

CONSORCIO MEJORAS INSTITUCIONALES 2022

NIT. No. 901.599.007-0

CMI-171-2024

Bogotá, D.C. febrero 2 de 2024

Señores(es)

UNIDAD DE GESTION FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA (FFIE).

Atención:

JAIME ALEJANDRO DURAN FONTANILLA

DIRECCIÓN JURÍDICA

CALLE 97 A #9A -34, Edificio Santa Clara, pisos 4, 5 y 6 Bogotá

Señores

HDI SEGUROS S. A.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

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

Tunja, Boyacá

3178543795

Señor

BORIS NICOLÁS CASSAB BARRETO

CONSORCIO INFRAEDUCATIVA

Sede Montería, Calle 58 No.11-92 Of. 201 Ed. Florencia B/La Castellana

Representante Legal

Atención:

Camilo Alfredo D Costa Rodríguez.

Coordinador 2 - Dirección Jurídica

Ciudad.

Referencia: Contrato de obra 1380-1530-2022 cuyo objeto es “El diagnostico y/o actualización y/o complementación y/o elaboración de los diseños y estudios técnicos, y la ejecución de las obras necesarias para la adecuación y mejoramiento de las Instituciones Educativa ubicadas en la Zona Estratégica de Intervención Integral (ZEII) - Zona Futuro Pacífico Nariñense y Chocó, priorizadas por el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE y en el marco del Acuerdo de Financiación suscrito con Fondo Paz. Cada uno de estos proyectos se adelantará de acuerdo con las especificaciones técnicas contenidas en el presente documento, en la propuesta presentada por el CONTRATISTA, en los CPC y sus adendas, y en los Anexos del presente contrato”.

Asunto: Respuesta a su Comunicación de inicio Procedimiento de Incumplimiento Contractual PIC para la aplicación de la Cláusula Penal del Contrato de Obra 1380-1530-2022. FIE2024EE001214.

Cordial saludo

RAFAEL ANGEL HINESTROZA MENA, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de representante del **CONTRATISTA – CONSORCIO MEJORAS INSTITUCIONALES 2022**, dentro de la oportunidad prevista para pronunciarme sobre el informe de presunto incumplimiento del contrato de la referencia, me permito presentar los siguientes descargos y solicitudes:

1. Antecedentes Generales:

Si bien el desarrollo y ejecución de las actividades en la etapa 2 fueron ejecutados con los cronogramas de obra y los flujos de inversión semanales como insumos para el control y seguimiento de los ítems a realizar en cada sede, es conocido por la Unidad de Gestión del Fondo de Financiamiento para Infraestructura Educativa (FFIE), fue evidente también como procederemos a demostrarlo, que sobrevinieron circunstancias en cada uno de los frentes de obra que afectaron el normal desarrollo de las diferentes actividades pactadas en el contrato que aboco al mismo no poder cumplirse por causas no imputables a nuestra ejecución contractual, las cuales nos brindaremos demostrar conforme lo establece la décima novena: procedimiento de incumplimiento contractual.

El anexo técnico de la convocatoria de invitación abierta 041 de 2021, estableció en el numeral “(...)1.6 Requisitos para la suscripción del acta de autorización del frente de obra”, Requisitos Particulares por sede, tales como - Esquemático de la intervención a Realizar - Especificaciones técnicas particulares y completas, - Presupuesto Detallado de Obra, - Análisis de Precios Unitarios, - Cantidades de Obra con Memorias, - Listado de Materiales - Programación detallada como requisito para su intervención, que en algunos de los frentes de obra no fue posible cumplir y que en tales circunstancias era inconveniente ejercer su ejecución por un eventual detrimento de los recursos asignados a cada sede por falta de una debida planeación, ejecución, control y cumplimiento de las obras, tal como se describen a continuación:

I. Sede educativa Domingodó del I.E. Heraclio Lara. La responsabilidad que se pretende imputar es el presunto incumplimiento respecto a la NO entrega del componente para aprobación de la Interventoría que define las actividades de obra, cantidades programadas y presupuesto.

Frente a esta actividad, se radicarón los entregables correspondientes, bajo los parámetros del objeto y alcance contractual (en especial el descrito en el Anexo Técnico), como se muestra a continuación: (Anexo No. 01)

No obstante, a pesar de que el Contratista realizó la entrega de los insumos a su cargo dentro de los tiempos previstos, la firma Interventora efectuó una serie de observaciones relacionadas con el diseño eléctrico y a través de las cuales conminó a que se debían realizar ajustes basados en la aplicación de la norma NTC 4595, la cual resulta aplicable para obras nuevas, pero no para obras de mejoramiento como las que son objeto del contrato. Valga la pena recordar que, en ejercicio del rol de interventoría, se tiene la función general de ejercer el control sobre la ejecución contractual de los contratos vigilados, la que incluye impartir instrucciones

al Contratista y hacer recomendaciones encaminadas a lograr la correcta ejecución del objeto contratado, las que para el caso en particular resultaron siendo insuficientes y/o erróneas como lo veremos a continuación.

Para el diseño eléctrico de la sede Domingodó, al ser una institución ya existente (no construcción nueva) resulta claro que no era posible exigir un diseño minucioso pues, precisamente, el hecho que ya estuviera la edificación permitía un diseño simplificado, máxime cuando también se contaba con la respectiva acometida.

Inclusive, tal como lo evidencia el contenido del Acta de Reunión No. 13 del 7 octubre de 2022, la ingeniera eléctrica del FFIE manifestó que era necesario ***“diversificar las cargas y verificar la suma de las tomas para aplicar así la diversificación e informa que por ser un colegio existente no se debería pedir un diseño detallado, ya que este puede ser un diseño simplificado indica que los planos son entendibles”*** así mismo que ***“por la caída de regulación en circuito, pero se ve un diseño construible y memorias entendibles”*** y que ***“no se puede pedir un apantallamiento ya que esta sede no es nueva y no se va a presentar este diseño a un operador de redes y ya que en esta institución se está trabajando con una acometida existente.”*** Y, adicionalmente, ***“Basado en RETIE no podemos pedirle un diseño detallado” e informó que “está institución se puede clasificar como un pequeño comercio y por eso si este diseño está entre está capacidad nos debemos regir por un diseño simplificado, en el cual el contratista de obra debe hacer una certificación RETIE no plena, el FFIE se compromete si es necesario a realizar un comunicado informando esa situación en caso tal sea simplificado el diseño.”*** Igualmente, corroboró que ***“El predio ya cuenta con sistema de medida, no se está repotenciando, por lo tanto, no se está cambiando las condiciones iniciales con las que se está trabajando con el operador de red”***.

En el mismo sentido, la Ingeniera Sonia Rodríguez del FFIE informó que ***“es importante entender que como es un tema de mejoramiento, que nuestra tarea no es normalizar la sede educativa, la tarea es cumplir con la norma en las actividades que se ejecuten”***. Por ello, la ingeniera Adriana expresó que ***“el reglamento (sic) técnico prima sobre la norma y por tal motivo se está cumpliendo con RETIE en el diseño”***.

Como se puede colegir de lo transcrito, solo con ocasión de la realización de este espacio se pudieron definir los parámetros de la entrega del insumo final del diseño eléctrico, desafortunadamente con el avance del tiempo de ejecución contractual que, a pesar de no ser exclusivamente imputables al Contratista sí juegan solamente en su contra, pues hoy en día resultan siendo argumentos para endilgar el supuesto incumplimiento, con el agravante que dicha situación impidió culminar esta etapa y lograr, como efecto secundario, cerrar la proyección del presupuesto definitivo y el alcance final del cumplimiento de las condiciones particulares para que, consecuentemente, se dé inicio a la ejecución de obras, en especial porque las diferencias conceptuales con la Interventoría surgieron luego de todas las interacciones presentadas con posterioridad a la entrega del insumo eléctrico.

Por ello, resulta claro que las observaciones emitidas por la Interventoría estaban desfasadas en el sentido de solicitar ajustes que no correspondían a la clasificación de la edificación, sin haber tenido en cuenta las condiciones y alcances reales de los mejoramientos contratados y, por tal motivo, no es de recibo que, dada la experticia que se espera de un Interventor, omitiera avizorar tales circunstancias para encarrilar al Contratista sobre la base de un diseño simplificado de acuerdo al RETIE y no de uno tan detallado porque, a la postre, dichas exigencias, ajenas al contrato, desembocaron en los atrasos y el supuesto incumplimiento del cronograma proyectado.

En tal sentido ante la presentación del plan de contingencia el día 16 de noviembre de 2022 según su (Anexo No.58), indicando una serie de medidas a implementar para mejorar los avances en la ejecución del contrato, en el objetivo del plan de contingencia donde se mencionaba ***“Diseñar y presentar un sistema conformado por la infraestructura organizacional de la empresa con los recursos humanos, técnicos y procedimientos que se activaran de manera efectiva y segura para la recuperación avance en el atraso previsto Implementar medidas estratégicas, que permitan actuar de manera rápida, efectiva y segura, en beneficio de los problemas obtenidos durante el desarrollo del proyecto retrasos en actividades.”*** Fue insuficiente las condiciones de plazo formulados por el fondo de Financiamiento de Infraestructura (FFIE), aun habiendo sustentado y solicitado el plazo de prórroga requerido para perder restablecer los plazos que restablecían los tiempos pedidos por los inconvenientes presentados, tal como lo expresamos desde los comunicados CMI-OBRA-127-2022, CMI-OBRA-131-2022 y CMI-OBRA-133-2022 del octubre 31 del 2022 y noviembre 9 del 2022 respectivamente.

Una de las causas que imposibilitaron el cumplimiento del plan de contingencia que planteaba el ingreso de 15 oficiales y 29 ayudantes para implementar los frentes en la sede Heraclio Lara Sede Domingodó, esta el hecho que a través del oficio CMI-OBRA-CTB-127-2022 manifestamos el inconveniente de seguridad presentado en el corregimiento de Domingodó, donde grupos al margen de la ley no permitieron por un lapso de quince (15) días, el ingreso de los trabajadores al sitio de labores, situación constitutiva de fuerza mayor que impidió el desarrollo de los rendimientos tal como se habían formulado en el plan de contingencia, esta situación fue notificada a la Supervisión del FFIE en cabeza de la Ingeniera Sonia Rodríguez, a la Interventoría y a la Supervisión territorial sin que hubiese pronunciamiento alguno sobre el particular para la suspensión por causa justificada, y así dejando la carga y a su suerte del incumplimiento al contratista.

El personal propuesto para la implementación de los planes de contingencia NO pudo ingresar al sitio de las obras por causas de fuerza mayor que no fueron tenidas en consideración por las personas responsables de la supervisión e interventoría, esta situación era causal de suspensión del contrato y argumento justificado para prorrogar la intervención por lo menos de ese frente de obra y se omitió toda consideración, fe de esto lo puede dar la Arquitecta Paula Emilfa Chaverra Ruiz, profesional responsable en campo a cargo de la supervisión territorial por parte del Fonde de Financiamiento de Infraestructura FFIE.

II. Sede educativa I.E Primitivo Palacios (Brisas). Se pretende imputar un supuesto incumplimiento respecto a la NO entrega del componente para aprobación de la Interventoría que definía las actividades de obra, cantidades programadas, presupuesto y a la NO ejecución de la obra conforme un cronograma propuesto.

Dado que la propuesta presentada para la cimentación grado 1 que corresponde a la cubierta no había sido aprobada por la Interventoría, tal como se indicó en el oficio OFI 074-CONT-INTER-No.1380-1530-2022 del 12 de septiembre de 2022, en respuesta al oficio del Contratista con radicado CMI-OBRA-066-2022 del 2 de septiembre de 2022, es decir 10 días después de haberse remitido el diseño estructural del grado primero de la sede de Brisa; allí, el especialista estructural del Interventor en su informe realizó observaciones sobre los planos estructurales, incluidas las especificaciones técnicas, las memorias de cálculo con lo que respecta a análisis sísmico, evaluación de cargas, esquemas de los modelos, diseños de cimentación, vigas, columnas, cubierta en estructura metálica y revisión, entre otros, de:

- Evaluación de cargas.
- Análisis sísmico.
- Procedimiento de análisis estructural empleado.
- Verificación de derivas y desplazamientos horizontales de la estructura.
- Procedimiento de análisis y diseño de elementos no estructurales.
- Revisión de los planos de construcción de las diferentes bodegas.
- Revisión de los parámetros establecidos en el estudio geotécnico.

La revisión de los aspectos citados definitivamente nos situó en un escenario de obra nueva, lo que demandaba mayores tiempos de elaboración y revisión tanto la contratista y como evidenciaremos en la trazabilidad de los estudios a la revisión por parte de la interventoría, es decir que estaban por fuera del alcance dado por el objeto contractual e inclusive de aquel proyectado para el proceso de selección y en virtud del cual el Contratista se obligó, pues no se enmarcan en actividades de obra de mejoramiento identificadas a intervenir.

Aunque de por sí ya es grave el hecho que estas labores exigidas por el Interventor ya estuvieran por fuera del alcance contractual de mejoramientos, resulta aún más gravoso el hecho que las mismas resulten marcando la temporalidad para el cumplimiento del cronograma previsto inicialmente, toda vez que, dada su complejidad y especialidad, es obvio que asumirlas no solo supone una mayor dedicación y permanencia del equipo contratado no solo por el contratista si no por la interventoría, sino que, consecuentemente, implicaba sí o sí poder contar con mayores tiempos de aquellos previstos para las labores de mejoramiento.

Ahora, el hecho de ser obra nueva también pone en una situación muy apretada al Contratista pues, a parte de rebasar el alcance del contrato, lo colocaba en una situación de indefinición permanente respecto de la manera en que debe realizar la intervención, pues de un lado tiene un contrato y un anexo técnico que fue confeccionado para realizar mejoramientos, pero de otro se ve enfrentado a una Interventoría que consintió la realización de estudios para obra nueva sin que

quedara claro, por lo menos contractualmente, la manera en que lo debía hacer para lograr su aprobación, más que estar supeditado a la voluntad del Interventor; siendo imposible llegar al cumplimiento de las condiciones particulares para dar inicio a las obras.

Al igual que para la sede de Domingodó, esta situación se vino a aclarar con ocasión de la Mesa Técnica con la participación del FFIE y la Interventoría el siete (7) de octubre, donde se citaron a los especialistas para poder ponerse de acuerdo en los alcances de las solicitudes técnicas necesarias para su aprobación, lastimosamente casi después de tres meses de ejecución del contrato. Sin embargo, en dicho espacio, y conforme la intervención del representante del Consorcio Contratista quien señaló que deben dejar *“claros los requerimientos y alcance del diseño eléctrico de la sede de Domingodó, la cual es la siguiente pregunta **si se asumirían para los diseños de cubierta** y batería sanitaria de la sede de la unión los mismos parámetros, **la ingeniera Adriana informa que sí**, el ingeniero Rafael continua la intervención dejando constancia de la pertinencia que había en la definición del alcance de los estudios que debían realizarse para poder liberar y poder cerrar la etapa diagnóstico”*. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De otro lado, en relación a la mesa técnica del mismo siete (7) de octubre, específica para esta institución, y respecto si es procedente o no la aplicabilidad de un estudio de suelos para la instalación de la cubierta, el profesional especialista del Contratista, el ingeniero Joaquín Suarez quien manifestó ***“que la única duda que se tiene en el diseño de la cubierta es el tema del estudio de suelo, ya las demás observaciones se están subsanando.”*** y afirma ***“que no pensaría en el estudio de suelo, se le hizo una verificación a la carga que esta existente, es una cubierta asbesto cemento, la cual es más pesada que la teja que se va a reemplazar la cual sería teja arquitectónica.”***, en este sentido el profesional sugiere ***“que se cambien la observación de verificación del estudio de suelo y se lo ponga no aplica, y se coloque a verificar dimensionamiento de elementos de soporte existentes..”***

Finalmente, se estableció el compromiso de efectuar un canal de comunicación para atender de forma reciproca los requerimientos que surjan: *“Ingeniero Joaquín Solicita si es posible hacer un canal directo entre contratista e interventoría para cualquier inconformidad solucionarla lo más pronto posible, donde todos los presentes quedaron conforme con la propuesta.”*

Adicionalmente, recordemos que la obra nueva surgió de la necesidad de ampliar el área, debido al poco espacio con relación a la cantidad de estudiante. Por otro lado, se evidencia que la estructura conformada en la construcción del aula no cumplía con los estándares mínimos de diseño según la NSR 10. Por lo anterior, como es de conocimiento general, no era factible la ampliación requerida en el área indicada. Por esto, con el propósito de cumplir con el nuevo alcance se estima la necesidad de demoler el espacio actual del aula grado 1 y diseñar el espacio requerido según lo avalado por la Interventoría, de acuerdo con las normas pertinentes NSR 10 y la NTC 4595. Dicha situación ha impidió culminar esta etapa y lograr, como efecto secundario, cerrar la proyección del presupuesto definitivo y el alcance final del

cumplimiento de las condiciones particulares para que, consecuentemente, se iniciara la ejecución de obras.

Tan solo el seis (6) de enero de 2023, cinco (5) días antes del vencimiento contractual a través del oficio **OFI 168- CONT-INTER-No. 1380-1530-2022**, la interventoría dio aprobación de los diseños estructurales para la realización de las obras, situación que daba sustento y mérito a la solicitud consecuente de prórroga solicitada, gozaba de toda imposibilidad el hecho que se implementara o cumpliera con el plan de contingencia y metas propuestas de cumplimiento por cuanto era improcedente intervenir obras carentes de presupuesto, reprogramación y una debida planeación, en estas circunstancias no estaban dadas las condiciones para la autorización del inicio de las obras en cuestión, por tanto NO es imputable al contratista totalmente esta circunstancia.

Frente al componente mencionado como presuntamente NO cumplido se radicaron los entregables correspondientes, bajo los parámetros del objeto y alcance contractual como se muestra a continuación: (Anexo No.02)

III. Sede educativa La Unión del Belén de Bajira. Se pretende imputar el incumplimiento sobre la base de la NO entrega del componente para aprobación de la Interventoría cantidades programadas y presupuesto que definía las actividades de obra, y la NO ejecución de las obras del objeto contractual, Esto, dado que se encontró que en esta sede era necesaria la construcción de obra nueva para la batería sanitaria lo cual, según el concepto de la firma interventora necesita un estudio de suelos, sin que esta actividad se hubiera avizorado en la visita de diagnóstico y el alcance del objeto contractual.

CONCLUSIONES
Como producto de la visita e inspección ocular realizada. LA PATOLOGÍA PRESENTE SON CAUSADAS POR LA HUMEDAD AMBIENTAL Y DEL SUELO (CAPILARIDAD), AFECTANDO MUROS, ELEMENTOS DE CUBIERTA EN LA CARPINTERÍA METÁLICA, SE EVIDENCIÓ TEJAS EN MATERIA DE ASBESTO EN EL BLOQUE #2, DEBIDO AL DAÑO QUE CAUSA ESTE TIPO DE MATERIAL EN LAS PERSONAS SE REQUIERE EL CAMBIO TOTAL DE LA MISMA. SE EVIDENCIARON GRIETAS EN LOS PISO EN EL BLOQUE 2. SE PRESENTA CARENIA UNIDADES DE BAÑO CON RESPECTO AL NUMERO DE ESTUDIANTES QUE PRESENTA LA INSTITUCIÓN. TENIENDO EN CUENTA LO ANTERIOR LAS ACTIVIDADES A EJECUTAR EN LAS ÁREAS AFECTADAS SON LAS SIGUIENTES: APLICACIÓN DE PINTURA GENERAL EN MUROS Y ELEMENTOS DE CUBIERTA Y CARPINTERÍA EN GENERAL EN TODOS LOS BLOQUES. MEJORAMIENTO DEL SISTEMA HIDRO-SANITARIO EN LAS ÁREAS DE SERVICIO (BAÑOS, COCINA, INSTALACIÓN DEL APARATOS (ORINAL NIÑO), CAMBIO DE CUBIERTA E INSTALACIÓN DEL SISTEMA ELÉCTRICO EN LOS BLOQUES 1,2. REPARACIÓN Y ENCHAPE DE PISO BLOQUE 2. AMPLIACIÓN DE LAS BATERÍAS SANITARIAS, CONSTRUCCIÓN DE UNA NUEVA ÁREA, INSTALACIÓN Y REPARACIÓN DE CANALES Y BAJANTES EN CUBIERTA.

Figura 1.: Conclusiones de la visita de Diagnóstico

El hecho que el que hacer de la batería sanitaria nos sitúe en un escenario de obra nueva, como ya se ha expuesto, hacia que dicha actividad desbordara el alcance del objeto contractual pues dada su complejidad y especialidad no coincidía con actividades de mejoramiento.

Asimismo, estas labores exigidas por el Interventor, al escapar de lo inicialmente proyectado para intervención, resultan consumiendo mayores tiempos de ejecución y por ello no era posible que se cumpliera a cabalidad el cronograma original porque su asunción, lógicamente, suponía una dedicación adicional en tiempos de consultoría y revisión a la que se tenía proyectado sobre la base solamente de actividades de mejoramiento expuestas en la visita de Diagnóstico.

De otra parte, debemos recordar que la necesidad de esta obra nueva se origina en la situación de hacinamiento detectada en la institución educativa La Unión con ocasión del déficit presentado con relación al número de estudiantes y la cantidad de

baterías sanitarias existentes; lo que hacía que no se esté cumpliendo con los estándares mínimos establecidos en la reglamentación técnica, en particular por la norma NTC 4595.

Por ello, el departamento del Chocó, a través de la secretaria de educación departamental comunicación fechada Quibdó, 08 de junio de 2022, dirigida a la Doctora ADRIANA GONZÁLEZ MAXCYCLAK, Gerente General del Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa – FFIE, en el que se señaló la necesidad de construir una unidad de batería sanitaria completamente nueva. Ante dicha solicitud, el FFIE indicó al Contratista coordinar con las directivas de la institución educativa para la asignación del espacio requerido para su construcción. Esto implicó la realización de una visita en compañía con la Interventoría para la verificación del área y, posteriormente, se procedió a realizar los diseños correspondientes, incluido el respectivo estudio de suelo, diseño estructural e hidrosanitario, los cuales son ineludibles de acuerdo a la norma técnica NSR-10; valga la pena recordar que dentro de los alcances contractuales iniciales no se tenía previsto efectuar este alcance de diseños y/o estudios para construcción nueva sino que el Diagnostico se edificaron sobre la base de mejoramiento.

Descripción de los espacios a intervenir, estado y necesidades (EN CASO DE REQUERIR ACLARAR Y/O ESPECIFICAR):
EL BLOQUE 1, 2, SE REQUIERE INTERVENIR EL ÁREA DE LA CUBIERTA, ESTÁ INSTALADA EN ASBESTO CEMENTO MATERIAL NO APTO PARA SU USO. SE REQUIERE EL RETIRO DE TODA LA CUBIERTA IMPLICANDO EL RETIRO DEL CIELO FALSO Y LAS INSTALACIONES ELÉCTRICAS. SE NECESITA LA INSTALACIÓN DE UNA NUEVA CUBIERTA E INCLUIDO EL SISTEMA ELÉCTRICO.
EN LOS BLOQUE 1, 2, 3, 4, 5, 6. LOS MUROS SE ENCUENTRAN AFECTADOS POR LA HUMEDAD PRESENTAN HOGOS EN SU SUPERFICIE, SE REQUIERE PINTURA GENERAL, LOS LEMENTOS DE CUBIERTA (PERFILES), BARANDAS Y LA CARPINTERIA METÁLICA PRESENTAN OXIDACIÓN TOTAL CAUSADO POR LA HUMEDAD AMBIENTE. SE REQUIERE PINTURA EPOXICA PARA EL CONTROL DE LA OXIDACIÓN Y HONGOS PRESENTES.
SERVICIOS: DUEO A LA CARENCIA DE BATERÍAS SANITARIAS EN LA INSTITUCIÓN EN RELACIÓN CON EL NÚMERO DE ESTUDIANTE, SE REQUIERE EL AUMENTO DE LAS UNIDADES Y MANTENIMIENTO DE LAS EXISTENTES.
BLOQUE 2: LOS PISOS PRESENTAN GRIETAS CAUSADAS POR EL ASENTAMIENTO DEL SUELO SUFRIDO DURANTE EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DEL BLOQUE # 3 CONTINUO, SE REQUIERE REPARACIÓN Y CAMBIO DE LA SUPERFICIE (EMBALDOSAR)
BLOQUE 1: DE USO COMEDOR, DUEO A ESTO SE REQUIERE EL ENCHAPE EN LOS MUROS Y PISO DE LA COCINA Y ÁREA COMEDOR.

Figura 2.: Descripción de los espacios a intervenir, estado y necesidades

En aras del deber que como contratista nos asistía, el Consorcio atendió estos requerimientos, pero, debido a los mayores tiempos que llevaba, aparejada tal situación no correspondió en la realidad con el cronograma fijado.

Así las cosas, el hecho de ser obra nueva también puso en una posición muy apretado nuestros tiempos contractuales como Contratistas pues, a parte de rebasar el alcance de las actividades identificadas, nos puso en una situación de indefinición permanente respecto de la manera en que debe realizar la intervención, pues de un lado tiene un contrato con un valor contractual específico a la espera de ser cerrado y un anexo técnico que fue confeccionado para realizar mejoramiento, pero de otro se ve enfrentado a atender la solicitud del ente territorial así como de la institución educativa, avalado por la Interventoría que consintió la realización de estudios para obra nueva pero que consideramos no se han tenido en cuenta los esfuerzos de todo orden (incluida la contratación de personal especializado para elaboración de estudios para que la construcción nueva cumpla la NSR-10) y la consumación de los tiempos asociados a esta primera etapa.

No obstante, lo anterior, como resultado del informe del estudio de suelos y por recomendación del consultor en Geotecnia, quien por norma requería como mínimo

veinticinco (25) días para la realización de sus estudios e informes, aparece la necesidad de construir un Muro de Contención para darle estabilidad a la estructura de cimentación de las Baterías Sanitarias, esta situación creo la necesidad de elaborar otro tren de estudios técnicos para complementar la estabilidad de la cimentación diseñada, lo que representaba mayor tiempo para la realización de estudios y diseños por parte de el contratista, como contemplar los tiempos de revisión de parte de la interventoría.

La aprobación del estudio de suelos y el diseño de la estructura del muro de contención por parte de la interventoría, se dio solo hasta el ocho (8) de noviembre del año 2022 mediante OFI 130- CONT-INTER-No. 1380-1530-2022, y el veinticinco (25) de noviembre correspondientemente a través de OFI 152- CONT-INTER-No. 1380-1530-2022, es de aclarar que, con estas fechas de aprobación, era materialmente imposible obtener presupuestos cerrados de la totalidad de las intervenciones paren mención, y la totalidad de las actividades del presente frente de obra, así como la reprogramación de actividades, para así obtener la debida autorización de inicio con la debida planeación y control.

Faltando tan solo treinta (30) días para la terminación del contrato, desde la fecha de estas aprobaciones, y teniendo en consideraciones todas estas circunstancias excepcionales que surgieron en desarrollo de la fase de ajuste a la etapa de diagnóstico, era justificado considerar y aprobar la solicitud de prórroga solicitada.

Igual que para las otras dos sedes, esta situación se empezó a aclarar con ocasión de la Mesa Técnica con participación del FFIE y la Interventoría el siete (7) de octubre, donde se citaron a los especialistas para poder ponerse de acuerdo en los alcances de las solicitudes técnicas necesarias para su aprobación. Sin embargo, en dicho espacio, y conforme la intervención del representante del Consorcio Contratista quien señaló que deben dejar “claros los requerimientos y alcance del diseño eléctrico de la sede de Domingodó, la cual es la siguiente pregunta si se asumirían para los diseños de cubierta y batería sanitaria de la sede de la unión los mismos parámetros, la ingeniera Adriana informa que sí, el ingeniero Rafael continua la intervención dejando constancia de la pertinencia que había en la definición del alcance de los estudios que debían realizarse para poder liberar y poder cerrar la etapa diagnóstico”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Hasta tanto no se culminaron y aprobaron por la Interventoría los estudios implícitos al alcance de obra resultante por fuera del alcance de la etapa de Diagnóstico y lograr, como efecto secundario, cerrar el presupuesto definitivo y el alcance final del cumplimiento de las condiciones particulares para que, consecuentemente, se iniciara la ejecución de obras, era consecuente considerar y aprobar la ampliación de plazo solicitada

Frente al componente mencionado como presuntamente NO cumplido se radicaron y aprobaron los entregables correspondientes a los estudios y diseños, aprobados al término del plazo contractual, bajo los parámetros del objeto y alcance contractual, dando como resultado la reasignación del mismo y otorgado el beneficio de la

asignación de las obras a otro contratista que, con la obtención de los estudios y diseños elaborados por el consorcio, le fueron dadas todas las condiciones para que se ejecutaran efectivamente las obras resultante en los tres frentes de obra.

Dejamos constancia que siendo los estudios y diseños propiedad de las labores realizadas por el consorcio, estos fueron entregados a el contratista al que le fue asignado el contrato, sin ningún tipo de reconocimiento por su propiedad y elaboración, la trazabilidad de los anteriormente mencionado es la siguiente: (Anexo No.03)

IV. Sede educativa Heraclio Lara sede principal en Curbaradó: La sede en mención fue ejecutada dentro del tiempo contractual al 100%, contemplada la suspensión a la que fue sujeto el contrato durante veinte (20) días del mes de diciembre por un paro armado que rigió en la región.

Adjunto remitimos como anexo, las cantidades realmente ejecutadas y las aprobadas por la interventoría para los cortes de obra parcial No. 01 y No. 02, existen en la actualidad cantidades que deben ser objeto de reconocimiento y pago por parte de la interventoría, lo anterior toda vez que por soportes de detalle en las memorias descriptivas no se han podido validar para su pago.

Durante el periodo de liquidación del contrato, se llevaron reuniones donde se puso de presente el derecho de dejar salvedades a la misma tales como la solicitud de pago a las actas parciales ejecutadas y aprobadas por a interventoría y la oposición a toda compensación o descuentos por efectos de multas o sanciones, como sucedió con el acta Parcial No. 01 facturada, lo anterior considerando que los argumentos del incumplimiento NO le son imputables al Consorcio Mejoras Institucionales 2022.

Fundamentos de Derecho

La decisión del Comité Fiduciario consiste en la aplicación de la cláusula penal por el presunto incumplimiento y la aplicación de la **CLAUSULA DECIMO SÉPTIMA. CLÁUSULA PENAL**, que describe textualmente lo siguiente: ***"El incumplimiento parcial total o definitivo de cualquiera de las obligaciones del contratista conforme a lo conceptuado por la interventoría o supervisor integral según corresponda, evidenciado durante su ejecución o con posterioridad al vencimiento del mismo, dará derecho al CONTRANTE a cobrar al CONTRATISTA una cláusula penal cuyo monto será hasta el 20% del valor total del contrato, como estimación anticipada de los perjuicios que se causen, sin perjuicio de que el CONTRATANTE pueda solicitar al CONTRATISTA la totalidad del valor de los perjuicios causados". Y aplicar la cláusula penal por la suma de DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS NOVENTA PESOS M/CTE (\$273.385.990).***

Frente a tal imposición unilateral, queremos desde ahora presentamos nuestra oposición a la misma, con fundamentado en: **(i) ilegalidad de la decisión teniendo en cuenta que al ser el régimen aplicable al contrato el derecho privado, el Contratante no ostenta la potestad exorbitante que le permite la imposición y liquidación de multas o sanciones de manera unilateral** **(ii) los argumentos técnicos de la realización de estudios y diseños que se hicieron necesarios para la implementación de obra nueva, tal y como fue esbozado en el escrito de descargos.**

Como es claro, las normas de derecho privado son las aplicables al contrato suscrito entre las partes, de este modo, si bien es cierto que el código civil establece en el artículo 1592 la facultad de pactar clausula penal, no es menos cierto que la misma no faculta al beneficiario de esta a proceder de forma unilateral a imponerla, liquidarla y efectuar un cobro directo, ya que la misma debe ser declarada por el Juez de la especialidad competente:

“ARTICULO 1592. <DEFINICION DE CLAUSULA PENAL>. *La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”*

De forma concordante, al remitirnos a la cláusula decima sexta del contrato, se referencia el clausulado penal de apremio en el que se establece la posibilidad facultativa de parte del Contratante de hacer exigible la misma por el incumplimiento injustificado de parte del contratista, estableciendo los porcentajes aplicables según el grado de incumplimiento.

Al efecto, tanto de la ley aplicable, como de lo pactado entre las partes, no se establece la facultad en cabeza del Contratista de poder liquidar e imponer la cláusula penal de apremio al contratista de forma unilateral, toda vez que si bien esta pactada y puede hacerse exigible, no es dable que la misma sea impuesta de manera unilateral, tal y como lo efectuó el Contratante, dado que la Ley no lo faculta para ello y mucho menos el efectuar descuento o compensación directa sobre las sumas adeudas al contratista.

Y así, lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“(…) en aquellos contratos gobernados por el derecho privado – (...) – las entidades públicas no tienen potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se impusieran multas a los contratistas, no sólo por el plano de igualdad de las partes en los contratos regidos por el derecho privado, sino porque, además, no existe disposición legal alguna en la normativa privada que les asigne tal facultad.

Al respecto es importante resaltar que la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual, al no estar

expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista”¹

Por tanto, la posibilidad de pactar la generación de cláusula penal por el posible incumplimiento de parte del contratista, no debe confundirse con la potestad de dar aplicación unilateral y directa hasta el punto que se pueda compensar con las sumas adeudadas al contratista o indicar el número de cuenta donde se debe consignar los valores liquidados por este concepto a consideración del contratista.

En tal sentido, reitero, no se comparte la posición planteada por el PA FFIE, en cuanto argumenta que *“la voluntad de las partes se ve reflejada en la estipulación e inclusión de una cláusula relacionada con el incumplimiento del contrato de obra objeto de análisis, y regula el procedimiento para la aplicación de la cláusula penal de apremio.”*, ya que si bien la estipulación de la misma parte del acuerdo de voluntades no se podría estipular el procedimiento para su aplicación de forma unilateral por parte del Contratista, ya que es una facultad que no otorga la Ley y contraviene el derecho de igualdad y debido proceso. Además, la cláusula penal de apremio, supone que se encuentre en ejecución el contrato, conforme se desprende de lo pactado a cláusulas decima sexta y siguientes. Ahora si hablamos de la cláusula penal de que trata la cláusula decima séptima del contrato, se supone que el contrato este vigente en algunas de sus fases, en ese orden de ideas, tenemos que el adelantamiento del procedimiento de incumplimiento contractual (PIC), se encuentra expresamente regulado en la cláusula décimo novena del referido contrato, así las cosas, debemos recordar que el contrato actualmente se encuentra terminado, conforme el acta del 11 de enero de 2023 y, vencido el termino de que trata la cláusula trigésimo segunda ibidem, por lo que el presente traslado resulta a todas luces improcedente, de conformidad con lo establecido en el parágrafo tercero de la cláusula decima séptima, porque el termino de 8 meses ya precluyo.

Como corolario y en interpretación del contrato, la cláusula vigésima novena, que trata de la SOLUCION DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES, reza: ***“EL PA-FFIE procurara solucionar mediante arreglo directo las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual en las etapas de ejecución, terminación y liquidación.*** Nótese que se distinguen 3 etapas en la relación contractual, de las que no existe ninguna vigente para este momento y, la vigencia del amparo por cumplimiento de la póliza tan solo se extendía hasta el 12 de septiembre de 2023, razón por la cual la definición de escenarios como el que nos ocupa debe contar sí o sí con la participación activa del Ajustador que designe La Aseguradora.

Para concluir, ha de entenderse que aunque la misma fue estipulada en el contrato *sub examine*, no puede ser impuesta de forma unilateral, y mucho menos cobrar

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 12 de noviembre de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón. Rad. No. 29165.

monto alguno hasta que haya una aceptación del Contratista u orden judicial y menos cuando el contrato no está vigente; siendo menester mencionar que no es cierto que en el contrato se haya establecido el procedimiento para un cobro directo, ya que tan solo se estipuló los eventos y porcentajes de su causación, no aplicación, rebaja y reducción, por tanto la exigibilidad de la misma tan solo tiene un alcance en el ejercicio de la posibilidad de poder de ejercer los requerimientos prejudiciales y judiciales para su aplicación, más no otorga la facultad de imponerla y cobrarla sin la aceptación del Contratista o decisión judicial.

En suma, en los contratos regidos por el derecho privado las entidades públicas no tienen la potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se impongan multas o sanciones al Contratista, ya que esto contravendría el rango de igualdad de las partes, además de no existir disposición legal en el derecho privado que otorgue tal facultad.

Es de anotar, que la facultad de imponer unilateralmente multas viene de la Ley y no del convenio en el contrato, razón por la cual, al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible imponer multas o sanciones al contratista de forma unilateral, por lo que cualquier decisión en el marco del derecho privado donde se establezca de forma unilateral sanciones o multas es ilegal al contravenir o exceder lo dispuesto por la Ley.

Así mismo, es necesario señalar que las actuaciones desplegadas en materia contractual por parte de la Administración, en el marco de la celebración y ejecución de contratos presididos bajo el régimen del derecho privado, siguen estando condicionadas al principio de legalidad, por cuanto sus decisiones deben encontrarse sometidas a la Ley y las competencias taxativamente establecido, por lo que atribuirse facultades no otorgadas por la Ley, como lo es la imposición de sanciones y multas contraviene a todas luces este principio, recordando que la imposición unilateral de las mismas por parte de la entidad estatal contratante, así como de la posibilidad de hacerlas efectivas directamente, es una prerrogativa exorbitante de la Administración en ejercicio de una competencia administrativa prevista en la Ley 80 de 1993, que para nuestro marco contractual no es aplicable.

Lo expuesto, guarda correspondencia por lo dicho por el Consejo de Estado:

“Resulta claro que en aquellos contratos gobernados por el derecho privado - como el que ahora se examina - las entidades públicas (sic) no tienen potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se impusieran multas al contratista, no sólo por el plano de igualdad de las partes en los contratos regidos por el derecho privado, sino porque, además, no existe disposición legal alguna en la normativa privada que les asigne tal facultad. Al respecto es importante resaltar que la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual, al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista. Así mismo, es necesario señalar que la actividad en materia contractual desplegada por la Administración se encuentra supeditada al principio de legalidad en cuanto que sus

decisiones deben encontrarse sometidas a las atribuciones y competencias determinadas expresamente por la Ley. Ello significa que cuando las entidades del Estado se relacionan con los particulares, mediante el vínculo contractual, el ejercicio de facultades requiere de definición legal previa y expresa, en tanto que es la propia Ley la que establece límites a la autonomía de la voluntad, por tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto la ley no las haya facultado para ello y, se reitera, las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual. (...) En ese sentido, si bien es cierto que en el clausulado del contrato (...) las partes contratantes convinieron en la posibilidad de que la entidad pública le impusiera unilateralmente multas al contratista, no lo es menos que en este caso ETB no estaba facultada por la Ley para imponer multas unilateralmente. Así las cosas, se concluye que ETB carecía de competencia funcional para imponer unilateralmente multas al contratista, por cuanto las normas de derecho privado no consagran dicha potestad y, en consecuencia, los actos que ahora se demandan se encuentran afectados de nulidad por vicio de incompetencia.”(...)²

- (i) Los argumentos técnicos de la realización de estudios y diseños que se hicieron necesarios para la implementación de obra nueva, tal y como fue esbozado en el escrito de descargos.**

La Interventoría mediante la comunicación con radicado No. **OFI 124-CONT-INTER-No. 1380-1530-2022** del **28 de octubre de 2022**, (citada en el escrito de objeto de pronunciamiento) conceptúa como obras de mejoramiento:

“se emplea la palabra mejoramiento se refiere a las sedes educativas, lo cual se puede interpretar como las obras o intervenciones que mejoren las condiciones de la sede en general, pudiéndose considerar obras que den garantías de saneamiento básico, mayor comodidad y seguridad para los estudiantes y mantenimientos que se requiera (...)”

Esta premisa, guarda correspondencia con lo entendido por el Contratista como mejoramiento, el cual comprende el despliegue de obras ejecutados para el acondicionamiento de uso, cumpliendo las normas técnicas aplicables a las instalaciones a intervenir y no da el alcance de labores que incumbieran la realización de obra nueva, comoquiera que ello desborda no solo el objeto contractual definido, sino la capacidad instalada que se proyectó desde la participación en el proceso de selección.

De acuerdo con el contexto expuesto, la dificultad en la ejecución de las actividades dentro del cronograma inicialmente fijado no comporta la responsabilidad única y exclusiva del Contratista porque, como se explicó, sus causas son ajenas y extrañas a aquello que se ofertó y finalmente se pactó a través de la suscripción del contrato.

- **NO autorización de descuento o compensación.**

Como representante legal del Contratista, manifiesto de forma expresa la NO autorización de compensación y/o descuento alguno por concepto de cláusula penal

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 12 de noviembre de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón. Rad. No. 29165.

sobre las sumas de dinero que por algún concepto se adeuden como contraprestación debida al contratista, atendiendo los argumentos expuestos en los puntos anteriores que sustentan la no procedencia de exigibilidad de la cláusula penal o penal de apremio.

- **Solicitud de etapa de arreglo directo.**

Finalmente, queremos proponer se abra paso a una etapa de arreglo directo o conciliación, como mecanismo alternativo para dilucidar las controversias suscitadas entorno al presunto incumplimiento del contrato, con asistencia del representante del Contratante o la persona que a bien se tenga por designar que cuente con plenas facultades y representantes de las compañía de seguros, a efecto de que sean expuestas por cada parte los motivos y razones que sustentan su posición, entendida por parte del FFIE la de dar aplicación a la cláusula penal de apremio dado el presunto incumplimiento parcial al contrato de obra de la referencia y por parte del contratista de exponer la existencia de causas justificadas que sustentan el retraso al inicio del frente de obra en la Institución Educativa La Unión de Belén de Bajirá y la no procedencia de exigibilidad y/o la imposición de la cláusula penal y consecuentemente liquidar el contrato (modificándolo bilateralmente) y conseguir el pago de las obras y diseños que nos adeudan.

Atentamente,


RAFAEL ÁNGEL HINESTROZA MENA
Representante Legal
CONSORCIO MEJORAS INSTITUCIONALES 2022.