

REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE

RESOLUCIÓN NÚMERO 004441 DE 2011

( 26 OCT 2011

"Por la cual se declara el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hace exigible la cláusula penal pecuniaria y se declaran 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, así como 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 GAMASERVICIOS 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 CUATROSCIENTOS 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, 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.

asdl

**Continuación de la Resolución "por medio de la cual se declara el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hace exigible la cláusula penal pecuniaria y se declara la ocurrencia de algunos siniestros".**

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 Lesther 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:

"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

*Alonso*

**Continuación de la Resolución "por medio de la cual se declara el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hace exigible la cláusula penal pecuniaria y se declara la ocurrencia de algunos siniestros".**

indemnizaciones y aportes parafiscales que ellas establezcan en relación con los empleados que haya de utilizar para la prestación del servicio de aseo (...).

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.

"(...)"

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

QuDa

**Continuación de la Resolución "por medio de la cual se declara el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hace exigible la cláusula penal pecuniaria y se declara la ocurrencia de algunos siniestros".**

Memorando número 20113220156473 del 09 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 GAMASERVICIOS 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, suscrito 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 el Contratista para que presentaran 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 tendrá 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 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."

*AmDi.*

**Continuación de la Resolución "por medio de la cual se declara el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hace exigible la cláusula penal pecuniaria y se declara la ocurrencia de algunos siniestros".**

Así las cosas, con el fin de determinar el procedimiento jurídico a seguir, se trae 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, dada su pertinencia, citamos a continuación 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.

Ahora bien, como complemento de lo anteriormente mencionado es pertinente tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 1592 del Código Civil, así:

"(...) 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*

**Continuación de la Resolución "por medio de la cual se declara el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hace exigible la cláusula penal pecuniaria y se declara la ocurrencia de algunos siniestros".**

*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 ibídem, 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.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** Declarar el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, suscrito entre el Ministerio de Transporte y el contratista Gamaservicios Ltda., con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato, que corresponde al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, esto es, la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES CUARENTA Y UN MIL NOVECIENTOS VEINTISÉIS PESOS CON OCHENTA CENTAVOS (\$337.041.926,80) MONEDA CORRIENTE, con fundamento en la facultad legal prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y en lo señalado en la Cláusula Décima Tercera del mencionado contrato. ✓

*Queda*

**Continuación de la Resolución “por medio de la cual se declara el incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, se hace exigible la cláusula penal pecuniaria y se declara la ocurrencia de algunos siniestros”.**

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios, suscrito entre el Ministerio de Transporte y el contratista Gamaservicios Ltda., riesgo amparado mediante Póliza número 15-44-101013132 expedida por Seguros del Estado S.A.

**ARTÍCULO TERCERO:** Declarar la ocurrencia del siniestro vinculado al amparo de cumplimiento de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, riesgo amparado también por la Póliza número 15-44-101013132 expedida por Seguros del Estado S.A.

**ARTÍCULO CUARTO:** Una vez en firme el presente acto administrativo, ordenar a la Subdirección Administrativa y Financiera el descuento de la suma a que se refiere el artículo primero de la presente resolución, de cualquier suma que se le pudiere adeudar al Contratista por la ejecución del Contrato número 046 de 2008, de Prestación de Servicios u otro o por cualquier concepto, conforme a la autorización prevista en la Cláusula Décima Tercera del aludido acuerdo negocial.

**ARTÍCULO QUINTO:** La presente decisión se le notifica en Estrados al señor **NILSÓN YESID 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 SEXTO:** Contra el presente acto administrativo procede el recurso de reposición en la vía gubernativa, ante quien suscribe esta providencia, el que se podrá interponer y sustentar en esta Audiencia, de conformidad con lo dispuesto por el literal c del artículo 86, ibidem. ✓

**ARTÍCULO SÉPTIMO:** En firme la presente providencia, publíquese de acuerdo con lo ordenado por el artículo 31 de la Ley 80 de 1993 y comuníquese a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio de Bogotá, esto último conforme a lo señalado en el numeral 6.2 del artículo 6º de la Ley 1150 de 2007.

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

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**26 OCT 2011**

Expedida en Bogotá, D. C., a

**ALEJANDRO MAYA MARTÍNEZ**

Proyectó:  William Ignacio Pabón Parrado

Revisó OJ:  Isabel Cristina Vargas Sinisterra -  Nazly Janne Delgado Villamil

Octubre de 2011