



**JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN TERCERA**

Juez: ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control: Controversias Contractuales
Radicación: 110013336038201700301-00
Demandante: Ana Milena Cadena Sastoque
Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y Empresa Nacional Promotora de Desarrollo Territorial – ENTERRITORIO antes Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE
Asunto: Fallo primera instancia

El Despacho pronuncia sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, dado que el trámite se agotó en su integridad y no se aprecia ningún vicio que invalide lo actuado.

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones

Con la demanda se piden las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Se declare la nulidad de la Resolución N° 00007 del 3 de noviembre de 2015 expedida por el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA -, respecto de la no condonación del Contrato de Cooperación Empresarial Derivado N° 2101244, en lo que respecta a la beneficiaria, la señora Ana Milena Cadena Sastoque.

1.2.- Se declare la nulidad de la respuesta dada por el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – de fecha 3 de febrero de 2017, radicado N° 1-2017-0011484, mediante el cual resolvió el recurso de reposición formulado contra la Resolución N° 00007 del 30 de noviembre de 2015.

1.3.- Se ordene al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – y a la Empresa Nacional Promotora de Desarrollo Territorial – ENTERRITORIO – antes Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE -, condonar el Contrato de Cooperación Empresarial Derivado N° 2101244 a favor de la aquí demandante.

2.- Fundamentos de hecho

Según lo reseñado en el escrito de demanda, el Despacho los sintetiza así:

2.1.- El 10 de junio de 2010, entre la señora Ana Milena Cadena Sastoque y el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE – ahora Empresa Nacional Promotora de Desarrollo Territorial – ENTERRITORIO –, suscribieron el Contrato de Cooperación Empresarial Derivado N° 2101244.

2.2.- Con posterioridad y de acuerdo al cronograma de visitas para, los días 29 de junio de 2010, 12 de febrero, 13 de junio y 15 de diciembre de 2011, se llevó a cabo la verificación y seguimiento del cumplimiento de las metas establecidas del proyecto empresarial.

2.3.- El 15 de diciembre de 2011 la interventoría conceptuó sobre el reembolso o la no condonación de los recursos asignados y ejecutados dentro del proyecto empresarial, por no cumplir con los parámetros obligatorios.

2.4.- El 30 de noviembre de 2015 el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA –, mediante Resolución N° 00007, impartió orden a la señora Ana Milena Cadena Sastoque de reembolsar los recursos entregados y la no condonación de los mismos, asignados por el Fondo Emprender, cuyo acto administrativo fue notificado el 23 de enero de 2017.

2.5.- El 30 de enero de 2017, se formuló recurso de reposición contra la Resolución N° 00007 del 30 de enero de 2015.

2.6.- El 3 de febrero de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – dio respuesta al recurso de reposición en el sentido de mantener la orden de reembolso de los dineros entregados.

3.- Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante formuló como fundamentos de la nulidad dos cargos.

Como **primer cargo** de nulidad frente a la Resolución 007 del 30 de noviembre de 2015, consideró vulnerado el artículo 29 de la Constitución Política, por cuanto las entidades demandadas desconocieron el debido proceso durante la verificación del cumplimiento de los indicadores, porque no tuvieron en cuenta los soportes con los que contaba la señora Ana Milena Cadena Sastoque, ni le comunicaron el contenido de los informes rendidos por la interventoría que sirvieron de fundamento para que la administración profiriera aquel acto administrativo.

Como **segundo cargo** de nulidad la demandante señaló que la expedición del acto administrativo infringió el artículo 21 del Acuerdo N° 004 de 2009, dado que esa norma precisaba que el monitoreo a los indicadores de efectividad empresarial, únicamente tenían como fin el reconocimiento del estado de avance de las nuevas empresas, más no constituía un motivo para determinar la condonación o el reembolso de los recursos auditados.

II.- CONTESTACIÓN

2.1.- El 18 de junio de 2018¹ el apoderado judicial del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE – ahora Empresa Nacional Promotora de Desarrollo Territorial – ENTERRITORIO –, dio contestación a la demanda y puso en entredicho la gran mayoría de los hechos.

En el escrito de la demanda propuso como excepción de mérito la denominada “*incumplimiento de la demandante frente a las obligaciones derivadas del Contrato de Cooperación Empresarial N° 2101244*”, basada en los siguientes argumentos:

Expuso que la señora Ana Milena Cadena Sastoque fue beneficiaria de la convocatoria del Programa del Fondo Emprender para la financiación del plan de negocios denominado 8va CA2 Logística (Documento) ID 34705, para lo cual fue celebrado el Contrato de Cooperación Empresarial N° 2101244. Igualmente, precisó que la beneficiaria debía cumplir tanto con los indicadores, como con las obligaciones establecidas en la cláusula cuarta del Contrato de Cooperación Empresarial N° 2101244.

¹ Folios 388 a 400 del Cuaderno 2

Alegó que la administración evidenció el incumplimiento de las obligaciones previstas en los numerales 6, 9, 10, 17, 18, 19, 21, 24 y 28 de ese clausulado. E hizo énfasis en que la demandante no cumplió con las obligaciones tributarias y laborales, por cuanto no estaba al día con los impuestos de IVA e ICA, ni cumplió con el pago de las liquidaciones de las prestaciones sociales de dos (2) trabajadoras.

Expuso que el contrato terminó por vencimiento del plazo pactado acaecido el 10 de diciembre de 2011, sin embargo, de acuerdo con los soportes documentales, en especial el balance general a corte del 31 de diciembre de 2011, la empresa Centro de Almacenamiento Logístico SAS tenía como uno de sus pasivos, los impuestos sobre las ventas (IVA) y de industria y comercio, así como algunas obligaciones laborales. Igualmente, hizo mención de que tenía una pérdida acumulada de \$69.146.867. Por lo que, en estas condiciones no era procedente la condonación de los recursos asignados al proyecto.

Sumado a lo anterior, expuso que de conformidad con el Manual Operativo del Fondo Emprender la gestión de los recursos comprendía dos (2) clases de indicadores: i). – los de gestión y resultado, y ii). – los de efectividad empresarial.

De igual forma, aclaró que respecto a este último se encontraban los de venta y producción que, aunque no eran determinantes para la decisión de condonación, sí eran monitoreados por la interventoría durante la vigencia del contrato y eran tenidos en cuenta para verificar que la empresa creada para desarrollar el plan de negocios, fuera sostenible financieramente.

Partiendo de lo anterior, trajo a colación que, de acuerdo a la cláusula novena del precitado contrato, se dispuso que en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales o de los indicadores de gestión se debían devolver los recursos, y que por ello la interventoría recomendó al Consejo Directivo del SENA su reembolso o no condonación.

2.2- El Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – guardó silencio durante el término de traslado de la demanda.

III.- TRÁMITE DE INSTANCIA

El 24 de agosto de 2017² la demanda fue presentada ante la Oficina de Apoyo Judicial de los Juzgados Administrativos de Bogotá D.C., quien efectuó reparto del asunto correspondiéndole el conocimiento inicialmente al Juzgado 5° Administrativo de la Sección Primera Oral de Bogotá D.C.³

Por auto del 27 de septiembre de 2017⁴, proferido por el Juzgado 5° Administrativo de la Sección Primera Oral de Bogotá D.C.⁵, se declaró la falta de competencia, y se ordenó la remisión del proceso a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá – Sección Tercera -. Posteriormente, el 7 de octubre de 2017 el expediente fue sometido a reparto por la Oficina de Apoyo de la Sede Judicial CAN correspondiéndole el conocimiento a este Juzgado.

El 26 de enero de 2018⁶ se dispuso la inadmisión de la demanda en el sentido de ajustarla al medio de control de controversias contractuales, la cual fue

² Ver hoja de reparto 401 del Cuaderno 3

³ Folio 401 del Cuaderno 3

⁴ Folios 403 a 404 del Cuaderno 3

⁵ Folio 401 del Cuaderno 3

⁶ Folio 408 del Cuaderno 3

subsana el 9 de febrero del mismo año⁷. Mediante auto del 16 de marzo de 2018⁸ se admitió el medio de control de controversias contractuales.

El 20 de marzo de 2018⁹ se practicaron las notificaciones vía correo electrónico al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA -, al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE -, a la Procuraduría 80 Judicial Administrativa de Bogotá D.C., y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

El 18 de junio de 2018¹⁰ el apoderado judicial del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE - contestó en tiempo la demanda. De forma simultánea se surtieron las notificaciones por correo postal para los días 8, 14 y 20 de noviembre de 2018¹¹.

Con posterioridad, el 5 de diciembre de 2018¹² el apoderado judicial del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA - presentó incidente de nulidad por indebida notificación del auto admisorio. Luego, en audiencia inicial del 11 de abril de 2019¹³ se resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda. Enseguida, se dispuso tener por notificada por conducta concluyente al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA -, quien guardó silencio dentro del término de traslado de la demanda.

En audiencia inicial del 5 de marzo de 2020¹⁴, se resolvió declarar impróspera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE – ahora Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial - ENTERRITORIO. En la misma oportunidad se evacuaron los demás tópicos, tales como fijación de litigio y el decreto de pruebas de las partes, entre otros.

Posteriormente, en audiencia de pruebas del 10 de septiembre de 2020¹⁵, se practicaron los medios probatorios decretados, se declaró finalizada la etapa probatoria y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión. El mismo término se concedió al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- Parte Demandante

La apoderada judicial de la parte demandante¹⁶, formuló sus alegatos de conclusión iterando los argumentos de la demanda. Adicional a esto, señaló que la DIAN certificó que la empresa se encontraba al día con sus obligaciones tributarias para el año 2011 y que, inclusive, para la fecha de proferimiento de la Resolución en el año 2015, seguía al día en sus obligaciones fiscales. Preciso que solamente se encuentran pendientes para el pago de retenciones el primer y cuarto periodo del año 2020, ya que por la pandemia muchas empresas colombianas quebraron, y que aún subsiste, toda vez que sigue generando

⁷ Folios 410 a 412 del Cuaderno 3

⁸ Folio 413 del Cuaderno 3

⁹ Folios 416 a 419 del Cuaderno 3

¹⁰ Folios 421 a 430 del Cuaderno 3

¹¹ Folios 446 a 457 del Cuaderno 3

¹² Folios 1 a 3 del Cuaderno 4

¹³ Folios 460 a 462 del Cuaderno 3

¹⁴ Folios 495 a 498 del Cuaderno 1 incluido 1 DVD-R contentivo de la audiencia inicial del 5 de marzo de 2020

¹⁵ Folios 565 a 566 del Cuaderno 3 incluido 1 DVD-R contentivo de la audiencia de pruebas del 10 de septiembre de 2020

¹⁶ Folios 575 a 577 del Cuaderno 3

desarrollo, empleo, y dinamiza la actividad económica, comercial e industrial en el país.

Reiteró que no existe incumplimiento de los indicadores de incumplimiento que justifiquen el reembolso, toda vez que de conformidad con los literales b y c del Manual de Financiación del Fondo Emprender y de los numerales 7.4 al 9.2.2 se cumplió con lo allí dispuesto. Igualmente, resaltó que el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – otorgó una prórroga de seis (6) meses dada la alta efectividad de la emprendedora en el cumplimiento de las metas.

2.- Parte Demandada

2.1.- El mandatario judicial del Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial - ENTERRITORIO antes Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo¹⁷, formuló sus alegatos de conclusión con similares planteamientos a los expuestos en la contestación de la demanda, motivo por el cual el Despacho no encuentra necesario hacer resumen de los mismos.

2.2.- El 23 de septiembre de 2020¹⁸, la apoderada judicial del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – presentó los alegatos de conclusión con fundamento en la legalidad del acto administrativo, por cuanto la señora Ana Milena Cadena Sastoque no cumplió con los indicadores de gestión correspondientes a lo determinado en el plan de negocios aprobado por el Consejo Directivo Nacional del SENA.

Trajo a colación que en cumplimiento de la Resolución N° 2510 de 2009, por medio de la cual se modificó el título II del Manual de Operación del Fondo Emprender, adoptado a través del Acuerdo N° 00004 del 26 de marzo de 2009 y en desarrollo del Convenio Interadministrativo N° 193048 de 2003, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE –, en calidad de gerente administrador de los recursos del precitado Fondo, presentó informe consolidado sobre el plan de negocios que suscribió la demandante, en el cual se observa el incumplimiento de los parámetros de las normas vigentes al momento de su ejecución y compromisos adquiridos, tal como se evidenció de las diferentes actas de interventoría que reposan en el expediente digital administrativo.

Por consiguiente, alegó que con la información acreditada por FONADE y por la interventora, Universidad de Antioquia, el Consejo Directivo Nacional del SENA, en su calidad de Consejo de Administración del Fondo Emprender, mediante Resolución N° 00007 del 30 de noviembre de 2015 aprobó el reembolso de recursos o la no condonación de los asignados al Contrato de Cooperación Empresarial N° 2101244, por valor de \$83.479.200.

Basado en ello, expuso que para la expedición del acto administrativo se cumplió a cabalidad con el lleno de los requisitos y procedimientos necesarios, por cuanto la entidad por mandato legal está facultada para exigirle a la demandante el reembolso del dinero que le fue asignado al Plan de Negocios, al no cumplir con el objeto contractual, y por no demostrar el cumplimiento de los indicadores, así como las obligaciones contraídas, razón por la cual era procedente ordenar el reembolso o no condonación de los recursos asignados.

En consecuencia, solicitó al Despacho desestimar las pretensiones de la demandante, por cuanto los actos administrativos demandados cumplen con los requisitos legales.

¹⁷ Folios 313 a 321 del Cuaderno 3

¹⁸ Folios 572 a 573 del Cuaderno 3

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Este Juzgado tiene competencia para conocer esta acción porque así lo determinan los artículos 104 numeral 2, 155 numeral 5 y 156 numeral 4 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.- Problema Jurídico

El litigio se circunscribe a determinar si procede la declaratoria de nulidad de la Resolución N° 00007 de 2015 “*Por la cual se aprueba el reembolso o no condonación de recursos asignados por el Fondo Emprender*”, en el acápite correspondiente a la señora Ana Milena Cadena Sastoque, contenida en el numeral 473 de la página 31 de la resolución en mención.

Así mismo, establecer si procede la nulidad de la respuesta emitida por el SENA el 3 de febrero de 2017, con radicado N° 1-2017-0011484, mediante la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución N° 00007 de 2015. Y si es viable la condonación del Contrato de Cooperación Empresarial derivado N° 2101244 suscrito entre el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE -, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – y la señora Ana Milena Cadena Sastoque.

3.- Asunto de Fondo

Al Despacho le concierne, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, determinar si se debe acoger lo pedido por la señora Ana Milena Cadena Sastoque, consistente en acceder a: i) la nulidad de la Resolución N° 00007 del 30 de noviembre de 2015 expedida por el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA -, ii) la nulidad de la respuesta emitida por el SENA el 3 de febrero de 2017 mediante comunicado N° 1-2017-0011484, a través del cual resolvió de forma desfavorable el recurso de reposición formulado en contra de aquel acto administrativo, y iii) ordenar la condonación de los recursos asignados en virtud de la ejecución del Contrato de Cooperación Empresarial Derivado N° 2101244 suscrito entre FONADE, SENA y la aquí demandante.

La Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial - ENTERRITORIO antes Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, así como el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA -, se opusieron rotundamente a la prosperidad de las pretensiones defendiendo la legalidad de la Resolución N° 00007 del 30 de noviembre de 2015 expedida por el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA , por cuanto su motivación obedeció al incumplimiento de la demandante frente a las obligaciones derivadas del Contrato de Cooperación Empresarial N° 2101244, correspondientes a los numerales 6, 9, 10, 17, 18, 19, 21, 24 y 28 de la cláusula cuarta del precitado contrato. Igualmente, resaltó el incumplimiento de los indicadores del Manual Operativo del Fondo Emprender correspondientes a los de gestión, de resultado y de efectividad empresarial. Por lo que, concluyeron que los cargos son infundados.

De cara al asunto, obra en el plenario el precitado acto administrativo¹⁹ del cual sobresale lo siguiente:

¹⁹ Folios 157 a 159 del Cuaderno 1

“RESOLUCIÓN No. 00007 DE 2015
 POR LA CUAL SE APRUEBA EL REEMBOLSO O NO CONDONACIÓN DE
 RECURSOS ASIGNADOS POR EL FONDO EMPRENDER

EL CONSEJO DIRECTIVO NACIONAL DEL SERVICIO NACIONAL DE
 APRENDIZAJE – SENA –

.....

CONSIDERANDO:

.....

Que el artículo 5° del Decreto 934 de 2003 determina “**ARTICULO 5o.- CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEL FONDO EMPRENDER** – El Consejo de Administración del Fondo Emprender tendrá las siguientes funciones: 3. Aprobar las modalidades de financiación, los montos, las formas de pago, los plazos, los requisitos, las tasas de interés, las garantías, las condonaciones, los descuentos, las condiciones para cofinanciación, los periodos de gracia, las sanciones, las multas, los nuevos productos y la decisión de inversión en otros fondos de acuerdo con lo presentado por el Director del Fondo Emprender.”

Que por disposición del numeral 24 del artículo 3 del Decreto N° 249 de 2004 son funciones del Consejo Directivo, entre otras “Decidir la financiación de los proyectos empresariales presentados al Fondo Emprender, de conformidad con la reglamentación que al efecto se expida.”

.....

Que el artículo 21 del Acuerdo 004 de 2009, determino (sic) “Control y evaluación de la inversión. El Gerente administrador de recursos del Fondo Emprender, deberá realizar la interventoría permanente a los planes de negocio financiados y presentar informes cada dos meses de avance de ejecución de los mismos, al supervisor del convenio, a la Junta Administradora del Fondo Emprender y al Coordinador del grupo de Emprendimiento, Empresarismo y Fondo Emprender.

Adicionalmente, debe presentar un informe anual consolidado, sobre los resultados obtenidos por los planes de negocio beneficiados con los recursos del Fondo Emprender, el cual contendrá, entre otros, los indicadores de gestión propuestos en los planes de negocio. El cumplimiento de los indicadores de gestión, servirá de soporte para que el Consejo Directivo Nacional del SENA, decida sobre el reembolso de los recursos asignados, en cuyo caso el Gerente administrador de los recursos del Fondo Emprender, deberá realizar las acciones necesarias para la recuperación de los recursos.

La interventoría realizará el control a los indicadores de gestión y realizara (sic) el monitoreo a los indicadores de efectividad empresarial. El nivel de cumplimiento de los indicadores de gestión permitirá determinar el cumplimiento de que trata el numeral 1 del Artículo 8° del presente Acuerdo. El monitoreo a los indicadores de efectividad empresarial tiene como fin conocer el estado de avance de las nuevas empresas y no serán requisito para determinar el reembolso de los recursos asignados”.

Que el artículo segundo del Acuerdo 08 de 2010, modificó el artículo 21 del Acuerdo de 004 de 2009 de la siguiente manera: “El Gerente Administrador de Recursos del Fondo Emprender, deberá realizar la interventoría permanente a los planes de negocio financiados y presentar informes cada dos meses de avance de ejecución de los mismos al Supervisor del convenio, a la Junta Administradora del Fondo Emprender y al Coordinador del Grupo de Emprendimiento, Empresarismo y Fondo Emprender. Adicionalmente, debe presentar unos informes anuales consolidados sobre los resultados obtenidos por los planes de negocios beneficiados con los recursos del Fondo Emprender, el cual contendrá, entre otros, los indicadores de gestión propuestos en los planes de negocio. **El cumplimiento de los indicadores de gestión servirán** (sic) **de soporte para que el Consejo Directivo Nacional del SENA, decida sobre la condonación o el reembolso de los recursos asignados** (negrilla fuera de texto original), último caso en el cual el gerente administrador de recurso del Fondo Emprender deberá realizar las acciones necesarias para la recuperación de los recursos. // **la interventoría realizará el control a los indicadores de gestión,** (negrilla fuera de texto original) y realizara (sic) el monitoreo

a los indicadores de efectividad empresarial, el nivel de cumplimiento de los indicadores de gestión permitirá determinar el cumplimiento de que trata el numeral 1 del artículo 8 del presente Acuerdo. El monitoreo a los indicadores **de efectividad tiene como fin conocer el estado de avance de las nuevas empresas y no serán requisito para determinar la condonación o el reembolso de los recursos asignados. (...)** (Negrilla fuera de texto original).

Que teniendo como base la información acreditada por **FONADE**, como Gerente Administrador de los recursos del Fondo Emprender y por la Universidad de Antioquia, como interventora de los planes de negocio, así como estando avalada la competencia del Consejo Directivo Nacional del SENA, para ordenar el reembolso de los recursos o no condonación de recursos entregados por el Fondo Emprender, este consejo, en su calidad de Consejo de administración del Fondo Emprender, aprobó en la sesión No. 1524 del 22 de octubre de 2015, el reembolso de recursos o no condonación de los mismos, de **SETECIENTOS VEINTICUATRO (724)**, planes de negocio que se relacionan en el anexo, por el valor que allí se indica, que corresponde a la cuantía indicada por **FONADE**.

Por lo anterior, se considera procedente ordenar el reembolso de recursos o no condonación de los mismos de cada uno de los planes de negocios en las cuantías indicadas por **FONADE**.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Aprobar el reembolso de recursos y la no condonación de los recursos asignados a **SETECIENTOS VEINTICUATRO (724)**, planes de negocio beneficiados con el capital semilla del Fondo Emprender, que aparecen relacionados en el anexo adjunto a la presente resolución en la cuantía que allí se indica, de conformidad con el informe rendido por Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE , en su calidad de gerente administrador de los recursos de este y por la Universidad de Antioquia, como interventora, los cuales acreditan que los mismos no dieron cumplimiento a los indicadores de gestión correspondientes a lo determinado en cada plan de negocios aprobado por el Consejo Directivo Nacional del SENA, a la normativa vigente para su ejecución y/o al acuerdo contractual suscrito. (...)

Del listado anexo al acto administrativo, sobresalen los motivos que conllevaron a la orden de reembolso de los recursos asignados al plan de negocio de la señora Ana Milena Cadena Sastoque, así:

No.	M	Nomproyecto (sic)	CONTRATO	NIT	BENEFICIARIOS	ACTA DE ARROBACIÓN PLAN DE NEGOCIO	INDICADORES DE GESTIÓN Y RESULTADO						RECOMENDACIÓN INTERVENTORÍA	RECURSOS NO CONDONADOS	CAPITAL RECUPERADO	
							VENTAS	EMPLEOS	COMERCIAL	MERCADEO	PRESUPUESTAL	PRODUCCIÓN				CONTRAPARTIDA
473	34705	8vaCA2 Logística (Documento)	2101244	900366228	ANA MILENA CADENA SASTOQUE identificado (a) con cédula de ciudadanía No. 1016027961 expedida en Bogotá – Bogotá D.C.	Acta N° 1416 del 27 de Mayo de 2010	Deficiente	Eficiente	Eficiente	Eficiente	Eficiente	Deficiente	Eficiente	Recomendaciones de ejecución: la interventoría recomienda al administrador del fondo emrender y al consejo directivo del sena ordenar el reembolso o no condonación de los recursos asignados y ejecutados dentro del proyecto empresarial conforme a lo establecido en el contrato de cooperación empresarial y la normatividad vigente del fondo emrender, debido a. "el no cumplimiento de los indicadores genéricos de gestión de gestión, como ventas y producción. "el no cumplimiento de generar empleo a una persona con condición de vulnerabilidad", el no cumplimiento de las obligaciones empresariales tributarias y laborales. "la empresa, no logra sostenibilidad esperada, atribuible a la gestión del emrender, en el contrato de cooperación empresarial se establece claramente como compromiso, "realizar todas las acciones necesarias para que la empresa que se crea como producto del apoyo al plan de negocios	\$83.479.200	\$ 01

parcial o total de los recursos, cuando el Gerente Administrador de los recursos del Fondo Emprender informe sobre la ocurrencia de alguna de las siguientes causales:

- 1.- Si se comprueba el incumplimiento de los indicadores de gestión establecidos.
- 2.- Si se confirma que los recursos entregados por el Fondo Emprender han sido o se están utilizando de manera diferente, parcial o totalmente, a lo fines establecidos en el Plan de Negocio.
- 3.- Suministro de información inexacta durante cualquiera de las etapas del proceso y que esta haya incidido directamente en la asignación de los recursos.
- 4.- Si se demuestra que alguno de los beneficiarios ha obtenido recursos del Fondo Emprender para más de un Plan de Negocios.
- 5.- Cuando el retiro de alguno de los integrantes del equipo de trabajo afecta el cumplimiento de las condiciones exigidas en el artículo 1° del Acuerdo N° 4 de 2009, cuya causal daría lugar a la suspensión de los desembolsos de los recursos por un periodo hasta de tres meses, contados a partir del retiro del integrante hasta tanto no se subsane esta condición. Igualmente expuso que, si transcurrido este término sin que se subsanara tal condición, la empresa devolvería la totalidad de los recursos entregados.

Por otro lado, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA – en dicha respuesta le reiteró cada una de las circunstancias por las cuales la administración ordenó el reembolso o la no condonación de los recursos asignados al Plan de Negocios de la señora Ana Milena Cadena Sastoque, en los términos que a continuación se transcriben:

“(…)

- [e]l no cumplimiento de los indicadores genéricos de gestión, como ventas y producción.
- el no cumplimiento de generar empleo a una persona condición de vulnerabilidad.
- el no cumplimiento de las obligaciones empresariales: tributarias y laborales.
- la empresa no logra una sostenibilidad esperada, atribuible a la gestión del emprendedor, en el contrato de cooperación empresarial se establece claramente como compromiso, “realizar todas las acciones necesarias para que la empresa que se crea como producto de apoyo al plan de negocios presentado, logre la sostenibilidad en corto, mediano y largo plazo”.
- No dio cumplimiento total a los compromisos pactado en la última acta de seguimiento realizada por la interventoría. Conclusión y recomendación la interventoría recomienda al consejo directivo del Sena otorgar el reembolso o no condonación de los recursos, ordenando el recaudo del crédito conforme a lo establecido en el contrato de cooperación empresarial y las normas del fondo emprender”.

(…)

Obligaciones que desde el inicio del proceso del Fondo Emprender fueron explicadas y plasmadas en el contrato de cooperación, pagaré y carta de instrucciones, los cuales no pueden ser desconocidos por las entidades intervinientes en forma unilateral o especial por tratarse de actos legales y públicos que solo pueden ser extintos por los canales legales contemplados por estos.

Finalmente, es importante que tenga en cuenta que por el marco legal y los documentos suscritos por la Sra. Ana Milena Cadena, y basados en los informes de la interventoría los cuales se encuentran debidamente soportados y justificados ante esta institución, es jurídicamente imposible generar para su caso una condonación o suspensión de las acciones iniciadas por ausencia de un fundamento legal que soporte dicha decisión. (...)”²³

En este contexto, se recuerda que los cargos de nulidad formulados contra la Resolución N° 00007 de 2015 junto con la decisión del recurso de reposición formulado en contra del acto administrativo, se contraen a la infracción del artículo 21 del Acuerdo N° 004 de 2009 y a la expedición irregular del mismo por violación al debido proceso.

4.1.- Del estudio de la causal de nulidad alegada consistente en la expedición del acto administrativo por infracción del artículo 21 del Acuerdo N° 004 de 2009

El artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece las causales de nulidad de los actos administrativos, consistentes en dos grupos, por un lado referente a los vicios formales atinentes a los de infracción de las normas en las que deben fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y expedición irregular; y por otro lado, como vicios materiales, su emisión con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.

En lo que atañe a la causal de nulidad de infracción a normas superiores, el Consejo de Estado - Sección Tercera, en sentencia de 5 de junio de 2008, sostuvo lo siguiente:

“(…) [L]a lectura del comentado inciso segundo del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo pone de presente la existencia de una causal de anulación de los actos administrativos que no se encuentra referida, al menos de manera precisa y exclusiva -aunque indirectamente, por supuesto, los comprende- a ninguno de los elementos reglados a los cuales acaba de hacerse alusión; se trata de la posibilidad de demandar tradicionalmente dichos actos cuando “*infrinjan las normas en que deberían fundarse*”, en otros términos, cuando contravengan, por cualquier razón, el «*bloque de legalidad*», parafraseando la expresión acuñada por Maurice Hauriou para aludir al parámetro de fiscalización utilizado, en su actuación, por el Consejo de Estado francés al llevar a cabo el control de los actos administrativos, labor en desarrollo de la cual el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se encuentra **llamado a verificar la legalidad de dichos actos administrativos sin que por «legalidad» haya de entenderse, tan sólo, «conformidad a la ley», sino que el juicio de ajuste debe adelantarse en relación con la ley, con los principios generales del Derecho y con otra serie de normas, de suerte tal que la de «bloque de legalidad» es una expresión que se utilizó para comprender aquello que, en realidad, debería denominarse el «bloque de juridicidad» o, en otros términos, el bloque del Derecho aplicable.** Pues bien, dentro de ese bloque de legalidad o de juridicidad que, en últimas, constituye el límite último a ser respetado en el ejercicio de cualquier potestad administrativa sea ésta reglada o discrecional-, quizás los parámetros de control judicial que no resultan reconducibles a alguno de los antes referidos elementos reglados del acto administrativo y que han venido a convertirse, sin duda, en una de las más poderosas herramientas de fiscalización de la actividad de los poderes públicos, especialmente al amparo de una Constitución Política como la colombiana de 1991, cargada con tan elevados componentes axiológicos y

²³ Ver folios 264 a 265 del Cuaderno 2

finalísticos, son los principios generales del Derecho y en particular los principios que rigen la función administrativa, en relación con cuya virtualidad como técnicas de control de la actividad administrativa, incluso respecto de aquella que se despliega cuando se ejercen facultades discrecionales y recalcando su incorporación al ordenamiento jurídico por vía del artículo 230 constitucional, más allá de que, en ocasiones, algunos de esos principios alcancen a ser plasmados de manera expresa en una norma de derecho positivo lo cual ocurre, por vía de ejemplo, tratándose del principio de proporcionalidad, consagrado en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, circunstancia ésta que conduce a que más que a “principio”, deba hacerse referencia a la “regla general de la proporcionalidad”. (...)”²⁴ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Entonces, a partir de lo expuesto en lo atinente a la causal de nulidad de infracción a las normas en que debió fundarse el acto acusado, en el presente caso tenemos que la señora Ana Milena Cadena Sastoque sustenta el vicio de nulidad del acto administrativo en que la expedición del mismo infringió el artículo 21 del Acuerdo N° 0004 de 2009, por cuanto el seguimiento de los indicadores de gestión no constituye una causal para que la Administración ordene el reembolso de los recursos asignados al plan de negocios de la aquí demandante.

Es del caso recordar que, el acto administrativo fue proferido en el marco de la ejecución del Contrato de Cooperación Empresarial Derivado N° 2101244, en el cual se acordó con la señora Ana Milena Cadena Sastoque, la financiación de la iniciativa empresarial contenida en el Plan de Negocios 34705 – 8VACA2 LOGÍSTICA (DOCUMENTO) presentado por la ciudadana en la octava convocatoria del año 2009, quien a su vez asumió el cumplimiento de las obligaciones que a continuación se transcriben:

“(…) **CLAUSULA CUARTA - OBLIGACIONES DEL (O DE LOS) BENEFICIARIO (S) CON EL FONDO EMPRENDER Y CON FONADE** El (o los) beneficiario (s) se obliga (n) a realizar y ejecutar las siguientes actividades: **1)** constituir legalmente la empresa por un término no inferior a la duración del presente contrato y treinta y seis (36) meses más (...) **3)** Suscribir un pagaré carta de instrucciones en blanco, junto con todos y cada uno de los socios de la nueva empresa que se crea, con el cual se ampare los recursos aprobados por parte del **FONDO EMPRENDER**, para que sea utilizado en el evento en que se detecte incumplimiento por parte del (de los) beneficiario (s). **4)** Constituir la prenda sin tenencia a favor del **SENA** de los bienes que se adquieran con los recursos del **FONDO EMPRENDER**, **5)** Darle a los recursos entregados por el **FONDO EMPRENDER** el uso exclusivo y único que se propuso en el plan de negocio, que fue aprobado por el Consejo Directivo del SENA **6)** Realizar todas las acciones necesarias para que la empresa que se crea como producto del apoyo al plan de negocio presentado, logre la sostenibilidad en corto, mediano y largo plazo, (...) 8) Realizar con los recursos del **FONDO EMPRENDER** y los recursos propios ofrecidos, todas las inversiones previstas en el plan operativo del plan de negocio aprobado por Fondo Emprender, **9)** Cumplir en su totalidad el plan operativo propuesto en el plan de negocio y con los ajustes que le indique el INTERVENTOR sobre el particular. **10)** Cumplir con todos los indicadores de gestión establecidos en la aprobación del plan de negocio. **11)** Presentar todos los informes que le sean solicitados por el interventor del plan de negocios, **FONADE** y el **SENA** y atender los requerimientos y recomendaciones que sobre el particular le hagan (...) **17)** Adoptar y coordinar todas las acciones para asegurar la operación y mantenimiento y, en general, la sostenibilidad del proyecto y su buen servicio, en el corto, mediano y largo plazo, **18)** Cumplir oportunamente las recomendaciones y

²⁴ Sentencia 5 de junio de 2008, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente N° 15001-23-31-000-1988-08431-01(8031), Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez

solicitudes que realice el **SENA** y/o la interventoría sobre el desarrollo del objeto del presente contrato. **19)** Desarrollar el objeto del presente Contrato, de conformidad con el presupuesto y el plan de inversiones del proyecto presentado, el cual fue debidamente viabilizado. **20)** Reportar el cumplimiento de las actividades y obligaciones establecidas en el Plan de Negocio. **21)** Adoptar las medidas necesarias para desarrollar correctamente el objeto del presente contrato. (...) **CLAUSULA SEPTIMA – CONDICIONES PARA EL NO REEMBOLSO DE LOS RECURSOS POR PARTE DEL (O DE LOS) BENEFICIARIO (S):** De acuerdo al cumplimiento de los indicadores de gestión y resultados obtenidos durante los doce (12) meses a partir del Acta de inicio, según los informes de interventoría presentados, el Consejo Directivo del SENA decidirá sobre el no reembolso de los recursos asignados, según lo dispuesto en el Manual de Financiación literal C). (...) **CLAUSULA NOVENA – INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO:** Si el (o los) **BENEFICIARIO (S)** no cumple (n) con cualquiera de las obligaciones establecidas en este contrato o con los indicadores de gestión, deberá devolver la totalidad de los recursos entregados por el Fondo Emprende[r]. (...) **CLAUSULA DECIMA TERCERA – REGIMEN LEGAL APLICABLE:** El presente contrato se rige por la Ley 789 de 2002, Decreto 934 de 2003, modificado por el Decreto 3930 de 2006 Acuerdo SENA No. 007 de 2005, Acuerdo No. 00005 del 17 de julio de 2007, la resolución No. 01617 del 2 de agosto de 2006, y la Resolución No. 002143 del 2 de octubre de 2007, las cuales modifican el manual de operaciones del Fondo Emprender, así como por las normas civiles y comerciales aplicables a la materia. (...) En constancia se firma a los diez (10) días del mes de junio de 2010. (...)”²⁵

A partir de lo anterior, se reitera, el Consejo Directivo Nacional del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA –, en la Resolución N° 00007 de 2015, principalmente fundó la decisión de reembolso de los recursos o la no condonación de los mismos, en lo dispuesto en el artículo 2° del Acuerdo 08 de 2010, que modificó el artículo 21 del Acuerdo 004 de 2009.

Por ende, es evidente que, si bien la demandante solamente invoca el artículo 21 del Acuerdo 004 de 2009, lo cierto es que la motivación del acto administrativo además de mencionar esta norma, precisó que fue modificado por el artículo 2° del Acuerdo 08 de 2010. En efecto, el artículo 21 en mención inicialmente contemplaba lo siguiente:

“(…) ARTÍCULO 21. El Gerente Administrador de Recursos del Fondo Emprender deberá realizar la interventoría permanente a los planes de negocio financiados y presentar informes cada dos meses de avance de ejecución de los mismos al Supervisor del convenio, a la Junta Administradora del Fondo Emprender y al Coordinador del Grupo de Emprendimiento, Empresarismo y Fondo Emprender.

Adicionalmente, debe presentar un informe anual consolidado sobre los resultados obtenidos por los planes de negocio beneficiados con los recursos del Fondo Emprender, el cual contendrá, entre otros, los indicadores de gestión propuestos en los planes de negocio. El cumplimiento de los indicadores de gestión servirá de soporte para que el Consejo Directivo Nacional del Sena decida sobre el reembolso de los recursos asignados, en cuyo caso el Gerente Administrador de los Recursos del Fondo Emprender deberá realizar las acciones necesarias para la recuperación de los recursos. La interventoría realizará el control a los indicadores de gestión y realizará el monitoreo a los indicadores de efectividad empresarial. El nivel de cumplimiento de los indicadores de gestión permitirá determinar el cumplimiento de que trata el numeral 1 del artículo 8° del presente Acuerdo. **El monitoreo a los indicadores de efectividad empresarial tiene como fin conocer el estado de avance de las nuevas empresas y no serán requisito para determinar el reembolso de los recursos asignados.**

²⁵ Folios 266 a 274 del Cuaderno 2

El Fondo Emprender podrá recibir en calidad de Dación en Pago los bienes adquiridos por las empresas financiadas por el programa, siempre y cuando estos bienes se encuentren en buen estado, de conformidad con lo que establezca el manual de financiación. (...)”²⁶ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

La anterior disposición para la fecha de expedición del acto administrativo, ya había sido modificada por el artículo 2° del Acuerdo 08 de 2010, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 21. CONTROL Y EVALUACIÓN DE LA INVERSIÓN. <Acuerdo derogado por el artículo 33 del Acuerdo 6 de 2017>. Artículo modificado por el artículo 2 del Acuerdo 8 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> El Gerente Administrador de Recursos del Fondo Emprender, deberá realizar la interventoría permanente a los planes de negocio financiados y presentar informes cada dos meses de avance de ejecución de los mismos al Supervisor del convenio, a la Junta Administradora del Fondo Emprender y al Coordinador del Grupo de Emprendimiento, Empresarismo y Fondo Emprender.

Adicionalmente, debe presentar un informe anual consolidado sobre los resultados obtenidos por los planes de negocio beneficiados con los recursos del Fondo Emprender, el cual contendrá, entre otros, los indicadores de gestión propuestos en los planes de negocio. **El cumplimiento de los indicadores de gestión servirá de soporte para que el Consejo Directivo Nacional del Sena decida sobre la condonación o el reembolso de los recursos asignados, último caso en el cual el Gerente Administrador de los Recursos del Fondo Emprender deberá realizar las acciones necesarias para la recuperación de los recursos.**

La interventoría realizará el control a los indicadores de gestión y realizará el monitoreo a los indicadores de efectividad empresarial. El nivel de cumplimiento de los indicadores de gestión permitirá determinar el cumplimiento de que trata el numeral 1 del artículo 80 del presente Acuerdo. El monitoreo a los indicadores de efectividad empresarial tiene como fin conocer el estado de avance de las nuevas empresas y no serán requisito para determinar la condonación o el reembolso de los recursos asignados.

El Fondo Emprender podrá recibir en calidad de Dación en Pago los bienes adquiridos por las empresas financiadas por el programa, siempre y cuando estos bienes se encuentren en buen estado, de conformidad con lo que establezca el manual de financiación. (...)”²⁷ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En ese contexto, para el Despacho es evidente que la Administración al invocar ambas normas en la resolución, ello obedeció tanto al incumplimiento a los indicadores gestión, como a la normativa vigente y/o al acuerdo contractual suscrito, por lo que dicha determinación no resulta contraria a lo antes transcrito, pues el propósito de la financiación de los planes de negocio es garantizar la sostenibilidad de la inversión de los recursos públicos entregados, a través de un encargo fiduciario.

Así las cosas, el Despacho no considera vulnerado el artículo 21 del Acuerdo 004 de 2009, modificado por el artículo 2° del Acuerdo 08 de 2010 y, en general, advierte que no se configuró la causal de nulidad referida al haber expedido el acto administrativo, porque la señora Ana Milena Cadena Sastoque incumplió

²⁶ Consulta efectuada en la dirección, https://normograma.sena.edu.co/normograma/docs/acuerdo_sena_0004_2009.htm

²⁷ Consulta efectuada en la dirección, https://normograma.sena.edu.co/normograma/docs/acuerdo_sena_0004_2009.htm

con los indicadores de gestión, así como lo acordado en el Contrato de Cooperación Empresarial Derivado N° 2101244.

En el expediente digital sobresale el Informe de Seguimiento Consolidado suscrito por la Coordinadora de Interventoría y la Gerente de Interventoría, en el cual se pueden evidenciar los siguientes hallazgos en las cuatro visitas realizadas durante los días 29 de junio de 2010, 12 de febrero, 13 de junio y 15 de diciembre de 2011:

En lo atinente a los indicadores de gestión, puntualmente respecto del denominado Gestión en la Generación de Empleo, se observan las siguientes circunstancias: i). – que respecto a la señora Leidy Viviana Leguizamón Moreno la empresa no canceló las prestaciones sociales correspondientes a la liquidación, ii). – frente a la señora Francy Isabel Ceballos Hincapié tampoco estaba acreditado el pago de la liquidación, y iii). – estaba pendiente el soporte de la persona en condición de vulnerabilidad.

No obstante, este indicador de gestión la interventoría le asignó una calificación de efectivo, bajo la siguiente fórmula:

$$\text{Indicador Empleo} = \frac{\text{Empleos directos generados}}{\text{Empleos directos programados}} = \frac{5}{6} = 83,33\% \text{ [Efectivo]}$$

28

De otra parte, en cuanto al indicador de gestión en la ejecución presupuestal la interventoría concluyó que la emprendedora hizo uso del 100% de los recursos asignados, así:

$$\text{Indicador Mercadeo} = \frac{\text{Número de eventos realizados}}{\text{Número de eventos programados}} = \frac{6}{6} = 100\% \text{ [Eficiente]}$$

29

En lo que atañe al indicador de gestión en mercadeo, la interventoría arribó a la conclusión de que la empresa contaba con material publicitario, como tarjetas de presentación, página web www.logistica3.com, portafolio de servicios, folleto, y que participó en tres (3) ferias, con una calificación de eficiente:

$$\text{Indicador Mercadeo} = \frac{\text{Número de eventos realizados}}{\text{Número de eventos programados}} = \frac{6}{6} = 100\% \text{ [Eficiente]}$$

30

Sin embargo, en torno a los indicadores de gestión en ventas y producción la interventoría evidenció la siguiente situación de la empresa:

- Que las ventas proyectadas en el plan de negocios durante el primer año fueron de \$274.478.587, pero que la empresa inició la prestación de servicios en el mes de enero de 2011 y a enero de 2012 facturó la cantidad de \$68.405.972. Igualmente, la interventoría dejó constancia que la empresa no canceló el impuesto a las ventas en los periodos 04, 05 y 06 del 2011, y además no anexó soporte de la declaración del primer bimestre del 2012, por lo que en su momento solamente se tuvieron en cuenta las ventas sobre las cuales se pagó el impuesto debido que correspondían a \$10.286.031.

²⁸ Imagen extraída del archivo digital denominado “34705-Informe de seguimiento consolidado” contenido en la carpeta titulada como “ACTAS DE SEGUIMIENTO” incorporado en el CD-R obrante a folios 431 del Cuaderno 3

²⁹ *Ibidem*

³⁰ *Ibidem*

$$\text{Indicador Financ} = \frac{\text{Meta lograda}}{\text{Meta programada}} = \frac{10.288.031}{274.478.567} = 3.74\% \text{ [Deficiente]}$$

31

- Que en el plan de negocios se proyectó la producción de 6.733 toneladas durante el primer año. No obstante, la empresa prestó el servicio de almacenamiento y distribución de 2.655 toneladas y 75 servicios de diseño de estándares de habilitación, de acuerdo a la información suministrada por la emprendedora hasta el mes de diciembre de 2011.

$$\text{Ind. Producción} = \frac{\text{Unidades producidas}}{\text{Unidades proyectadas a producir}} = \frac{2.750}{6.733} = 40.54\% \text{ [Ineficiente]}$$

32

Y frente al indicador de gestión comercial la interventoría determinó que en el plan de negocios se proyectó que el contacto se realizaría a cincuenta (50) clientes, y que la emprendedora suministró una plantilla de 68 contactos comerciales, así:

$$\text{Indicador Comercial} = \frac{\text{Número de clientes contactados}}{\text{Número de clientes proyectados}} = \frac{68}{50} = 136\% \text{ [Eficiente]}$$

33

Finalmente, la interventoría analizó el ítem de sostenibilidad de la empresa, en la cual observó en los registros financieros una pérdida para el mes de diciembre de 2011 de \$69.146.867. Por ende, observó que si bien la empresa durante trece (13) meses generó ingresos por un valor de \$68.405.972 y que equivalen a un promedio de ingresos mensuales de \$5.261.972, dicho promedio no cubría totalmente los costos y gastos de operación y venta, motivo por el cual puso de presente que ello conllevaba a que incumpliera con el pago de las obligaciones del IVA, dado que presentaba un saldo de \$5.280.255 pendiente por cancelar a la DIAN por concepto del IVA generado en las ventas.

Basado en los anteriores hallazgos, la interventoría dio como recomendación al Consejo Directivo al Consejo Directivo del SENA ordenar el reembolso o no condonación de los recursos.

Entonces, es claro que de acuerdo a lo consagrado en las precitadas normas, la aquí demandante no logró demostrar que para ese momento cumplía a cabalidad no solamente con los indicadores de gestión de ventas y producción, pues aun cuando con posterioridad allegó al presente medio de control consultas de certificados al día de los impuestos a las ventas de los años gravables 2011 y 2012³⁴, lo cierto es que al momento de la inspección por parte de la interventoría estaba pendiente el pago de los periodos 04, 05 y 06 del 2011, y que tampoco había anexado soporte de la declaración del primer bimestre del 2012.

Para el Despacho, el hecho de que el acto demandado se fundamentara en el informe de la interventoría, como en el listado anexo de seguimiento a setecientos veinticuatro negocios, el cual forma parte de la Resolución N° 0007 de 2015, no constituye la causal de nulidad alegada, pues de allí se observa claramente que la Administración no solamente fundó la decisión de reembolso de los recursos asignados, sino que además hizo alusión al incumplimiento a lo determinado en cada uno de los contratos de cooperación empresarial suscritos con los beneficiarios.

De manera que, la administración al incluir el seguimiento de los planes de negocios, se entiende incorporado lo dicho por la interventoría en el cual hizo

³¹ Ibid

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Folio 509 del Cuaderno 3

hincapié en el hallazgo de la sostenibilidad de la empresa, planteado de la siguiente manera:

“[l]a empresa, no logra sostenibilidad esperada, atribuible a la gestión del emprendedor, en el contrato de cooperación empresarial se establece claramente como compromiso, “realizar todas las acciones necesarias para que la empresa que se crea como producto del apoyo al plan de negocios presentado, logra la sostenibilidad en corto, mediano, y largo plazo”, “no dio cumplimiento total a los compromisos pactados en la última acta de seguimiento realizada por la interventoría (sic). Conclusión y recomendación la interventoría recomienda al consejo directivo del sena otorgar el reembolso no condonación de los recursos, orientando el recaudo del crédito conforme a lo establecido en el contrato de cooperación empresarial y las normas del fondo emprender. (...)”³⁵

Entonces, la administración frente a este panorama fundó el acto administrativo en una normativa que no resulta contraria al régimen legal aplicable al Contrato de Cooperación Empresarial Derivado N° 2101244 vigente para la época, en particular, el artículo 21 del Acuerdo 004 de 2009 modificado por el artículo 2° del Acuerdo 08 de 2010.

Lo anterior, a su vez permite sostener que dicho acto administrativo estuvo precedido de diferentes visitas por parte de la interventoría, lo que demuestra que de ninguna manera se desconoció el debido proceso administrativo y, en últimas, el acto administrativo goza de legalidad al constatarse que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA –, con apoyo en lo informado por FONADE, en su condición de Gerente Administrador de los recursos del Fondo Emprender, puso de presente que un total de setecientos veinticuatro (724) planes de negocios beneficiados con estos recursos, no dieron cumplimiento a los indicadores de gestión, ni a los parámetros fijados por las normas vigentes, como tampoco a lo determinado en cada uno de los contratos de cooperación empresarial.

Por lo anterior, no resulta razonable acoger la anulación de la Resolución N° 00007 de 2015, ni la respuesta dada al recurso de reposición formulado por la ciudadana, pues no son contrarios a las normas por las cuales se demanda la nulidad.

El Despacho agrega que tampoco es factible acceder a las pretensiones, debido a que la señora Ana Milena Cadena Sastoque no logró demostrar que durante la vigencia del Contrato de Cooperación Empresarial Derivado N° 2101244 contaba con sostenibilidad financiera, pues contrario a lo afirmado en la demanda, si bien la beneficiaria pudo haber superado el incumplimiento de las obligaciones laborales y tributarias con posterioridad a la culminación de la duración del precitado contrato, lo cierto es que de las visitas que a continuación se relacionan, se reflejan unos pasivos superiores a los recursos asignados al Plan de Negocios de la emprendedora.

En efecto, se tiene que el Contrato de Cooperación Empresarial Derivado N° 2101244 tuvo una vigencia de un (1) año, con una prórroga de cuatro (4) meses, lapso comprendido entre el 10 de agosto de 2010 y el 1° de diciembre de 2011, en donde se advierte la existencia de los siguientes pasivos, así:

³⁵ Ver observaciones registradas en el listado anexo de la Resolución 00007 de 2015 obrante a folios 231 del Cuaderno 2

- Reunión del 27 de julio de 2011³⁶ aparece como reporte de la información de los estados financieros al 31 de marzo de 2011, que la empresa presentaba un valor de pasivos por \$88.001.957.

- Reunión del 30 de agosto de 2011³⁷ aparece como reporte de la información de los estados financieros al 30 de junio de 2011, que la empresa presentaba un valor de pasivos por \$92.703.335.

- Reunión del 23 de noviembre de 2011³⁸ aparece como reporte de la información de los estados financieros al 30 de junio de 2011, que la empresa presentaba un valor de pasivos por \$86.472.744.

- Reunión del 18 de enero de 2012³⁹ aparece como reporte de la información de los estados financieros al 30 de noviembre de 2011, que la empresa presentaba un valor de pasivos por \$121.258.972.

- Reunión del 27 de marzo de 2012⁴⁰ aparece como reporte de la información de los estados financieros al 31 de diciembre de 2011, que la empresa presentaba un valor de pasivos por \$121.681.234.

Las actas de las precitadas reuniones permiten restar mérito probatorio al documento fechado del 2 de marzo de 2012⁴¹, procedente del Subdirector del Centro de Servicios Financieros de la Regional del Distrito Capital del SENA, Jorge Alberto Betancourt Rodríguez, que avala unos informes presentados por los asesores de emprendimiento que dan cuenta que la empresa Logística3 S.A.S., presentaba para esa época unas adecuadas perspectivas de sostenibilidad, lo cual resulta contradictorio con lo anteriormente reseñado en los estados financieros, que registran pasivos mayores a los recursos asignados al plan de negocios de la señora Ana Milena Cadena Sastoque.

Por lo tanto, dicha certificación resulta insuficiente para desvirtuar la legalidad de la Resolución N° 00007 del 2015 y del oficio emitido por la administración frente al recurso de reposición, en razón a que el Consejo Directivo Nacional hizo uso de la potestad de ordenar el reembolso de los recursos asignados o la no condonación de los mismos al evidenciar que la Empresa no logró obtener la sostenibilidad financiera esperada.

En consecuencia, el vicio de nulidad no se cristaliza por cuanto el acto administrativo no infringió la norma aludida.

4.2. – De la expedición irregular del acto administrativo por violación del debido proceso

La demandante alegó que el acto administrativo fue expedido en contravención del debido proceso, porque no le comunicaron los informes de la interventoría y no tuvieron en cuenta los soportes que acreditaban el cumplimiento del Contrato de Cooperación Empresarial Derivado N° 2101244.

De acuerdo a lo expuesto, de ninguna manera salta a la vista el desconocimiento del debido proceso, habida cuenta que las actas mencionadas se encuentran suscritas por la misma beneficiaria Ana Milena Cadena Sastoque, por lo que no

³⁶ Folios 10 a 18 del Cuaderno 1

³⁷ Folios 19 a 26 del Cuaderno 1

³⁸ Folios 43 a 50 del Cuaderno 1

³⁹ Folios 343 a 350 del Cuaderno 2

⁴⁰ Folios 351 a 358 del Cuaderno 2

⁴¹ Folio 77 del Cuaderno 1

se configura este vicio de nulidad.

Además, la expedición del acto administrativo siguió a cabalidad el régimen aplicable para este tipo de Contratos, por cuanto realizó el acompañamiento, asesoramiento y seguimiento de los indicadores de gestión desarrollado en el Manual de Financiación del Fondo Emprender⁴², así como lo dispuesto en los numerales 8° y 9° del artículo 1° de la Resolución N° 02510 de 2009⁴³. Tampoco se observa que se hayan desconocido los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para su formación y expedición, pues el Consejo Directivo Nacional fue dotado de determinadas competencias para adoptar decisiones de carácter obligatorio, y que en efecto al constatar el incumplimiento de los indicadores de gestión, y la carencia de sostenibilidad financiera de la empresa, debía producir dicha decisión de reembolso de los recursos asignados al plan de negocios de la señora Ana Milena Cadena Saldaña con la plena observancia de los requisitos formales previstos para ese fin.

Por todo lo anteriormente expuesto, este Despacho considera que la Resolución N° 0007 de 30 de noviembre de 2015 “*Por la cual se aprueba el reembolso o no condonación de recursos asignados por el Fondo Emprender*”, expedida por el Consejo Directivo Nacional del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA y, la respuesta contenida en el Oficio N° 2-2017-000785 del 3 de febrero de 2017⁴⁴, por medio del cual resolvió el recurso de reposición formulado contra el anterior acto administrativo, en el sentido de mantener lo decidido en el mismo, se encuentran ajustadas a lo dispuesto en el artículo 2° del Acuerdo 08 de 2010, que modificó el artículo 21 del Acuerdo 004 de 2009, y guarda conexidad con la garantía del debido proceso administrativo.

5.- Costas

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, prescribe que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y que cuando se establezca que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal habrá lugar a ello. En este caso, el juzgado considera que no hay lugar a condenar en costas a la demandante Ana Milena Cadena Sastoque, pues si bien resultó vencida en esta controversia judicial, su postura no emerge como un ejercicio abusivo del derecho de acción.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Oral – Sección Tercera del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de mérito denominada “*incumplimiento de la demandante frente a las obligaciones derivadas del Contrato de Cooperación Empresarial N° 2101244*”, formulada por el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE**, actualmente denominado **EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DE DESARROLLO TERRITORIAL – ENTERRITORIO**.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda de controversias contractuales interpuesta por la señora **ANA MILENA CADENA SASTOQUE**, en contra del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA** – y del **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE**, actualmente

⁴² Ver folio 285 del Cuaderno 1

⁴³ Folios 299 a 304 del Cuaderno 1

⁴⁴ Folios 263 a 265 del Cuaderno 2

denominado **EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DE DESARROLLO TERRITORIAL – ENTERRITORIO.**

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Por Secretaría liquidense los gastos procesales causados, devuélvase el monto remanente por gastos procesales a la parte actora si los hubiere. Una vez cumplido lo anterior **ARCHÍVESE** el expediente, dejando las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
 Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.**

DMAP

DEMANDANTE	asistenciayrepresentacionlegal@gmail.com;
DEMANDADOS	notificaciones.judiciales@fonade.gov.co; notificacionesjudiciales@sena.edu.co; servicioalciudadano@sena.edu.co; jalviz@fonade.gov.co; presidencia@rgabogados.com.co; notificaciones.judiciales@enterritorio.gov.co; radicacionescorrespondencia@enterritorio.gov.co; quejasyreclamos@enterritorio.gov.co; gerencia@planesglobalessas.com.co; jmartin4@enterritorio.gov.co; epbello@sena.edu.co.
ANDJE	procesos@defensajudicial.gov.co; buzonjudicial@defensajudicial.gov.co.
MIN. PÚBLICO	mferreira@procuraduria.gov.co;

Firmado Por:

**HENRY ASDRUBAL CORREDOR VILLATE
 JUEZ CIRCUITO
 JUZGADO 038 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA-CUNDINAMARCA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0ee3cfe750d3cc4441b8c26f195469ebce2e5ce77160a5222fb5f041b08da4dc**
 Documento generado en 22/06/2021 04:25:09 p. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>