



¡ Siempre junto a ti !

Bogotá D.C., Junio 23 de 2022

ISP-1438 RUP-1784



Doctor:

Andrés Felipe Pachón Torres

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Secretaria Distrital de Integración Social

radicacion@sidis.gov.co; apachon@sidis.gov.co; zpayaresm@sidis.gov.co;

esandovalc@sidis.gov.co

Ciudad

Referencia: Recurso de reposición contra la resolución No. 0870 de fecha abril 8 de 2022, *“Por la cual se decide sobre el presunto incumplimiento del Convenio de Asociación No. 10623 de 2021, suscrito entre la ASOCIACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LAS FAMILIAS COLOMBIANAS – ASODIFAC- y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”*.

DIEGO ENRIQUE PÉREZ CADENA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.600.547 expedida en Bogotá D.C. y tarjeta profesional de abogado número 102.487 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado general de Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, tal como consta en el poder general a mi otorgado por su representante legal a través de Escritura Pública No. 263 del once (11) de marzo de dos mil veinte (2020) de la Notaria Décima del Círculo de Bogotá, copia de la cual reposa dentro del expediente procesal, de la manera más atenta me permito comunicar a usted, que por el presente instrumento, y encontrándome dentro de la oportunidad legal, procedo a sustentar el **RECURSO DE REPOSICIÓN** interpuesto contra la resolución



No. 0870 de fecha abril 8 de 2022 en audiencia adelantada el pasado 19 de abril de 2022, señalando para el efecto lo siguiente:

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.

VIOLACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO Y A LA DEFENSA, POR MODIFICACIÓN DE LA CONSECUENCIA, O DE LA FINALIDAD, QUE SE PERSIGUE CON EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ADELANTADO EN CONTRA DEL CONTRATISTA ASODIFAC.

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, de forma clara e inconfundible, establece las reglas que aplican para el Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual.

Este procedimiento administrativo sancionatorio, se constituye en el mecanismo indispensable para que la Entidad Estatal, pueda ejercer la facultad sancionatoria otorgada a través del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; a su vez, se constituye en presupuesto fundamental para que los sujetos pasivos del mismo, como son el contratista y la compañía aseguradora garante, se les pueda garantizar, y ellos puedan ejercer en debida forma, los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa o contradicción; toda vez que con la plena observancia del este procedimiento, se logra garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los administrados, o de los sujetos pasivos dentro del procedimiento, más aún cuando la Entidad Estatal dentro del procedimiento actúa como juez y parte al mismo tiempo.

De igual manera, la observancia de las reglas del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual, le va a permitir a la administración, confirmar que la decisión que ha tomado, fue proferida de acuerdo con el adecuado ejercicio de la función pública.

La actividad ejercida en virtud del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual, está regida por una amplia variedad de principios rectores, dentro de los cuales encontramos los siguientes:

1.- El debido proceso administrativo: Entendido como el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, que guardan relación directa o indirecta entre sí, y cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal (*Corte Constitucional sentencia T 010 de 2017*).

En su sentencia la Corte Constitucional ha dicho, que con este principio se pretende: **(i)** asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, **(ii)** asegurar la validez de sus propias actuaciones y, **(iii)** resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados

Este principio persigue, que sea garantizado para el administrado o sujeto pasivo del procedimiento, la efectividad de diferentes derechos sustanciales y procesales en cada una de las actuaciones que lleven a cabo las autoridades administrativas.

2.- Principio de contradicción: Este principio consiste en la participación activa del administrado en el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio. De manera que, antes que sea dictado el acto administrativo definitivo, haya sido oído, haya podido acceder a documentos, presentar

pruebas y formular sus alegaciones, e incluso, como parte de este principio, recurrir contra el acto emanado

Este principio se configura en una garantía, por la cual, el investigado en búsqueda de la atenuación o exoneración de la imposición de la sanción administrativa puede aportar, solicitar y controvertir pruebas. Pero además es un presupuesto necesario para la toma de la decisión final, dado que, la autoridad administrativa debe hacer su valoración de acuerdo con la argumentación de defensa presentada en contraposición a la imputación formulada, haciendo la expresión de su análisis en la motivación del acto que finalice la actuación administrativa sancionatoria.

3. Principio de Eficacia: En virtud de este principio, las autoridades administrativas buscarán que los procedimientos logren la finalidad que persiguen, esto en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

El principio de eficacia de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 643 de 2012:

“Es un instrumento complementario de la celeridad que demanda el debido proceso en las actuaciones administrativas, que coadyuva a que los deberes y obligaciones de las autoridades garanticen el núcleo central del debido proceso y hagan realidad los fines para los cuales han sido instituidas.”

Estos principios del debido proceso administrativo, de contradicción y de eficacia, se encuentran seriamente vulnerados con la decisión adoptada por el Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Secretaria Distrital de Integración Social.

Esta afirmación la hacemos teniendo como soporte el siguiente argumento:



El procedimiento administrativo sancionatorio, se inicia a través de la formulación de cargos, que corresponde a la imputación de presunto incumplimiento contractual, que por parte de la Secretaria Distrital de Integración Social se le formuló a la Asociación para el Desarrollo Integral de las Familias Colombianas – ASODIFAC.

El literal a) del artículo 86 de la ley 1474 de 2011 establece, que en el acto administrativo de imputación de presunto incumplimiento contractual, se debe señalar con precisión y claridad los hechos que soportan la imputación; de igual forma, establece la obligación de acompañar, en el escrito de imputación, copia del informe de interventoría o de supervisión en el que se sustenta la imputación; por otra parte, en el mencionado acto administrativo de imputación de presunto incumplimiento contractual, se deben enunciar las normas legales o las cláusulas contractuales posiblemente violadas o incumplidas por parte del contratista y, de igual manera, **SE DEBE INDICAR LA CONSECUENCIA QUE PODRÍA DERIVARSE PARA EL CONTRATISTA EN DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO.**

Esta última condición, o requisito procesal para adelantar el Procedimiento Administrativo Sancionatorio en contra de ASODIFAC, la Secretaria Distrital de Integración Social lo honró o cumplió en el oficio S2022007780 de fecha enero 28 de 2022 de la siguiente manera:

“CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA ACTUACIÓN Y TASACION DEL INCUMPLIMIENTO

*De comprobarse el incumplimiento del asociado, **la consecuencia derivada de la actuación será declaratoria de CADUCIDAD del Convenio No. 10623 de 2021 y en consecuencia la afectación de la Cláusula Penal,** mediante Resolución motivada, para lo cual se hará efectiva la garantía de cumplimiento 390-47-994000064973, de ASEGURADORA SOLIDARIA, afectando el amparo de cumplimiento de la misma y teniendo en cuenta lo pactado en las Cláusulas decima tercera y décima séptima del convenio.”*

De esta manera, la Secretaria Distrital de Integración Social en el oficio de imputación de presunto incumplimiento contractual, estableció que la



finalidad que perseguía con el Procedimiento Administrativo Sancionatorio en contra de ASODIFAC, era la de declarar la **CADUCIDAD** del Convenio No. 10623 de 2021 y como consecuencia de ello la afectación de la Cláusula Penal.

Bajo este entendido procesal, ASODIFAC y Aseguradora Solidaria de Colombia ejercieron su derecho fundamental a la defensa, siendo el principal argumento, el expuesto por el doctor Fredy Bladimir Vanegas Ladino apoderado de ASODIFAC, consistente en la falta de competencia de la Secretaria Distrital de Integración Social para declarar la caducidad del Convenio No. 10623 de 2021 en consideración a la naturaleza jurídica del convenio, argumento que fue coadyuvado por la aseguradora garante.

Y se advierte, que la falta de competencia de la Secretaria Distrital de Integración Social para declarar la caducidad del convenio en consideración a su naturaleza jurídica se constituye en el principal argumento, toda vez que, como se puede evidenciar de las grabaciones de las audiencias adelantadas el 24 de febrero y 1 de marzo, ambas del 2022, los sujetos procesales pasivos, ASODIFAC y Aseguradora Solidaria de Colombia, declinaron de su derecho a participar en la práctica de las pruebas testimoniales decretadas, y de igual manera, no se presentaron alegatos de conclusión, ni se realizó la contradicción de las pruebas que le fueron trasladadas; esto sencillamente, porque con el argumento expuesto por los sujetos pasivos, se atacaba de manera fulminante o demoledora, el procedimiento adelantado por la Secretaria Distrital de Integración Social para declarar la caducidad del Convenio de Asociación No. 10623 de 2021, sin que fuera necesario entrar a desvirtuar el presunto incumplimiento que se le imputaba a ASODIFAC, e incluso, a justificar el mismo.

Este argumento demoledor, expuesto por los sujetos procesales pasivos, fue objeto de aceptación por parte de la Secretaria Distrital de Integración Social

en las consideraciones de la resolución No. 0870 de fecha abril 8 de 2022, en donde se dijo lo siguiente por parte de la entidad:

“Teniendo en cuenta lo anterior y la inexistencia de regulación sobre la materia que nos ocupa, y evidenciando lo establecido por el Consejo de Estado y las diferentes posiciones encontradas de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, en virtud del principio de legalidad y tipicidad previsto en la Constitución Política de Colombia, que indica que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes, y teniendo en cuenta que al ser la caducidad una cláusula exorbitante y un expresión del derecho punitivo del Estado, la misma debe aplicarse e interpretarse de manera restrictiva y solo en los casos expresamente definidos, esta Entidad decide no declarar la caducidad del convenio de asociación 10623 de 2021, no sin antes advertir que encuentra reprochable la conducta desplegada por el asociado ASODIFAC, como quiera que se pudo comprobar un incumplimiento a sus obligaciones contractuales, teniendo una gestión pasiva en la ejecución del convenio, no desplegando las acciones y gestiones necesarias para que pudiera ejecutarse el mismo a satisfacción, a pesar de que el componente obligacional así se lo exigía expresamente en las cláusulas de obligaciones del asociado así como en el anexo técnico.”

De esta forma, la Secretaria Distrital de Integración Social acogió el argumento de falta de competencia para declarar la caducidad del Convenio de Asociación No. 10623 de 2021, razón por la cual, su pronunciamiento en la resolución No. 0870 de fecha abril 8 de 2022, debió ser el de cerrar y archivar el procedimiento administrativo sancionatorio adelantado con la finalidad de declarar tal caducidad.

Pero, contrario a lo anterior, y sin que se tratara de una consecuencia que podría derivarse para el contratista en desarrollo del Procedimiento Administrativo Sancionatorio adelantado, la Secretaria Distrital de Integración Social tomó la decisión ***ilegal***, de declarar el incumplimiento parcial del Convenio de Asociación No. 10623 de 2021, consecuencia que no fue la que motivó el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio que nos ocupa.

La decisión adoptada por la Secretaria Distrital de Integración Social, se plasmó de la siguiente manera en la parte resolutive de la resolución No. 0870 de abril 8 de 2022:

*“ARTÍCULO PRIMERO. **NO declarar la CADUCIDAD** del convenio de asociación 10623 de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.*

ARTÍCULO SEGUNDO. INCUMPLIMIENTO. Declarar el Incumplimiento **parcial** del Convenio No. 10623 de 2021, suscrito entre la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL y la ASOCIACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LAS FAMILIAS COLOMBIANAS – ASODIFAC, cuyo objeto es: “AUNAR ESFUERZOS TÉCNICOS, ADMINISTRATIVOS Y FINANCIEROS CON EL FIN DE IMPLEMENTAR EL SERVICIO DE INCLUSIÓN SOCIAL, AMBIENTAL Y PRODUCTIVA “CONSTRUYENDO CIUDADANÍA ALIMENTARIA”, EN LAS MODALIDADES DE APOYO ALIMENTARIO, BONOS CANJEABLES POR ALIMENTOS, APOYO ECONÓMICO SOCIAL 7745 Y CANASTAS ALIMENTARIAS RURAL Y AFRO DEL PROYECTO 7745 “COMPROMISO POR UNA ALIMENTACIÓN INTEGRAL EN BOGOTÁ”, **por los hechos objeto de las citaciones con fecha 28 de enero de 2022, radicados S2022007783 y S2022007780 y de conformidad con la parte motiva de la presente resolución.**

ARTÍCULO TERCERO. SANCIÓN. Hacer efectiva la cláusula décima tercera del convenio, “Cláusula Penal Pecuniaria” e imponer a título de indemnización anticipada de daños y perjuicios a la Secretaría de Integración Social, la suma de CIENTO SESENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN PESOS M/CTE (\$164992.791 M/CTE) **por el incumplimiento parcial** del Convenio No. 10623 de 2021, suscrito entre la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL y la ASOCIACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LAS FAMILIAS COLOMBIANAS – ASODIFAC-, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo”

La anterior decisión adoptada por la Secretaria Distrital de Integración Social, se constituye en un fallo **ilegal**, toda vez que los sujetos pasivos del procedimiento administrativo sancionatorio, como son ASODIFAC y Aseguradora Solidaria de Colombia, no tuvieron la oportunidad de ejercer el derecho fundamental a la defensa o contradicción frente a la consecuencia de declarar el **incumplimiento parcial** del Convenio de Asociación No. 10623 de 2021; toda vez que, si bien en contra del contratista se formuló una imputación de incumplimiento del Convenio de Asociación No. 10623 de 2021, se señaló como consecuencia a derivarse de tal imputación, **la declaratoria de caducidad del Convenio de Asociación No. 10623 de 2021** y no la declaratoria de incumplimiento parcial del mismo Convenio de Asociación, consecuencia frente a la cual no se ejerció el derecho a la defensa, en razón a que era desconocida para los sujetos pasivos del procedimiento, como son ASODIFAC y Aseguradora Solidaria de Colombia.

En conclusión, en el entendido que la decisión de declarar el incumplimiento parcial del Convenio de Asociación No. 10623 de 2021, que fue adoptada por la Secretaria Distrital de Integración Social, se constituye en un fallo **ilegal**, por indiscutible vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso

establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, esto al modificar la consecuencia que se derivaría del procedimiento administrativo sancionatorio iniciado, y a la defensa o contradicción, al no permitírsele a los sujetos pasivos del procedimiento, defenderse frente a la pretensión de declarar el incumplimiento parcial del Convenio de Asociación No. 10623 de 2021, consecuencia que durante todo el procedimiento adelantado resultaba desconocida para los sujetos pasivos; es claro que la entidad debe revocar de forma parcial la resolución No. 0870 de fecha abril 8 de 2022, eliminando los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10 y 11, y en su lugar, ordenar el cierre y archivo del procedimiento administrativo sancionatorio adelantado.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL MOMENTO HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA.

El presente argumento se expone sin perjuicio del anterior; es decir, por parte de Aseguradora Solidaria de Colombia no se desiste o renuncia, tacita o expresamente al argumento de: *“violación a los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, por modificación de la consecuencia, o de la finalidad, que se persigue con el procedimiento administrativo sancionatorio adelantado en contra del contratista ASODIFAC.”*

De conformidad con las motivaciones y fundamentos expuestos por la administración en la resolución No. 0870 de fecha abril 8 de 2022, es evidente que las pretensiones de la administración giran en torno a la ilegal declaratoria de incumplimiento parcial del Convenio de Asociación No. 10623 de 2021, y como consecuencia de ello, ordenar hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula décima tercera del convenio y ordenar la afectación de la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en favor de Entidades Estatales No. 390-47-994000064973, para lo cual se

invoca la aplicación del artículo 17 de la Ley 1150, en el sentido que, frente a la existencia de un incumplimiento parcial o total de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad puede declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada contractualmente. En virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993:

“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por esta ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.”

En este sentido, al no ser la cláusula penal regulada de una manera particular por parte del Estatuto General de Contratación Estatal, la normatividad aplicable a esta institución es la le civil y comercial.

De esta forma, la cláusula penal se encuentra prevista en nuestro ordenamiento jurídico en el Código Civil, Título XI, llamado *“De las obligaciones con cláusula penal”*

El artículo 1592 nos da la siguiente definición de cláusula penal:

“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

Por su parte el artículo 1596 del Código Civil establece:

“ARTICULO 1596. REBAJA DE PENA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL. 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.”

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia señaló:



“En efecto, como la cláusula penal generalmente se proyecta en función de un incumplimiento total, suficientemente es conocido que el deudor no puede ser compelido a que pague, a la vez, la obligación principal y la pena, salvo que esta última se hubiere estipulado, entre otros casos, por el simple retardo (artículo 1594 del Código Civil). Por esto, pese a que el acreedor, en principio, no está obligado a recibir por partes lo que se le debe (artículo 1649, ibídem), es claro que **si “acepta” en parte el cumplimiento de la obligación principal**, la norma transcrita, **para evitar un “enriquecimiento indebido”¹ o un “doble pago”²**, respecto de la parte honrada por el solvens, otorga a éste el derecho para que la pena estipulada por el simple incumplimiento de esa obligación principal, **sea rebajada en la proporción efectivamente ejecutada**. De ahí que cuando el acreedor acepta el cumplimiento parcial de la obligación principal, éste puede pedir el valor de la sanción convencional, **pero únicamente en el equivalente a la parte incumplida**.”³. (Negrilla y subrayado fuera del texto)

En sentencia del 7 de octubre de 2009 e Consejo de estado se pronunció respecto del principio proporcionalidad en la aplicación de la cláusula penal en el siguiente sentido:

“El principio de proporcionalidad, **como principio general del derecho**, ha sido catalogado jurisprudencialmente como una regla general, en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extrasistemático que **el juez deberá materializar al momento del fallo** y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano –artículo 36 Código Contencioso Administrativo [artículo 44 Ley 1437 de 2011 Nuevo Código Contencioso Administrativo]. Por tanto el juez **–e incluso la autoridad administrativa–** debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. (...) [S]e debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. (...) Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, a interior de una potestad sancionadora **existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad**, pese a su carácter fuertemente reglado. **Uno de ellos es el de la determinación del monto de la cláusula penal pecuniaria, la cual puede variar, en casos como el subyudice, dependiendo de diversos factores, como el porcentaje de ejecución del contrato...**”⁴. (Negrilla y Subrayado fuera del texto)

Ahora bien, en sentencia de 22 de abril de 2009 esta misma corporación señaló:

“(...) **recuerda la Sala que es posible reducir el monto de la cláusula penal, al momento de su aplicación, cuando la obligación contractual se ha cumplido en parte, según lo dispuesto tanto en el Código Civil como el de Comercio.**” (Negrilla y Subrayado fuera del texto)

¹ Cfr. Sentencia 102 del 7 de junio de 2002, expediente 7320.

² Sentencia del 7 de octubre de 1976 (CLII-450).

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de diciembre de 2009. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Expediente C-2589931030022005-00103-01..

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de octubre de 2009. C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Expediente 18.496.

Ahora bien, sobre la posibilidad de reducir la pena, expresó recientemente la Sala acerca de este tema, y sobre todo en relación con el **principio de legalidad y proporcionalidad** involucrados en el mismo –Sentencia de noviembre 13 de 2008. Expediente 17.009-, posición que se cita in extenso por su pertinencia para este caso:

“3.1. Graduación judicial de la cláusula penal pecuniaria

*“Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta –para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, **para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen.***

“No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal –es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena.

“La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, los cuales prescriben, en su orden:

“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.”

“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.”

*“Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un “derecho” en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria **se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad.***

*“Así mismo, la doctrina ha estudiado el tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, primordialmente, **en la equidad y en el principio de proporcionalidad.** Al respecto expone Claro Solar:*

“Dice el art. 1539 que ‘si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal’.

“Esta disposición tiene su fundamento en la equidad. El deudor no puede pagar al acreedor, contra la voluntad de éste, una parte de su deuda, aunque ésta sea divisible; y por consiguiente, los efectos de pago parcial no pueden libertarlo de parte alguna de la pena estipulada en caso de inejecución. Pero, si el acreedor acepta recibir la parte que el deudor le ofrece, el deudor tendrá el derecho que la ley le reconoce para que, si el acreedor le exige la pena, se rebaje esta proporcionalmente a la parte que el deudor ha pagado de la obligación primitiva.

(...)

“Nuestro Código da en este caso al deudor el derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada; **de modo que no depende del arbitrio del juez o no esta rebaja, ni hacer una rebaja arbitraria y antojadiza, sino que tiene que hacerla guardando proporción entre la parte de la obligación principal que ha sido cumplida y la parte aún no ejecutada**; de modo que si el deudor ha ejecutado la mitad o más o menos la mitad de la obligación principal deberá rebajar la mitad de la pena; si la tercera parte de la obligación principal, la tercera parte de la pena.

(...)

“Naturalmente, el juez tendrá que resolver las controversias que se susciten entre las partes sobre la proporcionalidad que debe observarse en la reducción de la pena en caso de ejecución parcial de la obligación principal, como toda cuestión que entre ellos se produzca, pero la disposición de nuestro Código es más equitativa, porque reduce a términos muy restringidos lo arbitrario del juez.”

“También es preciso tomar en cuenta lo que ha expresado la jurisprudencia del Consejo de Estado en asuntos similares al que se analiza, de manera que, a continuación, se expondrán los casos tratados por esta Corporación

(...)

“No obstante, es importante hacer una precisión final sobre el tema de la imposición de la cláusula penal y su monto. Resulta que la ley señala que la cláusula misma es un cálculo anticipado de los perjuicios, de manera que si se incumple el contrato se debe pagar su valor, independientemente del monto del perjuicio. **No obstante, esto tiene dos excepciones:** i) Según el art. 1600 del C. C. no se puede pedir, a la vez, la pena y la indemnización de perjuicios –de hecho, la cláusula penal es una cálculo anticipado de estos-, salvo que así se haya pactado expresamente, en cuyo caso se puede perseguir lo uno y lo otro, y ii) **de acuerdo con el artículo 1596 del C. C.: “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.”**

“De otro lado, si bien la ley establece la posibilidad de que la cláusula penal se reduzca en proporción a la parte ejecutada del contrato, esto no significa que el parámetro sea el monto del daño. En otras palabras, puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, como quiera que **no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor.**

“Finalmente, cabe agregar que si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve al contratante su ejecución completa, el valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; **salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada.**

(...)

“Ahora bien, en consideración a lo analizado, señala la normatividad vigente en la época de los hechos, así como la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, que con base en el principio de proporcionalidad y en el criterio auxiliar de la equidad, si el juez verifica que el contratista cumplió, efectivamente, parte del objeto estipulado en el contrato, y que este, además, fue aceptado por la entidad contratante, **puede disminuir la sanción penal en proporción al porcentaje de obra ejecutada.**

“Partiendo de lo anterior, es necesario que el juez, además de estos aspectos, analice lo concerniente al cumplimiento del contrato a partir del porcentaje de obra ejecutado, y recibido por esta. No obstante, tratándose de obligaciones indivisibles, según se acaba de indicar, es ilógico que el contratista solicite la disminución de la cláusula penal impuesta, pues la naturaleza misma de las obligaciones lo impide, **salvo aceptación de la entidad estatal de la parte ejecutada.**

“En este sentido, los aspectos que debe analizar el juez frente a la solicitud de disminución del monto de la cláusula penal pecuniaria, considerando que dicho análisis se realiza conforme a los postulados del principio de proporcionalidad y al criterio auxiliar de la equidad, son: **i) El porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista, y ii) si la entidad pública contratante recibió esta parte del objeto contractual.**” (Negrilla y Subrayado Fuera del texto)

Bajo las anteriores consideraciones, es claro que las entidades estatales al hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada contractualmente, deben tener en cuenta el cumplimiento efectivo del contrato a partir del porcentaje de ejecución por el contratista.

En este orden de ideas, de forma clara se ha establecido por la propia Secretaria de Integración Social en la resolución No. 0870 de fecha abril 8 de 2022, que en la ejecución del Convenio de Asociación No. 10623 de 2021 existió un presunto incumplimiento **PARCIAL** por parte del contratista ASODIFAC.

Lo anterior pone en evidencia, que los trabajos que se lograron ejecutar por parte del contratista ASODIFAC, fueron objeto de recibo a satisfacción; es decir, se ejecutaron o cumplieron las obligaciones a cargo del contratista, con respecto a las actividades desarrolladas.



Actividades que, además de generar la remuneración pactada contractualmente a favor del contratista ASODIFAC, deben ser objeto de la rebaja proporcional de la pena estipulada contractualmente por falta de cumplimiento tal como lo ordena el artículo 1596 del Código Civil, rebaja que se constituye en un derecho a favor del contratista ASODIFAC.

De esta forma, la Secretaria de Integración Social la pretender hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria establecida en la cláusula décima tercera del Convenio de Asociación No. 10623 de 2021, por la suma de \$164.992.791, valor correspondiente al 10% del valor del convenio, no está dando aplicación al principio de proporcionalidad al momento de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, por lo que no está dando cumplimiento a la segunda condición establecida en el artículo 1077 del Código de Comercio, en el sentido de cuantificar la cuantía del perjuicio objeto de indemnización, teniendo de presente, que en el presente caso, el perjuicio objeto de indemnización es el valor de la sanción pactada contractualmente, y que, en la resolución No. 0870 de fecha abril 8 de 2022 la sanción liquidada por la Secretaria de Integración Social es igual al 10% del valor del Convenio de Asociación, sin que se haya aplicado la proporcionalidad de la sanción en virtud que el presunto incumplimiento por el cual se sanciona al contratista ASODIFAC es **PARCIAL** y no **TOTAL**.

PETICION

Por las razones expuestas, en forma respetuosa solicito al doctor Andrés Felipe Pachón Torres Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Secretaria Distrital de Integración Social que **REVOQUE** de forma parcial la resolución No. 0870 de fecha abril 8 de 2022, *“Por la cual se decide sobre el presunto incumplimiento del Convenio de Asociación No. 10623 de 2021, suscrito entre*

la ASOCIACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LAS FAMILIAS COLOMBIANAS – ASODIFAC- y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”, eliminando los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10 y 11, y en su lugar, ordene el cierre y archivo del procedimiento administrativo sancionatorio adelantado, esto en razón a la violación a los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, por modificación de la consecuencia o de la finalidad que se persigue con el proceso administrativo sancionatorio.

Subsidiariamente solicito:

Se de aplicación al principio de proporcionalidad al momento de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, toda vez que el presunto incumplimiento del Convenio de Asociación No. 10623 de 2021, por el cual se sanciona al contratista ASODIFAC es parcial y no total.

NOTIFICACIONES.

De conformidad con lo establecido en los artículo 56 y 71 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) nos permitimos autorizar al doctor Andrés Felipe Pachón Torres Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Secretaria Distrital de Integración Social para que la decisión de fondo que se adopte dentro del presente procedimiento administrativo sea notificada a Aseguradora Solidaria de Colombia únicamente a los correos electrónicos notificaciones@solidaria.com.co y diperez@solidaria.com.co en cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 69 ibídem.

Atentamente,



DIEGO ENRIQUE PÉREZ CADENA

Apoderado General

Aseguradora Solidaria de Colombia