

PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2

Bogotá D.C., 09 de agosto de 2023

Señor

HÉCTOR ADALBER ORDONEZ ORTIZ

Representante Legal

CONSORCIO M&E CANAÁN FFIE

Dirección: Carrera 14 # 79-78. Oficina 503

Correo electrónico: ffiecanaan.tomas@gmail.com;

marlyvanegas@canaanconstructores.com;

ffiecanaan.residentetomas@gmail.com;

aux.antioquia.canaan.lopez@gmail.com

Bogotá, D.C.

Señor

ROBERTO VERGARA ORTIZ

Presidente Ejecutivo

HDI SEGUROS S.A.

Dirección: Carrera 7a # 72-13 Edificio HDI

PBX: (601) 3468888

Correo electrónico: presidencia@hdi.com.co; roberto.vergara@hdi.com.co; juan.Ospina@hdi.com.co

Bogotá, D.C.

Señora

EVA PATRICIA CUBIDES BALLESTEROS

Apoderada HDI SEGUROS S.A.

MCA ASESORES JURÍDICOS & FINANCIEROS

Dirección: Calle 124 # 45 – 15. Oficina 601

Correo electrónico: coordinacionjuridica@mcaasesores.com.co; coordinacionjuridica2@mcaasesores.com.co

Bogotá, D.C.

Asunto: **Comunicación de la decisión del Comité Fiduciario No. 697 del 08 de agosto de 2023 -**
Respuesta a “*Solicitud de reconsideración*” y “*Solicitud nulidad – reconsideración*”
presentadas mediante la comunicación No. **CMCF-FFIE-IEAG-335-2023 del 02 de agosto de 2023** y la comunicación sin número con fecha del **03 de agosto de 2023**, frente a la decisión exigir el pago de la cláusula penal y terminar de manera anticipada el Contrato de Obra No. 1380-1431-2021, suscrito con el Contratista de Obra Consorcio M&E CANAÁN FFIE, correspondiente a la I.E. Tomás Cadavid Sede Principal, ubicada en el municipio de Bello – Antioquia.

Póliza: Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4005244 expedida por HDI Seguros S.A.

Respetados Señores.

En atención al análisis efectuado por la UG-FFIE, 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. 697 del 08 de agosto de 2023**, previo a la recomendación y estudio por el Comité Técnico del PA-FFIE, el Consorcio 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 comunicación le informa la decisión del **Comité Fiduciario del PA-FFIE** de dar respuesta en los siguientes términos a las comunicaciones anotadas en el asunto, a través de las cuales solicitaron “(...) *reconsiderar la decisión adoptada*”

PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2

en el procedimiento de presunto incumplimiento contractual, Oficio No. X172263 de 2023, en los siguientes términos: 1. Dar por terminado el contrato de mutuo acuerdo de conformidad con el numeral 2 de la cláusula décima sexta del contrato” y “considerar la nulidad de la decisión comunicada el 1 de agosto por falsa motivación y violación al debido proceso, o en su defecto, considerar el presente escrito como reconsideración a la decisión del Comité Fiduciario en sesión No. 693 del 27 de julio de 2023”, respectivamente.

Lo anterior en atención a que mediante comunicación del 31 de julio de 2023, el Consorcio FFIE Alianza BBVA, **que actúa única y exclusivamente en calidad de vocero y administrador del PA FFIE** comunicó la decisión del Comité Fiduciario de terminar anticipadamente por causal de incumplimiento del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021, correspondiente a la Institución Educativa Tomás Cadavid Sede Principal, ubicada en el municipio de Bello – Antioquia y en consecuencia, se decidió aplicar y hacer exigible el cobro de la cláusula penal proporcional por valor de **TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS VEINTICINCO PESOS M/CTE (378.627.425)**, correspondiente al 20% tasado como pena sobr calculado sobre el porcentaje de incumplimiento pactado.

A continuación, se procede indicar el análisis de la Unidad de Gestión del FFIE, de cada uno de los aspectos abordados por el contratista y la aseguradora sen las citadas comunicaciones No. CMCFF-FFIE-IEAG-335-2023 del 02 de agosto de 2023 y la comunicación sin número con fecha del 03 de agosto de 2023.

1. De la solicitud de reconsideración presentada por el contratista.

El contratista de obra a través del documento No. CMCFF-FFIE-IEAG-335-2023 del 02 de agosto de 2023 solicitó “(...) *reconsiderar la decisión adoptada en el procedimiento de presunto incumplimiento contractual, Oficio No. X172263 de 2023, en los siguientes términos: 1. Dar por terminado el contrato de mutuo acuerdo de conformidad con el numeral 2 de la cláusula décima sexta del contrato.*”.

El contratista en su escrito de reconsideración, tal y como lo manifestó en sus descargos, no hizo una presentación de hechos o circunstancias que desvirtúen el incumplimiento, tampoco probó o desvirtuó que el incumplimiento reportado por la interventoría no fuera cierto. Además, recordemos que en sus descargos concluyó que la situación de incumplimiento obedece a una situación grave de iliquidez que le atribuye al contratante.

En la misma línea argumentativa, en su escrito de reconsideración de 3 páginas, se limita a enlistar, enunciar, mencionar los incumplimientos en que a su juicio incurrió el contratante que afectaron su iliquidez y que con esto se afectó sin su responsabilidad la intención de cumplimiento del contrato.

En tal sentido, pese a que se responderá y desvirtuará uno a uno los supuestos incumplimientos que le endilga al contratante téngase presente como postulado preliminar que no puede entenderse y mucho menos admitirse como el contratista pretende continuar excusando su incumplimiento con acusaciones frente al contratante respecto a que se atentó contra su intención de cumplir el contrato. Primero, como está dicho en la decisión inicial el contrato de obra comporta obligaciones de resultado no de medio, además como allí se explicó y demostró en la trazabilidad del contrato el contratante no incumplió sus obligaciones y deberes contractuales pero además, hizo todo lo que estaba a su alcance para permitir la ejecución del contrato incluso ante situaciones previas de incumplimiento, permitiendo conceder prórrogas que purgaron incumplimientos previos, generando y consensuando condiciones especiales de ejecución tales como concertación de puntos de control, descuentos automáticos en caso de incumplimiento, entre otros.

De modo tal que, pese a las múltiples modificaciones contractuales mediante las cuales se ha ampliado el plazo de ejecución del contrato, permitiendo la reprogramación del cronograma de obra, y la definición de puntos de control con el fin de superar las situaciones presentadas con relación a atrasos injustificados y con el fin de superar las dificultades presentadas por el contratista en la ejecución del contrato y con ello lograr la finalidad

PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2

de la ejecución del proyecto, persistió el incumplimiento grave y definitivo de sus obligaciones que afectó gravemente el desarrollo del mismo conllevándolo a la necesidad de terminarlo anticipadamente por incumplimiento además de la consecuente y necesaria aplicación de la cláusula penal pactada y reconocida en el contrato.

Téngase en cuenta además que el incumplimiento del contratista no se circunscribe a un retraso injustificado en la ejecución del contrato, sino que la situación de incumplimiento, como lo advirtió el interventor, es de tal gravedad que conllevo a la ausencia de personal y como se fuera poco al abandono total de las actividades de obra.

A continuación, se refutará cada uno de los supuestos incumplimientos endilgados al contratante:

- ***“Falta de pago del saldo de las actas de liquidación de los contratos 1380-1071-2019, 1380-1127-2020, 1380-1139-2020 correspondientes a los IE Enrique Vélez, La Unión y Consejo Municipal de Itagüí”.***

En relación con la supuesta iliquidez por la falta de pago de la liquidación de los contratos de Obra No. 1380-1071-2019 – I.E. Enrique Vélez, 1380-1127- 2020 – I.E. La Unión y 1380-1139-2020 – I.E. Consejo Municipal de Itagüí, se informa que dicha afirmación no es cierta y por lo mismo es completamente infundada, dado que una vez cumplidos los requisitos exigidos en cada uno de los contratos citados, se autorizó la liquidación del 100% en el proyecto La Unión, y que con el fin precisamente de facilitar y agilizar recursos para la ejecución de las obras, se autorizaron y concedieron liquidaciones parciales, correspondientes al 70% en los proyectos Enrique Vélez y Consejo municipal de Itagüí.

Por tanto, primero el contratista no demostró cómo o en qué consistió el supuesto incumplimiento en cuanto a la falta de pago de las liquidaciones, tampoco este planteamiento tiene relación de causalidad o correspondencia alguna frente a los incumplimientos que se endilga y por último está probado que el contratante si realizó las liquidaciones y hasta autorizó liquidaciones parciales con el fin de facilitar mayor liquidez al contratista.

Por último reiterese que las obligaciones de ejecución del contratista en ningún modo, momento o lugar estuvieron condicionadas a aspectos o pagos derivados de otros negocios jurídicos entre las mismas partes o entre él y terceros.

- ***Mora en la liquidación y pago de las actas finales de los contratos 1380-1048-22019 y 1380-1012-2019 correspondientes de las IE Ciudadela Educativa de Yondó y San José de las Cuchillas.***

Sustentó el contratista la falta de liquidez y por ende el incumplimiento en la demora en el pago de actas parciales de los Contratos de Obra No. 1380-1048-22019 – I.E. Ciudadela Educativa de Yondó y 1380-1012-2019 – I.E. *San José de las Cuchillas*, ante lo cual, se reitera como ya se ha dicho, que el cumplimiento de sus obligaciones no tiene ni pudo haber tenido ningún condicionamiento por parte del contratista, pues las obligaciones contractuales no estaban sujetas a condición alguna.

Como se ha dicho, tampoco probó en que supuestamente consistió el incumplimiento del contratante en los contratos de las Instituciones Educativas antes mencionadas.

Admitir o excusar su cumplimiento en lo anterior, significaría admitir el absurdo que un deudor válidamente pueda excusarse, eximirse e irrespetar sus propios actos o compromisos bajo el precepto *“no puedo cumplir porque estoy ilíquido”*. Eso simplemente es una excusa indecorosa además de infundada que en términos de

PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2

principalística se expresaría como que nadie puede beneficiarse de su propio dolo o culpa “*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*”

Como se dijo en la decisión inicial, la situación de iliquidez del contratista es de su absoluta y completa responsabilidad y no puede culpar, responsabilizar al contratante de tal situación, además que ni siquiera precisa o menciona los hechos, causas, circunstancias en las que se supuestamente se incumplieron pagos, además de advertir, también como se ha mencionado, que las obligaciones del contrato de la IE. Tomás Cadavid en modo alguno estaban condicionadas a las situaciones, hechos o circunstancias de los demás contratos.

- ***Negativa en trámite de arreglo directo del reconocimiento de mayores valores de indexación de los contratos ya terminados 1071, 1127 y 1139, y a modificar la fórmula de indexación a pesar de la evidencia de la desactualización de los precios del contrato en comparación con los precios del mercado y con las variaciones reales reflejadas en las variaciones de los índices de costos de construcción base de cálculo de la fórmula de indexación, teniendo la potestad de hacerlo ante la insuficiencia de la fórmula de cumplir con la finalidad para la cual fue concebida.***

En cuanto a que se presentó negativa en el trámite de Arreglo Directo para el reconocimiento de mayores valores de indexación, se aclara que dicha afirmación no es cierta, puesto que las solicitudes presentadas se han adelantado. Muestra de esto que se concertó en sesión de arreglo directo del 25 de mayo de 2023 el reconocimiento de indexación con varias de indexación en el proyecto Las Cuchillas, pero solo fue aprobada por parte del contratista el acta de dicha sesión el 17 de julio del año en curso.

Por tanto, véase como en este caso que se cita, el mismo contratista fue quien se demoró más de dos meses en devolver el acta del arreglo directo en el que se propuso un reconocimiento, lo cual cuestiona su deber de diligencia y por tanto queda probado como en este caso, las demoras en los reconocimientos de otros contratos que nada tienen que ver con el de la IE Tomás Cadavid, son propios del contratista y por tanto mal puede pretender advertir incumplimientos del contratante y mucho menos que la situación de iliquidez es producto del accionar del contratante.

Alegó el contratista además que su situación de iliquidez es atribuible al contratante por cuanto no se modificó la fórmula de indexación del contrato, - ***a pesar de la evidencia de la desactualización de los precios del contrato en comparación con los precios del mercado y con las variaciones reales reflejadas en las variaciones de los índices de costos de construcción base de cálculo de la fórmula de indexación*** – frente a este aspecto, téngase en cuenta que resulta una excusa más, es decir, el contratista pretende sustentar que no cumplió porque el contratante no quiso modificar las condiciones de ejecución, cuando como es sabido el contratante no está obligado a cambiar las condiciones del contrato y lo que si es cierto, es que el contratista está obligado a ejecutar el contrato en los términos, condiciones y precios pactados. Por tanto, tampoco puede admitirse ni justificar su incumplimiento en este aspecto.

- ***No pago y/o pago tardío de las indexaciones de precios pactados en los contratos en ejecución de las obras ya facturadas y cobradas.***

Sustentó su iliquidez en el no pago o pago tardío de las indexaciones de precios pactados. Sin embargo, verificado con el Grupo de Costos y Presupuestos de la Dirección Técnica no se ha radicado la solicitud del contratista de indexación de precios, ni se ha recibido firmada y avalada por la interventoría.

Es de aclarar que solo hasta el 25 de julio de 2023 se remitieron los formatos en borrador para revisión del FFIE, motivo por el cual no se tiene una solicitud de indexación formal aprobada por la interventoría para dicho trámite. Por tanto, está probado que hasta el mes de julio se radicó por parte del contratista la solicitud de

PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2

indexación y por lo mismo, no existe ninguna situación originada por el contratante que le generara una situación de iliquidez.

- ***No pago y/o pago tardío de los reconocimientos del mayor valor del acero en los contratos en ejecución de las obras ya facturadas y cobradas.***

Frente a que la supuesta iliquidez que se generó por el no pago o pago tardío de reconocimientos del mayor valor del acero, se aclara que para la I.E. Tomás Cadavid solo hasta el pasado 26 de Julio del 2023 se radicó la solicitud, motivo por el cual se encuentra en trámite de revisión por parte de la UG FFIE.

- ***Retenciones de pago de facturas por formalismos de trámite de legalización de modificaciones contractuales muchas de ellas entregadas tardíamente al consorcio.***

En relación con la supuesta retención de pagos de facturas por formalismos en el trámite de legalización, se concluye que no es cierta dicha afirmación dado que el procedimiento para pagos debe cumplirse conforme se exige a todos los contratistas.

- ***Mora en el trámite y pago actas de parciales.***

En relación con la supuesta mora en el trámite y pago de actas parciales de obra, se informa que no es cierto que se hubieren causado demoras en trámites de pagos. Además, tampoco menciona que actas tuvieron supuestos retrasos o demoras, motivo por el cual no es admisible dicho argumento para justificar su iliquidez ni su incumplimiento.

- ***Negativa al reconocimiento de pago parcial de actividades de demostrada inversión en materiales y elementos llevados a obra previo a su instalación y entrega.***

El contratista sustenta que no se autorizaron pagos parciales de obra ejecutada y que esto generó iliquidez, sin embargo, esta afirmación se desvirtúa por cuanto para proceder al pago de actividades se requiere cumplir el procedimiento pactado en especial, el recibo a satisfacción de la interventoría.

Asimismo, se aclara que no es procedente autorizar el pago parcial por el solo suministro de materiales, toda vez que, de acuerdo con el documento contractual denominado Especificaciones Generales, los precios unitarios contratados incluyen como un todo, el conjunto de materiales, mano de obra, equipos y herramientas necesarios para la correcta ejecución de las actividades. Sin evidenciarse que existan ítems de pago por el solo suministro de materiales.

- ***Tardía aprobación de análisis de precios unitarios de obras no previstas de actividades que fueron necesarias en la ejecución, pero cuyo cobro y pago se dilato y generó afectación al flujo financiero del Contrato.***

El contratista se defiende y sustenta que no se autorizaron pagos parciales de obra ejecutada y que esto generó iliquidez, sin embargo, esta afirmación se desvirtúa por cuanto para proceder al pago de actividades se requiere cumplir el procedimiento pactado en especial, el recibo a satisfacción de la interventoría.

- ***Cruce de sanciones impuestas contra saldos adeudados de las obras en ejecución a pesar de las solicitudes de su cruce contra la liquidación de los contratos para evitar la afectación de la caja de los proyectos.***

PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2

El contratista informa que su situación de iliquidez también se debe a que se cruzaron sanciones impuestas contra saldos a favor de las obras en ejecución. Ante esto, se informa que frente al colegio de Tomás Cadavid no se cruzó ni compensó ninguna sanción.

- ***Cruce anticipado de saldos de anticipos por fuera de los tiempos pactados en los contratos.***

Frente a que la situación de iliquidez se derivó de un cruce anticipado de saldos de anticipo, se informa que, de acuerdo con lo señalado por la interventoría, no es cierto dado que en ningún momento se cruzó, compensó o modificó la amortización del anticipo.

- ***Dilación en las aprobaciones de las adiciones que el contrato requirió ocasionando gastos innecesarios de mayor permanencia.***

Sustenta su iliquidez en la demora en la aprobación de las adiciones suscritas, sin embargo, esto no es cierto dado que para este proyecto no se requirió adición de recursos.

- ***Negativa de aceptación de adiciones y prorrogas convenidas que ocasionaron inversiones innecesarias en inventarios de obra.***

Informa que se presentó negativa del contratante en aceptar las solicitudes de adición y prorrogas, sin embargo, para la I.E. Tomás Cadavid no se requirió la adición de recursos, además, en lo referente a prórrogas, la interventoría tramitó de manera oportuna las dos solicitudes de prórroga presentadas por el Contratista de Obra.

Lo que colige del escrito de reconsideración es que el contratista acepta que efectivamente no ejecutó la obra por falta de liquidez, lo cual es de su única y exclusiva responsabilidad. Siendo así que, no es dable justificar la iliquidez manifestada con supuestas demoras en reconocimientos económicos relacionadas con otros contratos, por cuanto desde una lectura de derechos y obligaciones, con la suscripción del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021 el contratista se comprometió a ejecutar el proyecto en las condiciones técnicas, jurídicas y económicas pactadas.

Por tanto, no puede válidamente excusarse en supuestos incumplimientos del contratante cuando ni siquiera precisa ni los hechos ni las circunstancias en los que supuestamente se presentaron, tratando de responsabilizar al contratante de su iliquidez cuando su liquidez es su propia y única responsabilidad.

Por el contrario, lo que da cuenta la trazabilidad del contrato es que a pesar de que se venían presentando retrasos hace varios meses la UG FFIE, concedió plazos con condiciones especiales de ejecución a fin de que el contratista pudiera continuar con la ejecución del contrato prescindiendo de la adopción de medidas contractuales de apremio.

Por tanto, resulta una afirmación carente de sustento fáctico y jurídico y parece presentarse una excusa al hecho que el contratista como defensa de los incumplimientos endilgue que el contratante lo ha llevado a una situación de colapso económico.

Además, al manifestar de forma expresa en su escrito de reconsideración que se encuentra en estado de iliquidez, confirma su incapacidad económica de ejecutar el contrato en las condiciones a las que se obligó no solo desde la suscripción sino de las desde la última reciente modificación, con lo cual pareciera haber pretendido llevar a que el contratante purgara antiguos incumplimientos, generando nuevos plazos y condiciones para facilitar la ejecución que, como se advierte están incumplidos con su manifiesta y palmaria situación de iliquidez, lo cual

PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2

confiesa y confirma su grave incumplimiento y la necesidad de dar por terminado anticipadamente el contrato por la misma razón.

En conclusión, el contratista en su reconsideración no demostró que el incumplimiento no fuere cierto, tampoco demostró que si hubiere cumplido sus obligaciones y mucho menos demostró eximente de responsabilidad alguna que le permitiera eximirse válidamente del cumplimiento, por tanto, tantas las manifestaciones efectuadas en su escrito de reconsideración no son válidas ni procedentes.

En este sentido, se ratifica la recomendación de aplicación de la terminación anticipada por incumplimiento y la cláusula penal aplicada de manera proporcional, así proceder a tramitar ante el garante la indemnización de los perjuicios con motivo del demostrado incumplimiento del contratista.

2. De la “Solicitud nulidad – reconsideración”: PRESENTADA POR EL GARANTE.

La apoderada de la Aseguradora a través de comunicación sin número con fecha del 03 de agosto de 2023 solicitó “(...) considerar la nulidad de la decisión comunicada el 1 de agosto por falsa motivación y violación al debido proceso, o en su defecto, considerar el presente escrito como reconsideración a la decisión del Comité Fiduciario en sesión No. 693 del 27 de julio de 2023.”, presentando los siguientes argumentos, los cuales se procede a desvirtuar, así:

- ***Que “no se tuvieron en cuenta los argumentos de la aseguradora en la decisión del Comité”.***

Frente a este postulado presentado por el garante se advierte que no es cierto señalar que los argumentos de la aseguradora no se tuvieron en cuenta en la decisión del Comité Fiduciario No. **693 del 27 de julio de 2023**, toda vez que, estos fueron expuestos ante los miembros del Comité Técnico y Fiduciario para su consideración en las diferentes sesiones, tal y como consta en la presentación del Comité Técnico No. 734 y Fiduciario 693 del 27 de julio de 2023.

Adicionalmente, pese a que en la decisión no se manifestó expresamente que los argumentos de la Aseguradora estaban siendo analizado y contestados, los mismos descargos del garante fueron controvertidos de fondo en la decisión del comité Fiducario, específicamente en las consideraciones de la UG FFIE, tal y como lo demuestran los acápites 4.2. *Frente a la negativa ante la imposibilidad de cumplimiento del contrato en el plazo restante*, 4.7. *Frente a la facultad contractual para exigir el pago de la cláusula penal y la validez de su estipulación* y 4.8. *Frente al agotamiento de la instancia de arreglo directo*.

Aunado a lo anterior, se tiene como prueba del cabal cumplimiento del procedimiento establecido en la Cláusula Vigésima del contrato el hecho que todas las actuaciones que se surtieron en el transcurso del procedimiento de incumplimiento contractual fueron comunicadas a la Aseguradora, confiriendo su derecho a la defensa y al debido proceso.

En este sentido, es de aclarar que, no obstante se recibieron y se analizaron los descargos presentados por la apoderada de la Aseguradora, los mismos no desvirtuaron el incumplimiento del Contratista de Obra ni demostraron la existencia de eximente de responsabilidad.

Por lo cual no se acepta el argumento mediante el cual se manifiesta que, “la decisión carece de validez por omitir la fundamentación relacionada con los descargos de la Aseguradora, lo que se constituye en falsa motivación de la decisión y viola de manera contundente el debido proceso”, toda vez que estos hicieron parte del análisis de la UG FFIE y de la razón de la decisión tomada por el Comité Fiduciario.

PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2

- ***Que “no se concedió a la aseguradora el derecho a presentar reconsideración, tal y como lo señala el contrato y la modificación al PIC”.***

No es correcto afirmar que no se concedió a la Aseguradora el derecho a presentar reconsideración, toda vez que, la decisión de aplicar el cobro de la cláusula penal y terminar anticipadamente por incumplimiento el Contrato de Obra No. 1380-1431-2021, correspondiente a la Institución Educativa Tomás Cadavid Sede Principal, fue comunicada al garante mediante oficio No. X172263 del 31 de julio de 2023 para el ejercicio de defensa y contradicción, **informando de manera expresa que la decisión podrá ser reconsiderado dentro de los dos días siguientes, tal y como lo establece la Cláusula Vigésima del contrato.**

Lo cual el garante finalmente hizo al presentar su escrito de reconsideración el pasado 03 de julio de 2023. De modo tal que, no es procedente manifestar que no se está otorgando a la Aseguradora las mismas oportunidades procesales que al contratista afianzado.

- ***Que “no se realizó tasación de la cláusula penal”.***

Respecto de lo manifestado por la apoderada de la Aseguradora sobre la aplicación de la cláusula penal, se reitera que esta es un elemento accidental de los contratos que tienen libertad de configuración en desarrollo del principio de autonomía de voluntad de las partes, de suerte que, al haberse establecido claramente la posibilidad del contratante de acumular la pena con la exigencia de cumplimiento del objeto contractual, la misma podrá ser exigida conforme lo ordena el artículo 1599 del Código Civil.

Es de anotar que la Cláusula Décima Novena del Contrato establece que, “*En caso de incumplimiento total o definitivo de cualquiera de las obligaciones del contratista conforme a lo conceptuado por la interventoría evidenciado durante su ejecución o con posterioridad al vencimiento del mismo, se genera a su cargo el pago de la cláusula penal cuyo monto será hasta por el 20% del valor total del contrato. La pena no exime al contratista del cumplimiento de la obligación principal, ni del pago de ellos perjuicios que superen el valor de este porcentaje en los términos del artículo 1594 del Código Civil y demás normas concordantes*”. (subrayado y negrita fuera del texto).

En este sentido, es de anotar que los incumplimientos del Contratista de Obra son definitivos en la medida en que se han vencido los plazos en los cuales tenían que cumplirse las obligaciones, además, está probado que con sus incumplimientos se ha afectado de manera grave la ejecución del contrato. Al punto de concluir la interventoría que su ejecución mensual no supera los 205 Millones de pesos y su compromiso fue ejecutar mensualmente en promedio más de 1.000 millones de pesos, esto sumado al confeso incumplimiento de la capacidad financiera requerida para la ejecución del contrato.

Por estos motivos, conforme al estricto pacto que suscribieron las partes, teniendo en cuenta el atraso reportado por la interventoría y que el Contratista de Obra no probó el cumplimiento de sus obligaciones, ni de causales que lo eximan de su responsabilidad, es procedente la aplicación de la cláusula penal, que en todo caso **se aplicará de manera proporcional** en atención a lo consagrado en el artículo 1596 del Código Civil, relativo a la proporcionalidad de la pena por cumplimiento parcial del contrato, conforme la siguiente tasación:

Valor total del contrato	% dejado de ejecutar	valor % dejado de ejecutar	Valor cláusula penal (20%)
\$ 10.233.173.660,00	18,50%	\$ 1.893.137.127,00	\$ 378.627.425,00

PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2

De modo tal que, se equivoca la Aseguradora al señalar que no se está aplicando de forma proporcional la Cláusula Penal, por cuanto la misma se tasó teniendo en cuenta el porcentaje de retraso actualizado por la Interventoría con corte el 22 de julio, el cual equivale al 18,50%, tal y como consta en la decisión.

- ***Que “la decisión del comité fiduciario no se dio en los términos señalados contractualmente”.***

Nuevamente se equivoca la Aseguradora al señalar que la decisión del Comité Fiduciario no se tomó en los términos señalados en el contrato, por cuanto el Parágrafo Primero de la Cláusula Vigésima del contrato establece que:

“PARÁGRAFO PRIMERO: *Los plazos establecidos en el presente procedimiento con excepción al señalado para presentar los descargos por parte del CONTRATISTA y EL GARANTE, y del previsto para presentar escrito de reconsideración por parte del CONTRATISTA y EL GARANTE, podrán ser prorrogados por parte del CONTRATANTE, por un término igual al inicialmente señalado cuando lo considere necesario para el correcto desarrollo de la presente actuación”.*

Siento así que, con excepción del término para presentar descargos o escrito de reconsideración, el Contratante tiene la facultad de prorrogar los plazos establecidos para el procedimiento de incumplimiento contractual cuando lo considere necesario. Situación que se presentó de cara en el caso concreto, por cuanto por la complejidad de la situación presentada y el tipo de medidas recomendadas, se requería de un tiempo mayor para su análisis.

En este sentido, es preciso señalar que los descargos del Contratista y de la Aseguradora se recibieron entre el 10 y el 11 de julio, y la decisión del Comité se comunicó a los interesados el día 31 de julio; lo que demuestra que la decisión motivada por la cual se revoló el incumplimiento se tomó dentro de los trece (13) días hábiles siguientes al recibo de los descargos, sin exceder del término que establece la Cláusula Vigésima en su parágrafo primero.

- ***Que “el contrato es ley para las partes”.***

Como lo señala la Aseguradora en su escrito del 03 de agosto, el contrato es ley para las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil, motivo por el cual es posible hacer efectiva cada una de las cláusulas del contrato, de acuerdo con las condiciones y supuestos en ellas descrito.

En este sentido, se hace hincapié en lo consagrado en la Cláusula Décima Tercera del contrato referente a las garantías, en la cual se establece que, *“con el objeto de respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, en razón o con ocasión de la celebración y ejecución del presente Contrato, así como respecto de los posibles riesgos que puedan presentarse en la ejecución del mismo (...)”*, el contratista deberá constituir una serie de garantías entre las cuales se encuentra la de cumplimiento. La cual, para el caso en concreto, está amparada en la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 4005244 expedida por HDI Seguros S.A.

De manera tal que, no se acepta el argumento mediante el cual la apodera de la Aseguradora señala que la consecuencia de la terminación anticipada por incumplimiento de que trata el literal *“b. Se harán efectivas la cláusula penal y las garantías a que haya lugar”* de la respectiva cláusula es general, abstracto y no permite ejercer su defensa, por cuanto desde la comunicación de inicio se puso en conocimiento de la Aseguradora los hechos de posible incumplimiento que daban origen a la aplicación del respectivo proceso.

PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2

Adicionalmente, se reitera que, si bien el Contrato de Obra en su Cláusula Trigésima referente a la solución de controversias contractuales señala que las diferentes o discrepancias surgidas de la actividad contractual podrán ser resueltas mediante arreglo directo, no establece dicho mecanismo como requisito de procedibilidad para el inicio del procedimiento de declaratoria de incumplimiento contractual o para la exigencia del pago de la cláusula penal, dado que frente a estas situaciones existe cláusula expresa de procedimiento de incumplimiento y la cláusula penal.

Asimismo, es de recordar, tal y como se indicó anteriormente, que las cláusulas contractuales previstas en el Contrato de Obra son ley para las partes. De manera tal que, al haberse establecido inequívocamente la posibilidad del contratante de terminar el contrato anticipadamente en caso de incumplimiento y de hacer efectivo el cobro de la cláusula penal en los términos del procedimiento establecido en la Cláusula Vigésima del Contrato, siendo procedente la aplicación de ambas medidas, por cuanto el contratista no desvirtuó los incumplimientos reportados por la Interventoría ni haber demostrado causal eximente de responsabilidad alguna.

Finalmente, se rechaza la solicitud de nulidad de la decisión, sustentada por falsa motivación y violación al debido proceso, dado que según el garante no se tuvieron en cuenta sus descargos para tomar la decisión, lo cual como se ha dicho cada uno de sus argumentos de defensa fueron desvirtuados en la decisión en las consideraciones de la UG FFIE, en los cuales además no se demostró el cumplimiento ni se advirtió eximente de responsabilidad alguna.

Valga mencionar que el garante sustentó que no es viable la TAI en la medida en que aún le quedaban 6 meses para ejecutar, lo cual fue desvirtuado en la decisión, dado que conforme se explicó en la decisión, para la procedencia de tal cláusula no se requiere ello sino que con el incumplimiento presentado se afectara la ejecución del contrato lo cual está probado, se desvirtuó que el arreglo directo no es una instancia condicionante del procedimiento de incumplimiento; aseguró el garante que no está obligado al pago de la pena, ante lo cual se informa que no se está haciendo exigible esta obligación al garante sino al contratista.

Al garante se le hará exigibles conforme la póliza de cumplimiento que amparó el contrato, la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato entre los cuales se identifican de manera meramente enunciativa, la devolución del anticipo, los costos de reasignación y en general todos los demás perjuicios que resulten probados y que determinen mayores valores para la terminación del proyecto, los cuales tienen como única causa el incumplimiento grave y definitivo de las obligaciones del contrato exclusivamente atribuibles a la falta de capacidad financiera y de iliquidez confesa por el contratista tanto en sus descargos como en su reconsideración.

Por todo lo anteriormente expuesto, y en razón a que:

- (I) El contratista acepta que efectivamente no ejecutó la obra por falta de liquidez, lo cual es de su única y exclusiva responsabilidad y conlleva que el proyecto no pueda ejecutarse en las condiciones técnicas, jurídicas y económicas pactadas,
- (II) No se probó que el incumplimiento no fuera cierto y
- (III) No se probó causa eximente de responsabilidad alguna

CONCLUSIÓN:

En atención al análisis efectuado por la UG-FFIE, a la recomendación dada por el Comité Técnico del PA-FFIE y al pronunciamiento otorgado e instrucción impartida por el Comité Fiduciario del PA-FFIE en su sesión No. **697 del 8 de agosto de 2023**, el Consorcio FFIE Alianza BBVA, **que actúa única y exclusivamente en calidad de vocero y administrador del PA FFIE, materializando la instrucción otorgada en el marco del Contrato de Fiducia Mercantil No 1380 de 2015,** comunica la decisión del Comité Fiduciario del PA-FFIE que determinó que no resulta procedente reconsiderar la definición del procedimiento de incumplimiento contractual – PIC del Contrato de Obra No. 1380-1431-2021, presentada por el contratista y, en consecuencia, **ratifica la terminación anticipada por causal de incumplimiento del citado contrato y, en consecuencia,**

PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE
NIT. 830.053.812-2

la aplicación del cobro de la cláusula penal por valor de **TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS VEINTICINCO PESOS M/CTE (378.627.425)**, correspondiente al 20% del valor de dicho contrato. Lo anterior, por el incumplimiento injustificado del Contratista de Obra Consorcio M&E CANAÁN FFIE, de la obligación ejecutar el contrato en los tiempos pactados de acuerdo con el cronograma de programación; el cual evidencia que se sigue reportando un retraso injustificado, el cual corresponde al 18,5%, pese a las prórrogas y condiciones especiales de ejecución (puntos de control), y se confirma el abandono de todas las actividades de obra por parte del contratista y la ausencia de personal profesional requerido para la ejecución del contrato, imposibilitando con ello, además, la ejecución de las obras y el cumplimiento del objeto del contrato.

Por lo anterior se ratifica que las consecuencias jurídicas de la terminación anticipada por incumplimiento son las previstas en la Cláusula Décima Sexta del contrato:

- a) No habrá indemnización alguna a favor del contratista
- b) Se harán efectivas la cláusula penal y las garantías a que haya lugar
- c) Se suspenderán todos los pagos que se hubieran librado o fueren a librar a favor del contratista hasta tanto se liquide el contrato. en la liquidación se realizará un cruce de cuentas y se consignarán las prestaciones pendientes a cargo de las partes sin perjuicio de las compensaciones o salvedades a que haya lugar.
- d) Se podrán reasignar los proyectos con los recursos dispuestos para su ejecución

Sin otro particular,

FIRMADA DIGITAL

FRANCISCO JOSÉ SCHWITZER SABOGAL

Representante Legal **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.** sociedad en calidad de representante legal 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. Consorcio A&C S.A.
Miembros con voz y voto del Comité Técnico PA-FFIE
Miembros con voz y voto del Comité Fiduciario PA-FFIE
Ministerio de Educación Nacional MEN

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: Han de parte igual, aquellas obligaciones propias de este tipo de negocio establecidas y requeridas 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, suministros, etc.); (iv) La definición y conformación de la Unidad de Gestión del FFE, la supervisión y responsabilidad sobre el personal que la integra y por las decisiones jurídicas, financieras y técnicas que tome 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"