



GOBERNACIÓN
Departamento Archipiélago de San Andrés,
Providencia y Santa Catalina
Reserva de Biosfera Scaflowen
NIT: 892400038-2

RESOLUCIÓN NÚMERO **007415**
(**07 NOV 2019**)

“por medio de la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa de la resolución 5880 del 19 de julio del 2018”

LA GOBERNADORA (E) DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en uso de sus facultades constitucionales y legales especialmente aquellas contenidas en el artículo 303 de la Constitución Política de Colombia, decreto nacional No. 1222 de 1986, Ley 1437 de 2011, el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, decreto Nacional No. 019 del 2012, el decreto nacional No. 1672 de septiembre 12 de 2019 y demás normas concordantes y

CONSIDERANDO

Que previo proceso de Licitación pública 048 de 2017, publicado en el SECOP, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y el **CONSORCIO VIAL CORALES**, representado legalmente por el señor **CARLOS JULIO RAMÍREZ JAMES**, suscribieron el contrato de obra No. 1880 de 2017, cuyo objeto es la *“REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LAS VÍAS PRIORIZADAS EN EL PLAN VIAL DEPARTAMENTAL EN SAN ANDRÉS ISLAS (VÍAS INTERNAS BARRIO CORALES)*, el cual conto con un término de ejecución de siete (7) meses contados a partir del acta de inicio suscrita el 29 de Diciembre del 2017.

Que de conformidad con lo establecido en el contrato obra **No. 1880 del 2017**, el valor del contrato es la suma de **DOS MIL CIENTO DOCE MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$2.112'182.376.oo)** recursos amparados con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 4518 y 4517 de octubre 20 de 2017, y los Certificados de Disponibilidad Presupuestal de Vigencias Futuras No. 237 y 238 de octubre 20 del 2017, de igual forma, se expidieron los Registros Presupuestales N° 5542 del 29 de diciembre del 2017 y No. 5543 de diciembre 29 de 2017.

Que las garantías constituidas para la ejecución del contrato de obra No. 1880 del 2017 se detallan del siguiente modo:

RESUMEN DE LAS GARANTÍAS			
CONTRATO ORIGINAL: No. 1880 de 2017			
Póliza única de seguro y cumplimiento N°.		75-44-101089010	
Compañía de Seguros:		SEGUROS DEL ESTADO S.A.	
TIPO DE POLIZA	VALOR ASEGURADO	VIGENCIA	
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	422.436.475,20	29-12-2017	29/11/2018
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LEGALES	422.436.475,20	29-12-2017	29/11/2018
BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO	1.056.091.188,oo	29-12-2017	29/11/2018

ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA	1.056.091.188,00	29-12-2017	29/11/2018
TOTALES	2.957.055.326,40		
Póliza única de Responsabilidad Civil N°.		75-40-101029901	
Compañía de Seguros:		SEGUROS DEL ESTADO S.A.	
TIPO DE POLIZA	VALOR ASEGURADO	VIGENCIA	
PREDIOS LABORALES Y OPERACIONES	633.654.712,00	29-12-2017	29-11-2018

Que, teniendo en cuenta el Informe de Interventoría de radicado CC18-0014-2018 fechado del 22 de Julio de 2018, el Departamento Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina, procedió a citar al **CONSORCIO VIAL CORALES 2017** y a la aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, con el fin de dar inicio al proceso administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento contractual, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

Que, como resultado de dicho proceso de carácter sancionatorio, adelantado conforme a las ritualidades estipuladas en el artículo 86 de la ley 174 de 2011, la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina, profirió la resolución No. 5880 del 19 de Julio del 2018 "*por medio del cual se declara incumplimiento total del contrato de obra No. 1880 del 2017*", y a la vez ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula decima sexta del referido contrato, por un valor equivalente al 20% del contrato, acto administrativo que fue notificado en estrados y sobre él cual no se interpuso recurso alguno.

I. DE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA

Mediante escrito del 15 de abril del 2019, radicado en la ventanilla única de correspondencia de la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina islas bajo el número 12540, el Consorcio Vías Corales 2017, a través de apoderado, presentó solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. 5880 del 19 de julio del 2018.

La solicitud de revocatoria directa solicitada se fundamenta, esencialmente en lo siguiente:

"(...)

II. DE LOS DEFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO CAUSALES DE REVOCATORIA DIRECTA DE LA RESOLUCIÓN No. 5880 DEL 19 DE JULIO DE 2018

(...)

A. Ausencia de formalidades esenciales, y con ello la violación al debido proceso y al principio de legalidad."

El despacho, mediante oficio No. 1600 con fecha de envío del 06/07/2018, cita a mi poderdante a la audiencia de Declaratoria de Presunto incumplimiento del contrato No. 1880 de 2017, la cual se realiza sin la presencia de la parte que represento pese a la excusa presentada, la cual no fue atendida favorablemente.

En desarrollo de la audiencia la administración emitió el acto administrativo objeto de la presente petición, acto que desde ya vulnero los lineamientos legales y contractuales exigibles a las partes.

El acto administrativo Resolución 5880 del 19 de julio de 2018, se limitó a enfilear una serie de consideraciones, sin adentrarse al análisis de las pruebas, ni en establecer las precisiones de derecho que amparan su decisión, no obstante haberlas expuesto en el oficio citatorio para la misma. Lo anterior le es exigible a la administración de cara al principio de legalidad y con apego al debido proceso, por cuanto es la única manera de que la parte pueda atacar los motivos o razones del mismo, dejando de lado cualquier ambigüedad que pudiera afectar el ejercicio de dicho derecho.

(...)

Lo anterior evidencia que el acto en su corporeidad no solo debe atender elementos formales sino atender las reglas que imponen los principios aplicables a estos, así pues, se ocluye(sic) que en el acto aquí rogada su revocatoria directa, no solo adolece del análisis de los elementos facticos y sus probanzas, sino que adolece del análisis jurídico necesario para la resolución que tomo la administración departamental, razones suficientes para la prosperidad de nuestra (...)

B. Excepción de contrato incumplido – EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS por parte del Ente Contratante.

En el acto objeto de la presente solicitud de revocatoria, en sus considerados existen situaciones que son ciertas y están probadas, por ende referimos sobre la existencia del contrato, su plazo y otros aspectos resultan superfluos para el caso de marras; no obstante en algunos de estos considerandos, se señaló que el contratista no cumplió con el objeto del contrato, y se pregonaron algunas situaciones de manera parcial, la cual dejó de lado elementos facticos que cambian la lectura de lo señalado por la administración y que por ende, corresponde hacer dichas precisiones en el presente literal, veamos:

(...)

Desde el día 20 de febrero de 2018, mediante correo electrónico el CONSORCIO VIAL CORALES 2017, a propuestas@comcep.com.co, Marco Solano Gerente de Obra del consorcio, pide a Ing. Yaquelin Hernández enviar los estudios y diseños de la obra, con el objeto de avanzar a la etapa de revisión de estos y así poder dar inicio a las obras contratadas, sin que esto fuera solucionado. Elemento de total conocimiento de la administración departamental.

Ante los oficios contentivos de las citaciones a comités de obras y de audiencia de declaratoria de incumplimiento, mi mandante mediante oficios del 4 y 16 de julio de 2018, manifestó la inexistencia de los estudios, planos y diseños de la estructura del pavimento entre otros, todo ello necesarios para el desarrollo de la obra, (obligación a cargo del ente contratante), pues a pesar de haberse realizado el descapote del asfalto de las vías a intervenir, actividades que se adelantaron a petición de la administración departamental, no se contaba con estos diseños, conforme era de total conocimiento de la interventoría, de la supervisión y por supuesto del ente contratante, a quien mi poderdante y la misma interventoría mediante correos electrónicos y oficios distintos había exigido su entrega, y que solo mediante derecho de petición presentado por la interventoría, le allega a la interventoría unos diseños y otros elementos documentales que tenido cabida, mírese que incluso estos documentos corresponden a septiembre de 2018, fecha muy posterior a la declaratoria de incumplimiento.

Las anteriores afirmaciones encuentran eco y soporte en los documentos de citación a audiencia de incumplimiento del 6 de julio de 2018, emitido por la misma secretaria de infraestructura, así como en el oficio del 24 de julio de 2018 (el cual por error señala 2017) en el cual la interventoría alude a la presunta entrega de los diseños definitivos para su análisis, pero que con posterioridad se evidenció que estos no cumplían con las exigencias técnicas de FASE III para el diseño de infraestructura, en otras palabras no existen diseños definitivos para poder adelantar la obra objeto del contrato 1880 de 2017. La situación anterior genero u obligó a que la interventoría en desarrollo de su competencia pidiera a la entidad, la realización de una suspensión con fecha del 25 de julio de 2018 (fecha posterior al acto administrativo de incumplimiento), cuya motivación se supedita a la falta de diseños definitivos por cuanto los existentes se encontraban en etapa de corrección por parte de la Secretaria de Infraestructura, acta que mi poderdante se negó a suscribir por cuanto no se le permitió dejar inmerso en el cuerpo del acta el derecho a reclamar los perjuicios derivados de la espera a la que se vio sometido por la falta de diseños definitivos. Pese a lo anterior, y habiéndose decretado el incumplimiento por la entidad, la interventoría seguía citando a mi poderdante a audiencias o reuniones y mi cliente exigiendo la entrega de los diseños definitivos para continuar con las obras, tal cual se desprende del documento del 1 de agosto de 2018.

(...)

Así pues, con la expedición del acto administrativo Resolución 5880 del 19 de julio de 2018, condicionadas por el cumplimiento de obligaciones de la misma entidad, quien ha la fecha no había cumplido con sus obligaciones contractuales, no resulta necio recordar que el contrato es ley para las partes, por ende, tampoco era viable jurídicamente que la entidad derivara responsabilidad a mi mandante respecto de la mora en la ejecución del contrato y de las obras cuando la misma, obedecía a la falta de diseños que tenía que entregar la entidad contratante, en otras palabras, la misma fue la causante de la mora y no el

contratista. Aspecto que vulnera lo relacionado en el numeral 8 y 9 del artículo 4 del estatuto de contratación.

(...)

Por lo expuesto, encontramos conforme esta probado dentro del proceso contractual que nos ocupa que mi poderdante no pudo continuar con la ejecución del contrato, por cuanto para la realización de las mismas era necesario la entrega de los diseños definitivos por parte del ente contratante, quien a hoy no ha entregado, tal cual se puede colegir de los documentos obrantes al proceso contractual, pues no existe certeza y así se desprende de las manifestaciones de la misma interventoría, que estos no cumplían con las especificaciones de la FASE III, sin que se haga menester volver a referirnos a este asunto, el cual como se indico esta mas que acreditado, por ende, con la resolución objeto de la presente foliatura, se violentó a demás de los postulados del estatuto de contratación, se violento igualmente el principio de planeación, principio predicable de la etapa pre contractual, razones suficientes para revocar la resolución aludida.

C. Improcedencia de la Aplicación de la Clausula Penal Pecuniaria por estar Condicionada, y Contradicción entre el Contrato y los Pliegos, prevalencia de este último.

(...)

Se ha mencionado en los apartes anteriores que la resolución N. 5880 del 19 de julio de 2018 es violatoria de las disposiciones legales, de principios rectores de la gestión administrativa y contractuales, y que estas son defectos tanto de forma como de fondo, correspondiente en este aparte del análisis, señalar que el acto objeto de la presente petición de revocatoria directa, desatiende igualmente de manera flagrante las reglas de la contratación especialmente los pliegos, que se erigen como soporte medular del contrato. Veamos:

La anterior, decisión ciertamente atiende el tenor literal de la cláusula referida propia del contrato de obra 1880 de 2017, no obstante, al hacer una revisión más cuidadosa del contenido del contrato respecto de las disposiciones previstas en los pliegos definitivos, encontramos que lo dispuesto en este último, es distinto a lo expuesto en la cláusula transliterada del contrato, cuyo contenido desatiende, desconoce y violenta lo dispuesto en los mencionados pliegos de condiciones válidas para el proceso contractual respectivo y cuya aplicación resulta imperativa frente al mismo contrato, tal cual lo ha reiterado el honorable Concejo de Estado, en sendos fallos que decantaron dichas situaciones.

Mírese que los pliegos de condiciones Definitivos de la Licitación Pública No. 048 de 2017, condiciona la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, a la declaratoria de caducidad del contrato por incumplimiento, y establece que la pena será equivalente al 10% y no el 20% a la que se condenó al contratista, veamos:

"5.6 CLAUSULA PENAL PECUNIARIA

El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina **hará efectiva al contratista en caso de declaratoria de caducidad** por incumplimiento del contrato, una cláusula penal **equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato** que se considera como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados al Departamento Archipiélago...".

(...)

De lo expuesto, resulta suficiente concluir que para que la administración hubiese podido imponer la cláusula penal pecuniaria a mi poderdante, primeramente debió haber declarado la caducidad del contrato, por cuanto sin esa condición, resulta improcedente dicha declaratoria, como contrariamente lo realizo la administración, y en caso de que se hubiese satisfecha la condición exigida por el pliego, la pena debiera ser equivalente al 10% y no al 20% como lo estableció en el acto administrativo del cual se ruega su revocatoria directa.

(...)

Amén de los antecedentes jurisprudenciales resulta más que suficiente que ante la discordancia entre lo dicho en el contrato de obra 1880 de 20178 y las estipulaciones de los pliegos de condiciones definitivos de la licitación pública No. 048 de 2017, prevalecen los de este último, por ende, se concluye inequívocamente que la aplicación de la cláusula penal pecuniaria solo era viable ante la declaratoria de la caducidad del contrato de obra N, 1880 de 2017, situación que no aconteció en el caso de marras, por ende, dicha parte resolutoria era improcedente. Con lo que claramente, deberá revocarse igualmente el aludido acto administrativo.

En conclusión de todo lo expuesto, y una vez acredita la procedencia de la revocatoria directa, atendiendo para ello, que el acto administrativo RESOLUCION No. 5880 DEL 19 DE JULIO DE 2018, es un acto del contrato, cuyo medio de control es el de controversias contractuales y que conforme a los términos de notificación del acto en comento, no ha operado la caducidad respecto del mismo medio de control referido; por lo tanto, resulta procedente su declaratoria, pues ciertamente de los elementos fácticos expuesto, se concluye inequívocamente que se dan los presupuestos para la adecuación de la causal primera y tercera exigidas por el "Artículo 93. Causales de revocación", del CPACA. En otra palabras, resulta pertinente, conducente y necesario para salvaguardar el debido proceso y el de legalidad, la declaratoria de revocatoria directa del acto tantas veces citado".

Con fundamento en lo anterior, se solicitó al DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, que revoque la Resolución 5880 del 19 de julio de 2018, por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato 1880 de 2017.

II. ANÁLISIS JURIDICO DE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA

La Revocatoria directa, se tiene prevista por el ordenamiento jurídico colombiano, como un mecanismo de control que tiene la propia administración para volver a decidir sobre asuntos de los cuales ya había decidido, en procura de corregir de manera directa o a petición de parte, aquellas actuaciones que resultan contrarias al orden constitucional y legal establecido, así como cuando se evidencia que no cumplen con las expectativas del interés público o social o cuando se causa agravio injustificado a una persona natural y/o jurídica.

En otras palabras, la revocatoria directa es un remedio jurídico contra la ilegalidad de los actos administrativos, pues encontrándose estos en firme, y por ende, presumiéndose su legalidad y ostentando caracteres de ejecutividad y ejecutoriedad, puede la administración pública revocarlos en cualquier momento, pues esta solo pierde competencia para tal decisión cuando se ha proferido auto admisorio de la demanda por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, respecto del o de los actos cuya revocatoria se solicita o se pretende de manera oficiosa.

El tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa, la define como: "La revocatoria es la pérdida de vigencia de un acto administrativo en razón de la declaratoria hecha por el funcionario que lo profirió o su inmediato superior, con base en precisas causales fijadas en la ley".

A. PROCEDENCIA

La revocatoria de los actos administrativos se encuentra establecida en la Ley 1437 de 2011 "Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo", ésta opera para actos administrativos de carácter general o particular, puede revocarse por las autoridades que los hayan expedido, por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, cuando ellos se encuentren en oposición a la constitución política o a la ley.

Al respecto el Honorable Consejo de Estado, dijo:

"2.8. Advierte la Sala que la revocatoria directa es una de las formas como un acto administrativo puede desaparecer de la vida jurídica (Sentencia de 11 de junio de 2014, exp. 19274, M.P. Jorge Octavio Ramírez). Respecto de esta figura, la jurisprudencia ha dicho:

(...).

En nuestro ordenamiento esta figura no tiene una naturaleza jurídica definida. No obstante, del examen de la normativa positiva que la regula (CCA, arts. 69 a 74) se puede concluir que tiene dos modalidades: de un lado, como mecanismo de utilización directa por parte del sujeto pasivo del acto frente a la autoridad que lo produjo o ante su inmediato superior y, de otro, como medida unilateral de la administración para dejar sin efecto decisiones adoptadas por ella misma.

(...).

En el segundo caso, es un mecanismo ya no alternativo sino adicional al de la vía gubernativa, del que puede hacer uso la Administración de manera oficiosa, bajo ciertas circunstancias y limitaciones, para revisar y corregir la manifiesta antijuridicidad, inconveniencia, o el agravio injustificado que cause alguno de sus actos administrativos.

Es, en efecto, un mecanismo unilateral de la administración otorgado por el legislador, con el fin de revisar sus propias actuaciones y, dentro del contexto de la actuación oficiosa, sacar del tránsito jurídico decisiones por ella misma adoptadas" (Sentencia del 3 de noviembre de 2011, radicado 2006-00225-00, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta).

(...).

Mediante esta figura, la administración, de oficio o a solicitud de parte, deja sin efecto los actos administrativos expedidos por ella misma, por las causales y conforme con el trámite consagrado en la ley.

*Por su parte, el Código Contencioso Administrativo, norma aplicable en este asunto, señala que los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, **de oficio o a solicitud de parte**, en cualquiera de los siguientes casos: (i) cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley; (ii) cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él o (iii) cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona (art. 69).*

De acuerdo con el artículo 71 ibidem, la revocatoria directa puede cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos administrativos en firme, o cuando se haya acudido a los tribunales contenciosos administrativos, siempre y cuando en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda.

*El artículo 73 ib, prevé que la administración no puede revocar los actos de contenido particular que hayan **creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría**, sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.*

La exigencia legal contenida en el anterior inciso, se predica de los actos que puedan reputarse como creadores de derechos o de una situación jurídica particular y concreta, es decir, que ofrezcan confianza a su beneficiario de la titularidad de una posición jurídica favorable determinada.

En otras palabras, el acto creador del derecho es aquel en virtud del cual el destinatario resulta favorecido, se reconoce para el administrado una situación jurídica subjetiva de ventaja, una prerrogativa, genera un impacto positivo o favorable respecto de la titularidad de un derecho.

Por esto, es el reconocimiento de un derecho o de una situación jurídica particular y específica favorable, lo que hace que el acto sea revocable o irrevocable, pues la administración no puede desconocer los derechos subjetivos que un acto haya reconocido.

De manera que el requisito del consentimiento expreso y escrito del titular depende que el acto administrativo sea creador de derechos o de una situación jurídica individual.

Lo anterior implica que si el acto no crea un derechos subjetivo o interés legítimo favorable y directo para un particular, podrá ser revocado, en todo o en parte, sin que esté sujeto, para efectos de modificación de sus condiciones y contenido, a lo dispuesto en el artículo 73 del CCA.

Esto, naturalmente, sin perjuicio del principio de favorabilidad, aplicable en caso de sanciones.

(...)

2.10. Para la Sala, el acto que se revoca, no se trata de un acto administrativo que cree o modifique una situación jurídica a favor de Cemex Colombia S.A. o le hubiere otorgado un derecho, en lo que tiene que ver con la sanción impuesta por no haber suministrado la información requerida por el Municipio de San Luis, por lo que resulta indudable que la Administración podía dejarlo sin efectos directamente, sin necesidad de solicitar el consentimiento expreso y escrito de la sociedad.

(...)"

B. OPORTUNIDAD.

El ARTÍCULO 95 del CPACA, señala: OPORTUNIDAD. La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

(...)

El 15 de Abril del 2019, mediante Radicado No. 12540, el Consorcio Vías Corales 2017, a través de apoderado, interpuso solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. 5880 del 19 de julio del 2018.

De acuerdo con esta disposición y como quiera que la solicitud de REVOCATORIA DIRECTA, fue interpuesta en la oportunidad prevista, la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, procederá a resolver la solicitud, decidiendo con base en los argumentos expuestos por el solicitante.

C. CAUSALES DE REVOCACION

"Artículo 93. CAUSALES DE REVOCACIÓN. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona".

Así las cosas, las causales de revocatoria de un acto administrativo se encuentran taxativamente señaladas en la ley, por lo tanto no es de recibo alegar otras causales a las previamente fijadas por el legislador.

De los argumentos expuesto por el apoderado el Consorcio Vías Corales para sustentar la solicitud de revocatoria directa de la resolución No. 5880 del 2018, se encuentran las siguientes:

"Ausencia de formalidades esenciales, y con ello la violación al debido proceso y al principio de legalidad",

El Revocante manifiesta este presunto yerro se originó por la ausencia de algún representante del mencionado Consorcio durante la audiencia de incumplimiento llevada a cabo el 19 de Julio del 2018, esto según él a pesar de las excusas presentadas. Al respecto, es preciso aclarar que la notificación a dicha cita pública se surtió en debida forma y no se presentó alguna solicitud de suspensión o aplazamiento de la misma, sino que con posterioridad a la diligencia, el Consorcio Vías Corales presentó excusas por la inasistencia a la audiencia.

Al respecto traemos a colación el artículo 180 del CPACA:

"(...) Intervinientes. Todos los apoderados deberán concurrir obligatoriamente. También podrán asistir las partes, los terceros y el Ministerio Público.

La inasistencia de quienes deban concurrir no impedirá la realización de la audiencia, salvo su aplazamiento por decisión del Juez o Magistrado Ponente.

3. Aplazamiento. La inasistencia a esta audiencia solo podrá excusarse mediante prueba siquiera sumaria de una justa causa.

Cuando se presente la excusa con anterioridad a la audiencia y el juez la acepte, fijará nueva fecha y hora para su celebración dentro de los diez (10) días siguientes, por auto que no tendrá recursos. En ningún caso podrá haber otro aplazamiento.

El juez podrá admitir aquellas justificaciones que se presenten dentro de los tres (3) días siguientes a la realización de la audiencia siempre que se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito y solo tendrán el efecto de exonerar de las consecuencias pecuniarias adversas que se hubieren derivado de la inasistencia. (...) subrayado fuera de texto original.

Vemos que el ordenamiento jurídico es claro respecto de las consecuencias que se derivan por la inasistencia a las audiencias, señalando que esta situación no afectará el desarrollo de la misma y que las excusas presentadas con posterioridad solo servirán para exonerar de las consecuencias pecuniarias que la inasistencia a la audiencia pueda generar, así las cosas es claro que no existe ninguna vulneración ni al debido proceso ni al principio de legalidad, ya que la actuación adelantada fue notificada en debida forma y con lleno de los requisitos y formalidades de ley.

De igual forma, el procedimiento de carácter sancionatorio administrativo, se rige bajo los efectos del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, que instituyó un régimen de carácter oral y la obligación de adelantar este trámite mediante audiencia pública, veamos:

“ARTÍCULO 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá

notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento."

Así las cosas, la Audiencia celebrada cumplió con todos los parámetros legales, observando las formalidades y por ende el debido proceso, indicando los hechos que dieron lugar al procedimiento, acompañado de los respectivos informes de interventoría y de la supervisión que dieron cuenta del incumplimiento del contratista, documento que se estuvo a disposición del Convocado para que en caso necesario pudiera controvertirlo, o solicitar las pruebas que consideraran convenientes, interponer los recursos de ley, mecanismos de los cuales el Contratante no hizo uso, a pesar de haber sido notificado en debida forma y de conocer la fecha exacta de la mencionada diligencia.

Ahora en lo relacionado con las presuntas falencias del acto administrativo sancionatorio, se tiene que la Resolución N 005880 de 2018, fue expedida con sujeción a la constitución y la ley, ya que fue debidamente motivada y sustentada, con exposición clara de los hechos y las pruebas recaudadas, además se indican las situaciones fácticas y jurídicas que sirvieron de base para imponer la sanción, tasar los perjuicios y para interponer los recursos de ley.

Al respecto traemos a colación la sentencia 00064 del Consejo de Estado:

(...)

En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados "considerandos", deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada.

Siguiendo las lineamientos expuestos por el profesor francés René Chapus en su tratado de derecho administrativo general, el deber de motivar los actos administrativos está orientado a satisfacer tres exigencias: (i) En primer lugar, una exigencia propia de la democracia, toda vez que conforme a ésta se impone a la administración la obligación de dar cuenta a los administrados de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido [Art. 123 C.P. "(..)Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad". Art. 209 C.P. "La función administrativa está al servicio de los intereses generales (ii) En segundo lugar, pone de presente la exigencia de adelantar una "buena" administración; en este sentido, la obligación de motivar los actos administrativos compele

a la administración a realizar un examen acucioso de los fundamentos de las decisiones que proyecta, previniendo, de esta manera, que se adopten decisiones estudiadas de manera insuficiente o de dudosa justificación; y, (iii) en tercer lugar, la motivación de los actos administrativos facilita el control de la actuación administrativa; así, el conocimiento de los motivos por los cuales la administración ha adoptado determinada decisión permite a los interesados apreciar las razones de las decisiones que los afectan y, eventualmente, interponer los recursos administrativos o instaurar las acciones judiciales a que haya lugar, garantizando, de esta manera, el ejercicio del derecho de defensa. En el mismo sentido, facilita la tarea del juez administrativo en el "instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo."

"B. Excepción de contrato incumplido – EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS por parte del Ente Contratante."

La excepción de contrato no cumplido, es un medio de defensa en instancias jurisdiccionales este cargo es pertinente indicar que este aspecto tampoco se encuentra contemplado como causal para invocar la revocatoria directa de la Resolución N. 5880 del 19 de Julio de 2018, a su vez los argumentos que pretendan fundamentar la revocatoria directa del acto administrativo no pueden orientarse a revivir el debate que en sede administrativa ya culminó, con puntos que en su momento fueron alegados, analizados y resueltos que buscan debilitar el contenido formal y material que componen el acto en cuestión, por tanto no está contemplado en el trámite de revocatoria directa revivir una discusión jurídica que debió surtirse en su debido momento.

Ahora, el principio de planeación, también le es exigible al contratista, dado que éste en calidad de interesado en ejecutar el proyecto, dentro del proceso precontractual cuenta con oportunidades para manifestarse respecto de los aspectos técnicos y de calidad, teniendo en cuenta que cuenta con los conocimientos idóneos para intervenir en la gestación del proyecto una vez fue publicado de manera preliminar, o durante la ejecución contractual de la ley y el reglamento de la contratación pública prevé etapas de corrección y modificación de los aspectos técnicos del proyecto, por tal motivo, descargar su responsabilidad y encartar al contratante de las deficiencias de planeación que acusa, sin duda desconoce las cargas que asumió al momento que le fue encomendado el desarrollo del proyecto mediante la adjudicación.

"C. Improcedencia de la Aplicación de la Clausula Penal Pecuniaria por estar Condicionada, y Contradicción entre el Contrato y Pliegos, prevalencia de este último."

Ante esta observación al acto administrativo es menester remitirse a la literalidad tanto del contrato No. 1880 del 2017, como a los pliegos definitivos del proceso licitatorio en que se fundamentó la observación:

El contrato No. 1880 de 2017, estableció en la cláusula Décimo Séptima:

"CLÁUSULA DÉCIMA SEPTIMA: PENAL PECUNIARIA: El CONTRATISTA, deberá pagar como sanción pecuniaria al DEPARTAMENTO, el equivalente al 20% del valor estimado del contrato en caso de incumplimiento a las obligaciones contractuales."

Por su parte el pliego definitivo de condiciones en su numeral 5.6 contiene que:

"El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina hará efectiva al contratista en caso de declaratoria de caducidad por incumplimiento del contrato, una cláusula penal equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato que se considera como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados al Departamento Archipiélago."

Como se puede colegir de la lectura de ambas citas, existe una diferencia, por cuanto la clausula penal de que trata el pliego de condiciones definitivos se refiere a la ocasión en que se decreta la caducidad, en cuyo caso la sanción a imponer corresponde a una cuantía equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato y en cuanto a la minuta contractual (clausula decima), se tazó que ante el incumplimiento del contratista se podría hacer efectiva la clausula penal equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato.

Por lo expuesto, no existe ninguna contradicción, dado que son situaciones jurídicas diferentes, ya que en el caso de marras nos estamos refiriendo a un incumplimiento del contrato y no a una declaratoria de caducidad, por consiguiente para hacer efectiva la cláusula penal del contrato N. 1880 de 2017, no es necesario decretar la caducidad , ya que el Consejo de Estado se ha pronunciado respecto de la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, pero solo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

El numeral 3 del artículo 93 del CPACA, consagra un supuesto en el que el acto administrativo genera la existencia de un perjuicio cierto, causado sin motivo, razón o fundamento, por la ilegalidad del acto o por el rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas. Así también lo ha entendido el Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 16 de marzo de 2005. Exp. 27.921A:

"Por lo que dice relación a la tercera de las causales del artículo 69 del C.C.A., esto es, cuando con el acto se cause agravio injustificado a una persona, no reviste en realidad —como lo afirma parte de la doctrina nacional- un juicio de conveniencia, sino que se trata en realidad de una hipótesis que involucra una valoración estrictamente jurídica en tanto exige la presencia de un perjuicio sin motivo, razón o fundamento a una persona, el cual sólo puede darse cuando medie la ilegalidad del acto, o cuando se rompe el postulado de la igualdad ante las cargas públicas, principio que, a su vez, retoma lo dispuesto por el artículo 13 Superior"

Lo anterior significa que la comprobación de la causal tercera relativa a establecer un agravio injustificado, se aplica a los casos en los que el acto administrativo, genera un daño antijurídico, es decir el perjuicio que padece la persona y que no tiene el deber jurídico de soportar.

En ese orden de ideas, no resulta procedente acceder a este argumento ya que en el presente asunto vemos que la sanción impuesta había sido prevista en la minuta del Contrato No. 1880 del 2017, el cual fue firmado y avalado de común acuerdo por las

partes, por tal motivo, no es procedente la causal alguna de revocatoria directa con base en el cargo "C." de acuerdo con lo premeditado en la *ratio decidendi* del acto administrativo.

Finalmente, es preciso recordar que los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, en cuya virtud y por regla general será la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la encargada de pronunciarse acerca de los reproches de legalidad los cuales no son posibles analizar en el contexto de la revocación prevista en sede administrativa, salvo cuando se acredite con prueba cierta, por lo menos, una de las causales previstas en el artículo 93 del CPACA.

Así las cosas y en vista de que no se vislumbra de manera clara e inequívoca la configuración de alguno de los escenarios preceptuados en el mencionado artículo 93 de la ley 1437 del 2011, la administración no tiene otra alternativa diferente a la de mantener en vigor el acto administrativo solicitado en revocatoria directa.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Gobernadora (E).

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: NEGAR la solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. 5880 del 19 de Julio del 2018 "*por medio del cual se declara incumplimiento total del contrato de obra No. 1880 del 2017*", impetrada por el Consorcio Vías Corales 2017, por las razones anteriormente expuestas en este proveído.

ARTICULO SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión al **CONSORCIO VÍAS CORALES 2017**, con NIT 900.061.022-8, representado legalmente por **CARLOS JULIO RAMIREZ**, identificado con C.C. No.15241511 de San Andrés.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR la presente resolución a la aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** en su calidad de garante.

ARTICULO CUARTO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno en los términos de ley.

ARTICULO QUINTO: PUBLICAR el presente acto administrativo en el PORTAL UNICO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

ARTICULO SEXTO: VIGENCIA. La presente resolución rige a partir del día de su expedición.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en San Andrés a los

07 NOV 2019


TONNEY GENE SALAZAR
Gobernadora (e)

Proyectó: A. Mansang
Revisó: N. Hudson / D. Garzón / C. Meza