

Señores:

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF –

Dirección Regional Guaviare

Dra. Paola Sabogal Valdés

E. S. D.

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN
No. 254 DEL 20 DE OCTUBRE DE 2023

REFERENCIA: PROCESO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

CONTRATISTA: FUNDACIÓN SOCIAL SEMILLAS DE ESPERANZA

CONTRATO: CONTRATO DE APORTE No. 95000872020

GARANTE: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD
COOPERATIVA

GONZALO RODRIGUEZ CASANOVA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.144.201.314 expedida en Cali, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 338.588 del Consejo Superior de la Judicatura, quien actúa en calidad de apoderado sustituto de la compañía **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, conforme al poder de sustitución que obra dentro del expediente administrativo, por medio del presente escrito y en tiempo oportuno, promuevo **RECURSO DE REPOSICIÓN** en contra de la Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023 proferida por la Directora de la Regional Guaviare del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF *“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Aporte No. 95000872020 suscrito entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y la FUNDACIÓN SOCIAL SEMILLAS DE ESPERANZA con NIT. 900088285-5”*

I. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

En la Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023 *“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Aporte No. 95000872020 suscrito entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y la FUNDACIÓN SOCIAL SEMILLAS DE ESPERANZA con NIT. 900088285-5”* se resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

“ARTÍCULO SEXTO: Notificar por intermedio de esta dirección regional del ICBDF (sic) Guaviare la presente resolución a la Fundación social semillas de esperanza o a su apoderado y al garante aseguradora solidaria de Colombia S.A. En los términos establecidos en el artículo 67 y SS del código de procedimiento administrativo y lo Contencioso Administrativo haciéndole saber que contra este procede recurso de reposición conforme a lo que establece el literal c del artículo 86 de la ley 1474 de 2011.”

De igual forma, el literal c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece lo siguiente:

“c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de

incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia

(...)”

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente recurso de reposición se presenta de manera oportuna y el mismo resulta procedente.

II. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN No. 254 DEL 20 DE OCTUBRE DE 2023

La Directora de la Regional Guaviare del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF mediante Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023, resolvió lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la Fundación social semillas de esperanza identificada con nit 900088285-5 representada legalmente por la señora María Lucía Rodríguez García identificada con cédula número 51 594 505, incumplió el contrato de aporte número 9500872020 de fecha 30 de noviembre del 2020 suscrito entre el Instituto colombiano de bienestar familiar y la Fundación social semillas de esperanza cuyo objeto consiste en: PRESTAR LOS SERVICIOS PARA LA ATENCIÓN A LA PRIMERA INFANCIA EN LOS HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR HCB, DE CONFORMIDAD CON EL MANUAL OPERATIVO DE LA MODALIDAD COMUNITARIA, EL LINEAMIENTO TÉCNICO PARA LA ATENCIÓN A LA PRIMERA INFANCIA Y LAS DIRECTRICES ESTABLECIDAS POR EL ICBF, EN ARMONÍA CON LA POLÍTICA DE ESTADO PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA PRIMERA INFANCIA DE CERO A SIEMPRE.”.

ARTÍCULO SEGUNDO: Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria a título de tasa de perjuicios sufridos por la entidad con ocasión del incumplimiento parcial por parte de la Fundación social semillas de esperanza por un valor de CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS DIECISÉIS MIL NOVECIENTOS QUINCE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 55.716.915). por encontrarse demostrado durante el desarrollo de la audiencia el debido proceso el incumplimiento de las obligaciones descritas y explicadas en el numeral ANALISIS DE LOS DESCARGOS del presente acto.

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar el pago por parte de la Fundación social semillas de esperanza con nit 900088285-5 representada legalmente por la señora María Lucía Rodríguez García identificada con cédula número 51 594 505, por un valor de CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS DIECISÉIS MIL NOVECIENTOS QUINCE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 55.716.915). a favor del instituto colombiano de bienestar familiar en un plazo no superior a 5 días hábiles posteriores a la notificación de la presente resolución.

ARTÍCULO CUARTO: Declárese el siniestro y en consecuencia hágase efectiva la póliza de cumplimiento No. 390-47-994000055846 (anexos 1,2,3 y 4) expedida el 01 de diciembre de 2020 por la COMPAÑÍA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA NIT. 860.524.654-6.

(...)”

Para adoptar los anteriores puntos resolutivos, la Dirección Regional de Guaviare del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF –, se basó en las siguientes premisas:

“(…)

*En ese sentido, el procedimiento descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 tiene por objeto hacer uso de las sanciones y, con ello, lograr la efectiva ejecución del contrato estatal, conforme a los parámetros técnicos, administrativos, financieros y jurídicos exigidos por la Entidad contratante, que garanticen la materialización del alcance de las finalidades perseguidas con la contratación estatal. Así tenemos también que en este artículo 86 ibidem en el literal d) se determinó que “...La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”. De lo visto, **se concluye con la información del supervisor, las evidencias y pruebas decretadas y verificadas en el procesos (sic) que el contratista subsanó los requerimientos solicitados en el desarrollo del presente proceso, demostrando cesar algunas situaciones de incumplimiento pero otras no.**” (énfasis añadido).*

A través del presente recurso de reposición se demostrará como la Dirección Regional Guaviare del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF – se equivocó, primero, al declarar que la Fundación Social Semillas de Esperanza incumplió el contrato de aporte No. 9500872020; y segundo, de igual forma erró, a la hora de realizar la tasación de la cláusula penal, pues, inaplicó el principio de proporcionalidad, entre otros reparos que se formularan a continuación:

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

3.1. LA RESOLUCIÓN No. 254 DEL 20 DE OCTUBRE DE 2023 SE EXPIDIÓ POR FUERA DEL PLAZO ESTABLECIDO PARA DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

La Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023 se expidió por fuera del plazo establecido para declarar el incumplimiento contractual, pues, teniendo en cuenta que el contrato de aporte No. 95000872020 se suscribió el día 30 de noviembre de 2020, teniendo un inicio desde el 01 de diciembre de 2020 hasta el 30 de noviembre de 2022, la presente declaratoria de incumplimiento que ahora se recurre se profirió por fuera del plazo establecido para la liquidación de los contratos estatales de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

Para sustentar el reparo que ahora se propone, debe recordarse el texto literal del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007:

*“ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación **se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación,** o a la fecha del acuerdo que la disponga.*

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o

*convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, **la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.*

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.” (énfasis añadido).

Los plazos de liquidación de mutuo acuerdo y de forma unilateral establecidos en el artículo precedente son de máxima importancia, pues, marcan también el plazo, o, mejor dicho, el término durante el cual la administración pública puede ejercer diversas funciones contractual según el factor temporal, entre las cuales se encuentra la declaratoria de incumplimiento.

Lo anterior quiere decir que, una vez vencidos los términos para liquidar el contrato estatal de mutuo acuerdo o de manera unilateral en sede administrativa, fenece, de igual forma, la oportunidad para que la Administración Pública declare el incumplimiento del negocio jurídico en cuestión acudiendo al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En ese sentido, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sido clara:

“Una vez que el término o plazo de ejecución expira sin que se haya cumplido con “la prestación de lo que se debe”, es decir, sin satisfacer al acreedor, el contratista en su calidad de deudor de la obligación, se encuentra en mora y para todos los efectos, se considera incumplida la obligación, la cual si correspondía a la prestación principal u objeto del contrato, implicará el incumplimiento del contrato. El incumplimiento puede provenir “de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”, lo que da lugar a que el acreedor pueda “pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

(...)

En el campo de la contratación estatal, al cual se incorporan las normas civiles y comerciales, el incumplimiento de la prestación originariamente contraída o débito primario dentro del plazo acordado, da lugar a que la responsabilidad contractual del contratista sea demandada ante el juez del contrato, para que el deudor sea compelido, mediante la ejecución forzada, al cumplimiento de la prestación debida —in natura— o del subrogado pecuniario y, en ambos casos, a la indemnización respectiva.

(...)

vencido el plazo del contrato éste se coloca en la etapa de liquidación, pero no resulta razonable sostener que en esta fase la administración no pueda hacer uso de sus potestades

sancionatorias frente al contratista, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la administración puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio; es cuando puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista” motivo por el cual, “la evaluación sobre el cumplimiento del contratista, la aplicación de los correctivos que la administración considere necesarios y las sanciones impuestas, **son válidas si se efectúan durante el plazo para el cumplimiento del objeto del contrato y la liquidación del mismo**”.¹ (énfasis añadido).

De igual forma y de manera más sucinta se ha pronunciado el Laudo Arbitral del 28 de febrero de 2001 donde se dijo lo siguiente:

*“El plazo o término contractual con que cuenta el ente público contratante para declarar el cumplimiento o incumplimiento del contrato estatal por el contratista, es el establecido para la liquidación del contrato o término de “vigencia” como se ha denominado por el Consejo de Estado, que es la misma oportunidad con que cuenta el contratista para dejar las constancias o salvedades en relación con las inconformidades que tenga respecto de su contenido”.*²

Tal posición ha sido asumida de vieja data como se observa en Sentencia del 29 de enero de 1988 con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo, donde se dijo lo siguiente:

*“Pero **este poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo porque no podrá declararse después de vencido el plazo que la Administración tiene para liquidar tales contratos**. Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. Si lo primero y la Administración guardó silencio de ese incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor. Y si lo segundo (liquidación de común acuerdo) el acto será intocable unilateralmente por conformar un acuerdo de voluntades logrado entre personas capaces de disponer.*

En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento después de] vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste.

Aquí surge un escollo, aparentemente creado por un vacío legal. Qué plazo tiene la Administración para liquidar el contrato.

Aunque la ley no lo diga no quiere significar esto que la Administración pueda hacerlo a su arbitrio, en cualquier tiempo. No, en esto la jurisprudencia ya ha tomado también partido. Se ha considerado como término plausible el de cuatro meses; dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada para la liquidación y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo. Si se vence este último la Administración no podrá esperar más y deberá proceder a la liquidación unilateral, mediante resolución

¹ C. de Estado, Secc. 3ª, Rad. 10264 de 13 de sept. 1999, C.P. Ricardo Hoyos Duque

² Laudo Rad. TA-CCB-20010228 de 28 de feb. de 2001

administrativa debidamente motivada.” (énfasis añadido).

Para el caso en concreto, se tiene que la Dirección Regional Guaviare del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- perdió su competencia temporal para declarar el incumplimiento del contrato de aporte No. 95000872020, ello debido a que entre la finalización del contrato que se dio el 30 de noviembre de 2022 y la expedición de la resolución que declaró el incumplimiento el 20 de octubre de 2023, se superó de manera amplia y ostensible los términos de cuatro y dos meses contemplados en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. Habiendo fenecido los términos para liquidar el contrato, se tiene que fenecieron, de igual forma, los términos para declarar su incumplimiento.

3.2. LA RESOLUCIÓN No. 254 DEL 20 DE OCTUBRE DE 2023 SE EXPIDIÓ MEDIANTE FALSA MOTIVACIÓN PUES LA MISMA NO CONTIENE UN ANÁLISIS RIGUROSO DE LOS ARGUMENTOS Y PRUEBAS PRESENTADOS POR EL CONTRATISTA Y EL GARANTE.

La Resolución No. 254 del 20 de octubre *“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Aporte No. 95000872020 suscrito entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y la FUNDACIÓN SOCIAL SEMILLAS DE ESPERANZA con NIT. 900088285-5”* fue expedida mediante falsa motivación, pues, no se tuvieron en cuenta los argumentos y pruebas presentadas por el contratista y el garante en sus respectivos descargos y alegatos de conclusión.

Para sustentar el reparo que ahora se propone, debe tenerse en cuenta que el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que procede la nulidad de los actos administrativos, entre ellos, lógicamente se encuentra la Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023, cuando hayan sido expedidos mediante falsa motivación. Dicha causal de nulidad ha sido definida por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado de la siguiente manera:

“La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos.

Entendida como el deber que tienen las autoridades de expresar las razones que conducen a la toma de una determinada decisión o a la expedición de un acto, la motivación de las decisiones judiciales y administrativas se proyecta como una manifestación y garantía del derecho fundamental al debido proceso que prevé el artículo 29 constitucional. En materia de procedimiento administrativo, el alcance de este deber no se limita a la expresión de los motivos que justifican la expedición del acto pues se entiende que, además, estos deben ser veraces.

El vicio de falsa motivación se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Subsección indicó³:

Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o

³ Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección A, Sentencia del 17 de marzo de 2016, radicación 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12)

parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...]

Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de dos eventos a saber: primero, cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados o, segundo, cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.⁴ (énfasis añadido).

De igual forma, la doctrina nacional se ha encargado de definir en qué consiste la motivación de los actos administrativos. Así, por ejemplo, el profesor Gustavo Penagos, haciendo un recuento jurisprudencial y doctrinal, menciona lo siguiente:

“El especialista y profesor del Uruguay Luis Enrique Chase, antes citado, apoyado en Garrido Falla, dice:

“... que ‘por motivación del Acto Administrativo debe entenderse la exposición de las razones que mueven a la administración a tomar el acuerdo en que el acto consiste’. Siguiendo este concepto podemos afirmar que la motivación viene a constituir la ‘exposición de motivos’ que realiza la administración para llegar a la conclusión inserta en la parte resolutive del acto o a la resolución misma.

“La motivación, o mejor la ‘fundamentación’ del acto como prefiere el profesor Alberto Ramón Real y que acepta el tratadista Agustín Gordillo ‘que es de carácter fáctico y jurídico’, conque la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada”:

(...)

La doctrina en general es unánime en aceptar que la motivación no es cuestión de forma, sino de substancia, o que se integra con la forma. ⁵

De igual forma, la doctrina, siguiendo la jurisprudencia constitucional, ha puesto de presente cuáles son las exigencias que se deben satisfacer por parte de la Administración para entender que ha motivado en debida forma sus decisiones. Veamos:

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 25 de noviembre de 2021. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Radicado No. 11001-03-25-000-2019-00763-00(5728-19)

⁵ Penagos, G. (2011). El Acto Administrativo. Tomo I. Parte General. Nuevas Tendencias (Novena ed.). Ediciones Doctrina y Ley LTDA.

“...la Corte Constitucional en sentencia de 25 de mayo de 2005 en donde siguiendo los lineamientos del profesor René Chapus en su tratado de derecho dispone que:

“...el deber de motivar los actos administrativos está orientado a satisfacer tres exigencias:

1. En primer lugar, una exigencia propia de la democracia, toda vez que conforme a ésta se impone a la administración la obligación de dar cuenta en los actos administrativos de las razones por las cuales ha obrando en determinado sentido (art. 123 C.P. ‘Los servidores públicos están al servicio del estado y la comunidad’. Art. 209 C.P. ‘La función administrativa está al servicio de los intereses generales’).

2. En segundo lugar, pone de presente la exigencia de adelantar una ‘buena’ administración.

3. En tercer lugar ‘la motivación de los actos administrativos facilita el control de la actuación administrativa ...’

“Así las cosas, salvo excepciones previstas en el ordenamiento, un acto administrativo sin motivación alguna o con una motivación manifiestamente insuficiente carece de validez constitucional y legal, al no expresar las causas fácticas y jurídicas que determinan su adopción”.⁶

Ahora bien, para el caso en concreto, se tiene que la Dirección Regional Guaviare del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- incurre en una falsa motivación al proferir la Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023, pues, lo cierto es que la misma no tuvo en cuenta, o, al menos no aparece un análisis detallado de los mismos en la parte de las consideraciones de la decisión administrativa, de los descargos, alegatos y pruebas presentadas tanto por el contratista como por el garante, mi representada, Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, que demostraban circunstancias fácticas y jurídicas diferentes a las que terminó concluyendo la Administración en la parte resolutive del acto administrativo que ahora se recurre.

A manera de ejemplo, puede verse como, a la hora de analizar los descargos presentados por el contratista, la Dirección Regional del Guaviare del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no tuvo en cuenta las declaraciones rendidas por las señoras Sol y María Lucía Rodríguez García donde se daba fe de los cumplimientos de las diferentes obligaciones contratadas, así como la calidad o el estado de los alimentos objeto de reproche por parte de la regional.

El vicio que se pone de presente, fue recurrente en la Resolución analizada, como se pasa a exponer.

En análisis de los descargos, específicamente en los numerales 7 y 8, se concluye afirmando que, *“De las pruebas No se demostró prueba de entrega del alimento en condiciones diferentes a las demostradas en evidencia fotográfica y documental por las madres comunitarias de calamar”*. Sin embargo, para decidir dichos descargos como un incumplimiento del contrato de aporte, no se hace ninguna valoración de las declaraciones rendidas por las señoras Sol y María Lucía Rodríguez:

⁶ Ibidem. Pág. 203 – 204.

| | | | |
|---|---|--|--|
| 7 | 2.3.6 Implementar el ciclo de menús de conformidad con la minuta patrón vigente de los servicios de Primera Infancia como máximo a los cinco días calendario de inicio de la atención efectiva a los usuarios del servicio. | <p>Calificación: Incumplimiento parcial – no cumple</p> <p>Qué la semana que se presentó la no entrega de los alimentos en buenas condiciones, afectó la entrega de los ciclos de menú entregado a los niños y niñas de los HCB de calamar. La queja de la supervisión argumentó que se tuvo que asumir por las madres la reposición del alimento dañado por las madres.</p> <p>Es parcial porque obedece a un periodo de tiempo y no ha toda la ejecución de los meses contractuales. Hechos de numerales 3.2, 3.3 y 3.4 del presente acto.</p> | De las pruebas No se demostró prueba de entrega del alimento en condiciones diferentes a las demostradas en evidencia fotográfica y documental por las madres comunitarias de calamar. |
| 8 | 2.3.8 Garantizar el cumplimiento a la "GUIA TECNICA DEL COMPONENTE DE ALIMENTACION Y NUTRICION PARA LOS PROGRAMAS Y PROYECTOS MISIONALES DEL ICBF" en lo referido a complementación alimentaria. | <p>Calificación: Incumplimiento parcial – no cumple</p> <p>Teniendo en cuenta que esta obligación es general del contrato y verificando algunas obligaciones que se encuentran</p> | De las pruebas No se demostró prueba de entrega del alimento en condiciones diferentes a las demostradas en evidencia fotográfica y documental por las madres comunitarias de calamar. |

Visto lo anterior, es claro que la Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023 incurre en una falsa motivación, pues, a pesar de que se otorgó la oportunidad para allegar y practicar en debida forma una serie de pruebas por parte del contratista y del garante, lo cierto es que dichas pruebas no fueron valoradas a la hora de proferir la decisión administrativa en cuestión, vulnerando principios como el de la necesidad de la prueba consagrado en el artículo 164 del Código General del Proceso, pero en especial, atentando contra la motivación de los actos administrativos pues varias de las pruebas omitidas por la Dirección Regional del ICBF Guaviare demostraban hechos diferentes a los imputados al contratista, demostraban en últimas que este efectivamente cumplió con sus obligaciones, en especial, la de la entrega de alimentos.

Por otro lado, se tiene, de igual forma, que la Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023, incurrió en una falsa motivación, pues, a pesar de que el apoderado sustituto de la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia aportó en debida forma y oportunidad la carátula de la póliza de cumplimiento junto con su condicionado general, donde se pueden observar los amparos contratados por el contratista afianzado a favor del ICBF, la Dirección Regional del Guaviare no realizó ningún pronunciamiento frente a ello y declaró el siniestro del mismo, sin precisar cuál de los amparos se estaba afectando.

Por las anteriores razones, solicito respetuosamente se revoque la Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023 y en su lugar se profiera una nueva decisión administrativa en la que se analicen en debida forma todas las pruebas obrantes dentro del expediente, incluyendo lógicamente todas las pruebas decretadas y practicadas a favor del contratista, sin limitarse a las aportadas por la supervisión del contrato.

3.3. LA RESOLUCIÓN No. 254 DEL 20 DE OCTUBRE DE 2023 SE EXPIDIÓ MEDIANTE FALSA MOTIVACIÓN – LAS CONSIDERACIONES DEL ACTO ADMINISTRATIVO RECURRIDO NO SON COHERENTES CON SU PARTE RESOLUTIVA.

La Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023 se expidió mediante falsa motivación, pues, mientras los considerandos de la misma concluyen afirmando que el contratista subsanó los

requerimientos solicitados en el desarrollo del proceso de incumplimiento contractual, su parte resolutoria declara el incumplimiento contractual de las mismas 24 obligaciones expuestas en la citación inicial de audiencia y en el informe de la supervisión del contrato.

Para sustentar el presente reparo debe tenerse en cuenta que, la falsa motivación de los actos administrativos no sólo se produce por la contradicción entre la realidad y lo plasmado en el acto administrativo, sino también, como ocurre en este caso, cuando se presentan contradicciones insalvables. Así, lo ha puesto de presente la doctrina nacional:

*“En la causal de anulación por falsa motivación del acto, la autoridad administrativa que lo profiere es competente para expedirlo, cumple con todas las formalidades legales y en principio el mismo se ajusta al ordenamiento objetivo, pero los fundamentos de hecho que lo originaron no corresponden a la realidad. **La falsa motivación para algunos doctrinantes puede darse por dos circunstancias específicas como son: la ausencia de motivos o el error en los motivos que originaron el acto.**”⁷ (énfasis añadido).*

Para el caso en concreto, se tiene que la Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023 incurre en una grave contradicción, pues, como se pasa a exponer, considera que el contratista no ha incumplido frente a algunos requerimientos, pero, sin embargo, mantiene el incumplimiento por la totalidad de las obligaciones requeridas.

En la “CITACIÓN AUDIENCIA INICIO PROCESO SANCIONATORIO POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE APORTE N° 95000872020” se propuso como sanción la suma de \$ 55.716.915 por 24 obligaciones presuntamente incumplidas:

Para la estimación de la cláusula penal se tuvieron en cuenta los siguientes criterios:

*S = Sanción
VTC = Valor total del contrato
CP = Clausula penal
PI = Porcentaje de incumplimiento*

*OPC = Obligaciones pactadas en el contrato
OI = Obligaciones incumplidas*

| Obligaciones generales | Obligaciones específicas | Total obligaciones incumplidas |
|------------------------|--------------------------|--------------------------------|
| 4 | 20 | 24 |

TASACIÓN:

Valor total del contrato: **\$1.547.692.070**
Cláusula penal: **20% del valor del contrato**
OPC: **130 obligaciones**
Porcentaje de incumplimiento: **24 obligaciones - 18%**
 $S = (VTC \times CP) \times PI$
 $S = (1.547.692.070 \times 20\%) \times 18\% = \$ 55.716.915.$

No obstante, lo anterior, frente a las 24 obligaciones presuntamente incumplidas, la Dirección Regional Guaviare del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar consideró en la Resolución No.

⁷ Güecha Medina, C. N., & Güecha Torres, J. T. (2021). *Derecho procesal administrativo* (Quinta ed.). Grupo Editorial Ibañez - Universidad Santo Tomás. Pág. 398.

254 del 20 de octubre de 2023 que “el contratista subsanó los requerimientos solicitados en el desarrollo del presente proceso, demostrando cesar algunas situaciones de incumplimiento pero otras no.”, lo anterior quiere decir que, el contratista logró demostrar durante el procedimiento de incumplimiento contractual adelantado por el ICBF que no había incumplido la totalidad de las 24 obligaciones inicialmente atribuidas:

En ese sentido, el procedimiento descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 tiene por objeto hacer uso de las sanciones y, con ello, lograr la efectiva ejecución del contrato estatal, conforme a los parámetros técnicos, administrativos, financieros y jurídicos exigidos por la Entidad contratante, que garanticen la materialización del alcance de las finalidades perseguidas con la contratación estatal. Así tenemos también que en este artículo 86 ibidem en el literal d) se determinó que “...La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”. De lo visto, se concluye con la información del supervisor, las evidencias y pruebas decretadas y verificadas en el procesos que el contratista subsanó los requerimientos solicitados en el desarrollo del presente proceso, demostrando cesar algunas situaciones de incumplimiento pero otras no.

IX. PRUEBAS VALORADAS:

- Requerimiento No. 7 radicado No. 202246001000011781 de fecha 14 de junio de 2022.
- Requerimiento No. 8 radicado No. 202246001000014241 de fecha 28 de julio de 2022. Si
- Requerimiento No. 9 radicado No. 202246001000018771 de fecha 27 de septiembre de 2022.
- Requerimiento No. 10 radicado No. 202346001000003401 de fecha del 20 de febrero de 2023
- Oficio radicado No. 202246001000028232 del 06 de octubre de 2022.

Página 45

www.icbf.gov.co
 ICBFColombia @ICBFColombia icbfcolombiaoficial
 Dirección Regional Diagonal 9 No. 8-85 Yopal Casanare
 Teléfono: 3654521 Ext. 624006
 Línea gratuita nacional ICBF
 01 8000 91 8080

A pesar de que la misma Dirección Regional de Guaviare ya había reconocido que el contratista no había incumplido las 24 obligaciones inicialmente atribuidas como presuntamente incumplidas, sino sólo algunas de ellas, en la parte resolutive del acto administrativo recurrido terminó imponiendo la cláusula penal por la totalidad de las 24 obligaciones:

S = Sanción
 VTC = Valor total del contrato
 CP = Clausula penal
 PI = Porcentaje de incumplimiento
 OPC = Obligaciones pactadas en el contrato
 OI = Obligaciones incumplidas

| Obligaciones generales | Obligaciones específicas | Total obligaciones incumplidas |
|------------------------|--------------------------|--------------------------------|
| 4 | 20 | 24 |

TASACIÓN:

Valor total del contrato: \$1.547.692.070
 Clausula penal: 20% del valor del contrato
 OPC: 130 obligaciones
 Porcentaje de incumplimiento: 24 obligaciones - 18%

S= (VTCxCP)xPI
 S = (1.547.692.070 * 20%) * 18% = \$ 55.716.915

De acuerdo con lo anterior se da una estimación de la cláusula penal por valor de **CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS DIECISÉIS MIL NOVECIENTOS QUINCE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 55.716.915).**

ARTÍCULO SEGUNDO: Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria a título de tasa de perjuicios sufridos por la entidad con ocasión del incumplimiento parcial por parte de la Fundación social semillas de esperanza por un valor de **CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS DIECISÉIS MIL NOVECIENTOS QUINCE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 55.716.915)**. por encontrarse demostrado durante el desarrollo de la audiencia el debido proceso el incumplimiento de las obligaciones descritas y explicadas en el numeral ANALISIS DE LOS DESCARGOS del presente acto.

Lo anterior, además de que no se acompasa con la realidad, pues, efectivamente el contratista demostró haber cumplido la mayoría de las 24 obligaciones enrostradas como presuntamente incumplidas por la administración, se tiene que el acto administrativo incurre en un grave defecto de motivación que, por si sólo amerita su revocación, pues atenta contra toda lógica que la administración afirme una cosa y después ella misma se contradiga, todo en desmedro del principio lógico de no contradicción: una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo o, en otras palabras, el contratista no puede ser condenado al pago de la cláusula penal en los términos estimados en el Acto Administrativo, cuando previamente ya se había reconocido el cumplimiento de determinadas obligaciones durante el procedimiento adelantado.

3.4. LA RESOLUCIÓN No. 254 DEL 20 DE OCTUBRE DE 2023 SE EXPIDIÓ MEDIANTE FALSA MOTIVACIÓN E INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBÍA FUNDARSE – INAPLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1596 DEL CÓDIGO CIVIL Y 867 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

La Dirección Regional Guaviare del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar expidió la Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023 mediante falsa motivación e infracción de las normas en que debía fundarse, pues, a pesar de que estaba probado el cumplimiento alcanzado por el contratista, el acto administrativo impone la cláusula penal como si se hubiese incumplido en su totalidad cada una de las obligaciones que fueron objeto del procedimiento de incumplimiento contractual adelantado en contra de la Fundación Social Semillas de Esperanza. Con lo anterior, no sólo se desconoce la realidad que rodeó el contrato de aporte suscrito entre las partes, sino que, además, se infringen de manera injustificada las disposiciones contenidas en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio.

Antes de evidenciar los cumplimientos realizados por el contratista del Contrato de Aporte No. 95000872020 que ameritan una reducción de la cláusula penal por aplicación directa del principio de proporcionalidad, resulta pertinente recordar de manera sucinta como la actividad de la Administración Pública está sometida al principio que acabamos de mencionar cuando de exigir el pago de una cláusula penal se trata.

En el anterior sentido, debe comenzarse por recordar que la exigencia de la cláusula penal está sometida, entre otras cosas, a los límites impuestos por artículos como el 1596 del Código Civil que dispone lo siguiente:

*“Artículo 1596. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, **tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.**” (énfasis añadido).*

A su vez, el artículo 867 del Código de Comercio prescribe que:

“Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, **si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.** (énfasis añadido).

Sobre las anteriores normas, que resultan plenamente aplicables a la contratación estatal, el H. Consejo de Estado en sentencia reciente del 14 de octubre de 2021⁸ se ha pronunciado sobre el particular de la siguiente forma:

“...los artículos 1596 del CC y 867 del CCo prevén la reducción de la cláusula penal pecuniaria, cuando el incumplimiento de la obligación principal haya sido parcial y el acreedor hubiera recibido parte del objeto debido, con fundamento en el principio de proporcionalidad.

Esta Subsección ha considerado⁹, a su vez, que **la proporcionalidad, en tanto instrumento que dota de razonabilidad el ejercicio de las competencias de la administración pública, debe tomarse en consideración en la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, cuando haya sido pactada en un contrato estatal.** Por lo tanto, se impone su uso razonable, conforme a los principios de equidad y de la buena fe contractual, que prohíben la imposición de medidas abusivas y arbitrarias por una de las partes, generando desequilibrio¹⁰, y orientada a satisfacer el interés general.

En consecuencia, la razonable, proporcional y razonada aplicación de la cláusula penal pecuniaria, por parte de la entidad pública contratante, **implica necesariamente que esta última cumpla con el deber jurídico de motivación, justificando, a partir de referentes objetivos y claros, los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista.** Con ello, no se desconfigura la finalidad y la naturaleza indemnizatoria de la citada cláusula —como lo aduce el ente apelante¹¹— sino que, por el contrario, ello atiende justamente a la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad en el ordenamiento colombiano, **por la que esta no puede constituirse como fuente de enriquecimiento de quien sufra un daño.**” (énfasis añadido).

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 14 de octubre de 2021. Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Radicado No. 68001-23-33-000-2013-00362-01(50623)

⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp. 53877.

¹⁰ NEME VILLARREAL, M. L., (2010), *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 353

¹¹ Aptado. 25.2.a.

Como se observa, a la luz de las normas y la jurisprudencia citada, la efectividad de la cláusula penal pactada en los contratos que celebre el Estado está sometida necesariamente a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, lo que a su vez indica que la Administración Pública no podrá exigir el monto total pactado en la cláusula sin atender a las circunstancias específicas de cada caso.

Para el caso en concreto, se tiene que, de las 24 obligaciones presuntamente incumplidas, 20 de ellas obligaciones específicas y 4 obligaciones generales, todas tuvieron un incumplimiento parcial, según se lee en los mismos considerandos de la Resolución recurrida, como se pasa a exponer.

Frente a la obligación No. 1, puede observarse que el incumplimiento fue parcial, no total:

| No | OBLIGACIONES INCUMPLIDAS TOTAL O PARCIALMENTE | DECISIÓN | Pruebas valoradas |
|----|---|--|---|
| 1 | 2.1 Cumplir con el objeto y las obligaciones del presente contrato, acatando lo dispuesto en la Ley, reglamentos, lineamientos, en el manual operativo de la respectiva modalidad o servicio que se encuentren publicados en la página web del ICBF y demás orientaciones técnicas y administrativas expedidas por el ICBF, que se encuentren vigentes al momento de su celebración, sus respectivas actualizaciones, o que se expidan con posterioridad relacionadas con la suscripción y ejecución del contrato, los cuales hacen parte integral del presente contrato, y son de obligatorio conocimiento y cumplimiento por parte del contratista y talento humano que este vincule para la prestación del servicio. | <p>Calificación: Incumplimiento parcial – no cumplió. Teniendo en cuenta los hechos descritos en el numeral III del presente informe, es claro que se está presentando un incumplimiento a esta obligación.</p> <p>En las pruebas documentales no se probó el cumplimiento del hecho Numero 3.2, 3.3 y 3.4 además el hecho No. 7.</p> | <p>De las presentadas por la supervisión 8 archivos en PDF y tres carpetas evidencia documental y fotográfica. Que dan cuenta de los incumplimientos.</p> <p>De las presentadas por la EAS. No se probó y desvirtuó los hechos probados por supervisión. Respecto a los alimentos, no alegó prueba que demostrara la entrega de los alimentos en calidad y cantidad para el momento de los hechos a las madres comunitarias. Por el contrario la supervisión aportó soportes y evidencias fotográficas del estado de los alimentos.</p> <p>La EAS tampoco demostró el pago de las liquidaciones de las 22 madres comunitarias de la vigencia 2022.</p> <p>Ni el pago de la pensión, arri y parafiscales del mes de noviembre de 2022.</p> |

Página 36

www.icbf.gov.co

Frente a la obligación No. 2, puede observarse que el incumplimiento fue parcial, no total:

| | | | |
|---|---|--|---|
| 2 | 2.2 Suministrar al ICBF la información técnica, administrativa, financiera y jurídica actualizada relacionada con la ejecución del contrato de aporte, de acuerdo con las especificaciones dadas en el presente contrato, en el Manual de Contratación vigente, en el Manual Operativo de la Modalidad correspondiente, Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia y demás normatividad que le aplique. | <p>Calificación: Incumplimiento parcial – no cumple</p> <p>El retraso de la entrega de soportes del pago de algunas obligaciones financieras, hacían parte del informe financiero del mes de noviembre 2022, es decir, informe que no entregó completo. Dando incumplimiento legal a las obligaciones laborales que le asisten.</p> <p>Como se logró probar los informes de entregaron tardíos e incompletos, tanto en el mes de octubre como para el mes de noviembre 2022 ver descripción hecho No. 6 y 7 del presente acto.</p> <p>Respecto de los informes técnicos los mismos no fueron presentados en su momento en los tiempos establecidos en el contrato ver descripción hecho No. 4 del presente acto.</p> <p>Afectando la revisión de los mismos, la legalización de cuentas, ejecución del PAC.</p> | <p>De las presentadas por supervisión en 4 archivos PDF que evidenciaron los requerimientos por omisión en términos de los informes y de los soportes completos tanto del técnico como del financiero para los periodos septiembre, octubre y noviembre 2022. Como esta descrito respectivamente.</p> <p>De las pruebas aportadas, si bien alega diferentes soportes de la entrega de soportes que hacen parte de informes técnicos, no se probó con fecha de radicación en el término de los 5 días hábiles respectivos.</p> |
|---|---|--|---|

Al igual que frente a la obligación No. 1 se tiene que esta fue cumplida de manera parcial, ello es claro si se tiene en cuenta que la misma Dirección Regional Guaviare menciona que el incumplimiento consistió en *“El retraso de la entrega de soportes del pago de algunas obligaciones financieras...”* lo anterior quiere decir, que, el incumplimiento no se dio frente a todas las obligaciones financieras, sino tan solo frente a *“algunas”* de ellas.

Frente a la obligación No. 3, puede observarse que el incumplimiento fue parcial, no total:

| | | | |
|---|--|---|--|
| 3 | 2.17 Cumplir con las normas laborales aplicables al talento humano y, en particular, cumplir con las obligaciones con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales, así como con el pago de los aportes parafiscales asociados a los contratos de trabajo que ostebre, respecto de lo cual se obliga a mantener indemne al ICBF. | <p>Calificación: Incumplimiento parcial - no cumple</p> <p>Se encontró probado incumplimiento de las obligaciones laborales, falta de pago a el talento humano del mes de noviembre de 2022 los pensión, arl, y el giro de parafiscales del mismo mes que corresponde a las entidades respectivas.</p> <p>El retraso en el mes de octubre 2022 afectó la atención en salud de las madres comunitarias las cuales se demostró estar suspendidas del servicio de salud. ver descripción hechos No. 2, 4 y 7 del presente acto.</p> | <p>De las presentadas por la supervisión archivos en 5 PDF. Que dan cuenta de los incumplimientos.</p> <p>En los descargos es aceptado por el contratista que aún no ha cumplido el pago a las madres comunitarias respecto al hecho 7.</p> <p>De la prueba nombrada pro el contratista y aportada: (CK anexo 1 (Requerido Pag Num Nov Bermudez Grac y Martha Montañ)) demuestra que el pago del sueldo fue realizado hasta el 30/11/2022, y el pago discutido es del mes de octubre/2022. Por ello, no se soportó pago en el término que le correspondía pagar 5 días hábiles primero del mes de noviembre/2022 dado a la fecha máxima que se tiene para radicar esos informes.</p> |
|---|--|---|--|

En este punto debe tenerse en cuenta que el Contrato de Aporte No. 95000872020 suscrito entre el ICBF Regional Guaviare y la Fundación Social Semillas de Esperanza tuvo un plazo de ejecución desde el 30 de noviembre de 2020 hasta el 30 de noviembre de 2022, quiere decir lo anterior que de todos los meses durante los cuales estuvo vigente el contrato en cuestión, se reportaron presuntos incumplimientos únicamente por dos (2) meses. En ese sentido, no es posible cobrar la cláusula penal frente a la totalidad de dicha obligación ya que la misma fue cumplida en un gran porcentaje.

Al igual que sucede con las obligaciones anteriormente descritas, se tiene que frente a las obligaciones 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 las mismas fueron cumplidas por el contratista en cierto porcentaje, cumplimiento que fue aceptado por la misma Dirección Regional Guaviare del ICBF.

Visto lo anterior, se tiene que no era posible aplicar la cláusula penal en su totalidad frente a las 24 obligaciones presuntamente incumplidas, pues, si bien dichas obligaciones correspondían al 18% del contrato de aporte suscrito, se tiene que cada una de ellas fue cumplida en cierto porcentaje por el contratista, circunstancia que claramente impide que se aplique la totalidad de dicho incumpliendo a la hora de calcular la cláusula penal, pues, existieron obligaciones como la 2.17 donde el contratista sólo incumplió durante dos meses de los dos años en los cuales tuvo vigencia el negocio jurídico celebrado.

Por todo lo anterior, se solicita sea revocada la Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023, en especial, su artículo 3º, pues aplicando una sencilla regla matemática se tiene que, de las 24 obligaciones presuntamente incumplidas, la mayoría alcanzó un grado de cumplimiento cercano al 80% como es el caso de la obligación 2.17, por lo que mantener una decisión como la recurrida no sólo va en contravía de las disposiciones previstas en el Código Civil y el Código de Comercio, sino que, de igual forma, atenta contra los principios de proporcionalidad y razonabilidad con los que

debe actuar la Administración Pública en este tipo de eventos.

3.5. LA RESOLUCIÓN No. 254 DEL 20 DE OCTUBRE DE 2023 SE EXPIDIÓ MEDIANTE FALTA DE MOTIVACIÓN – NO SE PRECISÓ CUÁL ERA EL AMPARO AFECTADO CON LA DECLARATORIA DEL SINIESTRO.

La Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023 se expidió mediante falta de motivación, pues, a pesar de que el apoderado sustituto de la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa aportó la póliza de cumplimiento junto con su clausulado general, la Dirección Regional de Guaviare omitió precisar en las consideraciones y en la parte resolutive de la Resolución que ahora se recurre, el amparo afectado con la declaratoria de siniestro y su cuantía.

El H. Consejo de Estado, citando la jurisprudencia constitucional, en sentencia del 5 de julio del 2018 explicó la importancia de la motivación de los actos administrativos como elemento propio del acto y con fines de salvaguardar el debido proceso administrativo:

“...la falta de motivación es violatoria del derecho al debido proceso, como lo estableció la Corte Constitucional en un fallo de 2005, 1 basado en la Sentencia SU 250 de 1998, entre otras, y que constituye precedente aplicable al caso sub examine:

*"El artículo 209 de la Constitución Política establece el principio de publicidad en las actuaciones adelantadas por la administración pública: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)" Dentro de este principio se inscribe, precisamente, el de motivación de los actos administrativos. La motivación de los actos administrativos es una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual **ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido.** Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración.*

En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados "considerandos", deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada.

(...)

*Así las cosas, salvo excepciones previstas en el ordenamiento, **un acto administrativo sin motivación alguna o con una motivación manifiestamente insuficiente, carece de validez constitucional y legal, al no expresar las causas tácticas y jurídicas que determinan su adopción.***

Es pertinente traer a colación las observaciones al respecto del profesor García de Enterría, citadas y por esta Corporación en sentencia SU 250 de 1998.

"La motivación, como ya dijimos, es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la

motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que **la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión** Por ejemplo: no bastaría jubilar a un funcionario invocando simplemente una razón de "incapacidad física"; habrá que concretar qué incapacidad física en particular y cómo se ha valorado y en qué sentido la misma justifica legalmente la resolución." (Citas del original no transcritas).

(...)

... **La falta de motivación del acto administrativo es un requisito de fondo que no sólo conlleva la declaratoria de nulidad del acto administrativo, sino la violación del derecho " fundamental al debido proceso, entre otras normas constitucionales.**"¹² (énfasis añadido).

De igual forma, el profesor Gustavo Penagos ha puesto de presente las características de lo que propiamente implica motivar un acto administrativo:

"La motivación o fundamentación del Acto Administrativo, debe ser:

1. *Cierta.*
2. *De buena fe (art. 83 de la Constitución).*
3. **Seria y adecuada.**
4. **Suficiente e íntimamente relacionada con la decisión.**
5. *Se deben evitar fórmulas de comodín, o susceptibles de ser aplicadas a todos los casos, ¿cómo decir que se ajusta en general a las reglas jurídicas? Esta modalidad, debe considerarse insuficiente, y el acto carente de motivación.*"¹³ (énfasis añadido).

Como se podrá observar de la jurisprudencia y doctrina traída a colación, la motivación de un acto administrativo no sólo es un elemento de toda decisión proferida por la Administración Pública, sino que, además, un elemento que en su ausencia puede causar la nulidad del mismo.

Para el caso en concreto, se configura el anterior elemento de la falta de motivación, ya que la Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023 no precisa de manera clara, detallada y específica cuál es el amparo afectado en la Póliza de Cumplimiento No. 390-47-994000055846 y mucho menos cuál es la cuantía reclamada respecto de cada amparo, en el caso de que no fuera solamente uno, sino varios.

3.6. EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF – INCUMPLIÓ SU DEBER DE MANTENER EL RIESGO.

La Dirección Regional Guaviare del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- incumplió su

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Radicado No. 110010325000201000064 00 (0685-2010)

¹³ Penagos, G. (2011). *El Acto Administrativo. Tomo I. Parte General. Nuevas Tendencias* (Novena ed.). Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Pág. 202.

deber de mantener el riesgo en el contrato de seguro documentado en la Póliza de Cumplimiento No. 390-47-994000055846, pues, a pesar de que al contratista se le hicieron varios requerimientos previos por presuntos incumplimientos, los mismos nunca fueron notificados a la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., todo ello en desmedro e inobservancia del artículo 1060 del Código de Comercio, lo que implica la terminación del contrato de seguro y la ausencia de cobertura para el siniestro declarado en la Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023.

Para sustentar el reparo que ahora se formula, debe tenerse en cuenta la obligación que se radica en cabeza de todo asegurado según el artículo 1060 del Código de Comercio:

“Artículo 1060. Mantenimiento del estado del riesgo y notificación de cambios.

El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella.” (énfasis añadido).

Frente al artículo que se trae a colación, la doctrina nacional ha tenido a bien en mencionar lo siguiente:

“...es una clara consecuencia del carácter de tracto sucesivo que tiene el contrato de seguro; radica en el tomador o asegurado, normalmente en cabeza de este último, la obligación de mantener en situación similar a cuando se contrató el seguro, el estado del objeto asegurado y, además, de comunicar al asegurador por escrito cualquier circunstancia que implique agravación objetiva del mismo o “variación de su identidad local” (...)”¹⁴

De igual forma, frente a la aplicación de dicho artículo a los contratos de seguro de cumplimiento, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil ha dicho lo siguiente:

¹⁴ López Blanco, H. F. (2022). Comentarios al contrato de seguro (Séptima ed.). DUPRE Editores Ltda.

“... conviene recordar que el seguro es un contrato de ejecución sucesiva y, por tanto, durante su vigencia debe conservarse la correspondencia entre el valor de la prima y el riesgo asumido, cuya correspondencia es evaluada con la declaración precontractual que debe realizar el tomador sobre los hechos o circunstancias determinantes del estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador, quien a partir de ese referente mide el grado de su eventual responsabilidad para calcular el monto de la prima que es la prestación cierta a cargo del asegurado o tomador.

Pues bien, a la preservación de esa proporcionalidad entre la prima y el riesgo durante la vigencia de la relación contractual provee la ley, mediante el régimen de la carga de información regulado en el artículo 1060 del estatuto mercantil, conforme al cual prescribe que el asegurador o tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo y, en tal virtud, deben notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias imprevisibles que sobrevengan con posterioridad a la suscripción del seguro y que entrañen la agravación del riesgo o la variación de su identidad local, a efecto de que éste pueda ejercer la facultad allí conferida, esto es, la de revocar el contrato o exigir el reajuste del valor de la prima. La falta de notificación oportuna de una situación de esa índole produce la terminación del contrato.

La oportunidad para cumplir con la referida carga difiere, según que la alteración del riesgo sea o no voluntaria, pues si depende del arbitrio del asegurado o tomador, la notificación debe hacerse con “antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo”, término suficiente para que el asegurador ejerza una de las dos opciones conferidas por el legislador; y si le es extraña a ellos debe efectuarse dentro de los diez días siguientes a aquel en que la conozcan, conocimiento que, en todo caso, se presume luego de transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

De esa manera, el régimen jurídico de la agravación del riesgo busca restablecer la equivalencia entre la prima y la nueva declaración del estado del riesgo, ajustada a los hechos o circunstancias agravantes que sobrevengan luego de haberse ajustado el contrato; desde luego, que ella debe ser sincera y, por lo mismo, susceptible de inexactitud o reticencia que bien pueden aparejar, según el caso, la nulidad relativa del negocio jurídico, la retención de la prima a favor del asegurador o la reducción proporcional de la prestación asegurada.

El deber de comunicación en cuestión, conforme quedó dicho, recae sobre hechos y circunstancias que no eran previsibles en el momento en que se ajustó el seguro y de tal entidad que si el asegurador los hubiere conocido no lo habría celebrado, o lo hubiese concluido en condiciones más onerosas para el tomador del mismo; por tanto, de lo que se trata es de denunciar la agravación del riesgo, entendida ésta como el aumento de la probabilidad de realización del siniestro o de la magnitud de sus posibles consecuencias dañosas.

Pero las referidas circunstancias, además de agravar “el estado del riesgo”, deben ser imprevisibles, haber sobrevenido a la celebración del contrato y conocerlas el tomador o el

asegurado. Esas características permiten diferenciarlas de otros supuestos que no pocas veces pueden confundirse con ellas; así, no son condiciones que agraven el riesgo, las siguientes: a) Cuando el tomador o asegurador no cumple cabalmente con la declaración precontractual del estado del mismo, ya que ese deber alude a la situación existente en el momento previo a la conclusión del contrato, mientras que la agravación ha de referirse a hechos nuevos que alteran las circunstancias que sirvieron de base a la misma; b) La exclusión del riesgo, hipótesis que, conforme a la delimitación efectuada en el seguro, está fuera de la cobertura; c) El aumento del valor de las cosas aseguradas, pues éste lo que produce es el incremento del interés asegurado, que será relevante para calcular la indemnización a cargo del asegurador, la cual, en todo caso, tendrá por límite el monto asegurado; d) La provocación del siniestro por culpa grave o dolo del asegurado, por cuanto estaría excluida de la cobertura del asegurador mediante la delimitación causal del riesgo.

Desde luego, que si el riesgo es agravado por las anotadas circunstancias y éstas son notificadas al asegurador en la forma y términos establecidos por el ordenamiento jurídico, el seguro subsiste con todos sus efectos mientras el asegurador ejerce la opción prevista en el inciso 3º del citado artículo 1060, por cuanto a partir de ese momento, su existencia dependerá del arbitrio de éste, quien podrá revocar el contrato o exigir el reajuste de la prima a que hubiere lugar; empero, si no se cumple con esa carga de información se produce la terminación del contrato, y si la omisión es imputable a la mala fe del asegurado o tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.”

Vista la aplicabilidad del artículo 1060 del Código de Comercio, corresponde ahora dilucidar como la Dirección Regional Guaviare del ICBF incumplió la obligación que le impone dicho artículo.

Para el caso en concreto, se tiene que en la citación a la audiencia con la que inicio el presente procedimiento de incumplimiento contractual, el ICBF puso de presente que el contratista ya había sido renuente a cumplir las obligaciones pactadas en el contrato de aporte No. 95000872020 para el año 2021:

6. Para la vigencia 2021 de acuerdo con el seguimiento desde la parte financiera, jurídica y técnica en cabeza de la supervisora del contrato se identificaron presuntos incumplimientos a las obligaciones contractuales, para lo cual se realizaron 4 requerimientos los cuales a la fecha se encuentran en estado cerrado:

- Requerimiento No. 1 202146001000003281 de fecha 05/03/2021
- Requerimiento No. 2 202146001000003291 de fecha 05/03/2021
- Requerimiento No. 3 202146001000007521 de fecha 02/06/2021
- Requerimiento No. 4 202146001000017881 de fecha 09/12/2021

7. Para la vigencia 2022 de acuerdo con el seguimiento desde la parte financiera, jurídica y técnica en cabeza de la supervisora del contrato se identificaron presuntos incumplimientos a las obligaciones contractuales, para lo cual se han realizado 5 requerimientos de los cuales 2 se encuentran cerrados y los 3 (requerimiento No. 7, 8, 9) no fueron subsanados en su totalidad por parte de la EAS, por consiguiente se procedió a realizar el cierre de los mismos indicando que se iniciara el proceso administrativo sancionatorio por incumplimiento parcial a las obligaciones contractuales (**26 obligaciones**) del contrato de aporte 95000872020.

CERRADOS:

- Requerimiento No. 5 202246001000005401 de fecha 28/03/2022
- Requerimiento No. 6 202246001000007111 de fecha 05/03/2022

Los anteriores presuntos incumplimientos que, según palabras de la misma Dirección Regional, fueron subsanadas por el contratista, no fueron en ningún momento notificadas a la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., aún, a pesar, de que dichos requerimientos agravaban el estado del riesgo trasladado a la Compañía mediante la Póliza de Cumplimiento No. 390-47-994000055846, pues indicaban el aumento en la probabilidad de que el contratista efectivamente

incumpliera.

Por todo lo anterior y en aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio, se tiene que no resulta posible afectar la Póliza de Cumplimiento No. 390 47 994000055846, pues, el contrato de seguro documentado en dicha póliza terminó desde cuando la Dirección Regional Guaviare del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar omitió notificar a la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. de los requerimientos que se le hacían al contratista debido a su presunta renuencia al cumplimiento de sus obligaciones.

IV. PETICIONES

Por todo lo anterior, solicito respetuosamente a la Dirección Regional Guaviare del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF –, lo siguiente:

- 4.1. Comedidamente solicito se **REVOQUE** en su integridad la Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023 por cuanto la misma fue expedida por fuera del plazo para realizar la liquidación del contrato de aporte No. 95000872020, mediante falsa de motivación y con infracción de las normas en que debería fundarse, de conformidad con los argumentos anteriormente expuestos.

En subsidio de lo anterior, solicito:

- 4.2. **REVOCAR** los artículos *SEGUNDO*, *TERCERO* y *CUARTO* de la Resolución No. 254 del 20 de octubre de 2023, por cuanto la aplicación de la cláusula penal deberá ser reducida ante el cumplimiento parcial del contratista, y en estricta aplicación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y equidad.

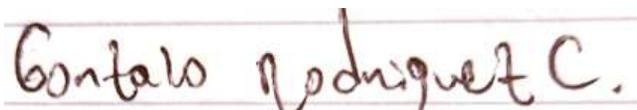
V. NOTIFICACIONES

Comedidamente solicito que todas las actuaciones que se surtan en el proceso sean notificadas por medio electrónico a las siguientes direcciones:

Al suscrito: En la Avenida 6 A Bis # 35N – 100 – Centro Empresarial de Chipichape – Oficina 212 de la ciudad de Cali, Valle del Cauca.

Para los efectos de notificación electrónica, según lo previsto en el artículo 162 numeral 7 del CPACA., en la dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co dirección debidamente inscrita en el Sistema del Registro Nacional de Abogados – SIRNA.

Cordialmente,



GONZALO RODRÍGUEZ CASANOVA
C.C. No. 1.144.201.314 de Cali
T.P. No. 338.588 del Consejo Superior de la J
Correo: notificaciones@gha.com.co