RESOLUCIÓN No. 63 - 02078 DE 2021

"Por la cual se declara el incumplimiento parcial del Contrato de Prestación de servicios No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021 celebrado en el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Rubén Darío Montoya Ovalle y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

EL SUBDIRECTOR DEL CENTRO DE COMERCIO Y TURISMO DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA REGIONAL QUINDÍO

En uso de sus facultades legales y reglamentarias, en especial las conferidas mediante la Resolución 00069 de 2014, en atención a la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 del 2015 y demás normas concordantes, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia, establece como fines esenciales del Estado *"servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo".*

Que el Artículo 209 de la Constitución Política señala, que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Que el artículo 3 de la ley 80 de 1993 Estatuto de Contratación, establece como fines de la Contratación Estatal el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución de dichos fines.

Que el artículo 4 ibid., establece como derechos y deberes de las entidades estatales en asuntos de contratación, entre otros, exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado y adelantar todas las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

Que el artículo 5, numeral 2 de la ley 80 de 1993 establece como deber de los contratistas, colaborar con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatando las órdenes que durante el desarrollo del contrato les impartan y, de manera general, obrando con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse.

Que el artículo 14 de la ley 80 de 1993, consagra cómo Medio de las entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual: literal *"I. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado".*

RESOLUCIÓN No. 63 - 02078 DE 2021

"Por la cual se declara el incumplimiento parcial del Contrato de Prestación de servicios No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021 celebrado en el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Rubén Darío Montoya Ovalle y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

Que el artículo 52 de la ley 80 de 1993 establece, que los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual, en los términos de la ley.

Que el artículo 29 de la Constitución Política consagra el debido proceso como un derecho fundamental e impone su observancia en todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Que, con relación al debido proceso, la Ley 1150 de 2007 puntualiza en su artículo 17: *"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".*

Que, en cuanto a la oportunidad para declarar el incumplimiento, la Subdirección del Centro de Comercio y Turismo acoge los postulados establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual ha reiterado el criterio de declarar el incumplimiento en cualquier momento antes de la liquidación del contrato estatal. Como quiera que el Contrato No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021 no ha sido liquidado, es procedente adelantar esta actuación administrativa, apoyados en el texto jurisprudencial contenido en la Sentencia del 25 de mayo de 2011 expedida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.[1]

Que el artículo 7 de la ley 1150 de 2007 reglamentado por el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del decreto 1082 de 2015, señala que los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, las cuales consistirán en contrato de seguros, patrimonio autónomo o garantía bancaria.

Que tanto la cláusula penal como las multas 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.

Que el artículo 86 de la ley 1474 de 2011[2] dispone el procedimiento que debe atender toda entidad pública, al momento de estimar el posible incumplimiento del contratista en la ejecución de un contrato estatal.

---

[1] "(...) En este orden de ideas, la sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato (...), lo procedente actualmente, como se establece en la reforma que introdujo el régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula que las hace exigibles, además por supuesto penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro".

[2] Ley 1474 de 2011. Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. 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. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia,

RESOLUCIÓN No. 63 - 02078 DE 2021

"Por la cual se declara el incumplimiento parcial del Contrato de Prestación de servicios No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021 celebrado en el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Rubén Darío Montoya Ovalle y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

ANTECEDENTES

Que como resultado del proceso de selección de contratación directa No. PSP-QDO-CCYT-023-2021 y surtidas todas las etapas de planificación de la contratación de instructores 2021 conforme al Banco de instructores vigente, se suscribió el contrato de prestación de servicios No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021, con el señor Rubén Darío Montoya Ovalle, Identificado con Cédula de Ciudadanía Número 18462713, Cuyo Objeto Es: *Prestación de servicios para orientar la formación profesional integral titulada y/o complementaria en la modalidad presencial y/o virtual conforme a los modelos formativos establecidos en el Centro de Comercio y Turismo del SENA Regional Quindío, atendiendo las políticas institucionales y la normativa vigente.*

Que el plazo de ejecución contractual se pactó inicialmente desde el 2/02/2021 8:00:00 AM hasta el 18/12/2021 11:58:00 PM, según los registros que se encuentran disponibles en la plataforma SECOPII.

Que el valor del contrato se pactó inicialmente en una suma total de TREINTA Y DOS MILLONES DE PESOS M/CTE ($32.000.000,00=), valor que fue modificado mediante otro si Nro. 1 del 20/04/2021 11:06 AM, a la suma total de TREINTA Y UN MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS M/CTE ($31.700.000,oo=), incluido IVA, por las razones allí expuestas, y posteriormente con otro si No. 2 del 21/10/2021 2:24 PM, a la suma final de TREINTA MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS M/CTE ($30.700.000,oo=), incluido IVA.

Que en cumplimiento de lo establecido en el numeral 2 "condiciones" del contrato de prestación de servicios No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021, el contratista constituyó la

---

la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;
b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;
c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;
d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.
La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

garantía única de cumplimiento mediante póliza Nro. 2873738-1 expedida por Suramericana, así:

AMPARO	VIGENCIA		SUMA ASEGURADA
	Desde	Hasta	
Cumplimiento del contrato	29/01/2021	18/04/2022	3´200.000.00

Que de conformidad con lo establecido en el numeral 6 "Información presupuestal", la supervisión del contrato en mención está actualmente a cargo del Coordinador Académico de los programas de Comercio y Servicios del Centro de Comercio y Turismo del SENA Regional Quindío, funcionario Giovanny Vicente Ibarra Palacios. En el histórico de asignaciones de la plataforma SECOPII se constata, que para el momento del primer requerimiento al contratista que dio lugar al presente proceso sancionatorio por presunto incumplimiento contractual, la supervisión era ejercida por el funcionario Carlos Arturo Valencia Montoya, quien se desempeña como coordinador del Grupo de Formación Profesional Integral y Gestión Educativa de este mismo Centro de formación.

Que de conformidad con lo establecido en los estudios previos que contienen la justificación de la necesidad de la celebración de este contrato de prestación de servicios y sus condiciones generales y específicas, las obligaciones pactadas fueron las siguientes:

2. Obligaciones Específicas:

1. Participar en la planeación de los procesos formativos de acuerdo con los lineamientos institucionales, para las áreas relacionadas con su perfil, correspondiente a la "Convocatoria de la APE para la conformación del Banco de Instructores del SENA 2020".

2. Participar cuando el centro de formación lo requiera, en jornadas de diseño y desarrollo curricular de programas de Formación Profesional Integral, conforme a las necesidades nacionales y a los lineamientos institucionales requeridos para las áreas relacionadas con su perfil.

3. Evaluar los aprendizajes previos correspondientes a las fichas asignadas, de acuerdo con los procedimientos, plazos y herramientas tecnológicas que la entidad defina.

4. Ejecutar la formación profesional integral de acuerdo con el currículo, desarrollo curricular y proyecto formativo de los programas relacionados con su perfil.

5. Aplicar según la modalidad, estrategias de enseñanza, aprendizaje, seguimiento y evaluación de acuerdo a los lineamientos pedagógicos y metodológicos de la entidad.

6. Participar cuando el centro de formación lo requiera, en proyectos de investigación técnica y/o pedagógica para fortalecer el proceso de formación de las áreas relacionadas con su perfil.

7. Emitir juicio valorativo sobre el nivel de cumplimiento de los resultados de aprendizajes de las competencias del programa, adquiridos por los aprendices en el

desarrollo de su formación, aplicando los procedimientos, plazos y herramientas tecnológicas que la entidad defina.

8. Registrar, verificar y hacer seguimiento oportuno en el sistema de información que la entidad defina para la Gestión de la Formación Profesional Integral mediante las siguientes actividades: a). Verificando que la totalidad de los aprendices seleccionados y matriculados queden en ese estado. b). Registrando juicios evaluativos del reconocimiento de aprendizajes previos, los juicios evaluativos, rutas de aprendizaje, para los beneficiarios nuevos, reintegrados o trasladados. c). Comunicando al Coordinador Académico oportunamente anomalías, inconsistencias, novedades de aprendices y hallazgos en el registro de la información.

9. Aplicar y hacer cumplir el reglamento del aprendiz, así como el manual de convivencia del Centro de Formación.

10. Apoyar procesos de Registro calificado para los programas en nivel tecnólogo de las áreas relacionadas con su perfil, cuando el centro lo requiera.

11. Realizar seguimiento en la etapa productiva a los aprendices que le sean asignados, cuando el centro de formación lo requiera.

12. Apoyar y acompañar los procesos de autoevaluación de programas de formación en nivel tecnólogo del Centro de Formación.

13. Las demás necesarias para el cabal cumplimiento del objeto contractual.

2.1 Obligaciones generales adicionales para el perfil de instructor

1. Entregar los soportes del procedimiento de Ingreso de aprendices al programa de formación tales como: Ficha de matrícula; fotocopia del documento de identidad, y/o requisitos definidos en el diseño curricular, cuando ejecute formación complementaria.

2. Participar cuando el centro lo requiera en el proceso de selección, diseño de talleres e instrumentos que alimenten los bancos de pruebas para la selección de aprendices.

3. Acatar los lineamientos del Sistema Integrado de Gestión y el Sistema de Seguridad de Salud en el Trabajo y asistir a las convocatorias que el centro programa.

4. Apoyar al centro de formación cuando este lo requiera, en la promoción del portafolio de servicios.

5. Responder por los bienes y elementos puestos a su disposición para el cumplimiento del objeto del contrato y una vez finalizado, quedar a paz y salvo con el Almacén.

6. Aplicar al proceso de certificación de la norma de competencia "ORIENTAR PROCESOS FORMATIVOS CON BASE EN LOS PLANES DE FORMACIÓN CONCERTADOS, o la actualización. "ORIENTAR FORMACIÓN PRESENCIAL DE ACUERDO CON PROCEDIMIENTO TÉCNICO Y NORMATIVO" o en su defecto deberá

aplicar al proceso de certificación de la norma y aportar el respectivo certificado de aprobación, o la evidencia de la inscripción efectiva a mismo, al informe de ejecución contractual, con plazo máximo a julio 31 de 2020.

7. Acompañar a los aprendices a las actividades que se encuentren planeadas por el equipo de Bienestar al Aprendiz.

8. Mantener su autonomía e independencia en la ejecución del contrato, desde el punto de vista técnico y científico, sin perjuicio en la garantía del cumplimiento que deba darse a las estructuras curriculares y los contenidos mínimos incluidos en los programas de formación, el calendario académico de la vigencia contratada, la programación de las sesiones de formación, los objetivos misionales y las normas y directrices institucionales.

9. Informar al Centro de formación dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al conocimiento del hecho (s) y circunstancia (s), que puedan incidir en la oportuna o debida ejecución del contrato o que puedan poner en peligro los intereses legítimos del SENA.

10. Permanecer identificado con su carné dentro de las instalaciones del SENA y en los lugares donde desarrolle el objeto contractual, así como impartir formación con la ropa de trabajo adecuada para el ambiente de aprendizaje, identificada con el logo SENA cuando así sea necesario.

11. Promover en los aprendices y velar por el cumplimiento de las normas de seguridad industrial y salud ocupacional, al igual que las normas ambientales y otras que sean de cumplimiento y referencia.

12. Atender oportunamente las solicitudes y requerimientos hechos por la Subdirección del Centro, Coordinación Académica, Supervisor de Contrato y/o el encargado del seguimiento técnico pedagógico, que estén directamente relacionadas con el objeto contractual y presentar informes mensuales y/o periódicos de la ejecución del contrato, según lo determine la entidad o el centro de formación.

13. Participar en las actividades de transferencia tecnológica técnica y/o institucional que el SENA y/o el centro de formación desarrolle para el fortalecimiento de habilidades pedagógicas, metodológicas y transversales, así como las acciones de certificación de competencias genéricas y/o técnicas que validen el desempeño como instructor.

14. Acompañar, cuando sea necesario, los procesos de alistamiento relacionados con las actividades de preparación documental requerida para los procesos de compra de materiales de formación y/o equipos y herramientas, dichos documentos tienen que ver con elaboración de fichas técnicas y formatos de solicitud de materiales de formación.

15. Proponer y liderar, cuando sea necesario y se cumpla con los requisitos institucionales exigidos, el desarrollo de actividades académicas complementarias como giras y visitas técnicas, entre otras, que favorezcan el fortalecimiento de la adquisición de competencias por parte de los aprendices del centro.

16. En caso de ser designado por el Subdirector, participar en los procesos de evaluación de propuestas en desarrollo de los procesos de contratación.

Que a través del informe elaborado por el Coordinador Académico Giovanny Vicente Ibarra Palacios, supervisor del contrato de prestación de servicios No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021, para la época de ocurrencia de los hechos, puso en conocimiento de esta Subdirección el posible incumplimiento del contratista Rubén Darío Montoya Ovalle, identificado con cédula de ciudadanía número 18462713, estimando los perjuicios en el 10% del valor total actual del contrato, esto es la suma de TRES MILLONES SETENTA MIL PESOS ($3.070.000,oo=) M/CTE, por el incumplimiento de las siguientes obligaciones contractuales:

2. Obligaciones Específicas:

4. Ejecutar la formación profesional integral de acuerdo con el currículo, desarrollo curricular y proyecto formativo de los programas relacionados con su perfil.

5. Aplicar según la modalidad, estrategias de enseñanza, aprendizaje, seguimiento y evaluación de acuerdo a los lineamientos pedagógicos y metodológicos de la entidad.

9. Aplicar y hacer cumplir el reglamento del aprendiz, así como el manual de convivencia del Centro de Formación.

13. Las demás necesarias para el cabal cumplimiento del objeto contractual, entre otras Obrar con lealtad y buena fe en el desarrollo del contrato.

2.1 Obligaciones generales adicionales para el perfil de instructor

3. Acatar los lineamientos del Sistema Integrado de Gestión y el Sistema de Seguridad de Salud en el Trabajo y asistir a las convocatorias que el centro programa.

Que el posible incumplimiento está sustentado en que el contratista Rubén Darío Montoya Ovalle, no ejecutó la formación profesional INTEGRAL de acuerdo con el currículo, desarrollo curricular y proyecto formativo de los programas relacionados con su perfil, toda vez que desde la misma misionalidad de la Entidad, contenido en todos los documentos que establecen los lineamientos de la formación profesional que se imparte, se contiene dentro de la integralidad la moral y las buenas costumbres; no aplicación de las estrategias de enseñanza, aprendizaje y seguimiento de acuerdo a los lineamientos de la entidad en cuanto a la integralidad de la formación; no aplicar y hacer cumplir el manual de convivencia del Centro de Formación; no obrar con lealtad y buena fe en el desarrollo del contrato; y no acatar los lineamientos del Sistema Integrado de Gestión, dentro de los cuales se encuentra establecida la integralidad en la orientación de la formación profesional.

Que de todas estas inconsistencias, mediante acta del 04 de noviembre de 2021, se dio traslado al contratista de las quejas presentadas por los aprendices, quien manifestó no asumir la responsabilidad que el presunto incumplimiento aquejado le acarreaba, luego de anteponer que no entendía las implicaciones que se estaban insinuando, ya que sus invitaciones hacían alusión a sitios "no malos" o "antros", aunque respeta el punto de vista de cada uno con la interpretación que se da; situación que hicieron constar en el expediente ambos coordinadores académicos, tanto en acta de reunión de equipo llevada a cabo previo al inicio de la audiencia, como en el informe de supervisión y el técnico rendido por el actual supervisor.

Que ante la falta de reconocimiento del proceder inadecuado del contratista y el daño manifestado por los aprendices de la ficha de seguimiento a su cargo, así como la medida de remoción y cambio de director de grupo que tuvo que ejercer la supervisión ante las quejas y reclamos de los aprendices; no existieron compromisos por pactar, ni el ejercicio de acciones que nos permitan garantizar que estos hechos no se volverían a presentar con este instructor, por lo que se hace necesario ejercer el poder punitivo del Estado y manifestado en el llamado al contratista por la falta de acatamiento de los lineamientos internos en cuanto a la integralidad de la formación.

Que surtido el procedimiento establecido en el manual de contratación administrativa vigente para la Entidad, el día 20 de diciembre del año 2021, se dispuso dar inicio a la audiencia dentro del presente proceso sancionatorio por presunto incumplimiento contractual, conforme al procedimiento establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en la cual se otorgó la oportunidad al señor Montoya Ovalle para que presentara sus descargos, en ejercicio del derecho de defensa, igualmente presentara las pruebas que tuviera en su poder y contradijera las presentadas con el informe de supervisión y practicadas en audiencia, además de que presentara sus alegaciones de conclusión; todo lo cual no fue rendido oportunamente por el contratista llamado, quien pese a manifestarle a la Entidad con anterioridad a la fecha de la audiencia que conocía de la programación de la misma, decidió no presentarse ni allegar oportunamente la manifestación de la concurrencia de hechos de fuerza mayor o caso fortuito que justificaran su inasistencia.

Por su parte, la aseguradora mediante comunicación electrónica manifestó la imposibilidad de asistir a las audiencias y solicitó ser notificada del acontecer de la misma, todo lo cual se les hizo saber mediante comunicación electrónica.

SOPORTES PROBATORIOS

Como soporte del incumplimiento se tienen las siguientes pruebas:

1. Expediente contractual No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021, documentos en físico y digital disponible en SECOPII.
2. Flujos de presentación y aprobación de póliza de cumplimiento.
3. Póliza de seguros Nro. 2873738-1 y sus anexos.
4. Flujos de aprobación del inicio de la relación contractual.
5. Informes de supervisión disponibles en el numeral 7 "ejecución del contrato" del expediente digital.
6. Queja presentada por los aprendices del Centro de formación, ficha No. 2369795 (operaciones comerciales ARA), al cual se adjunta diferentes pantallazos de conversaciones de WhatsApp con el instructor.
7. Acta de reunión de requerimiento de cumplimiento de contrato del 04 de noviembre de 2021 y de equipo de trabajo para dar inicio al presente proceso sancionatorio.

8. Acta de reunión llevada a cabo el 28 de noviembre de 2021 con algunos aprendices de la ficha No. 2369795 (operaciones comerciales ARA), en la cual, ante la supervisión del contrato, las aprendices Mayerli Lesmes, Karen Vélez, Daisy López y Luz Alfani Maya, manifestaron sus inconformidades frente al instructor y pusieron en conocimiento el daño por ellas sufrido ante las insinuaciones y comentarios que se impartían de su parte y que no tienen relación alguna con la formación profesional a su cargo.

9. Diligencia de declaración juramentada rendida por Giovanny Ibarra Palacios

10. Informe de supervisión de noviembre de 2021 y recomendación técnica rendida por el supervisor actual del contrato.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Procede la Subdirección de Centro a pronunciarse con relación a las circunstancias de hecho y de derecho que se pusieron de presente en el trámite del presente proceso administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento del contrato de Prestación de Servicios No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021, suscrito entre el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Rubén Darío Montoya Ovalle; adelantado por la Subdirección del Centro de Comercio y Turismo del SENA Regional Quindío, para lo cual se procederá a analizar en primer lugar la competencia temporal con la que cuentan las entidades del Estado para adelantar la declaratoria de incumplimiento de los contratos Estatales, frente a lo que se trae a colación, algunos apartes del contenido de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha reiterado el criterio de la posibilidad de declarar el incumplimiento en cualquier momento durante la vigencia del contrato, con posterioridad al vencimiento del plazo contractual y antes de la liquidación.[3]

Ahora bien, teniendo en cuenta que el contrato de prestación de servicios No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021 está con finalización del plazo de ejecución, en términos de liquidación, el SENA cuenta con competencia temporal para realizar la declaratoria de incumplimiento contractual por la presente vía administrativa.

Claro lo anterior, procederá la Subdirección de Centro a pronunciarse de fondo, para lo cual, al analizar los elementos de prueba obrantes dentro del plenario, tales como: i) obligaciones contractuales pactadas dentro del contrato de prestación de servicios profesionales No.

[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera subsección C, con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero, del 24 de octubre de 2013, radicado No. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697):

"(...) 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.

(...)

En los términos indicados, queda claro que en vigencia de todos los estatutos z contractuales, incluidas las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, la potestad sancionatoria para cobrar la cláusula penal se puede ejercer durante el plazo del contrato e incluso con posterioridad a su vencimiento".

CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021, ii) informe presentado por el supervisor, iii) contenido del acta de requerimiento, y iv) quejas de los aprendices ratificadas en reunión con el supervisor del contrato; aunado a la falta de intervención y controversia ejercida por el contratista llamado, conducen con grado amplio de certeza a determinar, que en el presente acto se presentó un incumplimiento de las condiciones contractuales previamente pactadas, habida cuenta que el señor Montoya Ovalle, no dio cumplimiento al 100% del alcance de las obligaciones específicas, pues como se puede colegir de las evidencias, el instructor no cumplió con los términos, calidad, decoro y procedimiento establecidos para la orientación de la formación profesional integral, en los términos de la guía para la orientación de formaciones en ambientes virtuales y presenciales de aprendizaje, generando con ello una mala imagen Institucional, baja de la calidad de la formación y desconfianza por parte de los aprendices, lo cual quedó evidenciado en las manifestaciones realizadas por ellos en reunión con el supervisor del contrato y en las manifestaciones realizadas por parte del funcionario supervisor.

Que la razón de ser del SENA son sus aprendices, para quienes estamos obligados a cumplir la función que le corresponde al Estado de invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos, ofreciendo y ejecutando la formación profesional integral, para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas; integralidad que necesariamente observa la moralidad y el respeto en todas las actuaciones propias de esta orientación, con el fin de entregarle a la sociedad colombiana personas formadas en el aspecto laboral y del SER, que contribuyan al desarrollo social de nuestro país.

Este principio orientador, necesariamente se vio quebrantado y merece el reproche contractual que se emana en este acto administrativo, toda vez que es necesario exigir el mayor decoro y calidad en la prestación de los servicios personales temporales que se contratan para suplir las necesidades de este Centro de Formación, con el fin de evitar el quebrantamiento de la comunidad SENA y con ello la repetición de conductas que atenten contra la debida ejecución de la formación profesional integral, que es precisamente el objeto que fundamentó la celebración del contrato de prestación de servicios No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021.

Respecto al incumplimiento de los contratos estatales, el Consejo de Estado Sección Tercera Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa del 23 de octubre de dos mil diecisiete (2017) y Radicación número: 25000-23-36-000-2013-00802- 01(53206), ha manifestado:

> *"Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera* ***que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.*** *No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que "el pago efectivo es la prestación de lo que se debe", que "el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la 'obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes" y que "el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de Convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales." En consecuencia, se estará en presencia*

de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor". (Negrilla propia).

Lo anterior, es una manifestación clara del principio PACTA SUNT SERVANDA, y para el caso en particular, el incumplimiento de las prestaciones trae consecuencias en relación con la suerte del contrato mismo y la responsabilidad patrimonial del contratista, pues el contrato es ley para las partes y en virtud de ello, debe cumplirse totalmente conforme a lo establecido en este. Así las cosas, nos permitimos concluir, que la suscripción del contrato de prestación de servicios No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021 entre Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Rubén Darío Montoya Ovalle, implica una manifestación clara de su voluntad de obligarse, previo conocimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del mismo. Por lo anterior, no es de recibo de la Subdirección del Centro que el contratista exponga en su defensa, que la situación aquejada correspondió a una mala interpretación de los aprendices a sus manifestaciones, puesto que conforme lo demuestran los pantallazos de las conversaciones, a la luz de las manifestaciones de los aprendices en reunión con el supervisor del contrato, se sintieron claramente afectados en su integridad, toda vez que las manifestaciones del instructor atañen a aspectos personales y familiares que no tienen relación alguna con la formación a su cargo, y que, por tratarse de aprendices que se encuentran en una situación de inferioridad frente a su docente, podría interpretarse o propiciar consecuencias inapropiadas para la moralidad y las buenas costumbres que deben distinguir las relaciones entre los miembros de la comunidad SENA, quienes finalmente están llamados a recibir una formación profesional INTEGRAL con principios y valores que permitan reconocerlos como personas en su ámbito laboral y personal.

El incumplimiento presentado obedece a la falta de seguimiento por parte del contratista de la integralidad que demanda la prestación del servicio a él contratado, pues es conocedor de su carga contractual y de los términos en los cuales debía darse el cumplimiento del contrato, de acuerdo con lo establecido no sólo en el documento que contiene el contrato mismo, sino en las guías y procedimientos establecidos en la plataforma CompromISO, cuya disponibilidad está determinada desde el inicio de la ejecución del plazo contractual.

Para el caso en particular resulta acreditado el incumplimiento alegado respecto de las obligaciones 2.4, 2.5, 2.9, 2.13 y 2.1.3 relacionadas en el estudio previo elaborado en el proceso de selección de contratación directa que condujo a la celebración de este contrato; lo cual se estima entonces sólo de manera parcial, en la medida en que si bien no fueron cumplidas el 100% de las obligaciones contractuales establecidas como ya se mencionó anteriormente, si fueron presentadas a la supervisión un porcentaje mayor de ejecución del contrato, consideración ésta que será tenida en cuenta al momento de establecer la proporción de la cláusula penal a imponerse por parte del SENA, pues se itera, que el interesado no logró acreditar y/o probar la existencia de alguna causal de exoneración de responsabilidad como excusa razonable del incumplimiento que se le imputa.

DE LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA

La cláusula penal al tenor de lo dispuesto en el artículo 1592[4] del Código Civil, constituye una estimación anticipada de perjuicios por el incumplimiento total o parcial de la obligación contractual, según se haya pactado en el contrato. Tales cláusulas ,según la doctrina y la jurisprudencia, además de la lectura del artículo 1594[5] ibidem, han sido clasificadas en "compensatorias", cuando lo que se pretende con ellas es precisamente compensar los perjuicios derivados del incumplimiento, permitiendo al contratante cumplido pedir el pago de la pena o de la obligación principal según sea el caso, pero nunca las dos, y clausulas penales "de garantía", las cuales buscan simplemente pagar anticipadamente los perjuicios que pudieran derivarse del incumplimiento, y son compatibles con la exigencia de cumplimiento de la obligación principal. En todo caso, ante la indeterminación expresa de la cláusula pactada, se entenderá que corresponde a la penal compensatoria.

Para dichos efectos menester resulta traer a colación lo expuesto por el Honorable Consejo de Estado - Sala De Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, en concepto Radicación N° 1.746 del veinticinco (25) de mayo de dos mil seis (2006), en el cual estableció lo siguiente respecto a la definición y clasificación de la cláusula penal.[6]

Así mismo, citamos al profesor Hernando Morales Molina, quien explica las anteriores afirmaciones en estos términos:

181. LA: CLÁUSULA PENAL. "..."

---

[4] *ARTICULO 1592. <DEFINICIÓN DE CLÁUSULA PENAL>. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.*

[5] *ARTICULO 1594. <TRATAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL Y DE LA PENA POR MORA>. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.*

[6] "Es necesario recordar que las cláusulas penales son una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. La ley le permite a las partes, que al margen de sus mandatos, incluyan algunas estipulaciones en los contratos con estas finalidades, las que se conocen como cláusulas penales. La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, se ha referido a ellas, y por ser explicativa de los temas que se analizan, se Transcribe el siguiente párrafo, a saber:

"Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de fas daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro de/juicio respectivo, toda vez que" como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal á facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para le pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato" (Sentencia del 23 de mayo de 1996, Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo. Expediente N° 4607).

"Esta norma (artículo 1594 del c. c. implica: a) Que antes de la mora del deudor puede el acreedor demandar el cumplimiento de la obligación principal, si fuere exigible, pues opera la regla general de la exigibilidad para ejecutar; b) Que después de la mora, que es indispensable para cobrar perjuicios, el ;acreedor no puede pedir al tiempo la obligación principal y la cláusula penal, `sino una u otra, pues se cobraría dos veces la obligación, o sea en su objeto inicial y en su equivalente en dinero, salvo: 1. Que se trate de cláusula penal moratoria y no compensatoria; 2. Que se haya estipulado la compatibilidad entre la pena y la obligación principal, o sea que aquella sea mera garantía."

"Este principio se halla implícitamente reiterado en los artículos 493, 495 y 504 del Código de Procedimiento Civil que autorizan en obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, jurar los perjuicios nacidos del incumplimiento de la obligación, "si no figuran en el título ejecutivo", lo que a contrario significa que la orden de pago debe comprender los perjuicios compensatorios o moratorios que obren en dicho título, o sea la cláusula penal pactada conforme al artículo 1592 del Código Civil, que como dicen los autores de derecho civil, constituye el avalúo hecho por las partes de los perjuicios a que pueda dar lugar la inejecución (perjuicios compensatorios) o el retardo en la ejecución (perjuicios compensatorios) de la obligación. Figuran también en el título ejecutivo los perjuicios, sea que así se denominen, o que se hable de multa, o que se trate de arras penales como adelante se verá."

"Luego, si el deudor ha sido constituido en mora de cumplir la obligación principal mediante requerimiento (art. 1595), lo cual se necesita aunque haya plazo vencido (art. 1608, núm. 1, inc. Final), la cláusula penal compensatoria o moratoria debe ordenarse pagar en el auto ejecutivo, poro si se persigue la obligación principal basta su exigibilidad (salvo en las obligaciones de hacer que en todo caso requieren la mora) pare que sea ejercitable, aunque sin el aditamento de la cláusula penal moratoria, en su caso."

"Que la cláusula penal se presume compensatoria, excepto que las partes digan otra cosa, lo explica la Corte así: 'Cuando por el convenio de las partes aparece que la pena tiende a reemplazar la ejecución de la prestación en forma principal y se debe en el momento de la inejecución, entonces quien esto estipula provee a conseguir una indemnización que lo habrá de compensar totalmente' (G.J. N° 1933, p. 123)."

Así pues, en virtud de lo dispuesto de manera armónica por el aparte precitado y los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, encontramos que, para la imposición de la cláusula penal derivada de un contrato estatal, resulta necesario verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se pacte expresamente en el contrato, salvo que se trate de un contrato en el cual las cláusulas excepcionales se entienden incorporadas.

2. Que el contrato en el cual se haya pactado corresponda a uno de aquellos en que las cláusulas excepcionales son obligatorias o facultativas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 80 de 1993.

3. Que sean determinadas o determinables, es decir, que se establezca el valor de las mismas o que sea determinable, porque no puede quedar al arbitrio de la entidad establecer su monto.

4. Que se presente un incumplimiento contractual respecto a la obligación principal.

5. Que su finalidad sea la de estimar anticipadamente los perjuicios que se puedan derivar por el incumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales.

6. Y que su imposición, esté precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista, el cual se encuentra actualmente establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y en el manual de contratación administrativa vigente.

Visto lo anterior, procede la Subdirección del Centro a determinar, que se encuentran reunidos los elementos antes señalados para efectos de la imposición de la correspondiente cláusula penal en el presente asunto, toda vez que:

1. Se evidencia que esta cláusula en su tipología pecuniaria se encuentra expresamente contenida en el contrato de prestación de servicios No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021 suscrito entre el SENA y Rubén Darío Montoya Ovalle, según se puede leer en la cláusula quinta, la cual dispuso ***CLÁUSULA QUINTA - CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA:*** *Se fija como cláusula penal pecuniaria la suma equivalente hasta el diez por ciento (10%) del valor total del contrato, independientemente de la indemnización plena de los perjuicios a que hubiere lugar, en caso de incumplimiento parcial o total del contrato por parte de EL CONTRATISTA, la cual pagará a EL SENA sin necesidad de requerimiento judicial, en un término no mayor de veinte (20) días a partir de la fecha en que se declare el incumplimiento. Para hacerla efectiva se seguirá el procedimiento establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, 86 de la Ley 1474 de 2011 y 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015.*

2. El contrato fue celebrado dentro del marco del Estatuto General de la contratación pública colombiana a través de la plataforma SECOPII.

3. Se encuentra fijada en el equivalente en pesos al 10% del valor total del contrato, cuya cuantía total asciende actualmente a la suma total de TRES MILLONES SETENTA MIL PESOS ($3.070.000,oo=) M/CTE.

4. Se encuentra configurado un incumplimiento parcial a las obligaciones específicas contenidas en los numerales 2.4, 2.5, 2.9, 2.13 y 2.1.3 de los estudios previos que se elaboraron y publicaron dentro del proceso de selección que resultó en la suscripción del contrato de Prestación de Servicios No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021, en todo caso imputable a la contratista, sin que se hubiera acreditado causal de exoneración de responsabilidad.

5. La cláusula penal contenida en el contrato tiene por finalidad, la de establecer de manera anticipada los perjuicios que pudiese padecer la Entidad, habida cuenta de un eventual incumplimiento obligacional por parte de su co-contratante. Y,

6. Se encuentra acreditado el respeto al debido proceso que le asiste al contratista, conforme lo señalado por el Artículo 29 Superior[7] en concordancia con lo dispuesto

[7] *ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*
Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él. o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y

por el Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007[8]. Muestra de ello es que el desarrollo del presente trámite, se ha dado conforme las reglas establecidas en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en virtud del cual, al señor Montoya Ovalle se le ha garantizado su derecho de contradicción y defensa.

Para establecer la proporcionalidad de la imposición de la sanción, la Subdirección tiene como base lo establecido por el artículo 1596 del CC[9], así como también los pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado, verbi gracia la sentencia de noviembre 13 del año 2008[10] mediante la cual el alto tribunal se refirió al tema de la graduación de este tipo de sanciones en los siguientes términos:

> *"INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Graduación de cláusula penal pecuniaria / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Graduación. Criterios / GRADUACION DE LA CLAUSULA PENAL - Régimen aplicable*
>
> *Se debe tener presente que el decreto-ley 222 de 1983 -al igual que hoy acontece con la Ley 1150 de 2007-, facultaron a las entidades públicas para que -previo pacto- impusieran y ejecutaran la cláusula penal pecuniaria frente a sus contratistas -al verificar un incumplimiento contractual-. Pero es necesario considerar, igualmente, que la normatividad -arts. 1596 del CC y 867 Co de Co.-, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, han dispuesto y analizado la posibilidad de graduar -disminuyendo y aumentando dicha cláusula. De allí que, si el contratista afectado con la imposición de la cláusula penal considera que el monto establecido por tal concepto es excesivo, injusto o desproporcionado, puede acudir al juez para que revise la decisión administrativa. Ahora bien, en consideración a lo analizado, señala la*

---

a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

[8] *ARTICULO 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 la ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese Previsto la competencia de las entidades a las para imponerlas y hacerlas efectivas.

[9] *ARTICULO 1595. REBAJA DE PENA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el* acreedor *acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de le obligación principal.*

[10] *CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA; Consejero ponente: ENRIQUE GIL* BOTERO. *Bogotá D. C., noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008). Radicación número: 68001-23-31-000-1995-02081-01(17009). Actor: CLAVIJA DELGADO INGENIEROS VILES ASOCIADOS LTDA. Demandado: AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA. Referencia: CLON SENTENCIA - CONTRACTUAL*

normatividad vigente en la época de los hechos, así como la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, que con base en el principio de proporcionalidad y en el criterio auxiliar de la equidad, si el juez verifica que el contratista cumplió, efectivamente, parte del objeto estipulado en el contrato, y que este, además, fue aceptado por la entidad contratante, puede disminuir la sanción penal en proporción al porcentaje de obra ejecutada. Partiendo de lo anterior, es necesario que el juez, además de estos aspectos, analice lo concerniente al cumplimiento del contrato a partir del porcentaje de obra ejecutado, y recibido por esta. No obstante, tratándose de obligaciones indivisibles, según se acaba de indicar, es ilógico que el contratista solicite la disminución de la cláusula penal impuesta, pues la naturaleza misma de las obligaciones lo impide, salvo aceptación de la entidad estatal de la parte ejecutada. ***En este sentido, los aspectos que debe analizar el juez frente a la solicitud de disminución del monto de la cláusula penal pecuniaria, considerando que dicho análisis se realiza conforme a los postulados del principio de proporcionalidad y el criterio auxiliar de la equidad son: 1) el porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista, y II) si la entidad pública contratante recibió esta parte del objeto contractual.***

Según se dijo, el contrato se rige por el decreto-ley 222 de 1983, norma que, por lo demás, no reguló en forma particular lo concerniente a la disminución de la *cláusula penal pecuniaria, de manera que, tal como lo ha hecho la Sala en otras ocasiones, es posible acudir al derecho civil y al comercial, para efectos de aplicar sus normas. No obstante, resulta que estos dos ordenamientos regulan, aunque de manera muy parecida -pero no idéntica-, la cláusula penal pecuniaria, de manera que se debe definir, concretamente, a cuál de los dos se hará la remisión, para efectos de concretar el análisis del tema. La Sala acudirá a la regulación contenida en el art. 867 de la normatividad comercial, en consideración a que el contratista, conforme a los artículos 10* y 20.15 *del Código de Comercio, es un comerciante, y por tanto le es aplicable lo dispuesto en el mismo. Ahora bien, considerando conforme al artículo 867 del Código de Comercio- que en el proceso se acreditó e/ incumplimiento del objeto del contrato -sólo se ejecutó el 38.77% de su alcance-, no obstante, lo cual la entidad aceptó la entrega de esta parte, se deberá confirmar* la *decisión* del *a quo, en lo relacionado con la disminución de la cláusula penal en el 38.77%. Por esta razón, el aspecto de la sentencia del a quo con el cual está inconforme la parte demandada se confirmará - esto es, la reducción del monto de la sanción-, pues los antecedentes jurisprudenciales de esta Sección, sumado a la claridad de las normas que regulan la materia, enseñan que,* ***efectivamente, en caso de incumplimiento de un contrato, que contiene la cláusula penal, no necesariamente se*** **debe** ***imponer el valor total de la pena pactada, sino una suma proporcional, siempre que se hubiese ejecutado parte del contrato.*** *Nota de Relatoría: Sobre INTERESES MORATORIOS EN EL CODIGO DE COMERCIO: Sentencia de mayo 13 de 1988; Sentencia de* 18 de *octubre de 2007. Exp. 15.* 756" (Negrilla propia).

Conforme a lo anterior, la Subdirección del Centro de Comercio y Turismo Regional Quindío, aplicando el criterio de proporcionalidad y la graduación de la Cláusula Penal Pecuniaria conforme las situaciones que fueron objeto de probanza al interior del presente asunto, procede a su tasación al tenor de lo reglado en el acto sinalagmático, así:

Guarismos a tener en cuenta para la correspondiente graduación:

La suma de $ 30.700.000,00 COP, corresponde al 100% del compromiso contractual.

$23´900.000 (Ejecutado al mes de septiembre 2021) = Porcentaje cumplimiento = 77,85%

Valor Clausula Penal X porcentaje de cumplimiento = descuento clausula penal

RESOLUCIÓN No. 63 - 02078 DE 2021

"Por la cual se declara el incumplimiento parcial del Contrato de Prestación de servicios No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021 celebrado en el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Rubén Darío Montoya Ovalle y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

$3.070.000 x 77,85% = $2´390.000 Valor a descontar de la cláusula penal

$3.070.000 - $2´390.000= $680.000

Que del contendido del presente acto administrativo se da lectura integral al reanudarse la audiencia iniciada el 20 de diciembre de 2021, y se notifica en estrados, informándoles que contra la misma procede el recurso de reposición, que debe presentarse y sustentarse en esta misma audiencia, para proceder a decidirlo dentro de los 20 días hábiles siguientes, conforme lo establece el manual de contratación administrativa vigente.

Hacen parte integral de la presente resolución, las actas de asistencia de la audiencia.

Que, en virtud de lo anterior, el Subdirector del Centro de Comercio y Turismo del SENA Regional Quindío,

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Declarar el incumplimiento parcial de la ejecución de las obligaciones del contrato de prestación de servicios No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021, ejecutado por el señor Rubén Darío Montoya Ovalle, identificado con cédula de ciudadanía número 18462713, de conformidad con lo expuesto en el presente acto administrativo, cuyo cumplimiento está amparado por la póliza de seguro No. 2873738-1 expedida por Suramericana.

ARTICULO 2°. Como consecuencia de la declaración anterior, entiéndase la misma constitutiva de siniestro de incumplimiento.

ARTICULO 3°. Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria establecida en la cláusula quinta del documento adicional denominado "minuta contractual" del contrato de prestación de servicios No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021, en favor del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, que ascendería a la suma de TRES MILLONES SETENTA MIL PESOS ($30.070.000,oo=) M/CTE; sin embargo, tratándose de un incumplimiento parcial y aplicando el criterio de proporcionalidad y/o la graduación de la Cláusula Penal Pecuniaria conforme las situaciones que fueron objeto de probanza al interior del presente asunto, su tasación se fija en la suma de SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS ($680.000,oo=) M/CTE, la cual será compensada con la sumas de dinero correspondiente a los honorarios del mes de octubre de 2021.

PARRAGRAFO: Como quiera que con el dinero que actualmente se tiene sin cancelar a favor del contratista es suficiente para cubrir este valor, no es necesario ordenar que el mismo sea cubierto por el garante, esto es, la compañía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., con cargo a la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales Nro. 2873738-1, de acuerdo con lo establecido en el artículo.1079 del Código de Comercio.

ARTÍCULO 4°. En firme el presente acto administrativo, publíquese en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOPII y comuníquese a la Procuraduría General de la

RESOLUCIÓN No. 63 - 02078 DE 2021

"Por la cual se declara el incumplimiento parcial del Contrato de Prestación de servicios No. CO1.PCCNTR.2189419 del año 2021 celebrado en el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Rubén Darío Montoya Ovalle y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

Nación, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto 019 de 2012.

ARTÍCULO 5°. Contra el presente acto administrativo procede recurso de reposición, que deberá interponerse, sustentarse y decidirse conforme a lo señalado en el literal c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y en el manual de contratación administrativa vigente para la Entidad.

ARTÍCULO 6°. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su notificación, la cual se surte en estrados el día de hoy 28 de diciembre de 2021, en el curso de la presente audiencia.

Dado en Armenia Quindío, a los veintiocho (28) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021).- 28 DIC. 2021

César Augusto Ospina P.

César Augusto Ospina Puertas
Subdirector Centro de Comercio y Turismo
SENA Regional Quindío

Proyectó: Isabel Lezama
Abogada Contratista

Vo. Bo.: Colaboradores grupo gestión contractual CCyT