MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
EJÉRCITO NACIONAL

CENTRAL ADMINISTRATIVA Y CONTABLE ESPECIALIZADA CENAC AVIACIÓN

RESOLUCIÒN Nº 210

28 DE FEBRERO DE 2019

POR LA CUAL SE DECLARA LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO, TENIENDO EN CUENTA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRACTUAL INICIADO EN CONTRA DEL S3 INTERNATIONAL LLC., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO DE LA ACEPTACIÓN DE OFERTA No. 250-CENACAVIACION-2018 CUYO OBJETO ES LA "PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE REPARACIÓN DE COMPONENTES HIDRÁULICOS PARA LOS HELICÓPTEROS BLACK HAWK DE LA AVIACIÓN DEL EJÉRCITO NACIONAL".

EL SEÑOR DIRECTOR DE LA CENTRAL ADMINISTRATIVA Y CONTABLE ESPECIALIZADA CENAC AVIACIÓN

En uso de las facultades legales y en especial las que le confiere Resolución N° 1549 del 06 de Marzo de 2015 y la Resolución No. 3715 del 5 de mayo del 2016 y la emanada del Ministerio de Defensa Nacional.

C O N S I D E R A N D O

1. Que el contrato No. 250-CENACAVIACION-2018, estipuló en su CLAUSULA SEXTA un plazo de ejecución hasta el día 30 de noviembre de 2018.
2. Que el valor total del contrato: es hasta por la suma de SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CINCUENTA Y OCHO DÓLARES CON OCHENTA Y DOS CENTAVOS (US $647.058,82).

3. Que el citado contrato No. 250-CENACAVIACION-2018, se encuentran amparado con la Garantía única de Cumplimiento No. 18-44-101057448 anexo 0 expedida por la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., con la siguiente vigencia y valor de los amparos:

GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO			
AMPAROS	**DESDE**	**HASTA**	**VALOR**
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	31/08/2018	30/05/2019	US$129,411.77
CALIDAD DEL SERVICIO	30/11/2018		

		30/11/2019	US$194,117.65
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES	30/11/2018	30/05/2019	US$194,117.65
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL	31/08/2018	30/11/2021	US$32,352.94

4. Que el día 04 de diciembre de 2018 el supervisor del contrato Sr. MY. JHADERSON TORRES ENCISO emite Informe de presunto incumplimiento de la empresa S3 INTERNATIONAL LLC.

5. Que de acuerdo a lo anterior, y con el fin de garantizar los derechos de defensa y contradicción del contratista, inicialmente fue citado a comparecer el día siete (07) de Diciembre de 2018 con el fin de dar inicio a la audiencia de que trata el Art. 86 de la Ley 1474 de 2011, en observancia de lo previsto en el Art. 17 de la Ley 1150 de 2007 y Art. 29 Constitucional, en contra del señor CAMILO ANDRES ANGEL URIBE, identificado con cédula No. 438.275 de Bogotá, en calidad de APODERADO en Colombia de la empresa contratista S3 INTERNATIONAL, LLC., con identificación 2005614-594-546-0),por el presunto incumplimiento del Contrato de prestación de servicios No. 250-CENACAVIACION-2018 cuyo objeto es la "PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE REPARACIÓN DE COMPONENTES HIDRÁULICOS PARA LOS HELICÓPTEROS BLACK HAWK DE LA AVIACIÓN DEL EJÉRCITO NACIONAL".

6. En la oportunidad para rendir descargos el contratista manifiesta a través del Sr. NESTOR DANIEL PEÑA en calidad de apoderado del contratista manifiesta lo siguiente:

Por fuerza mayor o caso fortuito, no es posible entregar los elementos toda vez que al momento de abrir los componentes se evidenciaron daños mayores, por lo cual los tiempos de entrega no son posibles cumplir. Que se solicitó prioridad para dichos elementos realizando todas las acciones tendientes a dar cumplimiento. Sin embargo, MOOG manifestó que existen otros elementos del gobierno americano que tienen prioridad.

Por lo anterior, la situación de retardo se debió a un hecho ajeno a su voluntad y que realmente todo obedece al incumplimiento por parte del taller reparador en estados unidos. Y que los elementos objeto de reparación se les solicito prioridad, pero aún no existe respuesta clara por parte del taller

7. Que el garante no asistió ni a la primera ni segunda audiencia y fue debidamente notificado.

8. Que llegado el día 28 de febrero de 2018 en reanudación de la audiencia tampoco hizo presencia ni se excusó el apoderado de seguros del Estado S.A., y envía en calidad de agente oficioso a la ABG

FANNY AIDEE ZAMUDIO identificada con CC No. 52.709.334, TP No. 204814 del CSJ.

9. Que de acuerdo a lo establecido en el código de comercio la administración es clara la ocurrencia del siniestro tal como se define en su artículo 1072 así: ***"Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado".***

I. DE LAS PRUEBAS OBRANTES EN EL PROCESO

Obran como prueba en el debido proceso, además los documentos reseñados en la citación, las decretadas en audiencia de descargos así:

1. Informe de presunto incumplimiento de fecha 04 de diciembre de 2018 emitido el supervisor del contrato Sr. MY. JHADERSON TORRES ENCISO y sus anexos (Solicitud de prórroga de fecha 26 de noviembre emitida por S3 INTERNATIONAL LLC, Concepto Técnico emitido por el Sr Sargento Segundo GUSTAVO VALBUENA ROJAS- inspector y respuesta a oficio 0843 de fecha 30 de noviembre emitido por el gerente de proyecto).
2. Informe de fecha 31 de diciembre de 2018 emitido por el Sr. Tc. JHADERSON TORRES ENCISO Supervisor del contrato.
3. Testimonio en Audiencia del supervisor del contrato entrante MY JUAN CARLOS SANABRIA (Obrante en grabación magnetofónica).

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

En primer término, debe la entidad pronunciarse respecto de los argumentos presentados por el contratista en lo que tiene que ver con la no entrega del 84,14% del contrato, ya que a lo largo del proceso hizo entrega del 15,86 %, dejando claro que al iniciarlo se encontraba al 0% de ejecución.

Sobre el particular el contratista aduce causales de fuerza mayor, las cuales no fueron probadas en su totalidad conforme a lo establecido en la CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO del contrato la cual versa así:

> ***"CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO:*** *Las partes no serán responsables ni se considera que han incurrido en incumplimiento de sus obligaciones, si se presentaren durante su ejecución circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, de conformidad con las definiciones del artículo 1° de la Ley 95 de 1890. Éste caso fortuito o fuerza mayor, en el evento de presentarse,* ***deberá ser debidamente probado****".*

Así las cosas, debe tenerse en cuenta tal y como consta en el informe de inspección de 30 de noviembre los componentes la documentación aportada por el contratista no es de recibo lo expuesto, toda vez que desde el punto de vista técnico y operacional las fallas encontradas son fallas previsibles.

Por otro lado, cabe resaltar que el contratista solicita prorrogas sin certeza de entrega, ya que los documentos allegados por el taller no señalan fecha cierta de entrega de cada elemento a reparar, y tampoco se comprometen en un tiempo determinado, lo cual deja en estado de incertidumbre a la entidad.

Seguidamente es menester de la administración aclarar que el contrato feneció y al no estar vigente no susceptible de modificaciones o prorrogas.

En aclaración a las posibles consecuencias del procedimiento aplicado por la administración la entidad entra a sopesar la sanción procedente.

Acorde con lo señalado y verificado el estado del proceso, la ejecución del mismo y el presunto incumplimiento que genero el inicio del presente proceso, se evidencia que para la instancia procesal que nos ocupa ya no es procedente la imposición de multa sucesiva puesto que el término para las mismas ya feneció. Sin embargo, la administración en busca del cumplimiento de los fines del estado, podrá imponer la penal pecuniaria conforme a lo establecido en el contrato.

De la cláusula penal pecuniaria se infiere de acuerdo al presupuesto jurisprudencial que se puede imponer una vez se declare el siniestro del contrato bien sea por el incumplimiento o la caducidad del mismo.

De acuerdo con lo anterior, y atendiendo a la solicitud realizada por el asegurador del contrato, es necesario tener en cuenta que el Art. 17 de la Ley 1150 de 2007 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. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato." (subrayado fuera del texto).

En relación a lo anterior y habida cuenta que el contratista no cumple con la totalidad de las obligaciones contenidas en el contrato, debe proceder la Entidad a valorar la necesidad de imponer la sanción de que trata CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. - PENAL PECUNIARIA del Contrato. La cual contempla lo siguiente:

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- PENAL PECUNIARIA: *CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- PENAL PECUNIARIA: El incumplimiento de las obligaciones surgidas en virtud de la ejecución de este contrato serán sancionadas pecuniariamente previo agotamiento del debido proceso establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, de conformidad con las siguientes estipulaciones: a) Si el incumplimiento es total y/o se declara la terminación o caducidad del contrato, EL CONTRATISTA* ***pagará a título de cláusula penal, una suma equivalente al 20 % del valor correspondiente a la parte que se dejó de cumplir o al valor total del contrato, según el caso****. b) Si el incumplimiento es parcial por parte del CONTRATISTA, éste reconocerá y pagará al CONTRATANTE, una suma equivalente al 0.5%*

del valor del contrato por cada día de retardo en el cumplimiento de la respectiva obligación, sin sobrepasar quince (15) días calendario, caso en el cual se procederá la declaratoria de incumplimiento definitivo. PARÁGRAFO PRIMERO: EL CONTRATISTA autoriza a LA CENTRAL ADMINISTRATIVA Y CONTABLE ESPECIALIZADA DE AVIACIÓN a deducir la suma resultante de la cláusula penal del valor del contrato. PARÁGRAFO SEGUNDO: Con el pago de la pena, no se entiende extinguida la obligación principal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1594 del Código Civil. PARÁGRAFO TERCERO: Cuando el monto de los perjuicios supere la tasación acordada en esta cláusula, El M.D.N -EJÉRCITO NACIONAL- CENTRAL ADMINISTRATIVA Y CONTABLE ESPECIALIZADA DE AVIACIÓN se reserva el derecho de reclamar por vía judicial el pago del valor no cubierto. PARÁGRAFO CUARTO: El pago de la pena pecuniaria a que se refiere esta cláusula podrá exigirse por la vía ejecutiva. Si dicho pago no se hubiere efectuado durante el término de duración del contrato, sobre los saldos pendientes a favor del CONTRATISTA se tendrá en cuenta al momento de la liquidación y desde ya el CONTRATISTA autoriza su descuento. PARÁGRAFO QUINTO: RECURSOS INGRESAN AL TESORO NACIONAL: El valor de las sanciones por retardo y de la Cláusula Penal Pecuniaria a que se refiere tanto la cláusula de sanciones, como esta, ingresará al Tesoro Nacional, a través de la Tesorería Principal del Comando del Ejército.

(...)

Por otra parte la H. Corte Constitucional ha sostenido:

> *"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad."* [1]

De acuerdo con las anteriores consideraciones y en el marco del presente debido proceso se evidencia falta de diligencia y certeza del contratista en el cumplimiento del objeto contractual, como la satisfacción de los intereses, servicios y necesidad pública que se pretendió satisfacer con la suscripción del contrato, pues en este caso si bien es cierto se hizo un esfuerzo por entregar a la fecha un 15,86% de elementos reparados objeto del contrato, es claro que persiste la situación de incumplimiento, de manera que representa una afectación grave a la ejecución contractual tal como lo ha señalado. De este modo, y en desarrollo del principio de proporcionalidad ya reseñado deben tenerse en cuenta los criterios de graduación de las sanciones previstos en el Art. 50 de la Ley 1437 de 2011 que establece:

ARTÍCULO 50. GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:

1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.
2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.
3. Reincidencia en la comisión de la infracción.
4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.
5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar

[1] SENTENCIA C-125/03, Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 11(parcial) y el parágrafo segundo (parcial) del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

sus efectos.
6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.
7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente.
8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas

Así las cosas, teniendo en cuenta que la obligación principal se encuentra cumplida en un 15.86 %, vale la pena traer a consideración lo sostenido por el H. Consejo de Estado en Sentencia del 13 de noviembre de 2008, C.P. Enrique Gil Botero a propósito del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria así:

> *"En su más común acepción, el principio de proporcionalidad en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos se traduce en la exigencia de que cualquier limitación introducida por aquél a los derechos de éstos o, en general, al ámbito de libre autodeterminación del individuo, sólo puede ser posible en cuanto resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda o consecución del interés público en virtud del cual la medida en cuestión es adoptada. O, del mismo modo, simplemente se afirma que una determinada decisión administrativa es proporcionada cuando se da la relación de adecuación entre medios elegidos y fines perseguidos, además de una relación de equilibrio entre los diferentes intereses puestos en juego.*
>
> *"Sin embargo, un análisis más detenido del principio que en su sentido amplio se ha descrito, elaborado en primera instancia por la doctrina alemana, conduce a identificar dentro del mismo tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el subprincipio o mandato de adecuación, de idoneidad o de congruencia, por virtud del cual la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas a adoptar por la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el Ordenamiento; el subprincipio o mandato de necesidad, intervención mínima o menor lesividad, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz y menos limitativa que la misma, capaz de satisfacer el fin de interés público al que se ordena; y, en tercer lugar, el subprincipio o mandato de proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien público que la medida prohíja."*

Así mismo, el Art. 3 de la Ley 80 de 1.993 dispone:

> *"Artículo 3º.- De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.*
>
> *Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal,*

implica obligaciones."

De esta suerte, la imposición de la sanción pecuniaria pactada en el contrato, resulta procedente en el presente asunto habida cuenta del incumplimiento parcial pero definitivo de la obligación.

Por todo lo anterior y en mérito de lo expuesto, el Director de la Central Administrativa y Contable especializada de Aviación,

R E S U E L V E

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que el Sr. CAMILO ANDRES ANGEL URIBE, identificado con cédula No. 438.275 de Bogotá, en calidad de APODERADO en Colombia de la empresa contratista S3 INTERNATIONAL, LLC., con identificación 2005614-594-546-0, en calidad de contratista, INCUMPLIÓ CON EL 84,14% de las obligaciones objeto del contrato 250-CENACAVIACION-2018, cuyo objeto es el "PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE REPARACIÓN DE COMPONENTES HIDRÁULICOS PARA LOS HELICÓPTEROS BLACK HAWK DE LA AVIACIÓN DEL EJÉRCITO NACIONAL", según lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: SANCIONAR conforme a lo previsto en la CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. - PENAL PECUNIARIA del contrato No. 250-CENACAVIACION-2018, y como consecuencia de lo anterior, por la suma de TRESCIENTOS SETENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO M/CTE ($370.231.998,00); consistente en pena pecuniaria, equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato. El contratista deberá pagar la suma establecida mediante consignación en la Cuenta Corriente No.110-014-03105-8, Dirección del Tesoro Nacional- Otras Tasas, Multas y Contribuciones no Especificadas Código de Portafolio 156, dentro de los quince (15) días siguientes a la expedición del presente acto administrativo.

ARTICULO TERCERO: **ORDENA** No obstante lo anterior y en virtud del principio de compensación, la suma que se impone a título de penal pecuniaria por el INCUMPLIMIENTO parcial del objeto del contrato, podrá ser descontada del saldo que la Administración adeude a la empresa contratista; en caso de que exista saldo pendiente por pagar a cargo del contratista, lo deberá pagar en la forma establecidos en el artículo segundo de este acto administrativo o se podrá ejecutar el mismo contra la póliza de seguros de acuerdo con lo establecido en el artículo tercero de este acto administrativo y si esto no fuere posible, a través de la jurisdicción coactiva

ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR Como consecuencia de lo anterior, la ocurrencia del siniestro por el incumplimiento del contrato No. 250-CENACAVIACION-2018, cuyo objeto es el "PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE REPARACIÓN DE COMPONENTES HIDRÁULICOS PARA LOS HELICÓPTEROS BLACK HAWK DE LA AVIACIÓN DEL EJÉRCITO NACIONAL" amparado por la póliza de cumplimiento No. No. 18-44-101057448, expedida por la Compañía Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., en la cobertura de cumplimiento por ciento veintinueve mil cuatrocientos once dólares con setenta y siete centavos de dolar) ($US 129,411.77)

ARTÍCULO QUINTO: ORDENAR la devolución de los elementos en el estado en que se encuentren a la Entidad contratante, a la brevedad.

ARTICULO SEXTO ORDENAR adelantar los tramites de liquidación del contrato dentro del término legal, de acuerdo con lo previsto en el Art. 11 de la Ley 1150 de 2007, una vez en firme el presente acto administrativo.

ARTICULO SE SEPTIMO: La presente Resolución queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia de acuerdo con lo previsto en el literal c) del Art. 86 de la ley 1474 de 2011.

ARTICULO OCTAVO: En firme el presente acto administrativo, 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.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Expedida en Bogotá, a los veintiocho (28) días del mes de febrero de 2019

Coronel OMAR ERNESTO ROMERO GONZALEZ
Director Central Administrativa y Contable Especializada CENAC AVIACIÓN
(Ordenador del Gasto)

Elaboró: Abg. Jenifer Camila Ramírez Huertas

Vo. Bo. CT. Jaime Alberto Oviedo Gómez

Vo. Bo. TC. Olimpo Silva Rojas