entrega establecidos por el anexo técnico y los cuales el contratista no acató, la tasación realizada corresponde a los días de mora en la entrega de cada uno a la fecha del 3 de febrero de 2021.

Conforme con lo establecido en la cláusula penal y lo estudiado por esta interventoría respecto a la suspensión de actividades injustificada, la omisión de actualización de las garantías contractuales, suministro de personal requerido, retraso en la entrega de informes, se evidencia el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Cláusula Séptima. OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA: Esta Interventoría recomienda se adelanten los trámites pertinentes para dar inicio al proceso de incumplimiento contractual frente al Contrato de Obra No. 1380-1061-2019, haciendo efectiva la CLAUSULA DECIMAQUINTA , PENAL: EN CASO DE INCUMPLIMIENTO TOTAL O DEFINITIVO DE CUALQUIERA DE LA OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA, DE ACUERDO A LO CONCEPTUADO POR LA INTERVENTORÍA EVIDENCIADO DURANTE SU EJECUCIÓN O CON POSTERIORIDAD AL VENCIMIENTO DEL MISMO SE GENERA A SU CARGO EL PAGO DE LA CLAUSULA PENAL CUYO MONTO SERA HASTA EL 20% DEL VALOR TOTAL DEL CONTRATO. LA PNA NO EXIME AL CONTRATISTA DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL, NI EL PAGO DE LOS PERJUICIOS QUE SUPEREN EL VALOR DE ESTE PORCENTAJE EN LOS TERMINOS DEL ARTICULO 1594 DEL CODIGO CIVIL Y DEMAS NORMAS CONCORDANTES”

En consecuencia, se imponga pena equivalente al 20% del valor del contrato, suma que asciende a CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$144.887.559), garantizando al contratista el debido proceso.”

31. El anexo a la póliza de cumplimiento expedida por LA EQUIDAD O.C. indica:

“2. Exclusiones:

El presente seguro no ampara los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas, en los siguientes casos:

2. 2 las cláusulas penales o multas impuestas al contratista deudor las cuales eran de su cargo exclusivo”

Clausula viciada de nulidad, por cuanto si bien el contrato se rige por el derecho privado, los dineros de su ejecución son netamente públicos motivo por el cual la póliza de cumplimiento debe mantener los estándares de las pólizas para contratar con el Estado, la cual no permite la exclusión del reconocimiento de clausulas penales.

32. La cláusula Décima sexta del contrato indica:

“DÉCIMA SEXTA. PROCEDIMIENTO PARA DECLARA EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y PARA EXIGIR EL PAGO DE LA PENAL DE APREMIO Y/O CLÁUSULA PENAL Cuando se presente un posible incumplimiento, parcial o total del contrato, atribuible al CONTRATISTA respecto de cualquiera de las obligaciones del mismo, el PA-FFIE, según reporte del interventor del Contrato, se deberá observar el siguiente procedimiento: (i) El PA-FFIE mediante comunicación dirigida al domicilio del CONTRATISTA y del GARANTE, hará mención expresa y detallada de los hechos que soportan el presunto incumplimiento contractual atribuible al CONTRATISTA, acompañado del informe del interventor en el que se sustente el mismo y las pruebas que soporten dicha comunicación; de igual forma, se enunciarán las cláusulas contractuales, o disposiciones de los TCC o de sus anexos técnicos, presuntamente incumplidas y las consecuencias que podrían derivarse para EL CONTRATISTA conforme a la tasación de su sanción realizada por la interventoría. En la misma comunicación se establecerá el plazo para que el CONTRATISTA y el GARANTE presenten los descargos respectivos y hagan solicitudes probatorias, escrito que deberá radicarse en el PA-FFIE dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la recepción de la comunicación. (ii) Una vez realizados los descargos y evaluada la pertenencia, utilidad y conducencia de las pruebas solicitadas o en caso de que se hayan practicado las mismas, el PA-FFIE, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de éstos, mediante decisión motivada que constará por escrito, procederá a resolver sobre la procedencia o no de la sanción contractual. Si se resuelve que no hubo incumplimiento, se archivará la actuación contractual. Por el contrario, si se decide que hubo incumplimiento, se aplicará la tasación de la suma a pagar a favor del PA-FFIE a cargo del CONTRATISTA y/o EL GARANTE, de acuerdo con las estipulaciones contractuales, y en caso de incumplimiento grave o total se ordenará la terminación anticipada del contrato, así como su liquidación en el

estado en que se encuentre. La respectiva decisión se notificará al CONTRATISTA y al GARANTE, quienes podrán presentar escrito de reconsideración dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha de la notificación de la decisión, el cual deberá ser decidido por el PA-FFIE, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo del escrito. Si EL CONTRATISTA y EL GARANTE deciden no presentar escrito de reconsideración se procederá al cobro o descuento de la penal moratoria y/o cláusula penal según el caso.”

33. El día 3 de mayo de 2021 se suscribe el acta de reinicio a la suspensión No. 3, determinándose el tiempo de terminación del plazo contractual para el 13 de mayo de 2021, quedando 10 días para la ejecución del contrato.
34. El 3 de mayo de 2021, se elabora la suspensión No. 4 a la Fase 2, motivado en las diferentes problemáticas que se han generado por el Paro Nacional Indefinido, la cual ha sido prorrogada por el término de (10) días, (11) días y (21) días respectivamente, con fecha de reinicio el 21 de junio. En consecuencia, el plazo final de la Fase 2 fue el 29 de junio de 2021, esta suspensión y sus prórrogas fueron solicitadas por el contratista y avaladas por el PA FFIE, y pese a ello el contratista no las suscribió.
35. El 20 de mayo de 2021, se reúnen las partes del contrato, y la entidad proyectó la prórroga No. 1 de la suspensión No. 4, por no haberse superado los motivos de suspensión; prórroga que se da por el término de 11 días calendario. Documento no suscrito por el contratista.
36. El 31 de mayo de 2021, se reúnen las partes del contrato, y la entidad proyecta la prórroga No. 2 de la suspensión No. 4, por no haberse superado los motivos de suspensión; prórroga que se da por el término de 21 días calendario. Documento no suscrito por el contratista.
37. El día 21 de junio de 2021 se proyecta el acta de reinicio a la suspensión no. 4, indicando:

“Teniendo en consideración que el contrato se suspendió por las circunstancias de orden público que se presentaron en la zona de ejecución del proyecto, lo cual afectó el normal desarrollo del contrato al constituirse por una circunstancia de fuerza mayor debido a las afectaciones en la movilidad; y que a la fecha ya se validaron las condiciones de orden público y de movilidad, las cuales se

encuentran superadas, se solicita el reinicio del contrato a partir del 21 de junio de 2021.”

Documento no suscrito por el contratista.

- 38.** En dicha acta de reinicio, no firmada por las partes, se indica que el plazo de ejecución vence el día 15 de julio de 2021.
- 39.** La ejecución del contrato se dio entre las siguientes fechas:
- 30 de junio de 2020 al 27 de julio de de 2020.
 - 09 de diciembre de 2020 al 4 de febrero de 2021.
- 40.** Mediante comunicación FIE2021EE008825 y FIE2021EE008826 de fecha 21 de julio de 2021, se comunica al contratista y a la aseguradora del contrato, la instrucción impartida por el Comité Fiduciario del PA-FFIE en su sesión No. 441 de 06 de julio de 2021, de dar inicio al procedimiento de incumplimiento contractual (PIC) para exigir el pago de la cláusula penal, como consecuencia del incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo del contratista.
- 41.** Mediante escrito radicado 2021-GMP-UTG-FFIE-EV-EX-CO-1392 de fecha 28 de julio de 2021, el contratista UT GMP presenta descargos a la comunicación de inicio del procedimiento de incumplimiento contractual, negándose a la aplicación de la cláusula penal y a la declaratoria de incumplimiento del contrato.
- 42.** El día 08 de noviembre de 2021 se suscribió entre las partes el Acta de terminación anticipada de los contratos de obra suscritos entre el PA FFIE y la UT GMP en el cual se incluye el contrato de obra No. 1380-1061-2019 correspondiente a la Institución educativa ANTONIO JOSÉ CAMACHO SEDE REPÚBLICA DEL PERÚ, el cual, para la fecha de suscripción del acta, el plazo de ejecución se encontraba finalizado. En dicha acta el PA FFIE se reserva la posibilidad de reclamar judicialmente los rubros y perjuicios a lugar con ocasión del incumplimiento del contratista.
- 43.** Mediante comunicación No. 2020-COP-277 del 01 de diciembre de 2021, la interventoría del contrato se pronuncia sobre los descargos presentados, desvirtuando los argumentos del contratista y solicitando al PA FFIE dar continuidad con el procedimiento de incumplimiento contractual (PIC), indicando:

“Esta interventoría reitera que, en efecto y como es sabido por el contratista de obra, existe omisión del cumplimiento de las obligaciones en el curso del contrato, pues si bien, el país se encuentra atravesando por un estado de emergencia, debido a la ola de contagios generada por el virus COVID -19, las condiciones contractuales han estado dispuestas, para que la ejecución del proyecto se realice, como se han expuesto anteriormente, si bien existen situaciones que han sido ajenas a la voluntad del contratista, los atrasos se han tornado graves por el abandono del contratista al proyecto, Desde la fecha de inicio, la única actividad realizada por el contratista fue la instalación del protocolo de bioseguridad aprobado por la interventoría, actividad que se encontraba programada para la primera semana de ejecución; si bien, durante el inicio del contrato se presentaron ciertos contratiempos por la falta claridad del alcance del objeto contractual, estos fueron superados a partir del 9 de diciembre de 2020, fecha en la que se da reinicio a la ejecución del contrato, pese a que esta interventoría, realizó los requerimientos pertinentes desde el 17 de diciembre (2020-COP- 1061-020), realizando múltiples llamados de atención (2020-COP-1061-021) del 31 de diciembre de 2020, 2020-COP-1061-023 del 13 de enero de 2021, 2020-COP-1061-034 del 27 de enero de 2021 y 2020-COP-1061-038 del 3 de febrero de 2021) y poniendo de presente al contratista, las consecuencias generadas por la renuencia en el avance de sus actividades, este hizo caso omiso, con ausentismo en el proyecto, sin personal en obra e incumpliendo los compromisos pactados en los comités de seguimiento, si bien se realizaron algunas actividades y obras correspondientes al cronograma contractual, estas nunca se iniciaron de forma continua, generando esto un retraso significativo, teniendo un avance casi nulo en obra.”

44. Mediante documento de fecha 16 de marzo de 2022, se remite tanto al contratista UT GMP como a la aseguradora Equidad Seguros Generales, la decisión del Comité Fiduciario del PA-FFIE en su sesión No. 498 de 28 y 29 de diciembre de 2021, por medio de la cual, se hace efectiva la cláusula penal en virtud del incumplimiento contractual presentado por el contratista de obra.
45. La mencionada decisión indica que a la terminación del plazo de ejecución el proyecto tenía programado un porcentaje de 100% de ejecución, frente a un avance del contratista del 17,21%, evidenciando el incumplimiento de la UT GMP, y resalta:

“Respecto de lo anterior, la Interventoría indicó en su informe que: “(...)si bien, durante el inicio del contrato se presentaron ciertos contratiempos por la falta

claridad del alcance del objeto contractual, estos fueron superados a partir del 9 de diciembre de 2020, fecha en la que se da reinicio a la ejecución del contrato, pese a que esta interventoría, realizó los requerimientos pertinentes(...)y poniendo de presente al contratista, las consecuencias generadas por la renuencia en el avance de sus actividades, este hizo caso omiso, con ausentismo en el proyecto sin personal en obra e incumpliendo los compromisos pactados en los comités de seguimiento como se relaciona en el acápite siguiente, si bien se realizaron algunas actividades y obras correspondientes al cronograma contractual, estas nunca se iniciaron de forma continua, generando esto un retraso significativo, teniendo un avance casi nulo en obra(...)"

La interventoría manifestó que el contratista UNIÓN TEMPORAL G.M.P. "(...) no dispuso el personal para la ejecución de actividades de obra, permaneciendo dicha situación al largo del contrato, toda vez que en cada visitas y control realizado por la interventoría no se encontraba personal en el proyecto. A pesar de solicitudes semanales por parte de Interventoría y entidad contratante en comités de seguimiento y comunicados el contratista no presenta plan de contingencia ni cuenta con insumos en campo para ejecutar las actividades."

- 46.** Y una vez analizados los descargos del contratista y el pronunciamiento frente a los mismos realizados por parte de la interventoría del contrato, concluye:

"Teniendo en cuenta lo expuesto previamente del análisis realizado por la UGFFIE, el contratista de obra incumplió el objeto contractual en el plazo estipulado y los numerales 2, 6 y 27 de la cláusula 6 del Contrato de Obra 1380-1061-2019. Por lo tanto, se hace efectivo el cobro de la cláusula penal contemplada en la cláusula décimo quinta del Contrato de Obra 1380-1061-2019, equivalente a la suma de CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$144.887.559) correspondiente al 20% del valor del contrato."

- 47.** El día 18 de marzo de 2022, el señor GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE, integrante de la UT GMP, presenta recurso de reconsideración en oposición a la decisión tomada por el PA FFIE referente a la aplicación de la cláusula penal.
- 48.** Asimismo, día 18 de marzo de 2022, mediante comunicación No. 2022-GMP-01CA-EV-EX-CO-217, la UT GMP a través de su representante legal, presenta recurso de

reconsideración en oposición a la decisión tomada por el PA FFIE referente a la aplicación de la cláusula penal.

49. En comunicación de fecha 15 de junio de 2022 se remitió al contratista y a la aseguradora del contrato la Comunicación la decisión de Comité Fiduciario No. 541 del 28 de abril de 2021, por medio de la cual no se reconsidera la decisión y ratifica la aplicación de la cláusula penal.

DE LA REASIGNACIÓN

50. Como consecuencia del no cumplimiento generado por el contratista del contrato de obra, le correspondió al CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA quien actúa únicamente como vocero y administrador del PA-FFIE proceder a reasignar el proyecto para poder culminar con la construcción de la IE , dando cumplimiento al Plan Nacional de Infraestructura Educativa - PNIE, como se detallará a continuación:

47.1. El día 05 de octubre de 2021, se reasignó el proyecto mediante contrato No.1380-1437-2021 al contratista, SOCIEDAD DESARROLLO INTEGRAL DE PROYECTOS DE INGENIERÍA S.A., por valor de SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS (\$798.448.537).

47.2. El contrato No.1380-1437-2021 manejó un modelo de supervisión contractual integral, por lo que no hubo lugar a contratar un interventor.

PERJUICIOS

48. El contratista a deuda a la entidad la suma de CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$144.887.559), correspondiente al valor de la cláusula penal pactada.
49. Si bien el contrato reasignado no tuvo reprocesos de lo poco ejecutado por la UT GMP, para reasignar el contrato el mismo tuvo una indexación calculada en la suma de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$12.828.942.)

50. El contrato reasignado contó con el modelo de supervisión integral, sobre el cual se calcula un perjuicio para la entidad de NUEVE MILLONES DE PESOS (\$9.000.000) de los honorarios pagados a los contratistas pagados para esta labor.
51. Sin embargo, el contratista UT GMP tiene un saldo aproximado pendiente por cobrar a la entidad por la Suma de CIENTO DIECINUEVE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (\$119.90.282), que de los valores adeudados a mi mandante deberán ser compensados.
52. El día 24 de noviembre de 2022 se presentó ante el Centro de Conciliación de la Superintendencia de Sociedades, solicitud de conciliación frente a los hechos aquí alegados.
53. El 30 de enero de 2023 se llevó a cabo diligencia de conciliación extrajudicial declarándose fracasada la misma.

IV. PRETENSIONES

DECLARATIVAS

1. Que se **DECLARE** que entre el **PATRIMONIO AUTONÓMOMO FFIE**, quien actúa a través del **CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA**; y la **UNIÓN TEMPORAL GMP** (INTEGRADA POR GMP INGENIEROS S.A.S. Y GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE), se celebró el Contrato de Obra No. 1380-1061-2019.
2. Que se **DECLARE** que **LA EQUIDAD SEGUROS O.C.** celebró el contrato de seguros descrito en la póliza No. **AA034381** y amparó, entre otros eventos, el cumplimiento del Contrato de Obra No. 1380-1061-2019 a favor del **PATRIMONIO AUTONÓMOMO FFIE** quien actúa a través de su vocero y administrador **CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA**.
3. Que se **DECLARE** el incumplimiento del contrato de obra 1380-1061-2019 por parte de la **UNIÓN TEMPORAL GMP (INTEGRADA POR GMP INGENIEROS S.A.S. Y GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE)**, contrato asegurado por que **LA EQUIDAD SEGUROS O.C.**

4. Que se **DECLARE** que la **UNIÓN TEMPORAL GMP (INTEGRADA POR GMP INGENIEROS S.A.S. Y GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE)**, adeuda al **PA FFIE** el valor de la cláusula penal pactada en el contrato 1380-1061-2019.
5. Que se **DECLARE** la ocurrencia del siniestro de la póliza No. **AA034381** expedidas por **LA EQUIDAD SEGUROS O.C.**
6. **DECLARAR** que según lo pactado en la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. **AA034381** expedidas por **LA EQUIDAD SEGUROS O.C.**, la aseguradora está obligada a indemnizar al **PA FFIE** hasta los límites máximos de cobertura pactados en las Pólizas mencionadas por concepto del amparo de cumplimiento.
7. **DECLARAR** la nulidad de la exclusión de los perjuicios por concepto de cláusula penal contenidas en la póliza de Seguro de Cumplimiento No. **AA034381** expedidas por **LA EQUIDAD SEGUROS O.C.**

CONDENATORIAS

8. Que se **CONDENE** a la **UNIÓN TEMPORAL GMP (INTEGRADA POR GMP INGENIEROS S.A.S. Y GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE)**, a pagar a favor del **PA FFIE** la suma de **CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$144.887.559)**, correspondiente a la cláusula penal establecidas en el contrato de obra, o el mayor valor tasado por este concepto que estime el despacho.
9. Que se **CONDENE** a la **UNIÓN TEMPORAL GMP (INTEGRADA POR GMP INGENIEROS S.A.S. Y GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE)** a pagar a favor del **PA FFIE** la suma de **DOCE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$12.828.942.)**, o el mayor valor probado dentro del proceso, correspondiente a la indexación del valor del contrato de obra a reasignar, por su incumplimiento.
10. Que se **CONDENE** a la **UNIÓN TEMPORAL GMP (INTEGRADA POR GMP INGENIEROS S.A.S. Y GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE)** a pagar a favor del **PA FFIE** la suma de **NUEVE MILLONES DE PESOS (\$9.000.000)**, o

el mayor valor probado dentro del proceso, correspondiente al pago de la supervisión integral del contrato de obra reasignado.

11. Que se **CONDENE** a **LA EQUIDAD SEGUROS O.C.** a pagar al **PA FFIE** el valor del tope del amparo de cumplimiento de la póliza **AA034381**, por el pago de perjuicios antes descritos derivados del incumplimiento del contrato.
12. En virtud de la solicitud de nulidad de la exclusión de la cláusula penal de la póliza de seguro, se **CONDENE** a **LA EQUIDAD SEGUROS O.C.** a pagar al **PA FFIE** el valor derivado de la cláusula penal del contrato hasta el tope de la póliza.
13. Que se **CONDENE** a la parte demandada a pagar las costas y agencias en derecho.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

El artículo 1602 del Código Civil indica que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”

De conformidad con lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y a la doctrina nacional, los elementos para que se configure la responsabilidad contractual son los siguientes:

- a. La existencia de un contrato válido.
- b. La existencia de un incumplimiento al contrato.
- c. Culpa (en las obligaciones de medio) o sin culpa (obligaciones de resultado).
- d. La existencia de un daño.
- e. Que ese daño provenga del incumplimiento del contrato.

En el presente caso, confluyen dos grandes actividades a cargo del contratista, por un lado la actividad de consultoría (elaboración de diseños y estudios técnicos), y por el otro lado la actividad de realización de la obra.

En la primera actividad se le encarga al contratista la realización de diseños y estudios técnicos que permitan la futura construcción de una estructura determinada; en la segunda actividad se le encarga al contratista la ejecución de una obra con fundamento en unos estudios y diseños determinados.

En esta última actividad se espera que el contratista entregue la obra de conformidad con las especificaciones técnicas requeridas en el contrato.

Se demostrará entonces la existencia de un contrato válido; la falta de entrega de las obras por parte del contratista; que las obligaciones del contratista estaban inmersas en los criterios de oportunidad y calidad; la existencia de un daño, el cual está demostrado a través de la cláusula penal, testimonios y documentos; y que dicho daño proviene de la falta de entrega de las obras.

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO CRITERIO A TENER EN CUENTA EN EL PRESENTE CASO

Tal y como de los supuestos fácticos se infiere, el contrato cuyas obligaciones se incumplieron está íntimamente relacionado con el derecho a la educación de cientos de niños, niñas y adolescentes -NNA.

En efecto, la realización de las actividades omitidas por el contratista serían un instrumento idóneo para que cientos de NNA pudiesen recibir una educación de calidad puesto que la infraestructura es un requisito necesario para el cumplimiento de tales fines en condiciones dignas.

Frente a la importancia al derecho a la educación, la Corte Constitucional ha mencionado lo siguiente:

“La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha sostenido que el derecho a la educación comporta las siguientes características: (i) es objeto de protección especial del Estado; (ii) es presupuesto básico de la efectividad de otros derechos fundamentales, tales como la escogencia de una profesión u oficio, la igualdad de oportunidades en materia educativa y de realización personal y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros; (iii) es uno de los fines esenciales del Estado Social Democrático de Derecho; (iv) está comprendido por la potestad de sus titulares de reclamar el acceso y la permanencia en el sistema educativo o a uno que permita una “adecuada formación”; (v) se trata de un derecho deber y genera obligaciones recíprocas entre todos los actores del proceso educativo.”

Siendo entonces el derecho a la educación objeto de protección especial del Estado, un presupuesto básico para efectividad de otros derechos y un fin esencial del Estado, es evidente que el incumplimiento contractual acá alegado debe ser visto, también, desde este punto de vista.

Respecto a la relación entre contratos de obra y el derecho a la educación, la Corte Constitucional ha indicado:

“i) la asequibilidad o disponibilidad el servicio, que puede resumirse en la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso al sistema educativo, abstenerse de impedir a los particulares fundar instituciones educativas e invertir en infraestructura para la prestación del servicio, entre otras; (ii) la accesibilidad, que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad al sistema aludido, la eliminación de todo tipo de discriminación en el mismo, y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico; (iii) la adaptabilidad, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice continuidad en la prestación del servicio, y (iv) la aceptabilidad, la cual hace alusión a la calidad de la educación que debe impartirse.”

Conforme a lo anterior, el incumplimiento del contratista afectó directamente el derecho a la educación de cientos de estudiantes dado que no permitió, a tiempo, la disponibilidad de la sede educativa, el acceso de los estudiantes a dicha sede, y la adaptabilidad de los NNA en el entendido que no fueron satisfechas sus necesidades educativas a tiempo.

Con el fin de demostrar al señor juez tanto la existencia de las normas jurídicas que pretendemos sean aplicadas, así como los supuestos de hecho de aquellas, proponemos la siguiente ruta de análisis:

- a. Existencia y alcance de las obligaciones incumplidas
- b. Existencia y prueba del incumplimiento

- EXISTENCIA Y ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES INCUMPLIDAS

De conformidad con el contrato de obra celebrado entre El CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA (ALIANZA FIDUCIARIA S.A, y FIDUCIARIA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A.), vocero y administrador del PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE

INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA FFIE , las normas jurídicas que regían dicho acuerdo de voluntades eran las siguientes:

- a. Normas civiles.
- b. Normas comerciales
- c. Términos de Condiciones Contractuales –TCC.
- d. Anexos Técnicos.
- e. Manual Operativo del Contrato de Fiducia Mercantil No. 1380 de 2015.
- f. Cláusulas contractuales del Contrato de Obra.

Conforme a ello, se pasa analizar cada obligación jurídicamente relevante para la presente demanda.

Obligaciones establecidas en el Contrato de Obra

En los Contrato de Obra, las obligaciones jurídicamente relevantes para el presente caso son las siguientes:

- a. Realizar los diseños, estudios técnicos y obra de los proyectos requeridos por el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa -FFIE.
- b. Dichos diseños, estudios técnicos y obra debían realizarse de conformidad con las especificaciones técnicas contenidas en el Contrato de Obra, sus anexos, la propuesta y los Términos de Condiciones Contractuales -TCC.
- c. Los diseños, estudios técnicos y obra deberán ser aprobados por la Interventoría.
- d. El contratista debía cumplir con cada uno de los plazos de ejecución establecidos en las actas de servicio.
- e. El contratista debía cumplir con el cronograma establecido para las dos fases.
- f. El contratista debía acatar las instrucciones de la interventoría y del contratante.
- g. El contratista debía presentar el personal mínimo exigido para la ejecución del contrato.
- h. Mantener el equipo trabajo propuesto y disponer de los medios físicos y administrativos que permitieran cumplir con el contrato.
- i. El contratista debía presentar un informe final de ejecución del contrato.
- j. El contratista debía ejecutar sus obligaciones con criterio de calidad conforme a lo determinado por el interventor.

- k.** El contratista debía ejecutar sus obligaciones con criterio de oportunidad conforme a lo determinado por el interventor.
- l.** Para el recibo a satisfacción de las obras contratadas el interventor debía avalar la entrega.
- m.** El contratista no podría ceder el contrato ni subcontratar la ejecución del contrato sin autorización expresa del contratante.
- n.** Las partes debían intentar liquidar el contrato de mutuo acuerdo dentro los ocho (8) meses siguientes a su terminación.

Obligaciones establecidas en el Términos de Condiciones Contractuales -TCC-

En los TCC las obligaciones jurídicamente relevantes para el presente caso son las siguientes:

- a.** El contratista debía tener en cuenta que el contrato se pagaría conforme a la modalidad de precio global fijo.
- b.** El contratista debía entregar al contratante el proyecto debidamente terminado y en funcionamiento.
- c.** El contratista no podía solicitar al FFIE mayores valores por actividades que eran necesarias e indispensables para el funcionamiento del proyecto y menos podrá solicitar reconocimientos por actividades adicionales o imprevistas.
- d.** Para la entrega y recibo a satisfacción de los productos el contratista debía contar con el visto bueno de la interventoría.
- e.** El Contratista deberá presentar cada trimestre los estados financieros, a fin de verificar que los índices establecidos se mantengan durante la ejecución del contrato.
- f.** Los riesgos debían asumirse de conformidad con la matriz de riesgos indicada en los TCC .
- g.** El contratista debía asumir de forma obligatoria, los riesgos previsibles identificados y plasmados en los TCC, y aceptados en su propuesta.

Obligaciones establecidas en los Anexos Técnicos.

- De acuerdo al Anexo Técnico las obligaciones jurídicamente relevantes para el presente caso son las siguientes:
- El Contratista conforme avanzaba el proyecto debía suscribir las actas definidas en el anexo técnico para cada una de sus fases.

- Una vez recibida a satisfacción la Fase 1 del proyecto y contando con todos los permisos y licencias, debía proceder con el inicio de la Fase 2 de acuerdo a los plazos definidos en el cronograma aprobado por la Interventoría en la Fase 1.
- El contratista debía presentar la propuesta del sistema constructivo y en ella debía considerar el lugar, las dificultades de acceso de los materiales, la consecución de mano de obra especializada, cumpliendo con toda la Normatividad existente en el país aplicable a la construcción de infraestructura educativa.
- El contratista dentro de los aspectos legales debía verificar la propiedad del predio a intervenir y tramitar la expedición del Certificado de Tradición y Libertad de Matrícula Inmobiliaria vigente expedido por la Superintendencia de Notariado y Registro.
- El contratista debía verificar sobre los aspectos Físicos del predio es decir la localización, la morfología y los aspectos socioeconómicos.
- El contratista debía presentar y dar cumplimiento al Plan de Aseguramiento de la calidad, seguridad industrial y gestión ambiental (PACAS).
- El Contratista era el único responsable de la calidad y viabilidad de ejecución de los proyectos, para asegurar dicha calidad, el contratista debía contar con el personal idóneo y especializado con las calidades técnicas y profesionales que se requieran para su ejecución tanto en la fase 1, fase 2 y fase 3, de acuerdo con los perfiles mínimos de las Normas que le apliquen a cada especialidad.
- El contratista frente a las reuniones de socialización deberá convocar a la comunidad como mínimo al inicio, una segunda cuando la obra se encuentre en un avance del 50% y una tercera a la terminación.
- El contratista deberá suministrar o construir o adecuar un campamento de obra por cada Acta de Servicio que se le asigne con las características descritas en el anexo técnico
- El contratista deberá contar en el frente de obra de cada acta de servicio con la disponibilidad, suministro, calidad y certificación de los equipos, herramientas y materiales de acuerdo con la programación de ejecución
- El contratista deberá colocar y mantener en su área de trabajo las señales de acuerdo con la normativa vigente, tales como: la legislación de tránsito vehicular, de equipo, maquinaria y peatonal municipal (Planes de manejo de tránsito PMT), departamental y nacional y todas aquellas que se requieran para garantizar la seguridad y el adecuado desarrollo de la obra.
- El Contratista debía entregar la Infraestructura educativa a la interventoría, al FFIE, al Municipio o a la Entidad Territorial Certificada totalmente terminada y funcionando con la totalidad de conexiones a los servicios públicos, conforme con la viabilidades o factibilidades dadas por las Empresas prestadoras de servicios en el lugar de ejecución, y las certificaciones de Norma que apliquen según el



caso, de esta entrega se debe suscribir el Acta de Entrega y recibo por parte del delegado del Ente Territorial y/o de la ETC, previa suscripción del acta de recibo a satisfacción.

EXISTENCIA Y PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO

Tal como se indica en el acápite de hechos está probado claramente el incumplimiento del contratista frente a sus obligaciones contractuales, deviniendo en la aplicación de las cláusulas penales a lugar.

TIPOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS PENALES

Según la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cláusula penal tiene el siguiente significado y alcance:

“a[...] La evaluación convencional de los perjuicios o cláusula penal, según la ley “es aquélla 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 retardarla obligación principal”(Art. 1592 del C.C). Este concepto pone de manifiesto que la pena convencional puede cumplir diversidad de funciones, tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o caución, o de estimación anticipada de los perjuicios;

[...] Ahora, la estipulación de una cláusula penal en un contrato le concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho «a exigir el pago de la pena establecida por el solo hecho de incumplirse la obligación principal; en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de comprobar dicha culpa (Art. 1604 del C. C); en tercer lugar, evita la controversia sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor.

[...] Para evitar un doble pago de la obligación, en principio no puede exigir el acreedor, a la vez, la obligación principal y la pena (Art. 1594 del C.C); tampoco puede solicitar el cúmulo de la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, porque ello entrañaría una doble satisfacción de los mismos, salvo que así se haya estipulado, o que la pena convenida sea de naturaleza moratoria, pues en uno y

otro eventos si puede pedirse acumuladamente tales reclamaciones (Art. 1600 del C. C).⁴

La doctrina y la jurisprudencia han identificado y clasificado diferentes tipos de cláusulas penales según su naturaleza. Al respecto se han mencionado que existen cuatro (4) tipos de cláusulas penales, según su naturaleza:

1. Cláusula penal sancionatoria.
2. Cláusula penal como tasación anticipada de perjuicios (sustitutiva).
3. Cláusula penal como tasación anticipada de perjuicios moratorios.
4. Cláusula penal como tasación anticipada de perjuicios compensatorios (cumulativa).

Su naturaleza jurídica depende de lo que los contratantes hayan querido establecer en el contrato, esto es, de si quisieron sustituir la indemnización de perjuicios por la cláusula penal, o de si quisieron sancionar la mora en el cumplimiento de obligaciones, entre otros.

Pero, una de las conclusiones que puede extraerse de lo acá mencionado, es que existen diversas clases de cláusulas penales que responden a diferentes causas y efectos, por lo que es posible establecer varias de ellas en un mismo contrato.

Entonces, es menester subsumir las cláusulas penales con los diferentes tipos de dicha figura en aras de determinar su naturaleza y efectos.

CLÁUSULA PENAL

La cláusula penal del contrato de obra, indica lo siguiente:

DÉCIMA QUINTA. CLÁUSULA PENAL: En caso de incumplimiento total o definitivo de cualquiera de las obligaciones del contratista conforme a lo conceptuado por la interventoría evidenciado durante su ejecución o con posterioridad al vencimiento del mismo, se genera a su cargo el pago de una cláusula penal cuyo monto será hasta por el 20% del valor total del contrato. La pena no exime al contratista del cumplimiento de la obligación principal, ni del pago de los perjuicios que superen el valor de este porcentaje en los términos del artículo 1594 del Código Civil y demás normas concordantes.

Frente a dicho tipo de cláusulas penales la Corte Suprema de Justicia ha mencionado:

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia del treinta y uno (31) de julio de dos mil diecisiete (2018). Radicado SC3047-2018, 25899-31-03-002-2013-00162-01. Magistrado ponente Luis Alonso Rico Puerta.

“En el sistema del Código Civil Colombiano, el régimen de la cláusula penal está definido por los artículos 1592 a 1601, entendiéndose en el primero de los artículos por “cláusula penal” “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.”

Según esta definición, la cláusula penal implica una liquidación de los perjuicios por la no ejecución o el retardo de la obligación principal, realizada directamente por las partes, de manera anticipada y con un “carácter estimativo y aproximado”, que en principio debe considerarse “equitativo”, sin perjuicio, eso sí, de la acción de rebaja que consagra el art. 1601 del C. Civil, norma está a la que la doctrina nacional no le ha otorgado alcance distinto al que emerge de su claro tenor literal, o sea, ver en ella una facultad para pedir “que se rebaje” la cláusula en los eventos de la llamada “cláusula penal enorme”, esto es, cuando la pena en una “cantidad determinada” “exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él”, o sea al duplo de la obligación de “pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse” (art. 1601). Desde luego, como lo ha admitido la Corte, que la cláusula en comentario, de conformidad con el artículo 1601, también puede operar como una sanción convencional, con un carácter coercitivo o compulsivo, tendiente a forzar al deudor a cumplir las obligaciones adquiridas. Concretamente en sentencia de 23 de mayo de 1996, la Corporación expresó: “Entendida pues la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente, tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con

*caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato."*⁵

Así pues, estando acreditado el incumplimiento, la obligación frente al pago de la cláusula penal se encuentra acreditada.

EL AMPARO DE LAS PÓLIZAS DE SEGURO Y SU SINIESTRO

El día 16 de enero de 2020 la compañía aseguradora **LA EQUIDAD SEGUROS OC.** expidió la póliza de seguro de cumplimiento **No. AA034381** mediante la cual se amparó, entre otras, el cumplimiento del Contrato de Obra No. 1380-1061-2019, actuando como tomadora la Unión Temporal GMP y como beneficiario el CONSORCIO FFIE ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como vocero y administrador del PA FFIE.

El objeto del seguro plasmado en la mencionada póliza es:

"GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA NO 1390-1061-2019, EL CUAL TIENE POR OBJETO ELABORACION DE LOS DISEÑOS Y ESTUDIOS TECNICOS, OBTENCION DE LICENCIAS DE CONSTRUCCION EN CUALQUIERA DE SUS MODALIDADES Y/O LICENCIAS DE URBANISMO JUNTO CON LOS PERMISOS Y APROBACIONES NECESARIAS, ASI COMO LA EJECUCION DE LAS OBRAS EN LA IE ANTONIO JOSE CAMACHO SEDE REPUBLICA DE PERU UBICADA EN EL DISTRITO ESPECIAL DE CALI, VALLE DEL CAUCA REQUERIDOS POR EL PA FFIE, EN DESARROLLO DEL PNIE.."

El valor de los amparos de la Póliza de cumplimiento No. AA034381 son los siguientes:

PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO No. AA034381– LA EQUIDAD SEGUROS OC	
CUMPLIMIENTO	\$23.588.469
PRESTACIONES SOCIALES	\$11.794.234
CALIDAD DEL SERVICIO	\$11.794.234
BUEN MANEJO DE ANTICIPO	\$23.588.469
ESTABILIDAD DE LA OBRA	\$23.588.469

Póliza que fue aprobada el día 28 de febrero de 2020.

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del veintitrés (23) de junio de dos mil (2000). Expediente No. C-4823.

De la previsibilidad del daño y la prueba del siniestro

Debe saberse que en las pólizas que amparan los contratos de este tipo, la previsibilidad del daño en un incumplimiento contractual recae en los sobrecostos que se generan por la reasignación de los contratos de obra e interventoría, y en la reconstrucción de las obras entregadas con deficiencia en la calidad.

Con respecto al incumplimiento de las obligaciones de hacer, el artículo 1610 del código civil reza:

ARTICULO 1610. MORA DEL DEUDOR EN OBLIGACIONES DE HACER. *Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:*

1a.) *Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.*

2a.) *Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.*

3a.) *Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato*

Por lo anterior, el simple incumplimiento del contrato en el factor tiempo-ejecución, es la prueba base del siniestro de los amparos de las pólizas, y que da viabilidad plena al cobro de los montos asegurados por cada concepto afectado.

PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL DAÑO Y SU CUANTÍA

La existencia del daño y su cuantía se encuentran demostrados según las siguientes consideraciones:

Daño emergente

Daños ocasionados por la reasignación de la obra incumplida

Debido al incumplimiento del contratista en la ejecución de las actividades acta de servicio de las instituciones referidas en el acápite de los hechos por acuerdos, el Consorcio FFIE

Alianza BBVA tuvo que contratar, nuevamente, a un tercero para que realizara las labores no ejecutadas por el demandado y a otra persona para que realice, nuevamente, la interventoría al nuevo contratista. A esta situación se le denomina como reasignación de la obra.

Si bien no se realizaron reprocesos de lo poco ejecutado por la UT GMP, por parte del nuevo contratista, la indexación de los valores del contrato a causa del incumplimiento prolongado en el tiempo del contratista representa un perjuicio para la entidad. Causando un daño equivalentes a la suma de:

- DOCE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$12.828.942.) del cálculo de la indexación de los valores del contrato de obra:

NUEVO CONTRATISTA DE OBRA	FECHA DE INICIO C.O	VALOR A AJUSTES A DISEÑOS ESTIMADO	VALOR CONTRATO DE OBRA INCLUYE (MEJORMINETOS Y COMPLEMENTARIAS)	% DE INDEXACION FRENTE A LA FECHA DE TERMINACIÓN	VALOR ESTIMADO DE INDEXACIÓN CONTRATO DE OBRA (AZ*AY)
DESARROLLO INTEGRAL DE PROYECTOS DE INGENIERIA S.A.S.	12/11/2021	\$ -	\$ 605.147.513,00	2,12%	\$ 12.828.942,90

- NUEVE MILLONES DE PESOS (\$9.000.000) de los honorarios pagados a los contratistas contratados para la supervisión integral del nuevo contrato de obra.

Valor estimado de acuerdo con los perjuicios que ha sufrido el contratante y demandante por la reasignación de contratos de obra e interventoría, pero que en todo caso pueden ser superiores; valores que no contemplan en pago de las cláusula penal pretendida.

DE LA NULIDAD DE LA EXCLUSIÓN DE LA CLAUSULA PENAL EN LA PÓLIZA EMITIDA POR LA EQUIDAD O.C.

En primer. Lugar, es importante mencionar y tener claro los elementos esenciales del contrato de seguro, que según el artículo 1045 del Decreto 410 de 1971 (*Reglamentado parcialmente por el Decreto 1753 de 1991 - Reglamentado por el Decreto 2952 de 1936 - Adicionado por el Artículo 1 Ley 1 de 1980*) son los siguientes:

- 1) El interés asegurable

- 
- 2) El riesgo asegurable
 - 3) La prima o precio del seguro y,
 - 4) La obligación condicional del asegurador

Por lo tanto, si llegase a faltar alguno de estos elementos esenciales no producirá efecto alguno so pena de ser ineficaz en pleno derecho.

Frente al riesgo asegurable el Decreto 410 de 1971 establece lo siguiente:

“Es el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.”

Un sector de la doctrina ha aceptado que se tomen como elementos determinantes para la existencia del riesgo los siguientes (López, 1999)⁶ citado por (Calle Juan y Vargas Carlos, 2018)⁷:

1. Que el riesgo sea de posible realización.
2. Que dicha realización sea incierta.
3. Que sea fortuita.
4. Que se cause un daño.
5. Que subsista una obligación condicional de asegurador.

Teniendo en cuenta lo anterior, el siniestro se configura, cuando se presenta el riesgo asegurado en la póliza y produce daños por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones estipuladas en el contrato. Es la manifestación concreta del riesgo asegurado, que produce daños garantizados en la póliza hasta determinada cuantía.⁸

Ahora bien, para el caso que nos ocupa es menester hacer referencia a que, la cláusula penal pecuniaria es una estipulación pactada de común acuerdo por las partes del contrato con el objeto de establecer previamente un monto o una cuantía equivalente al valor de los perjuicios que se causen como consecuencia del incumplimiento contractual

⁶ López, F. (1999). Contrato de Seguro. Bogotá: Dupre editores.

⁷ Calle Saldarriaga Juan M. y Vargas Piedrahita Carlos J. “Las Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro” Medellín: Universidad EAFIT, 2018.

⁸ Glosario. Sura: <https://www.segurossura.com.co/paginas/glosario.aspx>

de una de las partes. El efecto jurídico más importante de la cláusula mencionada es que exime a la parte cumplida de la obligación de demostrar la cuantía de la indemnización.

Según el Doctor Rodrigo Escobar Gil, la cláusula penal pecuniaria es *“una estipulación en la que se fija anticipadamente el valor de la indemnización que cada parte puede reclamar por el incumplimiento de las obligaciones de la otra”*. (Escobar Rodrigo, 2003)⁹ Es una tasación anticipada de perjuicios, cuyo efecto jurídico es que exime al acreedor (parte cumplida) de demostrar el monto de los perjuicios. (Fasecolda, 2016).

Con base en lo anterior, y de acuerdo a que en las pólizas relacionadas al inicio del presente concepto, se tiene como exclusiones en las diferentes compañías aseguradoras, el no pago de la cláusula penal, que como bien se dijo anteriormente es la tasación anticipada de perjuicios, y debido a que se excluye dentro del contrato de seguro de cumplimiento cuya naturaleza es netamente la indemnización de perjuicios asociadas al incumplimiento del contratista, cuando se estipula dicha exclusión de la cláusula penal, se excluye automáticamente el riesgo asegurado, elemento esencial del contrato de seguro.

Esa exclusión representa la derogatoria de los elementos esenciales del seguro: el riesgo asegurado. En efecto, los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato se sustraen por vía de exclusión, cuando el objeto del amparo es, precisamente el perjuicio que se cause al asegurado en virtud de la realización del riesgo.

¿Puede una aseguradora por vía de exclusión no amparar el daño resarcible del contrato, cuando el objeto de la garantía es precisamente el amparo de los daños derivados del incumplimiento del contrato? La respuesta es negativa. La cláusula penal establece los perjuicios consecuenciales del incumplimiento del contrato. Permite a las partes estimar *ex – ante* la magnitud del daño en caso de incumplimiento total, parcial o defectuoso. Con claridad meridiana, la pena del contrato define el daño; el seguro de cumplimiento está dispuesto para el amparo de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. No resulta sostenible a la luz de las previsiones en la materia la legalidad o eficacia de estas clases de exclusión.

Para sustentar la anterior conclusión, en primer lugar, la jurisprudencia de la Corte¹⁰ en relación al amparo de cumplimiento ha dicho lo siguiente:

⁹ ESCOBAR GIL Rodrigo. Teoría General de los contratos de la administración pública. Editorial Legis. Edición 2003.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Luis Alfonso Rico Puerta.SC3893-2020. Radicación n.º 11001-31-03-032-2015-00826-01. 19 de octubre de 2020.

“«[E]l seguro de cumplimiento (...) fue expresamente reconocido en el plano legal por la ley 225 de 1938, cuyo art. 2° estableció que su objeto sería el de amparar el “cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes y contratos” y, adicionalmente, que tal figura negocial es mencionada explícitamente por el art. 1099 del estatuto mercantil, en prueba fehaciente de su disciplina y referencia legislativa.

(...)

De conformidad con lo establecido en el citado texto legal, mediante esta modalidad contractual, que es una variante o especie de los seguros de daños – conforme lo ha expresado repetidamente esta Sala (Vid: cas. civ. 22 de junio de 1999, Exp. 5065; 2 de febrero de 2001, Exp. 5670; 26 de octubre de 2001, Exp. 5942 y 7 de mayo de 2002, Exp. 6181), se puede garantizar el cumplimiento de obligaciones que tengan su fuente en un contrato o en la ley.

Por virtud de dicho pacto, el asegurador, previo el desembolso de la correspondiente prima, ampara al asegurado contra el incumplimiento de obligaciones de la clase señalada. Gracias a él se garantiza el pago de los perjuicios que experimente el acreedor por causa del incumplimiento total o parcial, de la obligación asegurada, en tanto imputable al deudor–llamado tradicionalmente “afianzado”-, es decir, no proveniente de un caso fortuito o de fuerza mayor –o en general de una causa extraña-, a menos que tales eventos hayan sido realmente asumidos por el asegurador.

Bajo esta modalidad negocial, entonces, se asegura “...la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que, si el contratante ‘afianzado’ no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inejecución prestacional, merced a su indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de los regulado por el art. 1110 del estatuto mercantil” (cas. civ. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670).

En el seguro de cumplimiento, como lo ha puntualizado esta Sala, conforme con su naturaleza y con arreglo a la finalidad que le sirve de báculo, “...el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación amparada, pues únicamente en

él radica un interés asegurable de contenido económico” (art. 1083 C.C.), [cas. civ. 7 de mayo de 2002, Exp. 6181], el riesgo “consiste en el no cumplimiento –o en ‘la eventualidad del incumplimiento del deudor’ (cas. civ. 15 de marzo de 1983” (cas. civ. 21 de septiembre de 2000, Exp. 6140), como varias veces lo ha resaltado esta Corporación (Vid: cas. civ. 22 de julio de 1999, Exp. 5065; 26 de octubre de 2001, Exp. 5942; 2 de mayo de 2002, Exp. 6785). No en vano, se itera, el de cumplimiento encuadra en la arquitectura del seguro de daños como lo reconoce el aludido art. 1099 del cuerpo de normas mercantiles.

Tratándose como se mencionó, de un seguro de daños, regido por el principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, el de cumplimiento tiene por objeto resarcir al asegurado, en todo o en parte, el detrimento patrimonial experimentado como consecuencia del acaecimiento del siniestro, entendido este, a términos del art. 1054 ib., como la realización del riesgo asegurado, por manera que no puede constituirse en fuente de lucro para éste. Por ende, la obligación del asegurador no consiste en pagarle al acreedor-asegurado la suma de dinero que pretenda, sino indemnizarle el daño o perjuicio que, en estrictez, derive del incumplimiento imputable al deudor, que se le demuestre suficientemente y hasta concurrencia, claro está, de la suma asegurada. (Subrayado fuera del texto original)

Desde esta específica perspectiva, acaecido el siniestro merced a la realización del riesgo asegurado, o sea, en la tipología de seguros que ocupa la atención de la Sala, el incumplimiento de la obligación amparada o garantizada, sustrato de la obligación condicional del asegurador (art. 1045 C. Co.), es indispensable por parte del asegurado demostrar ante el asegurador su ocurrencia, es decir, la inejecución de la obligación o débito garantizado, así como el menoscabo patrimonial irrogado (perjuicio) y la cuantía del mismo, para que éste, a su turno, correlativamente proceda a indemnizarle el daño padecido, hasta el monto del valor asegurado, sin la interferencia emergente de estipulaciones enderezadas a minar su efectividad o extensión cuantitativa» (CSJ SC, 24 jul. 2006, rad. 00191). (Subrayado fuera del texto original).

Para el presente caso, y con base en lo manifestado por la Corte, se configuraría dicha exclusión como una cláusula abusiva, y teniendo en cuenta que todos los contratos de seguro de cumplimiento contratados fueron de adhesión la Superintendencia Financiera de Colombia ha manifestado su postura en los siguientes términos:

“Las cláusulas abusivas son aquellas que incluyen condiciones que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a abuso de la posición dominante contractual, afectando la relación de igualdad que, guardadas las proporciones, debe existir entre la entidad vigilada y el cliente. (Literal e) del artículo 7 de la Ley en mención).

La ley define que un contrato de adhesión es aquél elaborados unilateralmente por las entidades vigiladas en un escenario en el que las condiciones no pueden discutirse previamente por los clientes, sino que éstos sencillamente lo aceptan o rechazan (literal f del artículo 2 de la Ley 1328 de 2009) .

Las cláusulas que se consideran abusivas, en los términos del artículo que se comenta, y que por tanto no deben incluirse en ningún contrato de adhesión son las siguientes:

- 1. Las que impliquen limitación a los derechos de los consumidores financieros.*
- 2. Las que impliquen renuncia a los derechos de los consumidores financieros.*
- 3. Las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero (exijan que la prueba la suministre el consumidor financiero cuando éste no se encuentre en condiciones de obtenerlas)*
- 4. Las que incluyan espacios en blanco, cuando no haya carta de instrucciones para diligenciar esos espacios.*
- 5. Cualquiera que limite los deberes de las entidades vigiladas.*
- 6. Cualquiera que exonere, atenúe o limite la responsabilidad de las entidades vigiladas y puedan perjudicar al consumidor financiero.*
- 7. Las que establezca la SFC de manera previa y general.*

*La Ley prevee que si las entidades vigiladas incluyen una cláusula abusiva en un contrato, ésta se considerará no escrita y sin efecto alguno para el consumidor financiero; así, no es necesario acudir a un porceso judicial para que el Juez declare la nulidad de la cláusula, sino que de pleno derecho no producirá efecto alguno.*¹¹(Subrayado fuera del texto original).

Se evidencia claramente que tanto la Corte, como la Superintendencia Financiera de Colombia, ente de control de las entidades aseguradoras y la Doctrina, han establecido que debido a que el seguro de cumplimiento como otros seguros de daños, se rigen bajo el principio indemnizatorio. Este principio no puede ser evadido o pasado por alto al

¹¹ Superintendencia Financiera de Colombia. Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos.
<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/11157>

momento de incluirse en los diferentes clausulados, excepciones como las que nos ocupan en el presente caso, la cual consiste en excluir la cláusula penal de los contratos en los cuales fue pactada dicha cláusula, ya que se estaría yendo en contra de normas de orden público generando así una inseguridad jurídica en el entendido de que dichas cláusulas que se pactaron consensualmente queden sin efecto o sean insignificantes al momento de hacerlas efectivas ante las entidades que amparan dicho riesgo, pero si se calcula actuarialmente al momento de determinar la prima que se va a pagar por dicho seguro, que en la mayoría de casos por no decir que todos, son primas con montos demasiados elevados, las cuales no garantizan el pago de la respectiva indemnización de perjuicios.

Otro punto importante que se tiene que tener en cuenta es que El Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE, es una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional (MEN), sin personería jurídica, por lo que esta se rige bajo los principios y preceptos de la contratación pública, evidenciándose también que se ignoró este precepto o estos principios, al no expedir pólizas bajo el marco de la contratación pública. Adicional a lo anterior, es muy importante resaltar que los recursos del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa provienen de las siguientes fuentes:

1. *“Recaudo establecido en la Ley 21 de 1982, con destino al Ministerio de Educación Nacional.*
2. *Partidas que se le asignen en el Presupuesto Nacional y que estén contenidas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo y en el Marco de Gastos de Mediano Plazo.*
3. *Los rendimientos financieros derivados de la inversión de sus recursos.*
4. *Del Sistema General de Regalías, destinados a proyectos específicos de infraestructura educativa, cuando el OCAD designe al MEN como su ejecutor.*
5. *Aportes de cooperación internacional o de cooperación privada.*
6. *Aportes de los departamentos, distritos y municipios y de esquemas asociativos territoriales.*
7. *Participación del sector privado, mediante proyectos de Asociaciones Público-Privadas.*
8. *Obras por impuestos.”*¹²

Por lo tanto, se debió expedir el seguro de cumplimiento bajo la modalidad y las reglas establecidas para las entidades estatales, atendiendo dicha normatividad, y no como se hizo en el presente caso que se realizó la expedición y las cláusulas bajo los preceptos

¹² <https://ffie.com.co/conocenos/queesffie/>

del derecho privado, esto sin percatarse que el FFIE no tiene personería jurídica ya que es un fondo especial o una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional y todas las obras que se ejecutan con dichos recursos son obras públicas, que tienen fondos públicos, lo cual se ignoró completamente evidenciándose la mala fe de las entidades aseguradoras al no establecer las reglas conforme a los principios de la contratación estatal.

Adicional a lo anterior, al regirse el seguro de cumplimiento por el derecho privado, se desconoció también el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 el cual establece que el seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales no expira “por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.” En primer término, el principio de terminación automática por no pago de la prima no es aplicable al seguro de cumplimiento por cuanto, de aplicarse, desvirtuaría su objeto, ya que la finalidad de este amparo es proteger el patrimonio y los intereses de la entidad estatal. Por esto, si el contratista dejara de pagar la prima y, consecuentemente, el contrato se terminara automáticamente el patrimonio público quedaría desprotegido, con el agravante de que la situación no tendría origen en una actuación de la entidad estatal sino del contratista. En otras palabras, no resulta lógico que la aseguradora pueda terminar el contrato de seguro en detrimento del asegurado por una obligación que legalmente este último no tiene que cumplir. (Fasecolda, 2016)

Es importante también resaltar lo manifestado por el Consejo de Estado:

“(…) no obstante que el régimen jurídico aplicable sea por naturaleza de derecho privado y se regule básicamente por las normas del Código de Comercio; la cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público, pues su finalidad es la protección del patrimonio público.

(…)

Bajo este orden de ideas, independientemente que la Ley 80 de 1993, guarde silencio frente al contrato de seguro, como no ocurría en la legislación anterior y que dicha figura se someta fundamentalmente a las reglas del derecho privado; también lo es que su fin último es garantizar el cumplimiento de un contrato principal celebrado entre una entidad pública y un particular y, desde este punto de vista no hay duda que sigue la suerte del contrato garantizado.

(…)

*La cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público y le confiere al contrato de seguro un elemento diferencial de aquellos contratos suscritos en interés particular, pues constituye un mecanismo de protección del fin pretendido por la contratación estatal como es la satisfacción del interés general, fin que tiene como una de sus facetas la protección del patrimonio público. El contrato de seguro constituye un contrato que colabora en el desempeño de la función pública, primero porque asegura la ejecución oportuna del objeto contractual y segundo, porque protege el patrimonio estatal del daño derivado de un cumplimiento tardío o de un incumplimiento definitivo por parte del contratista. La garantía otorgada frente a los contratos estatales, contiene un elemento sustancialmente diferente frente a lo que ocurre en el contrato de seguro celebrado entre particulares, puesto que, en los primeros por disposición legal se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, no expirará por falta de pago de la prima. Esto significa que una vez constituida la garantía es irrevocable por el contratista y tratándose de mora en el pago de la prima, la compañía de seguros no podrá alegarla como excepción frente a la entidad estatal para abstenerse de efectuar, por el contrario deberá reconocer el monto asegurado (Nal. 19 art. 25 de la Ley 80 de 1993). En cambio, en los segundos la mora en el pago de la prima de la póliza producirá la terminación automática del contrato.*¹³ (Subrayado fuera del texto original).

Por otro lado, la naturaleza proteccionista que caracteriza al Derecho del Consumidor fue plasmada en la exposición de motivos de la ley 1480 de 2011, en la que puntualizó que las cláusulas abusivas son aquellas “*producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor como las que limitan la responsabilidad del productor o proveedor, invierten la carga de la prueba, trasladan al consumidor o a un Tercero la responsabilidad o las que impidan al consumidor resolver el contrato, entre otras*”. Así mismo, definió que “las cláusulas abusivas son ineficaces de pleno derecho, pero la nulidad de una cláusula no afecta la totalidad del contrato.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que las cláusulas abusivas son “(...) todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, económico, según los derechos y obligaciones contraídos (cas.civ. sentencias de 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462), que la doctrina y el derecho comparado trata bajo diversas

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 25000-23-26-000-1999-01898-01(19929). 20 de noviembre de 2003.

locuciones polisémicas, tales las de cláusulas vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas o abusivas con criterios disímiles para denotar la ostensible, importante, relevante, injustificada o trascendente asimetría entre los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los contratantes, la falta de equivalencia, paridad e igualdad en el contenido del negocio o el desequilibrio "significativo" (art. L-132-1, Code de la consommation Francia; artículo 1469 bis Codice Civile italiano) "importante" (Directiva 93/13/93, CEE y Ley 7ª/1998 -modificada por leyes 24/2001 y 39/2002-España), "manifiesto" (Ley 14/7/91 Bélgica), "excesivo" (art. 51, ap. IV. Código de Defensa del Consumidor del Brasil; art. 3º Ley de contratos standard del 5743/1982 de Israel) o "exagerado" (C.D. del Consumidor del Brasil), "sustancial y no justificado" (Ley alemana del 19 de julio de 1996, adapta el AGB-Gesetz a la Directiva 93/13/93 CEE) en los derechos, obligaciones y, en menoscabo, detrimento o perjuicio de una parte, o en el reciente estatuto del consumidor, las "que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos", en cuyo caso "[p]ara establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza", no podrán incluirse por los productores y proveedores en los contratos celebrados con los consumidores, y "en caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho" (artículos 42 y ss), y que igualmente las Leyes 142 de 1994 (artículos 131, 132 y 133) y 81328 de 2009 (D.O. 47.411, julio 15 de 2009, arts. 2o, 7o, 9o, 11 y 12), prohíben estipular.¹⁴ (M.P. Liana Aida Lizarazo, SIC)¹⁵

Teniendo en cuenta las estipulaciones mencionadas anteriormente, el legislador a procurado proveer la protección de la parte a quién se le cause un desequilibrio injustificado como es el caso que nos ocupa, y corresponderá al Juez del respectivo caso, observar el contenido de estas cláusulas abusivas que comprenden la exclusión de la cláusula penal en un seguro de cumplimiento, para que así debido a que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 43 (Cláusulas Abusivas ineficaces en pleno derecho) de la ley 1480 de 2011-Estatuto del Consumidor- se declare la ineficacia en plena derecho de las exclusiones establecidas en los condicionados generales de las pólizas del seguro de cumplimiento.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP. William Namén Vargas. Sentencia del 19 de octubre de 2011. Referencia: 11001-3103-032-2001-00847-01

¹⁵ Nulidad o ineficacia de las cláusulas abusivas en el estatuto del consumidor, Ponencia de Magistrada Liana Aida Lizarazo Vaca.

<https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/ponencia%20segundo%20encuentro%20autoridades%20jurisdiccionales.pdf>

Finalmente, siguiendo las disposiciones normativas establecidas en el artículo 897 del Código de Comercio el cual reza lo siguiente: *“Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.”* En el caso en concreto, teniendo en cuenta que se evidencia un claro incumplimiento de las estipulaciones consistentes en la falta de los elementos esenciales del contrato de seguro, dichas cláusulas de exclusión de la cláusula penal en los seguros de cumplimiento, es ineficaz en pleno derecho y no se necesita declaración judicial para dejar sin efectos dichas cláusulas sin que esto afecte el contenido principal y el objeto principal como tal del contrato de seguro de cumplimiento, el cual en su esencia tiene carácter indemnizatorio.

Por todo lo anterior, las exclusiones analizadas se configuran como cláusula abusiva la cual tiene por ley que quedar sin efecto de forma inmediata al no tenerse en cuenta que la naturaleza de la póliza de cumplimiento es estrictamente indemnizatoria por los perjuicios asociados al incumplimiento parcial o total del contratista.

Por lo tanto, al excluirse las cláusulas penales, las sanciones pecuniarias o económicas, deja la puerta abierta para que los contratistas estén tranquilos al momento de llegar a incumplir cualquier contrato que celebren con alguna entidad estatal o como el presente caso, con alguna cuenta especial de alguna entidad pública, y si enriqueciendo al sector asegurador al momento de pagar primas demasiado elevadas como es el del presente caso, y no cubriendo los amparos que fueron calculados actuarialmente de forma integral para determinar el monto a pagar por concepto de prima, los cuales si fueron excluidos en las condiciones generales de cada seguro, perdiéndose de esta manera la esencia del contrato de cumplimiento y faltando a los elementos del contrato de seguro establecidos por el ordenamiento jurídico colombiano.

VI. OCURRENCIA DEL SINIESTRO

Como quedó evidenciado en el procedimiento de incumplimiento contractual (PIC) y en los informes de interventoría presentados, el Contratista de Obra incumplió con sus obligaciones contractuales por cuanto no honró sus compromisos y obligaciones contractuales según se desprende del análisis de la ejecución del contrato, conforme a las pruebas presentadas y por ende se presentó el incumplimiento y la consecuente ocurrencia del siniestro.

VII. CUANTÍA

Como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales del Contratista UT GMP, solicito sea reconocidos y pagados las siguientes sumas de dinero, por los respectivos conceptos, a saber:

Por concepto de aplicación de la cláusula penal del contrato 1380-1061-2019, la suma de **CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$144.887.559)** correspondiente al 20% del valor del contrato.

Por concepto de la indexación del contrato de obra **reasignado la suma de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$12.828.942.)**

Por concepto de la supervisión integral del contrato reasignado la suma de **NUEVE MILLONES DE PESOS (\$9.000.000).**

Valor total cuantía: **CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS DIECISEIS MIL QUINIENTOS DOS PESOS (\$166,716,502)**

VIII. COMPETENCIA Y TRÁMITE

FACTOR OBJETIVO

Tanto el demandante como el demandado son personas de derecho privado, cuya relación contractual se rige por el derecho privado. Aunado a lo anterior, el demandante es una sociedad de servicios financieros.

Teniendo en cuenta lo anterior, y aunque los dineros que provisionaron el contrato tengan un origen público, debe aplicarse lo establecido en el artículo 105 de la ley 1437 de 2011 y 15 del Código General del Proceso C.G.P.-, razón por la cual el Juez Civil del Circuito es el competente para conocer del asunto.

FACTOR TERRITORIAL

De conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 28 del C.G.P., y dado que el domicilio del demandado es la ciudad de Bogotá D.C., territorialmente es competente un Juez Civil del Circuito de la ciudad de Bogotá D.C.

TRÁMITE

Al presente asunto debe darse el trámite del proceso verbal de mayor cuantía.

IX. JURAMENTO ESTIMATORIO

De conformidad con lo establecido en el artículo 206 del C.G.P., me permito realizar el siguiente juramento estimatorio el cual se compone de los siguientes conceptos y valores, a saber:

Por concepto de aplicación de la cláusula penal del contrato 1380-1061-2019, la suma de **CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS DIECISEIS MIL QUINIENTOS DOS PESOS (\$166,716,502)** correspondiente al 20% del valor del contrato.

Por concepto de la indexación del contrato de obra **reasignado la suma de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$12.828.942.)**

Por concepto de la supervisión integral del contrato reasignado la suma de **NUEVE MILLONES DE PESOS (\$9.000.000).**

Valor total juramento estimatorio: **CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS DIECISEIS MIL QUINIENTOS DOS PESOS (\$166,716,502)**

X. PRUEBAS

DOCUMENTALES

Link de pruebas documentales, contenido de:

[PRUEBAS DEMANDA CO 1380-1061-2019](#)

1. CARPETA PRUEBAS DEMANDA

	1. Antecedentes
	10. Reasignación
	2. Informe de incumplimiento
	3. Comunicación inicio
	4. Descargos
	5. Pronunciamiento
	6. Decisión
	7. Solicitud de reconsideración
	8 constancia de notificaciones
	9. Acta final para liberación de recursos
	REPRESENTACIÓN
	CONSTANCIA DE IMPOSIBILIDAD CASO BPM 11049 CON RAD..PDF

1.1. ANTECEDENTES

Contrato de obra



1. TCC definitivos Invitación abierta 008.p



1380-1061-2019-F2-P1S1-INT.PDF



1380-1061-2019-F2-S1-CO.PDF



1380-1061-2019-F2-S1-INT.PDF



1380-1061-2019-P1S3-CI.PDF



1380-1061-2019-P1S3-CO.PDF



1380-1061-2019-P1S4-CI....



1380-1061-2019-P2S4-INT.PDF



1380-1061-2019-P3S1-CI.PDF



1380-1061-2019-R1-CI.PDF



1380-1061-2019-R1-CO.PDF



1380-1061-2019-R2-CI.PDF



1380-1061-2019-R2-CO.PDF



1380-1061-2019-R3-CI.PDF



1380-1061-2019-R3-CO.PDF



1380-1061-2019-R4-INT.PDF



1380-1061-2019-S1-F2-CI.pdf



1380-1061-2019-S2-CI.PDF



1380-1061-2019-S3-CI.PDF



1380-1061-2019-S3-CO.PDF

-  1380-1061-2019-S4-INT.PDF
-  1380-1061-2020-F2-P1S1-CO.PDF
-  1380-1061-2020-P3S1-CO.PDF
-  1380-1061-2020-S2-CO.PDF
-  1380-1061-F2-P1S1-OBR.PDF
-  1380-1061-F2-P2S1-CI.PDF
-  1380-1061-F2-P2S1-CO.PDF
-  2. Adenda No. 3 - TCC.pdf
-  3. Adenda No. 4 - TCC.pdf
-  4. Anexo 1 - Anexo Técnico.pdf
-  POLIZA.pdf
-  Pólizas X62205 03-04-2020.pdf
-  X61430 16-03-2020.pdf

1.1.1. Contrato de obra

-  CO 1380-1061-2019.PDF   
-  O1 AL CO 1380-1061-2019 UNIÓN TEMPO...

1.2. INFORME DE INCUMPLIMIENTO

-  Anexos  
-  20210514_PIC PERU 06 (CincoOpcionA).pdf

1.2.1. ANEXOS

 2020-COP-1061-020- LLAMADO DE ATENC... 2020-COP-1061-021- REITERACIÓN LLAMA... 2020-COP-1061-023- ALCANCE A OFICIO 2... 2020-COP-1061-029 (1).pdf 2020-COP-1061-034 (1).pdf 2020-COP-1061-037.pdf 2020-COP-1061-038 (1).pdf 20210104-Comité No.4-1061.pdf 20210112-Comité No.5-1061.pdf Bitácora Diciembre Perú.pdf

1.3. COMUNICACIÓN INICIO

 FIE2021EE008825.pdf FIE2021EE008826.pdf

1.4. DESCARGOS

 2021-GMP-UTG-FFIE-EV-EX-CO-1392.pdf

1.5. PRONUNCIAMIENTO

 2020-COP-277.pdf 2020-COP-297 ALCANCE RESPUESTA -IE ANTONIO CAMACHO PERU ...

1.6. DECISIÓN

 X123728- comunicacion definición CF 498 CO 1061... [

1.7. SOLICITUD DE RECONSIDERACIÓN

 RECURSO DE RECONSIDERACIÓN FFIE (2).pdf TERMINOS DE CONDICIONES CONTRACTUALES 008 def.pdf X124131 (1).pdf X124131 (2).pdf X124836 (1) or.pdf X124980 - Traslado al FFIE - (X124131) UNIÓN TEMPORAL GMP.pdf

1.8. CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN

 correo notificacion comunicaci3n de inicio.pdf correo notificacion de la decisi3n.pdf

1.9. ACTA FINAL PARA LIBERACI3N DE RECURSOS

 BALANCE LIBERACION DE RECURSOS ANTONIO JOSE CAMACHO PE... FE-1-027 ACTA FINAL ANTONIO JOS3 CAMACHO-REP. PERÚ.pdf LL3120-2 DDP1841 OBR M4.pdf LL3120-2 DDP2404 INT M2.pdf

1.10. REASIGNACI3N

 1380-1437-2021 - Nueva reasignaci3n Supervisi3n Integral contrato reasignado

1.10.1. 1380-1427-2021

 1380-1437-2021-CO.pdf

1.10.2. SUPERVISIÓN INTEGRAL

 .RE_ SOLICITUD DE DEDICACION Y CONTRATO DEL PROFESIONAL SU...

 ACTA DE INICIO APOYO PROFESIONAL SEG OBRAS NESTOR YAIR AVI...

 ACTA DE INICIO APOYO PROFESIONAL SEG OBRAS NESTOR YAIR AVI...

 CORREO ELECTRONICO SUPERVISION INTEGRAL.pdf

 CORREO INDEXACION SOBRE VALOR LIBERADO REASIGNACION.pdf

 CPS-X109708-1380-710-2021. ANTONIO ORLANDO MORALES AFRIC...

 CPS-X114411-1380-762-2021-NESTOR YAIR AVILA HERRERA.pdf

 O1 CPS 1380-710-2021 ANTONIO ORLANDO MORALES AFRICANO - ...

1.11. REPRESENTACIÓN

 CAMARA AF .pdf

 CCIO GMP.pdf

 CCIO LA EQUIDAD.pdf

 certificado AF (1) (2).pdf

 Correo otorgamiento de poder.pdf

 Poder .pdf

TESTIMONIOS

Solicito respetuosamente al despacho ordenar los siguientes testimonios del personal del FFIE que intervinieron en el desarrollo del objeto de demanda:

- María Isabel Velasco Salazar- Instancias Judiciales FFIE- 3113478413- mvelasco@ffie.com.co.
- Alexandra Patricia Bolaños Bejarano- Profesional senior Cali- abolanos@ffie.com.co.
- Mateo Giuseppe Enriquez -Profesional Senior 2 menriquez@ffie.com.co
- Eduardo Alberto Machado Escamilla Coordinador asistencia técnica emachado@ffie.com.co.
- Jaime Alejandro Duran Fontanilla- director jurídico- jduran@ffie.com.co.

PRUEBA PERICIAL DE PARTE

De conformidad con lo establecido en el artículo 227 del C.G.P. se decreta dictamen pericial, que tenga como propósito demostrar los hechos que configuran los incumplimientos técnicos endilgados al demandado, así como la cuantía de los perjuicios reclamados. El peritaje será presentado en los términos procesales que el despacho indique en la oportunidad correspondiente.

De igual manera se solicita prueba testimonial del perito que rinda el solicitado dictamen.

XI. ANEXOS

- Se adjunta link de pruebas donde se pueden consultar los documentos enunciados.
- Poder para actuar.

XII. NOTIFICACIONES

PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA FFIE.

notificacionesjudiciales@ffie.com.co

Calle 97ª No.9ª 34.

Bogotá D.C.

GMP INGENIEROS S.A.S. (INTEGRANTE UNIÓN TEMPORAL GMP)
GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE (INTEGRANTE UNIÓN TEMPORAL GMP)

Mamonal Km1 Sector Bellavista Control Logístico Bloc Port

Local 27, Segundo Piso

Cartagena, Bolívar

gmpingenieros@gmpeu.com (Correo registrado en Cámara de Comercio)

g.torres.d@hotmail.com (Correo por el cual el señor Gustavo Torres ha presentado radicaciones al PA FFIE)

LA EQUIDAD SEGUROS O.C..

Sr. CARLOS ARTURO VILLA RENDÓN

Representante Legal o quien haga sus veces

Carrera 9 A No. 99-07 P 12-13-14

Notificacionesjudicialeslaequidad@laequidadseguros.coop (Correo registrado en Cámara de Comercio)

El suscrito apoderado recibe notificaciones en la Carrera 13 No. 41 36 oficina 402 de esta ciudad, correo electrónico jmarquez@ffie.com.co, teléfonos 9277478, 3218150675.

Cordialmente,



JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS

C.C. 1.094.879.565 de Armenia.

T.P. 157.227 C.S. de la Judicatura.