

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

Bogotá D.C., 15 de junio de 2022

Señores

**GUSTAVO ADOLFO MARTÍNEZ RAMÍREZ**

**GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE**

Representantes

**UNIÓN TEMPORAL GMP**

Zn Industrial Mamonal Km 6, Cartagena, Bolívar

Teléfono: 6931195

Señores

**NESTOR RAUL HERNANDEZ OSPINA**

Representante

**EQUIDAD SEGUROS GENERALES**

CARRERA 9 NO. 99-07 PISO 12

Bogotá, D.C.,

**Asunto:** **Comunicación de la decisión del Comité Fiduciario No. 541 del 28 de abril de 2022** - Respuesta del Comité Fiduciario a la solicitud reconsideración presentada por la Unión Temporal GMP, frente a la decisión de aplicar la cláusula penal por el incumplimiento del Contrato de Obra No. 1380-1061-2019, correspondiente a la I.E. Antonio José Camacho.

**Póliza:** Póliza de Seguro de Cumplimiento AA034381 expedida por la EQUIDAD SEGUROS GENERALES.

Respetados Señores.

En atención al análisis efectuado por la UG-FFIE, a la recomendación dada por el Comité Técnico y al pronunciamiento otorgado e instrucción impartida por el Comité Fiduciario del PA-FFIE en su sesión **No. 541 del 28 de abril de 2022**, el **Consorcio FFIE Alianza BBVA, que actúa única y exclusivamente en calidad de vocero y administrador del PA FFIE**, informa la decisión y pronunciamiento otorgado del Comité Fiduciario a sus comunicaciones del 18 de marzo de 2022 (2022-GMP-01CA-EV-EX-CO-217 y a la presentada por el integrante Gustavo Adolfo Torres Duarte).

Lo anterior en atención a que, mediante comunicación X123728 del 16 de marzo de 2022, se informó la decisión del Comité Fiduciario de aplicar y hacer exigible el cobro de la cláusula penal por valor de **CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$144.887.559)**, correspondiente al 20%

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

del valor del contrato de obra 1380-1061-2019 I.E. ANTONIO JOSÉ CAMACHO SEDE REPÚBLICA DEL PERÚ (en adelante “el contrato de obra”).

A continuación, se procederá a remitir el análisis realizado por la Unidad de Gestión del FFIE a cada uno de los aspectos abordados por el contratista en las citadas comunicaciones. Se indica que este análisis inicialmente los argumentos de la comunicación de Gustavo Adolfo Torres Duarte y luego la de radicado 2022-GMP-01CA-EV-EX-CO-217. Los argumentos de ambos escritos serán subdivididos a la vez en argumentos fácticos con connotación jurídica y argumentos meramente jurídicos

**A. Argumentos del escrito de reconsideración de Gustavo Adolfo Torres Duarte**

**i. Argumentos fácticos con connotación jurídica:**

- 1) El contratista planteó que en consideración de la extensión de las suspensiones y de las adiciones del contrato no puede asegurarse que la indefinición del alcance contractual fuera un hecho menor, o como es llamado por la interventoría “cierto contratiempo”. Agregó que la falta de planeación por parte del FFIE impidió el normal avance de las obras a lo largo del contrato. Concluye que la falta de planeación es un incumplimiento contractual del FFIE y, por ello, es aplicable la excepción de contrato bilateral no cumplido.

**A continuación, se procede a dar respuesta así:**

Efectivamente del deber de buena fe surge, para quien ejecuta la obra o presta un servicio y para quien la contrata, la obligación de suministrar a la otra parte la información necesaria para la ejecución de la obra o el servicio, según la información que tengan en su poder, a sus especialidades y el papel que cada uno tenga en el desarrollo contractual.

Este deber se prolonga desde la etapa precontractual, hasta la ejecución y a la terminación del contrato. Es un deber mutuo y no solamente de una de las partes.

Si nos dirigimos al lenguaje de derecho público que el contratista suele usar a pesar de que conoce con claridad que este contrato se rige por el derecho privado, el deber de planeación es también mutuo.

El Consejo de Estado<sup>1</sup> ha expuesto que los particulares que participan como contratistas del Estado tienen la obligación de evidenciar las deficiencias de

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Expediente N°51489, de 10 de diciembre de 2015.

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

planeación que sean advertidas, en orden a que puedan ser subsanadas oportunamente. Adicionalmente, ha dicho que los particulares deben abstenerse de suscribir los actos contractuales si se evidencien faltas en su planeación que puedan impedir la ejecución o cumplimiento del objeto contractual.

Esto, según ese Tribunal, adquiere mayor relevancia de cara a las posibles reclamaciones pues ante la desatención del contratista a las cargas y exigencias que impone el principio de planeación, y la omisión a la diligencia y rigor requeridos para la firma de sus compromisos contractuales, las consecuencias económicas desfavorables para el mismo no podrán invocarse para el rompimiento del equilibrio económico del contrato ni como incumplimiento contractual.

No puede entonces el contratista posteriormente aducir el incumplimiento, la teoría de la imprevisión, o la falta de planeación de la entidad, y mucho menos soportar pretensiones resarcitorias a su favor, lo que resulta obvio en la medida en que el contratista, como experto y conocedor de su marco de actividades, debió haber previsto las consecuencias negativas de la falta de rigor y seriedad en la planificación<sup>2</sup>, en caso en que esta hipótesis lograra ser demostrada.

Así, en el presente caso debe tenerse en cuenta que el contratista colaboró en la determinación del alcance del objeto del contrato. De una lectura desprevenida del escrito de reconsideración por un tercero se asumiría que el FFIE fue el único que participó en la determinación del alcance de obra y su presupuesto, pero al contrario, lo que resulta cierto en la presente contratación es que el contratista participó de manera activa y determinando en el alcance de la contratación para lo cual se citan algunas manifestaciones propias de su participación:

1. El presente contrato tenía por objeto la terminación de una obra de infraestructura educativa adelantada por otro contratista. El anterior contratista ya había ejecutado un gran porcentaje de la obra. La interventoría de esa obra fue quien ayudó a determinar el presupuesto necesario para su terminación después de estudiar lo ejecutado por ese contratista.
2. Por el tipo de objeto era aplicable el numeral 1.3.6.4 del anexo técnico, que regula la terminación de obras ejecutadas en el sistema FFIE, el cual dispone que: *“b iii) Para la terminación de infraestructuras educativas que se hayan ejecutado por el MEN, las ETC o las ET, **el nuevo Contratista adelantará un Informe Diagnóstico en el cual deberá evaluar el estado de la infraestructura a la luz de la normativa vigente y presentar al contratante el alcance que se requiere para terminar la ejecución de la obra.** Los valores que se tomarán para la estructuración del presupuesto*

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Expediente N°49.847, de 27 de enero de 2016.

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

*serán los valores establecidos por el proponente en la etapa de selección de acuerdo a los Anexos 3 y 3ª"*

3. Después de las visitas de diagnóstico de la UT-GMP las partes suspendieron el contrato para aclarar y revisar el alcance a ejecutar en la obra.
4. El 9 de diciembre de 2020, se reinició el contrato toda vez que se contaba con el diagnostico elaborado por la UT-GMP que supuestamente tenía ya un alcance de obra determinado, presupuesto aprobado y un tiempo estipulado para el desarrollo del proyecto, lo anterior como producto del diagnóstico en cumplimiento a los TCC.
5. Del resultado de la determinación conjunta del alcance de obra se suscribió el Otrosi No 1.
6. Es cierto que el 4 de febrero de 2021 se realizó la tercera suspensión al contrato de obra toda vez que la UT-GMP manifestó que había unas restricciones técnicas que impedían la continuación de las obras. Sin embargo, estas restricciones no fueron evidenciadas por el contratista sino hasta casi un mes después del inicio de la obra demostrando la falta de oportunidad en el seguimiento y control de las actividades contractuales.
7. Así mismo, las actividades listadas como "restricciones técnicas" denota el defectuoso diagnostico elaborado por el contratista antes del inicio del proyecto.

El contratista equivocadamente pretende presentarse como un actor pasivo del contrato, que firma modificaciones contractuales y que inicia obras, mostrando una conducta estática y pretendiendo asumir una actitud sumisa que simplemente cumple bajo órdenes y no toma decisiones profesionales y autónomas.

Es verdad, como lo afirma el contratista, que efectivamente se adicionó el valor del contrato en el 514,30% del valor inicial, adición suscrita por ambas partes, después que de manera conjunta se determinó el alcance del contrato, pero ¿Qué relación tiene la adición por ese valor con el atraso e incumplimiento de las obligaciones contractuales?

Adicionalmente, también es cierto que se suspendió de mutuo acuerdo varias veces la ejecución del contrato por tiempos extendidos ¿y qué tipo de eximente de responsabilidad genera ese hecho?

- 2) El contratista esgrime que existe una contradicción entre las motivaciones de la última suspensión, el informe de incumplimiento de la interventoría y el pronunciamiento de esta sobre los descargos, puesto que en la suspensión se argumentó que por restricciones técnicas no se podía terminar las obras y en el informe y pronunciamiento la interventoría menciona que si había posibilidad de realizar obras. Adicionalmente dijo que no entendía como mediante Oficio No. 2020-COP-1061-038 de **fecha**

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

**3 de febrero 2021** se requirió al contratista para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y al día siguiente **4 de febrero 2021** se suscribe el Acta de suspensión No. 3

**A continuación, se procede a dar respuesta así:**

El principio de no contradicción es definido por Aristóteles de la siguiente manera: «es imposible que, al mismo tiempo y bajo una misma relación, se dé y no se dé en un mismo sujeto, un mismo atributo».

Esto significa que para que exista una contradicción real y no aparente las afirmaciones contrarias deben hacerse sobre el mismo aspecto y en consideración al mismo tiempo.

Primero debe señalarse a qué se refieren las restricciones técnicas que tenía el proyecto, en palabras del contratista: *la necesidad de revisión desde el área técnica de algunas actividades que no se contemplaron en el alcance inicial, y que afectan de manera directa el flujo normal del proyecto, pues los mismos restringen la ruta crítica socializada por las partes.*

Esto significa que las restricciones técnicas eran actividades que en el Otrosí 1 no se tuvieron en cuenta. Otrosí que vale la pena mencionar se hizo según el diagnóstico realizado por el contratista.

Ahora, en la suspensión 3 se estableció que era necesario adicionar unas obras para poder continuar con algunas actividades y terminar el alcance contractual. De la siguiente manera:

4. Que teniendo en cuenta lo anterior, los hallazgos y recomendaciones socializadas con la Entidad, afectan y restringen la ejecución del alcance contractual del presente contratista, en el sentido la implementación de aplanamiento limita las actividades eléctricas y RETIE; así mismo, las adecuaciones necesarias para espacios, vanos, suministro e instalación de puertas nuevas, afectan y restringen la terminación de acabado en pisos, pintura y resanes en el muro de acceso a las aulas, toda vez que se requiere el desmonte, suministro e instalación de nuevas puertas, actividades que se encuentran establecidas dentro del alcance del contratista de obra.

En este sentido había actividades que necesitaban de algunas obras adicionales, pero había otras que no las requerían. A eso se refiere la interventoría en su informe y en su pronunciamiento, por lo cual, no existe contradicción alguna, pues efectivamente se reconoce que en algunas actividades había restricción técnica y en otras atrasos injustificados del contratista.

Asimismo, el hecho que un día antes de la suscripción de la suspensión se exhortara al contratista a ponerse al día en los atrasos se justifica en que había actividades sin restricción donde había atrasos.

El contratista evidenciando la supuesta y aparente contradicción se preguntaba de manera retórica : *¿prevarica la Interventoría? ¿prevarica el FFIE? ¿prevarican ambos?*

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

La respuesta es sencilla no hay ningún prevaricato, porque este tipo penal está encaminado claramente a comparar una decisión con la Ley. No se trata, pues, como lo plantea el contratista de una contradicción fáctica sino del desconocimiento de una norma jurídica, lo que no se da en este caso. Asimismo, como se explicó, ni la interventoría ni el FFIE se contradicen.

- 3) El contratista afirmó que la interventoría indicó que la UT GMP no había cumplido con la entrega del paquete de APU's y cotizaciones pertinentes para realizar valoración y aprobación de la modificación técnica que hubiera lugar. Sin embargo, arguyó el contratista, la interventoría omitió que en ese escenario era su deber, según los TCC, entregar los precios de mercado, cosa que no hizo o por lo menos no acreditó.

**A continuación, se procede a dar respuesta así:**

Los eximentes de responsabilidad de las obligaciones están claramente tipificados en la ley. No es objeto de esta decisión determinar el posible incumplimiento de las obligaciones del interventor sino del contratista de obra. En la respuesta a este hecho el contratista no niega que no haya hecho entrega de los APU's como era su obligación, sino que se extiende en el posible incumplimiento de la interventoría.

Si bien los TCC contemplan como suplir la negligencia del contratista de obra en sus deberes de presentar los APU's, esto no implica que se haya eximido a este de esa responsabilidad. Vale la pena, entonces, recordar el principio del derecho "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", nadie puede alegar a su favor su propia torpeza.

Al respecto el contratista escribió que: "*Solicito al Comité Fiduciario que antes de contestar el recurso de reconsideración, entregue a este servidor la comunicación de la Interventoría sobre la necesidad de ejecutar las actividades no previstas y la comunicación por la cual la Interventoría presentó ante el FFIE el listado de actividades no previstas y los precios de mercado de cada una de estas actividades (...)*"

Ante la primera solicitud se anexan en el expediente las actas de comité donde al contratista se le pedía hiciera los ajustes y solicitudes presupuestales correspondientes. Vale aclarar que estas actas deben ser conocidas por el contratista y deben también ser parte de su expediente personal.

Ante la segunda solicitud de entregar las comunicaciones por las cuales la Interventoría presentó ante el FFIE el listado de actividades no previstas y los precios de mercado de cada una de estas actividades, estas no son relevantes para esta decisión como se expuso inicialmente.

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

El supuesto incumplimiento de la interventoría tampoco sirve para invocar una excepción de contrato bilateral no cumplido, ya que 1) el contratista de obra no tiene relación contractual con la interventoría y 2) es un requisito de esa excepción que quien invoca la excepción debe ser la parte que no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo, en este caso los APU's debieron ser presentados inicialmente por el contratista de obra.

**4)** El contratista afirmó que hubo desequilibrios económicos.

**A continuación, se procede a dar respuesta así:**

La excesiva onerosidad de un contrato no constituye fuerza mayor o caso fortuito, en estos casos, la ley colombiana contempla la figura de la “teoría de la imprevisión” o de la “excesiva onerosidad sobrevenida”, la cual permite el ajuste de las condiciones pactadas.

La revisión del contrato ex artículo 868 del Código de Comercio, es el medio dispensado por el legislador al desequilibrio económico adquirido o lesión sobrevenida por circunstancias posteriores, después de su celebración, durante su ejecución y antes de su terminación. (...) *Empero, por cuanto la imprevisión supone tanto el vigor del contrato como de la prestación de cumplimiento futuro, y no faculta a la parte afectada para incumplir la obligación, ni encarna elemento extraño o causa de imposibilidad obligatoria, en oportunidades, la revisión para corregir el desequilibrio, o en su caso, terminar el contrato, se frustra ante el cumplimiento o la terminación del contrato, en tanto obligada la parte a cumplir, el cumplimiento extingue la prestación, y extinguida por sustracción de materia, resulta entonces impertinente la revisión bajo la regla consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, juzga la Sala que reclamada la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, no a través de la imprevisión, sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta,*

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

*inequitativa y lesiva de la justicia contractual.*<sup>3</sup> (Subrayado fuera de texto)

De este modo, la excesiva onerosidad no es causal eximente de responsabilidad y no es admisible el argumento del contratista.

- 5) El contratista adujo nadie puede desconocer las consecuencias que trajo para la humanidad la pandemia del COVID 19 y las consecuencias sufridas a nivel del país por el PARO NACIONAL.

**A continuación, se procede a dar respuesta así:**

La fuerza mayor y el caso fortuito deben ser probadas en concreto y no en abstracto. El Covid y el paro podrían ser efectivamente hechos que se consideren como causal de fuerza mayor, pero se debe tener en cuenta que:

*No se trata entonces, per se, de cualquier hecho, por sorpresivo o dificultoso que resulte, sino de uno que inexorablemente reúna los mencionados rasgos legales, los cuales, por supuesto, deben ser evaluados en cada caso en particular –in concreto–, pues en estas materias conviene proceder con relativo y cierto empirismo, de modo que la imprevisibilidad e irresistibilidad, in casu, ulteriormente se juzguen con miramiento en las circunstancias específicas en que se presentó el hecho a calificar, no así necesariamente a partir de un frío catálogo de eventos que, ex ante, pudiera ser elaborado en abstracto por el legislador o por los jueces, en orden a precisar qué hechos, irrefragablemente, pueden ser considerados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y cuáles no.*

*Justamente sobre este particular, bien ha precisado la Sala en jurisprudencia uniforme, que “la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos” (sent. 145 de 7 de octubre de 1993); por eso, entonces, “la calificación de un hecho como fuerza mayor o caso fortuito, debe efectuarse en cada situación específica, ponderando las circunstancias (de tiempo, modo y lugar) que rodearon el acontecimiento –acompañadas con las del propio agente–” (Sent. 078 de 23 de junio de 2000), sin que un hecho pueda “calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de*

---

<sup>3</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de febrero de 2011, Rad: 2006-00537-01.

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

*fuerza mayor o caso fortuito” (cas. civ. de 20 de noviembre de 1989; cfme: sent. 087 de 9 de octubre de 1998).<sup>4</sup> (Subrayado fuera de texto)*

La prueba de la diligencia o cuidado le incumbe al que ha debido emplearlo y la prueba del caso fortuito o fuerza mayor al que lo alega. Entre los elementos del caso fortuito o fuerza mayor está la irresistibilidad que consiste en la imposibilidad de evitar las consecuencias del hecho externo. Para esto se requiere una imposibilidad absoluta, una simple dificultad o una imposibilidad relativa, personal del agente, no bastan. Un hecho que se pueda evitar sus consecuencias negativas con mayor diligencia o a costa de un mayor esfuerzo o sacrificio (incluso económico) no es fuerza mayor.

Así que, el contratista estaba obligado, además, de probar el hecho que constituye fuerza mayor (Covid y paro), a aterrizar el hecho a su situación concreta y demostrar que le fue imposible resistirlo. No se debe fundamentar un hecho abstracto para todo el sector de la construcción sino concretar como esa situación afectó el contrato incumplido. Por tanto al no presentar soportes o pruebas del efecto del Covid y el paro en el presente contrato, este argumento no resulta probado.

**ii. Argumentos meramente jurídicos:**

- 1) El contratista alegó que los procesos sancionatorios contractuales el FFIE, al igual de lo que ocurre con los procesos judiciales, no puede vincular a la unión temporal, porque esta carece de capacidad de goce y de capacidad procesal. El hecho de no haber vinculado a GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE a esos procedimientos impide que las decisiones adoptadas puedan afectarlo jurídicamente.

**A continuación, se procede a dar respuesta así:**

La capacidad procesal sólo aplica para procesos judiciales y administrativos. Por tanto, la jurisprudencia citada ha sido interpretada por el contratista de manera parcial y descontextualizada. Una regla jurisprudencial requiere el mismo aspecto jurídico a considerar y en este caso no existe, pues la sentencia citada estudia la capacidad procesal.

Además, la misma sentencia citada expresa que:

---

<sup>4</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 29 de abril de 2005, Rad: 0829-92

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

(...)

***Estas uniones se consideran una modalidad atípica de los denominados contratos de colaboración, en virtud de los cuales dos o más personas convienen aunar esfuerzos con un determinado objetivo consistente, por lo general, en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, sin que establezca una sociedad entre ellas 38. La conformación de uniones temporales tiene su fundamento en el derecho de asociación, libertad de empresa y, por supuesto, en el principio de la autonomía de la voluntad privada (...)***

*Los titulares de los derechos, obligaciones e intereses que tienen su fuente en el contrato –las partes del negocio– son los integrantes de la unión temporal, y no ésta, pues no es un centro de imputación jurídica, **más allá de las reglas atinentes a la forma, modo y tiempo en el cumplimiento de las obligaciones** que por virtud del convenio de colaboración se imponen de cara al contrato que suscriben.”*

Respecto a la reglamentación de los contratos atípicos la Corte Suprema de Justicia ha determinado que:

(...)

*Con miras a determinar la reglamentación de esa especie de pactos, estos se han clasificado en tres grupos fundamentales: a) los que presenten afinidad con un solo contrato nominado determinado; b) los que resulten con elementos atinentes a varios y diversos contratos nominados; es decir, los llamados mixtos, en los que concurren y se contrapesan distintas causas; y c) los que no tienen ningún parentesco conceptual con figuras conocidas y un contenido absolutamente extraño a los tipos legales.*

*Relativamente al primer grupo, doctrina y jurisprudencia coinciden en que deben **aplicarse analógicamente** las reglas escritas para el correspondiente contrato nominado; en cuanto al segundo, algunos autores acogen el método denominado de la absorción según el cual debe buscarse un elemento prevalente que atraiga los elementos secundarios, lo que permitiría someterlo al régimen del contrato nominado pertinente; mientras que otros acuden al criterio de la combinación, que busca la existencia de una estrecha relación del contrato singular –nominado– y las normas mediante las cuales este está disciplinado por la ley. En ese orden de ideas, sería siempre posible desintegrar cada contrato nominado en sus componentes y buscar qué disciplina corresponde a cada uno de dichos componentes,*

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

*“estableciéndose una especie de ‘alfabeto contractual’, al que se podría recurrir para aplicar la disciplina jurídica de cada uno de los contratos mixtos, mediante una ‘dosificación’ de normas –o de grupos de normas–, o de varias disciplinas jurídicas en combinación, lo cual daría el resultado que se busca” (G. J. LXXXIV: 317), en todo caso, agrega más adelante la Corte “(...) todos estos criterios de interpretación, **no son, en último análisis más que especificaciones del principio de la analogía**, inspiradas en las peculiaridades de cada materia. De aquí, también, que el criterio de interpretación más serio, respecto del contrato innominado mixto, es además de la aplicación **directa de las reglas generales sobre los contratos, el de la aplicación analógica de las singulares relativas al contrato nominado dado**, que se manifiesten como las más adecuadas al contrato mixto que se debe interpretar, y si estas no existen, entonces recurrir a las de la analogía iuris (ibídem).<sup>5</sup>*

Además, podría también suceder que un contrato atípico puede adquirir una tipicidad social particular. Es decir, que un negocio obtenga un reconocimiento en el medio social como un contrato especialmente distinto a los regulados por la ley pero que se encuentre muy reglamentado por los usos comerciales.

Estas argumentaciones sirven para comprender que la opción interpretativa más adecuada para los contratos de consorcios y uniones temporales consiste en entenderlos como un mecanismo o instrumento de representación de cada uno de sus integrantes a través del representante común designado para el efecto, la ausencia de regulación especial se suple con la aplicación de las normas de la figura de la representación que se encuentra ampliamente regulada tanto en el Código Civil –artículo 1505– como en el Código de Comercio –artículos 832 a 844–.

Así, en la constitución de la Unión Temporal, en la presentación de la oferta y la celebración de los contratos de obra existe un verdadero mandato otorgado por los integrantes de esa figura al representante por ellos escogidos. De esa manera lo establecieron los TCC que definieron que debía:

*[Designarse] un representante que deberá estar facultado para actuar en nombre y representación del consorcio o unión temporal o la forma asociativa establecida por la Ley; igualmente, deberá designarse un suplente que lo remplace en los casos de ausencia temporal o definitiva.*

---

<sup>5</sup> Salcedo Flórez, Álvaro. Los contratos atípicos y los mecanismos para su interpretación, 2013.  
[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjfuqOv0J74AhVLg3IEHQGcDfEQFnoECBqQAQ&url=https%3A%2F%2Frevistas.utadeo.edu.co%2Findex.php%2FFRAI%2Farticle%2Fdownload%2F870%2F882&usq=AOvVaw3hjt\\_pwX8cx6RdsVbE3J4D](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjfuqOv0J74AhVLg3IEHQGcDfEQFnoECBqQAQ&url=https%3A%2F%2Frevistas.utadeo.edu.co%2Findex.php%2FFRAI%2Farticle%2Fdownload%2F870%2F882&usq=AOvVaw3hjt_pwX8cx6RdsVbE3J4D)

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

Las actuaciones realizadas por parte del contratante por medio del representante legal designado por las personas jurídicas o naturales que conforman una unión temporal determinada no pueden ser consideradas irregulares. Las uniones temporales actúan a través del representante legal designado por las partes que la conforman, para que de esta manera el contratante pueda contar con un solo y único interlocutor válido que, a la vez, disponga de facultades amplias y suficientes, que permitan, de manera ágil y eficiente, ventilar, discutir, convenir, decidir o notificarse de aquellos asuntos de índole contractual.

- 2) El contratista cuestiona que la entidad contratante, de conformidad con las estipulaciones de derecho privado que rigen los contratos de obra objeto del debate, se encuentre facultada para exigir el cumplimiento de la cláusula penal por el presunto incumplimiento de la Unión Temporal, afirmando que era necesario que el PA-FFIE acudiera a la autoridad judicial para que se declarará dicho incumplimiento, conllevando a que no se encontrará facultada para expedir la decisión que se solicita reconsiderar.

Añadió que la Jurisprudencia del Consejo de Estado es clara y ha trazado una línea, que no puede dar lugar a equívocos. (El contratista hace una línea jurisprudencial de la página 19 a la 47 del documento sobre este tema)

**A continuación, se procede a dar respuesta así:**

Se reitera lo que se expuso en la decisión. Se enfatiza que el vencimiento del término estipulado para el cumplimiento de una obligación constituye automáticamente en mora al deudor, como lo dispone el núm. 1 del art.1608 del CC. El incumplimiento del plazo contractual implica, pues que el contratista incurre automáticamente en mora en virtud de un mandato contractual según lo prescribe la ley. Esto significa que no es tarea del contratante ni del interventor demostrar incumplimientos (negaciones indefinidas) ni declararlos (la mora opera por virtud contractual).

De este modo, como el contratista estaba en mora desde que incumplió el plazo del contrato de obra, se le permitió, en buena fe, que se justificara, pero las razones que aduce no le eximen de su responsabilidad.

Por su parte, la cláusula penal es la estipulación en virtud de la cual las partes de un contrato convienen que, en caso de incumplimiento o retraso por uno de los contratantes, éste quedará obligado a efectuar una determinada prestación (art. 1592 CC). La cláusula penal es una obligación accesoria y condicionada. Se dice que es condicionada por que solo puede exigirse en caso de que se produzca el hecho futuro incierto –cumplirse tardíamente la obligación principal– (art. 1530 CC), pero es una obligación que se perfecciona desde que se estipula entre las partes (art. 1530 CC).

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

De la naturaleza de la cláusula penal se deriva que esta no se impone, se acuerda, y se hace exigible cuando se cumple la condición y el deudor está en mora de la obligación principal (Art. 1595 CC). En otras palabras, vencida la obligación principal y constituido el deudor en mora, la cláusula penal es exigible porque también lo es la obligación principal. Resulta, pues, que si el deudor no cumple la obligación sujeta a plazo dentro del término estipulado, el deudor se constituye en mora y la pena es exigible.

Así la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, lo ha manifestado en los siguientes términos:

*“(...) la estipulación de una cláusula penal, además de sus inmensas posibilidades de redacción y de alcances múltiples, le permite a su beneficiario no sólo evitarse la prueba de la existencia y cuantía del perjuicio y del nexo de causalidad culposo del deudor, sino que además, en virtud de lo contemplado por el artículo 1757 del C. C., que señala que corresponde probar la extinción de la obligación a quien la alega, trasladando al ejecutado la carga de probar su cumplimiento o la Exceptio Non Adimpleti Contractus, en su oportunidad procesal para blandir excepciones, como forma de enervar la ejecución” (Uribe Gómez contra Recreacional Amaga, 2013)*

Por tanto, no se está ejerciendo ninguna facultad, sólo se está exigiendo una obligación convencional, aceptada de manera expresa por el contratista.

No puede negarse que la jurisprudencia del Consejo de Estado por algún tiempo consideró que dentro de los contratos de derecho privado no podían existir unilateralismo, postura alejada completamente de las consideraciones del derecho civil y comercial, tal como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia<sup>6</sup>, juez natural del contrato. Sin embargo, en los últimos años hay una tendencia renovadora de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ajustándose a las normas y precedentes del derecho privado.

En el análisis jurisprudencial del contratista hay una confusión de conceptos y una presentación de consideraciones de sentencia judiciales en las que no se identifican los hechos ni los problemas jurídicos que resuelven las sentencias, etc, es decir, son textos sin contexto, que buscan defender una postura de manera desordenada y difusa.

Primero hay que hacer unas distinciones conceptuales que confunde el contratista especialmente de la jurisprudencia reciente, ya que, ojalá de manera inconsciente,

---

<sup>6</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de agosto de 2011, Rad: 11001-3103-012-1999-01957-01 [fundamento jurídico 2].

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

toma apartes de diferentes sentencias sin tener en cuenta de esas mismas sentencias las consideraciones que no le sirven.

- a) Las cláusulas penales no son facultades excepcionales. La postura actual de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado es que las cláusulas excepcionales son exclusivamente las reguladas en los artículos 14 al 19 de la Ley 80 de 1993, es decir; la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral por las causales del art 17, la caducidad y la reversión. Bajo esta postura ya consolidada, no son cláusulas exorbitantes, sino especiales las multas y las cláusulas penales pecuniarias<sup>7</sup>.

De esta manera, la sentencia del Consejo de Estado, Sección III, Subsección B, M.P. Alberto Montaña Plata, radicado 38237, de fecha 17 de marzo de 2021, debe ser interpretada bajo esa distinción y, así, adquiere todo su sentido la siguiente afirmación de esa providencia:

*Las facultades excepcionales de las que trata el Estatuto Contractual, como una concreción de los llamados poderes exorbitantes al derecho común, pueden ser ejercidas por las entidades públicas, **exclusivamente**, en los casos, bajo las condiciones y los requisitos que autoriza la ley, esto, en atención al principio de legalidad que rige las actuaciones administrativas.*

Entonces la sentencia se está refiriendo exclusivamente a las cláusulas del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y no a la exigencia de las cláusulas penales. Para demostrar que esta interpretación es la correcta citaremos otra sentencia del mismo ponente citada por el contratista, pero en cuya cita omite lo que le conviene:

*97. La autonomía de la voluntad contractual está al origen del pacto y el ejercicio de este tipo de cláusulas unilaterales, de manera que, cuando es la entidad estatal la que actúa regida por las normas del derecho privado, se discute si, en igual sentido, puede entenderse investida de las mismas posibilidades para celebrar este tipo de pactos.*

*98. **Inicialmente, la jurisprudencia consideró que a una entidad regida por el derecho privado no le era dado pactar cláusulas unilaterales, pues no tenía habilitación legal<sup>8</sup>, una línea que dejaba en evidencia la consolidación de una posición***

---

<sup>7</sup> Dávila Vinuesa, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la Contratación, Tercera Edición.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de septiembre de 2013, expediente 25.681. Ver también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 20 de febrero de 2014, expediente 45.310.

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

*jurisprudencial que rechazaba, por falta de competencia, el pacto y ejecución de cláusulas excepcionales, exorbitantes o unilaterales en contratos regidos por el derecho común. **No obstante, con posterioridad, en reconocimiento de los efectivos alcances que tiene la autonomía dispositiva o negocial, propia de las normas de derecho privado, la anterior posición ha cedido terreno a otra perspectiva que concluye que en los contratos estatales que no se rigen por la Ley 80 de 1993, “el pacto de cláusulas accidentales mediante las cuales se prevé el ejercicio de facultades tales como la terminación unilateral o la liquidación unilateral, entre otros se funda primordialmente de la autonomía dispositiva [por lo que] resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación unilateral o la liquidación unilateral del contrato, entre otros, siempre y cuando que esas estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos que comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraría el orden público”***<sup>9</sup>.

**99. El cambio de concepción ha significado entonces el pasar de entender que las entidades estatales exceptuadas del Estatuto Contractual no podían pactar cláusulas unilaterales, pues no contaban con la habilitación legal para hacerlo, a un entendimiento que, por el contrario, considera que, al igual que los privados, la habilitación deviene de la propia autonomía contractual.**

**100. De esta manera, cuando una entidad estatal, regida por derecho privado, pacta una cláusula que confiere una facultad unilateral, al igual que ocurre con los privados, no debe entenderse nada diferente a que, en igual sentido, está habilitada para acudir a este tipo de pactos. Lo anterior pues, cada vez será más difícil entender cómo, aunque los privados puedan pactar este tipo de cláusulas, cuando la Administración se comporta como un privado más, ella no pueda celebrar estos mismos acuerdos.**<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2017, expediente 57.934. Ver también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de agosto de 2016, expediente 41.783.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 19 de junio de 2019, exp. 39800

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

La sola lectura de dicha sentencia es ilustrativa. ¿Por qué el contratista cita otro aparte de la providencia e ignora el resto? A pesar de ello, se le agradece el contratista su citación, porque cuando se fue a validar su contenido encontramos que esta sentencia es muy clara respecto a estos temas y perfectamente casa y ratifica la posición que ha mantenido la UG FFIE respecto a la exigibilidad de una cláusula penal.

Por último, es curioso que se mencione el auto el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, Magistrado ponente: Henry Aldemar Barreto Mogollón Bogotá D.C., de fecha trece (13) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), Radicado: 25000233600020210040300, puesto que ese auto parte de la premisa que el FFIE tiene “competencia” para dictar ese tipo de decisiones, pero suspendió los supuestos “actos” porque sus consideraciones no eran aparentemente ciertas. Es decir, ese auto en materia de competencia le da la razón al PA-FFIE, lo cual contradice totalmente su argumento de la supuesta falta de competencia del contratante.

- b) La naturaleza de la decisión del comité Fiduciario comunicada con radicado X123728. El contratista entiende que dicha decisión es un acto administrativo, **pero como lo establece la jurisprudencia por él citada en los contratos regidos por derecho privado no se expiden actos administrativos.** En conclusión, la decisión informada con radicado X123728 es un acto jurídico de naturaleza contractual, **no un acto administrativo.**

En todo caso, se le recuerda al contratista que la Constitución en el artículo 230 dispuso que la jurisprudencia es un mero criterio auxiliar del derecho.

- 3) Dice el contratista en su solicitud que: *A su vez, vulneró el debido proceso por la no notificación al suscrito de las comunicaciones que trataban del inicio de los procesos administrativos sancionatorios, máxime cuando el mismo clausulado contractual en cada uno de los negocio estipulada lo pertinente, siendo necesario que la comunicación fuera dirigida al domicilio del contratista haciendo mención expresa de los hechos que soportaban el trámite por presunto incumplimiento, adjuntando igualmente el informe de interventoría y la totalidad de las pruebas que fundamentaran la decisión, permitiendo con ellos que el contratista ejerciera el derecho de defensa y contradicción. Incumpliendo sus obligaciones al remitir correo electrónico del suscrito y no solo al representante legal del Consorcio.*

**A continuación, se procede a dar respuesta así:**

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

El argumento es confuso y no se entiende, la oración de conclusión parece contradecir la premisa inicial. Como un esfuerzo interpretativo de tener en cuenta sus argumentos se entenderá que el sentido del argumento es: “debía notificarse al domicilio de los miembros integrantes de la unión temporal y no solo al correo electrónico del representante legal”

Desde 1999 (hace 23 años) la Ley 527 reguló el comercio electrónico dando plena validez a los mensajes de datos, entiendo que en el afán de defensa se acuda a argumentos de corte tan formalistas. En el transcurso del contrato las partes han realizado múltiples actuaciones por ese medio y ahora se pretende razonar la ineffectividad del mismo, pero como los contratos se interpretan como se ejecutan y ese medio siempre ha sido para las partes una forma legítima de actuación contractual, hubo una debida comunicación del inicio del procedimiento, además como se afirmó en las argumentación precedente, el contratante no tiene obligación legal ni convencional de comunicar los actos contractuales a cada uno de los integrante de la Unión Temporal por cuanto como se explicó, para ello se erige la figura de representación legal que connota y determina un verdadero mandato para quien lo usa y por tanto mal puede advertirse y mucho menos lograr probarse la existencia de una supuesta afectación al debido proceso cuando está probado que las notificaciones y comunicaciones se hicieron al representante de la Unión como era el deber hacerlo. Resulta por cierto desafortunado que uno de los integrantes no solo no se sienta reconocido por su mandante, representante sino que desconozca y cuestione la representación por el mismo conferida lo cual va en contra del principio según el cual nadie puede ir contra sus propios actos.

**B. Argumentos del escrito de reconsideración de GMP INGENIEROS SAS**

**i. Argumentos facticos con connotación jurídica:**

- 1) El contratista objeta que se cumplieron los 10 días hábiles pactados entre las partes para la definición del PIC.

**A continuación, se procede a dar respuesta así:**

La cláusula décima sexta del contrato dispone que dentro de los 10 días siguientes al recibo de los descargos se procederá a resolver la procedencia de la aplicación de la sanción contractual, plazo prorrogable por un término igual.

Sin perjuicio de lo anterior, la cláusula no dispone una afectación o una consecuencia jurídica por una definición por fuera del plazo establecido. En ese sentido, el vencimiento de ese término no invalida la decisión ni genera ineficacia porque esa solo aplica cuando la ley lo dispone. Igualmente, el incumplimiento contractual estudiado en la decisión no ha caducado ni prescrito, y no han sobrevenido hechos que modifiquen las consideraciones de la decisión.

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

- 2) Refuta la decisión con base a la falta en la estructuración del proyecto y falta de claridad del alcance.

**A continuación, se procede a dar respuesta así:**

Para la respuesta a este argumento puede acudir a la contestación dada en la parte inicial de este escrito a la reconsideración presentada por el otro miembro de la Unión Temporal. No obstante, también el contratista menciona los costos generados por las suspensiones contractuales, pero estos no eximen el cumplimiento de las obligaciones, sino que debe ser solicitados por medio de arreglos directos o a través del juez competente.

- 3) El contratista indica que solo pudo ejecutar las obras que no tenían restricciones técnicas.

**A continuación, se procede a dar respuesta así:**

Se debe subrayar que el incumplimiento imputable al contratista no es sobre actividades restringidas técnicamente sino por aquellas que sin estarlo no fueron ejecutadas.

En la decisión del Comité Fiduciario informada X123728 del 16 de marzo de 2022 con fundamento en la información enviada por la interventoría se especificó en un cuadro que actividades tenían o no restricción técnica para ejecutarse y los fundamentos técnicos al respecto.

No obstante, en la solicitud de reconsideración el contratista no expone, como era su deber para contradecir o controvertir lo expuesto por la interventoría, porque esas actividades específicas que según el cuadro elaborado por la interventoría no tenían restricción. En este sentido, la reconsideración no aporta elementos de juicio que no se hayan tenido en cuenta en la decisión.

- 4) Esgrime el desequilibrio económico que evidentemente nunca se reconoció pese haberse causado, el evidente retraso por fuerza mayor por la pandemia del covid-19 y el paro nacional y la excepción de contrato no cumplido.

**A continuación, se procede a dar respuesta así:**

Se remite a la respuesta dada a los argumentos de Gustavo Torres.

**ii. Argumentos meramente jurídicos:**

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

- 1) Alega la carencia de legitimidad para declarar unilateralmente incumplimientos y/o imponer penas.

**A continuación, se procede a dar respuesta así:**

Se remite a la respuesta dada a los argumentos de Gustavo Torres

- 2) Solicita la aplicación de la rebaja o proporcionalidad de la pena.

**A continuación, se procede a dar respuesta así:**

Por regla general, las partes de un contrato no pueden exigir el cumplimiento de la obligación principal y de la pena simultáneamente (art 1594 CC). Sin embargo, la ley concede a los interesados amplia autonomía contractual y les permite estipular que el pago de la pena deje a salvo toda la obligación principal (art. 1594), como se concertó en el Contrato de Obra No. 1380-1061-2019.

El artículo 1596 del CC estableció la rebaja proporcional de la pena cuando el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor la acepta. En ese caso tendrá derecho que se le rebaje proporcionalmente la pena.

La ley ha dispuesto la citada rebaja proporcional entendiendo que en principio la pena no puede acumularse con la obligación principal. Este derecho no es aplicable cuando se ha estipulado que el acreedor puede exigir simultáneamente la totalidad de la obligación principal y la totalidad de la pena. Pues de lo contrario, al establecer un derecho de proporcionalidad para el deudor en este caso, se dejaría sin efecto el pacto que hicieron las partes. Este es el caso del Contrato de Obra No. 1380-1061-2019, dado que expresamente se pactó que el pago de la cláusula no exime al contratista de sus obligaciones contractuales. Por tanto, no es procedente dada la expresa y particular estipulación de la cláusula penal la rebaja de la pena solicitada por el contratista.

**CONCLUSIÓN.**

En atención al análisis efectuado por la UG-FFIE, a la recomendación dada por el Comité Técnico y al pronunciamiento otorgado e instrucción impartida por el Comité Fiduciario del PA-FFIE en su sesión No. **541 del 28 de abril de 2022**, el Consorcio FFIE Alianza BBVA, que actúa única y exclusivamente en calidad de vocero y administrador del PA FFIE, **comunica la decisión del Comité Fiduciario de NO RECONSIDERAR** y en consecuencia, ratifica la aplicación de la cláusula penal a la Unión Temporal GMP por 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%

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

del valor del contrato de obra 1380-1061-2019 I.E. ANTONIO JOSÉ CAMACHO  
SEDE REPÚBLICA DEL PERÚ.

Sin otro particular,

FIRMA DIGITAL

FRANCISCO JOSÉ SCHWITZER SABOGAL

Representante Legal ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

En calidad de representante legal del **CONSORCIO FFIE ALIANZA- BBVA, que  
a su vez actúa única y exclusivamente como vocero y administrador del  
PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA –  
FFIE**

C.C. Interventoría Consorcio Intercolegios  
Miembros Comité Técnico PA FFIE  
Miembros Comité Fiduciario PA FFIE  
Ministerio de Educación Nacional

VO BO  
CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA  
Nota: El Consorcio FFIE Alianza BBVA actúa única  
Y exclusivamente como vocera del PA FFIE.  
Es te documento se suscribe de acuerdo con instrucción  
Impartida por el Comité Fiduciario del PA FFIE, de acuerdo con  
el Contrato de Fiducia Mercantil 1380, especialmente en las  
cláusulas tercera y cuarta.