

Bogotá D.C., 19 de junio de 2024.

Señor

**JUAN PABLO RICCI RUIZ**

Representante

**CONSORCIO EDUCACION**

Dirección: AV.CARRERA 7 NO. 127-48 OFICINA 1006

[licitaciones@conycon.com.co](mailto:licitaciones@conycon.com.co)

[juan.ricci@conycon.com.co](mailto:juan.ricci@conycon.com.co)

[conycon.ffie13801507@gmail.com](mailto:conycon.ffie13801507@gmail.com)

Teléfono: 4821681

Bogotá, D.C.

Señor

**ERNESTO PERDOMO RUBIANO**

Representante Legal

**DPC INGENIEROS S.A.S.**

Dirección: Cra. 70 D A NO 48-40 NORMANDIA 1ER SECTOR

Teléfono: 601 5475935

[gerenciadpcingenieros@gmail.com](mailto:gerenciadpcingenieros@gmail.com)

Bogotá, D.C.

Señores

**HDI SEGUROS S. A.**

CALLE 18 NO 11-22 LOCAL 11 EDIFICIO. BANCO DEL ESTADO

[jorge.rincon.vicentes@hdi.com.co](mailto:jorge.rincon.vicentes@hdi.com.co)

[notificaciones@gha.com.co](mailto:notificaciones@gha.com.co)

3103285490

Tunja, Boyacá

Señora

**DADIANA FOLLECO**

Coordinadora Regional Pacífico Dirección Técnica de la UG FFIE

Fondo FFIE

[Dfolleco@ffie.com.co](mailto:Dfolleco@ffie.com.co)

**Asunto: Comunicación de la decisión del Comité Fiduciario No. 799 del 24 y 25 de mayo de 2024, mediante la cual dicho Comité:**

- (I) Deja sin efectos la decisión tomada en sesión 712 del 19 de septiembre de 2023 y 751 del 12 y 13 de enero de 2024, comunicada por oficio No. X191709 del 12 de febrero de 2024, respecto a la aplicación y cobro de la cláusula penal y reclamación ante el garante por los perjuicios de anticipo.
- (II) Incorporar al expediente contractual el análisis realizado por la UG FFIE de los descargos presentados por la aseguradora en el marco del PIC.
- (III) Define el PIC en el sentido de aplicar y hacer exigible el cobro de la cláusula penal por valor de **\$505.458.416** y se hace exigible la indemnización al garante por la ocurrencia del siniestro amparado en la póliza de cumplimiento que ampara los perjuicios causados al

contratante por el incumplimiento del contrato y en especial por el incumplimiento de las obligación de correcta inversión y manejo del anticipo por valor de **\$515.752.653** o por el valor que resulte después de realizar el balance financiero del contrato

Contrato de Obra No. **1380-1497-2021** suscrito con CONSORCIO EDUCACION correspondiente a la I.E. Cristóbal Colón – Sede Bienestar Social ubicada en la ciudad de Cali, Valle del Cauca.

**Póliza:** Póliza de Seguro de Cumplimiento y Manejo del anticipo No. 4006064 expedida por HDI SEGUROS S. A.

Respetados Señores.

En atención al pronunciamiento otorgado y la instrucción impartida en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil No 1380 de 2015 suscrito entre el Consorcio FFIE Alianza BBVA (“Fiduciaria”) y el Ministerio de Educación Nacional (“Fideicomitente”) por el Comité Fiduciario del PA-FFIE en su sesión **No. 799 del 24 y 25 de mayo de 2024**, , previo a la recomendación y estudio por el Comité Técnico del PA FFIE y análisis de la Unidad de Gestión del FFIE que tuvieron: **(I)** El informe de incumplimiento presentado por la interventoría<sup>1</sup> y **(II)** el escrito de descargos radicado por la Aseguradora<sup>2</sup>; **(III)** el pronunciamiento de la interventoría frente a los descargos del garante, y al correo electrónico remitido por la misma Unidad de Gestión del FFIE fecha 6 de junio de 2024 mediante el cual remite la presente comunicación donde se plasma la decisión del Comité Fiduciario; el **Consorcio FFIE AlianzaBBVA, que actúa única y exclusivamente como vocero y administrador del PA-FFIE, en cumplimiento de dicha instrucción, mediante la presente comunicación informa la decisión del Comité Fiduciario del PA-FFIE mediante la cual se abordan los tres aspectos ya enunciados en el asunto, conforme el análisis de la UG FFIE que se expone a continuación.**

## **I. ANTECEDENTES Y CONTEXTO DEL CASO EFECTUADO POR LA UNIDAD DE GESTIÓN DEL FFIE**

El presente PIC había sido informado mediante comunicación X191709 enviada el pasado 12 de febrero de 2024 por parte del **Consorcio FFIE AlianzaBBVA, que actúa única y exclusivamente como vocero y administrador del PA-FFIE**, de acuerdo con el pronunciamiento otorgado e instrucción dada en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil No 1380 de 2015 por el Comité Fiduciario del PA FFIE, conforme la decisión que tomo e instrucción dada por el Comité Fiduciario del PA FFIE, en sesión 751 del 12 y 13 de enero de 2024.

En dicha decisión del Comité Fiduciario del PA FFIE fueron expuestos los motivos por los cuales se hacía exigible el cobro de la cláusula penal y la reclamación de los perjuicios derivados por la indebida inversión y el mal manejo del anticipo y se dejó constancia que no se presentaron descargos ni del contratista de obra ni del garante.

No obstante lo anterior, el pasado 13 de marzo la aseguradora HDI SEGUROS S.A., presentó derecho de petición mediante el cual informó que radicó su escrito de descargos el 31 de julio de 2023 y este no fue tenido en cuenta en la decisión del Comité Fiduciario del PA FFIE comunicada por oficio X191709 del 12 de febrero de 2024 y solicitó que se hiciera el respectivo pronunciamiento de los citados descargos, en los cuales precisó como petición:

*“Conforme con los argumentos expuestos a lo largo de este escrito, solicito*

---

<sup>1</sup> Comunicación S/N, remitido a la UG-FFIE el **29-06-2023**.

*comedidamente que **se declare la terminación del procedimiento de incumplimiento contractual y, de este modo, se archive el expediente**, pues el FFIE carece de competencia para adelantarlos y no existen incumplimientos imputables al contratista. Además, respecto a la aseguradora, no se configuró el riesgo asegurado por encontrarse expresamente excluido y existir falta de cobertura material respecto del amparo de manejo del anticipo.”*

*Verificada dicha petición y su trazabilidad por parte de la Coordinación de Controversias de la Dirección Jurídica de la UG FFIE, se encontró que en efecto, por error, no se habían analizado ni tenido en cuenta los descargos del garante al momento de presentar el respectivo análisis y recomendación ante los Comités del PA FIE, por tanto, mediante correo electrónico de [controversiascontractuales@ffie.com.co](mailto:controversiascontractuales@ffie.com.co), el pasado 4 de abril se dio respuesta a la petición indicando que:*

*“Reciba un cordial saludo Sr. Gustavo Alberto Herrera Avila.*

*En respuesta a la petición contenida en correo que antecede en la cual solicitó que se tengan en cuenta sus descargos enviados y que se declare la terminación del procedimiento de incumplimiento y se archive el expediente, atentamente, en mi calidad de Coordinador de Grupo de Controversias Contractuales de la Dirección Jurídica de la UG FFIE le informo que se reabrirá el PIC que ya fue decidido, se hará un análisis exhaustivo de cada una de sus alegaciones presentadas en los descargos, y los mismos con sus respectivas respuestas serán sometidas a consideración, análisis y decisión de los Comités Técnico y Fiduciario de tal modo que concluido dicho trámite se incorporen en la decisión cada uno de los argumentos dados en sus descargos.*

*Dicha decisión una vez sea recomendada por el Comité Técnico y aprobada por el Comité Fiduciario, será enviada por parte del Consorcio FFIE Alianza BBVA, en calidad de vocero y administrador del PA FFIE, a su cuenta de correo, a la del contratista de obra y a la interventoría.*

*(...)”*

Conforme a lo anterior, la Unidad de Gestión del FFIE una vez realizado el análisis exhaustivo de cada una de las alegaciones presentadas por el garante en sus descargos en el marco del presente PIC, sometido dicho análisis a los Comités Técnico y fiduciario del PA FFIE, es así que de acuerdo con la instrucción el **Consorcio FFIE Alianza BBVA, que actúa única y exclusivamente como vocero y administrador del PA-FFIE, previa recomendación del Comité Técnico y análisis de la UG FFIE, comunica la decisión tomada por el Comité Fiduciario del PA FFIE respecto al PIC,** en los términos que se exponen a continuación, dejando claro que la decisión tomada y comunicada el pasado 12 de febrero queda sin efectos al no haber incorporado los descargos presentados por el garante.

## **II. ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES DEL CASO EFECTUADO POR LA UNIDAD DE GESTIÓN DEL FFIE**

Las estipulaciones contractuales previstas en el Contrato de Obra suscrito entre el **Consorcio FFIE Alianza BBVA actuando única y exclusivamente como vocero del PA FFIE** de acuerdo con el pronunciamiento otorgado e instrucción dada en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil No 1380 de 2015 por el Comité Fiduciario del PA FFIE, y el **CONSORCIO EDUCACION** son ley para las partes

de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, las cuales, entre otras, establecen de forma expresa y clara el procedimiento para verificar el incumplimiento y exigir el pago de la cláusula penal.

En ese sentido, la UG-FFIE realizó el análisis de las obligaciones del contratista y sus actuaciones desde el inicio del contrato de obra y lo presentó a los Comités Técnico del PA FFIE y Comité Fiduciario del PA FFIE para determinar si estas condujeron a su incumplimiento y así determinar la procedencia o no de la cláusula penal pactada, teniendo en cuenta, además, los descargos que presentó el garante, y el pronunciamiento de la interventoría frente a los descargos.

Como resultado de ese análisis hecho por la Unidad de Gestión del FFIE, tal como se informa a continuación, la decisión del Comité Fiduciario del PA FFIE precedida de la recomendación del Comité Técnico del PA FFIE, consiste, en:

- (I) Dejar sin efectos la decisión tomada por el Comité Fiduciario del PA FFIE en sesión 712 del 19 de septiembre de 2023 y 751 del 12 y 13 de enero de 2024, comunicada por oficio No. X191709 del 12 de febrero de 2024, respecto a la aplicación y cobro de la cláusula penal y reclamación ante el garante por los perjuicios de anticipo.
- (II) Incorporar al expediente contractual el análisis realizado por la UG FFIE de los descargos presentados por la aseguradora en el marco del PIC.
- (III) Definir el PIC en el sentido de aplicar y hacer exigible el cobro de la cláusula penal por valor de **\$505.458.416** y hacer exigible la indemnización al garante por la ocurrencia del siniestro amparado en la póliza de cumplimiento que ampara los perjuicios causados al contratante por el incumplimiento del contrato y en especial por el incumplimiento de las obligación de correcta inversión y manejo del anticipo por valor de **\$515.752.653** o por el valor que resulte después de realizar el balance financiero del contrato.

Lo anterior en razón a que, de acuerdo con lo que resultó probado en el marco del PIC, reportado y corroborado por la interventoría, para el 20 de agosto de 2023, fecha de terminación del contrato, el contratista de obra solo había ejecutado un 10% del total de la obra, hecho que configura un grave, injustificado, total y definitivo incumplimiento de sus obligaciones contractuales y del objeto mismo del contrato, amen de haberse apropiado de recursos de anticipo para la ejecución del contrato y tampoco amortizarlos ni devolverlos al contratante. Téngase en cuenta que conforme lo informó interventoría, del valor girado, **\$561.620.462**, solo amortizó **\$45.867.809**, por tanto, la suma restante **\$515.752.653** **no fue invertida, ni amortizada**, grave hecho que configura un incumplimiento de las obligaciones de buen manejo y correcta inversión del anticipo y de entregar los informes de inversión del anticipo y que activa al garante a hacer exigible la póliza única de cumplimiento en sus amparos de cumplimiento y/o buen manejo y correcta inversión del anticipo para obtener la indemnización asegurada por el garante ante la existencia, comprobación y cuantificación del perjuicio causado.

## 1. DE LOS HECHOS Y LAS OBLIGACIONES INCUMPLIDAS

El **28 de enero de 2022** se suscribió el correspondiente Contrato de Obra No. 1380-1497-2021 entre el **CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA, como vocero y administrador del PATRIMONIO AUTÓNOMO DENOMINADO FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA FFIE** de acuerdo con el pronunciamiento otorgado e instrucción dada en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil No 1380 de 2015 por el Comité Fiduciario del PA FFIE y **CONSORCIO EDUCACION** (en adelante “el contratista de obra”), el cual tiene por objeto: *“REALIZAR LA EJECUCIÓN DE DISEÑOS, ESTUDIOS TÉCNICOS Y/O OBRAS DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA REQUERIDOS POR EL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE EN EL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA - GRUPO 1 I.E. CRISTÓBAL COLÓN – SEDE BIENESTAR SOCIAL.”*

Dicho contrato, debido a la suscripción de diferentes otrosíes modificatorios, tuvo un plazo de ejecución final de once (11) meses, y por el otro, un valor final de **DOS MIL OCHOCIENTOS OCHO MILLONES CIENTO DOS MIL TRESCIENTOS NUEVE PESOS M/CTE (\$2.808.102.309)**.

El **1 de agosto de 2022** se dio inicio contractual a la Fase 2. La fecha de terminación contractual de la etapa se fijó para el día 1 de marzo de 2023.

El **20 de agosto de 2023** terminó el plazo de ejecución del contrato de obra.

El **29 de junio de 2023**, conforme lo expuesto, se recibió el informe de incumplimiento de la interventoría, solicitando la aplicación de la cláusula penal por:

- (I) El incumplimiento de las obligaciones de ejecutar el contrato dentro del término pactado y del cronograma establecido para cada una de las fases del contrato,
- (II) Incumplimiento de las obligaciones de buen manejo y correcta inversión del anticipo y;
- (III) Incumplimiento en la obligación de entregar los informes de inversión del anticipo y buen manejo del anticipo.

Dicho incumplimiento, conforme el informe de interventoría fue desarrollado así:

**(I) DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO.**

La interventoría reportó en su informe que el contratista de obra incumplió con la obligación de buen manejo y correcta inversión del anticipo dado que el anticipo girado fue de **\$561.620.462 de los cuales solo logró amortizar la suma de \$45.867.809, por lo que la suma restante \$515.752.653**, conforme lo reportó la interventoría, no fue amortizada ni invertida.

Adicionalmente, reportó la interventoría que el contratista de obra incumplió con la obligación de enviar los informes de manejo del anticipo con los soportes requeridos y las facturas pagadas, dado que requirió a este último en varios comunicados para que remitiera los citados informes y a pesar de ello no los entregó.

**(II) INCUMPLIMIENTO TOTAL Y DEFINITIVO DEL CONTRATO.**

Para el **20 de agosto de 2023**, fecha de terminación del contrato, el contratista solo había ejecutado el 10% del total de la obra, hecho que configuró un incumplimiento grave, injustificado, total y definitivo del contrato y por tanto de las obligaciones a su cargo de ejecutar el contrato dentro del término pactado y de cumplir con el cronograma establecido para cada una de las fases del mismo.

Téngase en cuenta que, para el caso particular, el objeto del contrato consistió en la construcción y ejecución de obras en la sede educativa con la finalidad de que esta fuera apta y estuviera terminada en una fecha específica para la prestación del servicio público de educación. Situación esta que tuvo incidencia directa en el contenido de cada una de las obligaciones del contrato, lo anterior debido a que en estas circunstancias las obligaciones de ejecutar la obra en su totalidad y adicionalmente de entregarla finalizada en el plazo pactado, adquirieron el carácter de esenciales o principales, toda vez que era necesario contar con la sede educativa finalizada en la fecha pactada para poder cumplir con la obligación de prestar el servicio público de educación al sector de la población que lo requería.

Es por este motivo que el hecho de no entregar la obra finalizada en la fecha pactada y tan solo haber ejecutado un 10% de ejecución, significa el incumplimiento de una de las obligaciones

esenciales o principales del contrato, lo que de fondo implica un incumplimiento grave en cabeza del contratista, toda vez que derivado de este se generó la frustración del interés principal de la parte contratante y la imposibilidad de obtener la finalidad perseguida (poder utilizar la sede educativa para prestar el servicio público de educación en la fecha pactada).

**(III) INCUMPLIMIENTO EN LA OBLIGACIÓN DE PRESENTAR LOS INFORMES DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO**

También refirió la interventoría como uno de los hechos graves de incumplimiento, que el contratista no aportó ni dio respuesta a los diferentes requerimientos realizados en torno a la obligación de presentar los informes de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

De acuerdo con el informe presentado por la interventoría, se configuró un incumplimiento de las siguientes obligaciones:

• **DEL CONTRATO DE OBRA:**

*“OCTAVA OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA: El CONTRATISTA se compromete a cumplir todas las obligaciones establecidas o se deriven (i) del clausulado del presente Contrato, (ii) de los estudios y documentos de cada proyecto. (iii) de los TCC, sus Adendas y Anexos, (iv) su Propuesta y (v) aquellas que por su esencia y naturaleza se consideren imprescindibles para la correcta ejecución del presente Contrato.*

*Así mismo se consideran obligaciones generales del CONTRATISTA, las siguientes:*

*2. Cumplir con los plazos establecidos en este Contrato y en el Anexo Técnico para ejecutar los estudios, diseños, obtención de licencias de construcción en cualquiera de sus modalidades y/o licencias de urbanismo junto con los permisos y aprobaciones necesarias (estudios y licencias cuando se requiera), y las obras contempladas en el alcance de este contrato.*

*8. Rendir y elaborar informes, conceptos o estudios que se soliciten, siempre y cuando guarden relación con el objeto del Contrato.*

*10. Obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas precontractuales y contractuales, evitando dilaciones o cualquier otra situación que obstruya la normal ejecución del Contrato.*

*22. Comunicarle al CONTRATANTE cualquier circunstancia política, jurídica, social, económica, técnica, ambiental o de cualquier tipo que pueda afectar la ejecución del contrato.*

*24. Asumir la responsabilidad de todas las actividades relativas a la ejecución de las obligaciones establecidas en este contrato.*

*39. Cumplir con todo lo establecido en los TCC, sus Adendas, sus Anexos, y en su Propuesta, documentos que hacen parte integral del presente Contrato.*

*44. El Contratista deberá contar con al menos tres (3) frentes simultáneos para garantizar la ejecución de la obra, siempre y cuando ello sea técnicamente posible.*

**NOVENA. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL CONTRATISTA:** *Las demás obligaciones y responsabilidades a cargo del CONTRATISTA que se encuentran previstas en el TCC, sus Adendas, Anexos y documentos que hacen parte del presente Contrato y la oferta presentada por el CONTRATISTA.*

• **DE LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES CONTRACTUALES:**

**Numeral 10.7.2 Reglas para el Manejo e Inversión del Anticipo.** *para el manejo e inversión del anticipo, se aplicarán las siguientes reglas:*

*i. El contratista deberá invertir, en forma directa y de manera inequívoca, el anticipo en el objeto contractual, con sujeción al plan de manejo e inversión del mismo aprobado por la interventoría y verificado por el supervisor de la interventoría de la UG- FFIE.*

*vi. El contratista debe permitirle a la interventoría, sin ningún tipo de restricción, la revisión permanente del flujo de fondos.*

*vii. El contratista deberá rendir a la interventoría un informe mensual de gastos contra la cuenta, incluyendo los soportes de los mismos y anexando copia del extracto de dicha cuenta.*

**2. FRENTE A LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR LA ASEGURADORA.**

Mediante correo electrónico enviado el 31 de julio de 2023 el garante presentó escrito de descargos en oportunidad que fundamentó en los siguientes argumentos:

1. La contratante carece de competencia para iniciar un procedimiento sancionatorio contractual debido a que no es una entidad pública y estas son las únicas que pueden hacerlo en ejercicio de cláusulas exorbitantes.
2. Los contratos celebrados por la contratante se rigen por normas de derecho privado y como consecuencia la relación comercial está sometida al principio de igualdad entre las partes motivo por el cual dentro de este tipo de contratos está prohibida la posibilidad de ejercer cláusulas exorbitantes y como fundamento citó varios pronunciamientos del Consejo de Estado que se refieren a la imposición de multas y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
3. Para hacer efectiva la cláusula penal es necesario un pronunciamiento judicial.
4. Es necesario que una ley que faculte a la contratante para adelantar el procedimiento de incumplimiento contractual y hacer efectiva la cláusula penal, toda vez que dicha facultad no puede provenir de un acuerdo comercial y comoquiera que, en la legislación privada aplicable al contrato, no existe una norma que habilite a uno de los extremos contractuales para ejercer este tipo de facultades su ejercicio deviene en ilegal.

5. La parte contratante no tiene la facultad de expedir actos administrativos comoquiera que se trata de una persona jurídica de derecho privado y no detenta la calidad de entidad pública, lo que de fondo implica que los actos administrativos por los que se inició el procedimiento de incumplimiento contractual y se decidió la aplicación de la cláusula penal están viciados de nulidad por falta de competencia.
6. Indica que en su calidad de compañía aseguradora desconoce las circunstancias tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el contrato de obra por no ser uno de los extremos contractuales y en ese sentido coadyuva los argumentos propuestos por el contratista de obra.
7. Asegura que los incumplimientos relacionados con la inversión y manejo del anticipo no son imputables al contratista sino a los proveedores a los que se hicieron los pagos de los materiales comprados y agrega que habiendo sido la interventoría quien aprobó dichos pagos, después de verificar su concordancia con el plan de inversión, no resulta posible concluir que el incumplimiento sea atribuible al contratista.
8. Indica que el contrato de obra fue suspendido el 30 de junio de 2023 con la finalidad de analizar la solicitud de prórroga realizada por el contratista y sin haberse superado las situaciones imprevisibles e irresistibles que motivaron la suspensión la interventoría decidió reiniciar el plazo contractual y de lo anterior concluye que se incurrió en un error al determinar que el contratista incumplió con la obligación de ejecutar las obras dentro del plazo pactado. Es importante resaltar que la misma aseguradora reiteró que desconoce las situaciones concretas que dieron origen a las prórrogas y suspensiones del contrato comoquiera que no tuvo conocimiento de las circunstancias y particularidades que rodearon el contrato.
9. En el evento en que la contratante decida aplicar la cláusula penal esta deberá tasarse de forma proporcional al porcentaje del contrato ejecutado y para sustentar tal posición cita los artículos 44 de la Ley 1437 de 2011; 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio.
10. La interventoría omitió su obligación de cuantificar los perjuicios ocasionados con la falta de inversión del anticipo, toda vez que solo tuvo en cuenta el valor no amortizado y comoquiera que la no amortización del anticipo no es un riesgo cubierto por el amparo de manejo del anticipo de la Póliza No. 4006064, estaba en la obligación de cuantificar el valor efectivo de los perjuicios derivados de dicha situación fáctica.
11. De conformidad con el clausulado del contrato de seguro particularmente del numeral 1.2.2 “GARANTÍA DE CORRECTA UTILIZACION E INVERSION DE DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN SIDO ENTREGADOS POR ANTICIPADO AL CONTRATISTA PARA LA EJECUCION DEL CONTRATO” y la jurisprudencia, los riesgos cubiertos con este amparo corresponden a los eventos en que se utilicen estos dineros de forma distinta a lo establecido en el contrato o se inviertan en gastos que no estén relacionados con el objeto del instrumento negocial, sin que se presente una apropiación de estos por parte del contratista. Es por esto que la no amortización o no devolución del monto entregado a título de anticipo no es un riesgo asociado al amparo de correcta inversión.
12. No se comprobó que se configuraran los incumplimientos endilgados y por este motivo tampoco se acreditó la ocurrencia del riesgo asegurado por lo que no se cumplieron los supuestos establecidos en el contrato para que surja el deber de indemnizar.
13. La interventoría y la contratante incumplieron con la obligación de informar a la aseguradora sobre la modificación del estado del riesgo por no haberle comunicado el 23 de febrero de 2023 cuando se advirtió la configuración de un incumplimiento y se requirió al contratista, por lo que de conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio es procedente la terminación del contrato.



14. La cláusula penal impuesta al contratista hace parte de las exclusiones pactadas en la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006064 en el numeral 2.2 del acápite correspondiente.
15. La compañía aseguradora solo responde por el monto máximo asegurado (\$561.620.461) tal como lo establece el artículo 1079 del Código de Comercio.
16. Solicitó como pruebas que: (i) Se oficie a la interventoría para aporte un informe de incumplimiento en el que exponga el estado actual de la obra; (ii) Interrogatorio al representante legal del Consorcio Educación.

### **3. CONSIDERACIONES DE LA INTERVENTORÍA FRENTE A LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR EL CONTRATISTA DE OBRA.**

La interventoría en oficio DPC-006 FIIE CALI- 1380-1497-2022 del 5 de abril de 2024 se pronunció sobre los descargos presentados por la aseguradora en los siguientes términos:

1. Con relación al buen manejo y correcta inversión del anticipo la interventoría aprobó los pagos a los proveedores solicitados por el contratista debido a que las solicitudes cumplieron con los requisitos establecidos en el contrato y los demás documentos que lo integran, en particular de la cláusula 2 del contrato fiduciario que establece: *“Finalidad del Contrato. La finalidad del Contrato de Fiducia Mercantil es: (a) la transferencia por parte del FIDEICOMITENTE(S) a la Fiduciaria de los recursos recibidos por concepto de Anticipo, a título de fiducia mercantil. Estos recursos son girados directamente por parte de la Contratante a la Fiduciaria; (b) la administración de los recursos recibidos de acuerdo a los términos y condiciones establecidos en este Contrato; (c) la realización de los Giros ordenados por el representante Legal del Consorcio con la aprobación de y las adquiridas por el Consorcio Educación el Interventor”.*
2. La interventoría informó de manera oportuna a la aseguradora de los incumplimientos que se presentaron respecto del manejo del anticipo en las comunicaciones:
  - i. DPC-130 FIIE CALI- 1380-1497-2023 de 22 de junio 2023, asunto: “PRESUNTO INCUMPLIMIENTO AL MANEJO DE ANTICIPO CORRESPONDIENTES A LAS ÓRDENES DE OPERACIÓN #1, #2, #3, #4, #5, Y #6 CONTRATO DE OBRA NO. 1380-1497- 2021 AFECTACION POLIZA DE CUMPLIMIENTO #4006064 ANEXO 2...”
  - ii. DPC-137 FIIE CALI- 1380-1497-2023 de 07 de julio 2023, con asunto: “SOLICITUD DE INFORMACION SOBRE GESTIONES REALIZADAS POR HDI SEGUROS S.A PRESUNTO INCUMPLIMIENTO AL MANEJO DE ANTICIPO CORRESPONDIENTES A LAS ÓRDENES DE OPERACIÓN #1, #2, #3, #4, #5, Y #6 CONTRATO DE OBRA NO. 1380-1497- 2021 AFECTACION POLIZA DE CUMPLIMIENTO #4006064 ANEXO 2...”.
3. La interventoría indicó que en la obra no se encuentran ni se evidencia la adquisición de los materiales, alquiler de equipos y demás ítems en los que se invirtió el anticipo. En particular los recursos invertidos en las órdenes de operaciones #1, #2, #3, #4, #5 y #6, no se reflejaron en la obra, lo que configura el riesgo asegurado de incorrecta inversión del anticipo.
4. El hecho de que el dinero del anticipo se haya girado de forma directa a los proveedores previa aprobación de la interventoría no libera de responsabilidad al contratista frente a la correcta inversión del anticipo, lo anterior debido a que en el contrato de obra No. 1380-1497-2021 se pactó en el numeral 24 de su CLÁUSULA OCTAVA que *“el contratista de obra tiene la obligación de asumir la responsabilidad de todas las actividades relativas a la ejecución de las obligaciones establecidas en el contrato”* y en la CLÁUSULA DECIMA CUARTA que *“El CONTRATISTA no podrá subcontratar la totalidad de las obligaciones contenidas en el*

*Contrato de Obra. Sin embargo, podrá subcontratar parte de las actividades que integran el Contrato de Obra con personas naturales o jurídicas que tengan la idoneidad y capacidad para desarrollar la actividad subcontratada. No obstante, no tendrá ningún vínculo contractual con el subcontratista, por tanto, EL CONTRATISTA continuará siendo el único responsable ante el PA – FFIE por el cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Obra. (...)*

5. Como consecuencia de los múltiples incumplimientos y atrasos en que venía incurriendo el contratista la interventoría envió varios requerimientos en ese sentido, por lo que este último mediante comunicación C.EDUCACION-CTO 1380-1497-2022-0089 del 11 de mayo 2023 remitió plan de contingencia y reprogramación para conjurar las actividades atrasadas. Plan de contingencia y reprogramación que no fueron cumplidos por lo que fue necesario realizar nuevos requerimientos.
6. El motivo de la solicitud de prórroga realizada por el contratista y de la suspensión del contrato no fueron causas externas y ajenas a este último, sino, por el contrario, se hizo con la finalidad de conjurar los atrasos y los incumplimientos en el avance de la obra en que venía incurriendo el Consorcio Educación, tal como se puede corroborar en los comunicados DPC-053 FIIE CALI- 1380-1497-2023 de 23 de enero 2023, DPC-059 FIIE CALI- 1380-1497-2022 de 07 de febrero 2023, DPC-085 FIIE CALI- 1380-1497-2023 de 15 de marzo 2023, DPC-120 FIIE CALI- 1380-1497-2023 de mayo 23/2023 y DPC-121 FIIE CALI- 1380-1497-2023 de 08 de junio 2023. A pesar de lo anterior el contratista se negó a firmar la prórroga sin justificación alguna, después de que fue aprobada por los órganos de decisión de la parte contratante, lo que conllevó a que el contrato terminara sin el cumplimiento de su objeto.
7. Aun después de la negativa del contratista a suscribir la prórroga y continuar con la ejecución del contrato la interventoría lo requirió para el reinicio de las obras en las comunicaciones: C.EDUCACION-CTO 1380-1497-2022-0113 de 22 de agosto 2023 y C.EDUCACION-CTO 1380-1497-2022-0111 de 11 de agosto de 2023, sin obtener respuesta favorable.

#### 4. CONSIDERACIONES DE LA UG-FFIE

La UG FFIE indicó, las cláusulas contractuales previstas en el Contrato de Obra suscrito entre el **Consorcio FFIE Alianza BBVA actuando única y exclusivamente en calidad de vocero y administrador del PA FFIE** y el **CONSORCIO EDUCACION** son ley para las partes según lo previsto en el artículo 1602 del Código Civil. Dichas cláusulas, además, definen de forma clara y expresa el procedimiento para que, en caso de incumplimiento del contratista, se pueda exigir el pago de la cláusula penal pactada en el contrato.

Así las cosas, y a efectos de garantizar el debido proceso del contratista de obra y el no abuso del derecho, a continuación, bajo la égida del contrato y de la ley, nos pronunciaremos sobre los hechos de incumplimiento, y sobre los descargos presentados por el garante, habida cuenta que el contratista de obra no presentó descargos, pese a haber sido debidamente notificado el inicio del Procedimiento de Incumplimiento el pasado 24 de julio de 2023 a la cuenta de correo del representante del consorcio [juan.ricci@conycon.com.co](mailto:juan.ricci@conycon.com.co); lo cual en razón a que vencido el término para presentar descargos, no presentó documento alguno.

##### (I) Frente a los hechos de incumplimiento

Conforme consta en los antecedentes, en especial en el informe de incumplimiento presentado por el interventor, los hechos objeto del presente procedimiento de incumplimiento contractual, giraron en torno a:

- (I) El incumplimiento de las obligaciones de ejecutar el contrato dentro del término pactado y del cronograma establecido para cada una de las fases del contrato,
- (II) Incumplimiento de las obligaciones de buen manejo y correcta inversión del anticipo y;
- (III) Incumplimiento en la obligación de entregar los informes de inversión del anticipo y buen manejo del anticipo.

La interventoría demostró en sus anexos y trazabilidad del contrato que se presentó un incumplimiento grave, injustificado, total y definitivo de las obligaciones señaladas en este documento, por cuanto para la fecha terminación del contrato, el contratista solo había ejecutado el 10% de la obra, lo cual constituye un incumplimiento grave del objeto mismo del contrato, amen de no haber cumplido con sus obligaciones de buen manejo y correcta inversión del anticipo, al punto que del anticipo girado, **\$561.620.462, solo amortizó \$45.867.809**, por tanto, la suma restante **\$515.752.653 no fue invertida, ni amortizada**, grave hecho que configura el incumplimiento de las obligaciones de buen manejo y correcta inversión del anticipo y de entregar los informes de inversión del anticipo, así como el contratista tampoco presentó la totalidad de los informes de manejo del anticipo con los soportes y las facturas canceladas, por lo que se configuró un incumplimiento grave, injustificado y definitivo de sus obligaciones que, conforme la recomendación de la interventoría, da lugar a exigir el pago de la cláusula penal pactada y solicitar al garante la indemnización de los perjuicios causados entre ellos el pago del dinero entregado en calidad de anticipo que no fue invertido ni amortizado en la obra.

## **(II) Frente a los descargos presentados por el garante.**

En primer orden, manifestó el garante que *“el contratante carece de competencia para iniciar un procedimiento sancionatorio contractual debido a que no es una entidad pública y estas son las únicas que pueden hacerlo en ejercicio de cláusulas exorbitantes.*

Frente a este argumento referido a la supuesta falta de capacidad para iniciar el PIC, se precisa que el mismo es equivocado por las siguientes consideraciones:

**En primer orden**, se reitera que el procedimiento de incumplimiento como las demás cláusulas del contrato son vinculantes y exigibles entre las partes en virtud del principio de relatividad de los contratos y conforme lo ordena y dispone el artículo 1602 del Código Civil el cual indica que el contrato es ley para las partes, esto es las obliga en virtud de su propia voluntad de obligarse.

Además, se precisa que el garante confunde las normas de derecho privado con las normas de derecho público, pues presenta como si fueran cláusulas o potestades excepcionales al derecho común la declaratoria de incumplimiento y la cláusula penal, ello no es cierto por las siguientes razones.

La primera por cuanto la cláusula penal está regulada precisamente en la ley civil, artículo 1592 y siguientes del código civil, la segunda por cuanto ni la declaratoria de incumplimiento ni la pena está prevista por el Estatuto General de la Contratación Pública como una facultad excepcional de la administración frente a los administrados.

Para corroborar esto, bástese con verificar los artículos 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993, (que aun cuando no aplican al presente caso) disponen que las potestades excepcionales son la de modificación, interpretación, terminación y caducidad.

Por tanto, ni el reconocimiento de un incumplimiento ni la facultad nacida del contrato de hacer exigible el cobro de una cláusula penal aceptada y pactada es una cláusula excepcional pues como se refuerza está expresamente permitida por el artículo 1599 del Código Civil y por tanto, el PA FFIE en desarrollo del principio de pacta sunt servanda no solo puede sino que debe exigir las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento.

**En segundo término**, expuso el garante que está prohibida en los contratos de derechos privado la posibilidad de ejercer cláusulas exorbitantes y como fundamento citó varios pronunciamientos del Consejo de Estado que se refieren a la imposición de multas y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Ante dichas manifestaciones como explicó con anterioridad la UG FFIE, se aclara que ni la cláusula penal, ni la cláusula de pactar un procedimiento en caso de incumplimiento, es excepcional al derecho común, en otras palabras, no son cláusulas excepcionales y adicionalmente también como ya se mencionó el artículo 1599 del Código Civil, permite y faculta a las partes en un contrato regido por la legislación civil, hacer exigible el cobro de la cláusula penal en caso en que se pacte, por tanto, si bien el garante afirmó que existe prohibición para pactar una cláusula penal, lo que es cierto por estar expresamente permitido es que la cláusula penal es una cláusula válida y exigible en todos los casos en que se pacte, y por tanto, al estar pactada en el presente contrato, es exigible, previo agotamiento del procedimiento pactado para ello.

**En tercer orden** manifestó el garante que para que sea exigible la cláusula penal es necesario contar con un pronunciamiento judicial. Ante dicha afirmación es preciso indicar que no es cierta tal afirmación, como quiera que si las partes pactan una determinada cláusula, entre ellas por supuesto la penal, no necesitan ir al juez para que el cocontratante la cumpla, pues conforme el 1602 del código civil el contrato es ley para las partes, esto es, las obliga y vincula por su propia, exclusiva y autónoma voluntad, y además por cuanto de manera expresa el artículo 1599 del Código Civil lo reconoce y permite al expresar que:

*“ARTICULO 1599. <EXIGIBILIDAD DE LA PENA>. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.”*

Por tanto, conforme el orden jurídico que informa el contrato no es cierto que se requiera ir al juez para exigir el pago de una pena en caso de incumplimiento.

**En el cuarto argumento**, insistió el garante en señalar que es *“necesario que una ley que faculte a la contratante para adelantar el procedimiento de incumplimiento contractual y hacer efectiva la cláusula penal, toda vez que dicha facultad no puede provenir de un acuerdo comercial y comoquiera que, en la legislación privada aplicable al contrato, no existe una norma que habilite a uno de los extremos contractuales para ejercer este tipo de facultades su ejercicio deviene en ilegal.”*

Lo cual, como se acaba de documentar es por completo equivocado, pues a diferencia de lo expresado, la legalidad y validez del procedimiento de incumplimiento esta acreditada por partida doble, por una lado, por el significado del artículo 1602 del Código Civil, y por otra, por la expresa habilitación del artículo 1599 de la misma legislación, por tanto, por supuesto que el pacto que

hicieron las partes en torno a la cláusula penal no solo no es contrario a la legislación sino que encuentra pleno respaldo y validez jurídica.

**En quinto orden** expresó el garante que el contratante no tiene la competencia para expedir actos administrativos comoquiera que no detenta la calidad de entidad pública, por cuanto en su opinión, los actos administrativos por los que se inició el procedimiento de incumplimiento contractual y se decidió la aplicación de la cláusula penal están viciados de nulidad por falta de competencia.

Dicha afirmación debe ser contrastada y corregida por cuanto no es cierto que el contratante expida actos administrativos, y no es cierto por cuanto como lo reconoce el mismo garante el contratante no es una entidad pública, entonces, se debe aclarar que los actos que inició el contratante en el marco del PIC, son actos contractuales, no actos administrativos y por lo mismo, sobre los actos contractuales el contratante tiene plena competencia por habilitación legal y convencional y en modo alguno pueden estar viciados por adolecer de competencia.

**En sexto término**, el garante aseveró que desconoce las circunstancias tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el contrato de obra por no ser uno de los extremos contractuales y en ese sentido coadyuva los argumentos propuestos por el contratista de obra; al respecto recuérdese que el contratista de obra no presentó descargos, razón por la cual su afirmación resulta vacía, pues no puede coadyuvar algo que no existe y, además, tampoco puede desconocer las circunstancias de ejecución porque precisamente en el marco del presente procedimiento de incumplimiento, fue informado del grave, infundado, total y definitivo incumplimiento en que incurrió el contratista de obra.

**En séptimo punto**, aseguró el garante que *“los incumplimientos relacionados con la inversión y manejo del anticipo no son imputables al contratista sino a los proveedores a los que se hicieron los pagos de los materiales comprados y agrega que habiendo sido la interventoría quien aprobó dichos pagos, después de verificar su concordancia con el plan de inversión, no resulta posible concluir que el incumplimiento sea atribuible al contratista.”*

Frente a este planteamiento debe informarse que el mismo resulta incompatible con las obligaciones asumidas por el contratista de obra en punto de lo que concierne al buen manejo y correcta inversión del anticipo, en otras palabras, resulta por completo equivocada la conclusión a que arriba el garante al pretender exonerar de la obligación de buen manejo y correcta inversión de los recursos al contratista de obra señalando que el incumplimiento no fue de él sino de sus proveedores, pues como se sabe, es el contratista de obra el obligado no solo a proveer la obra de todos los bienes necesarios para su ejecución, sino también a garantizar que efectivamente los bienes adquiridos con el anticipo conforme su plan de inversión sean ejecutados en la obra, por tanto, el plan de inversión no solo se limita a presentar la autorización para que terceros despachen materiales a la obra, sino, por supuesto la obligación de ejecutar dichos materiales en la obra.

Lo anterior además se refuerza conforme la obligación prevista en el numeral 24 de la CLÁUSULA OCTAVA del contrato de obra que establece:

*“el contratista de obra tiene la obligación de asumir la responsabilidad de todas las actividades relativas a la ejecución de las obligaciones establecidas en el contrato”*

Adicionalmente es el contratista de obra quien elige el proveedor al que le comprará los insumos, por tanto, el supuesto incumplimiento de un proveedor no libera de responsabilidad al contratista, precisamente porque la elección estuvo a su cargo y por lo tanto los riesgos derivados de esta hacen parte del alea que debe asumir.

**En el octavo punto** presentado en los descargos, *el garante indicó que el contrato de obra fue suspendido el 30 de junio de 2023 con la finalidad de analizar la solicitud de prórroga realizada por el contratista y sin haberse superado las situaciones imprevisibles e irresistibles que motivaron la suspensión la interventoría decidió reiniciar el plazo contractual y de lo anterior concluye que se incurrió en un error al determinar que el contratista incumplió con la obligación de ejecutar las obras dentro del plazo pactado. Es importante resaltar que la misma aseguradora reiteró que desconoce las situaciones concretas que dieron origen a las prórrogas y suspensiones del contrato comoquiera que no tuvo conocimiento de las circunstancias y particularidades que rodearon el contrato.*

Al respecto se informa que la suspensión y prórroga del contrato de obra fue necesaria por la situación de incumplimiento en que se encontraba inmerso el contratista de obra y se solicitó con la finalidad de conjurar sus incumplimientos por lo que no se presentaron causas extrañas imprevistas, imprevisibles o irresistibles que desvirtuaran el incumplimiento endilgado.

**En noveno punto**, el garante informó que *en el evento en que la contratante decida aplicar la cláusula penal esta deberá tasarse de forma proporcional al porcentaje del contrato ejecutado y para sustentar tal posición cita los artículos 44 de la Ley 1437 de 2011; 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio,*

Al respecto se informa que la cláusula penal esta siendo pactada de manera proporcional al tasarse el 20% de pena sobre el valor que ejecutó o incumplió el contratista.

**En el décimo aspecto tratado en sus descargos**, *el garante informó que La interventoría omitió su obligación de cuantificar los perjuicios ocasionados con la falta de inversión del anticipo, toda vez que solo tuvo en cuenta el valor no amortizado y comoquiera que la no amortización del anticipo no es un riesgo cubierto por el amparo de manejo del anticipo de la Póliza No. 4006064, estaba en la obligación de cuantificar el valor efectivo de los perjuicios derivados de dicha situación fáctica.*

**El undécimo argumento** del garante giró en torno a señalar que *“de conformidad con el clausulado del contrato de seguro particularmente del numeral 1.2.2 “GARANTÍA DE CORRECTA UTILIZACION E INVERSION DE DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN SIDO ENTREGADOS POR ANTICIPADO AL CONTRATISTA PARA LA EJECUCION DEL CONTRATO” y la jurisprudencia, los riesgos cubiertos con este amparo corresponden a los eventos en que se utilicen estos dineros de forma distinta a lo establecido en el contrato o se inviertan en gastos que no estén relacionados con el objeto del instrumento negocial, sin que se presente una apropiación de estos por parte del contratista. Es por esto que la no amortización o no devolución del monto entregado a título de anticipo no es un riesgo asociado al amparo de correcta inversión.”*

El riesgo de buen manejo y correcta inversión del anticipo si se afecta en el presente caso pues como se advirtió algunos materiales cuyo giro de recursos se autorizó no llegaron a la obra, ahora, en caso de que se generen otros perjuicios derivados del incumplimiento, tales como no amortización, serán objeto de análisis y reclamación en virtud del amparo de cumplimiento que garantiza la indemnización de los perjuicios derivados de incumplimientos imputables al contratista.

**En el doceavo punto** de sus descargos señaló el garante que *“no se comprobó que se configuraran los incumplimientos endilgados y por este motivo tampoco se acreditó la ocurrencia del riesgo asegurado por lo que no se cumplieron los supuestos establecidos en el contrato para que surja el deber de indemnizar”.*

Frente al particular se debe señalar, por el contrario, que el incumplimiento está por completo probado con toda la documentación informes, anexos y pruebas presentados por la interventoría

y lo que no resultó probado fue precisamente el cumplimiento de las obligaciones del contratista de obra ni causal eximente de responsabilidad alguna, por tanto, mal puede concluir el garante en asegurar que no se probó el incumplimiento, cuando resulta por completo demostrado que la obra no se ejecutó, que no se ejecutó el anticipo entregado y que tampoco se acreditó el cumplimiento de los informes de anticipo requeridos por la interventoría

**En el décimo tercer argumento** el garante señaló que *“la interventoría y la contratante incumplieron con la obligación de informar a la aseguradora sobre la modificación del estado del riesgo por no haberle comunicado el 23 de febrero de 2023 cuando se advirtió la configuración de un incumplimiento y se requirió al contratista, por lo que de conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio es procedente la terminación del contrato.”*

Lo anterior no resulta cierto dado que la interventoría demostró haber informado a la aseguradora del acaecimiento de los incumplimientos respecto del manejo del anticipo en los comunicados DPC-130 FIIE CALI- 1380-1497-2023 de 22 de junio 2023 y DPC-137 FIIE CALI- 1380-1497-2023 de 07 de julio 2023, se debe resaltar que este argumento no tiene la potencialidad de enervar el incumplimiento y únicamente está dirigido a discutir las condiciones de exigibilidad del amparo contratado, por lo que resulta impertinente frente al tema objeto de debate que se contrae de manera exclusiva a determinar si se configuraron o no los incumplimientos endilgados.

**En el décimo cuarto punto** de sus descargos el garante señaló que la cláusula penal impuesta al contratista hace parte de las exclusiones pactadas en la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006064 en el numeral 2.2 del acápite correspondiente, respecto a lo cual no existe discrepancia alguna, es bien sabido que el garante está obligado conforme lo ordena el contrato de seguro a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento mas no las sanciones convencionalmente pactadas entre las partes.

**En el décimo quinto** aspecto relacionado en sus descargos, el garante informó que solo responde por el monto máximo asegurado (\$561.620.461) tal como lo establece el artículo 1079 del Código de Comercio, ante lo cual se informa que el contratante conoce las coberturas y valores asegurados.

**Por último, como décimo sexto** aspecto de sus descargos solicitó como pruebas que: (i) Se oficie a la interventoría para aporte un informe de incumplimiento en el que exponga el estado actual de la obra; (ii) Interrogatorio al representante legal del Consorcio Educación.

Respecto a esta último aspecto, se informa que las pruebas deben cumplir los requisitos de necesidad, utilidad, conducencia y pertinencia, por tanto, en modo alguno se requiere un informe adicional de la interventoría en que se exponga el estado actual de la obra comoquiera que en el informe original están descritas y probadas las circunstancias del incumplimiento y el estado de la obra no pudo haber cambiado debido a que el plazo del contrato finalizó con una ejecución parcial del 10% por lo que la prueba resulta superflua;

Adicionalmente, el contratista de obra no presentó descargos a pesar de haber sido notificado de la comunicación de inicio y adicionalmente haber sido requerido mediante llamadas telefónicas para el envío de este documento, lo que de fondo implica que decidió no ejercer su derecho de defensa y de contera que renunció a este, aunado a lo anterior la práctica del interrogatorio solicitado resulta innecesaria dentro de la dinámica del Procedimiento de Incumplimiento Contractual en el que todas las manifestaciones que se quieran hacer se pueden y deben realizar en el escrito de descargos.

Por tanto, dichas pruebas no resultan ni necesarias, ni útiles ni conducentes, máxime cuando el contratista ha decidido renunciar a presentar sus descargos.

### **Consideraciones finales.**

En el caso concreto el contratista de obra solo ejecutó el 10% de la totalidad de la obra, situación que afecta en mayor medida el interés del contratante comoquiera que existiendo un porcentaje tan bajo de ejecución se verá en la necesidad de continuar las obras desde este punto, lo que implicará un mayor tiempo para la terminación de las mismas y como consecuencia un mayor lapso durante el cual no podrá prestar el servicio de educación, circunstancia que agrava el incumplimiento del contratista de obra.

Respecto de la magnitud del incumplimiento de las obligaciones del contrato existe otra situación que reviste especial importancia y que es atribuible de forma directa al contratista; esta circunstancia está dada por cuanto, debido al atraso que se venía presentando en el avance del cronograma de ejecución tanto la Dirección Jurídica como la Dirección Técnica de la UG FFIE, con la finalidad de lograr la consecución del objeto del contrato y minimizar las afectaciones derivadas de estos retrasos, realizaron varias reuniones con el contratista de obra para encontrar la forma de superar los incumplimientos y se llegó a un acuerdo con este último consistente en que se concedería una prórroga del plazo de ejecución del contrato de 4 meses para superar los atrasos que se venían acumulando. Sin embargo, para que se lograra adelantar las actividades atrasadas durante la prórroga y entregar las obras finalizadas en la fecha de terminación de la fase 2, fue necesario que el contratista se comprometiera a cumplir con una serie de condiciones para garantizar la conjuración del atraso y la terminación de las obras en la fecha pactada, condiciones que el contratista aceptó mediante que documento y por este motivo desde la Coordinación Regional de la Dirección Técnica de la UG FFIE se sometió a consideración y aprobación la prórroga concertada con el contratista, la cual fue aprobada Comité Fiduciario del PA FFIE No. 700 del 14 de agosto de 2023, no obstante, el contratista se negó a firmar la prórroga, sin justificación alguna, lo cual no solo va en contravía de sus propios actos, sino también del deber que le asiste en el marco de la buena fe contractual de actuar con lealtad y honestidad.

Recuérdese que los cocontratantes tienen, en el marco del principio de buena fe contractual que se impone en todas las relaciones negociales, la obligación de comportarse con diligencia, lealtad, cooperación y abstenerse de realizar comportamientos nocivos para la contraparte, por tanto, la omisión injustificada de tales deberes, frustraron de manera deliberada el cumplimiento y propósito del contratante lo cual constituye una grave vulneración del contrato que da lugar a exigir el cumplimiento de la cláusula penal pactada así como iniciar las acciones necesarias para obtener del garante, la indemnización de los perjuicios que dicho incumplimiento causó, entre ellos por supuesto la devolución del anticipo que no fue invertido en la obra ni devuelto.

Este comportamiento del contratista constituye sin duda alguna además un incumplimiento de los deberes de conducta emanados también del principio de buena fe contenido en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de comercio, debido a que siendo la finalidad del contrato la terminación de las obras en la fecha estipulada, el contratista de obra tenía el deber de dirigir su conducta y realizar las gestiones que resultaran necesarias para lograr este objetivo, lo cual por su completa y demostrada actitud omisiva no se logró, por tanto, **abstenerse a firmar la prórroga, previamente acordada entre las partes, y negarse a ejecutar una obra, recibiendo el dinero de anticipo materializa no solo un incumplimiento contractual, sino que lo hará merecedor de las sanciones que la legislación prevea para este tipo de casos, derivadas de la investigación penal que se inicie.**



### III. CONCLUSIONES DEL COMITÉ FIDUCIARIO DEL PA FFIE Y APLICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS ESTABLECIDAS EN LA CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA DEL CONTRATO DE OBRA

Conforme el análisis efectuado por la UG FFIE; la recomendación del Comité Técnico del PA FFIE y al pronunciamiento otorgado, y la decisión e instrucción impartida por el Comité Fiduciario del PA FFIE en sesión **799 del 24 y 25 de mayo de 2024**, y al correo electrónico remitido por la misma Unidad de Gestión del FFIE fecha 6 de junio de 2024 mediante el cual remite la presente comunicación donde se plasma la decisión del Comité Fiduciario, el Consorcio FFIE Alianza BBVA, **que actúa única y exclusivamente como vocero y administrador del PA-FFIE**, materializando dicha instrucción otorgada en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil 1380 de 2015, mediante la **presente informa la decisión del Comité Fiduciario del PA-FFIE, la cual concluye que en efecto se configuró un incumplimiento grave, definitivo, injustificado y total de las obligaciones del contrato al no demostrarse en el presente procedimiento, prueba alguna de su cumplimiento, tampoco al no lograrse desvirtuar los cargos de incumplimiento con los descargos señalados por el garante, razón por la cual ante la existencia comprobada del incumplimiento resulta procedente la recomendación dada por la interventoría consistente en:**

- (I) Aplicar y hacer exigible el cobro de la cláusula penal proporcional por la suma de **(\$505.458.416)**, que se obtiene de tomar el valor total del contrato y calcular el 90% de ese monto, que corresponde al porcentaje de obra no ejecutado e incumplido. Para sobre dicho valor aplicar el 20% pactado de cláusula penal; y,
- (II) Hacer exigible ante el garante la póliza única de cumplimiento en los amparos de buen manejo y correcta inversión de anticipo y/o amparo de cumplimiento con el fin de lograr la indemnización del anticipo, por valor de **(\$515.752.653)**, que no fue invertido ni amortizado, así como los demás perjuicios que se logren probar en probar en el marco de la reclamación.

De no ser posible la compensación de las sumas adeudadas por el Contratista por concepto de cláusula penal o de apremio (según corresponda), el contratista deberá consignar dichas sumas en la cuenta de ahorros Ahorro diario No. 00130309000200050011 denominada FFIE CLAUSULAS SANCIONATORIAS, cuenta activa del Banco BBVA., a nombre de Alianza Fiduciaria Fideicomisos, identificado(a) con Nit número 830.053.812-2.

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

Finalmente de acuerdo con el pronunciamiento otorgado e instrucción por parte del Comité Fiduciario del PA FFIE, previa recomendación del Comité Técnico del PA FFIE y estructuración de la Unidad de Gestión del FFIE en el **Parágrafo Primero** de la cláusula **Décima Octava** del contrato de obra No. 1380-1497-2021 se estableció que el contratante está facultado para descontar de los saldos a favor del contratista el importe de la cláusula penal que resulte a cargo de este último, como consecuencia de los incumplimientos en que haya incurrido.

Por lo anterior, Se solicita al interventor del **CONTRATO** que dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo de la presente comunicación informe por escrito a la Dirección Financiera de la UG FFIE los saldos a favor del contratista derivados de la ejecución del contrato, remita los soportes respectivos y presente la solicitud de compensación de la medida con los saldos a favor que existan, conforme el contrato y la decisión e instrucción dada por el Comité Fiduciario del PA

FFIE. Dicha comunicación debe ser enviada al correo electrónico [solicitudcompensacion@ffie.com.co](mailto:solicitudcompensacion@ffie.com.co).

Cordialmente,

(FIRMA DIGITAL)

**PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE NIT: 830.053.812-2** FRANCISCO JOSÉ SCHWITZER SABOGAL Representante Legal ALIANZA FIDUCIARIA S.A. sociedad en calidad de representante legal del CONSORCIO FFIE ALIANZA- BBVA3, que actúa única y exclusivamente como vocero y administrador del **PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE FINANCIAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE NIT: 830.053.812-2**

Copia Ministerio de Educación Nacional MEN / FFIE  
Unidad de Gestión del FFIE  
Miembros con voz y voto Comité Técnico PA-FFIE  
Miembros con voz y voto Comité Fiduciario PA-FFIE

---

<sup>3</sup> De acuerdo con el marco legal y contractual: “Nota: Harán parte igual, aquellas obligaciones propias de este tipo de negocio establecidas y reguladas por la Superintendencia Financiera que sean acordes con la necesidad contractual y aceptadas por las partes. Bajo dicho marco legal no son obligaciones de la Fiduciaria (i) La estructuración y definición de criterios jurídicos, financieros y técnicos de los bienes y servicios a contratar con recursos del Fideicomiso, estudios de viabilidad y necesidad de los mismos. (ii) La selección de contratistas (iii) El seguimiento, control, supervisión, interventoría, y recibo de los bienes y servicios que se contratan (obras, suministro, etc.), (iv) La definición y conformación de la Unidad de Gestión del FFIE, la supervisión y responsabilidad sobre el personal que la integra y por las decisiones jurídicas, financieras y técnicas que tomen estos en relación con la ejecución de los recursos que conforman el fideicomiso, en el seguimiento de los contratos y en la estructuración de los proyectos, entre otras actividades”