

Bogotá D.C., 12 de febrero de 2024

Señor

JUAN PABLO RICCI RUIZ

Representante

CONSORCIO EDUCACION

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

Teléfono: 4821681

Bogotá, D.C.

Señores

ERNESTO PERDOMO RUBIANO

Representante

DPC INGENIEROS S.A.S.

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

Teléfono: 601 5475935

gerenciadpcingenieros@gmail.com

Bogotá, D.C.

Señores

HDI SEGUROS S. A.

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

3103285490

Tunja, Boyacá

Asunto: **Comunicación de la decisión de los Comités Fiduciarios No. 712 del 19 de septiembre de 2023 y 751 del 12 y 13 de enero de 2024.** – Definición del Comité Fiduciario del Procedimiento de Incumplimiento Contractual (PIC) iniciado por el presunto incumplimiento del 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 sus sesiones **No. 712 del 19 de septiembre de 2023 y 751 del 12 y 13 de enero de 2024**, previa recomendación y estudio del Comité Técnico del PA FFIE, y al análisis efectuado por la Unidad de Gestión del FFIE, y al correo electrónico remitido por la Unidad de Gestión del FFIE de fecha 12 de febrero de 2024 y

teniendo en cuenta el informe de incumplimiento presentado por la interventoría¹¹; el Consorcio FFIE Alianza BBVA, **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 consistente en hacer efectiva la cláusula penal proporcional por el incumplimiento del Contrato de Obra No. 1380-1497-2021 y reclamar ante el garante los perjuicios derivados de la no inversión y amortización del anticipo correspondiente a la I.E. Cristóbal Colón – Sede Bienestar Social (Cali - Valle del Cauca), teniendo en cuenta lo siguiente:**

I. ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES DEL CASO EFECTUADO POR LA UG FFIE

Las estipulaciones contractuales previstas en el Contrato de Obra suscrito entre el **Consorcio FFIE Alianza BBVA actuando única y exclusivamente como vocera del PA FFIE**, de acuerdo con el pronunciamiento otorgado e instrucción dada en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil No 1380 de 2015 por el Comité Fiduciario del PA FFIE y la sociedad **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 y los comités Técnico y Fiduciario realizaron el análisis de las obligaciones del contratista y sus actuaciones desde el inicio del contrato de obra para determinar si estas condujeron a su incumplimiento y así determinar la procedencia o no de la cláusula penal pactada, teniendo en cuenta, además, la información que presentó la Interventoría en la revisión y seguimiento de la ejecución del citado contrato y que ni el contratista ni el garante presentaron descargos a pesar de haber sido notificados en debida forma de la comunicación de inicio, conforme el procedimiento pactado en el contrato.

Como resultado de ese análisis, tal como se informa a continuación, la decisión del Comité Fiduciario del PA FFIE procedencia del análisis de la U GFFIE, y de la recomendación del comité Técnico, consiste en **proceder a la aplicación y cobro de la cláusula penal proporcional, en virtud del incumplimiento reportado por la Interventoría, esto es, que para el 20 de agosto de 2023, fecha de terminación del contrato, el contratista solo había ejecutado un 10% del total de la obra**, hecho que configura incumplimiento grave, total y definitivo del objeto del contrato y de las obligaciones a su cargo relacionadas con la ejecución del contrato de obra dentro del término pactado y adicionalmente de cumplir con el cronograma establecido para cada una de las fases del mismo.

Adicionalmente, el incumplimiento encontraron probado por parte de la interventoría en relación con las obligaciones de buen manejo y correcta inversión del anticipo, toda vez que al contratista de obra se le autorizó el giro de un anticipo por valor de **\$561.620.462**

¹¹ Comunicación S/N, remitido a la UG-FFIE el 29-06-2023.

y únicamente amortizó la suma de **\$45.867.809**, por lo que la suma restante **\$515.752.653**, conforme lo reportó la interventoría no fue invertida ni amortizada, conforme el plan de inversión del anticipo presentado por el contratista y aprobado por la interventoría; adicionalmente conforme el informe de la Interventoría, el contratista de obra incumplió su obligación de entregar los informes de inversión del anticipo, por tanto, este incumplimiento al representar un perjuicio real y directo derivado del incumplimiento, determina la necesidad de presentar la respectiva reclamación ante el garante para obtener la indemnización del perjuicio causado.

1. De los hechos y las obligaciones presuntamente incumplidas

El **28 de enero de 2022** de acuerdo con el pronunciamiento otorgado, selección e instrucción impartida por parte del Comité Fiduciario, previa recomendación del Comité Técnico y de la estructuración y evaluación de la Unidad de Gestión del FFIE se suscribió el correspondiente Contrato de Obra No. 1380-1497-2021 entre el CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA actuando única y exclusivamente como vocero y administrador del PATRIMONIO AUTÓNOMO DENOMINADO FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 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 de acuerdo con el pronunciamiento otorgado, por parte del Comité Fiduciario, previa recomendación del Comité Técnico y de la estructuración de la Unidad de Gestión del FFIE, 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** dieorn 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.

1. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVRESIÓN DEL ANTICIPO.

La interventoría reportó al supervisor del contrato 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.**

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.

2. 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 requiere.

Es por este motivo que el hecho de no entregar la obra finalizada en la fecha pactada 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). Ahora bien, para el caso particular tenemos que 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 la entidad del 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; debido al atraso que se venía presentado en el avance del cronograma de ejecución la Dirección Jurídica y 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 y por este motivo el PA FFIE aprobó la citada prórroga en Comité Fiduciario No. 700 del 14 de agosto de 2023 y a pesar de ello el contratista se negó de manera injustificada a firmar la prórroga.

Este comportamiento del contratista, que es la causa de que no se lograra conjurar los atrasos y del incumplimiento que fundamenta la aplicación de la medida contractual, es además un incumplimiento de los deberes de conducta emanados 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 que de fondo aparejaba la obligación de, no solo, firmar la prórroga, previamente acordada entre las partes, sino también ejecutar el contrato con las condiciones discutidas para lograr adelantar las actividades atrasadas y la terminación de las obras en la fecha establecida. Deber que no fue honrado por el contratista que, a pesar de que contaba con una prórroga para superar la situación de incumplimiento, decidió no firmarla sin ninguna justificación, actuación que además de configurar el incumplimiento descrito fue la causa directa de que para la fecha de terminación del contrato solo se hubiera ejecutado el 10% de las obras, situación que se tradujo en la frustración del interés del contratante, lo que significa un incumplimiento grave del contrato.

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 el incumplimiento de las obligaciones de ejecutar el contrato dentro del término pactado, incumplimiento con el cronograma establecido para cada una de las fases del contrato, incumplimiento de las obligaciones de buen manejo y de correcta inversión del anticipo.

Así lo anterior, y 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 el Contratista de Obra.

Ni el contratista de obra ni el garante presentaron descargos a pesar de haber sido notificada la comunicación de inicio del Procedimiento de Incumplimiento en debida forma.

II. CONCLUSIONES DEL COMITÉ FIDUCIARIO Y APLICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS ESTABLECIDAS EN LA CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA DEL CONTRATO DE OBRA

La UG-FFIE y los comités Técnico y Fiduciario acogieron la recomendación dada por la Interventoría en el informe de incumplimiento, remitido a la UG-FFIE a través de comunicado del 29 de junio de 2023.

En el marco del presente procedimiento, el Contratista de Obra no presentó descargos y por este motivo no desvirtuó los incumplimientos endilgados por la Interventoría ni presentó o probó causa eximente de responsabilidad alguna.

En consecuencia, de acuerdo con el análisis efectuado por la UG FFIE, los Comités Técnico y Fiduciario consideran que se hace exigible el cobro de la cláusula penal proporcional por el incumplimiento de las obligaciones del Contrato de Obra No. **1380-1497-2021**, toda vez que 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 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. Adicionalmente se reclamarán los perjuicios derivados de la no amortización del anticipo que están amparados por la póliza señalada en la parte inicial de este escrito, debido a que de los **\$561.620.462** entregados como anticipo no se invirtieron ni amortizaron **\$515.752.653**.

Por todo lo anterior, para el Comité Fiduciario procede:

- i. La aplicación de la cláusula penal proporcional por la suma de **QUINIENTOS CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS DIECISÉIS PESOS M/CTE. (\$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.
- ii. La reclamación a la aseguradora de los perjuicios derivados de la no inversión ni amortización del anticipo en la suma de **\$515.752.653**.

Por todo lo anteriormente expuesto, conforme al análisis que precede efectuado por la UG FFIE, la recomendación y estudio del Comité Técnico del PA-FFIE y al pronunciamiento, decisión e instrucción dada por el Comité Fiduciario del PA-FFIE en sus sesiones No. **712 del 19 de septiembre de 2023 y 751 del 12 y 13 de enero de 2024**, y al correo electrónico remitido por el FFIE de fecha 12 de febrero 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, comunica la decisión del Comité Fiduciario del PA-FFIE **de dar aplicación y adelantar el cobro de la cláusula penal proporcional, a favor del PA-FFIE y en contra del Contratista y el Garante por la suma de QUINIENTOS CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS DIECISÉIS PESOS M/CTE. (\$505.458.416) y reclamar a la aseguradora los perjuicios derivados por la no inversión ni amortización de la suma de QUINIENTOS QUINCE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS M/CTE. (\$515.752.653)**, lo anterior como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, para lo cual respecto de la cláusula penal, se descontará dicho valor de las sumas que se adeuden al Contratista por cualquier concepto como compensación.

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

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

Por lo anterior, de acuerdo con 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 tomada por el Comité Fiduciario del PA FFIE. Dicha comunicación e información debe ser enviada al correo electrónico al correo de dicha Unidad de Gestión del FFIE gestióndocumental@ffie.com.co.

Atentamente

FIRMADA DIGITAL

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

C.C.

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

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"

Nota: El presente documento se suscribe única y
exclusivamente en calidad de vocero del PA FFIE, y es
la materialización de una instrucción en el marco del
Contrato de Fiducia Mercantil No 1380 suscrito con el
Ministerio de Educación Nacional.