

Bogotá D.C., 21 de Agosto de 2024.

Señor

HÉCTOR ADALBER ORDOÑEZ ORTIZ

Representante Legal

CONSORCIO M&E CANAÁN FFIE

Bogotá, D.C.

ffiecanaan.tomas@gmail.com; marlyvanegas@canaanconstructores.com;
ffiecanaan.residentetomas@gmail.com; aux.antioquia.canaan.lopez@gmail.com
gerencia@canaanconstructores.com; hectorhordonez@canaanconstructores.com
direccionlicitaciones@canaanconstructores.com

Señor

ROBERTO VERGARA ORTIZ

Presidente Ejecutivo

HDI SEGUROS S.A.

Bogotá, D.C.

presidencia@hdi.com.co; roberto.vergara@hdi.com.co; juan.Ospina@hdi.com.co;
Jorge.Rincon.Vicentes@hdi.com.co; notificaciones.judiciales@hdi.com.co;
notificaciones@gha.com.co

Señora

AURA DELIA ACOSTA SÁNCHEZ

Representante Legal

CONSTRUCTORA A&C S.A.

Bogotá, D.C.

admin@constructoraayc.com; residente.interc@gmail.com

Señor

RODRÍGO MATEUS CARO

Coordinador Región Antioquía – Choco Dirección Técnica UG - FFIE

rmateus@ffie.com.co

Unidad de Gestión del FFIE

Asunto: **Comunicación de la decisión de Comité Fiduciario No. 822 del 16 de agosto de 2024** – Respuesta del Comité Fiduciario del PA FFIE a “*Solicitud de reconsideración*” presentada por el garante mediante la comunicación **sin número del 12 de agosto de 2024**, frente a la decisión del Comité Fiduciario en la cual declaró el incumplimiento de obligaciones de buen manejo, correcta inversión de anticipo y de amortización. Respecto al Contrato de Obra No. **1380-1431-2021** I.E. Tomas Cadavid sede Principal.

Póliza: Póliza de Seguro de Cumplimiento 4005244 expedida por HDI Seguros S.A.

Respetados Señores.

En atención al pronunciamiento otorgado y la instrucción impartida en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil No 1380 de 2015 suscrito entre el Consorcio FFIE Alianza BBVA (“Fiduciaria”)

y el Ministerio de Educación Nacional (“Fideicomitente”) por el Comité Fiduciario del PA-FFIE en su sesión **No. 822 del 16 de agosto de 2024**, decisión del Comité precedida por la recomendación del Comité Técnico del PA FFIE y del estudio y análisis de la Unidad de Gestión del FFIE, y al correo electrónico remitido por la misma Unidad de Gestión del FFIE mediante el cual remite la presente comunicación donde se plasma la decisión del Comité Fiduciario del PA FFIE; el **Consortio FFIE Alianza BBVA, que actúa única y exclusivamente en calidad de vocero y administrador del PA FFIE**, en cumplimiento de dicha instrucción, mediante la presente se informa la decisión y la respuesta del Comité Fiduciario del PA FFIE a la comunicación anotada en el asunto, a través de la cual solicitó “(...) se **REVOQUE** la decisión en cita y, en consecuencia, se **ARCHIVE** el presente procedimiento de incumplimiento contractual (...)”.

Lo anterior en atención a que, mediante comunicación X211361 del 08 de agosto de 2024 se notificó la decisión del Comité Fiduciario del PA FFIE de hacer efectiva la póliza única de cumplimiento en sus amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo por la suma de \$545.692.250, en atención al incumplimiento probado de la obligación de invertir y ejecutar la totalidad del anticipo en la obra y, el amparo de cumplimiento por la suma de \$854.732.567,69, en atención a la falta de amortización o devolución de dicha suma respecto del Contrato de Obra No. **1380-1431-2021**, correspondiente a la Institución Educativa Tomas Cadavid sede Principal, ubicada en el municipio de Bello, Antioquia, teniendo en cuenta el incumplimiento grave, injustificado y definitivo de las obligaciones de buen manejo y correcta inversión del anticipo y de amortización de este.

A continuación, se procederá a informar el análisis de la Unidad de Gestión del FFIE que hace parte de la edición del Comité Fiduciario del PA FFIE, de cada uno de los aspectos abordados por el contratista en la citada comunicación **sin número del 12 de agosto de 2024**.

Adicionalmente, en la presente comunicación donde se informa la decisión del Comité Fiduciario del PA FFIE, se indica lo señalado por la UG FFIE donde aborda el escrito extemporáneo de descargos allegado por el apoderado del garante mediante comunicación **sin número del 05 de agosto de 2024**; y la solicitud de insistencia a la solicitud de nulidad incoada el pasado 3 de julio de 2024, la cual ya había sido contestada desde el pasado 26 de julio, dichos escritos serán tenidos en cuenta en el análisis y desarrollo del PIC que se presenta a continuación, pese a la presentación extemporánea.

Los argumentos planteados por el apoderado de la Aseguradora y sus respuestas son las siguientes:

1. “De la solicitud de nulidad del PIC por su supuesta indebida notificación”.

Tanto en el escrito de reconsideración, como en los descargos presentados extemporáneamente después de decidido el incumplimiento y en el escrito de insistencia respecto de la solicitud de nulidad incoada el pasado 3 de julio de 2024, el apoderado de la Aseguradora solicitó nuevamente en la nulidad del Procedimiento de Incumplimiento Contractual – PIC alegando que se realizó una indebida notificación de la apertura de este.

Reiteró que la Aseguradora no fue notificada, al correo de notificaciones judiciales, del inicio del procedimiento de incumplimiento contractual ni al correo que consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal, por lo que no pudo ejercer su derecho de defensa y contradicción; con lo cual, a su juicio, no solo hubo una transgresión de las normas procesales aplicables, sino que también se desatendió lo señalado por la cláusula vigésima del Contrato de Obra.

Sustentó lo anterior, en lo establecido en el artículo 291 inciso 2 del Código General del Proceso, para indicar que la notificación de las entidades privadas se entiende surtida cuando la comunicación es enviada a la dirección electrónica que conste en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la entidad.

Así las cosas, ante la insistencia del apoderado de la Aseguradora con relación a la falta de notificación del inicio del PIC y su solicitud de nulidad, se reitera que dicho argumento no procede por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos.

Primero, por cuanto como puede comprobarse con la respectiva comunicación de inicio del PIC la misma fue enviada al Garante el **12 de febrero de 2024**, a las cuentas de correo electrónico presidencia@hdi.com.co, roberto.vergara@hdi.com.co, juan.Ospina@hdi.com.co, jorge.rincon.vicentes@hdi.com.co, otorgando cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos, esto es hasta el 19 de febrero de 2024, sin que se hubieren presentado descargos, o se hubiere comprobado su envío.

Por tanto, no puede ser admitido ni aceptado por no ser cierto ni conforme a la verdad que no se hubiera comunicado el inicio del PIC a los correos electrónicos previstos en el Certificado de Existencia, pues el correo presidencia@hdi.com.co, está contenido en dicho Certificado de Existencia y Representación Legal y al no ser una actuación judicial no existe ni obligación legal ni contractual de dirigir la actuación al correo de notificaciones judiciales.

Asimismo, se precisa que el traslado de la actualización del informe de incumplimiento presentado por la interventoría fue realizado el **14 de junio de 2024**, a las mismas cuentas de correo electrónico antes mencionadas, otorgando cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos, esto es hasta el 21 de junio de 2024.

Frente a este traslado, la Aseguradora presentó solicitud de nulidad el **03 de julio de 2024**, es decir, después de los cinco (5) días previstos en el contrato para la presentación de los descargos, la cual fue contestada de fondo mediante oficio **FIE2024EE011904** del **21 de julio de 2024**.

No obstante, a pesar de ser extemporánea dicha comunicación, la misma fue tenida en cuenta dentro del análisis realizado por la UG-FFIE, encontrándose que sus argumentos en nada desvirtuaron los hechos de incumplimiento grave, injustificados y definitivos endilgados al Contratista de Obra por la no amortización y la no inversión del anticipo.

De acuerdo con lo anterior, no es cierto que la Aseguradora no haya podido ejercer su derecho de defensa y contradicción, ni que se haya desatendido lo señalado en la cláusula vigésima del Contrato de Obra, por cuanto la notificación del inicio del PIC y el traslado del alcance que presentó el Interventor fueron comunicados debidamente a la dirección electrónica registrada en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Aseguradora, tal y como se observa a continuación:

UBICACIÓN

Dirección del domicilio principal:	Carrera 7 # 72 13 P 8
Municipio:	Bogotá D.C.
Correo electrónico:	presidencia@hdi.com.co
Teléfono comercial 1:	6014045050
Teléfono comercial 2:	No reportó.
Teléfono comercial 3:	No reportó.

Aunado a lo anterior, señaló el apoderado de la Aseguradora que no acepta la negativa del Contratante a declarar la nulidad del PIC, alegando que este no se trata de un trámite judicial, ya que el debido proceso es inherente a cualquier actuación pública o privada.

Al respecto, la UG FFIE reitera que dichas comunicaciones no tienen carácter judicial y que de ningún modo se ha afectado su derecho al debido proceso.

Adicionalmente, indicó en su escrito de reconsideración que el FFIE si reconoce la aplicación de normas del Código General del Proceso en lo no regulado en el contrato, al aceptar el envío del poder, y con esto considerar que el Contratista y su garante si recibieron la comunicación de inicio.

Argumentó la Aseguradora que el FFIE equiparó el envío de un poder a su correo, con la notificación por conducta concluyente; alegando que no entiende por qué se insiste en la inaplicación de las normas procesales del Código General del Proceso.

Con relación a la supuesta equivalencia que hizo la UG-FFIE del envío del poder, con la notificación por conducta concluyente, la UG FFIE aclara que, en la comunicación del **26 de julio de 2024** en la que se dio respuesta a su solicitud de nulidad, se indicó que el recibo por correo electrónico del poder al abogado Gustavo Alerto Herrera Ávila, para que represente los intereses de la compañía dentro del PIC, permite concluir que el garante si conoció oportunamente la comunicación de inicio del PIC, al punto que remitió desde la dirección de correo electrónico presidencia@hdi.com.co dicho documento, sin que se recibieran descargos o explicaciones por parte de dicho apoderado en el marco del PIC.

Lo cual en modo alguno significa que se estén aplicando normas procesales al procedimiento, pues sencillamente se trasladó la actualización del informe frente al cual, en vez de haberse presentado los descargos, solo se envió un poder en el que el garante indicó que el abogado Gustavo Herrera representaría sus intereses en el trámite del PIC y a pesar de ello, posteriormente alegó indebida notificación, lo cual no puede ser aceptado.

Por su parte, tanto en su escrito de reconsideración como en la insistencia respecto de la solicitud de nulidad incoada el pasado 3 de julio de 2024, planteó el apoderado de la Aseguradora que el oficio del 26 de julio de 2024, mediante el cual se resolvió la solicitud de nulidad por indebida notificación del 3 de julio de 2024, se limita a señalar a qué cuentas se notificó el inicio del PIC el **14 de junio de 2024**, sin responder a la solicitud de nulidad frente la notificación fechada del **12 de febrero de 2024**; con lo cual, según este, se hizo una lectura indebida de la solicitud de nulidad lo cual afectó los derechos fundamentales de la Aseguradora.

Al respecto la UG FFIE aclara y reitera como fue expuesto que todas las comunicaciones han sido enviadas al correo de la aseguradora presidencia@hdi.com.co, por tanto no es cierto que se haya notificado indebidamente el inicio del PIC, por el contrario, lo que está probado es que ni el

contratista ni el garante presentaron descargos en el términos previsto en la cláusula que rige el PIC.

2. “De las supuestas irregularidades del PIC”.

En su escrito de reconsideración, así como en sus descargos extemporáneos, el apoderado de la Aseguradora realizó señalamientos a través de los cuales buscó argumentar la irregularidad del Procedimiento de Incumplimiento Contractual - PIC, entre los cuales indicó que:

- Manifestó que, se está ante un proceso de incumplimiento contractual irregular, por no contar con disposiciones específicas respecto de su procedimiento, por tanto, en su opinión deberá acudirse por analogía a las normas que se encuentren vigentes en el ordenamiento jurídico para su desarrollo y para garantizar la efectividad del debido proceso.
- Señaló como improcedente el PIC, catalogando como ineficaz la cláusula vigésima del contrato, por cuanto considera que el Contratante está actuando como juez y parte, violando el debido proceso. Asimismo, señaló que se debió acudir al juez competente para declarar el incumplimiento.

En primer lugar, no se acepta la consideración mediante el cual el apoderado de la Aseguradora calificó de irregular al PIC, por cuanto la cláusula vigésima del contrato establece el *Procedimiento para declarar el incumplimiento contractual y para exigir el pago de la pena de apremio y/o cláusula penal*”, y dicha cláusula no tiene nada de irregular.

Por tanto, la UG FFIE prueba que no es cierto y por tanto no es de recibo que no se hubieren acordado o previsto las condiciones para el desarrollo del PIC, pues es clara y expresa la cláusula sobre ello y segundo, mal puede la aseguradora, primero conocer el contenido de un contrato y aceptarlo para efectos de asegurar su cumplimiento y luego en esta instancia del procedimiento, alegar una presunta ineficacia de la estipulación, dado que las cláusulas del contrato son ley para las partes, según lo previsto en el artículo 1602 del Código Civil, lo cual significa que sus estipulaciones son obligatorias, vinculantes y con plenos efectos jurídicos, lo cual no puede ser invalidado sino por un juez o por causas legales, por tanto, mal puede pretender el apoderado del garante que se reconozca o declare una ineficacia completamente infundada.

En este sentido, la UG FFIE rechaza las manifestaciones realizadas por la Aseguradora a través de las cuales señaló la ineficacia del PIC y la falta de competencia de la UG-FFIE para adelantarlos, toda vez que, con la suscripción del contrato, el Contratista aceptó que en caso de presuntos incumplimientos contractuales se adelantarán procesos de incumplimiento contractual en los términos de la mencionada cláusula vigésima.

3. “De la inoponibilidad del PIC”.

El apoderado de la Aseguradora en su escrito de reconsideración y en sus descargos extemporáneos, manifestó que la decisión del Comité Fiduciario del PA FFIE en su sesión del 816 del 25 de julio de 2024 no le es oponible a la Aseguradora. Al respecto, indicó que la Aseguradora no fue informada de la inclusión de la cláusula contractual que establecía el PIC, alegando que por esta razón no le es aplicable.

Frente a lo anterior, la UG FFIE indica que se informa que resulta completamente infundada por carecer de sustento fáctico y jurídico la aseveración según la cual se informa que la decisión en la que se ordenó hacer exigible la reclamación al garante es inoponible, dado que según manifestó el apoderado del garante la cláusula que incluyó el PIC no le fue informada.

Lo anterior refleja un completo desconocimiento del apoderado de las cláusulas del contrato, pues como es posible que haya conocido y garantizado el cumplimiento del contrato, ¿y ahora desconocer sus propias cláusulas?, la Cláusula del PIC está contenida en la minuta del contrato, no fue o hizo parte de ninguna modificación, por tanto, está probado que el garante conoció el contrato aseguró el contenido y por tanto no puede válidamente alegar o desconocer sus estipulaciones.

4. “De la pérdida de obligatoriedad con ocasión de la terminación anticipada y liquidación del contrato por parte del FFIE”.

Tanto en su escrito de descargos extemporáneo, como en su solicitud de reconsideración, la Aseguradora, por medio de su apoderado, argumentó que la cláusula que establece el PIC perdió obligatoriedad al haberse declarado la terminación y liquidación del contrato por parte del Comité Fiduciario del PA FFIE, toda vez que, según este, cesaron sus efectos jurídicos como consecuencia de la terminación unilateral del contrato; considerando ineficaz el proceso.

En este sentido, señaló que, dado que las cláusulas del contrato perdieron efecto, la controversia relacionada con la exigibilidad de las garantías debe ventilarse ante el juez civil de la jurisdicción ordinaria.

No es de recibo este planteamiento por no ser cierto, es decir, el contratante puede iniciar y decidir incumplimientos en los términos de la cláusula pactada incluso después de vencido el plazo de ejecución, máxime cuando los incumplimientos precisamente son reportados después de vencido el plazo del contrato. Por tanto, no es cierto que la cláusula del PIC haya perdido obligatoriedad con la terminación anticipada del contrato por incumplimiento.

La UG FFIE indica dentro de la instrucción que le recuerda al garante que el límite para decidir una situación relacionada con incumplimientos es la liquidación del contrato y ésta no ha ocurrido.

Adicionalmente, argumentó que el amparo de buen manejo del anticipo perdió vigencia con la liquidación del contrato.

Al respecto, la UG FFIE indicó que reitera que el contrato se encuentra en periodo de liquidación, de suerte que a la fecha este no se encuentra liquidado; razón por la cual la cobertura del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo continua vigente, pudiéndose afectar la misma, de conformidad con lo establecido en el numeral 10.4.1. *Características Generales de las Garantías* de los Términos y Condiciones Contractuales de la Invitación Abierta No. 008 FFIE de 2019.

5. “De la ausencia de acreditación del incumplimiento del Contratista de Obra”.

Alegó el apoderado de la Aseguradora en ambos escritos que no se demostró de manera concluyente que el Contratista de Obra haya incurrido en un incumplimiento sustancial y directo

de sus obligaciones contractuales con relación al anticipo, por cuanto no está acreditado que este no haya sido invertido y amortizado.

Al respecto señaló que no se acreditó **(i)** la entrega de los dineros girados a título de anticipo al Contratista, **(ii)** que los mismos no se hayan invertido en la obra, y **(iii)** que tales dineros hayan sido apropiados por parte del Contratista.

Frente a este aspecto, indica la UG FFIE que no acepta lo manifestado por la Aseguradora con relación a que no se demostró de manera concluyente que el Contratista de Obra haya incurrido en un incumplimiento sustancial y directo de sus obligaciones contractuales relacionadas con el anticipo, toda vez que, está probada la responsabilidad del contratista, ante la omisión presentada (hecho) de la obligación positiva que tiene del buen manejo e inversión del anticipo y de su amortización y la falta de fundamentos jurídicos y fácticos que permitan desvirtuar los incumplimientos endilgados.

Asimismo, la UG FFIE precisa que dentro de los documentos anexos a la comunicación de inicio del PIC se encuentran los soportes de (i) la entrega de los dineros girados a título de anticipo al Contratista, (ii) Los valores que fueron parcialmente devueltos o amortizados en la facturación, (III) Los valores que no fueron amortizados, (IV) los valores que no fueron invertidos ni ejecutados en la obra conforme el plan de inversión del anticipo.

Por tanto, no es cierto que no se hubiere acreditado el incumplimiento, y por el contrario lo que resulta probado es que ni el garante ni el contratista demostraron haber invertido y ejecutado en la obra el 100% del dinero entregado en calidad de anticipo y tampoco hay prueba alguna que refute o controvierta la falta de amortización.

6. “De la no afectación de la póliza”.

El apoderado de la Aseguradora presentó en su escrito de descargos extemporáneo y en su escrito de reconsideración una serie de argumentos mediante los cuales pretende justificar la improcedencia de la afectación de la póliza, así:

- Señaló que el FFIE y el interventor confunden las obligaciones contractuales diferenciadas que constituyen la falta de amortización y no inversión de este.

No es cierto que se confundan las obligaciones contractuales correspondientes a la falta de amortización y no inversión de este, toda vez que, desde la comunicación de inicio del PIC se individualizó cada una de estas sumas de acuerdo con la información reportada por la Interventoría en su informe PIC. De suerte que, fue debidamente identificado el valor que no fue invertido y el que no fue amortizado.

Prueba de esto es que en la decisión del Comité Fiduciario No. 816 del 25 de julio de 2024 aprobó hacer efectiva la póliza única de cumplimiento en sus amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo por la suma de \$545.692.250, en atención a la falta de inversión de la totalidad del anticipo y, el amparo de cumplimiento por la suma de \$854.732.567,69, en atención a la falta de amortización de dicha suma.

- Alegó que el perjuicio relacionado con el supuesto mal manejo e incorrecta inversión del anticipo fue indebidamente tasado, por cuanto su cuantificación se realizó aduciendo el porcentaje del anticipo no amortizado. Adicionalmente, indicó que, si bien se enuncia que

hubo un monto no invertido, el valor ejecutado del contrato es superior al anticipo, lo que permite concluir que la totalidad del anticipo fue invertida.

Frente a lo manifestado por el Apoderado de la Aseguradora con relación a una supuesta indebida tasación del perjuicio relacionado con el mal manejo e incorrecta inversión del anticipo, la UG FFIE aclara que, si bien el alcance al informe PIC aclara únicamente la cuantificación de la suma no amortizada del anticipo, con ocasión al acta parcial que no fue aprobada, el informe del PIC incluye la cuantificación del anticipo no invertido con sus correspondientes soportes.

A su vez, aseguró el garante que el valor ejecutado por el contratante fue mayor al anticipo entregado, siendo así que, para el apoderado esto es prueba de que el anticipo se invirtió, lo cual no es cierto y por lo mismo no puede ser aceptado pues si bien el Contratista ejecutó un valor superior al anticipo lo cierto es que esa ejecución fue pagada conforme la forma de pago del contrato.

Por tanto, no por el hecho de haber ejecutado un valor superior significa que el anticipo se invirtió en su totalidad y en debida forma; por el contrario, conforme lo explicó la Interventoría en su informe PIC y en el alcance que dio a este, existieron sumas entregadas que no fueron invertidas en la obra de acuerdo con el plan de inversión aprobado.

- Manifestó que la no amortización del anticipo es un riesgo no cubierto en el amparo de manejo del anticipo de la póliza de cumplimiento del contrato.

Al respecto, la UG FFIE aclaró que, dado que la no amortización del anticipo es un riesgo no cubierto en el amparo de buen manejo del anticipo, la decisión del Comité Fiduciario del PA FFIE No. 816 del 25 de julio de 2024 aprobó hacer efectiva la póliza única de cumplimiento en sus amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo por la suma de \$545.692.250, en atención a la falta de inversión de la totalidad del anticipo y, el amparo de cumplimiento por la suma de \$854.732.567,69, en atención a la falta de amortización de dicha suma.

- Argumentó que no existe ninguna obligación de indemnización por parte de la Aseguradora y que no procede la activación de la póliza de cumplimiento, por cuanto la no amortización del anticipo en nada impacta la ejecución del contrato y toda vez que no se probó la no inversión del anticipo.

Para la UG FFIE no es cierto, que no exista ninguna obligación de indemnización por parte de la Aseguradora, toda vez que, se encuentra probado el incumplimiento grave, injustificado y definitivo de la obligación de invertir correctamente el anticipo; razón por la cual procede la afectación del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

Adicionalmente, procede la afectación del amparo de cumplimiento, por cuanto el incumplimiento grave, injustificado y definitivo relacionado con la no amortización del anticipo, constituye un incumplimiento de las obligaciones a las cuales se obligó el Contratista con la suscripción del contrato.

La UG FFIE reitera que la no inversión del anticipo se encuentra probada en el informe PIC y en su alcance y sobre la misma el asegurador no logró desvirtuar los cargos de incumplimiento, ni acreditar la existencia de causal eximente de responsabilidad.

- Consideró que no existe obligación indemnizatoria a cargo de la Aseguradora por la no acreditación de los presupuestos del artículo 1077 del Código de Comercio.

Frente a esto, para la UG FFIE es importante aclarar que en la decisión que pretende revertir el asegurador quedó perfectamente expresado cuales fueron los hechos y obligaciones que materializaron el incumplimiento y por ende los hechos constitutivos del siniestro, además la cuantía de la pérdida, lo cual se presentará en reclamación separa al garante.

- Consideró que, por el carácter indemnizatorio del contrato de seguro, la póliza no podrá ser afectada para el pago de cualquier sanción que se pretenda aplicar con relación a la no amortización del anticipo, por tratarse de un riesgo excluido.

En primer lugar, la UG FFIE aclara al apoderado de la Aseguradora que el PIC objeto de análisis no versa sobre la aplicación de ninguna sanción convencional sino de la afectación del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo y del amparo de cumplimiento con ocasión de los perjuicios causados.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que en la comunicación de la decisión del Comité Fiduciario del PA FFIE No. 816 del 25 de julio de 2024, aclaró que se hará efectiva la póliza única de cumplimiento en sus amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo por la suma de \$545.692.250, en atención a la falta de inversión de la totalidad del anticipo y, el amparo de cumplimiento por la suma de \$854.732.567,69, en atención a la falta de amortización de dicha suma.

De suerte que, por tratarse del incumplimiento grave, injustificado y definitivo de una de la obligación de amortizar el anticipo, a la que se obligó el Contratista de Obra con la suscripción del contrato, el cual se encuentra debidamente probado de conformidad con las pruebas allegadas por la Interventoría y en razón a que el mismo no fue desvirtuado, la UG FFIE puede hacer exigible la afectación de la póliza a través de su amparo de cumplimiento.

7. “Del incumplimiento del Contratante”.

Consideró el apoderado del Garante que el Contratante incumplió sus obligaciones con relación al anticipo, toda vez que, la suma de \$222.268,31 no fue desembolsa al Contratista de Obra.

Frente a esto la UG FFIE señaló que no es cierto que el Contratante incumpliera sus obligaciones con relación al anticipo, toda vez que, este hizo entrega de la totalidad del recurso a título de anticipo, esto es, la suma de \$2.046.634.732 a la fiducia constituida por el Contratista.

Razón por la cual, tal y como informó el Interventor en el informe PIC, el 07 de diciembre de 2021 se suscribió un Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos para la administración de estos recursos, generándose una cuenta de ahorros en Bancolombia denominada Fondo Abierto sin Pacto de Permanencia Gobierno con NIT 900.382.213-5.

Dicho lo anterior, para la UG FFIE es necesario mencionar que, de acuerdo con las aclaraciones realizadas por la Interventoría, la suma de \$222.268,31 no fue desembolsada de la fiducia mencionada, por cuanto el Contratista de Obra no solicitó su desembolso, de suerte que, no se tramitó su autorización.

Así las cosas, la UG FFIE encuentra que la Aseguradora se limitó a hacer acusaciones frente a la entrega de la totalidad del recurso a título de anticipo, desconociendo como opera dicho trámite y omitiendo explicar qué relación tiene la omisión de este último desembolso en el indebido manejo e incorrecta inversión que realizó el Contratista de Obra del anticipo, sin siquiera probar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista o que los incumplimientos endilgados no seas ciertos o causa eximente de responsabilidad.

De acuerdo con lo anterior, lo cierto es que el hecho de no haberse girado el 100% del anticipo por causa del mismo contratista de obra, en nada se relaciona con el incumplimiento de no invertir ni amortizar la totalidad del anticipo entregado.

8. “De las solicitudes y manifestaciones adicionales del apoderado de la Asegurado”.

En su escrito de reconsideración, el apoderado de la Aseguradora solicitó establecer el estado financiero del contrato a efectos de determinar si existen saldos a favor del Contratista, de suerte que, en caso afirmativo, insta a la aplicación de la compensación; como también indicó en su escrito de descargos.

Al respecto, la UG FFIE precisa que a la fecha no ha sido posible determinar la totalidad de los saldos a favor del Contratista de Obra, pese a los múltiples requerimientos efectuados por parte de la UG-FFIE y la Interventoría, por cuanto el Contratista de obra no ha hecho entrega de la documentación que acredite la existencia de dichos reconocimientos económicos.

Asimismo, desde la UG FFIE se informa que existe un saldo a favor del Contratista de \$174.550.135, conforme el acta No.14. Por tanto, será objeto de compensación una vez se tramite la respectiva solicitud de compensación ante la Dirección Financiera y Administrativa de la UG FFIE. No obstante, la reclamación deberá realizarse conforme los valores reportados por la Interventoría.

Por su parte, señaló el apoderado de la Aseguradora en su escrito de descargos extemporáneo que en caso de que naciera obligación a cargo de la Aseguradora, la misma se debe sujetar a lo consignado al tenor literal de la póliza; esto es, respecto de la suma asegurada, el deducible y las exclusiones en ella incorporadas.

Frente a esta manifestación se aclara que la reclamación se hará conforme se ordena en el artículo 1077 del Código de Comercio.

Adicionalmente, precisó en dicho documento que, por tratarse de un contrato estatal, será tarea de un juez establecer el estado financiero del contrato a efectos de establecer si existen saldos a favor del Contratista.

También se equivoca el apoderado al calificar el contrato como un contrato estatal, por cuanto desconoce que el contrato es civil regido a demás por el ordenamiento civil.

De acuerdo con lo anterior, no es cierto que le corresponda exclusivamente al juez la facultad de establecer el estado financiero del contrato a efectos de determinar si existen saldos a favor del Contratista.

Lo anterior, por cuanto dicha actividad se realiza de manera conjunta entre la Interventoría, el Contratista de Obra y la supervisión del Contrato, de acuerdo con lo establecido en el contrato, previo cumplimiento de las obligaciones de Fase 3 a cargo del contratista de obra.

Finalmente, solicitó se notifique debidamente la apertura del PIC fechada al **12 de febrero de 2024** y se incorporen al expediente los descargos rendidos el 05 de agosto de 2024.

Frente a este aspecto la UG FFIE no acepta la solicitud de notificación de la comunicación de inicio del PIC del 12 de febrero de 2024, por cuanto la misma fue comunicada a la dirección de correo electrónico que reposa en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Aseguradora.

En este sentido, lo que se colige del escrito de reconsideración es que la Aseguradora pretende apartarse de su obligación de garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista de Obra; tal y como se obligó con la expedición de la respectiva póliza única de cumplimiento, alegando supuestos incumplimientos del Contratante, una serie de exclusiones que en nada le son aplicables al caso en concreto y aduciendo la nulidad del PIC por una supuesta indebida notificación; lo cual ya fue desvirtuado.

Lo anterior, pasando por alto que en el informe de incumplimiento contractual se diferenciaron los saldos del anticipo pendientes por ser amortizados, así como de las sumas del anticipo que no fueron invertidas correctamente y en debida forma y sin siquiera probar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista de Obra, que los incumplimientos endilgados no seas ciertos o causa eximente de responsabilidad.

En este sentido, para la UG FFIE lo cierto es que el incumplimiento que se le endilga referido a la no inversión de la totalidad del anticipo desembolsado, así como de amortizarlo mediante las actas parciales de obra, son riesgos cubiertos por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo y por el amparo de cumplimiento de la póliza única de cumplimiento, respectivamente.

Por tanto, la responsabilidad del Contratista de Obra se deriva de que el Contratista de Obra y su garante no desvirtuaron los cargos de incumplimiento reportados por la Interventoría, ni probaron que se presentara causa eximente de responsabilidad.

Así las cosas, para la UG FFIE tanto los descargos extemporáneos presentados por el apoderado de la Aseguradora como las manifestaciones efectuadas en su escrito de reconsideración no son válidas ni procedentes.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el Contratista de Obra al no presentar descargos no desvirtuó el incumplimiento, tampoco demostró que si hubiere cumplido sus obligaciones y mucho menos demostró eximente de responsabilidad alguna que le permitiera eximirse válidamente del cumplimiento de sus obligaciones.

De acuerdo con lo anterior, 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 del PA-FFIE y conforme a las pruebas allegadas por la Interventoría se ratifica que el incumplimiento de las obligaciones de invertir correctamente y en debida forma el anticipo, así como de amortizarlo en su totalidad **constituye una situación de incumplimiento grave, injustificada y definitiva de sus obligaciones que conlleva a**

negar la solicitud de reconsideración y en consecuencia a ratificar la aplicación de la medida contractual recomendada por la Interventoría que es hacer efectiva la póliza única de cumplimiento en sus amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo por la suma de \$545.692.250, en atención a la falta de inversión de la totalidad del anticipo y, el amparo de cumplimiento por la suma de \$854.732.567,69, en atención a la falta de amortización de dicha suma.

Por todo lo anteriormente expuesto por parte de la UG FFIE, y en razón a que:

- (I) No se probó que el incumplimiento no fuera cierto y
- (II) No se probó causa eximente de responsabilidad alguna.

CONCLUSIÓN Y DECISIÓN DEL COMITÉ FIDUCIARIO DEL PA FFIE:

En atención al pronunciamiento otorgado, decisión e instrucción impartida por el Comité Fiduciario del PA-FFIE en su sesión No. **822 del 16 de agosto de 2024**, precedido de la recomendación del Comité Técnico del PA FFIE, y del análisis efectuado por la UG-FFIE, y al correo electrónico remitido por la misma Unidad de Gestión del FFIE mediante el cual remite la presente comunicación donde se plasma la decisión del Comité Fiduciario del PA FFIE; el **Consortio FFIE Alianza BBVA, que actúa única y exclusivamente en calidad de vocero y administrador del PA FFIE, materializando dicha instrucción otorgada en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil 1380 de 2015, mediante la presente comunicación le informa la decisión del Comité Fiduciario del PA FFIE que determinó la IMPROCEDENCIA DE LAS SOLICITUDES DE RECONSIDERACIÓN y en consecuencia, ratifica la afectación a la póliza única de cumplimiento en sus amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo por la suma de \$545.692.250, en atención a la falta de inversión de la totalidad del anticipo y, el amparo de cumplimiento por la suma de \$854.732.567,69, en atención a la falta de amortización de dicha suma del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021, correspondiente a la Institución Educativa Tomas Cadavid sede Principal, ubicada en el municipio de Bello, Antioquia.**

En este sentido y conforme el contrato, dicho valor se descontará de las sumas que se adeuden al contratista por cualquier concepto como compensación.

De no ser posible la compensación de las sumas adeudadas por el contratista por concepto de cláusula penal, el contratista deberá consignar dichas sumas en la cuenta de ahorros Ahorrodinario 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 de Obra, 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 teniendo en cuenta que en el Parágrafo Primero de la cláusula Décima Novena del contrato de interventoría No. **1380-1431-2021** se estableció que el contratante está facultado

para descontar de los saldos a favor del contratista el importe de las sumas que resulte a cargo de este último, como consecuencia de los incumplimientos en que haya incurrido, **se solicita a la Interventoría del CONTRATO que dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo de la presente comunicación informe por escrito a la Dirección Financiera de la UG FFIE los saldos a favor del contratista derivados de la ejecución del contrato, remita los soportes respectivos y presente la solicitud de compensación de la medida con los saldos a favor que existan, conforme el contrato y la decisión e instrucción dada por el Comité Fiduciario del PA FFIE. Dicha comunicación debe ser enviada al correo electrónico solicitudcompensación@ffie.com.co.**

Sin otro particular,

(FIRMA DIGITAL)

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

FRANCISCO JOSÉ SCHWITZER SABOGAL Representante Legal ALIANZA FIDUCIARIA S.A. sociedad en calidad de representante legal del CONSORCIO FFIE ALIANZA- BBVA¹, **que 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 MEN / FFIE

Miembros con voz y voto Comité Técnico PA-FFIE

Miembros con voz y voto Comité Fiduciario PA-FFIE

¹ 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”**