

Señores

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

John Albeiro Giraldo Londoño

Director (E) Regional Antioquia

RADICADO: 05-2-2024-002322
CONTRATISTA: UNIÓN TEMPORAL OUTSOURCING GIAF
ASEGURADORA: BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS S.A.
ENTIDAD: SENA
ASUNTO: DESCARGOS

GERARDO QUICENO GÓMEZ, mayor de edad y vecino de Pereira, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.088.337.912 expedida en Pereira, abogado con Tarjeta Profesional No. 338.018 del Consejo Superior de la Judicatura, apoderado sustituto de **BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS S.A. ("Berkley")**, presento descargos.

Solicito terminar y archivar el procedimiento administrativo sancionatorio por supuesto incumplimiento de la Orden de Compra No. 123256 de 2023 (la "Orden"), sin sanción para **Berkley** por la Póliza de cumplimiento nro. 73409 y la Póliza de responsabilidad civil nro. 21355 (las "Pólizas") ni para la **UNIÓN TEMPORAL OUTSOURCING GIAF** (la "UT") y, en subsidio, aplicar la compensación, con base en lo siguiente.

DESCARGOS

1. Violación al derecho de defensa

El martes 20 de febrero de 2024 a las 9:40 a. m., el **SENA** le notificó a **Berkley** la citación a la audiencia programada para el 23 de febrero de 2024 a partir de las 10:00 a. m. Luego de una solicitud de aplazamiento, la audiencia fue reprogramada para el jueves 7 de marzo de 2024 a partir de las 10:00 a. m. En derecho, esto corresponde a una notificación que otorgó inicialmente dos (2) días hábiles para preparar descargos, que fue ampliado a once (11) días.

Ese plazo viola gravemente el término de quince (15) días que ha fijado la jurisprudencia para procesos administrativos sancionatorios.

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 estableció un procedimiento administrativo sancionatorio especial para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Esta norma, sin embargo, no reguló extensivamente ese proceso especial.

Por ese motivo, el **Consejo de Estado** estableció con claridad, desde la **Sentencia del proceso 20738**, reiterada en jurisprudencia posterior, que los vacíos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se deben llenar con los artículos 47 a 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (“C.P.A.C.A.”) y, subsidiariamente, con las normas del procedimiento sancionatorio general:

*“debe sumarse la regulación hecha en el **artículo 86 de la Ley 1474 de 2011**, la cual establece un procedimiento administrativo especial para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, de forma tal que en la actualidad existe un cause procedimental para la declaratoria de caducidad. Aun así, **no se debe dejar de lado** que el nuevo código de procedimiento administrativo, a diferencia de lo que ocurría con el decreto 01 de 1984,*

establece un procedimiento administrativo sancionatorio, que si bien es cierto constituye una actuación administrativa especial tiene un carácter general para aquellas autoridades que tienen encomendadas la competencia de imponer sanciones ante la ocurrencia de infracciones administrativas. Lo anterior significa que, ante los vacíos o lagunas que se presenten en las actuaciones contractuales de carácter sancionatorio (...) la autoridad administrativa debe llenarlos, en primer lugar, con las disposiciones de la Ley 1437 de 2011 que regulan lo referente al procedimiento administrativo sancionatorio (artículos 47 a 52) y, sólo en aquellos eventos en los que las lagunas sigan presentándose, acudir al procedimiento administrativo general consagrado en el mismo cuerpo normativo"¹. (Subrayo y resalto).

Pues bien, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no dispone cuál debe ser el plazo que se le debe otorgar al contratista para presentar descargos. Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, se debe acudir a los artículos 47 a 52 del C.P.A.C.A. En concreto, el tercer inciso del artículo 47 del C.P.A.C.A. dispone que en los procedimientos administrativos sancionatorios los investigados tendrán **quince días** después de la notificación para presentar descargos y solicitar o aportar pruebas:

*"Artículo 47. (...) Los investigados podrán, dentro de los **quince (15) días** siguientes a la **notificación** de la formulación de cargos, presentar los **descargos** y solicitar o*

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. 22 de octubre de 2012. Rad. 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738). C.P. Enrique Gil Botero.

Sanabria Gómez Abogados S.A.S. Carrera 1 Este Nro. 72A 94 Ap. 501. Tel. 318 240 3563

*aportar las **pruebas** que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente".* (Subrayo y resalto).

Por lo anterior, **SENA** debe otorgar, por lo menos, quince (15) días hábiles para preparar la defensa, so pena de violar el debido proceso, la jurisprudencia del Consejo de Estado y el principio de legalidad.

Además, el artículo 228 de la Constitución Política establece que los términos legales son de obligatoria observancia y su incumplimiento será sancionado. Por su parte, el numeral 13 del artículo 3 del C.P.A.C.A. dispone que todos los procesos se adelantarán dentro de los "términos legales" y el artículo 117 del Código General del Proceso dispone que los términos son perentorios.

Por otra parte, el principio de legalidad del artículo 6 de la Constitución Política prevé que las autoridades solamente pueden hacer aquello que la ley les permite. Pues bien, no solo ninguna ley faculta al **SENA** para elegir el término de citación, sino que el artículo 47 del C.P.A.C.A. obliga a que el término sea de quince (15) días.

Además, la Ley 16 de 1972, que incorporó al derecho colombiano la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la "Convención"), establece en el artículo 8.1 lo siguiente:

*"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y **dentro de un plazo razonable**".* (Subrayo y resalto).

El artículo 1° de la Convención establece la obligación de respetar los derechos consagrados en ella. Este artículo dispone que: *“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”*.

A su turno, el artículo 29 de la Constitución Política establece, sobre las actuaciones administrativas, que el Estado debe velar por el cumplimiento de las garantías del debido proceso, puesto que *“el debido proceso se aplicará a todas las clases de actuaciones judiciales y administrativas”*. (Subrayo y resalto).

Particularmente, para el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Sentencia C-499 del 2015 de la Corte Constitucional señaló que el derecho a la defensa en este tipo de procesos implica que el proceso se lleve a cabo en un tiempo razonable, lo que significa evitar tanto una dilación injustificada como una precocidad violatoria de derechos fundamentales:

“5.2.2. Hacen parte de las antedichas garantías: (...) (iii) el derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; (...) (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables”. (Subrayo y resalto).

Todas estas fuentes del derecho fueron puestas en consideración del **SENA**, pero fueron desoídas, por lo que se incurrió en una violación seria al derecho a la defensa.

2. Inexistencia de incumplimiento

Concretamente, los siguientes supuestos incumplimientos están subsanados o ha habido avances importantes. Al respecto, enunciaré cada una de las obligaciones a cargo del contratista y que supuestamente fueron incumplidas, para luego indicar la forma como fueron ejecutadas y subsanadas.

2.1. Primera obligación supuestamente incumplida.

7.44. Entregar a la Entidad Compradora cuando se inicie la ejecución de la Orden de Compra, si esta lo requiere, la siguiente información del personal que prestará los servicios de aseo y cafetería, mantenimiento, y Servicio Especial: (i) hojas de vida; (ii) afiliaciones al Sistema de Seguridad Social Integral y ARL; y (iii) certificados de formación y acreditación de acuerdo con el Anexo 3 del pliego de condiciones.

El **SENA** indicó que el incumplimiento de **UT** se configuró pues tenía hasta el 9 de febrero de 2024 para remitir las bases de datos de los operarios. Sin embargo, la **UT** cumplió con dicha obligación el 7 de febrero de 2024, remitiendo por correo electrónico un DRIVE con las hojas de vida de los operarios, sus afiliaciones, el pago de la seguridad social y toda la información requerida por el **SENA** y a cargo del contratista.

2.2. Segunda obligación supuestamente incumplida.

7.60. Cumplir con los plazos establecidos en el Acuerdo Marco.

De acuerdo con el **SENA**, el supuesto incumplimiento de la **UT** se configuró porque al 18 de enero de 2024 no se encontraba la totalidad del personal laborando. Sin embargo, se advierte que, de acuerdo con el informe de supervisión, de 232 personas a contratar sólo faltaban 12 operarios; es decir, sobre ese aspecto hubo un cumplimiento del 95,7 % por parte de la **UT**.

Dicha situación se presentó porque algunos operarios no pasaron el periodo de selección, o no se presentaron a los exámenes, o no cumplían el proceso de selección y contratación. Aunado a ello, el **SENA** suministró el nombre de 203 operarios a contratar el día 28 de diciembre del 2023 y de esas personas resultaron los 12 operarios faltantes. Quiere decir ello que fue de la misma lista suministrada por el **SENA** que resultaron las 12 personas no idóneas para los respectivos cargos.

De un total de 203 personas recomendadas o sugeridas por el **SENA**, sólo pasaron el proceso de selección 146 personas. El resto de personal fue buscado y conseguido por **UT**. Es decir, el contratista buscó 85 personas para cubrir el total de 232 personas.

2.3. Tercera obligación supuestamente incumplida.

7.65. Mantener actualizadas las garantías según lo establecido en la Cláusula 16.

El **SENA** indicó que el contratista debía actualizar la garantía de responsabilidad civil extracontractual de acuerdo con la variación anual del salario mínimo. Sin embargo, conforme al Acuerdo Marco, la Cláusula 16 Garantía de Cumplimiento, indica que:

Los Proveedores deberán ampliar la garantía dentro de los TRES (3) DÍAS HÁBILES siguientes a la fecha en la que la Orden de Compra sea modificada, adicionada y/o prorrogada. La vigencia de la garantía debe ser ampliada por el plazo de la Orden de Compra cumpliendo las vigencias contempladas en la tabla anterior.

Como es claro, la modificación de las garantías sólo es procedente cuando la Orden sea modificada, adicionada o prorrogada y, para el caso concreto, esto no ha ocurrido.

El **SENA** no le ha notificado a **UT** la mutación de la Orden y, por lo tanto, **UT** no tiene obligación actual de modificar las garantías. De hecho, **UT** ha celebrado diversos contratos con el **SENA** a nivel nacional y en ninguno le han solicitado que modifique las garantías de forma unilateral pues, se recuerda, tal modificación sólo es procedente cuando se cambia la Orden.

2.4. Cuarta obligación supuestamente incumplida.

7.76. Cumplir las fechas de pago de los salarios de los operarios que prestan el Servicio Integral de Aseo y Cafetería en la Entidad Compradora, de acuerdo con lo acordado en el Acta de Inicio de la Orden de Compra.

El **SENA** manifestó que **UT** no pagó los salarios de los operarios relativos a enero de 2024 y que tenía como fecha límite el 7 de febrero de 2024. Sin embargo, esto no es cierto, pues el 21 de febrero de 2024 se logró efectuar el pago de enero de 2024 de todos los operarios vinculados para el **SENA**. Al respecto se logró dar cumplimiento a la obligación dentro de los nueve (9) días hábiles siguientes a la fecha límite. Es decir, el tiempo transcurrido fue muy corto.

Además de lo anterior, la forma como fueron pagados los salarios de los operarios se dio en las siguientes fechas:

Fechas de pago	No. Empleados	Banco
Febrero 5 /2024	5	Bco Bogotá
Febrero 12 /2024	111	Bancolombia
Febrero 14 /2024	28	Bancolombia
Febrero 16/2024	4	Bancolombia
Febrero 19/2024	63	BBVA
Febrero 19/2024	1	Bco Bogotá
Febrero 21/2024	2	Bancolombia

La situación anterior se presentó por causas externas y ajenas a **UT**, ya que hubo problemas con el sistema bancario, se rechazaron cuentas, se presentaron novedades con los trabajadores, varios trabajadores abrieron cuentas en entidades bancarias distintas a la dispuesta por **UT** y se registraron mal los documentos de identidad de los operarios.

2.5. Quinta y sexta obligación supuestamente incumplidas.

7.81. El proveedor deberá suministrar al personal la dotación adecuada correspondiente a sus labores y conforme al clima donde se presta el servicio, la cual deberá ser suministrada en los términos de ley, procurado que su presentación personal sea la adecuada.

7.82. El proveedor deberá suministrar al personal todos los elementos de protección personal de conformidad con la normatividad legal vigente de acuerdo con la actividad que cumpla; y garantizar que su personal cuente y utilice apropiadamente todos los elementos de seguridad industrial.

El **SENA** indicó que **UT** no entregó la dotación al personal. Sobre el particular, se debe recordar lo establecido en el artículo 230 del Código Sustantivo del Trabajo:

*“ARTICULO 230. SUMINISTRO DE CALZADO Y VESTIDO DE LABOR. <Artículo modificado por el artículo 7o. de la Ley 11 de 1984. El nuevo texto es el siguiente:> Todo {empleador} que habitualmente ocupe uno (1) o más trabajadores permanentes, deberá suministrar cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un (1) par de zapatos y un (1) vestido de labor al trabajador, cuya remuneración mensual sea hasta dos (2) meses el salario mínimo más alto vigente. **Tiene derecho a esta prestación el trabajador que en las fechas de entrega de calzado y vestido haya cumplido más de tres (3) meses al servicio del empleador**”.* (Subrayo y resalto).

Inicialmente se advierte que **UT** no tenía la obligación legal de entregar dotación a los trabajadores que llevaran menos de tres (3) meses al servicio del empleador. Pues bien, ninguno de los 232 operarios llevaba laborando más de tres (3) meses con la **UT** y con el **SENA**, pues la Orden fue suscrita el 26 de diciembre de 2023 y el acta de inicio se suscribió el 29 de diciembre de 2023. Por tanto, el 18 de enero de 2024 no existía la obligación legal de entregar dotación.

Sin perjuicio de lo anterior, la falta de entrega de dotación y elementos de protección se presentó sólo con algunos operarios y no con la totalidad y, además, **UT** ya dio cumplimiento a la entrega de dotación y elementos de protección de todos los operarios faltantes.

2.6. Séptima obligación supuestamente incumplida.

7.84. Entregar a las Entidades Compradoras la información que requieran para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales, de seguridad industrial y de salud ocupacional del Proveedor y/o de los operarios que prestan el Servicio Integral de Aseo y Cafetería en la Entidad.

Este supuesto incumplimiento está relacionado con la obligación primera antes relacionada. Como ya se dijo, **UT** cumplió con dicha obligación el 7 de febrero de 2024, remitiendo por correo electrónico un DRIVE con las hojas de vida de los operarios, sus afiliaciones, el pago de la seguridad social y toda la información requerida por el **SENA** y a cargo del contratista.

2.7. Octava y novena obligación supuestamente incumplidas.

7.91. Cumplir las condiciones y los ANS establecidos en los pliegos de condiciones de acuerdo con los servicios y bienes solicitados y los niveles de servicio.

7.103. Reemplazar el personal que presta el servicio Integral de Aseo y Cafetería en las condiciones establecidas en el Anexo 2 del pliego de condicione.

Para justificar el supuesto incumplimiento, el **SENA** indica que se presentó ausentismo del personal a cargo de **UT**. Al respecto se debe recordar que inicialmente el **SENA** suministró el nombre de 203 operarios a contratar el día 28 de diciembre de 2023. Por consiguiente, dichos ausentismos se presentaron por parte de operarios sugeridos por la entidad compradora. Sin embargo, esta situación fue superada, pues se contrataron tres (3) personas adicionales para que estuvieran pendientes en el momento en que fueran requeridas y efectuar los reemplazos a los que hubiera lugar.

Sanabria Gómez Abogados S.A.S. Carrera 1 Este Nro. 72A 94 Ap. 501. Tel. 318 240 3563

2.8. Décima obligación supuestamente incumplida.

7.109. Responder a los reclamos, consultas y/o solicitudes de las Entidades Compradoras eficaz y oportunamente, de acuerdo con lo establecido en el presente documento. Considerar a cada una de las Entidades Compradoras como clientes prioritarios.

Finalmente, el **SENA** indicó que solicitaba con urgencia una guadaña para podar grama. Frente a ese requerimiento, **UT** dio cumplimiento oportuno y allegó la herramienta solicitada.

Por tanto, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la multa perdió su sentido conminatorio y el proceso sancionatorio es insubsistente porque el incumplimiento fue subsanado.

3. El SENA no puede hacer efectiva la cláusula penal

Equivocadamente, a través del presente proceso sancionatorio, el **SENA** pretende hacer efectiva la pena contemplada en la cláusula 19 del Acuerdo Marco. Sin embargo, como se observó antes, **UT** no incumplió definitivamente la Orden, pues se presentaron algunos retrasos que fueron subsanados en término y se lograron superar. Por consiguiente, la Orden no ha sido incumplida y no es procedente hacer efectiva la cláusula penal.

En la citación recibida el 20 de febrero de 2024, el **SENA** indicó que:

La norma determina que, por incumplimiento en términos de CLAUSULA PENAL, se puede imponer hasta el 10% del valor de la orden de compra, considerando que el Registro Presupuestal inicial Nro. 226823 del 26 de diciembre de 2023 se estableció por un valor de \$45.000.000,00 para el cubrimiento del mes de diciembre del 2023, y posteriormente para el cubrimiento de la vigencia 2024 se apalanca en Certificado de Registro Presupuestal inicial (RP) 124 del 09 de enero de 2024 por valor de \$5.342.425.589,16; el porcentaje sería el diez por ciento (10%) de la sumatoria de dichos valores.

Visto lo anterior, el **SENA** no justifica, argumenta ni explica la razón por la que consideró incumplida definitivamente la Orden a cargo de la **UT**. A pesar de relacionar en todo su escrito situaciones que fueron menores y que ya fueron superadas, pretende hacer efectiva la cláusula penal como si de un incumplimiento total definitivo se tratara el presente proceso. Como se analizó en líneas anteriores, **UT** logró subsanar de forma completa y en término todos los requerimientos del **SENA**, pudiendo continuar con la prestación del servicio y, en últimas, ejecutando la Orden.

El artículo 1594 del Código Civil estipula los 3 tipos de cláusula penal que existen en el ordenamiento jurídico colombiano, a saber:

“ARTICULO 1594. <TRATAMIENTO DE LA OBLIGACION 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”. (Subrayo y resalto).

Sanabria Gómez Abogados S.A.S. Carrera 1 Este Nro. 72A 94 Ap. 501. Tel. 318 240 3563

La cita anterior contempla **(i)** la cláusula penal de apremio, sancionatoria, punitiva o la también conocida como multa, que tiene como finalidad presionar o instar al deudor para que cumpla con determinada obligación en la cual se presenta un retardo, **(ii)** la cláusula penal compensatoria, es aquella en que se sustituye la obligación principal del contrato por el valor de la cláusula penal. En otras palabras, si el acreedor solicita la cláusula penal, no puede pedir que se cumpla el objeto del contrato; es decir, o solicita lo uno o lo otro, pero no las dos y **(iii)** la cláusula penal moratoria o resarcitoria es entendida como la tasación anticipada de perjuicios; es decir, que el acreedor puede solicitar el valor de la cláusula penal y, además, el cumplimiento de la obligación principal del contrato.

Pues bien, en el Acuerdo Marco existen dos tipos de cláusulas penales pactadas: la cláusula penal de apremio (cláusula 18) y la cláusula penal moratoria (cláusula 19). La cláusula 18 se refiere a la mora o falta de cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, mientras que la cláusula 19 estipula el incumplimiento total o parcial de manera definitiva a cargo del contratista.

A su vez, la cláusula penal de apremio (cláusula 18) contempla como sanción una multa equivalente a 3 SMDLV por cada día de retraso hasta un máximo de 15 días. Mientras que la cláusula penal moratoria (cláusula 19) estipula una pena del 10 % del valor total de la Orden y el cumplimiento del contrato estatal.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha definido con claridad el concepto de multa, así:

*“CONTRATO ESTATAL - Multa: Definición / MULTA –
Definición*

*Aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la
administración en ejercicio de su función primordial de ejercer*

*el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual*². (Subrayo y resalto).

Sobre la cláusula penal de apremio o multa y su diferencia con la cláusula penal moratoria, la misma corporación afirmó lo siguiente:

“CONTRATO ESTATAL - Multa. Función / MULTA - Función conminatoria. Diferencia con la cláusula penal / CLAUSULA PENAL - Función sancionatoria

*La multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista*³. (Subrayo y resalto).

Pues bien, como se observó en el acápite anterior, **UT** ya dio cumplimiento a todas y cada una de las observaciones realizadas por el **SENA**. Nótese, incluso, que los supuestos retardos se dieron durante la ejecución de la Orden. Es decir, dicho contrato no ha culminado y, por tanto, no es posible que exista un incumplimiento definitivo a cargo de **UT**, pues el contrato sigue vigente y en ejecución. Por ello, la

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 10 de septiembre de 2014, Rad. 28875.

³ Ibidem.

cláusula penal moratoria no tiene cabida alguna dentro del presente proceso sancionatorio y no podrá hacerse efectiva.

4. Reducción proporcional de la multa por cumplimiento

Para la imposición de una multa, el **SENA** tiene que seguir el principio de proporcionalidad de la sanción, el cual es aplicable en los procedimientos administrativos sancionatorios debido a que constituye parte de las garantías del debido proceso.

En la sentencia del 7 de octubre de 2009. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación: 25000-23-26-000-1995-01699-01(17936), el Consejo de Estado sostuvo que, cuando la entidad pública pretenda imponer una multa, ella debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Igualmente, en la sentencia del 9 de marzo de 2000. C.P: Ricardo Hoyos Duque. Radicación: CE-SEC3-EXP2000-N10540A, el Consejo de Estado sostuvo:

“El art. 72 del decreto ley 222 de 1983 expresaba que ‘la cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato’, mientras que las multas en caso de mora o de incumplimiento parcial debían ser además proporcionales “a los perjuicios que sufra” la entidad contratante (art. 71 ib.).

Por su parte el art. 36 del c.c.a. establece que ‘en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa’ (se subraya). Ello para aclarar que así el

funcionario que tome la decisión esté revestido de una cierta facultad discrecional, ese poder es por otra parte susceptible de graduación y por consiguiente, controlable ante esta jurisdicción toda vez que la existencia de poderes absolutos y arbitrarios es algo que repugna al Estado social de derecho que preconiza la Carta Política.

*Con fundamento en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, **el deudor tiene derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento**, cuando éste ha sido en parte, caso en el cual el juez puede reducirla equitativamente si la considera manifiestamente excesiva". (Subrayo y resalto).*

De lo citado se debe aclarar que el artículo 36 del C.C.A. disponía lo que actualmente establece el artículo 44 del C.P.A.C.A. Por tanto, es plenamente aplicable lo señalado por el Consejo de Estado.

Doctrinariamente, el tratadista Juan Laverde, en su obra Manual de Procedimiento Administrativo Sancionatorio (2016, Legis, p. 55), explicó que la omisión en la aplicación de la proporcionalidad tiene como efecto la **nulidad** del acto administrativo por no atender el debido proceso.

Teniendo en cuenta que no hay una regulación respecto a la imposición de multas, el **SENA** debe atender lo dispuesto en el artículo 1596 del Código Civil, de manera que debe rebajar la multa en proporción al cumplimiento.

Además, el **SENA** tiene que remitirse a lo acordado en la cláusula 18 del Acuerdo Marco para imponer la multa:

Cláusula 18 Multas

Las partes pactan las siguientes multas imponibles al Proveedor por el incumplimiento declarado por:

18.1. Multas impuestas por Colombia Compra Eficiente

Colombia Compra Eficiente podrá imponer al Proveedor por mora o falta en el cumplimiento de las obligaciones generales establecidas en la Cláusula 7, una suma equivalente a tres (3) Salarios mínimos Diarios Legales Vigentes [SMDLV] por cada día de retraso hasta un máximo de quince (15) días, con excepción del numeral 7.1 de la cláusula 7, cuyo valor de la multa se liquidará bajo los siguientes parámetros:

Como salta a la vista, la multa consiste en el pago de una suma equivalente a 3 SMDLV por cada día de retraso hasta un máximo de 15 días, como consecuencia de mora o falta de cumplimiento a cargo del contratista.

La situación que dio lugar a la apertura de este proceso obedece a un supuesto cumplimiento ínfimo, insignificante y menor de la totalidad de las obligaciones. En consecuencia, como vimos antes, debido a que **UT** logró solucionar todos los retardos e incluso, como se estableció en el informe de supervisión, **UT** dio cumplimiento del 95,7 % de sus obligaciones, la eventual multa que se emita deberá reducirse en dicho porcentaje, pues **UT** logró dar cumplimiento cabal a todas sus obligaciones.

Por otro lado, debido a que la multa no ha tenido gran desarrollo jurisprudencial a diferencia de la cláusula penal, se debe hacer una aplicación analógica de estas figuras. Con el fin de ejemplificar la forma en la que el **SENA** debería cuantificar la multa se exponen los siguientes precedentes:

En la sentencia del 23 de octubre de 1995, radicación 7757, el Consejo de Estado analizó un caso en el que se había pactado una cláusula penal pecuniaria del 10 % del valor total del contrato, monto total que fue impuesto por la entidad estatal. Sin embargo, esa Corporación disminuyó la sanción en un 20 %, al considerar que el contratista cumplió con el 20 % del contrato.

En la sentencia del 13 de septiembre de 1999, con ponencia del doctor Ricardo Hoyos Duque, el Consejo de Estado estudió un contrato en el que se había pactado una cláusula penal pecuniaria de \$2.546.026 millones, la cual redujo a \$1.559.313 millones argumentando que esto atendía a los perjuicios que realmente sufrió la administración como consecuencia del incumplimiento parcial.

En la sentencia del 13 de abril de 2008, con ponencia del doctor Enrique Gil Botero, el Consejo de Estado estudió un caso en que una entidad había cobrado la totalidad de la cláusula penal, la cual equivalía al 15 % del valor del contrato. No obstante, teniendo en cuenta que se ejecutó el 38.77 % de la obra, se redujo la cláusula penal, precisamente, en un 38.77 %.

En el Laudo Arbitral de la Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctrica D.A. Sucursal Colombia contra la Unidad Administrativa Especial del Sistema Estratégico de Transporte Público - Avante SETP del 14 de agosto de 2020, el incumplimiento del contrato fue del 1.5 % de los avances de la obra y, la cláusula penal se redujo al 1.5 % del valor del contrato, a pesar de que se hubiera pactado en el 10% del valor del contrato.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, si el **SENA** resuelve imponer una multa a la **UT**, debe hacerlo de acuerdo con la extendida jurisprudencia y doctrina colombiana; es decir, reduciéndola proporcionalmente de acuerdo con el cumplimiento de la ejecución del contrato.

5. Compensación

En caso de imponerse una multa a **UT**, ella debe compensarse con los montos que le adeuda el **SENA** mediante la retención de los pagos, como indica el numeral 4 de las condiciones generales de la Póliza.

Tal compensación se deberá hacer antes de cualquier pago de **Berkley** en tanto que los numerales 4 y 5 de las condiciones generales de la Póliza disponen con claridad que la indemnización se disminuirá en el monto del valor compensado.

Según los artículos 1714 y 1715 del Código Civil, la compensación opera por ministerio de la ley, es decir, aun sin que las partes lo soliciten o, incluso, sin que lo sepan. respecto a la función que cumple la figura de la compensación, el Consejo de Estado manifestó lo siguiente:

“La compensación se sitúa como un modo de extinguir las obligaciones al tenor de lo prescrito por el artículo 1625 del Código Civil; a su vez, el artículo 1714 ibídem dispone que ‘Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas...’; es decir que la compensación tiene cabida cuando cada una de las personas tiene, a la vez, la doble condición de acreedora y deudora. La doctrina ha señalada que la compensación evita un doble pago, una doble entrega de capitales simplificando de este modo las relaciones del deudor y del acreedor; cada uno cobra lo que debe; igualmente ha señalado que la compensación asegura la igualdad jurídica entre las partes al evitar que la que primero

*pague quede expuesta al incumplimiento y aún a la insolvencia de la otra*⁴.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que:

*“Al margen de los demás requisitos que se exigen para que opere la compensación, es requisito sine qua non que las partes sean recíprocamente deudoras de créditos de una misma especie, como expresamente se exige en los artículos 1714 y 1716 del Código Civil, lo cual significa, como es de simple lógica, que ningún deudor puede oponer a su acreedor las deudas que éste tiene con terceros, por la potísima razón de que por regla de principio nadie puede disponer de los derechos de los demás”*⁵.

Por lo expuesto, es claro que, en caso de imponerse una multa a la **UT**, ella debe compensarse con los montos que le debe el **SENA**.

PRUEBAS

Documentos

Póliza de cumplimiento nro. 73409 y Póliza de responsabilidad civil nro. 21355.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. 16 de septiembre de 2005. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Sanabria Gómez Abogados S.A.S. Carrera 1 Este Nro. 72A 94 Ap. 501. Tel. 318 240 3563

Testimoniales

1. Solicito que se decrete el testimonio de la señora Yenny Marcela Barajas Barajas, que podrá ser citada al correo gerente@seasinlimitada.com. La señora Barajas es representante de la **UT** y testificará sobre el cumplimiento de la Orden.
2. Solicito que se decrete el testimonio de la señora Claudia Patricia Tavera Calderón, que podrá ser citada al correo gerenteutgiaf@gmail.com. La señora Tavera es gerente de la **UT** y testificará sobre el cumplimiento de la Orden.

Exhibición de documentos

Solicito que la **UT**, como contratista, exhiba todos los documentos que evidencian el cumplimiento de todas sus obligaciones. Estos documentos están en posesión de la **UT**, que podrá ser requerido en el correo gerente@seasinlimitada.com y ut.outsourcingiaf@gmail.com, con ellos, pretendo probar la subsanación del incumplimiento indicado por el **SENA**.

Informe

Solicito que se requiera a la supervisora para que rinda un informe actualizado en el que indique:

1. El avance de la ejecución de la Orden.
2. El estado de los incumplimientos señalados en el informe del 16 de febrero de 2024.
3. Una explicación de los motivos de atraso derivados de factores externos.

En subsidio del informe, solicito una inspección judicial a las 44 sedes del SENA que componen la Regional Antioquia.

NOTIFICACIONES

En la carrera 1 Este No. 72 A 94, Apto. 501, Edificio Amoyá de la ciudad de Bogotá y en la dirección electrónica asanabria@sanabriagomez.com y notificacionesjudiciales@sanabriagomez.com

Respetuosamente,



GERARDO QUICENO GÓMEZ

C.C. No. 1.088.337.912 de Pereira

T.P. No. 338.018 del C. S. de la J.