RESOLUCIÓN No. 68 - 00080 DE 2025

""“Por la cual se declara un incumplimiento contractual y se hace efectiva la cláusula penal”

LA SUBDIRECTORA (E) DEL CENTRO AGROTURÍSTICO, SENA REGIONAL SANTANDER

En ejercicio de las facultades legales y reglamentarias, en especial las que le confieren, entre otros, los numerales 1° y 2° del artículo 4 y el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015 y las conferidas por el director general de la entidad, mediante Resolución No. 1-03174 del 4 de diciembre del 2024; acta de posesión 651 del 4 de diciembre del 2024 y,

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Que los artículos 209 de la Constitución Política y 3° de la Ley 1437 de 2011 disponen que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Que, en ese mismo sentido, el artículo 3.° de la Ley 80 de 1993 consagra los fines de la contratación estatal, los cuales están orientados al 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 con ellas en la consecución de dichos fines.

Que el SENA Centro Agroturístico, realizó la publicación del proceso SASI-RS-CA-001-2024 DE 2024, con el fin de suministrar de materiales de formación y otros bienes de características técnicas Uniformes para el Centro Agroturístico del Sena Regional Santander vigencia 2024.

Que el día 14 de junio de 2024, a las 3:28 PM, se recibió la propuesta del oferente MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS al proceso, conforme a lo establecido en el cronograma y el aviso de invitación pública.

Que, el día 20 de junio de 2024, el SENA Centro Agroturístico, publicó el informe preliminar de evaluación, en el cual se indicó que el oferente MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS debía subsanar.

Que el día 04 de julio de 2024, el SENA Centro Agroturístico, realizó la publicación del informe final de evaluación conforme a la documentación aportada dentro del término del traslado para la subsanación y observaciones al informe preliminar; concluyendo que el oferente MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS subsanó y cumplió con los requisitos habilitantes, por lo que el Comité Evaluador recomendó al Ordenador del Gasto la participación dentro de la subasta del proponente MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS con NIT 901218438-8, respecto de 7 lotes de los 12 publicados, por un valor de $369.675.392.

Que el 8 de julio de 2024, el SENA Centro Agroturístico publicó mediante secop II, el informe de la subasta electrónica, se dispuso que MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS, había realizado los lances ganadores en los lotes 5, 7 y 9, elementos de protección personal, turismo y ferretería, respectivamente.

Aunado a ello, el Centro Agroturístico, conforme lo lineado líneas arriba, procedió mediante acto administrativo Resolución 68-03081 de 2024 de fecha , Por la cual se adjudicó el proceso de contratación bajo la modalidad de selección abreviada por subasta inversa SASI-RS-CA-001-2024 en el Centro Agroturístico SENA Regional Santander, de los lotes 5, 7 y 9, elementos de protección personal, turismo y ferretería, respectivamente, a MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS, por un valor de ($80.962.567), ($17.953.804) y ($152.278.113), respectivamente.

Que el día 09 de julio de 2024, se creó el contrato CO1.PCCNTR.6509136 DE 2024 en la plataforma SECOP II, en el cual se estableció como plazo para la ejecución de este el día 30 de noviembre de 2024.

Que el día 17 de julio de 2024, la empresa MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS, realizó la aceptación del contrato por medio de la plataforma SECOP II, y el mismo fue aceptado por el SENA Centro Agroturístico el día 18 de julio de 2024.

Que el 17 de julio de 2024, el contratista MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS, cargó las garantías solicitadas en el contrato:

Cumplimiento del contrato, 30% del valor del contrato
Fecha de vigencia (desde) 09/07/2024
Fecha de vigencia (hasta) 31/05/2025

Calidad y correcto funcionamiento de los bienes, 30 % del valor del contrato
Fecha de vigencia (desde) 09/07/2024
Fecha de vigencia (hasta) 31/05/2025

Calidad del servicio, 30% del valor del contrato
Fecha de vigencia (desde) 09/07/2024
Fecha de vigencia (hasta) 31/05/2025

La póliza 465-47-994000010371 fue expedida el 17 de julio de 2024, por la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA a favor del Centro Agroturístico Regional Santander; esta fue aprobada por la Institución el día 19 de julio de 2024.

Durante su ejecución el contrato de suministro en mención contó con una modificación prorroga en tiempo, correspondiente a ampliación del plazo de trece (13) días, es decir, con fecha de terminación al 13 de diciembre de 2024.

Atendiendo a la modificación realizada la empresa MV SUMINISTROS INDUSTRIALES S.A.S., otorgó a favor del SENA, como garantía única de cumplimiento del contrato, la póliza No. 465-47-994000010371, anexo 1, expedida por la Compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA el 03 de diciembre de 2024, y con vigencia desde el 09 de julio de 2024 hasta el 13 de junio de 2025; por valor de cobertura de $226.075.035. Garantía aprobada por la entidad el 06 de diciembre de 2024.

2. MARCO CONCEPTUAL DE LA PRESENTE DECISIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA

Que la Ley 80 de 1993, en sus artículos 4 y 5, establecen que las entidades estatales, en cumplimiento de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a su cargo, exigirán a los contratistas la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, y estos, a su vez, colaborarán con las mismas, en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad, evitando las dilaciones que pudieran presentarse.

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 en el escenario contractual, 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 solo 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 de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y la Ley 80 de 1993, en desarrollo del principio del debido proceso 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, éstas tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Así mismo, podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 contempla el procedimiento que deberán seguir las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios de este, imponer las multas y las sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.

Que el artículo 2.2.1.2.3.1.19. del decreto 1082 de 2015, estipula: “(…) 3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros (…)”.

Que, sobre el ejercicio de potestad sancionatoria del Estado en materia Contractual, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido:

> *“En cuanto a la finalidad de la potestad sancionadora de la administración, la Corte Constitucional ha señalado que “(…) constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos.”*

De acuerdo con lo anterior, la imposición de sanciones contractuales, por parte de la administración, tiene naturaleza correctiva, pues pretende instar al obligado a cumplir los compromisos adquiridos. En este sentido, la Sala resalta la importancia histórica de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, pues en ella se sustenta la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad - figuras que el legislador ha estimado necesarias para alcanzar los objetivos del Estado. Pero, de igual forma, se recuerda que su correcto ejercicio exige observar el derecho al debido proceso, según se ha dicho en otras ocasiones. Así mismo hay que agregar, que se debe observar el principio de proporcionalidad, en el cual se debe apoyar el servidor público, y eventualmente el juez, para imponer una sanción”.

Que, en armonía con lo antes expuesto, la administración se ha servido de instrumentos jurídicos con el objetivo de dar cumplimiento al objeto y obligaciones pactadas con el contratista, lograr el desarrollo y satisfacción de los fines de la contratación pública y garantizar el cabal desenvolvimiento de sus actividades y funciones. Por ello, la legislación colombiana le ha otorgado tradicionalmente a las entidades públicas ciertas potestades, prerrogativas, poderes que le permiten estar en una situación de superioridad, prevalente y privilegiada, frente al particular contratista.

Que, dentro de esas prerrogativas legales se pueden enlistar, entre otras, la caducidad, la interpretación unilateral; la modificación unilateral; la cláusula de reversión y las cláusulas de multas y penal pecuniaria. Las dos últimas son manifestaciones de la llamada potestad sancionatoria de la Administración Pública que hace parte del género Ius Puniendi del Estado.

Que, en el ordenamiento jurídico colombiano, la consagración de la precitada potestad que tienen las entidades, en materia contractual, se encuentra determinada en los artículos 14 al 20 de la Ley 80 de 1993, armonizado con los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y articulo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que, frente al tema concreto de la cláusula penal, como sanción a imponer por parte del Estado, ha sido catalogadas por la doctrina, como aquellas que tienen un objetivo preventivo, y un fin de reparación del fin sufrido.

Que, en suma, la Administración Pública tiene la facultad de sancionar al contratista que no ha ejecutado o ejecutado tardía y/o defectuosamente el objeto y obligaciones pactadas en el contrato estatal, mediante la declaratoria de incumplimiento parcial o total, pudiendo imponer sanciones de orden pecuniario, tales como la cláusula penal pecuniaria y/o las multas.

3. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA PÚBLICA POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO No. CO1.PCCNTR.6509136 DE 2024

3.1. CITACIÓN A LOS CONVOCADOS, LITERAL A) DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011

Que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 491 de 2020, el SENA Centro Agroturístico, mediante comunicación por correo electrónico CPE No. 68-2-2024-019144 del viernes 27 de diciembre de 2024 y CPE No. 68-2-2024-019145 de la misma fecha se citó a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA NIT 860.524.654-6 y a la empresa MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS con NIT: 901.218.438-8 a audiencia que decide presunto incumplimiento contrato CO1.PCCNTR.6509136 DE 2024, cuyo objeto es el suministro de materiales de formación y otros bienes de características técnicas Uniformes para el Centro Agroturístico del Sena Regional Santander vigencia 2024, en dicha citación fueron relacionados los hechos que fundan el presunto incumplimiento, así como las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones eventualmente procedentes, programándose la realización de la respectiva audiencia sancionatoria para el 30 de diciembre de 2024, a la 9:00 a.m.

Ahora, como quiera que la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA NIT 860.524.654-6, a través de su apoderado debidamente reconocido mediante escritura pública 263, radicó solicitud de fijación de nueva fecha como quiera que no se había notificado a la persona encargada de la aseguradora, en ese sentido, con el fin de preservar en debida forma el derecho a la defensa y al debido proceso, se fijó nueva fecha para el día 17 de enero de 2025, a las 9:00 a.m.

3.2. INSTALACIÓN, REGISTRO DE ASISTENCIA Y ACREDITACIÓN

Siendo las 9:00 a.m. del 30 de diciembre de 2024, a través de la plataforma Microsoft Teams, con fundamento en lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Subdirectora y ordenadora del gasto del Centro Agroturístico del SENA, en ejercicio de las facultades conferidas entre otros, los numerales 1° y 2° del artículo 4 y el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015 y las conferidas por el director general de la entidad, mediante Resolución No. 1-03174 del 4 de diciembre del 2024; acta de posesión 651 del 4 de diciembre del 2023 e instaló la audiencia de presunto incumplimiento del Contrato CO1.PCCNTR.6509136 DE 2024.

Sin embargo, la aseguradora no se hizo presente a la diligencia, y con el fin de preservar el derecho a la defensa y al debido proceso, se señaló nueva fecha para el día 31 de diciembre de 2024, a las 9:00 a.m., del cual el contratista MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS, quedó notificado en estrados, y a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, se procedió a remitirle nuevamente comunicación electrónica mediante CPE No. 68-2-2024-019147 del lunes 30 de diciembre de 2024, a audiencia de presunto incumplimiento del contrato referido.

Por último, siendo las 9:15 a.m. del 17 de enero de 2025, a través de la plataforma Microsoft Teams, con fundamento en lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Subdirectora y ordenadora del gasto del Centro Agroturístico del SENA, en ejercicio de las facultades conferidas entre otros, los numerales 1° y 2° del artículo 4 y el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015 y las conferidas por el director general de la entidad, se instaló la audiencia de presunto incumplimiento del Contrato CO1.PCCNTR.6509136 DE 2024.

En representación del contratista MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS, compareció a la diligencia la señora Leidy Tatiana Sánchez Pérez, identificada con cédula de ciudadanía No. 1075226145, en su calidad de representante legal de la empresa y el apoderado designado para la presente audiencia doctor Javier Gelves, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.098.787.791, y T. P. 356.029 del C. S. de la J.

3.2.1. DESARROLLO DE LA ACTUACIÓN

Por parte de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, no hubo comparecencia, a pesar de que como ya se señaló, le fue remitida la citación en debida forma a sus canales oficiales.

Por parte del SENA – Centro Agroturístico estuvieron presentes la doctora Patricia Rodríguez Martínez, subdirectora del Centro Agroturístico, Johon Fredy Sanabria Muñoz, en calidad de Supervisor del Contrato, y Erick David Romero Velásquez, en calidad de abogado del Centro y miembro del grupo de gestión contractual.

PRESENTACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO, ENUNCIACIÓN DE NORMAS O CLÁUSULAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS Y CONSECUENCIAS QUE PODRÁN DERIVARSE PARA EL CONTRATISTA MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS.

Con el propósito de cumplir con el mandato del literal "b" del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Entidad presentó y enunció las circunstancias de hecho que motivaron la actuación, las cláusulas y normas presuntamente vulneradas, los documentos que se decretan como pruebas, y las posibles consecuencias que se pueden derivar para el contratista como resultado del proceso administrativo contractual.

Finalizado lo anterior, procedió a darle el uso de la palabra en su orden, al contratista y su acompañante jurídico, dejándose previsión, de que la compañía aseguradora no compareció a pesar de ser debidamente citada.

3.2.2. INTERVENCIÓN DEL CONTRATISTA

El señor Javier Gelves, apoderado designado por la representante legal de MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS, manifiesta que dará una primera impresión. Señala que inicialmente el no cumplimiento del contrato, se basa en que el año pasado, es decir, el año 2024, el sector ferretero u obra civil arcando el año fue trágico, pues no tuvieron contratos iniciando año.

Sin embargo, después de contratado el referido contrato con el SENA, nos ocurrió un embargo aplicado por la DIAN, referente a un incumplimiento que había ocurrido con ellos, no nos habían notificado, y teníamos unos dineros en cuentas bancarias las cuales fueron embargadas por la DIAN, lo que tratamos de hacer fue buscar recursos con terceros para cumplir con lo pactado con el SENA.

Por su parte, la señora representante legal**,** manifiesta que complementando lo señalado, quiere indicar que "*no quisimos desde un principio comentar ello, porque pensamos que el desembargo o levantamiento fuese más rápido, lo cual demoró más de un mes, lo que conllevo que se demorará inclusive la entrega de títulos, los dineros que teníamos en las cuentas bancarias, para poder dar cumplimiento con lo pactado. Siempre quisimos cumplir, con el fin de evitar reprocesos, hicimos nuestras diligencias, pero lastimosamente aun no podíamos por falta de recursos o recursos disponibles. En su oportunidad pusimos en contexto al SENA, sobre el embargo, sin embargo, no fue posible por las demoras judiciales poder cumplir con el contrato." "Adicionalmente, cuando ya logramos salir de estas situaciones y normalizar el tema, inclusive hubo una mayor entrega en ese periodo, pero no se pudo cumplir con el total, y se les propuso cumplir con el total el día 13 de diciembre de 2024, inclusive teníamos la voluntad y disposición de cumplir; se le dispuso al supervisor dejando algo en garantía para poder cumplir el 100 %. Yo tengo los soportes del embargo, los cuales puedo aportar. Y procedió aportar las siguientes pruebas: 2 Certificaciones de Bancolombia y banco de Bogotá, donde figura que las cuentas estaban embargadas; 1 Pantallazo vía WhatsApp con un funcionario de la DIAN, donde manifestaba del levantamiento del embargo por parte de la DIAN; y constancia de devolución de títulos del Banco Agrario de Colombia."*

Asu vez, manifiesta el apoderado del contratista MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS, que no fueron circunstancias imprevisibles, porque fueron embargadas las cuentas bancarias del contratista, debido a ello, fue imposible cumplir, sin embargo, MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS, tienen el compromiso de cumplir. Inclusive, la entidad si nos brinda una prórroga para que el contratista, pueda cumplir o terminar de ejecutar lo faltante.

Solicitarles, que no se trata de que haya mala conducta del contratista; pues claramente el contratista está dispuesto a cumplir en no menos de 15 días para cumplir con la totalidad y la necesidad de la entidad.; si se pudiere imponer simplemente una multa, para que en la mayor brevedad posible poder solucionar este inconveniente tanto para el Sena como el contratista.

3.2.3. INTERVENCIÓN DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, EN CALIDAD DE GARANTE

Como ya se señaló, por parte de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, no hubo comparecencia, a pesar de que le fue remitida la citación en debida forma a sus canales oficiales, y se le reconoció personería jurídica al apoderado doctor Diego Enrique Pérez Cadena, conforme lo dispuesto mediante escritura pública; pero una vez instalada nunca se conectó a pesar de haberse esperado y dispuesto en cualquier momento su conexión.

3.2.4. SUSPENSIÓN

Una vez terminada la intervención de la entidad, y luego del análisis de los hechos, normas presuntamente violadas, y demás tramite dispuesto del art. 86 de la Ley 1474 de 2011, en aras que el contratista pudiese aportar y controvertir pruebas y valorar en debida forma los descargos, la entidad suspendió por el término de una hora la diligencia fijándose como hora de reanudación el mismo 17 de enero de 2025, a las 11:30 a.m., y posterior, lectura de la decisión para la lectura de la decisión.

3.3. PRIMERA REANUDACIÓN DE LA AUDIENCIA

Siendo el día 17 de enero de 2025, de conformidad con lo anunciado en audiencia; la subdirectora y ordenadora del gasto del SENA Centro Agroturístico, procedió a reanudar la audiencia en el marco de la actuación administrativa sancionatoria por el presunto incumplimiento del contrato CO1.PCCNTR.6509136 DE 2024 con la verificación de la asistencia.

En este punto de la Audiencia se procedió a leer el presente acto administrativo, con el propósito de exponer la decisión adoptada por la Entidad.

4. DECISIÓN

4.1. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1.1. COMPETENCIA, PROCEDIMIENTO Y RÉGIMEN

Para determinar la competencia, procedimiento y el régimen aplicable en materia sancionatoria dentro de la actividad contractual, es preciso comenzar por señalar que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y demás normas concordantes, le fijan a la ordenadora del gasto la competencia para determinar si el contratista incurrió en un incumplimiento, es responsable de ello, y por lo mismo, debe ser sancionado con caducidad, multado o con la cláusula penal pecuniaria, tasando para ello los perjuicios causados, todo esto, conforme con lo pactado en el contrato.

En cuanto al procedimiento a seguirse, el citado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, dispone que el asunto deberá tramitarse siguiendo las formalidades y oralidad allí referida, asunto que corrobora el parágrafo del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, al señalar que “Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.”.

En forma complementaria, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública) también plantea que “En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código General del Proceso. Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

En relación con el contrato estatal, entendido como tal el acuerdo de voluntades generador de obligaciones que celebre cualquier entidad a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, previsto en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo se indican en el artículo 32 de la citada Ley, es preciso mencionar que la Ley 80 de 1993, en su artículo 13, prevé que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley. En las materias no reguladas por las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y demás normas que las modifiquen, adicionen o deroguen, se aplicará la legislación comercial cuando el contrato tenga el carácter de mercantil de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 20, 21 y 22 del Código de Comercio. En caso contrario se aplicará la legislación civil.

Frente a las posibles consecuencias del incumplimiento contractual, en caso de no ejecutarse o retardarse las obligaciones, se encuentra la aplicación de multas para conminar al deudor a cumplir, o la declaratoria del incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato -o la aplicación de las cláusulas excepcionales, cuando es procedente-, según se desprende del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Finalmente, corresponde a la subdirectora y ordenadora del gasto del SENA - Centro Agroturístico adoptar la decisión que ahora se profiere, acorde con la legislación en cita y teniendo en cuenta los supuestos de hecho, de derecho y las pruebas que obran sobre el caso.

4.1.2. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

En cuanto a la cláusula penal es menester resaltar que tiene una doble naturaleza jurídica, en tanto se trata de una tasación anticipada de perjuicios que se impone como sanción por un incumplimiento de las obligaciones. En efecto, en materia de contratación pública, la eficacia de esta cláusula no es otra que una sanción de naturaleza administrativa que deviene como consecuencia del incumplimiento real y cierto de las obligaciones contractuales; que para que proceda tiene que haber sido previamente convenida por las partes y hacerse efectiva antes del vencimiento del término para liquidar el contrato.

En el contrato CO1.PCCNTR.6509136 DE 2024 celebrado entre el SENA – Centro Agroturístico y MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS, las partes pactaron lo siguiente:

> *"CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: Si EL CONTRATISTA no diere cumplimiento en forma total o parcial al objeto o a las obligaciones emanadas del contrato, pagará al SENA hasta el diez por ciento (10%) del valor total del mismo, como estimación anticipada de perjuicios, sin que lo anterior sea óbice para que se realice la reclamación de los perjuicios a que haya lugar, para tal efecto se dará aplicación al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011."*

Por tanto, se acredita el primer requisito para hacer efectiva la cláusula penal por parte del SENA – Centro Agroturístico en caso de incumplimiento de las obligaciones, y es que la misma haya sido pactada en el contrato. Así mismo, se resalta, el SENA se encuentra dentro del término para hacer efectiva la cláusula penal, habiendo transcurrido 33 días desde el vencimiento del contrato. Por tanto, queda acreditado el segundo requisito para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, por encontrase dentro del límite temporal.

4.1.3. INCUMPLIMIENTO E IMPUTACIÓN

En el contrato electrónico se estableció que el plazo de ejecución del presente contrato "*será hasta el quince (13) de diciembre de 2024 contados a partir del cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento, legalización y ejecución del contrato o aceptación de la oferta (expedición de registro presupuestal y aprobación de garantías) sin exceder la vigencia fiscal 2024".*

Así mismo, dentro de las obligaciones contractuales, se estableció que debía "*Ejecutar el objeto del contrato en las condiciones de calidad, oportunidad y en cumplimiento de las obligaciones definidas en los documentos del proceso de contratación"; "Realizar la entrega de los materiales de formación, bienes y otros insumos según programación acordada con el supervisor del contrato. Los materiales y/o bienes se deben entregar máximo cinco (5) días calendario posteriores a la solicitud que se realice por parte del supervisor del contrato."*

Se señala que, en la carta de presentación de la propuesta, el contratista manifestó en reiteradas ocasiones que conocía su responsabilidad frente a todas las condiciones descritas en los estudios previos: las especificaciones técnicas, los términos y plazos y que se comprometía a dar cumplimiento conforme a ello, léase: “*4. Reconocemos la responsabilidad que nos concierne en el sentido de conocer técnicamente las características de los bienes y servicios descritos en el presente proceso contractual y sus requisitos técnicos mínimos y en los demás apartes del pliego de condiciones y demás documentos del proceso, y asumimos la responsabilidad derivada de la obligación de haber realizado todas las evaluaciones e indagaciones necesarias para presentar esta propuesta sobre la base de un examen cuidadoso de las características del negocio y por tanto nos comprometemos a proveer a LA ENTIDAD, en caso de resultar adjudicatarios del presente proceso, los servicios, bienes, coberturas y demás requisitos establecidos en el pliego de condiciones y demás documentos del proceso, en los términos, condiciones y plazos* requeridos.”

Así mismo, el proponente señaló en la presentación de su propuesta en Secop II que “sí” conocía el plazo de ejecución del contrato y que “sí” conocía las descripciones técnicas y obligaciones de los bienes a contratar.

Frente al incumplimiento parcial de las obligaciones, dentro de la actuación administrativa quedó plenamente demostrado, tanto con el informe del supervisor como en los mensajes de datos y con las afirmaciones del contratista en audiencia, que (i) no entregó los bienes en los tiempos y sitios señalados en los documentos del contrato; (ii) no solicitó al SENA los documentos de ingreso al almacén; (III) No asumió los costos de desplazamiento del personal del contratista para la entrega de los elementos y/o materiales; en definitiva, no cumplió con la entrega total de los materiales de formación para la formación práctica en el programa SENA de los lotes de turismo y ferretería del Centro Agroturístico Regional Santander; incumpliendo de este modo con el objeto del contrato.

Vale la pena destacar que el supervisor del contrato, mediante mensajes de datos, requirió y conminó al contratista, dentro del término de ejecución del contrato e incluso fuera del mismo, para que diera cabal cumplimiento a la totalidad de las obligaciones adquiridas con la SENA Centro Agroturístico.

En definitiva, el incumplimiento parcial del contrato sucedió al día siguiente en que finalizó el contrato, momento en el que consolidó la omisión por parte del contratista de cumplir con las prestaciones a las que se había comprometido con el SENA Centro Agroturístico.

El no cumplimiento cabal del contrato obedeció a la impericia del contratista al presentar una propuesta económica sin contar con los medios necesarios para cumplir con las obligaciones pactadas y en los tiempos establecidos.

No tiene asidero lo manifestado por el contratista a través de su representante legal, en el sentido de señalar que el no cumplimiento, obedece en primera medida a que no siempre quisieron cumplir, con el fin de evitar reprocesos, hicimos nuestras diligencias para el levantamiento de embargos aplicados a cuentas bancarias de la empresa, pero lastimosamente aun no podían por falta de recursos o recursos disponibles. En su oportunidad sostuvieron que al SENA Nonos pusieron en contexto, sobre el embargo, sin embargo, no fue posible por las demoras judiciales poder cumplir con el contrato; inclusive, el contratista debío advertirlo en el estudio de las condiciones del proceso, o abstenerse de presentar su propuesta en caso de que las condiciones del contrato no le fuera posible cumplirlas; atendiendo a que como lo ha señalado el Consejo de Estado, el contratista es el experto y conocedor del mercado y en su condición le corresponde advertir a la entidad ese tipo de situaciones. Así mismo, de persistir dichas inquietudes, debía señalarlo a la entidad con suficiente tiempo de anticipación que le permitiera cumplir dentro del tiempo establecido con la entrega de la totalidad de los bienes.

Así mismo, no se encuentra justificación, en señalar que se suscribió una prorroga al contrato en los últimos días de su ejecución; por cuanto, la prorroga es suscrita de forma consensuada entre el la entidad y el contratista quienes bajo la libre voluntad deciden aceptar o rechazar las modificaciones al contrato. En este sentido, la prorroga fue aceptada y suscrita con el pleno conocimiento de lo que implicaba y de las obligaciones que se comprometía a asumir.

Por lo anterior, el incumplimiento parcial del objeto del contrato por parte del contratista obedeció según las pruebas que obran en el expediente por su impericia y negligencia en el análisis de las condiciones del contrato, por lo que consecuentemente es responsable del incumplimiento del contrato CO1.PCCNTR.6509136 DE 2024.

Lo que se evidencia en este caso, es que el contratista teniendo pleno conocimiento de que el tiempo límite de entrega de los bienes era el 13 de diciembre de 2024, y conociendo cuáles eran los bienes y materiales de formación a entregar a los aprendices, decidió presentar su propuesta sin observación alguna, subsanó lo necesario y suscribió el contrato; por tanto, señalar que por el embargo aplicado a cuentas bancarias, no fue suficiente no es más que la falta de planeación y rigurosidad al momento de ejecutar el contrato, pues los documentos aportados como certificaciones bancarias, se observan que estos obedecieron al mes de septiembre en adelante, y el inició del contrato fue desde finales del mes de julio de 2024, inclusive, en su oportunidad, donde debió advertir que no tenía la capacidad de ejecutarlo. Es profusa ya la postura del Consejo de Estado en donde señala que al proponente le asiste el deber de abstenerse de firmar un contrato que no podrá cumplir a cabalidad, así como abstenerse de firmar adiciones que no podrá cumplir; responsabilidad que recae exclusivamente sobre el contratista.

Por lo tanto, el SENA Centro Agroturístico concluye en el sub examine, que el contratista no desvirtuó los hechos constitutivos de incumplimiento contractual ventilados dentro del presente procedimiento administrativo sancionatorio contractual, pues, al acervo probatorio de la actuación, no allegaron prueba o evidencia alguna que diera cuenta de la ejecución en los términos y condiciones pactadas desde el inicio del contrato ni sustentaron con prueba alguna la existencia de una causal eximente de responsabilidad.

En ese orden, es claro que, al no ser desvirtuados los argumentos concluyentes de incumplimiento sostenidos por el SENA Centro Agroturístico y al evidenciarse, con suficiente claridad, la no entrega en los tiempos establecidos de la totalidad de los bienes pactados, a cargo del contratista MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS dentro del plazo contractual convenido, resulta procedente la declaratoria de incumplimiento del contrato CO1.PCCNTR.6509136 DE 2024 y la imposición de las sanciones correspondientes.

4.1.4. DOSIMETRÍA Y PROPORCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

De forma inicial, vale la pena señalar que el SENA – Centro Agroturístico, no está obligado a demostrar los perjuicios del incumplimiento cuando pretende hacer efectiva la cláusula penal, puesto que la misma, y así lo ha dejado claro el Consejo de Estado, es una anticipada estimación de los perjuicios causados por el incumplimiento parcial o total del contrato, al manifestar que:

> *Es por eso que la norma acusada dice que se hará efectiva la cláusula penal o se calculará el monto del perjuicio, es decir: lo uno o lo otro. Si hay cláusula penal, no habrá lugar a efectuar el referido cálculo. Y así mismo, que la entidad procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, lo que significa que, si esta última existe, no será procedente la cuantificación mencionada¨*[1]

Igualmente, el alto tribunal manifestó:

> *"cuando la cláusula penal se fija como instrumento de cuantificación adelantada de los perjuicios desencadenados por el incumplimiento, al afectado no le asistirá la carga de acreditar su ocurrencia y su cuantía, en tanto es precisamente el beneficio que se origina en su pacto antelado"*[2]*;*

Sin embargo, en cuanto a la dosimetría de la cláusula penal, aun cuando la misma es por naturaleza una tasación anticipada de perjuicios, en el evento de considerarse excesiva o desproporcionada, el juez tiene competencia, previo juicio de proporcionalidad, para reducir la cláusula penal desproporcionada en virtud de los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio[3]. A esto se suma que el artículo 1596 del Código Civil indica que cuando el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal, tendrá derecho para que rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.

Así las cosas, y ante la necesidad de realizar una ponderación respecto del monto aplicable de la cláusula penal, es necesario manifestar que la misma no se puede realizar mediante un método netamente económico, en tanto a través de la contratación pública se materializa en gran medida el cumplimiento de los fines del Estado, es decir que, los negocios que realiza la SENA Centro Agroturístico, no se miden principalmente en términos monetarios sino por la satisfacción de las necesidades que se suplen o los fines estatales que se logran a través del cumplimiento de los contratos.

En relación con la finalidad de los contratos estatales, ha dicho la doctrina que "(…) el motivo determinante es el fin que se trata de satisfacer o lograr, es decir, la mejor atención de las necesidades colectivas conforme a las normas que otorgan competencia al órgano administrativo que interviene en la emisión del acto o en la concertación del contrato. La finalidad, como elemento del contrato administrativo, consiste en el fin último que se persigue con él, esto es, el interés público, que no es genérico, ya que varía de uno a otro contrato según el fin particular a que responde cada uno, conforme a la ley"[4].

Y es precisamente esa finalidad de satisfacción del interés general, que se encuentra inmersa en toda contratación pública A la que, de manera directa o indirecta, se encuentra en riesgo en los negocios jurídicos celebrados por las entidades públicas, que, por lo tanto, están interesadas en lograr la obtención del bien o servicio de que se trate el contrato.

---

[1] CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de la Sección Tercera, C.P María Adriana Marin, exp 36600 de 2020.
[2] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. C.P Marta Nubia Velásquez Rico, exp 52549 de 2018
[3] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P Enrique Gil Botero, Exp 17009 de 2008.
[4] BERÇAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos, ediciones Depalma, Buenos Aires, 2da edición. Pág 292

El artículo 3 de la Ley 80 de 1993 advierte que las entidades públicas con los acuerdos de voluntades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos. Por su parte, los particulares colaboran con las entidades en la consecución de dichos fines.

Al respecto, vale la pena señalar que, en Sentencia[5] del 6 de febrero de 2020, el Consejo de Estado manifestó que es procedente aplicar el principio de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción sobre el monto o valor del contrato, concluyendo de este modo que no necesariamente debía hacerse sobre el monto máximo de la cláusula penal.

Sin embargo, quedó demostrado plenamente que el contratista incumplió parcialmente el objeto contractual, es decir, que el interés que tenía la Entidad en celebrar el contrato quedó parcialmente insatisfecho y el contratista no cumplió con la entrega total de los bienes muebles o materiales de formación que ofreció en el marco de la Invitación Pública No. SASI-RS-CA-001-2024 de 2024, de los lotes de turismo y ferretería.

En ese sentido, como quedó probado y no fue objeto de contradicción el valor del contrato CO1.PCCNTR.6509136 DE 2024, cuyo objeto consistió en "suministro de materiales de formación y otros bienes de características técnicas Uniformes para el Centro Agroturístico del Sena Regional Santander vigencia 2024.", es de Doscientos Cincuenta y Un Millones Ciento Noventa y Cuatro Mil Cuatrocientos Ochenta y Cuatro Pesos M/CTE (251.194.484,00 COP) Incluido IVA, costos directos e indirectos, sin embargo, lo referente a los lotes de turismo y ferretería ascendió a la suma de Ciento Setenta Millones Doscientos Treinta y Un Mil Novecientos Diecisiete Pesos ($170.231.917).

Atendiendo lo señalado, y como quiera que el contratista cumplió con aproximadamente con el 90% del valor total de los lotes contratados, se impondrá la cláusula penal, equivalente al 2%, sobre al valor del contrato, lo que equivale TRES MILLONES CUATROCIENTOS CUATRO MILSESISCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($3.404.638,34).

Finalmente, teniendo en consideración que el contratista no cumplió con la entrega De algunos de los ítems contratados y/o la totalidad de materiales de formación de los lotes de turismo y ferretería, la Entidad le debe por lo que se hace posible realizar la compensación de saldos, y para cubrir el valor de la cláusula penal, el mismo deberá ser asumido por la compañía garante, esto es, MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS, NIT 901.218.438-8, NIT 901.218.438-8 y representado legalmente por LEIDY TATIANA SANCHEZ PEREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.075.226.145.

Que, en mérito de lo anteriormente expuesto, la subdirectora (e) del Centro Agroturístico de la Regional Santander SENA,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento parcial respecto de los lotes de turismo y ferretería del contrato CO1.PCCNTR.6509136 DE 2024, celebrado entre el SENA CENTRO AGROTURÍSTICO REGIONAL SANTANDER y el contratista MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS, identificado con NIT 901.218.438-8, cuyo objeto consistía en "*suministro de materiales de formación y otros bienes de características técnicas Uniformes para el Centro Agroturístico del Sena Regional Santander vigencia 2024*.", por las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

[5] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, C.P Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia 25-000-23-36-000-2015-0268501(62826). 2020.

SEGUNDO: Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria de manera proporcional conforme lo ejecutado por el contratista, pactada en el contrato CO1.PCCNTR.6509136 DE 2024, en favor de EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA REGIONAL SANTANDER GRUPO ADMINISTRATIVO CA, por la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS CUATRO MIL SESISCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($3.404.638,34), equivalente al 2% del valor del contrato de los lotes de turismo y ferretería, conforme con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución, suma que deberá ser pagada por MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS, identificado con NIT 901.218.438-8 y representada legalmente por LEIDY TATIANA SANCHEZ PEREZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.075.226.145.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR LA OCURRENCIA DEL SINIENTRO DE INCUMPLIMIENTO PARCIAL (lotes de turismo y ferretería) dentro del contrato CO1.PCCNTR.6509136 DE 2024, amparado en la póliza 465-47-994000010371 fue expedida el 17 de julio de 2024, expedida por ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, identificada con NIT 860.524.654-6, cuyo tomador es el contratista MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS, identificado con NIT 901.218.438-8, fungiendo como beneficiario y asegurado SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA REGIONAL SANTANDER CENTRO AGROTURISTICO. Lo anterior, con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, de acuerdo con lo expuesto en el presente acto.

CUARTO: La suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS CUATRO MILSESISCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($3.404.638,34)., deberá ser descontada de la suma pendiente por pagar a MV SUMINISTROS INDUSTRIALES SAS, para lo cual EL SENA podrá descontar y tomar dicho valor, una vez en firme la resolución que las impone, de cualquier suma que le adeude AL CONTRATISTA, sin perjuicio de que las haga efectivas conforme a la ley.

QUINTO: Atiéndase lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto 019 de 2012, en el sentido de que una vez ejecutoriados, se publicará en el SECOP II y se comunicará a la cámara de comercio. También se comunicará a la Procuraduría General de la Nación. Adicionalmente envíese copia de la presente actuación a la Contraloría general de la República y a la Fiscalía General de la Nación, en el caso de que alguna de las actuaciones del contratista implique el ejercicio de sus competencias.

SEXTO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

SEPTIMO: La presente decisión queda notificada a las partes en estrados, de conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

OCTAVO: Contra la presente decisión procede el recurso de reposición el cual podrá interponerse, sustentarse y decidirse en el curso de la audiencia pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Dada en San Gil, el **17 de enero de 2025**

Firmado digitalmente por Celia Patricia Rodríguez Martínez
Fecha: 2025.01.17 17:34:43 -05'00'

CELIA PATRICIA RODRIGUEZ MARTINEZ
Subdirectora (e) Centro Agroturístico

Revisó: Erick David Romero V. – Contratista Abogado