



CONSTANCIA DE IMPOSIBILIDAD DE ACUERDO

ANGYE XIOMARA CALDERÓN VELÁSQUEZ, obrando en calidad de Conciliadora del Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial de la Superintendencia de Sociedades, aprobado mediante Resolución 3374 del 20 de octubre de 2009, de acuerdo con las facultades establecidas en la Ley 640 de 2001, hace constar lo siguiente:

En el Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial fue presentada una solicitud de conciliación mediante radicado número 2022-01-825722 y número de proceso 2021-116- 11049 del BPM el 24 de noviembre de 2022 por el doctor JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS apoderado del PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE cuyo vocero y administrador es el CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA con el objeto de solucionar las posibles diferencias presentadas con GMP INGENIEROS S.A.S. y GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE como integrantes de la UNIÓN TEMPORAL GMP y con LA EQUIDAD SEGUROS O.C. en relación con los siguientes antecedentes:

“

II. ANTECEDENTES

1. 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, los Contratos Marco de Obra (“Contrato CMO”) y Acuerdos de 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 marco) y demás normas complementarias, así como a los Contratos -CMO y Contratos CMI- cuya ejecución se materializa a través acuerdos de obra y actas de servicio regidos por el derecho privado.

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. [...] (Negrillas 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 Preescolar, 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. (...)” (Negrillas 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 cofinanciar los proyectos que se realizarán 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 ejecutar 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 contrato marco³. 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 Contratos 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 involucren recursos de cooperación internacional o privada; del sistema general de regalías; de aportes de los 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 los Contratos –CMO- y órdenes de servicios derivadas, 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 ELIGIBLES QUE HABILITEN PROPONENTES PARA LA SUSCRIPCION DE CONTRATOS QUE COMPRENDAN EL DIAGNOSTICO Y/O ACTUALIZACION Y/O COMPLEMENTACION Y/O ELABORACION DE ESTUDIOS Y DISEÑOS Y LA EJECUCION DE LAS OBRAS NECESARIAS PARA LA ADECUACION, 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.

- 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: VALLE DEL CAUCA. 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.
- Que los contratos a celebrar se ejecutarían en relación actividades que quedaron inconclusas correspondientes a las fases I y II de los acuerdos de obra que fueron terminados de manera anticipada por incumplimiento, es decir, la ejecución de los contratos se realizaría a partir del porcentaje de ejecución en que se recibió la obra correspondiente a cada institución educativa.

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

- 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.
- 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."

- 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

- 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".

8. 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(...)"

9. 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 FFÍA ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como vocero y administrador del PA FFIE.

10. 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.."

11. 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

12. Es importante mencionar que el contrato celebrado se encontraba estructurado en tres fases:

- Fase 1. Pre- Construcción (Diagnostico, estudio de títulos, diseños nuevos integrales, estudios específicos, tramites de licencias).
- Fase 2. Construcción (Adecuación, mejoramiento y mantenimiento, entre otros).
- Fase 3. Post-Construcción (Entrega de infraestructura y Liquidación de contrato).

13. 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.

14. El 27 de julio de 2020, se suscribe acta de suspensión del contrato de obra No. 1380-1061-2019, por el termino de TREINTA (30) días calendario, debido a que no estaba completamente definido alcance del objeto contractual, por ende, resultaba imposible realizar el presupuesto de obra.

15. El 26 de agosto de 2020, se realiza prórroga a la suspensión No. 1 por el termino 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.

16. El 25 de octubre de 2020, se suscribe prórroga 2 a la suspensión No. 1 por el termino 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 legalizarán los montos y plazos respectivos de cada contrato.

17. 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 (\$806.495.447), para un valor total del contrato de Setecientos veinticuatro millones cuatrocientos treinta y siete mil setecientos noventa y cinco pesos (\$724.437.795).
2. Así mismo, 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.

18. 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.
19. 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, el contratista anterior (Mota-Engil) se encuentra adelantando actividades dentro de los espacios donde se espera que, a Unión Temporal GMP desarrolle y ejecute el alcance contractual.
20. 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.
21. El 04 de febrero de 2021, se suscribió la Suspensión No.3 a la Fase 2 por un plazo de (30) días calendario, la cual tuvo una prórroga No.1 a la suspensión No.1 de (58) días calendario, quedando como fecha de reinicio el 03 de mayo de 2021.
22. 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, en dicho informe la interventoría refiere como cláusulas incumplidas por parte del contratista las siguientes:

*CLAUSULA SEPTIMA 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.

23. 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-ffe-ev-ex-co-816 y ratificación del llamado de atención por incumplimiento.

24. Concluyendo la interventoría con lo siguiente:

"Con el presupuesto aprobado por la entidad contratante e interventoría LaUNION TEMPORAL GMPa 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/o 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 INTERVENTORIA 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."

25. 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 pertinencia, 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."

26. 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.
27. 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.
28. El 03 de mayo de 2021, se suscribió 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.
29. 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.
30. 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 del 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.
31. La mencionada decisión indica:
 1. "El 05 de julio de 2021 terminó el plazo contractual del Contrato de Obra 1380-1061-2019, registrando el proyecto para esa fecha un porcentaje programado del 100%, frente a un avance ejecutado del 17,21%, evidenciándose que el Contratista Unión Temporal G.M.P. no terminó la obra.
 2. 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[4] (...)y poniendo de presente al contratista, las consecuencia 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(...)"

3. 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."

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."

32. 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.
33. Asimismo, día 18 de marzo de 2022, mediante comunicación No. 2022-GMP-01CA-EV-EX-CO-217, el representante legal 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.
34. En comunicación de fecha 15 de junio de 2021, se remitió al contratista y a la aseguradora del contrato la Comunicación 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.

IV. CUANTÍA DE LA RECLAMACIÓN

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:



GOBIERNO DE COLOMBIA



MINISTERIO DE COMERCIO,
INDUSTRIA Y TURISMO

En la Superintendencia de Sociedades trabajamos para contar con empresas competitivas, productivas y perdurables y así generar más empresa, más empleo.

www.supersociedades.gov.co

webmaster@supersociedades.gov.co

Línea única de atención al ciudadano: 01-8000 - 11 43 10

Tel Bogotá: (601) 2201000

Colombia



TR - 0017761 TR - 0017763 TR - 0017768 CS - 0027941

certificado en conciliación
1000.1

CO - 071 / 2021 / ICONTEC

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.

V. 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 cada acuerdo de obra conforme a las pruebas presentadas y por ende se presentó el incumplimiento y la consecuente ocurrencia del siniestro, así como el indebido manejo del anticipo.

VI. SOLICITUD DE CONCILIACIÓN

PATRIMONIO AUTONOMO DENOMINADO FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA FFIE identificado con el Nit. 830.053.812-2, en atención a las instrucciones del Comité Fiduciario del PA-FFIE, se permite solicitar que, mediante el trámite previsto en la Ley 640 de 2001 cite para llevar a cabo audiencia de conciliación prejudicial en derecho para lograr acuerdo respecto de los hechos y pretensiones o en su defecto se expida la constancia del cumplimiento del requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción civil, con ocasión del incumplimiento del Contrato de Obra 1380-1061-2019, en lo que se refiere a las cláusulas penales y el anticipo de dichos contratos celebrados con el contratista UT GMP, y amparados por la aseguradora LA EQUIDAD SEGUROS O.C.

II. PRETENSIONES

Se establece la presente solicitud de conciliación respecto de la declaración de incumplimiento de las obligaciones en que incurrió el contratista de obra en lo que se refiere al contrato de Obra 1380-1061-2019, para que:

1. 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 **LA EQUIDAD SEGUROS O.C.** y consecuencialmente:
 - 1.1. Se ordene a las convocadas el pago de la cláusula penal correspondiente a la suma de **CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$144.887.559)**.
 - 1.2. Se siniestre la Póliza de Seguro de cumplimiento No.AA034381 expedida por la aseguradora **LA EQUIDAD SEGUROS O.C.**, para amparar el pago de los valores antes referidos.
2. Todo lo anterior, sin limitar la posibilidad jurídica del citante de reclamar por

cualquier vía judicial o extrajudicial los demás perjuicios causados por el incumplimiento en que haya incurrido el contratista de obra.

IV. 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:

- La existencia de un contrato válido.
- La existencia de un incumplimiento al contrato.
- Culpa (en las obligaciones de medio) o sin culpa (obligaciones de resultado).
- La existencia de un daño.
- 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



GOBIERNO DE COLOMBIA



MINISTERIO DE COMERCIO,
INDUSTRIA Y TURISMO

En la Superintendencia de Sociedades trabajamos para contar con empresas competitivas, productivas y perdurables y así generar más empresa, más empleo.

www.supersociedades.gov.co

webmaster@supersociedades.gov.co

Línea única de atención al ciudadano: 01-8000 - 11 43 10

Tel Bogotá: (601) 2201000

Colombia



certificado en conciliación
1000-1

CO - 671 / 2021 / ICONTEC

b. Existencia y prueba del incumplimiento

- EXISTENCIA Y ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES INCUMPLIDAS

De conformidad con el contrato marco 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 Marco de Obra.
- g. Cláusulas contractuales de cada acta de servicio.

Conforme a ello, se pasa a 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- (cláusula primera).
- b. Dichos diseños, estudios técnicos y obra debían realizarse de conformidad con las especificaciones técnicas contenidas en el Contrato Marco de Obra, sus anexos, la propuesta y los Términos de Condiciones Contractuales -TCC- (cláusula primera y séptima).
- c. Los diseños, estudios técnicos y obra deberán ser aprobados por la Interventoría (cláusula segunda).
- d. El contratista debía cumplir con cada uno de los plazos de ejecución establecidos en las actas de servicio (cláusula cuarta).
- e. El contratista debía cumplir con el cronograma establecido para las dos fases (numeral 5º cláusula sexta).
- f. El contratista debía acatar las instrucciones de la interventoría y del contratante (numeral 6º cláusula sexta).
- g. El contratista debía presentar el personal mínimo exigido para la ejecución del contrato (numeral 18 cláusula sexta).
- h. Mantener el equipo trabajo propuesto y disponer de los medios físicos y administrativos que permitieran cumplir con el contrato (numeral 23 cláusula sexta).
- i. El contratista debía presentar un informe final de ejecución del contrato (numeral 32 cláusula sexta).

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

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 (página 29).
- b. El contratista debía entregar al contratante el proyecto debidamente terminado y en funcionamiento (página 30).
- 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 (página 30).
- d. Para la entrega y recibo a satisfacción de los productos el contratista debía contar con el visto bueno de la interventoría (página 31).
- 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. (página 50)
- f. Los riesgos debían asumirse de conformidad con la matriz de riesgos indicada en los TCC (página 69).
- g. El contratista debía asumir de forma obligatoria, los riesgos previsibles identificados y plasmados en los TCC, y aceptados en su propuesta (página 69).

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 Matricula 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:



GOBIERNO DE COLOMBIA



MINISTERIO DE COMERCIO,
INDUSTRIA Y TURISMO

En la Superintendencia de Sociedades trabajamos para contar con empresas competitivas, productivas y perdurables y así generar más empresa, más empleo.

www.supersociedades.gov.co

webmaster@supersociedades.gov.co

Línea única de atención al ciudadano: 01-8000 - 11 43 10

Tel Bogotá: (601) 2201000

Colombia



"a[...] La evaluación convencional de los perjuicios o cláusula penal, según la ley "es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o 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 sí puede pedirse acumuladamente tales reclamaciones (Art. 1600 del C. C.)."

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 en el CMO fue del siguiente tenor:

"CLÁUSULA PENAL: El incumplimiento definitivo de cualquiera de las obligaciones por parte del CONTRATISTA, dará lugar a que éste se encuentre obligado a pagar al CONTRATANTE, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del Contrato, como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se causen por el incumplimiento de las obligaciones a Su cargo. Esta pena se impondrá sin perjuicio de que el CONTRATANTE persiga la indemnización de perjuicios adicionales ocasionados con el incumplimiento, cuando el monto de la pena pecuniaria no permita su total reparación.

PARÁGRAFO: El valor de las penas pecuniarias impuestas al CONTRATISTA, podrá ser tomado del saldo a su favor si lo hubiere, de la garantía única de cumplimiento, o se podrá cobrar vía ejecutiva".

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

"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.”⁴⁵

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

V. PRUEBAS

- DOCUMENTALES

1. Documento de existencia y representación legal del Consorcio FFIE Alianza BBVA actuando única y exclusivamente como vocera del PA FFIE.
2. Documento de existencia y representación legal de las entidades demandadas.
3. Copia del contrato de Fiducia Mercantil.
4. Copia de la póliza de cumplimiento No.AA034381 expedida por la aseguradora La Equidad Seguros OC
5. Acuerdo de constitución de la UT GMP.
6. Copia del contrato de Obra 1380-1061-2019.
7. Copia de los informes de incumplimiento expedidos por la interventoría de los contratos.
8. Copia de las decisiones tomadas por el Comité fiduciario del PA FFIE.
9. Copia de las comunicaciones enviadas al contratista.
10. Copia de los recursos de reconsideración interpuestos por las convocadas.
11. Copia de las decisiones finales tomadas el Comité fiduciario del PA FFIE.

VI. ANEXOS

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

VII. CUANTÍA

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

VIII. 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

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

El suscrito apoderado recibe notificaciones en la Carrera 13 No. 41 38 oficina 402 de esta
ciudad, correo electrónico jmarquez@ffie.com.co, teléfonos 9277478, 3218150675.

”

Con base en lo anterior, la suscrita conciliadora del Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial de la Superintendencia de Sociedades convocó a la audiencia de conciliación para el día 30 de enero de 2023 a las 08:30 a.m. de manera virtual a través de la plataforma Microsoft Teams. En la fecha y hora indicada se hicieron presentes de manera virtual a la audiencia de conciliación:

De la parte convocante PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE cuyo vocero y administrador es el CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA identificado con NIT. 830.053.812-2 compareció la representante legal DIANA CAROLINA PRADA JURADO identificada con la cédula de ciudadanía número 53.013.785 y tarjeta profesional de abogada número 240.180 del C. S. de la Judicatura en compañía de su apoderado JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS identificado con la cédula de ciudadanía número 1.094.879.565 y tarjeta profesional de abogado número 157.227 del C. S. de la Judicatura.

De la parte convocada GMP INGENIEROS S.A.S. EN PROCESO DE REORGANIZACIÓN identificada con NIT. 900.060.742-8 compareció el



GOBIERNO DE COLOMBIA



MINISTERIO DE COMERCIO,
INDUSTRIA Y TURISMO

En la Superintendencia de Sociedades trabajamos para contar con empresas
competitivas, productivas y perdurables y así generar más empresa, más empleo.

www.supersociedades.gov.co

webmaster@supersociedades.gov.co

Línea única de atención al ciudadano: 01-8000 - 11 43 10

Tel Bogotá: (601) 2201000

Colombia



representante legal GUSTAVO ADOLFO MARTÍNEZ identificado con la cédula de ciudadanía número 80.088.261 en compañía de su apoderada MARÍA JOSE MEZA MELENDEZ identificada con la cédula de ciudadanía número 1.047.483.513 y tarjeta profesional de abogado número 325.112 del C. S. de la Judicatura.

De igual forma, compareció GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE identificado con la cédula de ciudadanía número 19.321.988 quien en audiencia le otorgó poder a ÁLVARO MEJIA MEJIA identificado con la cédula de ciudadanía número 7.545.114 y tarjeta profesional de abogado número 51.873 del C. S. de la Judicatura y a quien se le reconoció personería para actuar.

De la convocada LA EQUIDAD SEGUROS O.C. identificada con NIT. 860.028.415-5 compareció el apoderado general VICTOR ANDRÉS GÓMEZ identificada con la cédula de ciudadanía número 80.110.210 y tarjeta profesional de abogado número 157.615 del C. S. de la Judicatura.

La suscrita instaló la audiencia de conciliación, explicando las características, objeto y alcance del mecanismo de la conciliación, además, exhortó a las partes a encontrar una solución pacífica a su controversia y puso en conocimiento de estas su posición imparcial como facilitadora para encontrar la misma, igualmente, les señaló, que los acuerdos que eventualmente quedarían plasmados en un acta provendrían del mutuo consentimiento entre ambas partes y no de una imposición suya, ya que su función consiste en avalar acuerdos, excediendo los límites de su competencia la toma de decisiones.

El apoderado ÁLVARO MEJIA MEJIA, además de indicar que a su representado no le asistía animo conciliatorio, manifestó que en su consideración este Centro no es competente para conocer de la audiencia. La suscrita informó las razones por las que el Centro asumió conocimiento, situación ratificada por la dirección del Centro. Por lo tanto, se reitera que este Centro de Conciliación es competente por ser todas las partes de la audiencia personas naturales, y personas jurídicas de naturaleza privada y por encontrarse el objeto de la conciliación bajo normas y preceptos del derecho privado, además, porque en la solicitud de la conciliación se pretende agotar requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción ordinaria especialidad civil.

Desarrollada la audiencia de conciliación y surtidas las deliberaciones correspondientes no fue posible que las partes llegaran a un acuerdo. En este sentido, no siendo posible continuar con la audiencia de conciliación y en atención a que las partes no llegaron a un acuerdo que pusiera fin a sus diferencias, se declara terminada la presente audiencia de conciliación y se expide la presente **CONSTANCIA DE IMPOSIBILIDAD DE ACUERDO** a los 30 días del mes de enero de dos mil veintitrés (2023).

Cordialmente,

A.X.C.V.

Angye Xiomara Calderon Velásquez
C.C. No. 1024516636
Conciliador

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho.

TRD: CONCILIACIONES