

Notificada por:
Estrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE

RESOLUCIÓN NÚMERO 005110 DE 2011

28 NOV 2011

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el representante legal de la sociedad Gamaservicios Ltda., contra la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, mediante la cual se declaró el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hizo exigible la cláusula penal pecuniaria y se declararon unos siniestros".

EL SECRETARIO GENERAL DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial de las atribuidas por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el artículo 50 numeral 1º del Código Contencioso Administrativo, por la Resolución número 003676 del 26 de septiembre de 2011, y

CONSIDERANDO:

Que el Ministerio de Transporte suscribió el 31 de julio de 2008 el Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios con la sociedad GAMESERVICIOS LTDA., cuyo objeto es: "Prestación del servicio de aseo para las sedes del Ministerio de Transporte en Bogotá."

Que de conformidad con lo establecido en la Cláusula Quinta, el valor del citado contrato se fijó en la suma de UN MIL CUATROCIENTOS CUATRO MILLONES CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS (\$1.404.169.860,00) MONEDA CORRIENTE, incluido IVA y todos los costos derivados de la ejecución del mencionado contrato.

Que como vigencia del referido contrato, se estableció en la Cláusula Cuarta lo siguiente: "Para todos los efectos legales a que haya lugar, la vigencia del presente contrato será por el término de ejecución del mismo y cuatro (4) meses más, siendo su término de ejecución de veinticuatro (24) meses, contado a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación, firmada entre el Interventor designado por el **MINISTERIO** y el **CONTRATISTA**, la cual se suscribirá dentro de los tres (3) días calendario siguientes al envío de la comunicación de legalización del contrato que le haga el Secretario General al interventor del mismo, previo perfeccionamiento y aprobación de las respectivas garantías por parte del Secretario General del Ministerio y acreditación de encontrarse al día en el pago de aportes parafiscales relativos con el Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del SENA, ICBF, y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda."

Que la citada sociedad en su condición de contratista del Estado constituyó la Póliza de Seguro de Cumplimiento a favor de entidades estatales número 15-44-101013132 del 31 de julio de 2008, por medio de la cual se garantiza al Ministerio de Transporte de los amparos de cumplimiento del contrato,

MA

my

Continuación de la Resolución "por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el representante legal de Gamaservicios Ltda., contra la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, mediante la cual se declaró el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hizo exigible la cláusula penal pecuniaria y se declaró la ocurrencia de algunos siniestros".

pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales y calidad del servicio, la cual fue aprobada el día 31 de julio de 2008 por esta entidad.

Que el día 4 de agosto de 2008, se suscribió el acta de iniciación del referido contrato entre el representante legal suplente y la interventora del mismo, señora Lester Genny Gómez Cano.

Que de conformidad con lo dispuesto por la CLÁUSULA TERCERA – ALCANCE DEL SERVICIO, el servicio de aseo se prestará en los siguientes términos y condiciones:

"1) El servicio de aseo será prestado en turnos de cuarenta y ocho (48) horas semanales, en cada una de las sedes y bienes, como se describe en la cláusula anterior, con personal idóneo para la prestación del servicio, debidamente uniformado, y demás elementos apropiados necesarios para un efectivo desempeño en el cumplimiento del contrato, que garantice un excelente servicio en todas las instalaciones interiores y exteriores del **MINISTERIO**, para lo cual deberá tenerse en cuenta las obligaciones del servicio descritas en el numeral 1.5.1 del pliego de condiciones de la Licitación Pública LP-SAF- 008 de 2008; 2) El servicio de aseo corresponde a las labores inherentes a dicha función y se prestará de conformidad con las actividades descritas en el pliego de condiciones de la licitación mencionada anteriormente; 3) El **CONTRATISTA** suministrará los insumos y equipos ofrecidos de acuerdo con el numeral 1.5.5 del mencionado Pliego de Condiciones de la Licitación Pública LP-SAF-008 de 2008; (...)"

Que adicionalmente en la Cláusula Octava, relativa a las obligaciones a cargo del **CONTRATISTA**, se estableció:

"En desarrollo del presente contrato el **CONTRATISTA** se compromete para con el **MINISTERIO** además de los deberes previstos en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, a: 1) Prestar el servicio de aseo, de conformidad con lo estipulado en el pliego de condiciones de la Licitación Pública número SAF-008 de 2008 y la propuesta de fecha 27 de junio de 2008. 2) Emplear personal idóneo y calificado dotándolo de los elementos necesarios para la ejecución del objeto del presente contrato, de conformidad con las condiciones técnicas para la prestación del servicio contratado. 3) Suministrar los materiales e insumos para el aseo, la cafetería, la maquinaria y el equipo necesario para la correcta prestación de dicho servicio de acuerdo con el pliego de condiciones de la licitación mencionada y la propuesta presentada por el **CONTRATISTA**. (...) 5) **Acreditar** el encontrarse al día con el pago de aportes parafiscales, relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, circunstancia que deberá ser verificada mensualmente por la interventora del presente contrato, durante la ejecución y liquidación del mismo, exigiendo certificación expedida por el Revisor Fiscal, cuando se requiera por Ley, o por Representante Legal, según el caso. **El incumplimiento de estas obligaciones dará lugar a las sanciones pertinentes.** (Resaltado fuera de texto). (...) 10) Pagar los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales del personal que haya de emplear para la ejecución del presente contrato. (...) **El incumplimiento de estas obligaciones dará lugar a las sanciones pertinentes.**" (Resaltado fuera de texto).

Que en el mismo sentido, se pactó en la Cláusula Décima – Salarios y Prestaciones Sociales, lo siguiente:

Continuación de la Resolución "por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el representante legal de Gamaservicios Ltda., contra la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, mediante la cual se declaró el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hizo exigible la cláusula penal pecuniaria y se declaró la ocurrencia de algunos siniestros".

"El **CONTRATISTA** se obliga al cumplimiento oportuno de todas las normas laborales legales y convencionales vigentes y al pago de todos los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones y aportes parafiscales que ellas establezcan en relación con los empleados que haya de utilizar para la prestación del servicio de aseo (...)"

Que el Subdirector Administrativo y Financiero puso en conocimiento de esta Entidad, los siguientes hechos:

"Ante hechos constitutivos de un presunto incumplimiento en la ejecución del contrato por parte del contratista GAMASERVICIOS LTDA., cuyo representante legal es el señor Nilsón Castellanos y atendiendo el procedimiento que se describe en el numeral cuarto (4º), capítulo séptimo (7º) del Manual de Contratación del Ministerio de Transporte, se proyectó comunicación al contratista con copia a la aseguradora, solicitándole que se pronuncie sobre los hechos en que se funda el presunto incumplimiento, igualmente se le otorgo (sic) un término de diez (10) días hábiles, plazo en el cual debería aportar las pruebas necesarias para garantizar su derecho a la defensa y el debido proceso. Sin embargo, a la fecha, el señor Nilsón Castellanos no se ha manifestado por ningún medio para atender el requerimiento ante la entidad.

Por lo anterior y teniendo en cuenta la permanencia de los hechos constitutivos de incumplimiento, respetuosamente solicito se estudie la posibilidad de iniciar las acciones pertinentes."

A continuación relaciono los hechos materia de un presunto incumplimiento de obligaciones de carácter legal y convencional, según comunicación de esta entidad con número de radicado MT: 20113220354361 del 21 de julio de 2011, así:

"(...)"

- A la fecha está pendiente de pago **las liquidaciones de todos los trabajadores** del mencionado contrato que ascendía al (7) de marzo aproximadamente a la suma de sesenta millones de pesos M/Cte. (\$60.000.000.00), valor que se comprometió a cancelar entre el 15 y el 20 de marzo del año en curso, remitiendo a la Subdirección Administrativa y Financiera, los Paz y salvos mediante copia de la liquidación firmada por cada uno de los trabajadores una vez se realizaran los pagos respectivos.
- De igual manera se comprometió de enviar vía correo electrónico el día siete (7) de marzo la fotocopia de la planilla asistida correspondiente al periodo de noviembre de 2010, donde se pueda establecer que se encuentra a paz y salvo por concepto de seguridad social y parafiscales con todos los trabajadores vinculados mediante Contrato 046 de 2008.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se evidencia el presunto incumplimiento de la ley y de las obligaciones de carácter convencional señaladas en el numeral 10) de la Clausula Octava - Obligaciones del Contratista y en la Clausula Décima relativa a los Salarios y Prestaciones Sociales.

Queda (...) "

[Handwritten signature]

Continuación de la Resolución "por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el representante legal de Gamaservicios Ltda., contra la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, mediante la cual se declaró el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hizo exigible la cláusula penal pecuniaria y se declaró la ocurrencia de algunos siniestros".

Que teniendo en cuenta que era necesario garantizar el debido proceso establecido en el artículo 29 de nuestra Constitución Política, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en virtud del cual se estableció: "El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales (...)", al oficio de citación se adjuntó copia del Memorando número 20113220156473 del 9 de septiembre de 2011, suscrito por el Subdirector Administrativo y Financiero, mediante el cual pone en conocimiento de esta Oficina Asesora sobre un presunto incumplimiento de obligaciones derivadas del Contrato 046 de 2008, suscrito con GAMESERVICIOS LTDA., del Oficio con radicado MT No. 20113220430451 del 29 de agosto de 2011, dirigido a Seguros del Estado y por último del Oficio con radicado MT No. 20113220354361 del 21 de julio de 2011 dirigido al representante legal de GAMESERVICIOS LTDA., suscritos por el Subdirector Administrativo y Financiero del Ministerio de Transporte.

Que como consecuencia de las razones de incumplimiento citadas anteriormente, el Ministerio previa citación al contratista, efectuada mediante Oficio número 20111330501561 del 7 de octubre de 2011, llevó a cabo una Audiencia Pública para garantizar el debido proceso el 26 de octubre de 2011 a las 8:30 horas, en el Auditorio "Modesto Garcés", ubicado en el tercer piso del Edificio del Ministerio de Transporte (Avenida El Dorado - CAN).

Que una vez realizada la citada Audiencia en la cual, previo desarrollo del procedimiento establecido, se dio lectura inicialmente a los presuntos incumplimientos del contratista, de acuerdo con lo informado por el Subdirector Administrativo y Financiero, luego se le otorgó la palabra al representante legal del Contratista para que presentara sus descargos, controvirtiera las pruebas allegadas por el Ministerio y, adicionalmente aportara las pruebas que sustentan sus alegatos.

Que de dicha audiencia se elaboró el acta correspondiente, en la cual consta lo debatido en ella.

Que una vez evaluados los argumentos planteados por el representante legal y analizados los documentos aportados por el señor Nilson Yesid Castellanos Guerra durante la Audiencia, el Ministerio de Transporte procedió a tomar la decisión correspondiente con fundamento en lo dispuesto por la Cláusula Décima Tercera del contrato - Cláusula Penal Pecuniaria, en el sentido de dar cumplimiento a la misma, esto es, en primera instancia declarar el incumplimiento del contrato, por cuanto el Contratista no cumplió total y oportunamente lo dispuesto por el numeral 10) de la Cláusula Octava - Obligaciones del Contratista, es decir, pagar la totalidad de las prestaciones sociales del personal que haya de emplear para la ejecución del contrato; así mismo, también incumplió lo señalado por la Cláusula Décima del contrato - Salarios y Prestaciones Sociales, referente a que el Contratista no dio cumplimiento oportuno a todas las normas laborales, legales y convencionales vigentes y al pago de todas las prestaciones sociales de los empleados que utilizó para el cumplimiento del contrato.

Para el efecto, se tuvo en cuenta lo dispuesto por la Cláusula Décima Tercera, referente a la Cláusula Penal Pecuniaria, la cual se pactó de común acuerdo y consagró lo siguiente:

"(...) En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento de este contrato, el **CONTRATISTA** se hará acreedor a una sanción a título de cláusula penal pecuniaria, equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, suma que se hará efectiva directamente por el **MINISTERIO**, considerándose como pago parcial de los perjuicios que pudieran ocasionársele. El **CONTRATISTA** autoriza al **MINISTERIO** para descontar y tomar el valor de la cláusula penal y de las multas mencionadas en el punto anterior, de cualquier suma que le adeude la Administración por éste (sic) u otro contrato o concepto, sin perjuicio de hacerlas efectivas a través de la garantía única o

Continuación de la Resolución "por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el representante legal de Gamaservicios Ltda., contra la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, mediante la cual se declaró el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hizo exigible la cláusula penal pecuniaria y se declaró la ocurrencia de algunos siniestros".

judicialmente conforme a la ley. El pago o la deducción de las multas, no exonerará al **CONTRATISTA** de terminar la ejecución, ni demás obligaciones derivadas del presente contrato."

Para efectos de determinar el procedimiento jurídico a seguir, se consideró procedente traer a colación, lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, así:

"ARTÍCULO 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

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

Parágrafo Transitorio: Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas."

Adicionalmente, y dada su pertinencia, se citó un aparte del texto jurídico: "LA CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES ESTATALES", Autor Juan Angel Palacio Hincapié, que sobre el tema de las multas, consagra:

"Al hablar de las cláusulas exorbitantes, se hace referencia al poder sancionatorio de la Administración que le permite ejercer el control y dirección del contrato para que el objeto de éste se cumpla en la forma prevista, con cumplimiento idóneo y oportuno del mismo. Ese poder de imponer sanciones, dice MANUEL MARÍA DÍEZ, existe fuera del contrato y clasifica las sanciones en pecuniarias, coercitivas y resolutorias. Refiriéndose a las primeras, dice este autor, que tiene un objeto preventivo, "el de intimidarlo" y un fin de reparación del perjuicio sufrido, con lo cual se ubica su concepto en lo que denomina en el régimen contractual colombiano como multas y cláusula penal."

Como complemento de lo anteriormente mencionado, se citó lo dispuesto por el artículo 1592 del Código Civil, así:

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

Continuación de la Resolución "por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el representante legal de Gamaservicios Ltda., contra la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, mediante la cual se declaró el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hizo exigible la cláusula penal pecuniaria y se declaró la ocurrencia de algunos siniestros".

"(...) **Definición.** La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal."

"La estipulación de una cláusula penal en un contrato le concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por el solo hecho de incumplirse la obligación principal; en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de comprobar dicha culpa; en tercer lugar, evita la controversia sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor."

Complementariamente, el artículo 1613 ibidem, consagra:

"Indemnización de perjuicios. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente."

"1. El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o al pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento, pretendiendo éstos últimos ya de manera principal (arts. 1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesoria o consecuencial (arts. 1546 y 1818 del C. C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados. (...)"

No se puede olvidar que: "El fin de la potestad sancionadora es garantizar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos, para lo cual, la ley faculta a la Administración no sólo para dirigir y controlar el comportamiento de su colaborador privado en el seno del contrato, sino también para imponerle sanciones con el propósito de constreñirlo a cumplir sus obligaciones en las condiciones de tiempo, modo y lugar convenidas por las partes." (TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA". Autor Rodrigo Escobar Gil. Primera Edición 1999, Segunda reimpresión 2003)."

Que el Comité Asesor de Licitaciones y Contratos en sesión llevada a cabo el día 26 de octubre de 2011, mediante Acta número 45, acogió la recomendación efectuada por la Oficina Asesora Jurídica y recomendó la declaratoria de incumplimiento del Contrato No. 046 de 2008, de Prestación de Servicios, suscrito entre el Ministerio de Transporte y el contratista Gamaservicios Ltda.

Que en consecuencia, el Ministerio de Transporte expidió la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, mediante la cual se declaró el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hizo exigible la cláusula penal pecuniaria y se declaró la ocurrencia de unos siniestros.

Que el representante legal de la sociedad Gamaservicios Ltda., interpuso dentro del término legal recurso de reposición mediante comunicación con número de radicado de esta entidad 2011-321-080918-2 del 11 de noviembre de 2011.

R.O.

Continuación de la Resolución "por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el representante legal de Gamaservicios Ltda., contra la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, mediante la cual se declaró el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hizo exigible la cláusula penal pecuniaria y se declaró la ocurrencia de algunos siniestros".

Que como argumentos del recurrente se citan a continuación, entre otros, los siguientes:

1. SUPUESTA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA Y DEL DEBIDO PROCESO

Con relación a este aspecto, el recurrente se limita a realizar citas textuales de jurisprudencias de la Corte Constitucional sobre el carácter fundamental del derecho al debido proceso, sin precisar en qué sentido el Ministerio de Transporte no dio plena aplicación a dicho principio.

2. PRESUNTO DESCONOCIMIENTO DE LO SEÑALADO EN EL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El recurrente argumenta que la decisión del Ministerio de Transporte es desproporcionada y, se desconoce lo señalado en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Respecto de los fundamentos de hecho y de derecho planteados por la recurrente, el Ministerio de Transporte se pronuncia en los términos señalados a continuación:

Es claro y no admite ninguna discusión que la facultad legal de las entidades estatales para imponer directamente multas y declarar el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal, se encuentra expresamente señalada en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el cual dispone:

"(...) Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. (...)"

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

Del anterior precepto legal se puede deducir claramente que:

- i) En desarrollo del debido proceso y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, éstas pueden imponer directamente las multas y declarar el incumplimiento del contrato con el fin de hacer exigible la cláusula penal, siempre y cuando estas facultades hubieren sido pactadas en el mismo.

Continuación de la Resolución "por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el representante legal de Gamaservicios Ltda., contra la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, mediante la cual se declaró el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hizo exigible la cláusula penal pecuniaria y se declaró la ocurrencia de algunos siniestros".

- ii) Tal decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado, que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista.

Así las cosas, la decisión del Ministerio de Transporte de declarar el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, suscrito con la sociedad Gamaservicios Ltda., con el propósito de hacer exigible la cláusula penal pecuniaria y declarar la ocurrencia de un siniestro, previstas en la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011 se ajusta a la normatividad legal vigente en materia contractual, pues es claro que la cláusula penal pecuniaria se pactó en el Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios y se le garantizó al contratista el debido proceso con la realización de la Audiencia del Afectado, llevada a cabo el 26 de octubre de 2011 en las instalaciones de esta entidad.

Consecuente con lo anterior, es pertinente tener en cuenta lo expuesto por el doctor Rodrigo Escobar Gil en su libro "Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, Capítulo XIII, en el siguiente sentido:

"Potestades contractuales sancionadoras"

A. GENERALIDADES

(...)

El fin de la potestad sancionadora es garantizar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos, para lo cual, la ley faculta a la Administración no sólo para dirigir y controlar el comportamiento de su colaborador privado en el seno del contrato, sino también para imponerle sanciones con el propósito de constreñirlo a cumplir sus obligaciones en las condiciones de tiempo, modo y lugar convenidas por las partes. (...)

"(...)

D. CARACTERÍSTICAS

*Las potestades sancionatorias participan de las características comunes de las potestades administrativas; es decir, por proceder del Derecho Positivo y estar orientadas a la realización del interés colectivo primario, tienen la connotación de orden público, por consiguiente: son inalienables, **irrenunciables**, intransmisibles e imprescriptibles. Las potestades sancionatorias en el ámbito de los contratos presentan otras particularidades, que nos permitimos exponer a continuación.*

1. Autonomía

Los poderes sancionatorios de la Administración en los contratos, corresponden a una institución propia y específica del Derecho Administrativo, que no tiene paralelo en el Derecho Privado. Los dispositivos que se han elaborado en el marco del Derecho Civil para garantizar los derechos de un contratante frente al incumplimiento del otro, como la resolución del contrato, la indemnización de

Rueda

my

Continuación de la Resolución "por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el representante legal de Gamaservicios Ltda., contra la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, mediante la cual se declaró el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hizo exigible la cláusula penal pecuniaria y se declaró la ocurrencia de algunos siniestros".

perjuicios y la excepción del contrato no cumplido, no son suficientes para salvaguardar el interés público que es el fin de la Administración Pública, lo que impone la necesidad que el Derecho le otorgue a los entes públicos unas facultades sancionadoras, derivadas del ius puniendi del Estado, que les permita actuar coercitivamente sobre el contratista para constreñirlo al más exacto cumplimiento de sus obligaciones. La potestad sancionadora es una institución original del contrato administrativo, que se rige primordialmente por principios de Derecho Público y le proporciona a la Administración Pública los instrumentos jurídicos necesarios para cumplir adecuadamente sus funciones y realizar los fines sociales del Estado.

La configuración de la potestad sancionadora como una institución original, propia y específica del Derecho Administrativo, permite resaltar su condición de orden público, por estar dirigida a garantizar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos (realización de las funciones y fines de las entidades públicas), lo que le imprime los caracteres de inalienable, irrenunciable, intransmisible e imprescriptible. En la regulación legal de los contratos de la Administración Pública, las normas que consagran las potestades sancionadoras tienen la connotación de disposiciones imperativas, que no son susceptibles de derogar por convenios entre las partes, como lo señala el artículo 16 del Código Civil, precisamente por afectar el poder de imperium del Estado y la preeminencia del interés público. La doctrina científica las califica como potestades virtuales, en razón a que su existencia se deriva de la ley y no de una estipulación contractual, lo que permite entender que se encuentran incorporados al contrato, pese al silencio de las partes. (Resaltado fuera de texto)

2. Unilateralidad

La Administración Pública ejerce los poderes sancionatorios en el ámbito de los contratos, unilateralmente, mediante acto administrativo debidamente motivado, **sin necesidad de acudir al juez del contrato**. Esta prerrogativa de la decisión unilateral y ejecutoria la ostentan las entidades públicas para la aplicación de todas las sanciones contractuales, tanto las resolutorias (*caducidad y terminación unilateral*), como las coercitivas (multas) y las pecuniarias (*cláusula penal*) (...)" (*negrilla fuera de texto*)

"(...)

Por lo demás, el ejercicio unilateral de la potestad sancionadora contractual es inherente al privilegio de la decisión previa y ejecutoria del que goza la Administración Pública, como titular del poder de *imperium* del Estado y gestora del interés público, que le permite imponer coactivamente su voluntad sobre los administrados **sin necesidad de acudir a la justicia administrativa**. Si la administración tuviera que acudir al juez del contrato para adoptar las medidas sancionatorias, prácticamente se desvirtuaría la finalidad de éstas que es evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos y

Carulla

my

Continuación de la Resolución "por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el representante legal de Gamaservicios Ltda., contra la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, mediante la cual se declaró el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hizo exigible la cláusula penal pecuniaria y se declaró la ocurrencia de algunos siniestros".

asegurar su prestación regular, continua y eficiente. (...) (Resaltado fuera de texto).

Complementariamente a los argumentos anteriormente planteados, es pertinente traer a colación lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en el siguiente sentido:

"Del contenido del contrato estatal

Art. 40.- Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley a los de la buena administración. (...) (resaltado fuera de texto).

Así las cosas, es claro para el Ministerio de Transporte que la declaratoria de incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, para efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato, efectuada mediante Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011 se adecúa al ordenamiento legal, en especial a la facultad prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, esto es, como potestad sancionadora contractual inherente al privilegio de la decisión previa y ejecutoria del que goza la Administración Pública, como titular del poder de *imperium* del Estado y gestora del interés público, que como se citó anteriormente, le permite imponer coactivamente su voluntad sobre los administrados sin necesidad de acudir a la justicia administrativa.

Lo anterior, en el entendido que adicionalmente se presentan las circunstancias de orden fáctico y legal necesarias para tomar tal decisión y se garantizó al contratista el debido proceso.

Obrar en sentido contrario sería renunciar a la potestad sancionadora contractual atribuida por la ley, que como se citó anteriormente, por ser una institución original, propia y específica del Derecho Administrativo, se constituye en una condición de orden público, por estar dirigida a garantizar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos (realización de las funciones y fines de las entidades públicas), lo que le imprime los caracteres de inalienable, irrenunciable, intransmisible e imprescriptible.

Adicionalmente es claro para el Ministerio de Transporte que una vez conocido el incumplimiento parcial por parte del contratista, esto es, de la sociedad Gamaservicios Ltda., según informe presentado por parte del Subdirector Administrativo y Financiero, según Memorando número 20113220156473 del 9 de septiembre de 2011, la Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica citó al representante legal de la citada empresa a la Audiencia del afectado prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, tal como consta en el Oficio con radicado de esta entidad número 20111330501561 del 7 de octubre de 2011, con el fin de garantizarle el debido proceso y el derecho de defensa,

Queda

my

Continuación de la Resolución "por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el representante legal de Gamaservicios Ltda., contra la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, mediante la cual se declaró el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hizo exigible la cláusula penal pecuniaria y se declaró la ocurrencia de algunos siniestros".

haciendo efectivo así lo ordenado por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, disposición que preceptúa que el debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

Es más, con la comunicación enviada por la Oficina Asesora de Jurídica se les remitió tanto al representante legal de la sociedad Gamaservicios Ltda., como a Seguros del Estado S. A., copia de varios documentos, entre ellos, del informe del Subdirector Administrativo y Financiero, mediante el cual puso en conocimiento del Ministerio los hechos materia de incumplimiento de esa sociedad, los cuales sirvieron como fundamento para tomar la decisión ahora recurrida y fueron de pleno conocimiento tanto del contratista como de su garante, para efectos de poder controvertirlos, presentar los alegatos y las pruebas que consideraran pertinentes durante la Audiencia a la cual fueron citados con la debida antelación.

En el mismo expediente del contrato obran documentos en los cuales consta los requerimientos que le ha efectuado el Ministerio de Transporte al representante legal de la sociedad Gamaservicios Ltda., para que dieran cumplimiento a sus obligaciones de carácter laboral, dentro del término legal, en especial al pago de las liquidaciones e intereses de todo el personal contratado, lo cual evidentemente no ocurrió, pues hasta la fecha el contratista no ha cumplido con el pago de la totalidad de sus obligaciones de carácter laboral como son el pago de la totalidad de las liquidaciones e intereses a todo el personal vinculado mediante el Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, con lo cual se configuró el incumplimiento de la obligación prevista en el numeral 10) de la Cláusula Octava y, de paso, de la Cláusula Décima relativa a Salarios y Prestaciones Sociales.

De conformidad con lo anteriormente expuesto es evidente que el Ministerio de Transporte garantizó en todo momento al contratista y a su garante el debido proceso, dándole la oportunidad de conocer y controvertir las razones de incumplimiento e inclusive se le brindó la oportunidad de rendir descargos, controvertir las pruebas que evidenciaban los incumplimientos y aportar las que considerara pertinentes en la Audiencia del Afectado, razón por la cual lo manifestado por el recurrente carece de toda veracidad y validez.

Complementariamente se le hace saber al representante del contratista que la actuación del Ministerio de Transporte se ajustó a la ley, en especial a los principios que rigen las actuaciones de los entes estatales y la función pública, al debido proceso previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y al procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en cuanto a la clase de sanción impuesta, esto es, la declaratoria de incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, y la declaratoria de ocurrencia de un siniestro derivadas de la ejecución del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, esta se adecúa a lo previsto en la disposición anteriormente mencionada por cuanto los hechos y lo demostrado probatoriamente en la actuación administrativa adelantada sustenta con suficiencia la determinación tomada.

Ahora bien, como quiera que el contratista Gamaservicios Ltda., cumplió el objeto del mencionado contrato en las demás obligaciones de carácter principal pactadas en la Cláusula Octava del mismo, las cuales fueron recibidas a satisfacción, el Ministerio de Transporte con fundamento en lo previsto en el artículo 1596 del Código Civil procederá a rebajar proporcionalmente la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato por falta de cumplimiento de una de sus obligaciones de carácter principal.

Al efecto, dicha disposición consagra:

ChusDL



Continuación de la Resolución "por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el representante legal de Gamaservicios Ltda., contra la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, mediante la cual se declaró el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hizo exigible la cláusula penal pecuniaria y se declaró la ocurrencia de algunos siniestros".

"(...) Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal."

Que el Subdirector Administrativo y Financiero del Ministerio de Transporte mediante Memorando número 20113200209823 del 28 de noviembre de 2011, realizó una estimación de la proporcionalidad de la sanción prevista en el artículo 1º de la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, mediante la cual se declaró el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hizo exigible la cláusula penal pecuniaria y se declararon unos siniestros, documento que forma parte integral del presente acto administrativo.

Que el Comité Asesor de Licitaciones y Contratos mediante Acta número 53 del 28 de noviembre de 2011, impartió la aprobación al ajuste relacionado con la cláusula penal pecuniaria conforme a lo previsto en el artículo 1596 del Código Civil y a los principios de legalidad, justicia, equidad y proporcionalidad de la pena.

Así las cosas, el Ministerio de Transporte considera, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo y los principios de justicia, legalidad, equidad y proporcionalidad, proceder a graduar la pena impuesta mediante Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, tal como se señalará en la parte resolutive del presente acto administrativo.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Decidir el recurso de reposición interpuesto por el representante legal de la sociedad Gamaservicios Ltda., contra la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, por medio de la cual se declaró el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hizo exigible la cláusula penal pecuniaria y se declaró la ocurrencia de un siniestro, en el sentido de modificar el artículo primero de la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, imponiendo como pena el valor de TREINTA MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA MIL CIENTO SETENTA Y CINCO PESOS CON DIECISÉIS CENTAVOS (\$30.640.175,16) valor que corresponde al nueve punto cero nueve por ciento (9.09%) del valor total de la cláusula penal pecuniaria.

ARTÍCULO SEGUNDO: Se le hace saber al representante legal de Gamaservicios Ltda., que el pago de la sanción impuesta mediante el presente acto administrativo, no lo exime del cumplimiento de su obligación como empleador de pagar la totalidad de sus acreencias relacionadas con las liquidaciones de los contratos laborales, intereses y demás emolumentos que corresponda conforme a la ley.

ARTÍCULO TERCERO: La presente decisión se le notifica en Estrados al señor Nilson Castellanos Guerra, representante legal de Gamaservicios Ltda., y a la Compañía Seguros del Estado S.A., de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011.

ARTÍCULO CUARTO: Con el presente acto administrativo queda agotada la vía gubernativa.

K

[Handwritten signature]

Continuación de la Resolución "por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el representante legal de Gamaservicios Ltda., contra la Resolución número 004441 del 26 de octubre de 2011, mediante la cual se declaró el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hizo exigible la cláusula penal pecuniaria y se declaró la ocurrencia de algunos siniestros".

ARTÍCULO QUINTO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLIQUESE Y CÚMPLASE.

Expedida en Bogotá, D. C., a

28 NOV 2011

ALEJANDRO MAYA MARTÍNEZ

Proyectó: ^{S.} William Ignacio Pabón Parrado

Revisaron: Nazly Janne Delgado Villamil – Isabel Cristina Vargas – Amaro Lopera Zuluaga

Archivo: Resolución resuelve recurso incumplimiento Cto 046 de 2008 GammaServ 28-11-11