

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. 300 DEL 28 DE NOVIEMBRE DE 2023

REFERENCIA: PROCESO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

CONTRATISTA: FUNDACIÓN SOCIAL SEMILLAS DE ESPERANZA

CONTRATO: CONTRATO DE APORTE No. 95000422021.

GARANTE: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD
COOPERATIVA

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la C.C. No. 19.395.114, obrando en mi calidad de apoderado judicial de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, por medio del presente escrito y en tiempo oportuno, promuevo **RECURSO DE REPOSICIÓN** en contra de la Resolución No. 300 del 28 de noviembre 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. 95000422021 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. 300 del 28 de noviembre de 2023 *“Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Aporte No. 95000422021 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. 300 DEL 28 DE NOVIEMBRE DE 2023

La Directora de la Regional Guaviare del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF mediante Resolución No. 300 del 28 de NOVIEMBRE de 2023, resolvió lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento parcial definitivo del Contrato de aporte No.95000422021 suscrito entre el instituto colombiano de bienestar familiar ICBF Regional Guaviare y la Fundación social semillas de esperanzas”

ARTÍCULO SEGUNDO: Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria a título de tasa de perjuicios sufridos por la entidad con ocasión del incumplimiento por parte de la Fundación social semillas de esperanza por un valor de TREINTA Y OCHO MILLONES DIECIOCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTINUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 38.018.429). 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 TREINTA Y OCHO MILLONES DIECIOCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTINUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 38.018.429). 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. 390-47-994000051884 (anexos 1,2,3 y 4) expedida el 12 de octubre de 2021 por la COMPAÑÍA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA NIT. 860.524.654-6.

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. 95000422021; 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. 300 DEL 28 DE NOVIEMBRE DE 2023 SE EXPIDIÓ POR FUERA DEL PLAZO ESTABLECIDO PARA DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

La Resolución No. 300 del 28 de noviembre de 2023 se expidió por fuera del plazo establecido para

declarar el incumplimiento contractual, pues, teniendo en cuenta que el contrato de aporte No. 95000422021 se suscribió el día 12 de febrero de 2021, teniendo un inicio de ejecución desde el 15 de febrero de 2021 hasta el 31 de diciembre de 2021, 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:

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.*

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. 95000422021, ello debido a que entre la finalización del contrato que se dio el 31 de diciembre de 2021 y la expedición de la resolución que declaró el incumplimiento el 28 de noviembre 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. 300 del 28 de noviembre “Por la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Aporte

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

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. 300 del 28 de noviembre 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 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***

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)

habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.⁴ (énfasis añadido).

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. cito:

“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”⁵

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. 300 del 28 de noviembre 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, por medio el cual aportó los informes finales de la ejecución contractual desvirtuando que existirá un incumplimiento del 1005 únicamente estando pendiente el reintegro de los recursos que no fueron ejecutados. Por tanto, los ítems presuntamente incumplidos resultas exagerados puesto que el presunto incumplimiento se determinó en un 8,46% sin embargo la sanción impuesta no guarda relación o proporcionalidad con el porcentaje ejecutado por el contratista, situación que no fue objeto de análisis por el despacho.

Tampoco se tuvo en cuenta la fuerza mayor o aquellos hechos imprevistos sufridos por e contratista, muestra de ellos fue que con el advenimiento de la pandemia hubo alza de precios afectando de manera sustancial la ejecución del contrato tal y como se encontraba planificado, resultado de ello fueron los imprevistos que no pueden serle imputables al contratista.

Visto lo anterior, es claro que la Resolución No. 300 del 28 de noviembre 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

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 Ibidem. Pág. 203 – 204.

imputados al contratista, demostraban en últimas que este efectivamente cumplió con sus obligaciones. Muestra de ello, es que el contratante en la resolución objeto de censura determinó que el contratista probó que el objeto contractual fue debidamente cumplido demostrando diligencia en las acciones propias de prestador del servicio contratado.

No	OBLIGACIONES PRESUNTAMENTE 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	Calificación: cumplimiento. Teniendo en cuenta los hechos descritos en el numeral III del presente informe, lo alegado y probado por parte de la accionada es claro que	De las presentadas por la supervisión 7 archivos en PDF, y 3 archivos comprimidos en Zip, que, si bien demuestran unas omisiones con ocasión
	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.	a pesar de que hubo una omisión, por la no devolución de saldo por causa de inejecuciones, así como otras omisiones que no ostentaron un alto porcentaje que afectara la integridad contractual y de prestación del servicio, este despacho no observa necesidad sumaria para aplicar la declaración de incumplimiento de esta obligación	al contrato, las mismas no atentan en su integridad al mismo en su ejecución. De las presentadas por la EAS., los cuales fueron 15 archivos PDF, 4 archivos comprimidos en ZIP, 6 archivos en Excel y 2 archivos en Word, se probó que la accionada si cumplió con el objeto contractual, logró demostrar diligencia en las acciones propias en su calidad de prestador del servicio contratado, y que no

Por otro lado, se tiene, de igual forma, que la Resolución No. 300 del 28 de noviembre 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. 300 del 28 de noviembre 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. 300 DEL 28 DE NOVIEMBRE DE 2023 SE EXPIDIÓ MEDIANTE FALSA MOTIVACIÓN – LAS CONSIDERACIONES DEL ACTO ADMINISTRATIVO RECURRIDO NO SON COHERENTES CON SU PARTE RESOLUTIVA.

La Resolución objeto de embate 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, inclusive en sede del procedimiento sancionatoria el contratista manifestó su ánimo de lograr un acuerdo directo respecto del presunto incumplimiento parcial en lo que atañe a la entrega de suministros y/o devolución de los saldos; postura que tampoco fue de análisis del despacho.

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.**”⁶ (énfasis añadido).*

Para el caso en concreto, se tiene que la Resolución No. 300 del 28 de noviembre 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.

3.4. LA RESOLUCIÓN No. 300 DEL 28 DE NOVIEMBRE 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. 300 del 28 de noviembre 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. 95000422021 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:

⁶ Güecha Medina, C. N., & Güecha Torres, J. T. (2021). *Derecho procesal administrativo* (Quinta ed.). Grupo Editorial Ibañez - Universidad Santo Tomás. Pág. 398.

“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 2021⁷ se ha pronunciado sobre el particular de la siguiente forma:

*Esta Subsección ha considerado⁸, 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 desequilibrio⁹, 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 apelante¹⁰— 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).*

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

⁷ 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)

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp. 53877.

⁹ 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

¹⁰ Aptado. 25.2.a.

caso.

Para el caso en concreto, se tiene que, de las 10 obligaciones presuntamente incumplidas, 7 de ellas obligaciones específicas y 3 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 contratista cumplió:

NO	UBILIGACIONES PRESUNTAMENTE INCUMPLIDAS TOTAL O PARCIALMENTE	DECISION	FUENTES 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 encuentre publicada en la página	Calificación: cumplimiento. Teniendo en cuenta los hechos descritos en el numeral III del presente informe, lo alegado y probado por parte de la accionada se tiene que	De las presentadas por la supervisión 7 archivos en PDF, y 3 archivos comprimidos en Zip, que si bien demuestran unas omisiones con ocasión

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.	Calificación: Incumplimiento parcial – no cumple A pesar de que la accionada fue diligente en informar el estado del contrato, así como su ejecución, no puede pasar desapercibido que ante los reiterativos requerimientos con ocasión a la omisión de entrega de suministros, y o devolución de saldo, relacionados en el acápite fáctico del prestamente acto administrativo, su silencio estructuró un incumplimiento parcial de la cláusula convenida.	De las presentadas por supervisión en 7 archivos en PDF, y 3 archivos comprimidos en Zip que evidenciaron los requerimientos por omisión en términos de la devolución de saldo, y entrega de suministros, requerimientos reiterados en varias ocasiones, impidiendo el objetivo suministro de información requerida por esta entidad. De las pruebas aportadas por la accionada, si bien allega diferentes soportes de suministro de información de la ejecución del contrato y demás actuaciones propias del mismo, no se evidenció contestación alguna a los requerimientos realizados objeto del presente procedimiento, únicamente en sede de audiencia se ha logrado vislumbrar el presunto ánimo de resolución.
---	---	--	--

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

3	2.5 Permitir y colaborar en el ejercicio y desarrollo de las actividades de seguimiento y supervisión del ICBF, entre otras acciones, documentando su gestión, facilitando el acceso a toda la información y documentación relacionada con la prestación del servicio, respondiendo en el marco del plazo otorgado las solicitudes formuladas, entregando los informes que le sean solicitados, adoptando las recomendaciones y acciones que sean requeridas.	Calificación: Incumplimiento parcial – no cumple Se evidenció que la accionada no atendió a los requerimientos realizados reiterativamente, y que su silencio configuró un incumplimiento parcial de la cláusula convenida.	De las presentadas por supervisión en 7 archivos en PDF, y 3 archivos comprimidos en Zip que evidenciaron los requerimientos por omisión en términos de la devolución de saldo, y entrega de suministros, requerimientos reiterados en varias ocasiones, impidiendo el objetivo suministro de información requerida por esta entidad. De las pruebas aportadas por la accionada, si bien allega diferentes soportes de suministro de información de la ejecución del contrato y demás actuaciones propias del mismo, no se evidenció contestación alguna a los requerimientos realizados objeto del presente procedimiento.
---	---	--	--

Al igual que sucede con las obligaciones anteriormente descritas, se tiene que frente a las obligaciones 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 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 11 obligaciones presuntamente incumplidas, pues, si bien dichas obligaciones correspondían al 7,69% 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 donde el contratista sólo incumplió respecto de inejecuciones que fueron subsumidos en los imprevistos de costos sufridos por el ejecutante, sin que el contratante tuviera en cuenta dichas imprevisiones, sin embargo, pese a ello, en el informe de supervisión se establece que el contrato fue ejecutado en un 100%.

Por todo lo anterior, se solicita sea revocada la Resolución No. 300 del 28 de noviembre de 2023, en especial, su artículo 3º, pues aplicando una sencilla regla matemática se tiene que, de las 11 obligaciones presuntamente incumplidas, la mayoría alcanzó un grado de cumplimiento, 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. 300 DEL 28 DE NOVIEMBRE DE 2023 SE EXPIDIÓ MEDIANTE FALTA DE MOTIVACIÓN – NO SE PRECISÓ CUÁL ERA EL AMPARO AFECTADO CON LA DECLARATORIA DEL SINIESTRO.

La Resolución No. 300 del 28 de noviembre 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 ya 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.**"¹¹
(énfasis añadido).

De igual forma, el doctrinante 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. **Sería 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.*"¹² (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. 300 del 28 de noviembre de 2023 no precisa de manera clara, detallada y específica

¹¹ 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)

¹² Penagos, G. (2011). *El Acto Administrativo. Tomo I. Parte General. Nuevas Tendencias* (Novena ed.). Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Pág. 202.

cuál es el amparo afectado en la Póliza de Cumplimiento No. 390-47-994000057884 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 deber de mantener el riesgo en el contrato de seguro documentado en la Póliza de Cumplimiento No. 390-47-994000057884, 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. 300 del 28 de noviembre 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” (...)*¹³

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:

“... 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.

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. 95000422021 para el año 2021:

¹³ López Blanco, H. F. (2022). Comentarios al contrato de seguro (Séptima ed.). DUPRE Editores Ltda.

- 1.4. Requerimiento No. 1 con radicado No. 20214610000003061 de fecha primero (01) de marzo de dos mil veintiuno (2021).
- 1.5. Cierre a Requerimiento No 1 con Radicado 202146001000005141 del quince (15) de abril de dos mil veinte uno (2021)
- 1.6. Requerimiento No. 2 con radicado No. 20214610000008101 de fecha dieciocho (18) de junio de dos mil veintiuno (2021).
- 1.7. Cierre a Requerimiento No 2 con Radicado 202146001000008811 del siete (07) de julio de dos mil veintiuno (2021)
- 1.8. Requerimiento No. 3 con radicado No. 202146001000015221 de fecha catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021).
- 1.9. Cierre a Requerimiento No 3 con Radicado 202146001000017891 del nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

- 1.10. Requerimiento No. 4 con radicado No. 202146001000017871 de fecha doce (12) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).
- 1.11. Anexo de Relación de Elementos Compra Contrapartida Contrato 95000422021 modalidad propia Intercultural
- 1.12. Captura digital de Correo Electrónico del treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022) requiriendo el reintegro del saldo por inejecución, reiterado el seis (06) de abril siguiente, veintiuno (21) de abril siguiente, tres (03) de mayo siguiente y finalmente el diecinueve (19) de agosto de dos mil veintidós (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. 390-47-994000057884, 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. 390-47-994000057884, 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. 300 del 28 de noviembre de 2023 por cuanto la misma fue expedida por fuera del plazo para realizar la liquidación del contrato de aporte No. 95000422021, 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.

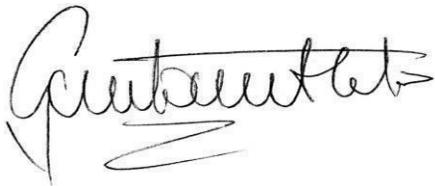
V. NOTIFICACIONES

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,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA
C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D.C.
T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.

Fallo final.

Miércoles 13 de diciembre 2:30pm