

Bogotá, D.C., 08 de agosto de 2023

Ingeniero
RODRIGO MATEUS CARO
Coordinador 1 / Territorial
Región Antioquia y Chocó
rmateus@ffie.com.co



FIE2023IE002918

Asunto: Respuesta Oficio No. FIE2023IE002544 de fecha 18 de julio de 2023 "Traslado Recomendación de Interventoría sobre la NO Amortización del anticipo"

Mediante el presente documento se da respuesta a su solicitud detallada en el asunto, previo las siguientes consideraciones:

I. ANTECEDENTES

1. De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1 del Manual de Contratación, en concordancia con el artículo 59 de la Ley 1753 del 2015, el sistema de contratación del PA FFIE corresponde al derecho privado: *"Los contratos a suscribir por parte del PA FFIE, estarán sujetos en su celebración, ejecución y liquidación al régimen del derecho privado conforme a la legislación civil y comercial colombiana y a las normas contenidas en el presente Manual de Contratación (el "Manual") de acuerdo con lo que se establezca para el efecto en los términos de condiciones contractuales de cada convocatoria y/o en los contratos que suscriba el PA FFIE"*.
2. Que, en desarrollo del principio de autonomía de la voluntad, el Contratista CONSORCIO M&E CANAAN FFIE, con su carta de presentación de la propuesta, aceptó las reglas especiales establecidas en los Términos de Condiciones Contractuales - TCC y demás documentos que hacían parte de la Invitación Abierta No. 008 de 2019.
3. Que el día 22 de octubre de 2021, se celebró el Contrato de Obra No. 1380-1431-2021 cuyo objeto es: *"La elaboración de los diseños y estudios técnicos (cuando se requiera), obtención de licencias de construcción en cualquiera de sus modalidades y/o licencias de urbanismo junto con los permisos y aprobaciones necesarias, así como la ejecución de las obras en la Institución Educativa TOMÁS CADAVID SEDE PRINCIPAL, ubicada en el municipio de Bello, Antioquia, requeridos por el PA FFIE, en desarrollo del PNIE"*.
4. Que las normas aplicables al proceso de Contratación se encuentran debidamente decantadas en los TCC, sus adendas y los respectivos Anexos de la Invitación Abierta No. 008 de 2019, y demás documentos que hacen parte integral del contrato.
5. Por otro lado, en lo que se refiere al Anticipo, el numeral 10.7 de los Términos y Condiciones del Contrato - TCC, establece, entre otras disposiciones, lo siguiente:

"10.7 Anticipo: El valor del anticipo es del veinte por ciento (20%) del valor del Contrato correspondiente a la fase 2. Para la ejecución de contratos que incluyen el desarrollo de fase 2 y con un plazo igual o

mayor a seis (6) meses, el PA-FFIE pagará a título de anticipo, el veinte por ciento (20%) del valor del Contrato correspondiente a la fase 2. que se suscriba, el cual será amortizado de acuerdo con la tabla prevista para tal fin enunciado en el presente numeral y el cronograma de amortización.

- Justificación: Se realizó una evaluación técnica y económica con el fin de determinar la viabilidad del pago del anticipo y el monto del mismo.

Los factores que se utilizaron para determinar el uso y el porcentaje de anticipo son las siguientes:

- Posibilidad de disponibilidad de recursos para avanzar en la ejecución de la obra en los cuatro (4) primeros meses, que es donde se requiere mayor flujo de inversión. - El PA-FFIE determinó pactar un anticipo del 20% del valor del Contrato correspondiente a la fase 2 que se suscriba, con el fin que el contratista seleccionado cuente con los recursos suficientes para realizar la inversión inicial en los componentes de materiales, equipos y herramientas y de esta forma agilizar el desarrollo de las obras y facilitar al contratista el cumplimiento de los plazos establecidos, de acuerdo con las especificaciones Generales establecidas en el Anexo No.4".

6. Que de acuerdo con lo preceptuado por la Agencia de Compras Públicas Colombia Compra Eficiente, el Anticipo, a diferencia del pago anticipado "es un adelanto o avance del precio del contrato destinado a apalancar el cumplimiento de su objeto, de modo que los recursos girados por dicho concepto solo se integran al patrimonio del contratista en la medida que se cause su amortización mediante la ejecución de actividades programadas del contrato". (Ejecución | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública).
7. Que mediante oficio No. X172263 de fecha 31 de julio de 2023 comunicado mediante correo electrónico, el CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA, actuando única y exclusivamente como vocero y administrador del PA FFIE, y por instrucción del Comité Fiduciario, informó al Contratista de Obra respecto de la Terminación Anticipada por Incumplimiento del Contrato de Obra y sobre la aplicación de la Cláusula Penal. Vale aclarar que esta decisión no se encuentra en firme, en tanto se encuentra pendiente la resolución del recurso de reconsideración presentado por el Contratista.

II. DE LA SOLICITUD PARTICULAR

Ahora, descendiendo a su solicitud específica, encontramos que manifiesta lo siguiente:

"Por medio de la Presente me permito colocar a disposición la presente situación del contrato **1380-1431-2021 de Consorcio Canaan**, el cual se anexa recomendación enviada por la interventoría CONSTRUCTORA A&C, donde **se genera la alerta sobre el acta parcial de obra N° 14 , que se debería amortizar el 100% del valor de dicha acta, en vista de los riesgos Jurídicos, financieros que se evidencian frente a una terminación del contrato, (21 de diciembre de 2023) ya que no hay un avance significativo, sin personal en obra, y el mismo contratista afirma no disponer de recursos para continuar con la terminación del proyecto.**

Por lo anterior la Coordinación Antioquia- Choco da traslado de esta recomendación al área jurídica a razón del reiterado incumplimiento del contratista de obra Consorcio M&E Canaan FFIE, para que por parte de esta dirección jurídica de la UG FFIE, se obtengan los conceptos y lineamientos jurídicos que se deben tomar frente a esta recomendación tanto de la interventoría como de esta coordinación.

Se considera de suma importancia la pronta respuesta, ya que el proceso de pago para dicha acta esta en el área financiera y se encuentra suspendida". (negritas y subrayas por fuera de texto original)

De la situación de hecho expuesta, se tiene que, por un lado, está una factura presentada por el Contratista correspondiente al Acta Parcial de Obra No. 14 por valor de \$ **174.550.135**, y, por otro lado, el Contratista tendría pendiente por amortizar la suma de \$**1.400.629.705** equivalente al 68,44% del valor total del anticipo desembolsado.

Planteado el problema jurídico, se debe analizar el contexto completo de la realidad del contrato de obra 1380-1431-2021, correspondiente a la Institución Educativa TOMÁS CADAVID, con el fin de asumir una posición jurídica acorde con la dinámica del contrato.

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

- Del Plan de Inversión, del Flujo de Inversión y del Cronograma de Amortización del Anticipo:

El Anticipo del Contrato de Obra del asunto se desembolsó con fundamento en el 1) Plan de Inversión, 2) Flujo de Inversión y 3) Cronograma de Amortización aprobado por Interventoría y validado por la Coordinación Regional. Es decir, tanto la inversión, como facturación del contratista, y la amortización de los recursos recibidos en concepto de Anticipo, deben respetar las condiciones y plazos establecidas en tales documentos.

En el Plan de Inversión se describen los conceptos, valores y porcentajes de la inversión a ser realizada con los recursos recibidos por concepto de Anticipo. Por su parte, en el Flujo de Inversión se relacionan los ítems con sus respectivos valores a ser facturados conforme al porcentaje que desde el inicio del Contrato se espera que tenga el Contratista en ejecución de sus obligaciones y de acuerdo con el plazo del negocio jurídico.

Respecto del Cronograma de Amortización, como su denominación lo señala, este documento establece los plazos, porcentajes de la facturación y la amortización esperada conforme al avance estimado que debe tener el contratista para que se recupere en debida forma el anticipo girado al Contratista por parte del Contratante, de otra parte, se garantiza de esta manera que las obligaciones contractuales se ejecuten de conformidad y en oportunidad.

Conforme lo señala el numeral 10.7.2 de los TCC, el anticipo debe ser invertido al inicio de la ejecución de obra:

"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".

De lo anterior se desprende que, las condiciones para el desembolso se encuentran reguladas en los documentos contractuales, una vez girado y aprobado el plan de inversión y amortización del anticipo, por parte de la Interventoría, el Contratista debe ejecutar las actividades contractuales de manera oportuna, de acuerdo con el cronograma de amortización. Tal como se establece en las obligaciones previas 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 entregados por el PA FFIE a título de este anticipo y que han sido depositados en una fiducia para su administración, hayan sido desembolsados al contratista, contando con la aprobación de la interventoría.

Lo anterior respecto de la inversión de los recursos entregados a título de anticipo, no obstante, y teniendo en cuenta la naturaleza del *Anticipo*, el Contratista se encuentra obligado a amortizarlo con su facturación mensual, es decir, de cada Acta Parcial de Obra, el Contratista debe amortizar cierto porcentaje con el fin de regresar estos recursos al Contratante, porcentaje que debe estar previamente fijado en el cronograma de amortización del anticipo. En este orden de ideas, para que la amortización del anticipo se cumpla de conformidad, el Contratista de Obra deberá cumplir con la facturación esperada conforme al avance estimado, es decir, y en un sentido contrario, si el Contratista no presenta el avance de obra estimado conforme a los plazos establecidos tanto en el Flujo de Inversión, como en el Cronograma de Amortización, no se darán las condiciones para que el proyecto se ejecute a conformidad, y, mucho menos, para que se amortice el anticipo en su totalidad.

Ahora bien, no se debe perder de vista que los recursos entregados por concepto de Anticipo al Contratista son de naturaleza pública, conforme la cofinanciación de las obras de infraestructura educativa, y en caso de que se adviertan dificultades para su recuperación por causa de retrasos imputables al Contratista, se deberán realizar acciones positivas tendientes a recuperarlo.

- **De las manifestaciones de la Interventoría respecto de la Ejecución del Contrato de Obra objeto de análisis:**

- v El 27 de junio de 2023 mediante correo electrónico, la Interventoría del proyecto presentó a la Unidad de Gestión del FFIE el informe de incumplimiento del Contratista de Obra, en el que recomendó **el inicio del procedimiento de incumplimiento contractual PIC, la terminación anticipada por incumplimiento del contrato y la aplicación de la cláusula penal**, dadas las graves afectaciones que se han presentado en la ejecución del contrato referidas al incumplimiento de la programación por ausencia de personal y el abandono de la obra.

Entre los cargos referidos por el Contratista en su informe de incumplimiento se encuentran los siguientes:

1) Abandono de todas las actividades de obra por parte del contratista reportado desde el 29 de abril de 2023;

2) Retraso injustificado de 187 días de acuerdo con el cronograma de programación, reportado desde el 23 de noviembre de 2022, el cual produce que el plazo restante del contrato sea insuficiente para cumplir con el objeto del contrato en el porcentaje de ejecución restante, el cual equivale 54,6%.

3) Abandono del personal de la obra profesional reportado desde el 29 de abril de 2023, como consecuencia del no pago de salarios,

- v El contratista de interventoría CONSTRUCTORA A&C S.A. a través de oficio A&C S.A-FFIE 1380-1431-2021-G362 de fecha 12 de julio de 2023, señaló lo siguiente:

"Esta interventoría se permite recomendar a la UG-FFIE que el valor total (incluido AIU e IVA sobre utilidad) correspondiente a \$ 174.550.135 del acta parcial de obra N° 14 del período de ejecución de obras correspondiente al mes de junio de 2023 **presentada por el Consorcio M&E Canaán FFIE bajo el contrato 1380-1431-2021 para el proyecto I.E. Tomás Cadavid sea amortizada total y completamente al valor del anticipo otorgado al contratista de obra.**

El valor del anticipo otorgado bajo el contrato citado es de \$ 2.046.634.732 equivalente al 20% del valor del contrato (\$ 10.233.173.660).

A la fecha se han autorizado y pagado 13 actas parciales de obra por valor de \$ 2.702.575.396 equivalente al 26,41% del valor total del contrato.

El valor del anticipo amortizado en las 13 actas parciales de obra es de \$ 646.005.027, quedando un saldo por amortizar de \$ 1.400.629.705 equivalente al 68,44% del valor total del anticipo.

A la fecha de este comunicado, el tiempo restante a la fecha de terminación actual del contrato (21 de diciembre de 2023) es de 5 meses y 21 días.

Por tanto, es dable deducir que en el tiempo que al Consorcio le resta para culminar las obras contratadas, no le será posible amortizar totalmente el anticipo toda vez que, en promedio, debería amortizar en cada acta parcial de obra la suma de \$ 245.724.510 en donde las actas parciales mensuales deberían ser del orden de \$ 1.321.000.000 aproximadamente". (negritas y subrayas por fuera de texto original).

De lo informado por el Contratista de Interventoría en los oficios relacionados anteriormente, se logran deducir dos premisas respecto de lo que ha sido la ejecución del Contrato a la fecha:

La primera, que el Contratista de Obra incumplió sus obligaciones contractuales, y, por ende, se recomendó al Contratante aplicar la medida contractual de incumplimiento referente a la Terminación Anticipada por Incumplimiento y la aplicación de la Cláusula Penal, por causa de haberse presentado un incumplimiento total y definitivo de las obligaciones emanadas del Contrato celebrado. La segunda, que, dadas las condiciones del proyecto, el Contratista de Obra en la actualidad, no podrá amortizar en su totalidad el anticipo girado, por ende, este recomienda, se amortice en su totalidad la factura presentada por el Contratista.

De la Compensación

Sea lo primero informar que la compensación se encuentra contemplada en la normativa civil como un modo de extinción de las obligaciones. Así, lo establece el artículo 1625 del Código Civil:

"ARTÍCULO 1625. . Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

(...)

5o.) Por la compensación.

Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa | FFIE
Dirección: Calle 97ª # 9ª -34, Edificio Santa Clara. Pisos 4, 5 y 6.
Bogotá D.C., Colombia

(...)

De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales".

El Código Civil en el Artículo 1714, y subsiguientes, establecen lo siguiente:

"ARTÍCULO 1714. Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse".

"ARTICULO 1715. La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:

1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.

2.) Que ambas deudas sean líquidas; y

3.) Que ambas sean actualmente exigibles.

Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor".

Ahora bien, del problema jurídico expuesto, es cierto que el Contratista presentó una factura por la suma de **\$ 174.550.135**, no obstante, y según lo informado por el Contratista de Interventoría CONSTRUCTORA A&C S.A., quedando un saldo por amortizar de \$ 1.400.629.705 equivalente al 68,44% del valor total del anticipo, y que, además, dadas las condiciones actuales del proyecto, el Contratista de Obra no podrá amortizarlo en su totalidad.

Es decir, por un lado, se le adeuda al Contratista la suma de **\$ 174.550.135**, pero a su vez, el Contratista adeuda al Contratante la suma de \$ 1.400.629.705, como saldo pendiente por amortizar del anticipo girado, que no será posible amortizar dadas las condiciones de la realidad contractual de acuerdo con lo referido.

Así, realizando un proceso de subsunción, se presentan **deudas mutuas; líquidas; y exigibles.** De manera que, se cumplen los requisitos sine quanon establecidos en el Artículo 1715 del Código Civil, y frente a la factura por la suma de **\$ 174.550.135**, hay lugar a la operancia de la compensación, y, por ende, no habría lugar a cancelar suma alguna, sino que este concepto deberá descontarse de la suma pendiente por amortizar del contratista de obra.

- **De la Mora en los Contratos Bilaterales**

Al revisar la situación particular se tiene que, dada la realidad de la ejecución del contrato, teniendo en cuenta los diferentes pronunciamientos de la Interventoría, se logra evidenciar un incumplimiento total y definitivo de las obligaciones que emanan del contrato de obra por parte de la parte contratista. Debe tenerse en cuenta que se trata de un contrato bilateral que trae consigo una relación conmutativa en donde las prestaciones de las obligaciones de cada parte responden a las obligaciones de su contraparte.

Del análisis anterior, resulta relevante tener en cuenta lo establecido en el Código Civil, respecto de la Mora en los Contratos Bilaterales:

"ARTICULO 1609. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

Ahora bien, en el presente escrito no se centrará la atención en los cargos que soportan el incumplimiento contractual del contratista de obra por no ser de la pertinencia, además, en el trámite del Procedimiento de Incumplimiento Contractual se realizó dicho análisis, conforme a lo expresado por la Interventoría en su informe de incumplimiento. No obstante, si se mencionarán algunas acciones positivas del Contratante que pueden determinar que efectivamente la Parte Contratante sí cumplió sus obligaciones y que, en efecto si se allanó a cumplirlas en la forma y tiempo debidos:

- Desde el inicio de la ejecución, se modificó la Forma de Pago del Contrato de Obra, aumentando el porcentaje de pago por avance de obra del 90 al 97% (con el fin de brindarle mayor liquidez al contratista de obra).
- Se actualizaron los precios contractuales, conforme la fecha de celebración del negocio jurídico.
- Mediante Otrosí No. 1 al Contrato de Obra, se estableció el Procedimiento para el reconocimiento del mayor valor de los ítems "acero de refuerzo"; "malla electrosoldada"; "grafil".
- Mediante Otrosí No. 3 al Contrato de Obra, se prorrogó el plazo de ejecución del contrato en dos meses, con el fin de compensar los tiempos que significaron la necesidad de realizar ajustes a diseños y estudios técnicos del proyecto.
- Mediante Otrosí No. 4 al Contrato de Obra, aun cuando el Contratista venía atrasado en el porcentaje de avance esperado, se prorrogó el Contrato bajo diferentes condiciones: 1) se estableció un cronograma de puntos de control; 2) se le otorgó la posibilidad al Contratista de asumir el valor de la prórroga de la interventoría por presentarse retrasos imputables a sí.

Es decir, con las acciones anotadas que se mencionaron a título enunciativo, se logra concluir que el Contratante desde el inicio, cumplió con sus obligaciones contractuales y, que, además, en procura de que el proyecto se cumpliera, realizó diferentes modificaciones al contrato a fin de otorgarle la posibilidad al Contratista de que cumpliera sus obligaciones y sacara adelante el proyecto.

De manera que, no procede el pago de la factura presentada por cuanto el contratista de obra no ha cumplido sus obligaciones a cabalidad, presentándose los presupuestos para dar aplicación a la excepción de contrato no cumplido conforme lo señalado en el artículo 1609 del Código Civil.

IV. CONCLUSIONES

Del análisis expuesto, se tienen las siguientes conclusiones:

1. El Contratista de Interventoría, reporta un incumplimiento total y definitivamente las obligaciones del contrato celebrado por parte del contratista de obra.

2. No hay lugar al pago de la factura por valor de \$ **174.550.135** porque opera la compensación como forma de extinción de las obligaciones, conforme las razones expuestas en el presente escrito.
3. Teniendo en cuenta el incumplimiento del Contratista de Obra, conforme a lo reportado por la Interventoría, se da aplicación a la excepción de Contrato no cumplido, y, por ende, no se cumplen las condiciones para pagar la factura objeto de consulta.
4. Teniendo en cuenta que los recursos girados a título de anticipo constituyen recursos públicos, el Contratante debe asumir acciones tendientes a su recuperación, y este representa otro de los motivos por los cuales el valor total de la factura debe compensar la amortización del anticipo, que a la fecha equivale a la suma de \$1.400.629.705.

Todo lo anterior, sin perjuicio de continuar con las acciones necesarias tendientes a la recuperación del saldo que por concepto de anticipo quedaría pendiente por amortizar, luego del descuento de la factura referida en el presente escrito.

Atentamente,



JAIME ALEJANDRO DURAN FONTANILLA

Director

Dirección Jurídica

Anexos:

Proyectó: DARIO FERNANDO VANEGAS MORALES
Revisó: LUISA FERNANDA MACHADO REYES