

Bogotá D.C., 7 de febrero de 2024

Señores,

M&E CANAAN FFIE

Atn. Hector Adalber Ordoñez Ortiz

Representante Legal

Cra 14 No. 79 – 78 OFC 503

3175014391

hectorhordonez@canaanconstructores.com Gerencia@canaanconstructores.com

direccionlicitaciones@canaanconstructores.com gerencia@canaanconstructores.com

marlyvanegas@canaanconstructores.com

Bogotá, D.C.

Señores,

CONSORCIO INTER-FFIE 2020

Atn. Germán Alfredo Bazzani Pradere

Representante Legal

Calle 57 No. 18 – 22 Oficina 602 – 403

3144749354

arquitecturayurbanismo12@gmail.com bazzani.licitaciones@gmail.com

interffie1479@gmail.com

Señores,

HDI SEGUROS S.A.

Atn. Gustavo Alberto Herrera Ávila

Presidente

Calle 18 No. 11-21 Local 11 – Edificio Banco del Estado

notificaciones@gha.com.co

Tunja, Boyacá

Asunto:

Comunicación de la decisión del Comité Fiduciario Sesión No. 755 del 26 de enero de 2024. – Respuesta del Comité Fiduciario a la solicitud de reconsideración presentada por el Contratista de Obra contra la decisión adoptada por el **Comité Fiduciario Sesión No. 725 del 25 de octubre de 2023** de aplicar y cobrar la cláusula penal al Contratista de Obra **CONSORCIO M&E CANAAN FFIE** y adelantar la reclamación ante la garante para hacer efectivo el cobro del anticipo no invertido, ni amortizado, en el marco del Contrato de Obra No. 1380-1518-2022 correspondiente a la I.E. Alberto Santofimio Caicedo Sede Principal ubicada en Ibagué, Departamento de Tolima.

Póliza:

Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4006263 expedida por HDI Seguros.

Respetados Señores.

En atención al pronunciamiento otorgado y la instrucción impartida en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil No 1380 de 2015 suscrito entre el Consorcio FFIE Alianza BBVA (“Fiduciaria”) y el Ministerio de Educación Nacional (“Fideicomitente”) por el Comité Fiduciario del PA-FFIE en su **Sesión No. 755 del 26 de enero de 2024**, previo a la recomendación y estudio por el Comité Técnico del PA FFIE y análisis de la Unidad de Gestión del FFIE, que tuvieron en cuenta: (i) la solicitud de reconsideración¹ presentada por **CONSORCIO M&E CANAAN FFIE** (en adelante el “**CONTRATISTA DE OBRA**”), y (ii) el pronunciamiento sobre la reconsideración² allegado por el **CONSORCIO INTER-FFIE 2020** (en adelante el “**CONTRATISTA DE INTERVENTORÍA**”), y al correo electrónico remitido por la misma Unidad de Gestión del FFIE fecha 4 de febrero de 2024 mediante el cual remite la presente comunicación donde se plasma la decisión del Comité Fiduciario, el **Consorcio FFIE Alianza BBVA, quien para todos los efectos**

¹ CMCF-FFIE-ASC-222-2023 del 4 de diciembre de 2023.

² CONSORCIO INTER-FFIE 2020 del 27 de diciembre de 2023.

actúa única y exclusivamente como vocero del PA FFIE, en cumplimiento de dicha instrucción, mediante la presente le informa la **decisión del Comité Fiduciario del PA-FFIE**, a través de la cual se informa la respuesta otorgada por el Comité Fiduciario a la solicitud de reconsideración instaurada con ocasión de la decisión adoptada por el Comité Fiduciario del PA-FFIE en **Sesión No. 725 del 25 de octubre de 2023** mediante la cual, por un lado, se decidió aplicar y hacer efectivo el cobro de la cláusula penal por la suma de **DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (\$237.594.320)** por el incumplimiento grave e injustificado de sus obligaciones contractuales, y por el otro, adelantar la reclamación ante la garante para hacer efectivo el cobro de la indemnización por la indebida inversión del anticipo por valor de **TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE PESOS M/CTE (\$397.499.827)** suma que no fue invertida ni amortizada por el contratista al momento de la finalización del contrato; en el marco del Contrato de Obra No. 1380-1518-2022 (en adelante el “**CONTRATO**”) correspondiente a la I.E. Alberto Santofimio Caicedo Sede Principal ubicada en Ibagué, Departamento de Tolima, la cual fue comunicada por el Consorcio FFIE Alianza BBVA actuando única y exclusivamente como vocera del PA FFIE de acuerdo con el pronunciamiento otorgado e instrucción dada en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil No 1380 de 2015 por el Comité Fiduciario del PA FFIE, mediante Oficio No. X184542 del 28 de noviembre de 2023.

ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES DEL CASO EFECTUADO POR LA UG FFIE

I. INCUMPLIMIENTOS QUE DIERON LUGAR A LA DECISIÓN INICIAL

Mediante Oficio No. X184542 del 28 de noviembre de 2023, el Consorcio FFIE Alianza BBVA actuando única y exclusivamente como vocera del PA FFIE de acuerdo con el pronunciamiento otorgado e instrucción dada en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil No 1380 de 2015 por el Comité Fiduciario del PA FFIE, comunicó la **decisión del Comité Fiduciario del PA-FFIE** adoptada en **Sesión No. 725 del 25 de octubre de 2023**, mediante la cual, en primer lugar, dicho comité resolvió dar aplicación y adelantar el cobro de la cláusula penal, a favor del **PA-FFIE** y en contra del **CONTRATISTA** por la suma de **DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (\$237.594.320)**, por el incumplimiento grave e injustificado de sus obligaciones contractuales, en especial, al no haber ejecutado la totalidad del objeto contratado al 30 de junio de 2023, esto es, fecha en la que venció el plazo de ejecución del **CONTRATO**, pues, conforme lo reportó interventoría, solo reportó un 68.29% ejecutado versus un 100% programado; y en segundo lugar, proceder a efectuar la reclamación ante el garante a fin de obtener la indemnización del anticipo por el valor de **TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE PESOS M/CTE (\$397.499.827)** suma que no fue invertida, ni amortizada por el **CONTRATISTA** al momento de la finalización del **CONTRATO**.

La anterior determinación del Comité Fiduciario previa recomendación del Comité Técnico y estructuración y análisis de la UG FFIE, tuvo por fundamento los siguientes hechos:

***“1. Incumplió el cronograma de ejecución:** A fecha del 30 de junio de 2023, el **CONTRATISTA** debió entregar el 100% del proyecto, no obstante, tan solo reportó un 68.29% de ejecución material, quedando, en consecuencia, un 31,71% pendiente de ejecutar. Configurándose, entonces, un incumplimiento grave de las obligaciones a su cargo.*

***2. No realizó los pagos al personal general de obra:** Arguyó el informe de interventoría que debido al NO pago de los salarios, honorarios, proveedores y a los aliados estratégicos el **CONTRATISTA** reflejó bajos rendimientos de obra. Circunstancia que, como se dijo, llevó a que NO entregará a satisfacción el objeto contratado.*

***3. No amortizó la totalidad del anticipo:** Mediante las actas parciales No. 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 se comprobó una amortización del anticipo del orden de **DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$288.043.967,00)**, esto es, una amortización de solo el 41,67% del total del anticipo, quedando pendiente por amortizar la suma de **TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE PESOS M/CTE (\$397.499.827)**”.*

4. No radicó la documentación e informe final necesarios para la liquidación del contrato: El CONTRATISTA, a la fecha, no ha presentado el balance real de las actividades ejecutadas, así como la documentación e informe final para la liquidación del CONTRATO, lo anterior, a pesar de los sendos requerimientos realizados por la interventoría (V.rg. INT-IEASC-200-Obra-2021 del 4 de julio de 2023, INT-IEAS-201-Obra-2021 del 7 de julio de 2023, entre otros) ”.

Debe resaltarse que, y así quedo informado de acuerdo con la decisión y pronunciamiento otorgado del Comité Fiduciario en el Oficio No. X184542 del 28 de noviembre de 2023, la totalidad del atraso y la consecuente NO entrega del objeto contratado se debió a circunstancias imputables al **CONTRATISTA DE OBRA**, en especial, al bajo nivel de inversión de recursos en el proyecto y al atraso injustificado y progresivo presentado en el suministro de materiales durante el periodo de ejecución de la obra. A efectos ilustrativo, se expone nuevamente lo aseverado por la **INTERVENTORÍA** en su informe de incumplimiento:

“Pese a los requerimientos y advertencias realizadas al contratistas de obra en los diferentes escenarios (comité, bitácora, oficios), este no mejoró los rendimientos, razón por la cual, al 30 de junio de 2023, fecha de finalización del contrato, NO hizo entrega de la Institución Educativa a satisfacción, presentándose un incumplimiento total y definitivo, por falta de personal e insumos para la ejecución de las actividades, a consecuencia del no pago de los honorarios, proveedores y aliados estratégicos.

(...)

Se hizo evidente que el bajo nivel de inversión de recursos al proyecto, incidió en la demora de los pagos al personal administrativo y operativo de la obra, así mismo, el atraso en el suministro de materiales durante el periodo de ejecución del contrato”. (Énfasis añadido).

A su turno, respecto al anticipo no amortizado, la **INTERVENTORÍA** adjugó que:

“El Contratista recibió de anticipo el 20% del valor del contrato inicial correspondiente a SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIETOS CUARENTA Y TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$685.543.794). Durante los plazos contractuales estipulados en los términos de condiciones contractuales de la invitación abierta No. 008, el contratista solo realizó la amortización del 41,67% mediante las actas parciales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 por un valor de DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$288.043.967), quedando un porcentaje por amortizar que corresponde a TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE PESOS M/CTE (\$397.499.827)”. (Énfasis añadido).

Siendo lo anterior así, se informó al **CONTRATISTA DE OBRA** el incumplimiento de las siguientes obligaciones:

- **Del Contrato de Obra**

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

Así mismo se consideran obligaciones generales del CONTRATISTA, las siguientes

(...)

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

(...)

4. Realizar y ejecutar los estudios, diseños (cuando aplique) y las obras objeto del Contrato, en la forma, tiempos, características y condiciones establecidas y formuladas en los TCC y en los anexos técnicos.

(...)

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

9. Acatar las instrucciones que durante el desarrollo del CONTRATO se le impartan por parte del CONTRATANTE y/o por la INTERVENTORÍA, así como suscribir las Actas y demás documentos que se requieran para la ejecución y desarrollo del Contrato.

(...)

13. Radicar las facturas y demás documentos exigidos en el presente Contrato y en los TCC para el cobro de los pagos establecidos para cada fase y respetar los procedimientos allí señalados.

(...)

15. Acreditar que se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema Nacional de Aprendizaje - SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF y las Cajas de Compensación Familiar; respecto del personal vinculado directamente para la ejecución y cumplimiento del presente Contrato, incluidos los contratistas independientes que presten sus servicios para tal efecto

16. Cumplir con todas las disposiciones sobre seguridad industrial y salud ocupacional vigentes en Colombia

(...)

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

- **De los Términos de Condiciones Contractuales (TCC)**

"10.7.2. Reglas para el Manejo e Inversión del Anticipo

Para el manejo e inversión del anticipo, se aplicarán las siguientes reglas:

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

ii. Tal como se establece en las obligaciones previstas a la suscripción del Acta de Inicio, el plazo máximo para la inversión del anticipo deberá ser en los cuatro (4) primeros meses del plazo contractual de la fase 2. La inversión del anticipo debe entenderse como la aprobación y autorización por parte de la interventoría, de las facturas de compra de equipos, materiales, insumos, y demás rubros en los cuales se puede usar el anticipo para garantizar el cumplimiento del contrato de obra, de acuerdo con el plan de manejo e inversión del anticipo; en consecuencia, se entiende que el anticipo ha sido invertido, cuando el 100% de los recursos de la fiducia o del patrimonio autónomo hayan sido utilizados en las compras o los pagos mencionados".

- **Del Anexo Técnico**

"2.4.1.2. Flujo de inversión de los recursos contrato (sic):

(...)

Flujo de manejo e inversión del anticipo

(...)

El plazo máximo para la inversión del anticipo será durante los primeros cuatro (4) meses calendario del plazo de ejecución del contrato, para lo cual la interventoría realizará el control respectivo”

(...)

2.4.5. Equipos, herramientas y materiales de construcción.

El contratista deberá contar en cada frente de obra con los equipos y herramientas necesarias para la ejecución de las actividades, estos deberán estar disponibles en la obra en concordancia con lo programado en el cronograma de ejecución. No podrá en ningún caso alegar la no disponibilidad del equipo como motivo para la no ejecución de una actividad de obra”

3. PERSONAL:

“El contratista es el único responsable de la calidad y viabilidad de ejecución de los Proyectos que el PA-FFIE le asigne. En consecuencia, el Contratista deberá contar con el personal idóneo y especializado con las calidades técnicas y profesionales que se requieran para su ejecución tanto en la Fase 1, Fase 2 y Fase 3, de acuerdo con los perfiles mínimos exigidos en la normatividad actual, que apliquen a cada especialidad,

El Contratista deberá garantizar el suministro permanente de mano de obra calificada y no calificada en las condiciones de calidad y cantidad necesarias para la ejecución del contrato de obra en el plazo previsto.

(...)

3.2. Personal Variable por Contrato de Obra Para la ejecución de cada Contrato de Obra que le asigne el PA FFIE el Contratista deberá disponer el personal que se solicite en la misma y este deberá cumplir con los perfiles condiciones y dedicación de acuerdo a la que se solicite en los contratos de obra a suscribir”.

Por lo anterior, se decidió por el Comité Fiduciario previa recomendación del Comité Técnico y análisis y estructuración de la UG FFIE, conforme al **CONTRATO** hacer efectiva la cláusula penal y proceder a efectuar la reclamación ante el garante de la indemnización del anticipo.

II. ARGUMENTOS DEL CONTRATISTA DE OBRA EN SU ESCRITO DE RECONSIDERACIÓN Y PRONUNCIAMIENTO DE LA GARANTE

El **4 de diciembre de 2023**, mediante comunicado CMCF-FFIE-ASC-222-2023, el **CONTRATISTA DE OBRA** presentó su escrito de reconsideración solicitando **NO APLICAR** la cláusula penal en los siguientes términos:

*“En este sentido, solicito desde ya que se **REVOQUE** la decisión en cita y, en consecuencia, **se paguen las sumas adeudadas que servirán para amortizar el anticipo que no se logró amortizar y se ARCHIVE el presente proceso de procedimiento de incumplimiento contractual.** Fundamento mi solicitud en los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación (...)”*

En sentir del **CONTRATISTA DE OBRA**, entonces, la sanción no debe ser aplicada. En este punto merece la pena advertir que los argumentos entonces utilizados en el escrito de descargos fueron, en su mayoría, reiterados en la solicitud de reconsideración. Para ilustrar lo anterior, recuérdese que los descargos se edificaron bajo la siguiente lógica:

“se puede apreciar que el CONTRATISTA erigió su defensa en cinco (5) pilares, a saber: (a) solicitud de arreglo directo, (b) la UG FFIE debió abstenerse de iniciar un PIC en tanto no se habían resuelto solicitudes pendientes de adición y prórroga, (c) la UG FFIE y la INTERVENTORÍA llevaron al CONTRATISTA al colapso económico en tanto que no pudo cobrar oportunamente actas parciales, (d) el informe PIC es extemporáneo por tanto no cumple su finalidad conminatoria; (e) el objeto contractual resulto imposible cumplir en tanto para el mes de junio habían negociaciones de NPs pendientes”.

Con lo anteriormente expuesto, la UG FFIE expone lo argüido por el **CONTRATISTA DE OBRA** en su escrito de reconsideración que, como se dijo, no difiere en demasía con su escrito de descargos. Así:

- **Realizó una nueva mención a la cláusula de solución de controversias contractuales**

“(…) es necesario traer a colación las disposiciones que, en materia de controversias establece el Contrato, con el fin de garantizar los derechos de las partes, que consideramos es la vía pertinente en este caso, en vez de un procedimiento sancionatorio, habida cuenta de las diferencias suscitadas entre las partes desde el inicio del Contrato y a las solicitudes no resueltas por el FFIE, formuladas por el contratista durante la ejecución contractual y que para ello esto establece la cláusula Trigésima del contrato (…)”

- **Respecto a que el CONTRATISTA DE OBRA realizó todo a su alcance para cumplir los compromisos adquiridos**

“(…) como se manifestó por parte de este Contratista a la UG-FFIE hasta el cansancio y el agotamiento y ante una Interventoría abusiva, extralimitada, desmedida y coercitiva, hicimos todo lo que estuvo a nuestro alcance para finalizar los compromisos adquiridos en lo relacionado a este contrato al cual terminó venciendo el plazo sin lograr de manera directa y/o vía cesión de posición contractual y/o cesión de derechos económicos a favor de un tercero sub-contratista (…)”

- **Respecto a que la Contratante NO realizó una adecuada planeación del proyecto**

A lo largo del escrito de reconsideración el Contratista de Obra puso de presente, las que, en su sentir, fueron manifestaciones de una falta o deficiente planeación del proyecto. Así:

“La fecha de terminación del CONTRATO inicialmente se previó para el 12 de diciembre de 2022, sin embargo, y debido tanto a la Suspensión No. 1 y sus correspondientes prórrogas como a los otrosíes No. 1 y 2, la fecha de terminación finalmente acaeció el 30 de junio de 2023 y aquí radica la primera falla de la Entidad la cual estimó un plazo inadecuado a sabiendas de las fallas estructurales en los diseños existentes, el presupuesto incompleto, los trámites de entidades de servicios públicos sin iniciar, la falta de fijación de precios no previstos entre otros”.

(…)

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

En la página No. 5 de su escrito, el **CONTRATISTA DE OBRA** se ocupó de relacionar las suspensiones y prórrogas acordadas por las partes, para concluir que:

“En las deficiencias de la entidad frente a las anteriores actuaciones tenemos: Falta de planeación de Entidad, Falta de un presupuesto completo en alcance y con precios no previstos aprobados”.
(Énfasis añadido).

En la Pagina No. 9 de su escrito, manifestó que el atraso en el proyecto tuvo su génesis en la insuficiencia de los estudios y diseños entregados:

“persisten las divergencias entre las partes acerca de las causas que dieron lugar a los atrasos del proyecto, mismos que tienen origen en la génesis del contrato, cuando fueron entregados estudios y diseños por parte de la UG-FFIE, que no respondían a las necesidades técnicas y normativas de las obras a construir y estimó presupuestos insuficientes de unas obras”. (Énfasis añadido).

Así como lo arguyó en sus descargos, el **CONTRATISTA DE OBRA** nuevamente pone de presente que la **INTERVENTORÍA** y el Contratante NO avalaron el plazo y valores requeridos para finiquitar las obras. Asimismo, nuevamente trajo a colación lo relacionado con que a junio de 2023 se seguían negociando NPs.

Finalmente, en el acápite denominado **consideraciones jurídicas** el **CONTRATISTA DE OBRA** consideró que: (i) la terminación del plazo contractual sin haber entregado la obra no es circunstancia imputable al contratista de obra; (ii) falta de planeación, en tanto que incluso desde el informe preliminar técnico se dejó la evidencia de la necesidad de ajustar los estudios y diseños; (iii) falta de competencia del PA FFIE para iniciar un procedimiento sancionatorio al ser de naturaleza privada y; (iv) el PA FFIE se haya imposibilitado para ejercer el cobro de la cláusula penal de apremio por haber incumplido correlativamente sus obligaciones contractuales, por tanto, se configuró la excepción de contrato no cumplido.

La garante, por su parte, el **4 de diciembre de 2023**, mediante correo electrónico, presentó su escrito de reconsideración, argumentando que:

- i. **Falta de competencia del PA-FFIE para iniciar procedimientos “sancionatorios contractuales”:** Adujo que la facultad de iniciar procedimientos sancionatorios contractuales no se encuentra en cabeza del PA FFIE. Resaltó, en consecuencia, que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y su consecuente procedimiento sancionatorio contractual, está reservado para las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública.
- ii. **Advirtió la inminente nulidad de los actos administrativos que resulten del procedimiento administrativo sancionatorio.**
- iii. **Al igual que lo hizo el Contratista de obra, alegó falta de planeación en el proyecto.**
- iv. **No se aplicó el principio de proporcionalidad en la tasación de la cláusula penal.**
- v. **Inexistencia de cobertura temporal de la póliza de cumplimiento en relación con el amparo de manejo del anticipo:** El amparo que cubre el manejo del anticipo, puesto que, de acuerdo con el último anexo del contrato de seguros, se encontraba cubierto únicamente hasta el 3 de julio de 2023, por lo que resulta evidente que, para el 1 de septiembre de 2023, fecha de inicio del PIC, el amparo de manejo del anticipo no se encontraba vigente.

III. PRONUNCIAMIENTO DE LA INTERVENTORÍA FRENTE A LA RECONSIDERACIÓN

El **27 de diciembre de 2023**, el **CONTRATISTA DE INTERVENTORÍA**, mediante CONSORCIO INTER-FFIE 2020, allegó a la **UG FFIE** pronunciamiento sobre el escrito de reconsideración, donde rebatió cada uno de los argumentos propuestos y ratificó el incumplimiento del **CONTRATISTA DE OBRA**, en los siguientes términos:

“esta interventoría se ratifica y se permite reafirmar que durante la ejecución del contrato cumplió con las obligaciones asignadas mediante contrato 1380- 1479-2021, con el fin de garantizar que el contrato se pudiera ejecutar conforme a los tiempos establecidos, sin embargo, y a pesar que se realizaron innumerables mesas de trabajo con el fin de avanzar en la aprobación del presupuesto, el contratista no respondió adecuadamente a las observaciones”. (Énfasis añadido).

Al igual que el **CONTRATISTA DE OBRA** edificó argumentos iguales a los consignados en su escrito de descargos, **LA INTERVENTORÍA**, por su parte, se ocupó de consignar iguales respuestas al pronunciamiento inicialmente allegado. Así:

- **Sobre la demora en la aprobación de la solicitud de prórroga y adición**

“La demora en la aprobación de la solicitud de prórroga y adición, es imputable al contratista, toda vez que, constantemente se realizaron observaciones a la presentación de los ítems no previstos, que no permitió realizar el correspondiente trámite, como se muestra a continuación: (...).”

- **Sobre la supuesta afectación que los ajustes a los estudios y diseños ocasionaron en el plazo contractual**

“El 26 de enero del 2023 mediante oficio con radicado CMCF-FFIE-IEASC-094-2022, el contratista radicó solicitud de prórroga, que fue revisada, avalada y radicada por la interventoría al FFIE mediante radicado FFIE-INT-IEASC-092-Obra-2022 del 30 de enero de 2023. El 10 de febrero de 2023 se firmó el Otrosí 1, para la prórroga por 61 días calendario (2 meses 1 día), que da como fecha de terminación 15 de abril de 2023, sustentada en las afectaciones ocasionadas por situaciones que impactaron la ejecución normal del proyecto (ajustes a los diseños: 45 días, temporada de lluvia: 14 días, y orden público: 2 días). El 7 de marzo 2023, se radicó la solicitud para la aprobación de las pólizas actualizadas respondiendo al Otrosí 1.

(...)

El 10 de marzo de 2023 mediante oficio con radicado CMCF-FFIE-IEASC-114-2022, el contratista radicó solicitud de prórroga, que fue revisada, avalada y radicada por la interventoría al FFIE mediante radicado FFIE-INT-IEASC-107-Obra-2022 del 14 de marzo de 2023. El 28 de marzo de 2023 se firmó Otrosí 2, para prórroga por 76 días calendario (2 meses 16 días) y adición por \$ 318.643.692, dando fecha de terminación 30 de junio de 2023, sustentado en mayores cantidades de obra, como resultado del ajuste a los diseños y el balance de ejecución de obra. El 15 de abril de 2023, se radicó la solicitud para la aprobación de las pólizas actualizadas respondiendo al Otrosí 2 mediante oficio con radicado CMCF-FFIE-IEASC-192- 2022”. (Énfasis añadido).

- **Sobre la ausencia de diligencia en la aprobación de actividades no previstas por parte de la UG FFIE y la Interventoría**

“Con relación a esta apreciación, es preciso mencionar que esta interventoría realizó, en diferentes oportunidades, mesas de trabajo con los profesionales de obra, con el fin de dar celeridad a la aprobación de los ítems no previstos, así como, se dio respuesta a las revisiones de las solicitudes, desafortunadamente, el contratista no fue diligente, entorpeciendo el correcto desarrollo del proyecto”. (Negrilla y subraya propias).

- **Sobre la afectación a los componentes legales, económicos y financieros del contrato, tiempo que, en sentir del contratista, no fue repuesto**

En este apartado, la **INTERVENTORÍA** trae a colación, en primer lugar, los otrosíes que las partes suscribieron con ocasión de las solicitudes elevadas por el **CONTRATISTA DE OBRA** a fin de ajustar el proyecto a la realidad fáctica debido a las afectaciones en tiempo y valor causadas por el ajuste a estudios y diseños; en segundo lugar, adujo que debido a la negligencia en el trámite de las últimas solicitudes de prórroga y adición, en especial al no haber sido diligente el **CONTRATISTA DE OBRA** en atender las observaciones a los NPs, no se logró aprobar la adición en tiempo y valor.

- **Sobre las obras que, de acuerdo con el CONTRATISTA DE OBRA, fueron ejecutadas sin contraprestación económica lo cual generó un estado de iliquidez e impidió el pago al personal de obra, la INTERVENTORÍA adujo que:**

“En lo anterior, el contratista no toma en cuenta que esta interventoría advirtió que para el cobro de las actas debía cumplir con lo establecido en el numeral “10.7 Anticipo” de los “TÉRMINOS

DE CONDICIONES CONTRACTUALES PARA LA CONTRATACIÓN INVITACIÓN ABIERTA No. 008 FFIE DE 2019”, donde claramente se indicaba que, para contratos con plazo de 6 a 9 meses, “Se amortizará antes del último pago parcial, correspondiente a la terminación del contrato.”, es así que, mediante oficio con radicado INT-IEASC-087-Obra-2021 esta interventoría realizó la devolución del acta parcial No 4, tomando en cuenta que la misma fue radicada el 11 de enero de 2023, presentando una amortización del 21,17%, y la fecha de terminación contractual era 13 de febrero de 2023, por tanto, no procedía el pago”. (Énfasis añadido).

- Sobre el NO pago del Acta No. 8, la interventoría aclaró que:

“Como se aprecia en la imagen anterior, el ACTA No 8 se radicó el 28 de junio de 2023, sin embargo, tomando en cuenta que el contrato culminaba el 30 de junio de 2023, la misma debía amortizarse en su totalidad. Aunado a lo anterior, el valor total del acta no alcanzaba a cubrir el saldo del anticipo, que como se indica en los términos y condiciones contractuales, para la “Invitación Abierta No 008 FFIE de 2019”, debía amortizarse “antes del último pago parcial, correspondiente a la terminación del contrato”. (Énfasis añadido).

IV. CONSIDERACIONES DE LA UG -FFIE

En consideración de todo lo anterior, la UG FFIE considera que es posible concluir que el **CONTRATISTA DE OBRA** no logró desvirtuar el contenido del comunicado X184542 del 28 de noviembre de 2023 contentivo de la **decisión del Comité Fiduciario** adoptada en **Sesión No. 725 del 25 de octubre de 2023**, mediante la cual, en primer lugar, dicho Comité resolvió dar aplicación y adelantar el cobro de la cláusula penal, a favor del **PA-FFIE** y en contra del **CONTRATISTA** por la suma de **DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (\$237.594.320)**, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, en especial, al no haber entregado la totalidad del objeto contratado al 30 de junio de 2023, esto es, fecha en la que venció el plazo de ejecución del CONTRATO, pues tan solo reportó un 68.29% ejecutado versus un 100% programado; y en segundo lugar, proceder a efectuar la reclamación ante el garante a fin de obtener la indemnización del anticipo por el valor de **TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE PESOS M/CTE (\$397.499.827)** suma que no fue invertida, ni amortizada ni devuelta después de finalizado el contrato.

Desde ya, la Unidad de Gestión del FFIE y los Comités Técnico y Fiduciario advierten que, la argumentación empleada por el **CONTRATISTA DE OBRA** en su escrito de reconsideración guarda casi que identifica relación con los aspectos mencionados y desarrollados en su escrito de descargos los cuales fueron suficientemente tratados y desvirtuados en la decisión mediante la cual se decidió la aplicación de la pena.

Por lo tanto, y ciertamente así lo advirtió la **INTERVENTORÍA**, la sustentación llevada a cabo en el escrito de reconsideración no tiene la virtualidad de prosperar. A su turno, la Unidad de Gestión del FFIE y los Comités Técnico y Fiduciario hacen especial mención que en el escrito de reconsideración no hay argumento alguno tendiente a rebatir o desvirtuar lo concerniente a la falta de inversión y amortización del anticipo circunstancia que permite concluir, sin duda, que el contratista acepta los hechos relacionados con dicho incumplimiento.

Por tanto, los argumentos esgrimidos, fueron de manera individual contestados por la interventoría encontrándose que ninguno de ellos permite justificar el grave e injustificado incumplimiento presentado en la ejecución del contrato, al punto que ni siquiera se niega que hubiera existido un incumplimiento, solo predica sin probar que la responsabilidad no estuvo a su cargo, no obstante, no probó los supuestos incumplimientos, tampoco probó ni desvirtuó que los incumplimientos se hubieren presentado por causa extraña o de un tercero.

Lo anterior se puede resumir en los siguientes términos: Así:

1. Sobre la supuesta situación de iliquidez del CONTRATISTA DE OBRA

La **INTERVENTORÍA** fue clara al sostener que no es cierto que el Contratante ni la **INTERVENTORÍA**, de forma dañina o dolosa, hayan querido llevar al **CONTRATISTA DE OBRA** a una situación de iliquidez. Al contrario,

mediante diferentes mesas de trabajo y ciertamente mediante las modificaciones en valor y tiempo al proyecto, las partes buscaron las mejores formas y vías para que la continuidad del contrato no se viera afectado.

Sin embargo, los constantes retrasos y evidente ausencia de recursos financieros invertidos en obra llevaron a retrasos en el cronograma de obra que, al ser injustificados y claramente atribuibles al **CONTRATISTA DE OBRA**, llevaron a que con corte al 30 de junio de 2023 **NO** se logrará finiquitar el objeto contratado. Un ejemplo claro de lo anterior fue lo sucedido con el Acta Parcial de Obra No. 8:

*“el ACTA No 8 se radicó el 28 de junio de 2023, sin embargo, tomando en cuenta que el contrato culminaba el 30 de junio de 2023, **la misma debía amortizarse en su totalidad. Aunado a lo anterior, el valor total del acta no alcanzaba a cubrir el saldo del anticipo**, que como se indica en los términos y condiciones contractuales, para la “Invitación Abierta No 008 FFIE de 2019”, debía amortizarse “antes del último pago parcial, correspondiente a la terminación del contrato”.*

Circunstancia, imputable al **CONTRATISTA DE OBRA**, que impidió el pago efectivo y eficaz conforme a los plazos contractuales.

En consecuencia, para la Unidad de Gestión del FFIE y los Comités Técnico y Fiduciario no es de recibo el argumento del **CONTRATISTA DE OBRA** mediante el cual se pretende exculpar alegando que el contratante y la **INTERTVENTORÍA** llevaron a una situación de iliquidez al **CONTRATISTA DE OBRA**, máxime cuando lo que resultó probado es que precisamente no fue posible tramitar la facturación en razón a que el contratista de obra no cumplió con su obligación de facturar en debida forma, conforme los documentos soportes requeridos.

2. La negligencia del CONTRATISTA DE OBRA en la atención de las observaciones de los NPs

Aunado a lo anterior, la Unidad de Gestión del FFIE y los Comités Técnico y Fiduciario hacen mención a que debido a la negligencia del **CONTRATISTA DE OBRA** en atender las observaciones a los NPs tramitados y la demora en la remisión de la información solicitada, no se logró prorrogar en tiempo y adicionar el valor el proyecto. Por tanto, mal puede el contratista excusarse en que por la falta de definición de precio del los NP no pudo ejecutar sus obligaciones pues precisamente fue él, el causante de que dichos NO pudieran definirse oportunamente, además, la definición de los mismos no fue razón técnica válida para que ejecutara las actividades de obra que estaban a su cargo y que no tenían ningún condicionamiento ni técnico ni económico.

3. Sobre la supuesta falta de planeación del proyecto

Sobre la falta de planeación que tanto el **CONTRATISTA DE OBRA** como la garante alegaron, la UG FFIE sostiene que no es de recibo tal argumento por cuanto los otrosíes No. 1 y 2, debidamente suscritos y aceptados por las partes, mediante sus adiciones en valor y plazo, ajustaron el **CONTRATO** a la realidad fáctica, esto es, ajustaron aquel tiempo y dinero que se había causado con ocasión de los ajustes a los estudios y diseños. A su turno, y sobre los NPs, debe resaltarse que algunos fueron debidamente aprobados, pero otros, debido a la negligencia ya reseñada del **CONTRATISTA DE OBRA**, no se lograron aprobar.

En armonía con lo ducho, respecto de argumento denominado *excepción de contrato no cumplido* no está llamados a prosperar, en tanto en cuanto, las circunstancias que llevaron a que el **CONTRATO** no se llevara a feliz termino son del resorte del **CONTRATISTA DE OBRA**. Circunstancia que, adicionalmente, impedía la realización de la prórroga del plazo y de la adición del valor del **CONTRATO** pues el incumplimiento del **CONTRATISTA** no puede ser justificante de una prórroga y/o adición.

Adicionalmente precísese que el contratista no precisó ni demostró cual fue la supuesta obligación incumplida por parte del contratante, por tanto, para la Unidad de Gestión del FFIE y los Comités Técnico y Fiduciario no es de recibo la supuesta excepción de contrato no cumplido en tanto en cuanto se limitó a afirmar que no se cumplió el contrato por el contratante, cuando en realidad, lo que resultó probado conforme los informes de interventoría fue precisamente el incumplimiento grave e imputable a cargo del contratista.

4. Sobre la reiterada solicitud de arreglo directo

Sobre la nueva mención que realizó el **CONTRATISTA DE OBRA** sobre la cláusula de solución de controversias contractuales la Unidad de Gestión del FFIE y los Comités Técnico y Fiduciario consideran que debe indicarse que, al igual que se dejó dicho en la decisión objeto de reconsideración, la **UG FFIE** agendó numerosas reuniones, no obstante, el contratista de obra no tuvo la voluntad de llevarlas a buen puerto, es evidencia de ello la siguiente trazabilidad: **(i)** se agendó reunión para el 12 de septiembre de 2023; **(ii)** el 12 de septiembre el contratista solicitó reprogramar para el 14 de septiembre; **(iii)** el 14 de septiembre el contratista se unió a la reunión y solicitó que se reprogramara porque su abogado no podía estar presente; y **(iv)** se reagendó para el 18 de septiembre a las 9 am y no se conectó.

Por tanto, no puede pretender el **CONTRATISTA DE OBRA** revivir etapas fenecidas del procedimiento de incumplimiento pactado mediante un sin número de solicitudes de arreglo directo, pues ciertamente la finalidad de la cláusula no es esa sino resolver problemas ora de interpretación contractual ora de mayores o menores costos u otra controversia, pero no, como pretende, para subsanar incumplimientos identificados, pues para ello justamente se encuentra la etapa de descargos del PIC y la cláusula de incumplimiento contractual pactada.

5. Sobre el pronunciamiento de la Compañía Aseguradora

Al respecto, la Unidad de Gestión del FFIE y los Comités Técnico y Fiduciario consideran indicar que: **(i)** el PA FFIE, debido a que se rige por el derecho privado, no aplica, ni de asomo, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por tanto no es correcto afirmar, como lo hace la aseguradora, que el procedimiento de incumplimiento contractual corresponde a aquel que habla el citado artículo; **(ii)** como consecuencia de lo dicho, no es cierto que el PA FFIE ejercite una suerte de facultad exorbitante al derecho común, al contrario, ejerce un derecho conferido por el acuerdo de voluntades previsto en la legislación civil sobre la cual se rige el contrato; y **(iii)** a causa de que la razón habilitante para hacer exigible la cláusula penal con ocasión del incumplimiento, es el contrato y la ley, los actos que emanan del procedimiento no son actos administrativos sino contractuales. **(iv)** Sobre la falta de planeación, nos remitimos a lo indicado en párrafos anteriores. En consideración a lo anterior, tales argumentos no están llamados a prosperar

V. CONCLUSIONES DEL COMITÉ FIDUCIARIO

De acuerdo a las anteriores circunstancias, la Unidad de Gestión del FFIE y los Comités Técnico y Fiduciario indican que la decisión informada en el comunicado **X184542 del 28 de noviembre de 2023** permanece incólume. En ese sentido conforme al pronunciamiento y la decisión del Comité Fiduciario, previa recomendación del Comité Técnico y análisis y estructuración de la UG FFIE, se informa que el Comité Fiduciario ratifica la aplicación de la cláusula penal proporcional en contra del Contratista de obra, por la suma de **DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (\$237.594.320,00)**, calculada así

Valor total del contrato	% Dejado de ejecutar	Valor % dejado de ejecutar	Valor cláusula penal (20%)
\$ 3.746.362.662,00	31,71%	\$ 1.187.971.600,00	\$ 237.594.320,00

Y, a su turno, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Décima Novena del **CONTRATO** y hacer exigible el anticipo a través de la póliza de cumplimiento dado que la suma de **TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE PESOS MCTE (\$397.499.827,00)** no fue amortizada, ni invertida ni devuelta después de finalizado el **CONTRATO**.

Así las cosas, en consideración al análisis que precede efectuado por la UG-FFIE, a la recomendación y estudio por el Comité Técnico y al pronunciamiento otorgado, decisión e instrucción impartida por el Comité Fiduciario **Sesión No. 755 del 26 de enero de 2024**, y al correo electrónico remitido por el FFIE de fecha 4 de febrero de 2024 mediante el cual remite la presente comunicación donde se plasma la decisión del Comité Fiduciario, el **Consorcio FFIE Alianza BBVA, que actúa única y exclusivamente como vocero y administrador del PA-FFIE**, materializando dicha instrucción otorgada en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil 1380 de 2015, mediante la presente informa la **decisión del Comité Fiduciario del PA-FFIE**, a través de la cual se informa la respuesta del Comité Fiduciario a la solicitud de reconsideración instaurada con ocasión de la decisión adoptada por el Comité Fiduciario del PA-FFIE en **Sesión No. 725 del 25 de octubre de 2023** mediante la cual, por un lado, se decidió aplicar y hacer efectivo el cobro de la cláusula penal por la suma de **DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (\$237.594.320)** por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y por el otro, adelantar la reclamación ante la garante para hacer efectivo el cobro del anticipo

por valor de **TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE PESOS M/CTE (\$397.499.827)** suma que no fue amortizada, ni invertida, ni devuelta por el contratista al momento de la finalización del contrato; en el marco del Contrato de Obra No. 1380-1518-2022 (en adelante el “**CONTRATO**”) correspondiente a la I.E. Alberto Santofimio Caicedo Sede Principal ubicada en Ibagué, Departamento de Tolima, decisión del Comité Fiduciario que fue comunicada por el Consorcio FFIE Alianza BBVA actuando única y exclusivamente como vocera del PA FFIE de acuerdo con el pronunciamiento otorgado e instrucción dada en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil No 1380 de 2015 por el Comité Fiduciario del PA FFIE, mediante Oficio No. X184542 del 28 de noviembre de 2023.

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

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

Finalmente, de acuerdo con el pronunciamiento otorgado e instrucción por parte del Comité Fiduciario, previa recomendación del Comité Técnico y estructuración de la Unidad de Gestión del FFIE, el **Parágrafo Primero** de la cláusula **Décima Novena** del **CONTRATO** se estableció que el contratante está facultado para descontar de los saldos a favor del CONTRATISTA el importe de la cláusula penal o de la cláusula penal de apremio que resulte a cargo de este último, como consecuencia de los incumplimientos en que haya incurrido.. **Por lo anterior, se solicita al CONTRATISTA DE INTERVENTORÍA que dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo de la presente comunicación informe por escrito a la Dirección Financiera de la UG FFIE los saldos a favor del contratista derivados de la ejecución del contrato, remita los soportes respectivos y presente la solicitud de compensación de la medida con los saldos a favor que existan, conforme el contrato y la decisión tomada por el Comité Fiduciario del PA FFIE. Dicha comunicación e información debe ser enviada a dicha Unidad de Gestión del FFIE al correo electrónico solicitudcompensacion@ffie.com.co.**

Cordialmente,

FIRMADA DIGITAL

PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE

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

C.C. Ministerio de Educación Nacional
Miembros con voz y voto Comité Técnico PA-FFIE
Miembros con voz y voto Comité Fiduciario PA-FFIE
Unidad de Gestión del FFIE

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

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