

RESOLUCIÓN No. 0001 del 03 de enero de 2023

“POR LA CUAL SE DECIDE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LAS PARTES EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. 287 DEL 12 DE OCTUBRE DE 2022”

EL SUBSECRETARIO DE ACCESO Y PERMANENCIA DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO:

En uso de sus atribuciones de orden legal, concordantes con los artículos 29 de la Constitución Política, los artículos 3, 4; numerales 1 y 2, 12, 14, 32, 40, 52, 58, 59 y 77 de la Ley 80 de 1993, artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Resolución No. 442 del 13 de marzo de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Distrito, y demás normas concordantes y aplicables para el presente caso, resuelve el recurso de reposición interpuesto por las partes en audiencia del 31 de octubre de 2022 en contra de la Resolución No. 287 del 12 de octubre de 2022.

Índice

1. ASPECTOS RELEVANTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA	3
1.1. Desarrollo de la Audiencia (literales b y c del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011)	3
1.1.1. Sexta Sesión: 13 de octubre de 2022, 10:30 a.m.	3
1.1.2. Séptima Sesión: 31 de octubre de 2022, 8:00 a.m.	3
2. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA PRESENTE DECISIÓN	18
2.1. La Secretaría respetó la prohibición de doble juzgamiento	19
2.2. La Secretaría respetó el debido proceso de Axa Colpatria S.A.....	20
2.3. La Secretaría respetó el debido proceso de las partes con el ajuste a la citación	21
2.4. La Secretaría respetó el principio de planeación	21
2.5. La supuesta demora en el pago de las actas parcial no justifica el incumplimiento.....	21
2.6. La modificación No. 2 del contrato se ajusta a la legalidad	22
2.7. Las solicitudes de suspensión fueron respondidas y no excusan al contratista.....	23
2.8. La negativa de prorrogar el contrato no generó los incumplimientos imputados	24
2.9. El incumplimiento de los trámites de servicios públicos es imputable al contratista	25
2.10. Los acabados del proyecto no excusan el incumplimiento del contratista	26
2.11. Los hechos derivados de la pandemia no justifican el incumplimiento del contratista	26
2.12. Los actos vandálicos no excusan el incumplimiento del contratista	26
2.13. El incumplimiento de las obligaciones del contrato de obra es imputable al contratista	27
2.14. Causales de exclusión de responsabilidad de las aseguradoras	28
2.15. El riesgo amparado por las aseguradoras no fue alterado	29
2.16. La cláusula penal es clara y proporcional	29

2.17.	El contratista adeuda a la Secretaría \$684.581.362.88, por el saldo del anticipo sin amortizar	30
2.18.	La Secretaría no afectará el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo	32
2.19.	La Secretaría sí se pronunció sobre los aspectos alegados por el contratista	33
2.20.	Compensación.....	34
2.21.	La Secretaría respeta el límite del valor asegurado de la garantía y el coaseguro	35
3.	DECISIÓN	35

1. ASPECTOS RELEVANTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

1.1. Desarrollo de la Audiencia (literales b y c del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011)

1.1.1. Sexta Sesión: 13 de octubre de 2022, 10:30 a.m.

La Jefe de la Oficina de Contratos de la Secretaría de Educación del Distrito reanudó la audiencia a las 10:30 a.m. del 13 de octubre de 2022. Acto seguido, se dio lectura a la parte resolutive de la Resolución No. 287 del 12 de octubre de 2022, a través de esta decisión la Secretaría declaró el incumplimiento del contrato, impuso una pena de \$2.042.839.946,37 y ordenó el reintegro de \$684.581.362,88 no amortizados del anticipo.

El apoderado del contratista y los apoderados de los garantes interpusieron recurso de reposición en contra de la decisión notificada. La Secretaría suspendió la audiencia indicando que reanudaría la misma el 31 de octubre de 2022 a las 8:00 a.m., para que las partes sustentaran el recurso.

En el siguiente enlace se encuentra la grabación en audio y vídeo de la audiencia:

https://educacionbogota-my.sharepoint.com/personal/dlopez_educacionbogota_gov_co/_layouts/15/stream.aspx?id=%2Fpersonal%2Fdlopez%5Feducacionbogota%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FRecording%2FReanudaci%C3%B3n%20audiencia%20de%20proceso%20de%20posible%20incumplimiento%20del%20contrato%20de%20obra%20No%2E%20CO1%2EPCCNTR%2E%201174517%20del%202%20de%20diciembre%20de%202019%2C%20suscrito%20entre%20la%20SECRET%2D20221013%5F103337%2DGrabaci%C3%B3n%20de%20la%20reuni%C3%B3n%2Emp4&ga=1

1.1.2. Séptima Sesión: 31 de octubre de 2022, 8:00 a.m.

La Jefe de la Oficina de Contratos de la Secretaría de Educación del Distrito reanudó la audiencia a las 8:00 a.m. el 31 de octubre de 2022. El Despacho concedió el uso de la palabra al apoderado del contratista y a los apoderados de las aseguradoras para que sustentaran el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 287 del 12 de octubre de 2022.

Los apoderados sustentaron el recurso respectivo. El apoderado del contratista sustentó el recurso en la audiencia y remitió el mismo en un documento en PDF de 28 folios. Los apoderados de la aseguradora sustentaron el recurso en la audiencia

En el siguiente enlace se encuentra la grabación en audio y vídeo de la audiencia:

https://educacionbogota-my.sharepoint.com/personal/eacardonah_educacionbogota_gov_co/_layouts/15/stream.aspx?id=%2Fpersonal%2Feacardonah%5Feducacionbogota%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FRecordings%2FReanudaci%C3%B3n%20audiencia%20de%20proceso%20de%20posible%20incumplimiento%20del%20contrato%20de%20obra%20No%2E%20CO1%2EPCCNTR%2E%201174517%20del%202%20de%20diciembre%20de%202019%2C%20suscrito%20entre%20la%20SECRET%2D20221031%5F103337%2DGrabaci%C3%B3n%20de%20la%20reuni%C3%B3n%2Emp4&ga=1

[20la%20SECRET%2D20221031%5F080557%2DGrabaci%C3%B3n%20de%20la%20reuni%C3%B3n%2Emp4&ga=1](#)

1.1.2.1 Argumentos del recurso de reposición del contratista

El apoderado del contratista solicitó que se exonerara de responsabilidad al contratista con base en los argumentos contenidos en el escrito remitido por correo electrónico. A continuación, se cita un resumen de los argumentos del recurso:

1. En relación con que: “la Secretaría respeta la prohibición de doble juzgamiento con el trámite de este proceso”.

Claramente, ya el contratista de obra fue sancionado por un incumplimiento equivalente al 56.42% del Contrato (resolución 7 de 2 de febrero de 2022 (pág. 31), y resolución No. 13 de 15 de marzo de 2022), y ahora, la SED pretende sancionarlo, nuevamente, por la no ejecución del contrato en un estimativo similar: 54,43%. Señala el pliego de cargos de este caso, que *“El contratista ejecutó el 45,57% de la obra, lo que significa que no ejecutó el 54,43% % de la misma”*.

Es decir, si se analiza la premisa, lo que está haciendo la SED a través del actual procedimiento administrativo sancionatorio, es castigar al contratista por no ejecutar el proyecto en 54,43%, pero ello fue lo que precisamente la SED ya hizo por medio de la resolución 07 de 2 de febrero de 2022, y de la resolución No. 13 de 15 de marzo de 2022: ejercer su potestad sancionatoria contra el mismo contratista, por los mismos hechos y por un porcentaje claramente similar: 56.42%. Claramente entendemos que los fines de la multa y de la cláusula penal, pero lo que no es comprensible y menos aceptable, es que derivado de esa situación, se sancione al contratista.

Ahora bien, indica el acto administrativo recurrido que *“Por un lado, el proceso decidido con las Resoluciones Nos. 7 y 13 de 2022 tenía por objeto conminar al contratista al cumplimiento del contrato con una multa”*.

Señores de la SED: la Resolución No. 7 de 2 de febrero de 2022, se expidió 3 días antes de expirar el plazo del contrato: ¿si el fin de la multa era conminar a cumplir el contrato, pretendían que lo hiciéramos en un plazo de 3 días? ¿acaso la entidad contratante hizo un análisis de que el contratista de obra hizo varias solicitudes de prórroga y que las mismas fueron negadas y que incluso, en ocasiones la Interventoría y la SED para efectos de considerar la ejecución del proyecto, le indicaron al contratista de obra que debía poner sus propios recursos?

Claramente en este caso vemos varios contrasentidos, y aún más, una posición estatal edificada sobre un principio de derecho que ha hecho carrera de manera pacífica: nadie está obligado a lo imposible: *“Ad impossibilia nemo tenetur”*, y con base en el cual la Corte Constitucional se ha pronunciado en diferentes escenarios: Sentencia C-010/03, Sentencia T-086/03, Sentencia C-388/00, Sentencia T-875/10, Sentencia T-062 A/11.

Recordemos que, una cosa es la conminación al cumplimiento de un contrato, y otra, la sanción por incumplimiento de un contrato. Insisto: las resoluciones referidas sancionaron por incumplimiento a la Unión Temporal que represento y ahora, de nuevo, se pretende lograr el mismo cometido.

En suma, la multa es una “*sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial*”, y en este caso, ya hubo un incumplimiento que fue sancionado por parte de la Secretaría, y volaría el orden jurídico si nuevamente sanciona al contratista, por “incumplimiento”, y por los mismos hechos.

- La entidad estatal no aceptó prorrogar el contrato antes del 5 de febrero de 2022.
- La entidad estatal y la interventoría querían que el contratista de obra financiara el proyecto.
- Multan al contratista, para que cumpla el contrato en 3 días.
- Y peor aún: multan al contratista, expirado el plazo del contrato, y por una proporción de avance igual al que se ventila en este proceso.

2. En relación con “el ajuste del monto del anticipo sin amortizar respetó el debido proceso de las partes” (pág. 30), “el contratista adeuda a la Secretaría \$684.581.362.88, por el saldo del anticipo sin amortizar” (pág. 42)

La suma de \$628.307.360.58, pendiente de amortizar, lo cual es un ejercicio de corte de cuentas y verificación contable, frente a las cantidades de obra que se debe hacer en sede de liquidación del contrato estatal. Sabemos muy bien qué clase de contrato estatal suscribió el contratista de obra, no es necesario distraernos con eso.

Lo realmente relevante es: el contratista de obra, en diciembre de 2021 y enero de 2022, adquirió bienes y servicios con terceros para ejecutar el contrato estatal, pero, debido a la negligencia de la SED y la Interventoría, a su inobservancia de sus deberes de adelantar las acciones tendientes a ejecutar el contrato estatal según lo determina la ley 80 de 1993 y sus principios que hemos traído a colación en los descargos y en el numeral IV de este memorial, el proyecto no se pudo llevar a cabo, pues privilegiaron un claro interés por sancionar al contratista de obra y de no seguir el proyecto a pesar de que el contratista solicitó prorrogar el contrato y además, a raíz de las presiones indebidas de la SED y la Interventoría, en proponer el pago de los honorarios de una interventoría que lo único que hizo fue ayudar a causar daños patrimoniales al erario, aspecto sobre el cual claramente tendrá que dar cuentas ante la Contraloría General de la República. Es claro que la interventoría incumplió sus deberes contractuales y legales en este caso y ello no quedará impune.

Reiteramos que lo sucedido con el anticipo cuya falta de amortización le atribuyen a mi representada, se concreta en que la Unión Temporal contratista de obra, lo invirtió en los siguientes elementos concretos.

- Efecto de los actos vandalismo que padecemos en el sitio de obra, alteración del orden público debido a causas externas al contratista de obra. Esto representa la suma de \$ 115,824,360.32.
- Anticipo a proveedores. Este concepto representa la suma de \$ 235,224,117.00
- Implementación del PAPSO. Esto representa la suma de \$ 30,633,815.33.
- Provisión eléctrica: \$34,431,148.00.

La infraestructura eléctrica está instalada en el Colegio, y debe ser reconocida por la Interventoría y la Secretaría de Educación Distrital en el marco de la liquidación del contrato.

Incluso, el contratista que continúe con la obra aprovechará la infraestructura para la provisional eléctrica de su contrato, y por ello, valga preguntarse:

- ¿Si está instalado ese componente en el sitio de obra, por qué la Secretaría de Educación y la Interventoría no la reconocen en el marco de la liquidación del contrato?

- ¿Si está instalado ese componente en el sitio de obra, por qué la Secretaría de Educación y la Interventoría no la reconocen en el marco de este procedimiento administrativo sancionatorio?

Fácilmente, cuando el nuevo contratista de obra se apersona de este proyecto, claramente se aprovechará de lo que la Unión Temporal Educarc Suba construyó, pero, paradójicamente, ese avance no está siendo reconocido en ningún escenario por parte de la entidad estatal y la interventoría.

Ha de anotarse, que la SED y la Interventoría desde febrero de 2022 tomaron el control de la obra y desde esa fecha, la infraestructura está expuesta a la intemperie sin ninguna clase protección. Es responsabilidad de la SED y la Interventoría mantener esos bienes estatales, y seguramente, con ocasión de ese descuido respecto de los mismos, la SED y la Interventoría tendrán que dar cuenta ante la Contraloría y la Procuraduría.

- Inventario: Esto representa la suma de \$ 104,072,772.03.

El día que la Interventoría y la SED no decidieron dar continuidad a la obra, había una serie de materiales almacenados en la obra, para continuar con la construcción del Colegio. El contratista de obra invirtió dinero representado en los materiales que se encontraban en el almacén de la obra y a campo abierto en las instalaciones de la misma, y por ello, el ejercicio que procedía era verificar, con base en facturas, documentos contables y dejar cuenta de ello, en las actas de obra, o, en el marco de la liquidación del contrato. No en sede de un procedimiento administrativo sancionatorio, que aparte de lesionar al contratista, lo que hace es distraer la atención y generar eventual responsabilidad fiscal de la SED y la Interventoría.

Adicionalmente se anota que, ante la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Procuraduría 51 Judicial II para Asuntos Administrativos, se llevó a cabo audiencia de conciliación pre-judicial, en la que como convocantes instamos a la entidad estatal contratante a que el asunto de la supuesta no amortización del anticipo, se discutiera en el marco de la liquidación del contrato de obra No. CO1 PCCNTR 1174517 de 2 de diciembre de 2019 suscrito entre la UNIÓN TEMPORAL EDUCARC SUBA y la SED.

En la certificación que adjuntó la SED a tal diligencia, se indicó que “Los miembros del Comité de Conciliación de la Secretaría de Educación del Distrito acogen la recomendación del abogado encargado del estudio del caso y DECIDIERON POR UNANIMIDAD NO CONCILIAR, habida consideración a que, hasta la fecha, el contrato de obra No. CO1 PCCNTR 1174517 se encuentra en etapa de liquidación, de manera que será en esta fase donde se deberá determinar el balance final del mismo”, es decir, la entidad estatal contratante, reconoció que este asunto del anticipo, debía discutirse en el marco de la liquidación del contrato, pues el mismo “se encuentra en etapa de liquidación”.

Al fin qué; ¿estamos en etapa de liquidación o estamos en un procedimiento administrativo sancionatorio?

3. En lo referente a: “la cláusula penal es clara y proporcional”. (pág. 45 de la resolución recurrido).

La cláusula penal aplicada al caso concreto, no es clara. Indica que el incumplimiento puede ser parcial o total, pero en el caso concreto, el pliego de cargos no señala si el supuesto incumplimiento es total o parcial. Con ello, se viola el derecho fundamental al debido proceso y de defensa del contratista en este procedimiento.

- El acto administrativo recurrido no hace un análisis de por qué se aplicaría un porcentaje de 20%; ese es el máximo, pero podría ser el mínimo o la mitad: no conocemos cual es el ejercicio ni el criterio de la SED para tasar el porcentaje de incumplimiento en el 20%. Con ello, se viola también el derecho fundamental al debido proceso y de defensa.

- Ha de tenerse en cuenta un elemento de trascendental importancia, y se refiere al tema de la proporcionalidad de la cláusula penal. Para la defensa, y atendiendo las directrices de la jurisprudencia, no tener en cuenta que el contratista de obra alcanzó a ejecutar casi la mitad de la obra, es desconocer el derecho fundamental constitucional al debido proceso, pues aplicar el 100% de la cláusula penal es clara y evidentemente desproporcional.

Al respecto, cita sentencias del Consejo de Estado que tratan sobre la proporcionalidad de la pena.

En este caso resulta plenamente aplicable este mandato legal, en la medida que la SED señala en el auto recurrido que *“A diferencia del proceso ya decidido, el presente tiene como fundamento que el contratista no ejecutó el 54,43%...”* (Pág. 30-31), es decir, el contratista de obra ejecutó el 45,57% del proyecto! Y lo que no pudo ejecutar, se debió a que la entidad estatal, y la interventoría, de manera caprichosa y arbitraria no quisieron ejecutar el contrato de obra a pesar de las solicitudes de la Unión Temporal en contar con más tiempo para ello.

4. Elementos adicionales

Cita los artículos 3, 5, 13, 23, 26, 28 y 40 de la Ley 80 de 1993. Estos postulados legales no fueron acatados por la SED, pues la entidad desconoció durante toda la ejecución del proyecto, la realidad de los hechos, los mandatos de la buena fe, y abusó de sus prerrogativas. Ello, de conformidad con los siguientes elementos, que coadyuvaron negativamente a avanzar en el proceso tal como se esperaba.

4.1. Falta de planeación contractual. A continuación, se enuncian una serie de errores de la SED que incidieron negativamente en el proyecto. La SED en el acto recurrido se limita a decir que la entidad cumplió con el principio, pero, no va al detalle frente a los elementos que expusimos en los descargos. Falta de motivación de la resolución recurrida.

a. En el Anexo No. 1 – Tabla 2.5.3. se demuestra que hay 25 análisis de precios unitarios no previstos, por valor de \$941.000.000, que no fueron respondidos por la interventoría.

b. En el Anexo No. 2, cuadro de actividades no previstas, se encuentran las actividades que no se podían ejecutar porque no contaban con las especificaciones, por ejemplo, piso de danza, piso de música y calentador.

c. El cuadro presentado por la interventoría con las cantidades finales ejecutadas contiene los siguientes errores:

- Señala que falta por ejecutar un porcentaje en actividades que están terminadas al 100%. Por ejemplo: la rocería cuya cantidad total en el proyecto era 6.306 m² ya fue ejecutada al 100%. Pese a esto la interventoría señala que el contratista solo ejecutó el 59,04%.
- Otros ejemplos de lo anterior son: la nivelación de la subrasante, la placa de contrapiso, las columnas y las losas aligeradas.

Derivado también de este cuadro es que la interventoría dice que ejecutamos solo el 45.57% sin tener en cuenta lo anterior.

Si bien es cierto que el contratista no ejecutó el 100%, muchas actividades superaron el 100% de la cantidad contratada lo que implica mayor inversión y tiempo de ejecución, el cual no fue concedido. La entidad no tiene en cuenta que nadie está obligado a lo imposible. Algunas de esas actividades son: la excavación, anclajes, muros de contención y vigas áreas.

4.2. Sobre “La supuesta demora en el pago de las actas parcial no justifica el incumplimiento”. (Pág. 38, numeral 4.4.2, del acto recurrido).

La Secretaría no se pronunció sobre lo alegado por el contratista respecto de que del 28 de diciembre de 2020 al 11 de mayo de 2021 no recibió pagos, pese a que tuvo que asumir costos de la obra.

No obstante, el acto recurrido no se pronunció al respecto, y le agrega lo referente al tema del modificatorio 2, tema que en ese punto no expuso la defensa en esa instancia procesal.

No obstante, y ya que el acto lo menciona se anota que el Contratista de Obra para el mes de julio de 2021, requirió que el contrato se prorrogara por 8 meses, plazo que era el suficiente para la ejecución del proyecto. Los documentos que obran en el expediente, demuestran que ese era el plazo que se requería, y no otro: Oficio CO-306-2021 del 3 de junio de 2021 emitido por la Unión Temporal, ratificado el CO-320-2021 del 14 de julio de 2021.

Incluso, mediante oficio 0154.21 GTC de 3 junio de 2021, la Interventoría le indicó a Luis Antonio Pinzón Parra, de la Dirección de Construcciones y Conservación de Establecimientos Educativos de la SED, que era necesaria una prórroga de 8 meses.

Siendo ello así, la prórroga que la Unión Temporal requería, estaba más que justificada. Otra cosa es que, mediante presiones de la SED, el contratista de obra se vio obligado a firmar el modificatorio No. 2 en los términos que le fueron impuestos, y de ello pueden dar fe personas que estuvieron en el marco de esa “negociación”, inexistente por lo demás. Es decir, mediante correo electrónico emitido por el supervisor a la Interventoría, este hace la solicitud de reducir el plazo a 6.5 meses sin argumento alguno. Una vez más y en aras de no dejar vencer el contrato, la UT accedió, no sin hacer la salvedad de que el plazo requerido era de 8 meses, se presentan documentos de soporte y se firma modificatorio No. 2.

2.3. Más adelante, la resolución objeto de recurso indica:

Las partes al suscribir la modificación No. 2 incluyeron múltiples actividades para culminar la obra. Por eso, no es cierto que las condiciones del proyecto fueran inviables. El contratista sí presentó una reprogramación con oficio No. CO-387 del 5 de octubre de 2021, la cual fue respondida por la interventoría con el oficio No. 301.21 GTC del mismo día 30. Lo anterior prueba que se atendió la solicitud del contratista, aunque no de manera favorable.

Por otro lado, el contratista indica que solicitó ayuda a la interventoría y a la Secretaría respecto de las condiciones económicas desde el 11 de agosto de 2021, acta de comité No. 51. No obstante, en el acta referida no se encuentra ninguna manifestación del contratista en tal sentido. Después refiere que la interventoría hacía entender que se encontraba en estudio de dicha solicitud pero que de manera sorpresiva decidió rechazar la solicitud de prórroga, la cual no identifica ni por fecha ni por radicado. Sobre esto, el contratista no explicó con qué actos la interventoría le hacía entender lo que interpretó, ni tampoco fundamentó por qué esa negativa de la interventoría le impidió ejecutar la obra. (Pág. 41).

Desde el 11 de agosto de 2021 se solicitó ayuda de la interventoría y a la Entidad, respecto de las condiciones económicas del contrato (acta de comité 51), situación que se dilató por dos meses. La posición de la interventoría hacía entender que se encontraban en estudio, sin embargo, de manera sorpresiva y sin hacer solicitudes de aclaración oportunas, decidió rechazar la solicitud de prórroga de manera arbitraria, tomándose 35 días para pronunciarse al respecto, plazo sensible para la ejecución y toma de medidas.

Es claro que:

- Siempre se estuvo en desacuerdo con la evaluación del avance, todas las líneas base fueron contestada evidenciando el desacuerdo con la metodología utilizada ya que solamente se tenía en cuenta el avance financiero o sea lo facturado, nunca lo invertido.
- Se evidenciaron condiciones inviables del contrato debido a las múltiples falencias en diseño. Entregamos reprogramaciones tratando de ajustar el contrato a las condiciones reales, sin embargo, nunca fueron tomadas en cuenta por la interventoría ni trasladadas a la entidad contratante. Esto fue una falla garrafal de la interventoría.

Es decir, una de las solicitudes reiterativas a la interventoría era que se nos informara de los traslados de solicitudes a la entidad, por lo que se empezó a copiar todo a la SED, sin embargo, estos oficios tampoco fueron atendidos

4.3. Sobre “Las solicitudes de suspensión fueron respondidas y no excusan al contratista”. (Pág. 38, numeral 4.4.3, del acto recurrido).

La defensa insiste en que en varias ocasiones, durante 2021, la Unión Temporal Educarc Suba solicitó, de buena fe, que se suspendiera el plazo del contrato a fin de resolver situaciones que se requerían atender con urgencia para viabilizar el proyecto. Algunas eran situaciones extrañas a las partes, otras, imputables a la SED.

- Oficio CO-279-2019 de 5 de abril de 2021. Se sustentó en el “no pago de las Actas de Corte Nos. 07, 08, 09 y 10, que afectan el equilibrio económico contractual, así como su adecuada financiación y flujo de fondos requerido”.
- Oficio CO-283-2019 de 21 de abril de 2021. Se sustentó, de nuevo, en el “no pago de las Actas de Corte Nos. 07, 08, 09 y 10, que afectan el equilibrio económico contractual,

así como su adecuada financiación y flujo de fondos requerido”, reiterada en Oficio CO-288-2019 de abril de 2022.

- Oficio CO-298-2019 de 11 de mayo de 2021, por hechos “ocasionados por las consecuencias del inicio del Paro Nacional, las instalaciones de la obra Colegio Lombardía, fueron objeto de actos vandálicos y saqueos generalizados repetidos por varios días, impidiendo nuestra presencia en la obra y despojándonos de materiales en gran escala, la totalidad de nuestras herramientas y la de nuestros sub-contratistas, insumos necesarios para la ejecución de los ítems contractuales, y la sustracción de la información general de la ejecución de la obra”.

Lo que acá también llama la atención, es que se indique que: “*Por lo tanto, es contrario a la prohibición de actuar contra los actos propios que el contratista alegue que no cumplió el contrato porque no se suspendió, pese a que acepto (sic) prorrogar el mismo sin salvedades*”. Las salvedades siempre se dejaron en oficios remisorios y si no estuvieron presentes en el texto de la modificación como tal, fue porque no se le permitió al contratista ejercer ese derecho.

4.4. Imposibilidad de continuar ejecutando el contrato debido a la negativa de la SED a prorrogar el plazo a pesar de las solicitudes del contratista de obra. Sobre “La negativa de prorrogar el contrato no generó los incumplimientos imputados”. (Pág. 38, numeral 4.4.4, del acto recurrido).

4.1. En varias ocasiones, la Unión Temporal Educarc Suba solicitó, de buena fe, que se ampliara el plazo del contrato para llevar a cabo el proyecto. En el expediente contractual hay evidencia documental en ese sentido, e incluso, de un ofrecimiento de la Unión Temporal de asumir los costos de la interventoría, sin estar obligado a ello.

En efecto, por medio de las siguientes comunicaciones, solicitamos ampliar el plazo del contrato para poder terminar la obra, Oficio CO-409-2019 de 22 de octubre de 2021, oficio CO-484-2019 del 15 de diciembre de 2021, oficio CO-504-2019 de 6 de diciembre de 2021, oficio CO-505-2019 de 12 de enero de 2022, oficio CO-510-2019 de 19 de enero de 2022, oficio CO-522-2019 del 1 de febrero de 2022 por medio del cual solicitamos un plazo “adicional de ocho (8) MESES contados a partir del 6 de febrero de 2022” y oficio CO-533-2019 del 1 de febrero de 2022. Sin embargo, TODAS las respuestas de la Interventoría, fueron negativas, sin proponer alternativas, soluciones, máxime, teniendo en cuenta el impacto social de la obra. No le importó.

4.2. Señala el acto recurrido que:

“Por último, tampoco es cierto que la entidad obligó al contratista a lo imposible al no conceder tiempo adicional, puesto que a mayores cantidades se requería mayor tiempo de ejecución. Las actividades a las que hace referencia el contratista corresponden a los capítulos: 1. PRELIMINARES, 2. CIMENTACIÓN, 3 ESTRUCTURA, 4 MAMPOSTERÍA, 5 PREFABRICADOS EN CONCRETO Y OTROS, 6 INSTALACIÓN HIDRÁULICA SANITARIA Y DE GAS, 7 INSTALACIÓN ELÉCTRICA, TELEFÓNICA Y COMUNICACIONES y 8 PAÑETES. Las actividades contenidas en esos capítulos podían ejecutarse en el plazo contractual, si el contratista hubiese implementado un plan de contingencia. El contratista no implementó el plan de contingencia para incrementar el personal y abrir nuevos frentes de obra, pese a que la interventoría lo requirió para tal fin con el oficio No. 0358.21 GTC del 30 de noviembre de 2021, en el cual relaciona los requerimientos desde agosto de 2021. Por tanto, la no ejecución de actividades es

imputable al contratista”. (Pág. 37).

Se pregunta la defensa: ¿cómo quería la SED que implementáramos un plan de contingencia si no aprobó las alternativas que se le propusieron para prorrogar el contrato? ¿no era suficiente acaso tener que pagar la Interventoría para esa prórroga que necesitábamos? ¿qué más debíamos hacer? ¿culminar la obra en enero de 2022 a pesar de que la SED y la Interventoría estaban viendo el avance del proyecto con todas sus dificultades?, ¿Qué conocían de esa dinámica? Eso también los hace responsables a la SED y la Interventoría desde el punto de vista civil, fiscal y disciplinario. Fue la SED y la Interventoría quienes no quisieron continuar con el proyecto.

Así mismo indica: *“No es que el contratista no pudo cumplir porque no se aceptaron sus solicitudes de prórroga. No, lo que sucedió fue que el contratista no cumplió el contrato en el plazo pactado”*. En este raciocinio se mezclan dos cosas diferentes: las solicitudes de prórroga y la justificación que para no concederla dio la interventoría (a quien le cabe mucha responsabilidad en este caso y será la justicia quien la determine) y el hecho de que el contratista de obra, no pudo cumplir con el proyecto (debido claro está, a falta de aplicación de los principios de la ley 80 de 1993 por parte de la SED), y a que no se presentaban las condiciones para ello: pese a eso, a SED nunca colaboró en este caso, no entendió las razones de hecho y de derecho, y la interventoría, menos.

4.5. Sobre “El incumplimiento de los trámites de servicios públicos es imputable al contratista”. (Pág. 39, numeral 4.4.5, del acto recurrido).

Otro aspecto, no imputable al contratista y que incidió negativamente en el proyecto, fue el tema de los permisos de servicios públicos y su puesta en marcha en beneficio de la obra.

Como referencia enunciamos el oficio CO 165 del 27 de septiembre del 2020 (el cual solicitamos valorar como medio de prueba que obra en el expediente contractual), en donde se hace el recuento general de las dificultades con los respectivos soportes. El documento deja en evidencia que el proceso en cuanto a servicios públicos desarrollados con CONVEL tenía observaciones y correcciones que debían ajustarse y que fueron tratándose en el transcurso del contrato.

El proyecto se inició a construir con las cotas relacionadas por la consultoría, antes de que se entregara el documento definitivo de conexiones. Al iniciar las revisiones, el contratista de obra detectó problemas con el diseño entregado y se dejó evidenciado en mesas de trabajo con la interventoría y la supervisión.

La propuesta del contratista de obra consistió en que la consultoría ajustara el proyecto al acueducto con el fin de garantizar las pendientes de desagüe, y la posición de la interventoría fue sacrificar las pendientes del proyecto para respetar el diseño entregado. Esto se encuentra consignado en el documento referenciado.

Si bien el trámite de servicios públicos era responsabilidad del constructor, debió contarse con apoyo administrativo de la interventoría y de la Entidad contratante, lo cual brilló por su ausencia.

4.6. Sobre que “Los acabados del proyecto no excusan el incumplimiento del contratista”. (Pág. 40, numeral 4.4.6, del acto recurrido).

El contratista indica que las instrucciones del interventor contenidas en el oficio No.0358.21 GTC del 30 de noviembre de 2021 de ejecutar el diseño sin desviación son

equivocadas y afectan la estabilidad de la obra. Respecto de este argumento, la Secretaría considera que lo indicado por el contratista no desvirtúa los incumplimientos imputados. Además, el contratista menciona que la interventoría y la Secretaría se equivocaron, sin exponer las razones ni la incidencia en los temas objeto de debate.

La posición expresada por la interventoría en el oficio 0358.21 GTC del 30 de noviembre del 2021 (ANEXO 17), en donde se expresa que se debe construir lo diseñado sin desviaciones, reflejó una falta de compromiso con el cliente final y puso en riesgo la estabilidad de la obra. Construir barandas metálicas que se adosan al piso, cuando se sabe que el manejo de agua la pudrirá en corto tiempo, es a todas luces una decisión equivocada pero orientada de esa manera por la interventoría.

Fue confuso el camino que debía tomar la Unión Temporal con respecto al proyecto, ya que como se ha evidenciado, el diseño suministrado por la Entidad Contratante tenía errores y de acuerdo a la directiva de la interventoría, estos debían obviarse y construir de acuerdo a lo diseñado, lo cual demuestra que la Interventoría y la SED son responsables contractual y fiscalmente por esas decisiones.

La defensa ha traído este elemento a colación, para demostrar que la SED y la Interventoría, coadyuvaron a que este proyecto tuviese el final que tuvo.

7. Sobre “Los hechos derivados de la pandemia no justifican el incumplimiento del contratista”. (Pág. 40, numeral 4.5, del acto recurrido).

Indica la resolución 287 que: *“Adicionalmente, en las modificaciones No. 1 y 2 no efectuó una salvedad en tal sentido. El contratista no puede desconocer que con lo que alega desconoce la prohibición de actuar contra los actos propios, pues actúa en contra de la voluntad demostrada al suscribir las modificaciones mencionadas”.*

Si bien es cierto que se reinició la obra el 21 de julio de 2020, los protocolos de seguridad indicaban distanciamiento lo que implicó que una actividad que antes se ejecutaba con 6 personas con la nueva normalidad se debería hacer con máximo 3 personas, factor que implicó que la ejecución se efectuara en mayor tiempo. Es inaudito que la SED y la Interventoría no hayan tenido en cuenta esta realidad.

4.8. Sobre que “Los actos vandálicos no excusan el incumplimiento del contratista”. (Pág. 40, numeral 4.6, del acto recurrido).

Los actos de vandalismo ocurridos en Bogotá D.C en el mes de mayo de 2021 claramente impidieron avanzar en el proyecto de forma normal. Solamente a la Secretaría de Educación se le ocurre concluir, que un evento de semejante naturaleza, constitutivo de fuerza mayor, no tuviere impacto alguno en la ejecución del contrato de obra, por ejemplo, de ello se dejó constancia el 1 de mayo de 2021, oficio CO-295-2021.

Como consecuencia del vandalismo, actividades que estaban programadas para ser ejecutadas en un tiempo determinado, como es el acero y concreto de las losas de cubierta del edificio A y el entrepiso del edificio B, extendieron su tiempo de ejecución, dado que fueron robadas varillas que hacían parte de elementos como las vigas lo que por ende dejaba truncada la actividad. En tal sentido el acero de reposición fue requerido inmediatamente, pero también hubo retrasos en la entrega de los pedidos como resultado de las marchas que se dieron en todo el país. En resumidas cuentas, nos vimos afectados en tiempo de ejecución.

En conjunto, las pérdidas y los aumentos inesperados contribuyeron a un desfase entre el actual contexto económico y los términos de la oferta contratada, que afectó la duración de la ejecución.

Y a pesar de que la oferta formulada quedó obsoleta y por ende inejecutable la UNION TEMPORAL EDUCARC SUBA, nunca abandonó la obra. Es más, en acta de comité de obra se dejó constancia del papel negativo que desplegaba la alteración del orden público de cara al desarrollo del proyecto, lo cual no ha sido tenido en cuenta por la SED en la valoración de la conducta del contratista.

5. Según la sed: “el incumplimiento de las obligaciones del contrato de obra es imputable al contratista”.

El porcentaje de ejecución del 45,57% de la obra no obedece a factores de la órbita de acción o intrínsecos del contratista de obra. La pandemia, los actos de terceros que alteraron el orden público, las indefiniciones de la interventoría y la falta de planeación del contrato por parte de la SED, la falta de voluntad de la SED y de la interventoría en prorrogar el plazo del contrato a pesar de la insistencia de la Unión Temporal, fueron las casusas que generaron las consecuencias que hoy tenemos en la ejecución del contrato.

Respecto de la no entrega de la obra, SED no pudo recibir la obra contratada en su totalidad, porque simplemente, no quiso prorrogar el contrato, existiendo toda la voluntad del contratista para ello. Eso se propuso en el mes de enero y de febrero de 2022, pero la SED ni la Interventoría quisieron. ¿Qué más podía hacer el contratista de obra? Claro, asumir, por ejemplo, los costos de la interventoría para esa prórroga, pero ello tampoco le sirvió a la SED ni a la Interventoría.

Respecto del nexo causal entre el incumplimiento del contratista y los perjuicios a reparar, indicó que sí existió causa extraña:

- Hecho de un tercero: una PANDEMIA y actos de alteración del orden público.
- Responsabilidad propia de la SED y de la Interventoría, en el sentido de que no coadyuvaron con el contratista para ejecutar el contrato, siendo su deber hacerlo.

6. La SED no se pronunció en el acto administrativo recurrido sobre los siguientes aspectos:

La Interventoría por medio del oficio 0002.22 GTC del 11 de enero de 2022, señaló, de manera desconcertante, que: *“El contratista no ha dispuso de los recursos económicos necesarios para la ejecución del contrato”*.

De esa respuesta, se evidencia un asunto bien importante. En ningún documento de este caso, ni en el pliego de condiciones ni en ningún otro, se estableció la obligación del contratista de obra de financiar la obra. La Unión Temporal, recibiría los pagos según los avances del contrato. Es decir, no está pactado que el contratista de obra, debía poner al servicio del proyecto, recursos propios, tal como lo mal entendió la Interventoría al señalar que *“el contratista de obra no ha dispuesto de los recursos económicos necesarios para la ejecución del contrato”*. O como tal vez lo indicaron en alguna reunión de trabajo, en el sentido de que para eso el contratista se presentó a la licitación.

Así mismo, debo poner de manifiesto que mediante oficio 0053.22 GTC del 7 de febrero de 2022, la Interventoría, atropellando nuestros derechos señaló que no se reconocerían obras ejecutadas después del 5 de febrero de 2022, dado que terminó el plazo del contrato.

Pasó por alto la Interventoría que a partir del 6 de febrero de 2022 no se recibirían obras ejecutadas posterior a esa fecha, cuando es claro que la Unión Temporal venía trabajando en sitio de obra, y que había actividades que era necesario, debido a sus características técnicas y para cumplir con la necesidad física -operativa, debían ser culminadas o utilizadas en la obra, como por ejemplo, el cemento. ¿A quién se le ocurre pasar por alto de esta manera, sobre un asunto tan elemental?

Es más, al contratista que llegue al proyecto, va a encontrar incluso todo el componente eléctrico listo. ¿Ello no cuenta para efectos de amortizar el anticipo? ¿ello no de muestra la mala fe la interventoría y de la SED en no querer prorrogar al contrato a pesar de que había recursos invertidos en el proyecto y a pesar de que se quería continuar con el mismo? ¿qué debíamos hacer con los materiales en el sitio de obra? ¿dejar perderlos debido a la mala fe contractual de la contratante?

Sobre estos aspectos, la SED NO se pronunció en el acto administrativo recurrido, incurriendo en una clara FALTA DE MOTIVACIÓN de la Resolución 287 de 12 de octubre de 2022.

1.1.2.2 Argumentos del recurso de reposición de SEGUROS DEL ESTADO S.A.

El apoderado de la aseguradora solicitó que se revocara la decisión o, de manera subsidiaria, no se afectada el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, con base en los siguientes argumentos:

1. Estamos volviendo sobre el tema. Que se han puesto de presente, incluso extraprocedimentalmente. La entidad consciente de cuáles son nuestros argumentos, que se plantearon desde el anterior proceso, nos ha solicitado que presentemos nuestros argumentos en los descargos, alegatos de conclusión y en el recurso de reposición.

Con base en mismo estado de las cosas, la entidad originalmente inició el estudio para imponer una multa, para que el contratista ejecutó el contrato en un periodo inejecutable, por el corto plazo para ejecutar el contrato. Lo cual en su momento se planteó. La entidad a sabiendas de eso y de dejar vencer el plazo del contrato, evitando hacer el estudio de la cláusula penal desde ese momento, lo que hubiese sido lo coherente, decidió sobre hechos ya estudiado previamente.

El principio general del derecho que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos no radica en las consecuencias que se puedan presentar. Se debe analizar el catálogo fáctico estudiado en los procesos. Los hechos son los mismos que se analizaron desde octubre de 2021.

Hay dos juicios de responsabilidad por los mismos hechos y características, lo cual es contrario al debido proceso. No es posible ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

2. No bastando con lo anterior, las partes recibieron una citación con el alcance del procedimiento, respecto de la cual las partes presentaron descargos. Después, la entidad realizó cambios intempestivos sin solución de continuidad, informó que también podría afectar el amparo del anticipo, con lo cual estaban solventando las garantías del debido proceso.

El legislador no concibió un procedimiento parcializado o por porciones, así lo recuerda la Corte Constitucional en la sentencia C-499 de 2015. El procedimiento es sucinto y concentrado que garantice el debido proceso. El debido proceso incluye la seguridad jurídica. Las partes no se pudieron defender técnicamente por cuanto se ha fraccionado la materia del presente proceso para incluir elementos nuevos. Así las cosas, esta audiencia podría suspenderse para que la entidad informe que va a incluir aspectos distintos. Esa inestabilidad de la defensa hace que sea evidente la vulneración al debido proceso.

Estamos atacando los elementos esenciales del acto administrativo, que en este caso es la forma, que debe ser respetuosa del debido proceso.

3. El carácter subjetivo del estudio de la responsabilidad. Para ser sucintos, se ha repetido muchas veces y está en el expediente cada argumento pormenorizado. No es suficiente para la entidad con comprobar el acaecimiento de unas situaciones fácticas para concluir que puede imponer una sanción. Es necesario revisar aspectos exógenos y endógenos que pudieron incidir en la ejecución del contrato.

Actos exógenos, terceros ajenos a la ejecución contractual. Actos de vandalismos, que nos remitimos a esa pormenorización. Estos hechos son una causa extraña que rompería el nexo causal.

La actuación precontractual y contractual al entregar información incompleta, al no planear de manera adecuada y no entregar estudios adecuados. Con esto se cumple la excepción de contrato no cumplido porque la entidad incumplió. Por eso, la entidad no puede atribuir responsabilidad al contratista.

Como intervinientes estamos esperando la confirmación de la Resolución, ya que hay un proceso previo por los mismos hechos y las mismas circunstancias. A la luz del derecho, esto es un prejuzgamiento puro y duro, se refuerza que este proceso es formal. Hay una violación al debido proceso.

4. Los amparos de la póliza de seguro no opera como la entidad desee que operen, operan con el contexto que establece el Código de Comercio, artículos 1032 en adelante, y el Decreto 1082 de 2015. En esas normas sale la distinción conceptual entre la inversión y amortización del anticipo. La entidad afecta el amparo de anticipo por no amortizarse una suma de aproximadamente \$600 millones.

Las condiciones generales de la póliza establecen que se ampara el riesgo de inversión del anticipo, concepto diferente a la amortización. La inversión es implica el ejercicio real del contratista en tomar los dineros y destinarlos a la obra. En cambio, la amortización implica un ejercicio contable atado a la facturación del proyecto. Si el proyecto no se ejecutó el al 100%, no es posible que la entidad le exija al contratista el 100%, no fue responsabilidad del contratista. La inversión cubre que el contratista invierta los recursos en la obra, los \$600 millones fueron destinados para la obra.

1.1.2.3 Argumentos del recurso de reposición de AXA COLPATRIA S.A.

La apoderada Axa Colpatría S.A. expuso los siguientes argumentos para sustentar su petición de que se revoque la decisión recurrida:

1. Trámite general del proceso

Existe una infracción de los artículos 29 de la Constitución Política, 17 de la Ley 1150 y 86 de la Ley 1474 de 2011, con las Resoluciones Nos. 7 y 13 de 2022 por no citarse a Axa Colpatría S.A.

Al respecto, citó una sentencia del Consejo de Estado sobre la aplicación del debido proceso para esta clase de proceso.

La Secretaría agotó un procedimiento sin citar y escuchar a Axa Colpatría S.A., pese a ser uno de los coaseguradores. Esto vulneró las normas citadas.

Dado que existe una unidad de materia entre el proceso anterior y este, que se refiere sobre el mismo contrato y pretende afectar la misma póliza, se solicita se revoque la Resolución No. 287 de 2022.

2. Incumplimiento del contrato

Indebida aplicación del principio de proporcionalidad. El artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 establece que las medidas discrecionales deben ser proporcionales. El artículo 1596 del Código Civil dispone que la pena se puede rebajar en la proporción ejecutada. El artículo 867 del Código de Comercio también regula la proporcionalidad de la pena.

Al respecto, cita doctrina sobre la proporcionalidad de la cláusula penal y la sentencia del 29 de agosto de 2012 del Consejo de Estado, en la que trata sobre la proporcionalidad de las obras ejecutadas.

El fundamento para no aplicar el principio de proporcionalidad sería contrario a las normas citadas.

La pena impuesta por la Secretaría no tuvo en cuenta el porcentaje de incumplimiento del contratista ni valoró la pena con el porcentaje de ejecución. Se solicita que se reduzca la pena al porcentaje ejecutado del contrato.

3. Falta de aplicación de la compensación previo a la tasación de la pena

La compensación es un modo de extinguir las obligaciones, contemplada en el artículo 1714 del Código Civil, y en el párrafo del artículo 17 de la Ley 1150. El Consejo de Estado ha mencionado que la existencia de un garante no exime de responsabilidad del contratista de las deudas, en sentencia del 28 de junio de 2019.

La naturaleza de la garantía de cumplimiento es meramente indemnizatoria.

La entidad debe aplicar la figura respecto de las obligaciones que surjan para el contratista por su incumplimiento, por lo que no sería necesario el pago estimado por parte de las aseguradoras.

4. Existe una configuración de la exclusión del hecho de un tercero

El incumplimiento de las obligaciones no resulta de recibo, tal como lo ha narrado el apoderado del contratista. Nadie está obligado a lo imposible, y más cuando el contratante no apoya la ejecución. Al contratante le eran atribuible obligaciones que tuvieron incidencia en la ejecución del contrato, las cuales fueron expuestas y puestos en conocimientos de la entidad, de manera oportuna. Tales circunstancias se enmarcan en la causal eximente de responsabilidad: el hecho de un tercero.

La jurisprudencia ha indicado que esta causal se configura con el cumplimiento de ciertos requisitos.

En múltiples oportunidades, la unión temporal indicó las condiciones inviables del proyecto, debido a las múltiples falencias en diseño, las condiciones del mercado que causó desequilibrio económico, que generaron reprogramaciones de obra. Lo anterior no fue tomado en cuenta por la interventoría ni trasladadas a la entidad, como está soportado en el proceso.

El contratista solicitó la revisión del contrato desde antes de revisar el contrato. Incluso, desde antes del proceso en el cual se impuso una multa.

Nuevamente, se pone de presente que el cambio de equipo de la unión temporal, la pandemia, el vandalismo y el trámite de servicios públicos impactaron de manera importante en la ejecución de la obra e incidió en los atrasos.

El hecho protagónico de hechos externos y situaciones imprevisibles a la unión temporal incidió de manera directa en los atrasos. Situación que fue puesta de presente a la interventoría y contratante, sobre lo cual se requería que se otorgara un tiempo prudencial para el cumplimiento a cabalidad del contrato, mediante el análisis conjunto contractual y de las necesidades de las partes. Condición que supone una exclusión bilateral pactada conforme con el clausulado general de la garantía única, que en el caso que nos ocupa exime a Axa de cualquier responsabilidad. Este eximente de responsabilidad como se ha indicado está en la página 2, capítulo II, del clausulado general, en donde se establece que Axa Colpatria queda liberada de toda responsabilidad en los siguientes hechos:

- 2.1. Causa extraña, fuerza mayor o caso fortuito
- 2.2. Hecho de un tercero
- 2.3. Culpa exclusiva de la víctima

El hecho de un tercero es una exclusión sobre la cual se configuraría este presupuesto y que concluiría en la ausencia de responsabilidad y de afectar el contrato de seguro que expidió Axa Colpatria.

5. Falta de amortización

Existe vulneración a norma superior por la terminación del contrato ante la agravación del riesgo amparo. Al momento de la presentación de los descargos, se presentaron modificaciones con efectos legales relevantes que supusieron el incumplimiento de mantener

del estado del riesgo, conforme con el artículo 1066 del Código de Comercio. Pese a conocer las condiciones garantizadas, modificaron de común acuerdo las mismas.

Según lo expuesto, resulta improcedente cualquier clase de obligación que se imponga al contrato de seguro porque este terminó.

Sin perjuicio de lo mencionado, la aseguradora en virtud del artículo 1056 puede asumir los riesgos a los que este es el interés de asegurar, por lo que otorga respectivos amparos. Las obligaciones de las aseguradoras solo nacen cuando se materialicen los riesgos amparados. Sobre este supuesto, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en que las aseguradoras pueden amparar los riesgos que consideren. De igual manera, la Corte Constitucional expuso que lo anterior debe interpretarse con los principios de autonomía de la voluntad y buena fe.

En virtud de lo anterior, no puede afectarse el amparo de anticipo no se ha configurado porque ese amparo cubre los perjuicios por la no inversión, uso indebido o la apropiación indebida. Esos riesgos no se han configurado. El dinero del anticipo fue correctamente invertido para la ejecución de la obra.

La apropiación indebida no se configura y tampoco fue probado por parte de la entidad contratante ni ha sido referido en ninguno de los actos administrativos que han sido proferidos.

En conclusión, la Secretaría no puede hacer efectivo el amparo de anticipo. No solo porque no se ha configurado el mismo, sino en caso en que se ha configurado no se ha soportado probatoriamente los argumentos en lo que se soporta su decisión.

6. Límite de asegurabilidad

Como la póliza ya ha sido afectada, se reitera que se tome en consideración los límites de los valores asegurados de los amparos de la garantía otorgada.

2. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA PRESENTE DECISIÓN

La Secretaría analizará en este acápite cada uno de los argumentos expuestos por los apoderados, relacionados en los numerales 1.1.2.1., 1.1.2.2. y 1.1.2.3. de este acto, teniendo como base el comunicado siga E-2022-216520 del 12 de diciembre de 2022 de la Interventoría, quien se pronunció sobre los argumentos presentados por el Contratista, ratificando su posición frente a los argumentos presentados en el recurso de reposición, por lo tanto, dicho comunicado será citado en lo pertinente al realizar el pronunciamiento que corresponde sobre el recurso.

Para tal fin, la Secretaría abordará las siguientes temáticas:

- 2.1. La Secretaría respetó la prohibición de doble juzgamiento.
- 2.2. La Secretaría respetó el debido proceso de Axa Colpatria S.A.
- 2.3. La Secretaría respetó el debido proceso de las partes con el ajuste a la citación.
- 2.4. La Secretaría respetó el principio de planeación.

- 2.5. La supuesta demora en el pago de las actas parcial no justifica el incumplimiento.
- 2.6. La modificación No. 2 del contrato se ajusta a la legalidad.
- 2.7. Las solicitudes de suspensión fueron respondidas y no excusan al contratista.
- 2.8. La negativa de prorrogar el contrato no generó los incumplimientos imputados.
- 2.9. El incumplimiento de los trámites de servicios públicos es imputable al contratista.
- 2.10. Los acabados del proyecto no excusan el incumplimiento del contratista.
- 2.11. Los hechos derivados de la pandemia no justifican el incumplimiento del contratista.
- 2.12. Los actos vandálicos no excusan el incumplimiento del contratista.
- 2.13. El incumplimiento de las obligaciones del contrato de obra es imputable al contratista.
- 2.14. Causales de exclusión de responsabilidad de las aseguradoras.
- 2.15. El riesgo amparado por las aseguradoras no fue alterado.
- 2.16. La cláusula penal es clara y proporcional.
- 2.17. El contratista adeuda a la Secretaría \$684.581.362.88, por el saldo del anticipo sin amortizar.
- 2.18. La Secretaría sí puede afectar el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.
- 2.19. La Secretaría sí se pronunció sobre los aspectos alegados por el contratista.
- 2.20. Compensación.
- 2.21. La Secretaría respeta el límite del valor asegurado de la garantía y el coaseguro.

2.1. La Secretaría respetó la prohibición de doble juzgamiento

Los apoderados expusieron que la Secretaría sancionó dos veces al contratista por los mismos hechos. La primera vez con la multa impuesta en las Resoluciones Nos. 7 y 13 de 2022. La segunda con la pena impuesta en la decisión recurrida. Consideran que los hechos de ambos procesos son los mismos, por varias razones. Una, el porcentaje de retraso con el que se impuso la multa era del 56.42%, porcentaje similar al que se tuvo en cuenta en este caso como no ejecutado: 54,43%. Dos, la multa impuesta en las Resoluciones Nos. 7 y 13 de 2022 no cumplió su finalidad conminatoria porque la primera se expidió faltando 3 días para culminar el plazo y la segunda se profirió luego de culminado el mismo. Tres, los dos procesos trataron sobre los mismos hechos, aunque las consecuencias fueran diferentes: la entidad no quiso prorrogar el contrato antes del 5 de febrero de 2022 y la entidad e interventoría pretendían que el contratista financiara la obra.

Sobre lo anterior, la Secretaría precisa que los argumentos expuestos por los apoderados no demuestran que se cumplan los presupuestos para que proceda el argumento según el cual se iniciaron dos procesos por los mismos hechos. Pese a que hay identidad de partes, los procesos mencionados no tienen el mismo objeto ni la misma causa. Por un lado, el proceso que finalizó con la multa impuesta al contratista con las Resoluciones Nos. 7 y 13 de 2022 tenían como propósito conminar al contratista. En cambio, el actual proceso tiene una finalidad indemnizatoria, en cuanto se impuso la pena por el incumplimiento del contratista y se ordena el pago del anticipo sin amortizar.

Por otro lado, los hechos con los que se analiza si se cumplen los presupuestos de la prohibición de juzgamiento no son los que expone la defensa, como lo sugiere el apoderado del contratista. Los hechos con los que se evalúa la causa de los procesos son los que corresponden al objeto del debate. En este caso, los hechos que le fueron imputados al contratista en las citaciones.

La causa de los dos procesos es diferente. No es cierto que la Secretaría multó al contratista por tener un retraso del 56%. La Secretaría citó al contratista a audiencia por tener un retraso del 21,98% y lo multó porque al momento de decidir el procedimiento tenía obligaciones pendientes: el retraso ya no era del 21,98%, sino del 56%. En sentido contrario, el presente proceso tiene como fundamento que el contratista no ejecutó el 54,43% y no amortizó \$684.581.362,88 del anticipo, luego de finalizado el plazo del contrato.

La Secretaría no se pronunciará sobre lo referente a que el proceso decidido con las Resoluciones Nos. 7 y 13 de 2022 no tuvo una finalidad conminatoria. La razón es que los reparos que tengan las partes frente a esas decisiones ya fueron analizados y los actos administrativos están ejecutoriados, por lo tanto, no es procedente abrir un nuevo escenario de discusión en un procedimiento ajeno al que se llevó a cabo para su expedición.

Por último, la inexistencia de cosa juzgada entre los procesos referidos controvierte el supuesto prejuzgamiento que en cuanto a los argumentos del apoderado de Seguros del Estado S.A., corresponde 20ona opiniones subjetivas que tienen como único fundamento que la Secretaría impuso al contratista una multa con la Resolución No. 7 que fue confirmada mediante la Resolución No. 13 de 2022. Según el apoderado, la Secretaría no puede hacer efectiva la cláusula penal por el simple hecho de haber multado previamente al contratista, pese a que la ley otorga esa facultad en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011. Esto no es cierto, pues se trata de dos cláusulas diferentes con fundamentos jurídicos independientes.

2.2. La Secretaría respetó el debido proceso de Axa Colpatria S.A.

La apoderada de Axa Colpatria S.A. indicó que se vulneró el debido proceso de esa aseguradora al no ser citada al proceso que se decidió con las Resoluciones Nos. 7 y 13 de 2022. La Secretaría agotó un procedimiento sin citar y escuchar a Axa Colpatria S.A., pese a ser uno de los coaseguradores. Esto vulneró las normas citadas. Dado que existe una unidad de materia entre el proceso anterior y este, que se refiere sobre el mismo contrato y pretende afectar la misma póliza, se solicita se revoque la Resolución No. 287 de 2022.

Sobre lo anterior, en el acápite precedente de esta decisión la Secretaría expuso con suficiencia que no exista unidad de materia entre el proceso decidido y el actual. En

consecuencia, lo sucedido en ese caso no afecta lo acontecido en este proceso. Por lo tanto, la Secretaría respetó el debido proceso al citar y escuchar a Axa Colpatria S.A. en el actual trámite a quien se le concedieron todas las oportunidades procesales para que se pronunciara frente a los cargos formulados.

2.3. La Secretaría respetó el debido proceso de las partes con el ajuste a la citación

El apoderado de Seguros del Estado S.A. indicó que la Secretaría desconoció el debido proceso al ajustar la citación en el sentido de informar que también podría afectar el amparo del anticipo. El debido proceso incluye la seguridad jurídica, lo cual no sucedió en este caso. Además, las partes no pudieron defenderse técnicamente.

La Secretaría no comparte lo expuesto por el apoderado. Primero, la Secretaría incluyó desde la citación la consecuencia de afectar la garantía única de cumplimiento por no amortizar el anticipo. El ajuste de la citación del 29 de junio de 2022 solo alteró el monto del anticipo sin amortizar, con base en información que la Secretaría desconocía. En la citación, se dijo que el anticipo sin amortizar era de \$628.307.360.58 y en el ajuste que era de \$684.581.362,88. Segundo, la Secretaría garantizó el debido proceso de las partes porque permitió que presentaran descargos sobre el ajuste de la cifra del anticipo sin amortizar. En conclusión, la Secretaría respetó el debido proceso de las partes al ajustar el monto del anticipo sin amortizar.

2.4. La Secretaría respetó el principio de planeación

El apoderado del contratista expuso que la Secretaría indicó en la decisión recurrida que cumplió el principio de planeación, sin ir al detalle de los descargos.

Sobre lo anterior, la Secretaría pone de presente que el apoderado no mencionó cuál de los tres aspectos que alegó no fue analizado por la Secretaría. El apoderado tampoco contravirtió ninguno de los argumentos expuestos por la Secretaría en el acápite 4.4.1. de la Resolución No. 287 de 2022, contenido en las páginas 33 a 37. El apoderado solo reiteró lo expuesto en sus descargos sobre las presuntas fallas en la planeación de la Secretaría, páginas 6 y 7. Por lo anterior, la Secretaría ratifica su postura referente a que cumplió con el principio de planeación.

2.5. La supuesta demora en el pago de las actas parcial no justifica el incumplimiento

El apoderado del contratista menciona que la Secretaría no se pronunció sobre lo alegado por el contratista respecto de que del 28 de diciembre de 2020 al 11 de mayo de 2021 no recibió pagos, pese a que tuvo que asumir costos de la obra. Indicó que el acto recurrido no se pronunció al respecto, y agregó lo referente al modificatorio 2, sin exponer la defensa en esa instancia procesal.

A diferencia lo señalado por el apoderado, la Secretaría sí se pronunció sobre la demora en los pagos del 28 de diciembre de 2020 al 11 de mayo de 2021. La Secretaría contravirtió lo alegado por el contratista así: *“en la solicitud de modificación No. 2 el contratista no expresó que ese supuesto retraso le impedía ejecutar el contrato con las condiciones pactadas en la*

modificación No. 2. Por tanto, alegar ese hecho en esta oportunidad desconoce el deber de buena fe y el de no actuar en contra de los actos propios". La Secretaría citó la modificación No. 2 para demostrar que el contratista desconocía los actos propios porque en la misma, suscrita el 21 de julio de 2021, antes de las demoras en los pagos que expone el contratista, el contratista no expuso que esos supuestos retrasos le impedirían ejecutar la obra. Por lo tanto, la Secretaría confirma su postura.

2.6. La modificación No. 2 del contrato se ajusta a la legalidad

El apoderado del contratista señala que los documentos que obran en el expediente demuestran que el plazo que se requería para la prórroga de la modificación No. 2 era de 8 meses. Además, mencionó que la interventoría avaló ese plazo con oficio 0154.21 GTC de 3 junio de 2021. Pese a esto, mediante presiones de la SED, el contratista de obra se:

(...) vio obligado a firmar el modificadorio No. 2 en los términos que le fueron impuestos, y de ello pueden dar fe personas que estuvieron en el marco de esa "negociación", inexistente por lo demás. Es decir, mediante correo electrónico emitido por el supervisor a la Interventoría, este hace la solicitud de reducir el plazo a 6.5 meses sin argumento alguno. Una vez más y en aras de no dejar vencer el contrato, la UT accedió, no sin hacer la salvedad de que el plazo requerido era de 8 meses, se presentan documentos de soporte y se firma modificadorio No. 2.

Sobre este punto, la Secretaría no discute que el contratista solicitó una prórroga por un plazo de 8 meses. No obstante, las partes de manera libre de vicios acordaron que la prórroga se suscribiría por 6.5 meses, en la cual el contratista no dejó ninguna salvedad sobre la imposibilidad de ejecutar el contrato en ese plazo. El contratista alega que lo obligaron a firmar la modificación No. 2, pero sin aportar una sola prueba que justifique lo que afirme, por lo que la Secretaría no puede pronunciarse sobre este hecho.

Por otro lado, el apoderado del contratista indicó que:

(...) desde el 11 de agosto de 2021 se solicitó ayuda de la interventoría y a la Entidad, respecto de las condiciones económicas del contrato (acta de comité 51), situación que se dilató por dos meses. La posición de la interventoría hacía entender que se encontraban en estudio, sin embargo, de manera sorpresiva y sin hacer solicitudes de aclaración oportunas, decidió rechazar la solicitud de prórroga de manera arbitraria, tomándose 35 días para pronunciarse al respecto, plazo sensible para la ejecución y toma de medidas.

Los argumentos anteriores del apoderado no controvierten lo decidido por la Secretaría. En efecto, la Secretaría indicó en la decisión recurrida que el acta de comité No. 51 no contiene ninguna manifestación de contenido económico del contratista. Pese a esto, el apoderado no indicó qué fue lo que dijo y en qué parte. Además, el apoderado expresa que la interventoría se demoró 35 días para rechazar una solicitud de prórroga. Al igual que hizo en los descargos, página 19, no identificó ni por fecha ni por radicado la solicitud realizada a la interventoría. Tampoco explicó con qué actos la interventoría le hacía entender lo que interpretó ni fundamentó por qué esa negativa de la interventoría le impidió ejecutar la obra. En consecuencia, la Secretaría confirma lo decidido sobre estos aspectos.

Sumado a esto, el apoderado del contratista indica, en los mismos términos que lo realizó en sus descargos, página 19, que se presentaron condiciones inviables para ejecutar el contrato debido a las falencias de diseño, por lo que entregaron reprogramaciones ajustadas a la realidad que nunca fueron respondidas por la interventoría ni trasladadas a la entidad.

Dado que el contratista no presentó fundamentos contra lo decidido, la Secretaría reitera que las partes al suscribir la modificación No. 2 incluyeron múltiples actividades para culminar la obra. Por eso, los documentos que obran como prueba en el proceso no dan cuenta de que las condiciones del proyecto fueran inviables. El contratista sí presentó una reprogramación con oficio No. CO-387 del 5 de octubre de 2021²⁹, la cual fue respondida por la interventoría con el oficio No. 301.21 GTC del mismo día. Lo anterior prueba que se atendió la solicitud del contratista, aunque no de manera favorable.

2.7. Las solicitudes de suspensión fueron respondidas y no excusan al contratista

El apoderado del contratista expone que durante 2021 el contratista solicitó de buena fe que se suspendiera el plazo del contrato, a fin de resolver las situaciones que se requerían atender con urgencia. Además, señala que el contratista hizo salvedades en los oficios remisorios por no suspenderse el contrato y que no están en el contenido de la modificación por cuanto no se le permitió al contratista ejercer este derecho.

En relación con lo anterior, la Secretaría reitera que la no concesión de las suspensiones referidas no tiene relación con el incumplimiento del contrato. La interventoría respondió las solicitudes del contratista con oficios Nos. 0104.21 GTC - Respuesta a solicitud de suspensión y 0143.21 GTC Respuesta Comunicación S2021-167687 del 12-05-2021¹ y CO-298-2021 del 11-05-2021².

Sumado a esto, el contratista no efectuó salvedades en la modificación No. 2 sobre las suspensiones solicitadas, pese a que esas solicitudes fueron realizadas antes de la modificación No. 2 del 21 de julio de 2022. El apoderado del contratista dice que las salvedades fueron plasmadas en los oficios remisorios, sin indicar cuáles. En el oficio C-320-2021³, que soportó la solicitud de modificación No. 2, el contratista aceptó que se redujera el plazo de la prórroga de ocho a seis meses y quince días. En ese oficio, el contratista no dice que el proyecto no se puede ejecutar en el lapso de seis meses y quince días, sino que se requerían mayores esfuerzos para avanzar en la obra, para lo cual solicitaba a la Secretaría el pago oportuno de las futuras actas.

Lo referido muestra que el contratista aceptó que se prorrogara el plazo del contrato por seis meses y quince días, sin efectuar ninguna salvedad sobre las suspensiones que no le fueron concedidas. Por lo demás, el contratista no manifestó que el proyecto no se pudiera ejecutar en el lapso pactado. Pese a esto, ahora dice que el plazo fue insuficiente, lo cual es contrario a sus actos propios.

¹ Anexo 6 en PDF enviado por la interventoría en el pronunciamiento sobre los descargos, págs. 1 al 3.

² Anexo 7 en PDF enviado por la interventoría en el pronunciamiento sobre los descargos, págs. 1 al 8.

³ Solicitud de modificación No. 2 en PDF, págs. 45-47, carpeta "Expediente del contrato SECOP II", la cual fue enviada a las partes junto con la citación.

En consecuencia, la Secretaría reitera que la no concesión de las suspensiones no excusa el incumplimiento del contratista.

2.8. La negativa de prorrogar el contrato no generó los incumplimientos imputados

El apoderado del contratista reitera que solicitó varias veces prorrogar el contrato, con oficios desde octubre de 2021 hasta el 1 de febrero de 2022, las cuales le fueron negadas por la interventoría. Además, menciona que respecto a que “*No es que el contratista no pudo cumplir porque no se aceptaron sus solicitudes de prórroga. No, lo que sucedió fue que el contratista no cumplió el contrato en el plazo pactado*” se confunden dos cosas: las solicitudes de prórroga y la justificación para no concederlas.

En relación con lo anterior, la Secretaría reitera que las modificaciones al contrato requieren el consentimiento de las partes. Por eso, el contratista no puede excusarse en que no cumplió el contrato porque no se prorrogó su plazo. En el oficio No. S-2022-34033 del 4 de febrero de 2022, la Secretaría expuso con suficiencia las razones para no prorrogar el contrato⁴. El apoderado da a entender que la justificación para no conceder las prórrogas no fue la adecuada, pero sin especificar por qué era razonable e imprescindible aceptar las solicitudes del contratista. Por lo tanto, la Secretaría reitera que la negativa de las prórrogas no generó el incumplimiento.

En la Resolución No. 287 de 2022, la Secretaría indicó lo siguiente:

“Por último, tampoco es cierto que la entidad obligó al contratista a lo imposible al no conceder tiempo adicional, puesto que a mayores cantidades se requería mayor tiempo de ejecución. Las actividades a las que hace referencia el contratista corresponden a los capítulos: 1. PRELIMINARES, 2. CIMENTACIÓN, 3 ESTRUCTURA, 4 MAMPOSTERÍA, 5 PREFABRICADOS EN CONCRETO Y OTROS, 6 INSTALACIÓN HIDRÁULICA SANITARIA Y DE GAS, 7 INSTALACIÓN ELÉCTRICA, TELEFÓNICA Y COMUNICACIONES y 8 PAÑETES. Las actividades contenidas en esos capítulos podían ejecutarse en el plazo contractual, si el contratista hubiese implementado un plan de contingencia. El contratista no implementó el plan de contingencia para incrementar el personal y abrir nuevos frentes de obra, pese a que la interventoría lo requirió para tal fin con el oficio No. 0358.21 GTC del 30 de noviembre de 2021²¹, en el cual relaciona los requerimientos desde agosto de 2021. Por tanto, la no ejecución de actividades es imputable al contratista”. (Pág. 37).

Respecto de lo anterior, el apoderado indicó:

¿cómo quería la SED que implementáramos un plan de contingencia si no aprobó las alternativas que se le propusieron para prorrogar el contrato? ¿no era suficiente acaso tener que pagar la Interventoría para esa prórroga que necesitábamos? ¿qué más debíamos hacer? ¿culminar la obra en enero de 2022 a pesar de que la SED y la Interventoría estaban viendo el avance del proyecto con todas sus dificultades?, ¿Qué conocían de esa dinámica? Eso también los hace responsables a la SED y la Interventoría desde el punto de vista civil, fiscal y disciplinario. Fue la SED y la Interventoría quienes no quisieron continuar con el proyecto.

⁴ Anexo 11 en PDF enviado por la interventoría en el pronunciamiento sobre los descargos.

Respecto de lo anterior, el apoderado del contratista parte de la base de que el plan de contingencia implica necesariamente prorrogar el contrato. El apoderado no tiene en cuenta que el plan de contingencia que requirió la interventoría desde el 24 de agosto de 2021 tenía como finalidad “(...) ***la recuperación del Cronograma de Obra, Flujo de Inversión, Plan de Compras y Adquisiciones e Histograma de Personal***”, conforme lo expuso la interventoría en el oficio No. 0358.21 GTC del 30 de noviembre de 2021⁵. Esa alternativa que hoy reclama el apoderado nunca fue usada por el contratista. Pese a los múltiples requerimientos de la interventoría, el contratista no implementó un plan de contingencia para actualizar sus rendimientos y cumplir el cronograma de obra.

Por otro lado, la Secretaría expuso en el oficio No. S-2022-34033 del 4 de febrero de 2022 que no aceptaba la propuesta del contratista de pagar la interventoría. Luego de responder los argumentos del contratista para solicitar la prórroga, la Secretaría no aceptó la propuesta porque el contratista no le ofrecía garantías de ejecutar la obra en el plazo solicitado.

El interventor sobre el particular se pronunció de la siguiente manera⁶:

Es cierto que la interventoría no concepto (sic) positivamente las solicitudes del Contratista de Obra, dado que las motivaciones expuestas ya habían sido consideradas en el Modificadorio No. 1 del 15 de diciembre de 2020, mediante el cual se prorrogó (sic) el Contrato de Obra por 7.2 meses adicionales es decir se modificó la fecha de finalización al 21 de julio de 2021 y producto de la consideración de las afectaciones por Paro Nacional se suscribió el Modificadorio No. 2 del 21 de julio de 2021, mediante el cual se prorrogó (sic) el Contrato de Obra por 6.5 meses adicionales es decir se modificó la fecha de finalización al 5 de febrero de 2022, por tanto conseguimos que no existieron vulneraciones a lo dispuesto en la ley 80 de 1993

Por lo tanto, la Secretaría ratifica que la negativa a aceptar las prórrogas solicitadas por el contratista no determinaron el incumplimiento del mismo.

2.9. El incumplimiento de los trámites de servicios públicos es imputable al contratista

El apoderado del contratista transcribió en este punto lo presentado en sus descargos, páginas 21 y 23. Por lo tanto, la Secretaría ratifica lo decidido sobre los servicios públicos en cuanto el contratista no controvertió que:

- Las labores de servicios públicos podrían ejecutarse de manera paralela con la obra, al estar fuera de los linderos de la misma.
- Contaba con toda información definitiva para ejecutar las labores de los servicios públicos, desde la modificación No. 2, tal como se expone en el oficio No. 154.21 GTC Respuesta comunicado CO-306-202125, emitido por la interventoría.

⁵ Oficio No. 00358.22 GTC del 30 de noviembre de 2021 en PDF, págs. 131 a 139 del informe de interventoría, Oficio No. 0069.22 GTC del 18 de marzo de 2022, enviado en la citación a audiencia.

⁶ Oficio No. 0100.22 GTC del 12 de diciembre de 2022, pág. 14, a través del cual el interventor se pronuncia sobre el recurso de reposición interpuesto por las partes en contra de la Resolución No. 287 de 2022.

- Las recomendaciones técnicas de la interventoría para ajustar las redes a las cotas aprobadas por la EAAB.
- No acreditó en qué consistió la falta de apoyo de la interventoría y Secretaría en los trámites de servicios públicos.

2.10. Los acabados del proyecto no excusan el incumplimiento del contratista

El apoderado del contratista transcribió sobre los acabados los mismos argumentos expuestos en sus descargos, página 22. Dado que el contratista no controvertió lo decidido en este punto, la Secretaría ratifica su postura sobre este aspecto, indicada en el acápite 4.4.6. de la decisión recurrida, página 40:

El contratista indica que las instrucciones del interventor contenidas en el oficio No.0358.21 GTC del 30 de noviembre de 2021⁷ de ejecutar el diseño sin desviación son equivocadas y afectan la estabilidad de la obra. Respecto de este argumento, la Secretaría considera que lo indicado por el contratista no desvirtúa los incumplimientos imputados. Además, el contratista menciona que la interventoría y la Secretaría se equivocaron, sin exponer las razones ni la incidencia en los temas objeto de debate.

2.11. Los hechos derivados de la pandemia no justifican el incumplimiento del contratista

El apoderado del contratista reiteró lo mencionado en sus descargos, página 7, sobre que (...) *si bien es cierto que se reinició la obra el 21 de julio de 2020, los protocolos de seguridad indicaban distanciamiento que implicó que una actividad que antes se ejecutaba con 6 personas con la nueva normalidad se debería hacer con máximo 3 personas, factor que implicó que la ejecución se efectuara en mayor tiempo*".

Respecto de lo anterior, la Secretaría reitera que el contratista no expuso por qué las medidas que menciona le impidieron ejecutar el contrato, pese a que se suscribieron dos modificaciones ampliando el plazo del mismo. Además, la Secretaría también reitera que el contratista con lo que alega desconoce la prohibición de actuar contra los actos propios, pues actúa en contra de la voluntad demostrada al suscribir las modificaciones mencionadas.

2.12. Los actos vandálicos no excusan el incumplimiento del contratista

El apoderado del contratista transcribió los argumentos expuestos en sus descargos, páginas 7 a 10, sobre este tema, sin incorporar nuevos argumentos. Dado que no se justificó la inconformidad con este punto, la Secretaría reitera que los actos vandálicos no justifican el incumplimiento del contrato, como se indicó en el 4.6. de la decisión recurrida, páginas 40 y 41:

El contratista indicó que los actos vandálicos ocurridos en mayo de 2021 constituyen una circunstancia de fuerza mayor que impidió ejecutar el contrato. A raíz del

⁷ Oficio No. 0069.22 GTC del 18 de marzo de 2022 en PDF, págs. 131 a 139, enviado en la citación a audiencia.

vandalismo, el tiempo de las actividades incrementó, como es el acero y concreto de las losas de cubierta del edificio A y el entrepiso del edificio B, dado que fueron robadas varillas que hacían parte de elementos como las vigas lo que por ende dejaba truncada la actividad. El acero de reposición fue requerido de manera inmediata, pero hubo retrasos en la entrega por las marchas que se dieron en todo el país. En conjunto, las pérdidas y los aumentos inesperados contribuyeron a un desfase entre el actual contexto económico y los términos de la oferta contratada, que afectó la duración de la ejecución. Y a pesar de que la oferta formulada quedó obsoleta y por ende inejecutable la UNION TEMPORAL EDUCARC SUBA, nunca abandonó la obra.

En primer lugar, el contratista se contradice en sus argumentos. Por un lado, indicó que los actos de vandalismo constituyen fuerza mayor, causal que exonera la responsabilidad. Por otro lado, expresó los actos de vandalismo le generaron una afectación económica, la cual no lo exonera de responsabilidad.

La Secretaría considera que los actos vandálicos no justifican el incumplimiento del contrato porque el 21 de julio de 2022 las partes modificaron por segunda vez el contrato. En esa ocasión, prorrogaron el contrato por 6 meses y quince 15 días y lo adicionaron en \$1.981.336.247. En la solicitud de modificación del contrato, el contratista no indicó que las afectaciones por los hechos vandálicos le impedían ejecutar el contrato, lo que le impide ahora alegar ese hecho como justificante de su incumplimiento.

2.13. El incumplimiento de las obligaciones del contrato de obra es imputable al contratista

Aunque el apoderado del contratista alega que el incumplimiento del contrato no le es imputable, lo expuesto en los acápites precedentes muestra que el incumplimiento del contrato de obra sí le es imputable. La Secretaría probó que se cumplen los presupuestos de la responsabilidad contractual en el presente caso, así:

(i) Las partes suscribieron el contrato de obra No. CO1.PCCNTR. 1174517 del 2 de diciembre de 2019.

(ii) El contratista incumplió el objeto del contrato al no ejecutar el 100% de la obra dentro del plazo pactado y el deber de reintegrar el anticipo recibido al no amortizarlo en su totalidad. Al 2 de enero de 2022, fecha en que culminó el plazo, el contratista ejecutó el 45,57% de la obra y no amortizó la suma \$684.581.362.88.

(iii) El incumplimiento del contratista generó que la Secretaría no pudiera recibir la obra terminada para usarla en beneficio de la comunidad. Por estas afectaciones y otras, el numeral 7.5.7. Sanción penal pecuniaria del complemento del pliego de condiciones dispone que la Secretaría puede hacer efectiva la cláusula penal. Adicional a esto, por el anticipo no amortizado, la Secretaría puede declarar la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, con base en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.

(iv) Existe un nexo causal entre el incumplimiento del contratista y los perjuicios a reparar, en cuanto el contratista no logró probar que hubo una causa extraña que le impidió ejecutar

el contrato, tal como lo establece el artículo 1604 del Código Civil, y se evidenció que fueron sus acciones y omisiones las que llevaron al incumplimiento.

(v) La Secretaría cumplió a cabalidad con sus deberes y ninguno de los hechos alegados por el contratista y aseguradoras justifican el incumplimiento del contratista, como la indebida planeación, pago tardío de actas, imprevistos por la pandemia y actos vandálicos.

2.14. Causales de exclusión de responsabilidad de las aseguradoras

El apoderado de Seguros del Estado S.A. indicó que la responsabilidad implica el estudio del carácter subjetivo. No es suficiente para la entidad con comprobar el acaecimiento de unas situaciones fácticas para concluir que puede imponer una sanción. Es necesario revisar aspectos exógenos y endógenos que pudieron incidir en la ejecución del contrato. Actos exógenos, terceros ajenos a la ejecución contractual. Actos de vandalismos, que nos remitimos a esa pormenorización. Estos hechos son una causa extraña que rompería el nexo causal. La actuación precontractual y contractual al entregar información incompleta, al no planear de manera adecuada y no entregar estudios adecuados. Con esto se cumple la excepción de contrato no cumplido porque la entidad incumplió. Por eso, la entidad no puede atribuir responsabilidad al contratista.

Respecto a lo anterior, primero, la Secretaría encontró que ninguno de los actos exógenos que mencionó el apoderado justificaron el incumplimiento del contrato, como se ha expuesto en los acápite precedentes. Segundo, el apoderado refiere que la entidad entregó estudios inadecuados e información incompleta, pero no explica cuál es la información faltante o los estudios defectuosos. Por esto, la Secretaría no puede pronunciarse sobre esos puntos. Tercero, la Secretaría respondió con suficiencia en el numeral 4.4.1. de la decisión recurrida los reproches del contratista para demostrar que sí cumplió con el deber de planeación.

La apoderada de Axa Colpatria S.A. expuso que el incumplimiento es atribuible a la Secretaría. En múltiples oportunidades, la unión temporal indicó las condiciones inviables del proyecto, debido a las múltiples falencias en diseño, las condiciones del mercado que causó desequilibrio económico, que generaron reprogramaciones de obra. Lo anterior no fue tomado en cuenta por la interventoría ni trasladadas a la entidad, como está soportado en el proceso. El contratista solicitó la revisión del contrato desde antes de revisar el contrato. Incluso, desde antes del proceso en el cual se impuso una multa. Nuevamente, se pone de presente que el cambio de equipo de la unión temporal, la pandemia, el vandalismo y el trámite de servicios públicos impactaron de manera importante en la ejecución de la obra e incidió en los atrasos.

Además, indicó que el hecho protagónico de hechos externos y situaciones imprevisibles a la unión temporal incidió de manera directa en los atrasos. Situación que fue puesta de presente a la interventoría y contratante, sobre lo cual se requería que se otorgara un tiempo prudencial para el cumplimiento a cabalidad del contrato, mediante el análisis conjunto contractual y de las necesidades de las partes. Condición que supone una exclusión bilateral pactada conforme con el clausulado general de la garantía única, que en el caso que nos ocupa exime a Axa de cualquier responsabilidad. Este eximente de responsabilidad como se ha indicado está en la página 2, capítulo II, del clausulado general, en donde se establece que Axa Colpatria queda liberada de toda responsabilidad

En relación con el argumento según el cual, el incumplimiento es atribuible a la Secretaría, en lo señalado en los acápite precedentes se expuso que el incumplimiento es atribuible al contratista. Ni el supuesto retraso en los pagos, los hechos de vandalismos, la no concesión de prórrogas y suspensión y la pandemia justifican el incumplimiento del contratista. Por tal razón, la no ejecución del 100% de la obra es responsabilidad del contratista.

Por otro lado, la Secretaría considera que el hecho de no aceptar las solicitudes de prórrogas del contrato presentadas por el contratista no libera de responsabilidad a la aseguradora. La apoderada no expuso por qué, el hecho de no aceptar las solicitudes de prórroga configura una causa extraña, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima como causales eximentes de responsabilidad. Por ello, la Secretaría considera que no existe la exclusión alegada por la apoderada.

2.15. El riesgo amparado por las aseguradoras no fue alterado

La apoderada de Axa Colpatria S.A. expuso que existe vulneración a norma superior por la terminación del contrato ante la agravación del riesgo amparado. Al momento de la presentación de los descargos, se presentaron modificaciones con efectos legales relevantes que supusieron el incumplimiento de mantener del estado del riesgo, conforme con el artículo 1066 el Código de Comercio. Pese a conocer las condiciones garantizadas, modificaron de común acuerdo las mismas. Según lo expuesto, resulta improcedente cualquier clase de obligación que se imponga al contrato de seguro porque este terminó.

En relación con lo anterior, la Secretaría pone de presente que la apoderada no explica cuáles son las modificaciones legales relevantes con efectos legales que alteraron el riesgo. El artículo 1060 del Código de Comercio establece que el riesgo se altera cuando (i) suceden hechos posteriores a la firma del contrato, (ii) que son imprevisibles y (iii) no son notificados a las aseguradoras. La apoderada no expuso cuáles fueron los hechos imprevisibles que no fueron notificados a las aseguradoras en ejecución del contrato. Por estas razones, la Secretaría considera que el riesgo amparado por las aseguradoras no fue alterado.

2.16. La cláusula penal es clara y proporcional

El apoderado del contratista reiteró lo expuesto en sus descargos sobre que la cláusula penal no era clara y la pena impuesta no fue proporcional, como lo ordena el artículo 1596 del Código Civil. En este caso resulta plenamente aplicable este mandato legal, en la medida que la SED señala en el auto recurrido que “*A diferencia del proceso ya decidido, el presente tiene como fundamento que el contratista no ejecutó el 54,43%...*” (Pág. 30-31), es decir, el contratista de obra ejecutó el 45,57% del proyecto! Y lo que no pudo ejecutar, se debió a que la entidad estatal, y la interventoría, de manera caprichosa y arbitraria no quisieron ejecutar el contrato de obra a pesar de las solicitudes de la Unión Temporal en contar con más tiempo para ello.

La apoderada de Axa Colpatria S.A. expuso que existía una indebida aplicación del principio de proporcionalidad. El artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 establece que las medidas discrecionales deben ser proporcionales. El artículo 1596 del Código Civil dispone que la pena se puede rebajar en la proporción ejecutada. El artículo 867 del Código de Comercio también

regula la proporcionalidad de la pena. La pena impuesta por la Secretaría no tuvo en cuenta el porcentaje de incumplimiento del contratista ni valoró la pena con el porcentaje de ejecución. Se solicita que se reduzca la pena al porcentaje ejecutado del contrato.

La Secretaría reitera que la pena es clara: procede por el incumplimiento del contratista, que en este caso fue parcial. La pena de \$2.042.839.946,37 impuesta al contratista es proporcional. En efecto, la pena pactada en el contrato equivale al 20% del valor del contrato. Siendo así, y dado que el valor del contrato se estableció en \$18.765.753.687, el 20% como valor máximo de la pena equivale a \$3.753.150.737. Ahora bien, dado que el contratista ejecutó el 45,57% y le faltó por ejecutar el 54,43%⁸, la pena impuesta equivale al porcentaje no ejecutado, esto es, al 54,43%. Como el 100% de la pena es de \$3.753.150.737, el 54,43% corresponde a \$2.042.839.946,37, ésta fue la pena que se impuso.

Con base en lo expuesto, la pena pactada era clara y la impuesta por la Secretaría es proporcional.

2.17. El contratista adeuda a la Secretaría \$684.581.362.88, por el saldo del anticipo sin amortizar

El apoderado del contratista reiteró que la amortización es un ejercicio contable que solo puede hacerse en la liquidación. Expuso que entre diciembre de 2021 y enero de 2022 adquirió bienes y servicios para ejecutar el contrato estatal, pero que eso no fue posible porque el contrato no fue prorrogado.

Además, indicó que:

Lo sucedido con el anticipo cuya falta de amortización le atribuyen a mi representada, se concreta en que la Unión Temporal contratista de obra, lo invirtió en los siguientes elementos concretos.

- Efecto de los actos vandalismo que padecemos en el sitio de obra, alteración del orden público debido a causas externas al contratista de obra. Esto representa la suma de \$ 115,824,360.32.
- Anticipo a proveedores. Este concepto representa la suma de \$ 235,224,117.00
- Implementación del PAPSO. Esto representa la suma de \$ 30,633,815.33.
- Provisión eléctrica: \$34,431,148.00.

La infraestructura eléctrica está instalada en el Colegio, y debe ser reconocida por la Interventoría y la Secretaría de Educación Distrital en el marco de la liquidación del contrato.

Incluso, el contratista que continúe con la obra aprovechará la infraestructura para la provisional eléctrica de su contrato, y por ello, valga preguntarse:

⁸ Oficio No. 0100.22 GTC del 12 de diciembre de 2022, pág. 17, a través del cual el interventor se pronuncia sobre el recurso de reposición interpuesto por las partes en contra de la Resolución No. 287 de 2022. El interventor ratifica que el contratista no ejecutó el 54.43% de la obra.

- ¿Si está instalado ese componente en el sitio de obra, por qué la Secretaría de Educación y la Interventoría no la reconocen en el marco de la liquidación del contrato?

- ¿Si está instalado ese componente en el sitio de obra, por qué la Secretaría de Educación y la Interventoría no la reconocen en el marco de este procedimiento administrativo sancionatorio?

- Es más, al contratista que llegue al proyecto, va a encontrar incluso todo el componente eléctrico listo. ¿Elo no cuenta para efectos de amortizar el anticipo? ¿ello no de muestra la mala de fe la interventoría y de la SED en no querer prorrogar al contrato a pesar de que había recursos invertidos en el proyecto y a pesar de que se quería continuar con el mismo? ¿qué debíamos hacer con los materiales en el sitio de obra? ¿dejar perderlos debido a la mala fe contractual de la contratante?

Fácilmente, cuando el nuevo contratista de obra se apersona de este proyecto, claramente se aprovechará de lo que la Unión Temporal Educarc Suba construyó, pero, paradójicamente, ese avance no está siendo reconocido en ningún escenario por parte de la entidad estatal y la interventoría.

Ha de anotarse, que la SED y la Interventoría desde febrero de 2022 tomaron el control de la obra y desde esa fecha, la infraestructura está expuesta a la intemperie sin ninguna clase protección. Es responsabilidad de la SED y la Interventoría mantener esos bienes estatales, y seguramente, con ocasión de ese descuido respecto de los mismos, la SED y la Interventoría tendrán que dar cuenta ante la Contraloría y la Procuraduría.

- Inventario: Esto representa la suma de \$ 104,072,772.03.

El día que la Interventoría y la SED no decidieron dar continuidad a la obra, había una serie de materiales almacenados en la obra, para continuar con la construcción del Colegio. El contratista de obra invirtió dinero representado en los materiales que se encontraban en el almacén de la obra y a campo abierto en las instalaciones de la misma, y por ello, el ejercicio que procedía era verificar, con base en facturas, documentos contables y dejar cuenta de ello, en las actas de obra, o, en el marco de la liquidación del contrato. No en sede de un procedimiento administrativo sancionatorio, que aparte de lesionar al contratista, lo que hace es distraer la atención y generar eventual responsabilidad fiscal de la SED y la Interventoría.

Como último argumento, expuso que

(...) se anota que, ante la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Procuraduría 51 Judicial II para Asuntos Administrativos, se llevó a cabo audiencia de conciliación pre-judicial, en la que como convocantes instamos a la entidad estatal contratante a que el asunto de la supuesta no amortización del anticipo, se discutiera en el marco de la liquidación del contrato de obra No. CO1 PCCNTR 1174517 de 2 de diciembre de 2019 suscrito entre la UNIÓN TEMPORAL EDUCARC SUBA y la SED.

En la certificación que adjuntó la SED a tal diligencia, se indicó que “Los miembros del Comité de Conciliación de la Secretaría de Educación del Distrito acogen la recomendación del abogado encargado del estudio del caso y DECIDIERON POR UNANIMIDAD NO CONCILIAR, habida consideración a que, hasta la fecha, el contrato de obra No. CO1 PCCNTR 1174517 se encuentra en etapa de liquidación, de manera que será en esta fase donde se deberá determinar el balance final del mismo”, es decir, la

entidad estatal contratante, reconoció que este asunto del anticipo, debía discutirse en el marco de la liquidación del contrato, pues el mismo “se encuentra en etapa de liquidación”.

Al fin qué; ¿estamos en etapa de liquidación o estamos en un procedimiento administrativo sancionatorio?

Respecto de lo alegado, en primer lugar, la Secretaría ratifica que no existe ninguna norma que establezca que el saldo por amortizarse del anticipo solo puede reclamarse al contratista luego de liquidado el contrato. Por el contrario, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 faculta a las entidades estatales a declarar el incumplimiento del contrato e imponer las medidas necesarias para salvaguardar sus intereses, como declarar la ocurrencia del siniestro de las garantías otorgadas.

En segundo lugar, la Secretaría no puede aceptar como amortización del anticipo los valores relacionados por el contratista, como el inventario de bienes y los saldos pagados a proveedores. La relacionado con la provisión eléctrica no puede ser aceptado en cuanto el complemento del pliego de condiciones en el numeral 4.4. indica que el componente de administración incluye los costos de conexión de servicios provisionales para la obra⁹. El deber del contratista es reintegrar el anticipo en dinero, no en bienes que no le prestan ninguna utilidad a la Secretaría. La Secretaría contrató la ejecución de una obra, no el suministro de bienes. El contratista reconoce que lo contratado es una obra y reprocha que la entidad no tenga en cuenta para amortizar el anticipo el inventario, pese a que eso implicaría obligar a la Secretaría a aceptar lo que no fue contratado: suministro de insumos.

En tercer lugar, la Secretaría reitera que no admitió que la amortización del anticipo solo pudiera ser estudiada en la liquidación del contrato, en el trámite de conciliación referido. La Secretaría dijo que el contrato se encuentra en etapa de liquidación pues de conformidad con la ley, después de culminado el plazo del contrato, la fase siguiente es la liquidación del mismo, en los casos que corresponde. El hecho de que se haya tramitado este proceso no incide en el hecho que el contrato se encuentre en fase de liquidación, como lo plantea el apoderado, toda vez que la facultad para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria se encuentra habilitada durante dicha etapa.

En consecuencia, el contratista adeuda a la Secretaría \$684.581.362.88, por el saldo del anticipo sin amortizar.

2.18. La Secretaría no afectará el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo

El apoderado de Seguros del Estado S.A. y la apoderada de Axa Colpatria S.A. indicaron que la no amortización del anticipo es un riesgo que no fue amparado en la garantía única otorgada. El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre los perjuicios por la no inversión, uso indebido o la apropiación indebida. Esos riesgos no se han configurado. El dinero del anticipo fue correctamente invertido para la ejecución de la obra. Si el proyecto no se ejecutó el al 100%, no es posible que la entidad le exija al contratista el 100%, no fue

⁹ Oficio No. 0100.22 GTC del 12 de diciembre de 2022, pág 4, a través del cual el interventor se pronuncia sobre el recurso de reposición interpuesto por las partes en contra de la Resolución No. 287 de 2022, el interventor indica que: “*En cuanto a la provisional eléctrica, éstas eran obligaciones del contratista que estaban incluidas dentro de los costos del contrato*”. Este oficio hace parte integral de la presente decisión.

responsabilidad del contratista. La apropiación indebida no se configura y tampoco fue probado por parte de la entidad contratante ni ha sido referido en ninguno de los actos administrativos que han sido proferidos.

La Secretaría reconoció en la decisión recurrida que los conceptos de inversión y amortización del anticipo son diferentes. Eso no está en discusión. Lo que está en discusión es si la falta de amortización permite afectar el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

En relación con dicho argumento, los apoderados consideran que eso no es posible, y la Secretaría modifica su postura y acoge lo planteado por aquellos, con base en la sentencia reciente del Consejo de Estado¹⁰ en la que reiteró la postura asumida en otra decisión del año 2020 respecto de que la amortización del anticipo no es un riesgo cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo. En consecuencia, la Secretaría no afectará el amparo referido, por lo cual revocará el artículo quinto de la Resolución recurrida.

2.19. La Secretaría sí se pronunció sobre los aspectos alegados por el contratista

El apoderado del contratista alega que la Secretaría no se pronunció sobre dos aspectos. Primero, sobre lo indicado por la interventoría respecto de que:

“El contratista no ha dispuesto de los recursos económicos necesarios para la ejecución del contrato”.

De esa respuesta, se evidencia un asunto bien importante. En ningún documento de este caso, ni en el pliego de condiciones ni en ningún otro, se estableció la obligación del contratista de obra de financiar la obra. La Unión Temporal, recibiría los pagos según los avances del contrato. Es decir, no está pactado que el contratista de obra, debía poner al servicio del proyecto, recursos propios, tal como lo mal entendió la Interventoría al señalar que *“el contratista de obra no ha dispuesto de los recursos económicos necesarios para la ejecución del contrato”*. O como tal vez lo indicaron en alguna reunión de trabajo, en el sentido de que para eso el contratista se presentó a la licitación.

Segundo, respecto de que la interventoría expresó con oficio No. mediante oficio 0053.22 GTC del 7 de febrero de 2022 que no se reconocerían obras ejecutadas luego del 5 de febrero de 2022, dijo que:

Pasó por alto la Interventoría que a partir del 6 de febrero de 2022 no se recibirían obras ejecutadas posterior a esa fecha, cuando es claro que la Unión Temporal venía trabajando en sitio de obra, y que había actividades que era necesario, debido a sus características técnicas y para cumplir con la necesidad física -operativa, debían ser culminadas o utilizadas en la obra, como por ejemplo, el cemento. ¿A quién se le ocurre pasar por alto de esta manera, sobre un asunto tan elemental?

Es más, al contratista que llegue al proyecto, va a encontrar incluso todo el componente eléctrico listo. ¿Ello no cuenta para efectos de amortizar el anticipo? ¿ello no de muestra la mala de fe la interventoría y de la SED en no querer prorrogar al contrato a pesar de que había recursos invertidos en el proyecto y a pesar de que se quería continuar con el mismo? ¿qué debíamos hacer con los materiales en el sitio de obra? ¿dejar perderlos debido a la mala fe contractual de la contratante?

¹⁰ C.E., Sec. Tercera, Sent. 61.667, 14, sep. 19/2022

Sobre el primer punto, la Secretaría sí analizó lo alegado por el contratista en el acápite 4.4.2. de la decisión. En este punto, fue estudiado lo referente a la supuesta demora en el pago de actas parciales. Esto implica que la Secretaría reconoce que el contratista tenía derecho al pago de las obras ejecutadas. Por eso, no sustentó la decisión recurrida basado en que el contratista debía financiar la obra, como lo alega el apoderado. Además, tampoco lo indicado por el interventor dice que el contratista debe financiar la obra. Lo que dice el interventor es que el contratista no dispuso de los recursos necesarios para la ejecución del contrato, según su opinión respecto de la vigilancia del contrato, lo que no es equivalente a que la financie exclusivamente con sus recursos.

En relación con el segundo aspecto, la Secretaría se pronunció en el numeral 4.4.4. de la decisión recurrida sobre la negativa del interventor a avalar obras luego de culminado el plazo, así:

La Secretaría comparte la postura de la interventoría de advertir al contratista que no aceptaría obras ejecutadas después de culminado el plazo del contrato. Lo anterior debido a que el deudor en mora solo puede cumplir si el acreedor lo permite, según el artículo 1610 del Código Civil. Por tanto, el contratista no podía seguir ejecutando la obra al no existir autorización de la Secretaría para tal fin.

Respecto a no tener en cuenta el componente eléctrico para amortizar el anticipo, la Secretaría expuso las razones para no tener en cuenta estos componentes, el inventario, pago a proveedores y demás, así:

Sumado a esto, la Secretaría no puede aceptar como amortización del anticipo los valores relacionados por el contratista, como el inventario de bienes y los saldos pagados a proveedores. El deber del contratista es reintegrar el anticipo en dinero, no en bienes que no le prestan ninguna utilidad a la Secretaría. La Secretaría contrató la ejecución de una obra, no el suministro de bienes.

La Secretaría no debe descontar los costos de la provisión eléctrica porque lo contratado no fue la gestión de la provisión del componente eléctrico, sino la provisión definitiva. Sumado a esto, los costos de la provisión eléctrica no pueden ser descontados, por cuanto el complemento del pliego de condiciones en el numeral 4.4. indica que el componente de administración incluye los “*costos de conexión de los servicios públicos provisionales para la obra*”. Reconocer estos costos al contratista implicaría pagarle dos veces por el mismo fundamento.

Con base en lo referido, la Secretaría sí se pronunció sobre todos los aspectos alegados por el contratista en su defensa.

2.20. Compensación

La apoderada de Axa Colpatria S.A. expuso que la compensación es un modo de extinguir las obligaciones, contemplada en el artículo 1714 del Código Civil, y en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150. El Consejo de Estado ha mencionado que la existencia de un garante no exime de responsabilidad del contratista de las deudas, en sentencia del 28 de junio de 2019. La entidad debe aplicar la figura respecto de las obligaciones que surjan para el contratista por

su incumplimiento, por lo que no sería necesario el pago estimado por parte de las aseguradoras.

La Secretaría pone de presente que en la decisión recurrida indicó que se aplicará la compensación respecto de las deudas adeudadas de manera recíproca. Por eso, en primera medida la Secretaría recaudará los valores derivados de la presente actuación administrativa con los saldos que adeude el contratista.

2.21. La Secretaría respeta el límite del valor asegurado de la garantía y el coaseguro

La apoderada de Axa Colpatria S.A. expuso que, como la póliza ya ha sido afectada, reitera que se tome en consideración los límites de los valores asegurados de los amparos de la garantía otorgada.

Al respecto, la Secretaría reitera que en el acápite 4.12. de la decisión recurrida expuso que las indemnizaciones ordenadas no superaban el valor asegurado de los amparos de cumplimiento y buen manejo y correcta inversión del anticipo de la garantía única otorgada por las aseguradoras. Por lo tanto, la decisión recurrida no debe ser modificada.

3. DECISIÓN

Conforme con lo anterior, la Subsecretaria, encargada, de Acceso y Permanencia de la Secretaría de Educación de Distrito decide:

ARTÍCULO PRIMERO: Revocar el artículo quinto de la Resolución No. 287 del 12 de octubre de 2022, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Confirmar los demás artículos de la Resolución No. 287 del 12 de octubre de 2022, no revocados con el presente acto administrativo, por las razones expuestas

ARTÍCULO TERCERO: Incorporar al expediente el memorando No. I-2022-136136 del 16 de diciembre de 2022, a través del cual la Dirección de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos remite a la Oficina de Contratos el oficio No. 0100.22 GTC del 12 de diciembre de 2022, con el cual el interventor se pronuncia sobre los recursos interpuestos por los apoderados, el cual también se incorpora.

ARTÍCULO TERCERO: Contra la presente decisión no proceden recursos.

Bogotá D.C., el 3 de enero de 2023

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



ANGELA LILIANA DÍAZ POVEDA
Subsecretaria de Acceso y Permanencia (E)
Secretaría de Educación del Distrito



Revisado: Esperanza Alcira Cardona Hernández/ Jefe Oficina Contratos SED
Paula Gallo /Abogada de la firma De Vivero & Asociados
Diana Isabel Ban Estupiñán/ Abogada/ Subsecretaría de Acceso y Permanencia SED
Proyectado por: Diego López Cuesta /Abogado Oficina de Contratos