

Bogotá D.C., 27 de noviembre de 2023

CMCF-FFIE-ARU-210-2023

Señores

PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE FINANCIAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA –
FFIE NIT: 830.053.812-2

ELKIN HARLEY ESPINOSA TOLOSA

Representante Legal ALIANZA FIDUCIARIA S.A. sociedad en calidad de Representante legal
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**

Señores

FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA (FFIE),

JAIME ALEJANDRO DURAN FONTANILLA

Director

Dirección Jurídica

Referencia: CONTRATO DE OBRA No. 1380-1517-2022 - ELABORACIÓN DE LOS DISEÑOS Y ESTUDIOS TÉCNICOS (CUANDO SE REQUIERA), OBTENCIÓN DE LICENCIAS DE CONSTRUCCIÓN EN CUALQUIERA DE SUS MODALIDADES Y/O LICENCIAS DE URBANISMO JUNTO CON LOS PERMISOS Y APROBACIONES NECESARIAS, ASÍ COMO LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS EN LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA ANTONIO REYES UMAÑA sede PRINCIPAL

Asunto: Solicitud de reconsideración **Comunicación de la decisión del Comité Fiduciario 726 del 26 de octubre de 2023** Definición del Procedimiento de Incumplimiento Contractual (PIC) iniciado por incumplimiento del Contrato de Obra 1380-1517-2022 – Aplicación y cobro. Cláusula Penal y hacer exigible la póliza de cumplimiento. IE Antonio Reyes Umaña
Fecha de recibo vía correo electrónico el día 24 de noviembre de 2023
Póliza: Póliza de Seguro de Cumplimiento 4006290 expedida por HDI Seguros

En atención a las Obras Objeto del alcance del Contrato No. No. 1380-1517-2022 y a nuestras Obligaciones Contractuales según este, suscrito entre el CONSORCIO M&E CANAÁN y el FFIE, que tiene por objeto “ELABORACIÓN DE LOS DISEÑOS Y ESTUDIOS TÉCNICOS (CUANDO SE REQUIERA), OBTENCIÓN DE LICENCIAS DE CONSTRUCCIÓN EN CUALQUIERA DE SUS MODALIDADES Y/O LICENCIAS DE URBANISMO JUNTO CON LOS PERMISOS Y APROBACIONES NECESARIAS, ASÍ COMO LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS EN LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA ANTONIO REYES UMAÑA sede PRINCIPAL ubicada en Ibagué, requeridos por el PA FFIE, en el desarrollo del PNIE”, y en atención a nuestra obligación fundamental según el alcance contrato el cual no contenía terminar un equipamiento en funcionamiento, damos respuesta a la comunicación mencionada en el asunto, misma que este contratista recibió mediante correo electrónico el pasado 24 de noviembre de 2023.

Mediante la presente, y encontrándonos dentro del término contractual establecido en su misiva procedemos a presentar, conforme al procedimiento contractual, la respuesta, de reconsideración a cada una de las manifestaciones que la Entidad y la interventoría refirieron en torno a la ejecución del contrato y, con ello, el respectivo soporte probatorio, que da cuenta del cumplimiento de cada una de las actuaciones adelantadas por este Contratista al cual la Entidad UG-FFIE representada por la Interventoría el **CONSORCIO INTER-FFIE 2020 NO LE PERMITIO CUMPLIR EL CONTRATO** lo cual explicaremos más adelante y con la gravedad que ello implica y es que la UG-FIE lo toleró y lo permitió.

Sea lo primero precisar, que el recibo y/o notificación de la comunicación de incumplimiento en mención fue recibida por este Contratista, el pasado 24 de noviembre de 2023 a las 17:36 PM, situación por la que, a la luz de las condiciones contractuales, nos encontramos en termino estrecho para dar respuesta de cada uno de los planteamientos de la Entidad máxime cuando en esta decisión se pretende aplicar la Clausula Penal y hacer exigible la póliza de Cumplimiento.

Ahora, y previo a presentar de manera puntual respuesta, observación y/o aclaración a cada punto, como se indicó, es necesario traer a colación las disposiciones que, en materia de controversias establece el Contrato, con el fin de garantizar los derechos de las partes, que consideramos es la vía pertinente en este caso, en vez de un procedimiento sancionatorio, habida cuenta de las diferencias suscitadas entre las partes desde el inicio del Contrato y a las solicitudes no resueltas por el FFIE, formuladas por el contratista durante la ejecución contractual y que para ello esto establece la cláusula Trigésima del contrato:

TRIGÉSIMA. SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES: EL PA-FFIE procurará solucionar mediante arreglo directo las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual en las etapas de ejecución, terminación y liquidación. De no ser posible la solución directa dentro de los treinta (30) días siguientes luego de la convocatoria a arreglo directo por cualquiera de las partes, podrá emplear los mecanismos previstos en la ley, tales como conciliación, amigable composición y transacción, previa justificación del mecanismo seleccionado y atendiendo los lineamientos de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado. Las partes asumirán, cada una por su cuenta, los costos derivados del empleo de cualquiera de estos mecanismos.

En tal sentido y como se manifestó por parte de este Contratista a la UG-FFIE hasta el cansancio y el agotamiento y ante una Interventoria abusiva, extralimitada, desmedida y coercitiva, hicimos todo lo que estuvo a nuestro alcance para finalizar los compromisos adquiridos en lo relacionado a este contrato al cual terminó vencióndosele el plazo sin lograr de manera directa y/o vía cesión de posición contractual y/o cesión de derechos económicos a favor de un tercero sub-contratista, lograr proseguir estos sin mayores complicaciones, objetivo que no logró concretarse por dos motivos i) falta de voluntad legal de la UG-FFIE al no haber aprobado la Cesión de derechos a la Empresa Garco SAS , empresa recomendada por la UG-FFIE y que presentó manifestación de intención la cual fue radicada ante el FFIE mediante oficio CMC-IEASC-213-2023 SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE OBRA No. 1380-1518-202 MOTIVADA POR EL TRAMITE DE CESION DE DERECHOS ECONOMICOS A GARCO CONSTRUCCIONES SAS de fecha 29 de junio de 2023 ii) factores económicos representados específicamente en la insuficiencia de garantías por parte de la UG-FFIE dado los precios unitarios de estos contratos que estaban altamente devaluados, incluso revisadas opciones con los posibles cesionarios propuestos por la UG-FFIE.

De la mención contractual anterior, este Contratista insiste en la activación del mecanismo de arreglo directo entre las partes, y no propiamente para proseguir con un contrato expirado, se pide este toda vez que se presentaron circunstancias no imputables al contratista, atribuibles a la entidad estatal contratante y a la interventoría, que afectaron los tiempos del contrato, las decisiones sobre los alcances, la definición oportuna de un presupuesto, el impago de las obras ejecutadas producto de la falta de aprobación de precios no previstos, las definiciones técnicas y diseños que no estaban en el alcance inicial del contrato, las modificaciones a los mismos y otros factores que no fueron atendidos y reconocidos por la UG-FFIE efectiva y oportunamente, a pesar de nuestras solicitudes de modificaciones y prórroga del plazo contractual. Esas circunstancias y ese tiempo nunca se repusieron y jamás atendido en debida forma por la Entidad, hoy se vuelven los hechos para indicar el presunto incumplimiento del Contratista al cual de forma equivocada pretenden seguir descontándole dineros.

Así las cosas manifiesto respetuosamente que procedo a presentar recurso de reconsideración frente a la Comunicación de la decisión del Comité Fiduciario 726 del 26 de octubre de 2023 Definición del Procedimiento de Incumplimiento Contractual (PIC) iniciado por incumplimiento del Contrato de Obra 1380-1517-2022 con Aplicación y cobro de la cláusula penal por la suma de **Trescientos sesenta y ocho millones setecientos treinta mil seiscientos siete pesos m/cte (\$368.730.607,00)** por el incumplimiento

total o definitivo del contrato de obra y hacer exigible la póliza de cumplimiento por la suma de Ciento cuarenta y cuatro millones quinientos sesenta y ocho mil ciento treinta y un pesos m/cte (\$144.568.131,00) correspondientes a la suma dejada de amortizar por el contratista de obra.

Mediante esta comunicación se adoptó las mencionadas decisiones y ante el presunto incumplimiento grave e injustificado del Contratista de Obra CONSORCIO M&E CANAÁN FFIE, se ordena la afectación de la Póliza de Seguro de Cumplimiento 4006290 expedida por HDI Seguros.

En este sentido, solicito desde ya que se REVOQUE la decisión en cita y, en consecuencia, se ARCHIVE el presente proceso de procedimiento de incumplimiento contractual. Fundamento mi solicitud en los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. OPORTUNIDAD

En consideración a que la decisión del Comité Fiduciario No726 del 26 de octubre de 2023 y notificada personalmente mediante el buzón electrónico el 24 de noviembre de 2023, de acuerdo con lo establecido en la cláusula vigésima del Contrato de Obra No. 1380-1517-2022, el plazo otorgado para presentar el escrito de reconsideración es de dos (2) días hábiles a partir de la fecha de notificación de la decisión. En consecuencia, el presente escrito se presenta dentro de la oportunidad correspondiente, teniendo en cuenta que el término comenzó a correr a partir del 27 de noviembre de 2023.

II. ANTECEDENTES

Frente al caso en particular, el plazo inicial previsto por las partes para la ejecución del contrato de obra fue de siete (07) meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, lo cual ocurrió el **13 de mayo de 2022**, suscrita entre el contratista de obra y el interventor, y aquí radica la primera falla de la Entidad la cual estimó un plazo inadecuado a sabiendas de las fallas estructurales en los diseños existentes, el presupuesto incompleto, los tramites de entidades de servicios públicos sin iniciar, entre otros.

No se entiende además como el FFIE no acompañó el proyecto en el componente económico, en el cual el perjuicio económico al consorcio fue enorme al no tener como cobrar las obras ejecutadas al haber dilatado y entorpecido este proceso la Interventoría y el FFIE nunca se apersonó de controlar esta situación sobre la cual perdió el control y es allí donde el Juez del Contrato tendrá que evaluar la real cuantía de las Obras requeridas para que este Colegio Antonio Reyes Umaña pudiese ponerse en funcionamiento, obligación que la UG-FFIE debía atender y la cual planeo de forma equivocada.

Sin perjuicio de lo anterior, sobre todo lo cual debe darse especial atención y cumplimiento, los antecedentes del Contrato, manera imperativa, deben prevalecer dentro de la declaratoria de presunto incumplimiento informado de manera sesgada, amañada y equivocada por la Interventoría a la Entidad, sobre lo cual, referimos los siguientes aspectos, dentro de los cuales hacemos acotaciones precisas sobre los datos y hechos que difieren de la realidad y documentos firmados entre el CONSORCIO M&E CANAÁN y el FFIE y de la información soporte del PIC:

El Contrato fue modificado en las siguientes oportunidades:

Novedad	Fecha	Objeto	Causa
Suspensión No.1	14 de junio de 2022	Mientras se concertaba el alcance económico de la obra para la fase 2 <ul style="list-style-type: none"> · Tiempo de suspensión: 21 días calendario · Prórrogas a la suspensión: 03 · Reinicio: 16 de agosto de 2022 	Falta de planeación de la Entidad
Otrosí No. 1	10 de febrero de 2023	Se prorrogó el contrato por término de un (01) mes y 29 días para un total de 08 meses y 29 días	Falta de planeación de Entidad Falta de

		calendario	presupuesto completo en alcance y precios no previstos aprobados
Otrosí No 2	28 de marzo de 2023	Se adicionó el contrato en la suma de \$928.543.954, para un valor total de \$3.204.124.147 Se prorrogó el contrato por término de un (02) meses y 19 días para un total de 11 meses y 18 días calendario	Falta de presupuesto adecuados ajustados a las necesidades y demoras en los trámites de revisión de los precios no previstos. Incompetencia de Interventoría y dilación en todos los procesos

El 28 de septiembre de 2022, cuatro meses después de iniciado el Contrato, la interventoría remitió aceptación a la propuesta económica y al cronograma de elaboración de los diseños que se requerían ajustar por parte del contratista; puntualmente se aprobó un término de 45 días adicionales para la ejecución de los rediseños o ajustes a diseños. Lo anterior permite evidenciar que para la fecha en que se aprobó la ejecución de los rediseños por parte del contratista constructor, ya había transcurrido más de un mes adicional al plazo de ejecución contractual.

Pese a que estas circunstancias fueron puestas de presente a la entidad contratante, la interventoría y el FFIE optaron por ordenar el inicio de las obras sin tramitar el respectivo contrato adicional, razón por la cual el contratista procedió a la entrega del presupuesto balanceado para la ejecución parcial de obra, y fue con esa premisa que se surtió el reinicio del contrato el 16 de agosto de 2022, para proceder a la etapa 2 o fase de construcción.

Denota estas fechas de suscripción la falta de competencia y eficacia de la UG-FFIE al haber dado por inicio la fase el 13 de mayo de 2022, y a fecha del 10 de febrero de 2023 solo se reestableció parcialmente el plazo en un mes. Y el 28 de marzo se adicionó 928.543.954 millones que representan el 40% del valor del contrato inicial de \$ 2.275.580.193 y solo dos meses de prórroga para la ejecución.

Sobre los hechos que motivan el presunto incumplimiento por demás extemporáneo por fecha del informe FFIE-INT-IEARU-168-Obra-2021 del 31 de julio de 2023, por ende, sin efecto legal que se haga un PIC para conminar al Consorcio al indicar que no cumplió con la entrega de las Obras de la IE Reyes cuando fue la Entidad Contratante quien a través de la Interventoría no avaló el plazo y valor requeridos.

A fecha de 17 de junio de 2023 según nuestros registros el % programado de 74,81% vs un % ejecutado de 52,99% presentando un retraso del -21,82% y en su balance omite la Interventoría indicar la realidad presupuestal del proyecto, necesaria para concluir las Obras del Alcance del Proyecto necesarias para la entrega en funcionamiento

I.E. ANTONIO REYES UMAÑA SEDE PRINCIPAL	
VALOR CONTRACTUAL	\$ 3,204,124,147.00
VALOR ADICION SOLICITADA TERMINACION OBRAS DEL ALCANDE DEL PROYECTO NO AUTORIZADA	\$ 2,305,492,145.41
VALOR EJECUTADO Y FACTURADO HASTA ACTA No 5 PERIODO 1 AL 30 DE ABRIL 2023 38.77%	\$ 1.242.191.630.00
VALOR FALTANTE POR EJECUTAR AL ACTA No. 5	\$ 1,259,216,595.00
VALOR PENDIENTE POR FACTURAR ACTA #6 PERIODO MAYO Y JUNIO, LA CUAL NO PRESENTÓ DADO LA AMORTIZACIÓN DEL	\$ 226,711,185.00

100% DEL ANTICIPO COSTO DIRECTO	
ANTICIPO RECIBIDO	\$ 455,116,039.00
ANTICIPO AMORTIZADO HASTA ACTA No. 5 PERIODO 1 AL 30 DE ABRIL DE 2023 68.23%	\$ 310,547,908.00
SALDO ANTICIPO POR AMORTIZAR AL ACTA No. 5 FACTURADA Y PAGADA	\$ 144,568,131.00
ACTA No. 6 PERIODO 1-30 DE MAYO 2023 PENDIENTE POR COBRAR NO ACEPTADA CIENTO DIECIOCHO MILLONES QUINIENTOS VEINTETRES MIL CUARENTA Y DOS PESOS	\$ 118.523.042.00

Se anota que era de imposible cumplimiento el objeto del Contrato cuando a fecha de junio de 2023, este Consorcio seguía buscando negociar unos Nps que eran necesarios para la ejecución de las Obras, Nuestro oficio CMCF-IEARU-192-2023 ITEMS NO PREVISTOS APROBADOS ARU, detalló


 sá. 17/06/2023 0:44
PA Proyecto Antonio Reyes Umaña <proyectoantonioumana@gmail.com>
CMCF-IEARU-192-2023 ITEMS NO PREVISTOS APROBADOS ARU.

Para interFFIE 2020; Katherine Tovar Hernandez
 CC Admoncanaanibague; Marly Vanegas
 Mensaje reenviado el 17/06/2023 6:53.

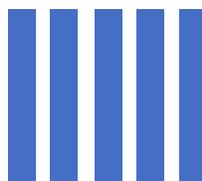
-  157 KB
-  NP-51.pdf
164 KB
-  CMCF-IEARU-192-2023 ITEMS NO PREVISTOS APRBADOS.pdf
287 KB

Buen dia
 Adjunto oficio #192 para fines pertinentes.
 Se adjunta archivo de revisión, APU en PDF y EXCEL


 mi. 14/06/2023 17:33
JR Juan Riccati Garcés Morales <jrgarces@ffie.com.co>
Evaluación estado contratos de obra. ARU-ASC

Necesario Jaime Alejandro Duran Fontanilla; Jose Octavio Duque Romero;
 Iván José Gutiérrez Durán; Andoni Arizmendi Cuello; carlos alberto ruiz arandia;
 Erika Blanco Vargas; DIEGO ALEJANDRO DUEÑAS ORTIZ;
 PROYECTO ALBERTO SANTOFIMIO; MARLYVANEGAS@canaanconstructores.com;

Cuándo mi. 14/06/2023 18:00-20:00 | **Ubicación** Reunión de Microsoft Teams



✓ Aceptar ▼ ? Provisional ▼ ✗ No aceptar ▼ 🕒 Proponer nueva hora ▼ 📅 Calendario...

ju. 08/06/2023 14:54
 Andoni Arizmendi Cuello <aarizmendi@ffie.com.co>
REVISIÓN NPS. IE ARU / IE ALBERTO SANTOFIMIO
Necesario proyectoalbertosantofimio@gmail.com; Arley Gonzalez Sierra; inter.aru2022@gmail.com;
 Juan Riccati Garcés Morales; Iván José Gutiérrez Durán; carlos alberto ruiz arandia;
 marlyvanegas@canaanconstructores.com; interffie1479@gmail.com
 i Aceptada el 09/06/2023 15:23.

Cuándo martes, 13 de junio de 2023 9:00-11:00 | **Ubicación**

ma. 30/05/2023 14:24
 Iván José Gutiérrez Durán <igutierrez@ffie.com.co>
Revisión NPs IE Alberto Santofimio Caicedo - IE Antonio Reyes Umaña
Necesario Juan Riccati Garcés Morales; Andoni Arizmendi Cuello; Arley Gonzalez Sierra;
 marlyvanegas@canaanconstructores.com; direccionlicitaciones@canaanconstructores.com;
 carlos alberto ruiz arandia
 i Aceptada el 30/05/2023 16:20.

Cuándo miércoles, 31 de mayo de 2023 15:00-17:00 | **Ubicación** Microsoft Teams Meeting

vi. 28/04/2023 17:53
 Iván José Gutiérrez Durán <igutierrez@ffie.com.co>
Revisión NPs Proyectos ARU y ASC
Necesario Henry Andres Duarte Rojas; Jose Octavio Duque Romero; Andoni Arizmendi Cuello;
 Juan Riccati Garcés Morales; proyectoantoniohumana@gmail.com; malzate@yahoo.es;
 marlyvanegas@canaanconstructores.com; inter.aru2022@gmail.com;
 interffie1479@gmail.com; proyectoalbertosantofimio@gmail.com;

Cuándo martes, 2 de mayo de 2023 14:00-16:00 | **Ubicación** Microsoft Teams Meeting

Téngase como prueba los oficios anexos:

20230417 CMCF-FFIE-IEARU-167 ACTA DE COBRO PARCIAL No 4
 20230505 CMCF-IEARU-178-2023 - ENTREGA APUS
 20230523 CMCF-IEARU-184-2023 SOLICITUD DE PRORROGA # 3 Y ADICION PRESUPUESTAL #2
 20230607 CMCF-IEARU-188-2023 SOLICITUD DE PRORROGA
 20230608 CMCF-IEARU-189-2023 ACTA PARCIAL #6.
 20230613 CMCF-IEARU-190-2023 SOLICITUD DE SUSPENSION #2
 20230614 CMCF-IEARU-191-2023 BALANCE #3
 20230617 CMCF-IEARU-192-2023 ITEMS NO PREVISTOS APRBADOS
 20230621 CMCF-IEARU-193-2023 SOLICITUD DE PRÓRROGA IE ARU
 20230626 CMCF-IEARU-194-2023 RECHAZO A RESPUESTA DE INTERVENTORIA A PRORROGA DE CONTRATO
 20230629 CMCF-IEARU-198-2023 SOLICITUD DE SUSPENSION
 20230707 CMCF-IEARU-199-2023 Radicado FIE2023EE010454
 20230727 CMCF-IEARU-201-2023 ESTADO Y BALANCE DEL CONTRATO

en donde se acreditaron, de acuerdo con el Contrato los argumentos de las necesidades de tener un balance económico del contrato, la aprobación de los Nps de Obras no previstas, además se dejaron, nuevamente la evidencia de la necesidad de efectuar las modificaciones al Contrato,

Los anteriores señalan las vulneraciones sistemáticas que la UG-FFIE vino realizando en contra del Consorcio MYE CANAAN FFIE, con las cuales de manera directa llevó a este Contratista al colapso económico, y ante es necesario nuevamente advertir los incumplimientos de la Entidad Contratante y de la UG-FFIE:

1. El CONSORCIO FFIE ALIANZA-BBVA, integrado por las fiduciarias Alianza Fiduciaria S.A. y BBVA Asset Management S.A., es una entidad financiera regida por el Derecho Privado y sometida a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y en este orden no pueden ejercer autoridad y convertirse en jueces sancionatorios, en especial, en aplicación de criterios de responsabilidad objetiva, dado que ese no es su objeto o función.
2. El Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa es una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional sin personería jurídica, creado como una herramienta financiera que responde a una necesidad específica de canalización de los recursos de diferentes fuentes y naturaleza, de forma ágil y expedita, con el fin de asegurar la destinación efectiva del recurso, en beneficio de la infraestructura educativa y su primordial objetivo debe ser entregar las obras para el funcionamiento del servicio educativo, buscando evitar la **afectación del derecho fundamental a la educación de los niños y adolescentes**, mismo que prevalece sobre los derechos de los demás, siendo aquellos los destinatarios de las obras de infraestructura de las instituciones educativas objeto de este contrato.
3. Dentro de los deberes del Contratante se encuentra la planeación del abastecimiento necesario para la adquisición de bienes y servicios del FFIE, según el caso, el cual empieza con la identificación de las necesidades por parte de la Unidad de Gestión del FFIE que se deben satisfacer para el cumplimiento de la misión y/o funcionamiento interno, a efectos de obtener una adecuada **planificación y presupuesto**, estudiando las prácticas de adquisiciones actuales, la evaluación de las contrataciones previas similares a la que se pretende adelantar, la proyección de las necesidades futuras que se encuentren relacionadas, la identificación de proveedores y el análisis de la oferta; culminando con la selección de la estrategia de adquisición y la estructuración del Plan Anual de Adquisiciones, el cual recoge las necesidades de bienes y servicios del FFIE, en concordancia con los acuerdos de cofinanciación celebrados con las ETC en lo que al aprovisionamiento misional respecta. En ejercicio de la Fase de Planeación, las direcciones de la Unidad de Gestión deben realizar las acciones que se identifiquen como necesarias para optimizar el proceso de aprovisionamiento, tanto en condiciones de tiempo, ahorro de recursos administrativos y financieros, como en el análisis para la disminución de riesgos en la ejecución contractual.
4. Nuevamente es necesario traer a colación las disposiciones que, en materia de controversias establece el Contrato, con el fin de garantizar los derechos de las partes, que consideramos es la vía pertinente en este caso, en vez de un procedimiento sancionatorio, habida cuenta de las diferencias suscitadas entre las partes y las solicitudes no resueltas por el FFIE, formuladas por el contratista durante la ejecución contractual.
5. Debemos solicitar a la Contratante la aplicación estricta y razonada del artículo 29 de la Constitución Nacional el cual establece que *"el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso"*.
6. Así mismo invocamos el deber ser en la actuación del Contratante y llamamos la atención sobre las omisiones suyas que no relaciona en el acto contractual objeto de reproche y el incumplimiento reiterado que ha tenido frente a la resolución eficiente y oportuna de las necesidades del Consorcio y por ende la

inobservancia del artículo 1609 del Código Civil el cual regula el concepto de mora en los contratos bilaterales, según el cual *“ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”*.

7. Es concluyente que el PA FFIE no puede sustituir los mecanismos judiciales ordinarios de defensa judicial, pues estaría violando los derechos fundamentales del Contratista al no garantizar el debido proceso, como consecuencia, provocaría la ineficacia de los recursos previstos por la regulación procesal para proteger los derechos fundamentales y la eficacia del contrato.
8. Como es conocido por la entidad contratante, a la fecha en que se resuelve el procedimiento por incumplimiento contractual persisten las divergencias entre las partes acerca de las causas que dieron lugar a los atrasos del proyecto, mismos que tienen origen en la génesis del contrato, cuando fueron entregados estudios y diseños por parte de la UG-FFIE, que no respondían a las necesidades técnicas y normativas de las obras a construir y estimo presupuestos insuficientes de unas obras que además venían de otro Contrato de terminación anticipada donde el alcance de las obras y las estimaciones económicas no correspondían con la necesidad real.

Así las cosas invocamos nuevamente la CLÁUSULA TRIGÉSIMA de mecanismo de solución de Controversias: donde 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. De no ser posible la solución directa dentro de los treinta (30) días siguientes luego de la convocatoria a arreglo directo por cualquiera de las partes, podrá emplear los mecanismos previstos en la ley;** dicho mecanismo debe resultar eficaz pues la Contratante no puede desconocer los hechos que sustentaron las situaciones de falta JUSTIFICADA de avance, las cuales se fundamentan específicamente en el incumplimiento del Contratante Consorcio FFIE Alianza BBVA, el Incumplimiento de la Interventoria, ellos aunado a que, desestima otros factores externos y ajenos al Contratista que afectaron el avance según cronograma de Obra.

Con los anteriores se soportan claramente los hechos del informe de la Interventoria relacionado el punto No. 2 de incumplimiento en el cronograma de ejecución para la culminación de la Fase 2 debido a la falta de personal (operativo y profesional) y al insumo de materiales.

Es importante anotar que en el comité de Mayo 23 de 2023 el faltante por ejecutar era de 47%, y allí olvida nuevamente la Entidad su obligación de efectuar el seguimiento y control al informe de soporte del PIC. (se anexa como prueba)

3. DESARROLLO DE LA REUNIÓN

(Descripción de los puntos tratados en la reunión)

Siendo las (09:00 am) del día 23 de mayo de 2023, nos reunimos los nombrados en la lista de participantes para dar inicio al comité de seguimiento técnico (en campo) de las actividades del contrato de obra No. 1380-1517-2022 y así tratar los siguientes aspectos:

ASPECTOS TECNICOS:

- Se informa que se tiene un % programado de 74,81% vs un % ejecutado de 52,99% presentando un retraso del -21,82%.

La debida diligencia por parte de la UG-FFIE y la falta de control sobre la Gestion Contractual y deberes del interventor, provocaron que este Consorcio ejecutará por la presión de avance un sin numero de obras que no tuvieron su contraprestación económica de forma oportuna, lo cual generó un estado de iliquidez el cual generó el Incumplimiento en el pago al personal general de obra, en el pago al Sistema de Seguridad Social y en el pago a proveedores y aliados estratégicos.

Sobre la entrega de un plan de Contingencia queda soportado este en el oficio 20230523 CMCF-IEARU-184-2023 SOLICITUD DE PRORROGA # 3 Y ADICION PRESUPUESTAL #2 de fecha 23 de mayo de 2023 y CMCF-IEARU-188-2023 SOLICITUD PRÓRROGA #3 AL CONTRATO DE OBRA de fecha 7 de junio de 2023 y sobre las compras se omite que este Consorcio quedó incapacitado para efectuar compras

o poder tener un plan objetivo al no contar los respectivos precios de Obra No prevista aprobados y no tener estas obras en el alcance.

Sobre los demás aspectos serán estos objeto de tratamiento durante el proceso de liquidación del Contrato para el cual se convocan las respectivas mesas de arreglo directo para determinar los saldos a favor del contratista y que no han sido pagados, y cuyas obras se encuentran ejecutadas .

CONSIDERACION JURIDICAS

En el presente caso no es aplicable Clausula Penal, toda vez que la terminación del plazo de Contrato fue informado por este Consorcio a la interventoría y las causas relacionadas que dieron origen a estas circunstancias no eran imputables al contratista, las cuales están suficientemente acreditadas en el expediente contractual.

Téngase como los DOCUMENTOS PREVIOS AL ACTA DE INICIO, , en donde se acreditaron, de acuerdo con el Contrato, los documentos previos, dentro de los cuales **se presentó el informe preliminar técnico** en el que se dejó, nuevamente, la evidencia de la necesidad de ejecutar los ajustes a estudios y diseños, dado que los existentes entregados al Consorcio no cumplían las condiciones mínimas de normas, tenían vacíos sustanciales y el presupuesto era insuficiente lo generó atrasos en el desarrollo del objeto contratado, los que no son responsabilidad de esta Contratista, es de la Entidad y son una falla en el origen , un incumplimiento de la UG-FFIE y una falla de planeación.

Las fallas en la planeación generan responsabilidad de la entidad estatal, y hablamos de esta, porque los recursos del fideicomiso son de origen público, toda vez que provienen del Ministerio de Educación Nacional y se tiene una planta de personal que toma las decisiones y se las remite a la fiduciaria, quien solo se limita a comunicarlas y ejecutarlas. Sobre estos aspectos ya se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado en las sentencias del 18 de diciembre de 2020, C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicado 64129 y de 16 de septiembre de 2021, radicado 66091 A.

Así las cosas, en estos contratos es una obligación de la Entidad la de cumplir con el principio de planeación. Sobre este y su violación dijo el Consejo de Estado en la sentencia de fecha 31 de agosto de 2006, C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, expediente Nro. 14287, en donde se dijo:

***“(…) La falta de planeación tiene incidencias en la etapa de formación del contrato, pero ella se refleja con mayor importancia en su etapa de ejecución, momento en el cual las omisiones de la administración generan graves consecuencias por falta de estudios y diseños definitivos, circunstancias que llevan a modificar las cantidades de obra, las condiciones técnicas inicialmente pactadas y, en el peor de los casos, conducen a la paralización de las obras o a su imposibilidad de realización. […]*”** (Resaltado nuestro).

Sección Tercera, Subsección B, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, en la sentencia del 31 de agosto de 2011, radicado 18080, dijo lo siguiente:

Cabe mencionar que la falta de realización de los estudios, planos y proyectos por parte de la administración repercute no sólo en la formación del contrato, sino también en su ejecución, por cuanto ocasiona graves problemas y obstáculos que pueden impedir el desarrollo de las obras o paralizarlas, además de que elevan su valor por las mayores cantidades y especificaciones técnicas a las inicialmente convenidas. Por eso, la inobservancia de esta obligación a cargo de las entidades del Estado infringe el deber de planeación cuyo cumplimiento les resulta imperativo en el desarrollo de la actividad contractual, además de los principios de buena fe y equivalencia de las prestaciones y por tanto, las hace caer en responsabilidad contractual por esa omisión, siempre y cuando se demuestren los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento

Sobre las consecuencias jurídicas de unos diseños deficientes dijo el Consejo de Estado en la sentencia

de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, de fecha 7 de noviembre de 2019, expediente: 0299 2012:

Finalmente, la doctrina especializada, con apoyo de la jurisprudencia de esta corporación, ha recordado lo siguiente[6]:

[...] lo que sanciona el legislador no es solamente que la administración o el responsable de la contratación estatal, elabore o cuente con estudios previos financieros, técnicos y jurídicos, **sino que dichos estudios sean lo suficientemente serios, plenos, cabales e integrales** encaminados a determinar: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) **las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja**; (iii) **las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc.**, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también **la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc**; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, **consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc.**, que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. [Negrillas fuera de texto].

El Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, en sentencia con ponencia del consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera, de fecha 13 de noviembre de 2018, radicado 36.862, dijo lo siguiente:

Así las cosas, se concluye que el IDU **incumplió sus obligaciones de entregar en forma oportuna los diseños de obra** de empalme de la Av. Ciudad de Cali con Av. Ciudad de Villavicencio y de redes de servicios públicos, lo que llevó a que **se le presentaran al contratista múltiples obstáculos en la ejecución del objeto contractual y que permanentemente tuviera que estar devolviendo los diseños por fallas en los mismos**, lo que **originó que el contrato se prorrogara en dos ocasiones** (mediante los otrosíes 2 y 6) y se pactara como fecha final de la etapa de construcción el 22 de mayo de 2004, cuando esa etapa ha debido finalizar el 26 de diciembre de 2003, como quiera que la etapa de construcción tenía una duración de seis meses desde el acta de inicio, que se suscribió el 26 de junio de ese año. (Resaltado nuestro).

En este caso no pretendemos enjuiciar al FFIE, sino invitarlo a que considere que fue precisamente una falla suya y de quien hoy está ejerciendo la interventoría, el haber recibido del contratista anterior y entregar al nuevo unos diseños deficientes, lo cual generó unos retrasos que están probados, pero que, inexplicablemente, la Entidad no ha reconocido, y sí, por el contrario, lo está contabilizando como un atraso del contratista.

FALTA DE COMPETENCIA DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE ESTRUCTURA EDUCATIVA – PA FFIE, PARA INICIAR UN PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL FRENTE AL CONTRATO DE OBRA No. 1380-1517-2022.

|

Es clara la falta de competencia del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE para iniciar un procedimiento sancionatorio contractual, pues la naturaleza privada de dicha entidad permite concluir que no le está dado arrogarse facultades o potestades exorbitantes propias y exclusivas de las entidades públicas sometidas al EGCP, tal y como lo sería la imposición de multas y declaratoria de incumplimiento.

Sobre este aspecto, es importante destacar que conforme a lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1433 de 2020, el Fondo de Financiamiento de la Estructura Educativa - FFIE es una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional sin personería jurídica, lo cual implica que no tiene capacidad para suscribir contratos y, en general, para contraer obligaciones, considerando que es una herramienta financiera para separar los recursos destinados a la financiación de la infraestructura educativa.

Ahora bien, el numeral 2 del artículo 2.3.9.1.3. del Decreto 1075 de 2015, sustituido por el artículo 2 del Decreto 1433 de 2020, prevé que los recursos del fondo pueden ser manejados directamente por el Ministerio de Educación Nacional, caso en el cual los contratos suscritos se registrarán por el régimen de contratación pública, o por una fiducia mercantil que genere la constitución de Patrimonios Autónomos, **caso en el cual “se registrarán por las normas de contratación del derecho privado, respetando los principios de buena fe, moralidad, transparencia, economía, celeridad, eficacia, publicidad y responsabilidad”**

Esto es concordante con la introducción del mentado contrato que indica: “(...) hemos convenido celebrar el presente CONTRATO DE OBRA (en adelante “el Contrato”), que se regirá en general por las normas civiles y comerciales colombianas”

Bajo esta línea argumentativa, considerando que el contratante en el marco del Contrato de Obra No. 1380-1517-2022., y el asegurado de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4005246 expedida por HDI SEGUROS S.A., es ALIANZA FIDUCUARIA S.A., como representante legal del CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA, quien actúa única y exclusivamente como vocera del patrimonio autónomo del Fondo de Infraestructura Educativa – FFIE, resuelta evidente que los recursos son manejados mediante la suscripción de un contrato de fiducia mercantil y la constitución de un patrimonio autónomo, por consiguiente, es aplicable el segundo supuesto de la norma anteriormente citada y el contrato de obra se rige por las normas de contratación del derecho privado. Aún más, si se considera que en el cuerpo del contrato se estipuló que el mismo se regía por las normas civiles y comerciales colombianas, tal y como se expuso anteriormente.

Esto significa que la relación contractual entre las partes se rige por los principios del derecho privado, entre ellos, la autonomía de la voluntad y la igualdad de los co-contratantes, de modo que a los particulares les estaría vedada la posibilidad de ejercer potestades unilaterales o exorbitantes que son propias de las entidades públicas. Así lo ha considerado uniformemente el Consejo de Estado al prohibir pactar cláusulas exorbitantes en contratos regidos por el derecho privado como la caducidad, imposición de multas, liquidación unilateral, entre otras.

Aun cuando en los contratos regidos por derecho privado impera la autonomía de la voluntad, ello de ninguna manera puede vulnerar normas imperativas o implicar un ejercicio abusivo del derecho, como lo que pretende el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE con el inicio del presente procedimiento. De tal manera, no se está pretendiendo desconocer la autonomía de la voluntad que rige las relaciones civiles y comerciales de los particulares, sino que se destaca que esta debe ir en concordancia con principios generales del derecho como la igualdad de las partes y es justamente por esta razón, que el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha desprovisto de las facultades excepcionales a los particulares y a las entidades públicas con régimen privado de contratación.

En esta medida y respecto a la imposición de multas, el Consejo de Estado ha dicho:

“Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser Juez y parte a la vez en dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al Juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa.

(...) Quiere decir que en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detentan la naturaleza de contratos estatales, por lo 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 que la

ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual”

Es importante aclarar que las decisiones antes mencionadas no son una posición aislada e inusual del Consejo de Estado. Por el contrario, han sido reiterativas las sentencias en tal sentido por parte de la Sección Tercera, de las que cabe resaltar: Sentencia de 28 de septiembre de 2011, exp. 15.476, Sentencia del 29 de marzo de 2012, exp. 20.397, Sentencia del 24 de octubre de 2013, exp. 24.697 y Sentencia de 12 de octubre de 2017, exp. 37.322, entre otras.

Entonces, aun cuando en los contratos entre particulares rija la autonomía de la voluntad, no es menos cierto que dicha autonomía está limitada por imperativos legales como la igualdad entre las partes, de modo que no es posible que en una relación contractual en plano de igualdad, una de ellas pretenda imponer a la otra una multa o un incumplimiento, por cuanto ello implicaría un desequilibrio y vulneraría principios propios del derecho privado, por tal razón, las cláusulas exorbitantes no pueden pactarse, ni ejercerse en un contrato de derecho privado.

Esta conclusión se hace evidente en lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual establece con claridad que **“las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal”**, es decir, únicamente aquellas entidades sometidas al EGCP pueden ejercer la prerrogativa exorbitante allí contemplada, excluyendo implícitamente a las entidades públicas cuyo régimen de contratación es de derecho privado que se encuentran en un plano de igualdad con los particulares, quienes no pueden ejercer facultades unilaterales en sus relaciones. Mucho menos podría contemplarse en una relación entre particulares, en donde es más clara la igualdad entre los co-contratantes.

En tal medida, es evidente que en las relaciones contractuales regidas por el derecho privado no es posible pactar, ni ejercer potestades exorbitantes exclusivas de la administración, bajo este entendido, el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE no puede iniciar el procedimiento de incumplimiento contractual, imponer multas o declarar directamente el incumplimiento por no tener la facultad para hacerlo, aun cuando se hubiese pactado dentro del contrato, de modo tal que de continuar con el procedimiento existiría una evidente falta de competencia que vulneraría el debido proceso de mi representada y generaría una nulidad de todas las actuaciones que surjan en el procedimiento.

En concordancia, si el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE pretende hacer efectiva la cláusula penal de apremio prevista en el contrato o que se declare el incumplimiento del mismo, su única alternativa es acudir a un juez para que este sea quien determine la procedencia o no de sus pretensiones, pues -se reitera- no está investida de

IMPOSIBILIDAD DEL PA FFIE DE EJERCER EL COBRO DE CLÁUSULA PENAL DE APREMIO POR HABER INCUMPLIDO CORRELATIVAMENTE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES – EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO SEGÚN EL ARTÍCULO 1609 DEL CÓDIGO CIVIL.

I

prerrogativas exorbitantes que le permitan declarar directamente el incumplimiento o hacer exigible la cláusula penal, aun habiéndose pactado contractualmente el procedimiento de incumplimiento.

De tal manera, lo que se cuestiona no es la cláusula penal de apremio pactada previamente, dado que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, a las partes les es dable pactar este tipo de cláusulas, sin embargo, no puede hacerlas exigibles unilateralmente como las entidades públicas y frente a un eventual incumplimiento, debe acudir necesariamente al juez ordinario.

Es evidente que las controversias derivadas del contrato de obra se rigen por la ley civil, lo que implica que no existe la posibilidad de aplicar facultades exorbitantes, como la imposición y el cobro unilateral de una cláusula penal. En este sentido, el Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa (FFIE) carece de estas facultades exorbitantes.

Es importante resaltar que tanto la doctrina como la jurisprudencia no consideran las cláusulas penales pecuniarias y de multas contractuales como cláusulas excepcionales. En primer lugar, no existe una disposición legal que las clasifique expresamente como cláusulas excepcionales. En segundo lugar, no hay una norma que imponga su pacto obligatorio. Y, en tercer lugar, no existe una norma que permita su

imposición directa y unilateral. En consecuencia, dado que estas cláusulas son exorbitantes, el FFIE no tiene la potestad de imponerlas por sí solo, ya que ello implicaría una extralimitación de sus facultades y un desconocimiento del marco legal vigente.

El art. 1546 del Código Civil mira la acción resolutoria contractual desde el punto de vista del contratante cumplido en calidad de accionante, pero hay otra norma en la codificación sustantiva civil, el art 1609 que la contempla desde la perspectiva del demandado a quien se lo acusa de incumplido, con relación a la ausencia de la mora entre los cocontratantes, cuando quien es demandado es imputado de incumplido; pero del mismo modo si el demandante lo ha sido primero, la posibilidad de reconvencción del demandado para atribuirle el incumplimiento determinante al actor es concluyente y categórica.

La norma es auto conclusiva desde la lógica sencilla: *En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.*

En este caso el PA FFIE, como contratante del Contrato de Obra No. 1380-1517-2022 incumplió al no generar i) las definiciones oportunas técnicas, ii) mediar para las aprobaciones necesarias de los diseños técnicos en forma oportuna, iii) adelantar las gestiones administrativas y legales de las modificaciones contractuales necesarias, iv) No aprobar oportunamente los recursos para adiciones y prórrogas requeridas y documentadas en el desarrollo del contrato y en los descargos presentados por el contratista y v) no aprobar oportunamente los precios no previstos según lo establecen las TCC con el fin de que el Contratista pudiese cumplir con los avances requeridos y con la debida planeación de las compras y contrataciones según el programa de Obra.

En este sentido, las obligaciones del contratante se pactaron de la siguiente manera:

Documento: Contrato de Obra No. 1380-1517-2022

Sin embargo, dichas obligaciones no se cumplieron por parte del contratante específicamente en lo relacionado con *obrar con lealtad y buena fe durante la ejecución del contrato y, las demás obligaciones que se deriven de la esencia o naturaleza del presente Contrato, así como aquella previstas en los TCC, sus adendas y anexos.*

En este sentido, sobre los supuestos atrasos de obra, el contratista presentó suficientes explicaciones de cómo se incumplió por parte del FFIE la obligación de minimizar los tiempos iniciales para unos ajustes a diseños los cuales fueron el detonante y provocador de múltiples retrocesos y daños a la planeación, programación y construcción del Proyecto que consiste en la Construcción de cinco (5) edificios.

Además, las condiciones iniciales del contrato variaron de manera importante, lo que requería unos modificatorios contractuales y una reprogramación de las obras, la cual ya fue entregada por el contratista en diferentes comunicaciones. Dichas novedades contractuales modificaron los cronogramas de obra respecto de los cuales la Interventoría de manera liberal y desprevenida omitió conceptual de manera imparcial lo que aconteció durante el proceso de elaboración del Informe Técnico de presunto Incumplimiento.

Lo anterior es tan cierto y verídico que posterior a las comunicaciones e informes del presunto incumplimiento, el día 28 de marzo de 2023, las Partes suscribieron Otrosí No. 2 al Contrato de Obra, a través del cual se prorrogó el plazo de ejecución a once (11) meses y 18 días calendario, prórroga solicitada por el Contratista desde tiempo atrás. Ahora bien, es preciso indicar que el término prorrogado de dos (2) meses y 19 días no correspondió a la realidad requerida pues la etapa de elaboración de diseños no se había logrado concluir, y su aprobación final seguía sin generarse por lo cual el contrato había dilapidado su plazo

Esta situación ha sido expuesta en múltiples ocasiones y documentada por el Contratista y ha sido desestimada de manera arbitraria por la interventoría y la contratante. Se reitera que el plazo inicial de 7 meses, dentro de los cuales el tiempo para la ejecución de nuevos diseños no estaba previsto; por el contrario el plazo incluido para la etapa de diagnóstico, el cual por circunstancias ajenas al contratista y a raíz de lo encontrado en el lugar de las construcciones existentes, tuvo que extenderse por ende la elaboración de DISEÑOS NUEVOS que para el caso de la ruta crítica, eran los diseños fundamentales que generaban facturación y a su vez representaban obra

Frente a este punto, vale la pena traer a colación la sentencia SC3666-2021 del 25 de agosto del 2021 con ponencia del magistrado Álvaro Fernando García Restrepo, que sobre la consecuencia del art. 1609 del Código Civil expone:

“Conforme al criterio actual de la Sala, la procedencia de la resolución del contrato por mutua desatención de sus obligaciones, presupone la hipótesis de dos contratantes puestos en el mismo plano de incumplimiento (habida cuenta la naturaleza de la prestación desatendida y el tiempo para acatarla), con lo que ninguno de ellos está en mora, y por lo mismo, sin posibilidad de reclamar del otro nada diferente a la restitución de las cosas al estado anterior del respectivo convenio.”

Es indispensable que el PA FFIE tenga en cuenta que cuando ninguna parte cumple o se dispone a cumplir, se ha interpretado que ambas partes tienen igual derecho a reclamar el cumplimiento o la terminación del contrato y pierden el derecho a reclamar perjuicios a su contraparte. En este caso, PA FFIE no puede demostrar, o por lo menos no lo ha hecho hasta la fecha, que ha estado dispuesta a cumplir el contrato, ni ha desplegado las actividades y conductas diligentes que viabilicen que el Contratista culmine las obras.

La dilación a las respuestas de las solicitudes de prórroga y a la aprobación de precios no previstos le es imputable como incumplimiento primigenio y condicionante de los retrasos, porque a este transcurso de tiempo impávido de inexecución que provocó los retrasos se le encuentra como causa la demora del PA FFIE de responder, bien accediendo o negando las solicitudes de prórroga. En conclusión, como quiera que el PA FFIE ha incumplido verdaderas obligaciones correlativas suyas en el marco del Contrato de Obra No. 1380-1517-2022 se puso a sí mismo en mora, o al pendiente de cumplir con esas obligaciones en el plano de la bilateralidad que lo deslegitiman para ejercer el cobro de la cláusula penal de apremio.

REDUCCIÓN DEL MONTO DE LA CLÁUSULA PENAL POR OPERATIVIDAD DEL ART. 2357 DEL CÓDIGO CIVIL POR INCUMPLIMIENTO CONCURRENTES DEL PA FFIE Y POR OMITIR EL DEBER DE MITIGAR SU PROPIO DAÑO.

De acuerdo con el argumento central de la excepción de mérito anterior y las premisas que lo respaldan, es necesario establecer que, sin aceptar ningún hecho, si hipotéticamente el PA FFIE continuara con el proceso de incumplimiento contractual en contra del contratista CONSORCIO M&E CANAÁN FFIE y de HDI SEGUROS S.A., y exigiese el pago de la Cláusula Penal de apremio, no puede perder de vista que los retrasos e inexecución son en gran parte y mayormente culpa del PA FFIE que retarda de forma injustificada y deliberada las respuestas a las solicitudes motivadas y fundamentadas de prórroga y ampliación de plazos del Contratista constructor. Y lo anterior quedará fundamentado y soportado en la ejecución y terminación de este contrato en manos de otro Contratista, lo cual podrá ser solicitado por un juez de la República para comprobar los tiempos reales requeridos para entregar este equipamiento en funcionamiento y los reales costos requeridos.

El PA FFIE ha incumplido con sus obligaciones contractuales al no dar respuesta oportuna a las solicitudes legítimas del Contratista, lo que ha generado retrasos y dificultades en la ejecución del contrato. Esta conducta por parte del PA FFIE afecta significativamente la capacidad del Contratista para cumplir con los plazos establecidos, lo cual puede ser considerado como un obstáculo para el cumplimiento efectivo del contrato. En consecuencia, es imprescindible considerar este aspecto en el análisis del proceso de incumplimiento contractual y en la posible exigencia de la Cláusula Penal de apremio. Si se lleva a cabo un proceso de incumplimiento sin tener en cuenta las responsabilidades del PA FFIE en los retrasos e inexecuciones, se estaría vulnerando el principio de equidad y justicia contractual. Por lo tanto, es imperativo que el PA FFIE asuma su responsabilidad en los retrasos y dificultades ocurridas en la ejecución del contrato y que, en caso de continuar con el proceso de incumplimiento, se tenga en cuenta este factor al evaluar la procedencia de la Cláusula Penal de apremio.

El principio de mitigación de daños, adoptado en nuestro ordenamiento interno y alineado con el principio de buena fe objetiva en los contratos, implica que las partes deben adoptar medidas razonables para prevenir, moderar o limitar los perjuicios resultantes del incumplimiento contractual. Este principio, de raigambre constitucional, exige a las partes actuar con honradez, probidad y transparencia, satisfaciendo la confianza depositada por cada contratante en el otro. El PA FFIE ha incumplido con su deber de mitigar

daños, al demorar de forma injustificada y deliberada sus respuestas a las solicitudes legítimas del Contratista CONSORCIO M&E CANAÁN FFIE. Esta conducta del PA FFIE ha afectado los plazos y la ejecución de la obra, siendo responsable en gran medida de los retrasos e inejecuciones.

En este contexto, la consecuencia prevista en el artículo 2357 del Código Civil también aplica en casos de incumplimiento contractual. Este artículo establece que la apreciación del daño sufrido se reduce si la parte afectada se expuso imprudentemente a dicho daño. En este caso, la omisión del PA FFIE en mitigar su propio daño implica que la cláusula penal de apremio debe ser reducida.

En conclusión, el PA FFIE debe asumir su responsabilidad en los retrasos y la omisión de mitigar su propio daño, lo que conduce a una reducción en la cláusula penal de apremio. Esta conducta omisiva del contratante tiene un impacto significativo en la producción de los retrasos en la obra, y debe ser considerada al determinar el monto de la cláusula penal de apremio. Por lo tanto, en virtud del principio de mitigación de daños y el incumplimiento concurrente del PA FFIE, se justifica la reducción del monto de la cláusula penal de apremio, en línea con lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil.

INDEBIDA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD FRENTE AL CONTRATO DE OBRA No. 1380-1517-2022

Es importante resaltar que, al adoptar decisiones relacionadas con el incumplimiento contractual, es necesario aplicar el principio de proporcionalidad, de acuerdo con los postulados legales y jurisprudenciales aplicables. En este sentido, el artículo 1596 del Código Civil establece de forma imperativa el descuento proporcional de la parte cumplida de la prestación principal.

Este principio de proporcionalidad implica que, en caso de incumplimiento de una de las partes en un contrato, el resarcimiento o sanción aplicada debe ser proporcional al incumplimiento efectuado. En otras palabras, la consecuencia o pena debe ser justa y adecuada a la magnitud y gravedad del incumplimiento, evitando excesos o desproporciones que puedan afectar los derechos de las partes involucradas.

“Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”

Adicionalmente, el artículo 867 del Código de Comercio también hace referencia al principio de proporcionalidad de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 867. <CLÁUSULA PENAL>. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte”.(Subrayado y negrilla por fuera del texto original)

En el caso concreto, es relevante tener en cuenta lo estipulado en la Cláusula Décima Octava del Contrato de Obra No. 1380-1517-2022. Según esta cláusula, en caso de incumplimiento parcial o retardo en el cumplimiento de algunas obligaciones a cargo del contratista, se aplicará una cláusula penal de apremio por cada día de retraso, con un porcentaje determinado que no excederá la mitad del porcentaje establecido para la cláusula penal completa. En otras palabras, el valor de la cláusula penal no podrá superar el 10% del valor total del contrato.

A continuación, se detallan las obligaciones del Contrato de Obra No. 1380-1517-2022

que son susceptibles de cláusula penal de apremio en caso de incumplimiento parcial o retraso, junto con sus respectivos porcentajes diarios aplicables:

DÉCIMA OCTAVA. PENAL DE APREMIO: Si hay incumplimiento parcial o retardo en el cumplimiento respecto de alguna de las siguientes obligaciones imputable al Contratista, previo concepto de la interventoría, el Contratante podrá exigir el pago de una pena moratoria por cada día de retardo injustificado hasta su cumplimiento, sin superar la mitad del porcentaje establecido para la cláusula penal y sin perjuicio de la aplicación de la misma, por un valor equivalente a los siguientes porcentajes:

- a) **Retardo en la constitución de las garantías contractuales-** Será equivalente al 0,2% de los valores que deberá asegurar el contratista.
- b) **Retardo en el cumplimiento del cronograma de ejecución-** Será equivalente al 0,1% del valor del contrato.
- c) **Retardo en el cumplimiento de los requisitos para la suscripción del acta de inicio del contrato – distinta a la constitución de garantías contractuales-** Será equivalente al 0,05% del valor del contrato.
- d) **Retardo en la realización de cualquiera de las actividades o en la entrega de cualquiera de los productos de la Fase 1.** Será equivalente al 0,05% del valor del contrato.
- e) **Retardo en la entrega del Presupuesto, Programación, Cantidades de Obra y Especificaciones de Construcción.** Será equivalente al 0,05% del valor del contrato.
- f) **Retardo en la acreditación del cumplimiento de salarios, prestaciones sociales o pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, SENA, ICBF y cajas de compensación familiar-** Será equivalente al 0,05% del valor del contrato.
- g) **Incumplimiento de otras obligaciones contractuales-** Si el contratista incumple alguna de las obligaciones contempladas en el contrato, que no se encuentre relacionadas en los literales anteriores, el contratista deberá pagar una pena moratoria equivalente al 0,03% del valor del contrato.

Aunado a lo anterior, es importante precisar que en caso de que se presenten incumplimientos parciales o retrasos concomitantes, la pena solo tendrá en cuenta la obligación incumplida que tenga la pena de apremio más alta.

Ahora bien, el informe técnico de presunto incumplimiento contractual realizado por la interventoría, es menester informar que si se expresa la forma en la que se calculó el monto de la cláusula penal, indicando que las obligaciones incumplidas o que presentan atraso son la b. Retardo en el cumplimiento del cronograma de ejecución y d, Retardo en la realización de cualquiera de las actividades o en la entrega de cualquiera de los productos de la Fase 1, no obstante, no se describe cual fue el retardo en el cronograma de ejecución ni cuales fueron las actividades o productos que no se realizaron o entregaron respectivamente de la Fase 1 y la fase II, solo se limitan a relacionar presuntos incumplimientos meramente de temas de apoyo y no fundamentales. Por último, el cálculo que se realizó erradamente, por cuanto, se debe multiplicar el porcentaje diario de la pena de apremio por el número de días de retraso o mora, y dicho resultado que corresponde al porcentaje total de la cláusula de apremio, deberá ser aplicado al monto no ejecutado del contrato (de conformidad con el principio de proporcionalidad).

Ahora bien, es menester señalar que el porcentaje total de la cláusula penal deberá ser aplicado al monto del contrato que aún no se ha ejecutado, cuyo porcentaje difiere con el de este Consorcio y en atención al principio de proporcionalidad contenido en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio. Tal como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado de la siguiente forma:

*“Ahora bien, en consideración a lo analizado, señala la normatividad vigente en la época de los hechos, así como la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, que con base en el principio de proporcionalidad y en el criterio auxiliar de la equidad, si el juez verifica que el contratista cumplió, efectivamente, parte del objeto estipulado en el contrato, y que este, además, fue aceptado por la entidad contratante, puede disminuir la sanción penal en proporción al porcentaje de obra ejecutada. **Partiendo de lo anterior, es necesario que el juez, además de estos aspectos, analice lo concerniente al cumplimiento del contrato a partir del porcentaje de obra ejecutado, y recibido por esta. No obstante, tratándose de obligaciones indivisibles, según se acaba de indicar, es ilógico que el contratista solicite la disminución de la cláusula penal impuesta, pues la naturaleza misma de las obligaciones lo impide, salvo aceptación de la entidad estatal de la parte ejecutada. En este sentido,***

los aspectos que debe analizar el juez frente a la solicitud de disminución del monto de la cláusula penal pecuniaria, considerando que dicho análisis se realiza conforme a los postulados del principio de proporcionalidad y al criterio auxiliar de la equidad, son: i) El porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista, y ii) si la entidad pública contratante recibió esta parte del objeto contractual. Según se dijo, el contrato se rige por el decreto-ley 222 de 1983, norma que, por lo demás, no reguló en forma particular lo concerniente a la disminución de la cláusula penal pecuniaria, de manera que, tal como lo ha hecho la Sala en otras ocasiones, es posible acudir al derecho civil y al comercial, para efectos de aplicar sus normas. **No obstante, resulta que estos dos ordenamientos regulan, aunque de manera muy parecida -pero no idéntica-, la cláusula penal pecuniaria, de manera que se debe definir, concretamente, a cuál de los dos se hará la remisión, para efectos de concretar el análisis del tema. La Sala acudirá a la regulación contenida en el art. 867 de la normatividad comercial, en consideración a que el contratista, conforme a los artículos 10 y 20.15 del Código de Comercio, es un comerciante, y por tanto le es aplicable lo dispuesto en el mismo.**

SOLICITUD

En atención de cada una de las situaciones expuestas, en relación con los factores que atentaron contra la intención de cumplimiento por parte de este Consorcio, que derivaron en la situación de iliquidez informada a la entidad en reuniones conjuntas, y que de acuerdo con el listado obedeció a causas no imputables al contratista; además, teniendo en cuenta que se generará un perjuicio desproporcionado al contratista, pues con la aplicación de la cláusula penal se le condena a no participar en procesos de contratación pública durante un año, como consecuencia de la reducción de puntaje por incumplimiento de contratos a la que se verá sometido en las evaluaciones en aplicación del artículo 58 de la ley 2195 de 2022, con lo cual perderá toda posibilidad de nuevas adjudicaciones de contratos y en consecuencia la materialización del riesgo de liquidación empresarial, grave perjuicio legal que debe examinar la UG-FFIE

En el presente caso no es aplicable la multa, toda vez que el presunto incumplimiento informado por la interventoría se originó por circunstancias no imputables al contratista, las cuales están suficientemente acreditadas en el expediente contractual, y el Contrato venció el 30 de junio de 2023 ante la imposibilidad de ejecución a la que fue llevado el Consorcio por la ineficiente gestión contractual de una Interventoría.

Complementando lo anterior, como ya se solicitó, es pertinente dar aplicación de las condiciones contractuales mencionadas al inicio de este documento, respecto de la oportunidad a la cláusula de solución de controversias prevista en el contrato.

Así las cosas, la posición reiterada del Consejo de Estado confirma que actuaciones como la iniciada con la comunicación **del asunto**, son improcedentes, por cuanto el Contrato claramente está sometido al derecho privado y, por consiguiente, el FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE, como entidad contratante, no cuenta con la competencia para declarar incumplimientos del contrato ni hacer efectiva las cláusulas penales u otras unilateralmente. Una actuación de este tipo implicaría el ejercicio de competencias exclusivas del Juez del contrato.

Finalmente, este Contratista y en complemento de todo lo anterior, quiere recordar a la empresa, el cumplimiento de nuestras obligaciones y la disposición que hemos tenido para terminación exitosa del proyecto, producto de ello, están las solicitudes que realizamos para el agotamiento e implementación de los mecanismos que el Contrato prevé, como arreglo directo en caso de diferencias, lo que claramente deja ver, la buena fe y amigable intención con la Empresa.

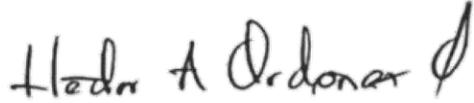
Las respuestas y demás comunicaciones relacionadas con este PIC por favor enviarlas a las siguientes cuentas de correo electrónico: Dirección Licitaciones direccionlicitaciones@canaanconstructores.com ; marlyvanegas@canaanconstructores.com ; gerencia@canaanconstructores.com ;

Finalmente manifestamos que estamos prestos a ampliar o documentar la información aquí contenida en

el espacio que se asigne para ello.

Sin otro particular me es grato suscribirme.

Ing. HECTOR ADALBER ORDOÑEZ.



Representante legal.
CONSORCIO M&E CANAAN FFIE

Proyectó: Dirección Jurídica
Revisó: Orlando Infante – Dirección Contratación
Aprobó: Marly Vanegas - Héctor Adalber Ordoñez
Vo.Bo. Dirección Jurídica Consorcio.