



Radicado: 08001-23-33-000-2018-00560-01 (68717)
Demandante: Departamento Administrativo para la Prosperidad Social

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., catorce (14) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Acción de controversias contractuales
Radicación: 08001-23-33-000-2018-00560-01 (68717)
Demandante: Departamento Administrativo para la Prosperidad Social
Demandados: Federación Nacional de Comerciantes - Seccional Atlántico y Seguros del Estado S.A.

Tema: Se revoca la sentencia de primera instancia que declaró la excepción de pleito pendiente porque los procesos de reestructuración empresarial no impiden adelantar procesos declarativos contra el deudor. Se accede a las pretensiones de la demanda porque está probado que la Federación Nacional de Comerciantes incumplió las obligaciones del convenio de asociación suscrito con el demandante. Se condena a la aseguradora al pago total de la cláusula penal porque está pactada por el incumplimiento parcial de las obligaciones.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Federación Nacional de Comerciantes – Seccional Atlántico (en adelante, Fenalco) contra la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2021 por la Sala de Decisión Oral – Sección B del Tribunal Administrativo del Atlántico que declaró probada la excepción de pleito pendiente, así:

“1. Declarar probada la excepción de pleito pendiente propuesta por la Federación Nacional de Comerciantes – FENALCO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Como consecuencia de lo anterior, se declara la terminación del proceso de controversias contractuales incoado por el Departamento de Prosperidad Social contra Fenalco y Seguros del Estado.

2. Sin costas (...).”

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación según el artículo 150 del CPACA. El tribunal era competente para conocer el proceso en primera instancia en razón a la cuantía, de acuerdo con el numeral 4° del artículo 152 del CPACA.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 30 de agosto de 2022¹. De conformidad con el artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de

¹ Índice 4 de SAMAI.



la Ley 2080 de 2021, las partes podían presentar alegatos de conclusión hasta la ejecutoria del auto que admitió el recurso. Según la misma norma, el Ministerio Público podía rendir concepto hasta la fecha de ingreso al despacho para fallo. Las partes guardaron silencio. El Ministerio Público no rindió concepto.

I. ANTECEDENTES

A.- Posición de la parte demandante

1.- El 20 de junio de 2018 el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (en adelante, “el DPS” o “el demandante”), presentó demanda de controversias contractuales contra Fenalco y Seguros del Estado S.A. (en adelante, “las demandadas”) para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas²:

<<PRIMERO: Que se declare el incumplimiento de FENALCO ATLÁNTICO al convenio 460 de 2015, sus adiciones y sus correspondientes OTROSI de acuerdo con las cláusulas pertinentes del contrato e instrumentos adicionales.

SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior se condene a FENALCO ATLÁNTICO al reintegro de la suma de MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS ONCE MIL TRESCIENTOS QUINCE PESOS (\$1.234.611.315) correspondiente al valor no ejecutado y no legalizado por el convocado FENALCO ATLÁNTICO en el marco del convenio y que se constituye como incumplimiento por parte de dicha entidad de acuerdo con las cláusulas pertinentes del contrato.

TERCERO: Que como consecuencia del incumplimiento señalado en la pretensión primera se ordene a FENALCO ATLÁNTICO al pago de la Cláusula Penal estipulada en la Cláusula Décimo Octava del convenio 460 de 2015 y que atienda al 10% del valor total del convenio correspondiente a la suma de CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$482.964.000).

CUARTO: Que como consecuencia del incumplimiento y atendiendo a la imposibilidad de liquidar bilateralmente el convenio, se liquide judicialmente el mismo atendiendo a lo establecido en la pretensión segunda.

QUINTO: Que se condene a la indexación e intereses a los que haya lugar.

SEXTA: Declarar que la sociedad SEGUROS DEL ESTADO es contractualmente responsable del pago de la indemnización derivada de la ocurrencia del siniestro incumplimiento del convenio 460 de 2015.

SÉPTIMA: Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a la sociedad SEGUROS DEL ESTADO, a pagar a la entidad demandante la suma asegurada de CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$482.964.000) de acuerdo con las cláusulas pertinentes del contrato de seguro.

OCTAVA: Que se ordene al cumplimiento de la sentencia de conformidad a lo establecido en el artículo 195 del CPACA>>.

² Cuaderno No. 1, folios 3 – 42.



2.- La demandante basó sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

2.1.- El 22 de julio de 2015 el DPS y Fenalco Atlántico suscribieron el convenio de asociación 460 de 2015 cuyo objeto fue *"Aunar esfuerzos entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social - Fondo de Inversión para la paz (DPS-FIP) y la Federación Nacional de Comerciantes Seccional Atlántico para mejorar las condiciones de generación de ingreso, a través de empleabilidad y/o desarrollo de proyectos productivos, dirigidos a población en condiciones de vulnerabilidad o víctimas de conflicto armado beneficiarios del programa de vivienda gratuita del distrito de Barranquilla, especialmente las urbanizaciones Las Gardenias, Villas de la Cordialidad y Villas de San Pablo"*³.

2.2.- Según el párrafo segundo de la cláusula primera del convenio, su objeto era capacitar a mil ciento diez (1.110) personas en programas relacionados con la obtención de empleo. A su vez, Fenalco debía garantizar que el 60% de las personas capacitadas obtuvieran un empleo, es decir, seiscientos sesenta y seis personas (666), según quedó estipulado en la cláusula segunda numeral 4º literal b) del convenio⁴.

2.3.- Fenalco también se obligó a cumplir obligaciones financieras. El numeral 11 del literal e) de la cláusula segunda del convenio estipulaba como obligación a cargo de Fenalco remitir una certificación expedida por el revisor fiscal o el representante legal en la que constara el valor de los recursos ejecutados, así:

*"Remitir al supervisor del Convenio dentro de los cinco (5) primeros días del mes siguiente al de la ejecución de los recursos, certificación expedida por el revisor fiscal y en su ausencia por el representante legal, en la que señale el valor de los recursos ejecutados mensualmente y acumulados del total del Convenio y aquellos que corresponden al DPS, acompañada de la ficha físico-financiera"*⁵.

2.4.- Y, por su parte, el numeral 8 del literal a) de la cláusula segunda del convenio obligaba a Fenalco a:

*"Rendir al DPS-FIP Informes financieros y técnicos detallados de conformidad con los parámetros, requisitos y periodicidad que para estos efectos le señale el supervisor"*⁶.

2.5.- El valor inicial del convenio fue de cuatro mil cuatrocientos diecisiete millones ochocientos mil pesos (\$4.417.800.000), de los cuales el DPS aportó cuatro mil millones de pesos (\$4.000.000.000) y Fenalco debía aportar cuatrocientos diecisiete millones ochocientos mil pesos (\$417.800.000).

³ Cuaderno 1, folio 42.

⁴ Cuaderno 1, folios 42 y 44.

⁵ Cuaderno 1, folio 45.

⁶ Cuaderno 1, folio 43.



2.6.-. El 19 de octubre de 2015 se suscribió el otrosí No. 1⁷, mediante el cual se actualizó la póliza de seguro de cumplimiento, que incluía un amparo por mil doscientos siete millones cuatrocientos diez mil pesos (\$1.207.410.000)⁸.

2.7.-. El 21 de octubre de 2015 se suscribió el otrosí No. 2⁹ mediante el cual se adicionó el valor del convenio en cuatrocientos once millones ochocientos cuarenta mil pesos (\$411.840.000), de los cuales el DPS aportó trescientos setenta millones seiscientos cincuenta y seis mil pesos (\$370.656.000) y Fenalco debía aportar cuarenta y un millones ciento ochenta y cuatro mil pesos (\$41.184.000).

2.8.-. El 21 de diciembre de 2015 se suscribió el otrosí No. 3¹⁰ mediante el cual se prorrogó el plazo de ejecución del convenio hasta el 30 de abril de 2016 y se actualizó la póliza de garantía del convenio.

2.9.-. El 6 de abril de 2016 la supervisora del convenio informó al DPS de un posible incumplimiento técnico y financiero por parte de Fenalco: (i) Fenalco no había logrado la capacitación total de las personas beneficiarias; (ii) no había logrado que el 60% obtuviera empleo; y (iii) no había entregado los informes financieros que demostraran la ejecución de los recursos entregados por el DPS¹¹.

2.10.- El 26 y 28 de abril de 2016 la Subdirección de Contratación realizó audiencia de debido proceso por presunto incumplimiento a Fenalco¹². En la audiencia, Fenalco advirtió que la información financiera allegada al DPS tenía serios indicios de irregularidades y/o falsedad debido a delitos imputables a exfuncionarios de la entidad. Fenalco indicó:

"Se ha presentado un problema muy delicado donde el anterior director incurrió en manejos irregulares e indebidos y se presentaron circunstancias lamentables en el manejo de recursos y en la elaboración de informes. Estos informes financieros que se deben presentar a la Entidad deben reflejar totalmente la realidad de FENALCO, ser veraces y seguir las prescripciones legales (...)"

En razón a esta situación se tenía que ver los procesos que se requirieron para identificar la situación del anterior representante legal. No se pueden firmar los informes financieros ya que estos no corresponden a la realidad y no pueden ser firmados por el actual representante legal, circunstancias que son de fuerza mayor o caso fortuito y esto ha afectado a toda la organización, causales eximentes, circunstancias de fuerza mayor a las cuales no se pueden resistir y hay unas situaciones legales que se deben cumplir, no se puede violar la ley sin tener informes sustentados una auditoría externa, se presentó la denuncia.

2.11.- El 29 de abril de 2016 se suscribió el otrosí No. 4¹³, mediante el cual las partes prorrogaron el plazo del convenio hasta el 31 de julio de 2016. Fenalco se

⁷ Cuaderno 1, folio 81.

⁸ Cuaderno 1, folio 82.

⁹ Cuaderno 1, folio 84.

¹⁰ Cuaderno 1, folio 167.

¹¹ Cuaderno 1, folio 195.

¹² Cuaderno 1, folios 219- 237.

¹³ Cuaderno 1, folio 275.



obligó a “Presentar el 31 de mayo de 2016 informe financiero depurado correspondiente a la ejecución del convenio desde su fecha de legalización hasta el 30 de abril de 2016 con los respectivos soportes”.

2.12.- El 6 de mayo de 2016 Fenalco actualizó la póliza de seguro de cumplimiento No. 85-45-101035714 emitida por Seguros del Estado S.A. en virtud del otrosí No. 4 y se prorrogó la vigencia del amparo de cumplimiento hasta el 30 de noviembre de 2016, por valor de cuatrocientos ochenta y dos millones novecientos sesenta y cuatro mil pesos (\$482.964.000)¹⁴.

2.13.- El 3 de junio de 2016¹⁵ la supervisora alertó del presunto incumplimiento al otrosí No. 4 por parte de Fenalco, porque no envió el informe financiero depurado con sus soportes para legalización.

2.14.- El convenio terminó el 31 de julio de 2016 por vencimiento del plazo y la supervisora expidió el informe de supervisión con corte al 30 de agosto de 2016¹⁶.

2.15.- El incumplimiento que se reclama ocurrió el 31 de julio de 2016, fecha para la cual se tenían que haber cumplido todas las obligaciones contractuales. Esto ocurrió en vigencia de la póliza de cumplimiento 85-45-101035714 del 6 de mayo de 2016.

2.16.- El 15 de mayo de 2017 la supervisora rindió informe en el que evidenció el incumplimiento de las obligaciones técnicas y financieras por parte de Fenalco¹⁷.

2.17.- En diciembre de 2017 el DPS hizo la solicitud a Fenalco de pagar la cláusula penal pecuniaria por incumplimiento¹⁸.

2.18.- Los resultados consolidados del convenio son los siguientes¹⁹:

Actividad	Resultado
FORMACIÓN TÉCNICO LABORAL	
Total formados	1118
Meta formación	1110
Ejecutado %	101%
Generación de ingresos	

Autoempleo	21
Proyecto productivo	140
Vinculación laboral	306
Total generación de ingresos	467
Meta generación de ingresos	666

¹⁴ Cuaderno 1, folio 278.

¹⁵ Cuaderno 1, folio 280.

¹⁶ Cuaderno 1, folio 305.

¹⁷ Cuaderno 1, folio 338.

¹⁸ Cuaderno 1, folio 396.

¹⁹ Información aportada en la demanda.



% de la meta	70%
% del total formados	42%

2.19.- A la fecha de presentación de la demanda, el estado financiero del convenio era el siguiente²⁰:

Concepto	Valor aportes PS	Valor aportes asociado	Valor total
Valor inicial del contrato o convenio	4.000.000.000	417.800.000	4.417.800.000
Valor adicionado y /o reducido mediante otrosí No. 2	370.656.000	41.184.000	411.840.000
Valor total contrato o convenio	4.370.656.000	458.984.000	4.829.640.000
Valor pagado y/o desembolsado	4.370.656.000	0	0
Total ejecutado según informes legalizados	3.136.044.685	10.074.894	3.146.119.579
Saldo por reintegrar al DPS	1.234.611.315		

2.20.- El DPS alega (i) incumplimiento técnico debido a que Fenalco no logró emplear al 60% de las personas capacitadas; (ii) incumplimiento financiero debido a la falta de ejecución y legalización de los recursos entregados a Fenalco y a la falta de entrega de informes financieros. Por lo tanto, solicita que Fenalco reintegre (i) el valor de los recursos que no fueron ejecutados ni legalizados, que asciende a mil doscientos treinta y cuatro millones seiscientos once mil trescientos quince pesos (\$1.234.611.315) y (ii) que la aseguradora pague la cláusula penal para resarcir los perjuicios del incumplimiento, por valor de cuatrocientos ochenta y dos millones novecientos sesenta y cuatro mil pesos (\$482.964.000).

B.- Posición de la parte demandada

3.- Fenalco presentó las excepciones de (i) no haberse tramitado los procedimientos de “transacción o amigable composición” pactados en el convenio de asociación; (ii) falta de jurisdicción y competencia por desconocimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que ordenó un procedimiento especial en caso de diferencias en razón de este tipo de contratos y que se pactó en la cláusula vigésima del convenio; (iii) pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto porque existe un proceso de reestructuración en el que el DPS es parte como acreedor, el cual está regulado en la Ley 1116 de 2006; (iv) prejudicialidad penal porque por los mismos hechos alegados en este proceso existe un proceso penal adelantado contra el exdirector de Fenalco por abuso de confianza calificado, fraude procesal, falsedad en documentos privados y públicos, concierto para delinquir, administración desleal y delitos contra la Administración Pública y Patrimonio del Estado.

²⁰ Información aportada en la demanda.



4.- Seguros del Estado S.A. indicó que debía aplicarse el principio de proporcionalidad de la cláusula penal del artículo 1596 del Código Civil. En la medida en que la entidad alegó un incumplimiento parcial, se debía establecer el porcentaje exacto de ejecución del convenio y aplicar la reducción.

4.1.- La compañía de seguros también alegó:

4.1.1.- La inexistencia de perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguro: Al respecto, indicó que la pretensión segunda de la demanda estaba dirigida a que se reintegrara el valor de mil doscientos treinta y cuatro millones seiscientos once mil trescientos quince pesos (\$ 1.234.611.315) por concepto de valor del convenio No. 460 de 2015. No obstante, el artículo 1077 del Código de Comercio disponía que la asegurada debía demostrar tanto la ocurrencia del siniestro como la cuantía de la pérdida. Y en este caso, *“la Entidad demandante no ha acreditado por ninguno de los medios probatorios establecidos por la Ley, que haya sufrido perjuicio patrimonial alguno que deba ser indemnizado (...)”*

4.1.2.- La configuración de una causal de exclusión y eximente de responsabilidad de Seguros del Estado S.A. Al respecto, indicó que el DPS pretendía que se le reintegraran las sumas pagadas al contratista, se declarara el incumplimiento del convenio, se declarara el siniestro y se afectara la garantía del contrato. No obstante, el DPS reconoció que el convenio fue ejecutado parcialmente. En consecuencia, adujo que *“Es necesario entonces tener presente que la Entidad no puede desconocer el cumplimiento parcial del contrato y pretender que se declare un incumplimiento total y que SEGUROS DEL ESTADO en su calidad de garante le reintegre las sumas de dinero que canceló al contratista habiendo sido la misma Entidad quien por medio del supervisor del contrato certificó el cumplimiento y autorizó y efectuó los pagos correspondientes”*.

4.1.3.- Enriquecimiento sin causa por parte del DPS. Reiteró que la entidad no probó que hubiera sufrido un detrimento patrimonial. Por ello, no era procedente el cobro de una indemnización con cargo al amparo de cumplimiento ya que esta se convertiría en una fuente de enriquecimiento para la entidad.

4.1.4.- Falta de cumplimiento de los requisitos para hacer exigible la póliza de cumplimiento. Indicó que no estaba probada la imputabilidad de los hechos en forma exclusiva al tomador de la póliza, pues se evidenciaba la entrega de actividades conforme a lo requerido por la entidad. Reiteró que el DPS no acreditó los perjuicios que presuntamente pudo haberle ocasionado la inejecución del contrato.

C.- Sentencia recurrida

5.- En la sentencia del 26 de noviembre de 2021 la Sala de Decisión Oral – Sección B del Tribunal Administrativo del Atlántico declaró probada la excepción



de pleito pendiente²¹ porque Fenalco se encontraba en un proceso de reorganización empresarial ante el Juzgado 16 Civil del Circuito de Barranquilla al que el DPS acudió como acreedor y en el que le fueron pagados treinta y seis millones quinientos noventa mil quinientos setenta y un pesos (\$36.590.571).

D.- Recurso de apelación de la parte demandada

6.- El DPS solicita revocar la sentencia de primera instancia. Indica que no se configura la excepción de pleito pendiente porque, encontrándose en trámite los procesos de reestructuración, se pueden iniciar procesos declarativos. Por lo tanto, solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

E.- Caducidad

7.- La Sala se pronunciará de fondo porque la demanda fue presentada dentro del término legal. Según el otrosí No. 4, el plazo venció el **31 de julio de 2016**, momento para el cual Fenalco debía haber cumplido todas sus obligaciones contractuales. Y según la cláusula vigésima primera del convenio de asociación, la liquidación se realizaría en los términos del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

7.1.- Esto quiere decir que la liquidación del convenio debió realizarse, a más tardar, el **1° de febrero de 2017** (si se cuentan los cuatro meses que tenían las partes para efectuar la liquidación bilateral y los dos meses que tenía la entidad para efectuar la liquidación unilateral).

7.2.- De esta manera, el demandante tenía hasta el **2 de febrero de 2019** para presentar la acción de controversias contractuales. Como la demanda se presentó el **20 de junio de 2018**, fue presentada en término.

F.- Decisión a adoptar y plan de exposición

8.- La Sala revocará la sentencia de primera instancia porque no se configura la excepción de pleito pendiente. La existencia de un proceso de reorganización empresarial no implica que no pueda adelantarse un proceso en el que se solicite la declaratoria de incumplimiento de un convenio, es decir, un proceso declarativo. El artículo 20 de la Ley 1116 de 2006 únicamente impide que se adelanten procesos ejecutivos en los procesos de reorganización empresarial. Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

“Dentro del proceso de reorganización, el deudor presenta un proyecto de calificación y graduación de créditos en el cual detalla las obligaciones adeudadas y los acreedores de las mismas²²; dichas acreencias pueden ser discutidas respecto de su existencia y monto. De existir algún crédito litigioso, el

²¹ Cuaderno 2, folios 86 - 92.

²² Artículo 24 de la Ley 1116 de 2006.



deudor deberá incluirlo en el proyecto, y su reconocimiento quedará sujeto a las resultas del conflicto donde se discute dicho crédito²³. Sin embargo, en el proceso de reorganización, naturalmente, no puede discutirse un incumplimiento contractual, que corresponde a un crédito litigioso, como el asunto que se debate en este proceso contencioso administrativo.

9.- Así mismo, es claro como afirmó el Tribunal, que la prohibición respecto de iniciar procesos nuevos y continuar los existentes después de la fecha de inicio del trámite de reorganización contenida en el artículo 20 de la Ley 1116 de 2006 aplica únicamente para procesos ejecutivos. Por lo tanto, el presente litigio, al ser declarativo, no está cobijado por dicha prohibición²⁴.

8.1.- La Sala accederá a las pretensiones de la demanda porque Fenalco no cumplió sus obligaciones contractuales: no obran pruebas de que hubiera logrado emplear al 60% de las personas capacitadas, como lo estipulaba el convenio, ni tampoco de que hubiera ejecutado el monto que reclama el DPS, ni de que hubiera presentado los informes financieros requeridos en el convenio que la demandante echa de menos. No obstante, descontará del valor que Fenalco deberá pagar al DPS lo ya reconocido a la entidad pública en el proceso de reestructuración empresarial iniciado por Fenalco.

8.2.- La Sala condenará a Seguros del Estado S.A. al pago total de la cláusula penal, en tanto en el convenio las partes estipularon que esta se pagaría por cualquier tipo de incumplimiento del asegurado, fuese total o parcial.

8.3.- En la primera parte, la Sala se referirá al incumplimiento de las obligaciones a cargo de Fenalco, con base en la cual se realizará su liquidación; en la segunda parte, analizará la condena de la aseguradora al pago de la cláusula penal.

Fenalco incumplió sus obligaciones contractuales

9.- Respecto al incumplimiento técnico, el informe elaborado por el supervisor del convenio²⁵ indicó que Fenalco sólo había cumplido con un 70% de la obligación contenida en la cláusula segunda numeral 4° literal b) del convenio, que estipulaba:

"Garantizar la formación en competencias blandas y laborales del 100% de los participantes y la vinculación laboral formal o desarrollo de proyectos productivos de por lo menos el 60% de los mismos".

9.1.- De acuerdo con el convenio, Fenalco debía garantizar que el 60% de las personas capacitadas obtuvieran un empleo, es decir, seiscientos sesenta y seis personas (666) de las mil ciento diez personas (1110) capacitadas²⁶. Y de acuerdo con el informe de supervisión, sólo fueron empleadas cuatrocientas sesenta y siete personas (467), lo que equivale a una ejecución del 70% de la obligación pactada por parte de Fenalco. Esto indicó el informe de supervisión:

²³ Artículo 25 de la Ley 1116 de 2006.

²⁴ Consejo de Estado, auto del 8 de julio de 2021, radicación (64274), con ponencia de este despacho.

²⁵ Cuaderno 1, folio 389.

²⁶ Cuaderno 1, folios 42 y 44.



Generación de ingresos

Autoempleo	21
Proyecto productivo	140
Vinculación laboral	306
Total generación de ingresos	467
Meta generación de ingresos	666
% de la meta	70%
% del total formados	42%

9.2.- La Sala advierte que Fenalco conoció este informe y no se opuso a sus conclusiones ni solicitó o aportó pruebas en el proceso para desestimarlos. Fenalco no aportó ninguna prueba que acreditara que hubiera garantizado el empleo de los seiscientos sesenta y seis participantes, razón por la cual quedó acreditado el incumplimiento parcial de Fenalco frente a esa obligación.

9.3.- Además, la cláusula segunda del convenio obligaba a Fenalco a “rendir al DPS-FIP informes financieros y técnicos detallados de conformidad con los parámetros, requisitos y periodicidad que para estos efectos le señale el supervisor”, “facilitar el cumplimiento de las obligaciones de los supervisores del convenio y en consecuencia entregar la documentación e informes que requieran en los términos en que lo soliciten, realizar los correctivos inmediatos que le recomienden y permitir el acceso a la documentación propia del convenio”, “presentar mensualmente el informe físico financiero en el formato diseñado por el DPS y demás entidades que participen en su cofinanciación, estimen pertinente”, “presentar informes de avance mensual y final de la ejecución y desarrollo de las actividades, en forma física y magnética, acompañado del registro fotográfico, especificando los resultados obtenidos con el proyecto”. Fenalco no cumplió con esas obligaciones.

9.4.- Sobre los incumplimientos financieros del convenio, el DPS alegó que Fenalco no ejecutó ni legalizó mil doscientos treinta y cuatro millones seiscientos once mil trescientos quince pesos (\$1.234.611.315) de los recursos entregados por el DPS para el desarrollo del convenio²⁷. En el expediente están probados los desembolsos efectuados por el DPS²⁸, así:

9.4.1.- Un primer desembolso, del 21 de agosto de 2015, por valor de mil ochocientos millones de pesos (\$1.800.000.000).

9.4.2.- Un segundo desembolso, del 5 de noviembre de 2015, por valor de ciento sesenta y seis millones setecientos noventa y cinco mil doscientos pesos (\$166.795.200).

9.4.3.- Un tercer desembolso, del 5 de noviembre de 2015, por valor de mil novecientos sesenta y seis millones setecientos noventa y cinco mil doscientos pesos (\$1.966.795.200).

²⁷ Cuaderno 1, folio 391.

²⁸ Cuaderno 1, folio 393.



9.4.4.- Un cuarto desembolso, del 24 de diciembre de 2015, por valor de cuatrocientos treinta y siete millones sesenta y cinco mil seiscientos pesos (\$437.065.600).

9.5.- Así, el total desembolsado por el DPS fue de cuatro mil trescientos setenta millones seiscientos cincuenta y seis mil pesos (\$4.370.656.000).

9.6.- De acuerdo con los informes avalados por la supervisión del convenio²⁹, solo se ejecutó y legalizó un total de tres mil ciento treinta y seis millones cuarenta y cuatro mil seiscientos ochenta y cinco pesos (\$3.136.044.685). Esto deja un saldo no ejecutado de mil doscientos treinta y cuatro millones seiscientos once mil trescientos quince pesos (\$1.234.611.315), como consta en la certificación expedida por la coordinadora de contabilidad del DPS³⁰.

9.7.- Fenalco no presentó los documentos que probaran que el referido monto hubiera sido ejecutado, lo que demuestra el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el numeral 11 del literal e) de la cláusula segunda del convenio, así:

“Remitir al supervisor del Convenio dentro de los cinco (5) primeros días del mes siguiente al de la ejecución de los recursos, certificación expedida por el revisor fiscal y en su ausencia por el representante legal, en la que señale el valor de los recursos ejecutados mensualmente y acumulados del total del Convenio y aquellos que corresponden al DPS, acompañada de la ficha físico-financiera”³¹.

9.8.- Finalmente, el DPS alegó que Fenalco incumplió su obligación de presentar informes financieros a los supervisores del convenio que demostraran la ejecución de los recursos aportados por el DPS. En la audiencia de descargos y en la contestación de la demanda Fenalco no desmintió esa afirmación, sino que se limitó a señalar que sus exdirectivos estaban siendo investigados por manejos irregulares dentro de la organización y que los informes entregados al DPS podían estar viciados de irregularidades. Esto implica un incumplimiento del numeral 8 del literal a) de la cláusula segunda del convenio, que obligaba a la demandada a:

“Rendir al DPS-FIP Informes financieros y técnicos detallados de conformidad con los parámetros, requisitos y periodicidad que para estos efectos le señale el supervisor”³².

9.9.- De este modo está demostrado el incumplimiento contractual que la demandante le imputó a Fenalco.

10.- Fenalco presentó varias excepciones que no probó:

²⁹ Cuaderno 1, folio 390.

³⁰ Cuaderno 1, folio 394.

³¹ Cuaderno 1, folio 45.

³² Cuaderno 1, folio 43.



10.1.- No se tramitaron los procedimientos de “transacción o amigable composición” pactados en el convenio de asociación. Al respecto, la Sala resalta que según el artículo 13 del CGP *“Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda”*.

10.2.- Falta de jurisdicción y competencia por desconocimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que ordenó un procedimiento especial en caso de diferencias y que se pactó en la cláusula vigésima del convenio. Al respecto, la Sala precisa que el referido artículo hace referencia a las *facultades* que tienen las entidades públicas de declarar el incumplimiento, cuantificar los perjuicios, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. En este caso la entidad no hizo uso de esas facultades, sino que se dirigió al juez del contrato para solicitar la declaratoria de incumplimiento. De cualquier forma, está probado que el DPS realizó una audiencia de descargos a Fenalco en el que este presentó pruebas e hizo uso de sus derechos a la defensa y contradicción.

10.3.- Prejudicialidad penal porque por los mismos hechos alegados en este proceso existe un proceso penal adelantado contra el exdirector de Fenalco por abuso de confianza calificado, fraude procesal, falsedad en documentos privados y públicos, concierto para delinquir, administración desleal y delitos contra la Administración Pública y Patrimonio del Estado. Al respecto, la Sala advierte que para estudiar la prejudicialidad lo primero que se necesita demostrar es la existencia de un proceso penal en trámite. En este caso Fenalco sólo aportó copia de solicitudes de priorización de los trámites de la denuncia dirigida ante la Fiscalía General de la Nación, y otros documentos expedidos por esa entidad. No probó la existencia del proceso.

11.- En virtud de lo anterior, la Sala realizará la liquidación final del convenio según lo probado en el proceso, así:

BALANCE FINAL

Concepto	Valor aportes PS	Valor aportes asociado	Valor total
Valor inicial del contrato o convenio	4.000.000.000	417.800.000	4.417.800.000
Valor adicionado y/o reducido mediante otrosí No. 2	370.656.000	41.184.000	411.840.000
Valor total contrato o convenio	4.370.656.000	458.984.000	4.829.640.000
Valor pagado y/o desembolsado	4.370.656.000	0	0
Total ejecutado según informes legalizados	3.136.044.685	10.074.894	3.146.119.579



Saldo por reintegrar al DPS	1.234.611.315		
-----------------------------	---------------	--	--

12.- La Sala condenará a Fenalco a pagar a favor del DPS la suma de mil doscientos treinta y cuatro millones seiscientos once mil trescientos quince pesos (\$1.234.611.315), monto que corresponde al saldo a favor en la liquidación judicial del convenio de asociación No. 460 de 2015.

12.1.- La suma anterior se actualizará utilizando la siguiente fórmula:

$$Ri * \frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}} = Ra$$

12.1.1.- Donde *Ra* (renta actualizada) es el valor actualizado de la condena, *Ri* (renta inicial) es el valor debido por Fenalco al DPS, el *IPC inicial* es el vigente al momento en que venció el plazo para realizar la liquidación y el *IPC final* es el vigente al momento de proferirse la presente providencia, así:

$$12.1.2.- 1.234.611.315 * \frac{133,38}{95,01} = \$1.733.211.842$$

12.2.- El valor actualizado de la condena asciende a mil setecientos treinta y tres millones doscientos once mil ochocientos cuarenta y dos pesos (\$1.733.211.842).

12.3.- Ahora bien, al DPS le fue reconocida una suma de treinta y seis millones quinientos noventa mil quinientos setenta y un pesos (\$36.590.571) en la audiencia de decisión de objeciones contra el proyecto de calificación y graduación de créditos celebrada el 29 de enero de 2019 ante el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Barranquilla³³. En el recurso de apelación no se formuló reparo sobre esta suma, que el tribunal estimó pagada, por lo que se actualizará y se descontará del monto total.

$$36.590.571 * \frac{133,38}{100,60} = \$48.513.423$$

12.4.- En consecuencia, se ordenará que Fenalco pague al DPS por este concepto un total de mil seiscientos ochenta y cuatro millones seiscientos noventa y ocho mil cuatrocientos diecinueve pesos (\$1.684.698.419)³⁴.

La aseguradora debe efectuar el pago de la cláusula penal

13.- En el proceso está probado que Fenalco adquirió una póliza de seguro de cumplimiento con Seguros del Estado S.A., que aseguró el cumplimiento de las obligaciones derivadas del convenio de asociación 406 de 2015. La póliza estuvo vigente desde el 22 de julio de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2016, y el valor

³³ Cuaderno 2, Folio 5.

³⁴ Esta fórmula está actualizada según la fórmula incluida en esta sentencia.



asegurado correspondía a cuatrocientos ochenta y dos millones novecientos sesenta y cuatro mil pesos (\$482.964.000)³⁵. Y la aseguradora no alegó la configuración de la prescripción en el proceso, por lo que la Sala no emitirá ningún pronunciamiento sobre ello.

14.- La cláusula décimo octava del convenio³⁶ contiene la cláusula penal. Las partes estipularon que la misma sería aplicable a la aseguradora en caso de cualquier tipo de incumplimiento, fuese total o parcial, o por el simple retraso del cumplimiento de las obligaciones a cargo de Fenalco:

"DÉCIMA OCTAVA: PENAL PECUNIARIA. En caso de incumplimiento total o parcial, de incumplimiento tardío o defectuoso, renuencia al cumplimiento, retraso o simple atraso de las obligaciones legales y contractuales por parte de FENALCO ATLÁNTICO, pagará al DPS-FIP, a título de cláusula penal pecuniaria una suma equivalente al 10% del valor total del convenio, cantidad que se imputará al monto de los perjuicios que sufra el DPS-FIP por dicho incumplimiento y que podrá descontarse por el DPS del saldo que exista a favor de FENALCO ATLÁNTICO, si lo hubiere; y/o cobrar a FENALCO ATLÁNTICO, previo requerimiento y con base en el presente documento que presta mérito ejecutivo; y/o hacer efectivo por parte del DPS-FIP el amparo de cumplimiento constituido a través del mecanismo de cobertura de riesgo, sin perjuicio de las demás acciones legales para exigir el cobro total de los perjuicios causados.

PARÁGRAFO PRIMERO: El pago de la pena establecida en esta cláusula no constituirá obstáculo para exigir a FENALCO ATLÁNTICO: 1) El pago total de los perjuicios causados al DPS-FIP y 2) El cumplimiento de las obligaciones".

15.- La aseguradora solicitó la reducción de la cláusula penal pecuniaria en virtud del principio de proporcionalidad, según consta en el artículo 1596 del Código Civil. No obstante, en tanto las partes expresamente pactaron que la misma se pagaría incluso en casos de incumplimiento parcial, tal reducción no es procedente.

16.- Respecto del sentido y alcance de los artículos 1596 del CC y 867 del Código de Comercio, la doctrina ha señalado que la reducción parcial de la cláusula penal depende de cómo fue pactada: si las partes pactaron que la cláusula penal era aplicable incluso por incumplimiento parcial de la obligación, esta no podrá reducirse:

*<<En la regulación de la cláusula penal está contemplada la posibilidad de su rebaja, concebida sobre un principio de mera equidad, **para los eventos de cumplimiento parcial de la obligación principal a la que aquélla se asocia**, traducida en la disminución proporcional de la pena estipulada; es decir, a incumplimiento total de la obligación principal, pena total, y a incumplimiento parcial de ella, pena rebajada proporcionalmente. A voces del artículo 1596 del Código Civil: (...).*

*En este frente resulta útil señalar entonces que, en principio, **cuando el deudor realice pago parcial de la obligación garantizada, tiene derecho a pedir la reducción proporcional de la pena pactada para el evento de incumplimiento de dicha obligación**, lo que a su vez implica y exige,*

³⁵ Cuaderno 1, folio 278.

³⁶ Cuaderno 1, folio 48.



*necesariamente, la división de ésta; pero, como lo ha señalado la doctrina, la precitada regla **es inaplicable al menos en dos hipótesis: (i) cuando alguna de las dos obligaciones -la principal (garantizada) o la accesoría (la pena)- es naturalmente indivisible; y (ii) cuando aun siendo una u otra divisible, se pacta expresamente que la pena se aplicará para el caso de incumplimiento total o parcial de la obligación***>>³⁷.

17.- En otra oportunidad, la doctrina determinó que la reducción de la cláusula penal no es procedente si se pactó que esta sería aplicable en caso de cualquier incumplimiento:

*<<Así mismo, como también se anotó, según lo dispuesto por el artículo 1596 del Código Civil, si el acreedor consiente en un cumplimiento parcial de la obligación principal, el deudor podrá solicitar la reducción proporcional de la pena, **salvo que resulte claro (muy usual en materia de cláusulas penales de apremio) que dicho incumplimiento parcial no impide cobrar la totalidad de la pena***>>³⁸.

18.- Lo expuesto por la doctrina ha sido también mencionado en la jurisprudencia de esta Corporación. Así, en sentencia del 26 de enero de 2023, C.P. Fredy Ibarra, radicación 67430, la Sala señaló:

“En esta materia la doctrina indica claramente que la reducción implica tener en cuenta la forma como fue pactada la estipulación, determinar a qué obligación u obligaciones se refiere y establecer si la obligación concernida puede cumplirse de manera parcial, así: (...)

“Es una clara consecuencia de la autonomía negocial que tienen las partes para determinar, ellas mismas, los términos y el alcance de la cláusula penal que pactan, en la medida en que, independientemente del carácter divisible o no de una u otra obligación, lo cierto es que cuando la pena se pacta en esos términos, vale decir, para el caso de incumplimiento total o parcial de la obligación, puede ésta ser cobrada en su totalidad incluso frente al evento de cumplimiento parcial de la obligación principal por parte del deudor, sin habilitar la posibilidad de reducción en los términos consagrados en el artículo 1596 del Código Civil; es que en el marco de la autonomía de la voluntad, no es lo mismo pactar, respecto de una determinada obligación –principal–, que en caso de incumplimiento –sin distinción alguna– o de incumplimiento total, se causará una pena de determinado valor, que pactar, en relación con la misma obligación –principal–, que en caso de incumplimiento total o parcial de la misma –cualquiera de los dos eventos–; se causará una pena de determinado valor, pues en el primer evento cabe la posibilidad de rebaja proporcional, ya que tiene sentido entender que a incumplimiento total, pena total, y a incumplimiento parcial, pena parcial, pero sin que ocurra lo mismo en el segundo, porque las partes acordaron, que para el caso de incumplimiento, tanto total como parcial, los perjuicios se estimaban en la misma suma plasmada en la cláusula penal correspondiente”.

19.- En consecuencia, la Sala ordenará el pago total de la cláusula penal pactada en el convenio. Por lo tanto, Seguros del Estado S.A. deberá pagar cuatrocientos ochenta y dos millones novecientos sesenta y cuatro mil pesos (\$482.964.000), valor que será indexado. La suma se actualizará utilizando la siguiente fórmula:

³⁷ José Armando Bonivento Jiménez. *Obligaciones*, Bogotá: Legis, 2017, p. 341.

³⁸ Andrew Abela Maldonado, “Obligaciones con cláusula penal”. *Derecho de las Obligaciones*, Bogotá: Temis – Uniandes, 2015, p. 201 y 211.



$$Ri * \frac{IPC\ final}{IPC\ inicial} = Ra$$

19.1.- Donde *Ra* (renta actualizada) es el valor actualizado de la condena, *Ri* (renta inicial) es el valor de la cláusula penal, el *IPC inicial* es el vigente al momento en que venció el plazo para realizar la liquidación y el *IPC final* es el vigente al momento de proferirse la presente providencia, así:

$$19.2.- 482.964.000 * \frac{133,38}{95,01} = \$678.010.086$$

19.3.- El valor actualizado de la condena asciende a seiscientos setenta y ocho millones diez mil ochenta y seis pesos (\$678.010.086).

20.- La Sala advierte que la compañía de seguros alegó (i) la inexistencia de perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguro, (ii) configuración de una causal de exclusión y eximente de responsabilidad de Seguros del Estado S.A., (iii) enriquecimiento sin causa por parte del DPS, (iv) falta de cumplimiento de los requisitos para hacer exigible la póliza de cumplimiento. Sin embargo, todas esas excepciones estuvieron dirigidas a demostrar por qué el DPS no tenía derecho a reclamar a la aseguradora las sumas que desembolsó a Fenalco y que no fueron ejecutadas. La Sala resalta que, en este caso, la pretensión de la entidad en contra de la aseguradora estuvo dirigida exclusivamente a que se pagara el monto pactado como cláusula penal, que se refiere a una tasación anticipada de perjuicios, y que estaba estipulada en la cláusula décimo octava del convenio. La entidad no solicitó a la aseguradora que le reintegrara el valor no ejecutado del contrato, pues dirigió esta última pretensión exclusivamente contra Fenalco.

G.- Condena en costas

21.- Teniendo en cuenta que el recurso prosperó, la Sala condenará en costas a Fenalco, parte vencida en segunda instancia, de conformidad con lo previsto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP. La condena se establece de acuerdo con los criterios y tarifas señaladas por el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Así, por concepto de agencias en derecho, se reconocerán seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de Fenalco y a favor del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2021 por



la Sala de Decisión Oral – Sección B del Tribunal Administrativo del Atlántico. En su lugar,

SEGUNDO: DECLÁRASE el incumplimiento del Convenio de asociación 406 de 2015 y sus otrosíes por parte de Fenalco por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLÁRASE judicialmente liquidado el convenio de asociación 406 de 2015 suscrito entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y Fenalco.

CUARTO: CONDÉNASE a Fenalco pagar a favor del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social la suma de mil seiscientos ochenta y cuatro millones seiscientos noventa y ocho mil cuatrocientos diecinueve pesos (\$1.684.698.419) por concepto del saldo a favor arrojado por la liquidación judicial del convenio de asociación 406 de 2015.

QUINTO: CONDÉNASE a Seguros del Estado S.A. a pagar al DPS la suma de seiscientos setenta y ocho millones diez mil ochenta y seis pesos (\$678.010.086) a título de cláusula penal.

SEXTO: CONDÉNASE en costas a Fenalco. Por Secretaría, liquídense e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia a favor del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

SÉPTIMO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado