

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá DC, veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023)

**Magistrado Ponente:** FREDY IBARRA MARTÍNEZ  
**Expediente:** 05001-23-33-000-2019-03090-01 (68.254)  
**Demandante:** ASOCIACIÓN DE ORGANIZACIONES DEPORTIVAS DE ANTIOQUIA (FEDELIAN)  
**Demandado:** INDEPORTES ANTIOQUIA  
**Medio de control:** CONTROVERSIAS CONTRACTUALES  
**Tema:** DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO

*Síntesis del caso: las partes suscribieron el convenio número 157 de 2017 para fortalecer la preparación técnica de los atletas de las ligas deportivas del Departamento de Antioquia; Indeportes declaró el incumplimiento de FEDELIAN, hizo efectiva la garantía única del contrato y la cláusula penal pecuniaria, esta última pretende la nulidad del correspondiente acto administrativo por (i) falta de competencia porque expidió el acto cuando ya había culminado la ejecución del contrato y, (ii) falsa motivación, toda vez que Indeportes recibió a satisfacción la ejecución e incumplió por no desembolsar todos los recursos a los cuales se obligó.*

Decide la Sala el recurso de apelación promovido por Seguros del Estado<sup>1</sup> en contra de la sentencia de 16 de febrero de 2022 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. La demanda

El 23 de octubre de 2019 (fl. 11 archivo demanda – expediente electrónico), la Asociación de Organizaciones Deportivas de Antioquia (FEDELIAN) promovió demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en contra de Indeportes Antioquia con el fin de obtener lo siguiente:

**“PRIMERA - Nulidad del Acto Administrativo: Que se declare la nulidad de las Resoluciones;**

---

<sup>1</sup> Litisconsorte de la parte demandante.

Expediente: 05-001-23-33-000-2019-03090-01 (68.254)  
Actor: Asociación de Organizaciones Deportivas de Antioquia  
Controversias contractuales

- No 82019000400 del tres (3) de mayo de 2019 ‘por medio de la cual se decide el procedimiento administrativo sancionatorio que se adelanta en virtud del Convenio No 157 de 2017, celebrado entre el Instituto Departamental de Deportes de Antioquia - Indeportes Antioquia y la Asociación de Ligas Deportivas de Antioquia - FEDELIAN’.
- No 82019000432 del trece (13) de mayo de 2019 ‘por medio de la cual se resuelve los recursos de reposición interpuesto contra la Resolución No 2019000400 del tres (3) de mayo de 2019 mediante la cual se declaró el incumplimiento y se hizo efectivo la cláusula penal del convenio No 157 de 2017’.

**SEGUNDA - Restablecimiento del Derecho:** que como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a INDEPORTES ANTIOQUIA a:

- Adelantar ante la Cámara de Comercio competente, los trámites tendientes a eliminar la sanción interpuesta en virtud de las Resoluciones No 82019000400 del tres (3) de mayo de 2019 y No 82019000432 del trece (13) de mayo de 2019.
- Rectificarse en medios de amplia circulación que la actuación adelantada en contra de la Asociación de Ligas Deportivas de Antioquia - FEDELIAN, estuvo sujeta a irregularidades jurídicas que evocaron en una decisión errónea por parte de Indeportes Antioquia.
- Reconocer los perjuicios morales y materiales que se logren probar dentro del proceso, en razón de la actuación que adelantó Indeportes Antioquia dentro del Convenio No 157 de 2017. • Pagar la Asociación de Ligas Deportivas de Antioquia - FEDELIAN la suma de mil cincuenta y seis millones setecientos veintiún mil cuatrocientos cincuenta pesos (\$1.056.721.450) a razón de haber hecho efectivo el cobro de la cláusula penal en el Convenio No 157 de 2017, suma de dinero que se deberá reembolsar a seguros del Estado.
- Ordenar a Indeportes Antioquia realizar a favor de FEDELIAN el desembolso correspondiente al mes de septiembre del año 2019 por la suma de \$716.833.148, el cual ya se encontraba revisado y aprobado por parte del supervisor Luis Felipe Jiménez Oviedo.

**TERCERO:** Condenar en costas y agencias en derecho a INDEPORTES ANTIOQUIA.” (fl. 2 archivo demanda - expediente electrónico - mayúsculas fijas originales).

## 2. Hechos

Como fundamento de hecho de las pretensiones la parte demandante narró, en síntesis, lo siguiente:

- 1) FEDELIAN e INDEPORTES suscribieron el convenio número 157 de 2017 cuyo objeto fue “fortalecer el proceso de apoyo técnico a través de la preparación física, técnica, táctica y teórica para los atletas de las ligas deportivas del

departamento de Antioquia” por un valor inicial de \$7.700.002.000 (adicionado por las partes en \$2.867.212.592), sumas que la entidad pública se obligó a desembolsar en favor de FEDELIAN para la ejecución del objeto contractual; el plazo inicial fue de 11 meses (hasta el 31 de agosto de 2018) y se adicionó hasta el 30 de octubre del mismo año.

2) El supervisor del contrato aprobó los desembolsos desde el inicio de la ejecución hasta el 30 de septiembre de 2018, por la suma de \$8.747.987.300.

3) En octubre de 2018, producto del cambio de supervisor del contrato, Indeportes Antioquia consideró que se presentaron inconsistencias en la ejecución del contrato consistentes en (i) no pago de honorarios de entrenadores, (ii) no utilización de la totalidad de entrenadores previstos en el convenio y, (iii) pago al coordinador y auxiliar del contrato de valores inferiores a los previstos; sin embargo, estas circunstancias obedecieron a hechos que la anterior supervisión había aprobado y pagado y respecto de los cuales no le constaba nada a la nueva supervisora quien inició su gestión el 3 de octubre de 2018.

4) Con ocasión de las referidas circunstancias, Indeportes inició un procedimiento administrativo en contra de FEDELIAN y expidió la Resolución número S2019000400 de 3 de mayo de 2019, la cual confirmó con la Resolución número S2019000432 de 13 de mayo de 2019.

### 3. Cargos

1) *Falta de competencia*, toda vez que los actos administrativos demandados se profirieron cuando ya había culminado la ejecución del contrato.

2) *Falsa motivación*, porque la entidad recibió a satisfacción la ejecución a través del supervisor y FEDELIAN no estaba en posibilidad de cumplir mientras Indeportes Antioquia no cumpliera su obligación de desembolsar los recursos.

#### 4. Contestación de la demanda

En el término legal, Indeportes Antioquia se opuso a las pretensiones (índice 20 expediente electrónico) con fundamento en lo siguiente:

1) Si bien la entidad aprobó los desembolsos con fundamento en los informes del supervisor Luis Felipe Jiménez Oviedo, una vez cambió el supervisor se percató de que no existían soporte de la ejecución, razón por la cual no desembolsó los dineros restantes.

2) El cumplimiento total del contrato solo podía declararse en el momento de la liquidación y las certificaciones del primer supervisor son falsas.

3) Los señores Luis Felipe Jiménez Oviedo, Pedro José Murcia Nieto y Amílcar Puentes Villamizar se allanaron a los cargos que la Fiscalía les imputó por su actuar ilícito en la ejecución del convenio materia de la presente litis; las referidas personas aceptaron los cargos por peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público, asociación para la comisión de delitos contra la administración pública e interés indebido en la celebración de contratos.

4) Formuló las siguientes excepciones: (i) *inepta demanda por ausencia de normas violadas y concepto de violación*, por considerar que el artículo 162 del CPACA exigía indicar con claridad las disposiciones que se consideran transgredidas y el fundamento correspondiente, tratándose de una demanda dirigida a obtener la nulidad de actos administrativos; (ii) *indebida escogencia del medio de control*, toda vez que debió promoverse el de controversias contractuales por razón de que se discute la legalidad de actos contractuales; (iii) *no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos*; (iv) *legalidad de los actos administrativos demandados*; (v) *incumplimiento de FEDELIAN*, (vi) *ausencia del derecho reclamado* y, (vii) *contrato no cumplido*.

4) Los actos demandados se expidieron luego de comprobar que la contratista no ejecutó las actividades a su cargo, utilizó los dineros del convenio para finalidades distintas, no contó con la totalidad de entrenadores previstos ni pagó

*Expediente: 05-001-23-33-000-2019-03090-01 (68.254)*  
*Actor: Asociación de Organizaciones Deportivas de Antioquia*  
*Controversias contractuales*

los honorarios a su cargo, pese a lo cual facturó las sumas respectivas a Indeportes Antioquia.

5) Indeportes no incumplió el convenio porque los desembolsos estaban sujetos a la ejecución del objeto contractual.

## **5. Litisconsorte de la parte demandante**

En el auto admisorio de la demanda se ordenó citar a la garante del contrato Seguros del Estado SA en los términos del artículo 171 del CPACA, sociedad que adhirió a las pretensiones de la demanda con sustento en lo siguiente (índice 17 expediente electrónico):

1) El supervisor del contrato, Luis Felipe Jiménez Oviedo, hizo constar el recibo a satisfacción de la ejecución contractual y, en los mismos términos, rindió testimonio durante el procedimiento tendiente a declarar el incumplimiento del contratista; por su parte, la nueva supervisora tardó dos (2) meses y 25 días luego de su nombramiento para advertir las presuntas falencias.

2) Indeportes Antioquia incumplió el convenio porque dejó de desembolsar los recursos, por lo cual debe aplicarse la *excepción de contrato no cumplido*.

3) No había lugar a declarar el incumplimiento total del contrato porque Indeportes Antioquia reconoce que sí hubo ejecución y solo cuestiona algunos ítems de esta, razón por la cual no era posible hacer efectiva la cláusula penal por el 100% de su valor.

4) La garantía expedida por Seguros del Estado SA no cubre la culpa de la entidad, quien dejó de desembolsar los recursos.

## **6. Decisión de las excepciones**

Por auto de 25 de agosto de 2021, el tribunal de primera instancia resolvió las excepciones previas (índice 42 expediente electrónico); consideró que, en efecto, el asunto debía tramitarse a través del medio de control de controversias

contractuales y señaló que, si bien la demanda inicial no cumplía con suficiencia con la enunciación de las normas violadas y el concepto de violación, tal falencia fue corregida al subsanar la demanda la parte actora.

## **6. Sentencia de primera instancia**

El 16 de febrero de 2022, el Tribunal Administrativo de Antioquia dictó sentencia adversa a las pretensiones de la demanda la cual se sustentó el siguiente razonamiento:

1) En atención al principio de justicia rogada, la decisión del caso debe restringirse a los precisos cargos planteados en la demanda con el fin de respetar el derecho de contradicción y defensa de la contraparte quien, solo tuvo oportunidad de ejercerlo frente a los precisos argumentos vertidos en la demanda.

2) Según lo acordado por las partes, Indeportes Antioquia podía cobrar una cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor del contrato y tenía competencia para imponerla aunque estuviera vencido el plazo de ejecución contractual, como lo sostuvo el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C en sentencia de 25 de mayo de 2011 proferida en el expediente 18.017.

3) El cargo de falsa motivación no está demostrado y, por el contrario, se acreditaron los hechos constitutivos de incumplimiento imputables a FEDELIAN, en los siguientes términos:

a) Con ocasión de un escrito anónimo en el cual se alertó a Indeportes Antioquia sobre supuestos actos de corrupción en desarrollo del convenio 157 de 2017, el gerente de la entidad ordenó una auditoría que estuvo a cargo de la oficina de control interno y la auditoría del Departamento de Antioquia, cuyo informe final concluyó que se presentaron (i) inconsistencias en los listados de entrenadores reportados por FEDELIAN que arrojaron una diferencia en dinero de \$884.173.842; (ii) desembolsos carentes de soporte de ejecución por la suma de \$551.402.892; (iii) diferencias por cambio de escalafón y número de

entrenadores y monitores contratados por FEDELIAN por la suma de \$298.132.543, lo cual se corroboró con certificaciones expedidas por las 33 ligas deportivas; (iv) incrementos para la vigencia 2008 superiores a los aprobados por el coordinador del convenio por la suma de \$34.638.407 y, (v) recursos desembolsados y sin ejecutar por la suma de \$149.602.530. El mérito probatorio de este informe final de auditoría no fue cuestionado por la demandante ni se desvirtuaron sus conclusiones.

b) La renuncia del primer supervisor del contrato fue posterior al escrito anónimo que alertó acerca de supuestos actos de corrupción, por lo cual el nuevo supervisor debió verificar si realmente se habían cumplido las obligaciones contractuales a cargo de FEDELIAN y, efectivamente, encontró irregularidades en el desembolso de los recursos los cuales no pudieron ser justificados por el contratista.

c) El primer supervisor del contrato Luis Felipe Jiménez Oviedo, quien certificó el supuesto cumplimiento de FEDELIAN, fue condenado penalmente por los delitos de peculado por apropiación, falsedad en documento público, asociación para la comisión de delitos contra la administración pública e interés indebido en la celebración de contratos, por el hecho de haberse apropiado irregularmente de \$5.124.438.949 de los dineros del convenio en asociación con otras personas al autorizar cuentas de cobro que no correspondían con la realidad; el mencionado señor aceptó los cargos por los delitos imputados por lo cual fue condenado a 54 meses de prisión.

4) Es cierto que Indeportes Antioquia dejó de desembolsar los recursos a su cargo en los meses de septiembre y octubre de 2018, sin embargo, ello se justificó en el hecho de que los recursos anteriormente desembolsados no fueron ejecutados y FEDELIAN no probó haber cumplido sus compromisos contractuales durante esos meses, por lo cual la contratante no incumplió; por el contrario, el no desembolso de los recursos derivó del incumplimiento del contratista.

5) Se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, en aplicación del artículo 188 del CPACA, con independencia de la conducta procesal asumida.

## **7. El recurso de apelación**

En la oportunidad legal, Seguros del Estado formuló recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia con la finalidad de que sea revocada y, en su lugar, que se concedan las pretensiones; su inconformidad se sustentó en los argumentos que se sintetizan a continuación:

- 1) El incumplimiento de las obligaciones a cargo de FEDELIAN fue parcial y, por tanto, la cláusula penal pecuniaria debió imponerse en forma proporcional al incumplimiento y no en su totalidad; fue desproporcionado fijarla en el 10% del valor total del contrato.
- 2) El proceso de relevo del supervisor del contrato fue irregular y violó la previsión contractual según la cual dicho cambio no procedía en forma unilateral.
- 3) Las actas de recibo a satisfacción de la administración se presumen legales y no fueron desvirtuadas durante el juicio.
- 4) El proceso sancionatorio se adelantó por fuera del plazo contractual.

## **8. Alegaciones finales**

Indeportes Antioquia (índice 122 expediente electrónico) pidió que se confirme la sentencia de primera instancia toda vez que no se desvirtuó la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos demandados y, por el contrario, se fundamentaron en incumplimientos del contratista que quedaron debidamente sustentados; si bien el primer supervisor del contrato declaró que recibió a satisfacción la ejecución del contrato, es claro que tenía interés en el proceso porque estaba siendo juzgado penalmente por delitos relacionados con irregularidades en su gestión como supervisor, por los cuales fue condenado, precisamente por expedir certificaciones falsas sobre la ejecución contractual. Los incumplimientos del contratista fueron debidamente demostrados en este proceso.

Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

## II. CONSIDERACIONES

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide la actuación, decide la Sala<sup>2</sup> el recurso de apelación interpuesto por Seguros del Estado<sup>3</sup> contra la sentencia de primera instancia para lo cual seguirá el siguiente derrotero: (i) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, (ii) la competencia para declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectivas las garantías no está sujeta al plazo de ejecución, (iii) el incumplimiento contractual de FEDELIAN, (iv) imposibilidad de reducir proporcionalmente el valor de la cláusula penal y, (v) costas.

### 1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

La demanda se dirige a obtener la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales Indeportes Antioquia declaró el incumplimiento del contrato e hizo efectiva la garantía del contrato y la cláusula penal pecuniaria en un 10% del valor total del contrato, por considerar la parte actora que (i) fueron expedidos sin competencia, porque se dictaron cuando había culminado la ejecución del contrato y, (ii) se motivaron falsamente, debido a que no hubo incumplimiento del contrato; por su parte, la aseguradora respaldó dichos argumentos e indicó que la cláusula penal debió aplicarse en forma proporcional al incumplimiento y no en razón del 100% del valor del contrato.

En la sentencia de primera instancia se negaron las pretensiones, por considerarse que la declaración de incumplimiento procedía aún por fuera del plazo de ejecución contractual y que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos demandados pues, por el contrario, se acreditaron las irregularidades en la ejecución del contrato; la parte recurrente insiste en los

---

<sup>2</sup> En forma previa a analizar el asunto de fondo, se verifica que la demanda se promovió (23 de octubre de 2019) dentro de los dos años siguientes a la expedición de los actos demandados (el 13 de mayo de 2019 se decidió el recurso de reposición en contra del acto primigenio, decisión que se adoptó en audiencia y se notificó en estrados – índice 1 demanda), por lo cual la demanda fue oportuna.

<sup>3</sup> En los términos del artículo 62 del Código General del Proceso, toda vez que el garante del contrato tenía legítimo interés para demandar los actos que hicieron efectiva la garantía expedida por este y, por ende, acude al proceso con las mismas facultades que corresponden a la parte.

Expediente: 05-001-23-33-000-2019-03090-01 (68.254)  
Actor: Asociación de Organizaciones Deportivas de Antioquia  
Controversias contractuales

cargos de nulidad y en la petición de que se aplique proporcionalmente la cláusula penal.

La Sala confirmará la decisión impugnada, por cuanto la declaratoria de incumplimiento del contrato no estaba sujeta al límite temporal alegado por la parte demandante, los incumplimientos quedaron probados, no se discute el alcance de las obligaciones del contratista ni se acreditó el porcentaje de cumplimiento que permita reducir proporcionalmente la pena pactada.

## **2. La competencia para declarar el incumplimiento y hacer efectivas las garantías no está sujeta al plazo de ejecución del contrato**

1) Para la época de formación y expedición de los actos administrativos demandados ya había entrado en vigencia el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 el cual, sin imponer límite temporal para el ejercicio de esa competencia facultó, expresa e inequívocamente, a las entidades estatales sometidas al Estatuto de Contratación para declarar el incumplimiento del contrato con el fin de hacer efectiva la garantía y la cláusula penal en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

***En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.***

***PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.***

*PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las*

Expediente: 05-001-23-33-000-2019-03090-01 (68.254)  
Actor: Asociación de Organizaciones Deportivas de Antioquia  
Controversias contractuales

*entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.”*  
(mayúsculas sostenidas del original y negrillas de la Sala).

2) El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 reafirmó dicha competencia y la extendió inclusive a la posibilidad de tasar los perjuicios, sin restringirla temporalmente en los términos señalados por la apelante; en efecto, no existe disposición normativa alguna que sirva de fundamento para considerar que la entidad contratante solo podía hacer uso de dicha potestad durante el plazo de ejecución del contrato, el tenor literal de la norma en cita es el siguiente:

*“ARTÍCULO 86. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.”.*

3) Con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, la Sección Tercera del Consejo de Estado analizó la diferencia entre la declaratoria de caducidad del contrato, esta sí sujeta al límite temporal de la ejecución, y la declaratoria de incumplimiento, luego de lo cual concluyó que esta última sí puede imponerse por fuera del plazo contractual cuando su finalidad es hacer efectiva la garantía y obtener el pago de la cláusula penal<sup>4</sup> en los siguientes términos:

*“En esos eventos, luego de terminado el plazo de ejecución, la Administración, como se dijo, podrá declarar el incumplimiento del contrato (según se establecía expresamente en el artículo 62 del Decreto ley 222 de 1983 y actualmente en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007), para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento y la cláusula penal si trata de obtener anticipada y previamente a la instancia judicial el resarcimiento de los perjuicios que la infracción del contrato le generó, pero ya le habrá fenecido la facultad excepcional de imponer la sanción de caducidad al contratista.”.*

4) En forma más reciente, la Sección precisó que, para efectos de hacer efectiva la garantía del contrato, las entidades estatales pueden declarar el incumplimiento aún luego de vencido el plazo del contrato sin que ese solo hecho limite el ejercicio de la potestad para hacerlo<sup>5</sup>:

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031, MP Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 24 de octubre de 2013, exp. 24697, MP Enrique Gil Botero.

Expediente: 05-001-23-33-000-2019-03090-01 (68.254)  
Actor: Asociación de Organizaciones Deportivas de Antioquia  
Controversias contractuales

*“De otro lado, y en sentido contrario, la Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Al respecto sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria.”.*

5) Así las cosas, desprendida de finalidades conminatorias, la declaratoria de incumplimiento del contrato encaminada a hacer efectivas las garantías del contrato no está sujeta al plazo de ejecución, porque el legislador no impuso dicho límite; en consecuencia, se impone confirmar la sentencia apelada en cuanto desestimó el cargo de falta de competencia temporal<sup>6</sup>.

### **3. El incumplimiento contractual de FEDELIAN**

1) La recurrente alega que los actos demandados fueron falsamente motivados y que no hubo incumplimiento de FEDELIAN, toda vez que los informes y la declaración rendida por el supervisor del contrato señor Luis Felipe Jiménez Oviedo en el curso del procedimiento administrativo acreditan el cumplimiento de sus obligaciones contractuales; empero, tal como lo determinó el tribunal de primera instancia, las pruebas recaudadas demuestran con suficiencia las atendibles y fundadas razones fácticas y probatorias con apoyo en las cuales se restó mérito a los informes del mencionado supervisor y a su testimonio.

2) Indeportes Antioquia declaró el incumplimiento total del mencionado convenio número 157 de 2017<sup>7</sup> suscrito con FEDELIAN, ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por el 10% del valor del convenio (equivalentes a \$1.056.721.450), declaró el siniestro e hizo efectiva la garantía del contrato contenida en la póliza única de cumplimiento número 65-44-101149302 expedida por Seguros del Estado, por lo siguiente: (i) FEDELIAN no pagó honorarios de algunos entrenadores y monitores, (ii) no utilizó la totalidad de entrenadores previstos pero cobraba la totalidad de ellos a Indeportes Antioquia, (iii) no desarrolló la totalidad de las actividades previstas, (iv) no acreditó el pago

---

<sup>6</sup> Se precisa que en este caso las partes no se refirieron a que el contrato hubiera sido liquidado ni aportaron prueba de ello.

<sup>7</sup> Cuyo objeto fue “fortalecer el proceso de Apoyo técnico a través de la preparación física, técnica, táctica y teórica para los atletas de las ligas deportivas del departamento de Antioquia” (Índice 1 – demanda – convenio).

*Expediente: 05-001-23-33-000-2019-03090-01 (68.254)*  
*Actor: Asociación de Organizaciones Deportivas de Antioquia*  
*Controversias contractuales*

oportuno de los entrenadores ni su afiliación al sistema de seguridad social, (v) no realizó los informes técnicos, administrativos y financieros, (vi) hizo uso de los dineros del contrato para fines diferentes a los pactados y, (vii) pagó a los entrenadores más del valor establecido contractualmente (fl. 75 – índice 1 – demanda); ninguno de los referidos incumplimientos fue desvirtuado en el curso del proceso.

3) La parte apelante insiste en que deben valorarse las certificaciones con las cuales el primer supervisor del contrato hizo constar el cumplimiento de las obligaciones de FEDELIAN para 13 de 15 desembolsos totales que debían realizarse, así como también la declaración del referido supervisor rendida en el curso del procedimiento administrativo.

Los referidos documentos se aportaron al proceso y están redactados en los siguientes términos: *“certifico que los servicios prestados y/o bienes recibidos por el contratista se recibieron a entera satisfacción y con el cumplimiento de las obligaciones legalmente contraídas. Así mismo, autorizo el pago o desembolso anexando los soportes requeridos según lo estipulado en la forma de pago y en las obligaciones contractuales”* (fls. 1-13 archivo recibos a satisfacción – índice 1 – demanda).

Por su parte, el señor Jiménez Oviedo declaró que actuó conforme a derecho, que siempre estuvo a entera satisfacción con los soportes del cumplimiento contractual que allegaba FEDELIAN y que, a su juicio, se cumplió el contrato y por eso recibió a entera satisfacción (fl. 73 – índice 1 – demanda).

4) La Sala considera, tal como lo resolvió fundadamente Indeportes Antioquia en los actos administrativos demandados, que las referidas pruebas no demuestran el cumplimiento del contrato por parte del contratista pues, precisamente, está demostrado que el señor Luis Felipe Jiménez Oviedo -quien expidió los referidos documentos y declaró en el curso del procedimiento administrativo en condición de supervisor del contrato- fue penalmente condenado por las conductas punibles de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público, asociación para la comisión de delito contra la administración pública e interés indebido en la celebración de contratos, en sentencia de 25 de junio de

Expediente: 05-001-23-33-000-2019-03090-01 (68.254)  
Actor: Asociación de Organizaciones Deportivas de Antioquia  
Controversias contractuales

2020 por hechos directamente relacionados con la expedición de tales documentos “*decisión que no fue apelada por ninguna de las partes, quedando ejecutoriada el 25 de junio de 2021*” (fl. 1, índice 80 archivo constancia de ejecutoria).

5) La referida condena se profirió en contra del señor Luis Felipe Jiménez Oviedo por parte del Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín en el proceso número 2020-00269 con fundamento en que, precisamente, aquel reconoció haber rendido información falsa en el curso del convenio con el fin de permitir la apropiación de los recursos de este por parte de terceros, según se precisó en el texto de la respectiva sentencia en los siguientes términos:

*“Acorde con lo anterior, tenemos entonces que los medios de convicción convertidos en prueba en virtud del preacuerdo que conlleva la renuncia al derecho de contradicción, dan cuenta que en la ciudad de Medellín entre el 17 de agosto de 2017 y hasta octubre de 2018, el servidor público **Luis Felipe Jiménez Oviedo se interesó indebidamente en provecho propio y de terceros en la ejecución del convenio 157 de 2017, en el que debía intervenir en razón de sus funciones como subgerente de deporte asociado** y altos logros en la entidad pública INDEPORTES, **no realizó control efectivo y por el contrario rindió informes de cumplimiento del contrato y ordenó el pago pese a que conocía su incumplimiento**, haciendo prevalecer el interés particular en contravía del interés general, y causando daño patrimonial al Estado.*

*De esta forma los medios de convicción convertidos en prueba, dan cuenta de como **para lograr un delito fin, peculado en favor de terceros, el procesado se asoció con otros para defraudar la administración pública, manipuló el convenio y rindiendo información falsa**, estructurándose de este modo, la totalidad de los elementos típicos de los punibles de peculado por apropiación en favor de terceros en cuantía superior a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en concurso homogéneo con falsedad ideológica en documento público agravado por el uso en cantidad de 13, asociación para la comisión de un delito contra la administración pública, e interés indebido en la celebración de contratos, sancionados en los artículos 397, 286, 290, 434 y 409 del código penal.”* (fls. 15-16 – índice 80 archivo sentencia – se resalta).

6) Los cargos que aceptó el citado supervisor, según fueron plasmados en los fundamentos de la sentencia de condena, incluyeron la aprobación de cuentas de cobro de manera irregular a través de distintas modalidades, que se sintetizaron así:

**“Para el efecto FEDELIAN reportaba a INDEPORTES el cumplimiento como se plasmó en el convenio, pero realizaba modificaciones en las categorías dadas por INDEPORTES, mediante diferentes modalidades, 12 en total, a través de las cuales los copartícipes entre ellos el procesado y otras personas por individualizar, se apropiaron de \$5.124’438.949, como detrimento patrimonial, con división de trabajo y acuerdo previo. Estas modalidades fueron incluidas en las cuentas de cobros, con información que no corresponde con la realidad. Las modalidades fueron las siguientes:**

1. Se realizaron giros a personas y/o entidades desde la cuenta del convenio creada por FEDELIAN que no tienen relación con el convenio, por \$1.466.851.628.
2. Gastos administrativos no estipulados dentro del convenio.
3. Contratos cobrados y no realizados por \$891.985.685.
4. Contratos que no se encontraban estipulados en los pliegos ni en el convenio por un valor de \$371.532.453.
5. Cambio de categoría de las disciplinas estipuladas en el convenio por un valor total de \$14.289.061 que se pagaron menos.
6. Variación de salarios entre lo informado a INDEPORTES y lo que realmente canceló FEDELIAN por un total de \$263.103.029.
7. Variación de salarios entre lo informado a INDEPORTES y lo que realmente canceló FEDELIAN a los entrenadores, giros inferiores a lo establecido en total \$804.372.431 que no cuentan con autorización para modificar la estructura inicial del convenio en cuento al valor de los contratos de las disciplinas a contratar.
8. Contratos realizados con personas que no estaban certificadas \$75.474.803.
9. Giros realizados a personal que no desempeño sus funciones \$7.678.880.
10. Traslado a cuentas que no se relacionan con el convenio \$938.218.146.
11. Asesores no estipulados en el convenio \$26.575.600, se presentaron planillas para el desembolso del dinero que no reflejan las actividades desarrolladas.
12. Pagos adicionales sin justificación al contrato del entrenador \$5.000.000”. (fls. 1-2 – índice 80 archivo sentencia – negrillas adicionales).

7) De acuerdo con lo expuesto, para la Sala es claro que los certificados de cumplimiento y declaraciones rendidas por quien a la postre reconoció haber falseado la información a su cargo para favorecer la apropiación indebida de los recursos del convenio por parte de terceros no pueden generar certeza acerca del cumplimiento de las obligaciones contractuales; por el contrario, la sentencia penal de condena debidamente ejecutoriada demuestra, con suficiencia y más allá de toda duda, que sus afirmaciones en el curso del procedimiento administrativo de declaración de incumplimiento del contrato fueron falsos, por lo cual dichas evidencias no tienen la validez ni la fuerza necesarias para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a las decisiones administrativas que lo decidieron en forma definitiva.

Expediente: 05-001-23-33-000-2019-03090-01 (68.254)  
Actor: Asociación de Organizaciones Deportivas de Antioquia  
Controversias contractuales

8) Se precisa, contrario a lo afirmado en el recurso de alzada, que las actas del supervisor del contrato no son actos administrativos definitivos revestidos de presunción de veracidad y legalidad; para efectos de analizar el cumplimiento del contrato, constituyen evidencias documentales que deben ser valoradas de acuerdo con las circunstancias en las cuales se suscribieron y pueden ser, como ocurrió en este caso, desvirtuadas a través de otros medios de prueba.

9) También se probó que el señor Pedro José Murcia Nieto fue condenado, previo preacuerdo con la Fiscalía General de la Nación, por cuanto reconoció que en calidad de contador de FEDELIAN realizó actuaciones para desviar los recursos del convenio 157 de 2017, con las conductas que a continuación se describen:

*“El señor Pedro José Murcia Nieto, quien era el contador de FEDELIAN y a su vez el tesorero de la Liga de softbol, quien tenía como función el control de los recursos monetarios de la liga y llevar los análisis financieros y contabilidad de FEDELIAN, suministro la cuenta de la liga de softbol a la persona encargada de los movimientos de dineros a través del portal de internet en FEDELIAN, para el desvío de cuantiosas sumas de dinero de manera ilícita, entre ellas, de la cuenta del convenio 157 de 2017 en el año 2018 se transfirieron a la cuenta de la liga de softbol setecientos sesenta y cinco millones de pesos (\$765.000.000). A la cuenta de esta liga se le transfirieron dineros de otras cuentas de FEDELIAN en cantidad aproximada de dos mil quinientos noventa y dos millones doscientos catorce mil setecientos noventa y cuatro pesos (\$2.592.214.794) en 12 movimientos que generaron una mezcla de dineros que dificultó el seguimiento financiero a la ejecución de los recursos.*

*Los desvíos de los dineros del convenio 157 de 2017 en los cuales participó Murcia Nieto, fueron a parar a la liga de softbol; y en su cuenta personal se apropió de once millones seiscientos nueve mil doscientos ochenta pesos (\$11.609.280), y a las arcas de una Corporación Gimnasio 6 Nuevo Milenio donde era integrante Héctor Álvarez Useche Gerente de Fedelian, le transfirieron ciento noventa y seis millones ochocientos diecinueve mil trescientos pesos \$196.819.300 sin justificación alguna ya que no hace parte del mencionado convenio el cual era para el pago de entrenadores.”*  
(contestación demanda – archivo sentencia pedro José - expediente electrónico).

10) De igual manera, fue aportada a este proceso la sentencia penal condenatoria proferida por el Juzgado 25 Penal del Circuito de Medellín en contra del señor Amílcar Puentes Villamizar, coordinador de contratos de FEDELIAN, quien aceptó cargos por los delitos de peculado por apropiación, falsedad

material en documento público agravado por el uso y asociación para cometer un delito contra la administración pública; puntualmente admitió las siguientes conductas:

*“Las actividades ilícitas se contrajeron a: realización de giros a personas y/o entidades que no tienen relación con el convenio, ello por la suma de \$1.466.851.628; gastos administrativos no estipulados dentro del convenio por valor de \$273.646.294; contratos cobrados y no realizados, por la suma de \$891.985.685; contratos que no se encontraban estipulados en los pliegos ni en el convenio, por valor de \$33.294.095; cambio de categoría de las disciplinas estipuladas en el convenio, por un total de \$14.289.061, variación de salarios entre lo informado a INDEPORTES y lo que realmente se le pagó a los entrenadores por valor de \$263.103.029 siendo giros superiores a lo establecido; variación de salarios de entrenadores por \$804.372.431 en giros inferiores a lo establecido; contratos realizados con personas que no estaban certificadas por valor de \$75.474.803; giros realizados a personal que no desempeñó sus funciones por \$7.678.880; traslado a cuentas que no se relacionan con el convenio por \$938.218.146; asesores no estipulados en el convenio por la suma de \$26.575.600; pagos adicionales sin justificación al contrato del entrenador por \$5.000.000.” (contestación demanda – archivo peculado y otros – expediente electrónico).*

11) En concordancia con lo anterior, el informe final de auditoría realizada al convenio concluyó que existieron irregularidades en los desembolsos de los recursos, por lo siguiente:

*“1. Se evidencia que, hubo una indebida aplicación de las cláusulas del convenio en lo que corresponde al sistema de pagos, toda vez que, la Cláusula Cuarta del Convenio N° 157 de 2017, establece el desembolso de los recursos mediante pagos parciales mensuales, previa presentación de un informe técnico y financiero de la ejecución del convenio por parte de FEDELIAN; no obstante, el contratista solicitaba el desembolso por los valores totales de los ítem contractuales (Entrenadores y/o monitores, Coordinador, Auxiliar Administrativo, gastos desplazamiento, practicantes SENA, pólizas o costos financieros) programados para cada periodo y no por la ejecución real, y el supervisor la aprobaba.*

*2. Se identificaron varios cupos o vacantes, es decir, entrenadores y/o monitores no contratados (...). Dichas vacantes fueron reconocidas o pagadas y autorizadas por la supervisión en el desembolso de cada periodo a FEDELIAN.*

*3. Se pudo determinar, la presencia efectiva de 151 entrenadores y/o monitores contratados para las ligas deportivas, cifra que variaba en cada periodo y que están distribuidos en diferentes niveles de escalafón (...)*

Expediente: 05-001-23-33-000-2019-03090-01 (68.254)  
 Actor: Asociación de Organizaciones Deportivas de Antioquia  
Controversias contractuales

4. Se puede establecer que, en la Liga de Ecuestre no se tiene contratado entrenador y/o monitor, lo anterior, según verificación mediante certificación de la Liga y FEDELIAN que lo confirma.

5. Se pudo evidenciar, cambio en el escalafón de niveles en algunos cupos de disciplinas deportivas.

6. Del resultado de esta (sic) auditoría, se registran unos valores sobre los cuales se han hecho unos pagos y que, hay que hacer unos reintegros o compensaciones por parte de FEDELIAN a Indeportes Antioquia. Se pudo establecer, que se presentan diferencias entre la ejecución real y los desembolsos autorizados por el supervisor por valor aproximado de \$1.048'698.041, que deberán determinarse con exactitud para tenerlos en cuenta a la hora de realizar la liquidación del convenio por parte del supervisor o antes por encontrarse el mismo en ejecución. Dichas diferencias se consolidan de la siguiente manera: CONSOLIDADO DE DIFERENCIAS ENTRENADORES \$884,173,842 OTROS ÍTEMS \$149,602,530 PÓLIZA O COSTOS FINANCIEROS \$14,921,669 TOTAL \$1,048,698,041

7. Con la interacción que se ha tenido en la auditoría con FEDELIAN, se resalta la aceptación de la asociación de hacer reconocimiento o reintegros de los recursos no ejecutados y que fueron objeto de desembolso, lo cual deberá hacerse en la liquidación del convenio o antes según recomendación de esta auditoría." (contestación demanda – informe final de auditoría – expediente electrónico).

12) Con fundamento en lo expuesto y en los informes de la señora Lina María Posada, segunda supervisora designada para el contrato, Indeportes Antioquia desestimó, válida y fundadamente, las certificaciones y la declaración del supervisor inicial y tuvo por incumplido el convenio, según se expuso en el acto que hizo efectiva la garantía que aquí se demanda:

*“El Informe de supervisión final con radicado N.201803006522 del 21 de diciembre de 2018, acredita que los informes técnicos y financieros presentados mensualmente por FEDELIAN para tramitar el desembolso de los recursos, no correspondía ni a los recursos efectivamente ejecutados y solicitados a la Entidad mes a mes, y por ende se encuentran probadas las afirmaciones hechas por la Dra. Posada en sus informes, en los cuales manifestó que los recursos desembolsados por Indeportes Antioquia no eran utilizados para cancelar el total de los honorarios de los entrenadores y/o monitores, que eran utilizados para la ejecución del proyecto, así mismo, que FEDELIAN, no utilizó para la ejecución del proyecto, el total de entrenadores y/o monitores previstos en el convenio, sin embargo, cobró la totalidad de los mismos a Indeportes Antioquia, y que canceló, a las personas que utilizó para la ejecución del convenio, coordinador y auxiliar, valores inferiores y/o superiores a los inicialmente previstos en los estudios previos, sin embargo, cobró la totalidad de los mismos a Indeportes Antioquia.*

Lo anterior se soporta además en los Anexos Tablas por disciplina deportiva, las ciento cuatro (1041 encuestas realizadas por Indeportes

Expediente: 05-001-23-33-000-2019-03090-01 (68.254)  
Actor: Asociación de Organizaciones Deportivas de Antioquia  
Controversias contractuales

*Antioquia a los entrenadores y/o monitores con los cuales FEDELIAN informó que ejecutaba el convenio, a efectos de verificar si se adeudaban valores; la comunicación escrita con radicado N. 201802008316, suscrita por una de las ligas beneficiarias del proyecto, en la cual informan que no se recibió ningún pago por parte de FEDELIAN para el pago de entrenadores, las certificaciones enviada vía correo electrónico de fecha 27 de febrero de 2019, por la Liga de Natación de Antioquia, mediante la cual ésta certifica que para dicha fecha FEDELIAN adeudaba a la Liga por concepto de entrenadores y/o monitores la suma de Ciento Cincuenta y Cinco Millones Doscientos Un Mil Cuatro Pesos (\$155.201.004), la comunicación enviada vía correo electrónico de fecha 28 de febrero de 2019, por la Liga de Antioqueña de Fútbol, mediante la cual ésta certifica que para dicha fecha FEDELIAN adeudaba a la Liga por concepto de entrenadores y/o monitores la suma de Ciento Setenta y Dos Millones Setecientos Setenta y Cuatro Mii Ochocientos Ochenta Pesos (\$172.774.880), la comunicación con radicado N. 201902001020, mediante la cual la Liga de Ecuestre de Antioquia, certifica que la misma nunca contó con ningún entrenador y/o monitor asociado al convenio N. 1S7 de 2017, además de los contratos suscritos por Página 35 de 42 FEDELIAN con los entrenadores, en los cuales se corrobora que tal y como lo indica la supervisión si existen inconsistencias que generan incumplimiento.” (fl. 69 – demanda – expediente electrónico).*

Al respecto se precisa que el cambio del supervisor del contrato estuvo justificado por razón de las graves irregularidades advertidas, situación que además carece de mérito para viciar los actos administrativos demandados.

13) Por consiguiente, se concluye que las referidas irregularidades e incumplimientos referidos por Indeportes no fueron desvirtuadas y, por el contrario, se confirmaron en el curso del presente proceso, por lo cual las pretensiones de nulidad por falsa motivación están llamadas al fracaso y, en consecuencia, se impone confirmar el fallo de primera instancia que las desestimó<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Se precisa que la representante legal de FEDELIAN Sandra María Vélez Monsalve rindió interrogatorio a instancia de Seguros del Estado (18'22" audiencia de pruebas.mp4) pero, se limitó a indicar que se vinculó a FEDELIAN en 2020, cuando ya se había ejecutado el convenio y dijo desconocer los pormenores relativos a la supervisión del contrato y que no realizó ninguna aseveración que pueda ser considerada como confesión del algún hecho adverso a su representada.

#### 4. Imposibilidad de reducir proporcionalmente el valor de la cláusula penal

1) La parte apelante insiste en que el valor de la cláusula penal debe ser reducido proporcionalmente debido a que el incumplimiento del contrato no fue total; la cláusula penal se pactó en los siguientes términos:

**“Cláusula Penal Pecuniaria: INDEPORTES ANTIOQUIA, en caso de incumplimiento grave y directo del objeto del contrato, o en caso de declarar la terminación anticipada del mismo, por acciones u omisiones del contrato imputables al contratista, podrá declarar a título de pena y tasación anticipada de perjuicios, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato.**

*Dicha suma se imputará al monto de los perjuicios que sufra INDEPORTES ANTIOQUIA, y su valor se podrá descontar: i) de los saldos pendientes a favor del contratista. ii) recaudado mediante la afectación de la garantía de cumplimiento constituida, o si esto no fuere posible, iii) se recaudará mediante el procedimiento establecido en la ley, ya sea de manera directa mediante procedimiento coactivo, o mediante procedimiento ejecutivo ante la jurisdicción contencioso administrativa.*

**La aplicación de la cláusula penal pecuniaria no excluye la indemnización de perjuicios a cargo del Contratista, si el monto de éstos fuere superior al valor de la cláusula penal pecuniaria aquí pactada. Lo anterior, toda vez, que el pago de la pena no se entiende como extinta la obligación principal a cargo del contratista de indemnizar la totalidad de perjuicios causados.”** (demanda – archivo convenio – expediente electrónico – se resalta).

2) Así las cosas, en los términos en los que fue acordada la cláusula su efectividad no quedó sujeta al *“incumplimiento total”*, contrario al entendimiento del apelante y por el contrario, podrían reclamarse los perjuicios sufridos por la entidad en exceso de esa tasación anticipada, al tiempo que no acordaron la posibilidad de reducir la cláusula penal en proporción al porcentaje de cumplimiento.

3) No obstante, el artículo 1596 del Código Civil regula la posibilidad de exigir dicha rebaja en los siguientes términos:

**“Artículo 1596. Rebaja de la pena por incumplimiento 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.”** (se resalta).

4) Por su parte, el artículo 867 del Código de Comercio también estipula la posibilidad de reducir equitativamente la pena por el incumplimiento:

**“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.”* (negritas adicionales).

5) 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:

*“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 (...).*

*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, 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 accesoria (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.*

*En relación con el primer escenario –el carácter indivisible de la cláusula penal– se afirma, con razón, a manera de regla general, que la naturaleza divisible o indivisible de la obligación principal determina, correlativamente, la divisibilidad o indivisibilidad de la pena y, por consiguiente, la posibilidad de reducción o no de la misma; en ese sentido, Ospina Fernández señala que: ‘La naturaleza de la obligación principal, según que esta sea divisible o no, determina, en principio, régimen análogo para la obligación penal accesoria. Si aquella versa sobre un objeto natural o jurídicamente divisible. la pena también lo será, desde luego si ella consiste en una prestación susceptible de división. Por el contrario, si la obligación principal es natural o jurídicamente indivisible, en principio la pena sigue el mismo régimen’.*

*Por su parte, la segunda eventualidad es una clara consecuencia de la autonomía negocial que tienen las partes para determinar, ellas*

Expediente: 05-001-23-33-000-2019-03090-01 (68.254)  
 Actor: Asociación de Organizaciones Deportivas de Antioquia  
Controversias contractuales

*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”<sup>9</sup>.*

6) En este caso, aunque las obligaciones que se afirman incumplidas son divisibles, no hay prueba acerca del porcentaje de cumplimiento o ejecución efectiva del objeto contractual a satisfacción de Indeportes Antioquia, *contrario sensu*, según se resolvió en el acto administrativo demandado cuya presunción de legalidad y veracidad no se desvirtuó, los recursos desembolsados y no ejecutados ascienden a más del doble del valor de la cláusula penal impuesta lo cual consta en los siguientes términos:

*“Que FEDELIAN no hubiera allegado durante la ejecución del convenio la información y soportes requeridos para justificar la inversión de los recursos desembolsados por Indeportes Antioquia durante el convenio, así como que tampoco lo hubiera hecho durante el presente proceso sancionatorio es un indicio que, sumado a las demás pruebas, permite alejarse de cualquier duda y determinar que FEDELIAN no cuenta con la información que soporta la inversión en el convenio de los recursos desembolsados por la Entidad de manera mensual, y los cuales a la fecha no han sido reintegrados a la mismas; vale la pena recordar que para hasta mes de agosto del año 2018, y de acuerdo al informe de supervisión, **los recursos desembolsados por la Entidad ascendieron a la suma de Nueve Mil Ciento Treinta y Tres Millones Seiscientos Ocho Mil Doscientos Noventa y Seis Pesos (\$9.133.608.296), de los cuales hoy no se encuentran soportados la suma de Dos Mil Trescientos Setenta y Ocho Millones Ciento Noventa y Un Mil Trescientos Catorce Pesos (\$2.378.191.314), situación está que corrobora el incumplimiento en que incurrió FEDELIAN.** (fl. 72 índice 1 demanda – expediente electrónico – se resalta).*

<sup>9</sup> Bonivento Jiménez, José Armando. Obligaciones, Bogotá: Legis, 2017, p. 341 y 342.

*Expediente: 05-001-23-33-000-2019-03090-01 (68.254)*  
*Actor: Asociación de Organizaciones Deportivas de Antioquia*  
*Controversias contractuales*

7) En conclusión, no hay lugar a reducir proporcionalmente la cláusula penal pecuniaria porque aún cuando la obligación incumplida es divisible (i) no hay evidencia de lo ejecutado a satisfacción de la entidad ni (ii) existen elementos probatorios que permitan reducirla proporcionalmente.

8) De conformidad con lo expuesto, hay lugar a confirmar la sentencia apelada, adversa a las pretensiones, toda vez que la entidad demandada (i) sí tenía competencia para declarar el incumplimiento contractual, (ii) no se probó la falsa motivación de los actos administrativos por medio de los cuales esta se materializó y, (iii) el contratista no probó tener derecho a la reducción proporcional de la cláusula penal en los términos del artículo 1592 del Código Civil.

## **5. Costas**

Se condenará en costas a la parte vencida en los términos del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las cuales se liquidarán en forma concentrada en el tribunal de primera instancia; se fijan agencias en derecho en segunda instancia en cuantía equivalente a seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cargo de Seguros del Estado y en favor de Indeportes Antioquia.

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

### **FALLA :**

**1º) Confírmase** la sentencia de 16 de febrero de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

**2º)** Costas de la instancia a cargo de Seguros del Estado SA, se fijan agencias en derecho en su contra y en favor de Indeportes Antioquia en cuantía equivalente a seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época de ejecutoria de esta sentencia.

*Expediente: 05-001-23-33-000-2019-03090-01 (68.254)*  
*Actor: Asociación de Organizaciones Deportivas de Antioquia*  
*Controversias contractuales*

3°) En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen previas las desanotaciones y constancias secretariales del caso.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
**Magistrado ponente**  
*(firmado electrónicamente)*

**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**  
**Magistrado**  
*(firmado electrónicamente)*

**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
**Magistrado**  
*(firmado electrónicamente)*

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.