



GOBERNACIÓN

Departamento Archipiélago de San Andrés,
Providencia y Santa Catalina
Reserva de Biosfera Seaflower
Nit: 892.400.038-2

RESOLUCIÓN NÚMERO

006373

(24 SEP 2019)

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento parcial del Contrato de Interventoría No. 1873 de 2017 celebrada entre el **CONSORCIO TROPICAL PARK** y el **DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

EL GOBERNADOR (e) DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA ISLAS, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Decreto 1082 de 2015, Decreto 0535 de 2019 y demás normas concordantes sobre la materia, y

CONSIDERANDO

Que el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina como entidad territorial de división política y administrativa del Estado, con autonomía política, administrativa y fiscal, dentro de los límites que señala la Constitución y la Ley, tiene como misión y objetivos generales asegurar el desarrollo social, político, económico, físico y ambiental del Departamento; el bienestar general y mejoramiento continuo y la calidad de vida de su población, mediante el ejercicio de las competencias y funciones establecidas en el Artículo 311 de la Constitución Política.

Que el Artículo 4 de la Ley 80 de 1993 establece como derechos y deberes de las entidades, exigir del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

Que la Ley 80 de 1993, establece en su Artículo 14: *"De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato."*

Que el Artículo 29 de la Constitución Política, consagra el Debido Proceso como un derecho fundamental e impone su observancia en todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Que, con relación al Debido Proceso, la Ley 1150 de 2007 puntualiza en su Artículo 17: *"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 solo 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."*

Que de conformidad con el Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y la Ley 80 de 1993, en desarrollo del principio del Debido Proceso 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. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. Lo anterior en concordancia con el Artículo 83 y siguientes de la Ley 1474 de 2011.

Que, en cuanto a la oportunidad para declarar el incumplimiento, el Consejo de Estado en Sentencia del 25 de mayo de 2011 expedida por la Sección Tercera, expresó:

"(..) En este orden de ideas, la sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato (...), lo procedente actualmente, como se establece en la reforma que introdujo el régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula que las hace exigibles, además por supuesto penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro".

Que la Ley 1474 de 2011 en su Artículo 86, contempla el procedimiento que deben adelantar las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para declarar el incumplimiento cuantificando los perjuicios del mismo, así como imponer multas y sanciones pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal.

Antecedentes:

Que de acuerdo con las necesidades el Departamento, dentro del Plan de Desarrollo, con recursos de la Secretaría de Turismo, llevó a cabo el proceso de contratación y posterior suscripción del Contrato de Interventoría No. 1873 de 2017 con el CONSORCIO TROPICAL PARK, representado legalmente por MOISES FRANCISCO ARAUJO FUSCALDO, cuyo objeto es: *"INTERVENTORÍA FINANCIERA, TÉCNICA, ADMINISTRATIVA Y AMBIENTAL A LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS DE URBANISMO Y ESPACIO PÚBLICO RECREO-DEPORTIVO TROPICAL PARK EN SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA ISLA, SEGÚN LAS ESPECIFICACIONES Y CONDICIONES TÉCNICAS ESTABLECIDAS EN LOS ESTUDIOS PREVIOS Y EL PLIEGO DE CONDICIONES"*, por valor de CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS VEINTISIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$449.727.500,00); El plazo de ejecución del contrato se estableció en diez (10) meses y quince (15), contados a partir de la fecha de legalización del contrato y la suscripción del Acta de Inicio.-

El Departamento mediante Resolución No. 007039 del 29 de Diciembre de 2017, aprueba las pólizas presentadas por el contratista, las que se identifican con los Nos. NB-100083837 del 22 de Diciembre de 2017, y cubre los siguientes amparos:

- De Cumplimiento: Equivalente al 10% del valor total del contrato, por el término de duración del contrato y cuatro (4) meses más, con una vigencia inicial desde el 22-12/2017 hasta el 09-03-2019.-
- De Pago de Salarios y Prestaciones Sociales: Equivale al 5% del valor total del contrato, por el término de duración del contrato y tres (3) años más, con una vigencia inicial desde el 22-12/2017 hasta el 06-11-2021.
- De Calidad del Servicio: Equivalente al 20% del valor total del contrato y cinco (5) años contados a partir del Acta de Recibo Final de la Obra, con vigencia inicial desde el 06-11-2018 hasta el 06-11-2023.-

Los anteriores amparos fueron debidamente actualizados por el contratista, mediante anexo N° 3 de 8 de agosto de 2019, con las siguientes vigencias:

- De Cumplimiento de 17 de junio de 2019 hasta el 3 de noviembre de 2019.
- De Prestaciones Sociales de 17 de junio de 2019 hasta 3 de julio de 2021.
- De calidad de Servicio de 3 de julio de 2019 hasta el 3 de julio de 2024.

Que en el contrato de interventoría N° 1873 de 2017, las partes contratantes pactaron lo siguiente:

- Clausula Octava del Contrato de Interventoría No. 1873, establece: "PENAL PECUNIARIA: Si al contratista se le declara el incumplimiento del contrato se obliga a pagar al Departamento, una sanción pecuniaria por la suma equivalente al diez (10) por ciento del valor del contrato.
- Clausula Novena, establece: "MULTAS. El Departamento se encuentra facultado para imponerle multas diarias al contratista, hasta el 2% del valor del contrato, en caso de incumplimiento total o parcial de las obligaciones pactadas."
- Cláusula Decima, se establece: "CADUCIDAD. Previo requerimiento por escrito al interventor, el Departamento declarara la caducidad del contrato, mediante acto administrativo debidamente motivado, lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento a cargo del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. La declaratoria de caducidad no dará lugar a indemnización del contratista, quien se hará acreedor de las sanciones e inhabilidades previstas en el estatuto general de contratación pública".

Que la presente actuación tiene su génesis en el Memorando No. 868 del 13 de Agosto de 2019, por medio del cual la Secretaría de Infraestructura, en calidad de Supervisión al Contrato de Interventoría No. 1873 de 2017, presenta a la Oficina Asesora Jurídica del Departamento- con copia a la Secretaría de Turismo, el informe mediante el cual pone de presente la necesidad de iniciar proceso de posible incumplimiento al contrato mencionado, y detalla las situaciones que presuntamente constituyen el incumplimiento por parte del contratista, las cuales en síntesis son las siguientes:

- En el pliego de condiciones del proceso de Selección Concurso de Méritos CM-018 de 2017, se exigió el siguiente equipo mínimo de personal, el cual se comprometió a mantener durante el tiempo de ejecución del contrato:

PERSONAL EVALUABLE MINIMO REQUERIDO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO					
Cantidad	Cargo a desempeñar	Formación académica y experiencia general	Experiencia específica		% de dedicación
			Como/ En	Requerimiento Mínimo	
1	Director de Interventoría	Ingeniero Civil, con experiencia general mínima de 15 años	Director de Interventoría en contratos de construcción y/o rehabilitación y/o adecuación y/o mantenimiento y/O mejoramiento de plazas o parques. Especialista en el área de interventoría de obras	Tres (3) contratos como director en contratos construcción y/o rehabilitación y/o adecuación y/o mejoramiento y/o mantenimiento de parques, plazas, plazoletas	50%
1	Residente de Interventoría	Ingeniero Civil y/o Arquitecto, con experiencia general mínima de quince (15) años	Residente o coordinador de interventoría en contratos de construcción y/o rehabilitación y/o adecuación y/o mantenimiento y/o mejoramiento de plazas o parques	Tres (3) contratos como residente de interventoría en contratos construcción y/o rehabilitación y/o adecuación y/o mejoramiento y/o mantenimiento de parques, plazas, plazoletas	100%

En virtud de esta exigencia, el proponente en su momento consorcio Tropical Park, ofreció el siguiente equipo de profesionales:

- Director de Interventoría: Federico García Arbeláez. Cédula de ciudadanía N°: 7.544.804 de Envigado. Ingeniero Civil.
- Residente de Interventoría: Franklin Ricardo Piragua Roa. Cédula de ciudadanía N°: 93.407.404 de Ibagué. Ingeniero Civil.
- Especialista en Geotecnia: Dairo Dueñas Morales. Cédula de ciudadanía N°: 93.385.314 de Ibagué. Ingeniero Civil.
- Residente Social: Teodolina Rodríguez Mercado. Cédula de ciudadanía N°: 26.801.391 de Pedraza. Trabajadora Social.
- Especialista Hidráulico o Recursos Hídricos: Hugo Javier García Almanza. Cédula de Ciudadanía N°: 14. 217.463 de Ibagué. Especialista Hidrosanitario.

OK

Para cumplimiento de lo anterior, y durante el plazo contractual la Supervisión del Contrato de Interventoría No. 1873 de 2017, efectuó los siguientes requerimientos escritos al contratista, los cuales no atendieron en su integridad y que presuntamente constituyen un incumplimiento:

- Oficio Rad. SAL 10275 del 20 de abril de 2018 (personal mínimo requerido con sus hojas de vida y las cartas de responsabilidad actualizadas conforme al pliego de condiciones)
- Oficio Rad. SAL 16573 del 28 de junio de 2018 (reprogramación de obra, personal mínimo requerido, informes de interventoría, informe de fiducia manejo de anticipo, acta de vecindad, certificado de calibración de los equipos y maquinarias).
- Oficio Rad. SAL 30251 del 11 de octubre de 2018 (personal mínimo requerido con sus hojas de vida y las cartas de responsabilidad actualizadas conforme al pliego de condiciones).
- Oficio Rad. SAL 5645 del 19 de noviembre de 2018 (se reitera el Oficio 30251)
- Oficio Rad. SAL 8721 del 26 de marzo de 2019 (personal mínimo requerido en obra, los cuales fueron reportados y entregados no formalmente, tales como Residente de Interventoría, Director de Interventoría y Trabajadora Social)
- Oficio Rad. SAL 4022 del 14 de junio de 2019 (falta acompañamiento e información a la Administración Departamental respecto del avance y la ejecución de la obra, toda vez, que fue la Administración, quien convocó las reuniones para tales efectos)
- Oficio Rad. SAL 4107 del 19 de junio de 2019 (se requiere el soporte de vinculación de personal relacionado)

Ante estas solicitudes, el contratista interventor manifestó que la información solicitada se anexó en los informes de interventoría de fechas de 29 de diciembre de 2017 hasta el 9 de agosto de 2019:

- Radicado Ent. N° 1098 de 14 de enero de 2019 en respuesta del oficio Rad. SAL 5645 del 19 de Noviembre de 2018 (se reitera el Oficio 30251).

La supervisión una vez revisada las actas de pago enviadas mediante Radicados N° 6490 de 26 de febrero de 2019 y 8721 de 15 de marzo de 2019, la Administración mediante radicado Oficio Rad. SAL N° 8721 del 26 de marzo de 2019, manifestó que, de acuerdo a los pliegos de condiciones, a la fecha no se evidencia el personal mínimo requerido en obra, los cuales fueron reportados y entregados no formalmente, tales como Residente de Interventoría, Director de Interventoría y Trabajadora Social.

La Cláusula décima tercera del contrato de interventoría N° 1873 de 2017, estableció: "(...) **Clausula Décima Tercera: SALARIO Y PRESTACIONES SOCIALES:** El interventor se obliga a acreditar el pago de aportes de salud, riesgos profesionales, pensión, Cajasai, ICBF y SENA, en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 50 de la Ley 789 de 2002. (...)"

En virtud de esta obligación la supervisión realizó en reiterados requerimientos al contratista los cuales quedaron plasmados en los informes de supervisión y los oficios relacionados en el numeral sexto (6).

El artículo 3.3 "otras funciones" de los estudios previos y análisis del sector del concurso de méritos N° 018, estableció: "**3.3 Otras funciones** (...) Realizar, cada vez que sea necesario, reuniones periódicas de evaluación de obra con el Contratista o su representante, según el plazo y la clase de contrato. En dichas reuniones participará, por derecho propio, el Secretario de Infraestructura. De dichas reuniones se elaborará acta suscrita por todos

or

los que intervinieron en ellas, las cuales serán archivadas y mantenidas en custodia por la interventoría (...)"

En este punto, es preciso indicar que la interventoría en ningún momento realizó comités de obra con el contratista y su Represente Legal en los cuales se citara al Secretario de Infraestructura tal y como lo exige el contrato y sus documentos soporte.

En vista de lo anterior la Administración Departamental en cabeza de la Secretaría de Infraestructura, efectuó varias citaciones para llevar a cabo dichos Comité de Obra, reuniones en los cuales la interventoría envió un delegado que no estaba debidamente facultado para la toma de decisiones, esto a sabiendas que en los mencionados comités se tomarían decisiones de vital importancia para la obra contratada a través del contrato de obra 1865 de 2017, el cual tiene por objeto: **"CONSTRUCCIÓN DE OBRAS DE URBANISMO Y ESPACIO PUBLICO DEL PARQUE RECREO DEPORTIVO (TROPICAL PARK) EN SAN ANDRÉS Y PROVENCIA, ISLAS"**

Las citaciones se efectuaron mediante los siguientes oficios:

- Oficio Rad. SAL 35735 del 28 de noviembre de 2018
- Oficio Rad. SAL 440 del 28 de enero de 2019
- Oficio Rad. SAL 2955 del 8 de mayo de 2019

El punto 2.1 "alcances y obligaciones del objeto", y 3.1 "funciones técnicas" de los estudios previos, establece: *"(...) Mensualmente y anexo al acta de obra del contratista, dentro de los cinco (5) primeros días, la interventoría deberá presentar a la Secretaría de Infraestructura un informe administrativo, técnico, financiero y ambiental, en el cual se consigne el estado real de la obra, teniendo en cuenta los aspectos técnicos, económicos y ambientales de los mismo. El informe deberá ser presentado en original, y dos copias y una en medio magnético, la copia deberá ser entregada en la Secretaría de Infraestructura al supervisor del contrato designado para ejercer estas funciones (...)"*

En virtud de esta obligación la supervisión realizó en reiterados requerimientos al contratista con el fin de que llegaran los informes, los cuales fueron presentados de manera extemporánea. Dichas solicitudes se efectuaron en los oficios relacionados en el numeral sexto (6).

El punto 2.1 "alcances y obligaciones del objeto" de los estudios previos, establece: *"(...) Presentará un informe quincenal de los gastos del anticipo a la supervisión dentro de las funciones asignadas y verificará que cumpla con el flujo de caja previamente presentado y aprobado por el interventor (...)"*

Partiendo de lo anterior, la supervisión realizó en reiterados requerimientos al contratista con el fin de que allegara los mencionados informes. Sin embargo durante la ejecución del contrato, estas no fueron presentadas, sino vencido el término del mismo, es decir de manera extemporánea. Dichas solicitudes se efectuaron en los oficios relacionados en el numeral sexto (6).

El punto 3.1.10 "Inspección Final de Obra", dentro de sus líneas consagra: **"(...) 3.1.10 Inspección final de obra.** El interventor, el Secretario de Infraestructura y el Contratista, efectuarán una inspección final de la obra, quince días antes de entregarla, con el fin de terminar el estado en que se va a recibir, para lo cual, el interventor preparará un informe previo en donde se describa el estado de la obra. En caso de observaciones que deban atenderse por parte del contratista, se dejará constancia en oficio dirigido al mismo suscrito por el interventor, en el cual se fijará el plazo para el acondicionamiento final de las obras, que no podrá exceder un (1) mes. Una vez más realizados los trabajos requeridos, se

procederá a elaborar el Acta de Recibo Final y entrega de la obra, de la cual hará parte la certificación expedida por el Ministerio de Ambiente, vivienda y Desarrollo Territorial o la corporación correspondiente, de conformidad con las medidas de mitigación y el plan de manejo ambiental plateado en el respectivo estudio de impacto ambiental, con la presencia del interventor y un delegado del contratista; de esta forma quedará oficializada la entrega de la obra (...)"

Con relación a lo anterior hasta la fecha el interventor no ha dado cumplimiento a esta obligación, esto a pesar de que se han hecho requerimientos para que se realice la visita final que permita constatar las obras realizadas en virtud del contrato de obra N° 1865 de 2017.

Dichos requerimientos se efectuaron, mediante los siguientes oficios:

- Radicado SAL. N° 4657 de 10 de julio de 2019.
- Radicado SAL. N° 5352 de 2 de agosto de 2019.
- Radicado SAL. N° 24310 de 5 de agosto de 2019.

Que, recibidos los informes, documentos y demás soportes por parte de la Supervisión, para adelantar la diligencia de incumplimiento, la Secretaría de Turismo, procedió a convocar al contratista CONSORCIO TROPICAL PARK, por conducto de su Representante Legal, a audiencia de presunto incumplimiento del Contrato de Interventoría No. 1873 de 2017, para lo cual, mediante Oficio con Rad. Sal. 5824 fecha 20 de Agosto de 2019, siendo citados igualmente, la Aseguradora Compañía Mundial de Seguros S.A y la Supervisión, respectivamente, con el fin de asistir a la referida audiencia, programada para el 27 de Agosto de 2019, a las 10:00 a.m., en cumplimiento de lo previsto en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que los perjuicios por el presunto incumplimiento fueron tazados por el valor de **DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA MIL PESOS M/L (\$264.740.000)**, tal y como se estableció en el oficio de citación de audiencia de presunto incumplimiento de 20 de agosto de 2019.

Que en el documento de citación a audiencia se precisaron, de forma concreta los hechos objeto de dicho trámite, las obligaciones posiblemente incumplidas y las posibles sanciones contractuales derivadas de las mismas. Así mismo, en garantía del debido proceso y en particular del derecho de contradicción, se les adjunto al Contratista y a la Aseguradora copia de los informes de la Supervisión.

Que llegada la fecha y hora señalada para la audiencia, la Administración Departamental dio apertura a la referida diligencia, dentro de la cual, se dio lectura de la citación a los convocados, indicando las circunstancias de hecho que motivaron la mencionada actuación, enunciando las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista. Seguidamente se le dio la oportunidad al apoderado judicial del Consorcio Tropical Park y al apoderado judicial de la Aseguradora para que presentaran sus descargos, quienes en síntesis manifestaron:

Contratista:

"(...)

- *Incompetencia de la Secretaría del Turismo para celebrar la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011*

En primera medida, es importante resaltar que el memorial mediante el cual se cita a la celebración de la audiencia de declaratoria de presunto incumplimiento no se hace referencia expresa al acto administrativo que demuestre legalmente que el Gobernador del

an

Archipiélago de San Andrés le delegó a la Secretaría de Turismo la función y la facultad de ejercer este tipo de actuaciones, y mucho menos, se evidencia prueba alguna que demuestre la facultad de imponer en cabeza de los diferentes contratistas sanción alguna. En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que el mencionado acto de delegación debe ser un acto de carácter general, el mismo debe ser publicado en los términos del artículo 65 del CPACA, esto es, en el diario oficial o en las gacetas territoriales, so pena de no producir los efectos deseados. Por lo tanto, al no existir una publicación del acto administrativo general que demuestre la delegación que le otorgue las correspondientes facultades al funcionario que pretende dar inicio a esta actuación, la audiencia que se pretende adelantar está inmersa en una nulidad absoluta, toda vez que la señora Yadira Olivo Flórez en su calidad de Secretaria de Turismo no cuenta con las facultades legalmente delegadas para adelantar este tipo de actuaciones.

En conclusión, al no existir el acto administrativo que acredite la delegación de estas funciones el único legalmente autorizado para celebrar la presente audiencia es el Gobernador del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y al no estar presente, la misma no puede ser celebrada, so pena de declararse nula y de vulnerar derechos fundamentales, dándole vía a una acción de tutela en su contra.

- Vulneración al derecho fundamental al debido proceso

Se le pone de presente a esta Secretaría que esta defensa no pudo ser preparada de conformidad con los parámetros legales previstos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y jurisprudencialmente decantados por la Corte Constitucional, en el sentido que al Consorcio Tropical Park se le concedió únicamente el exiguo término de 5 días hábiles para preparar y presentar sus correspondiente argumentos de defensa mediante los presentes descargos.

En ese orden de ideas, dentro del presente proceso se deja constancia que el día 22 de agosto de 2019 con la finalidad de velar por la protección de su derecho fundamental al debido proceso, el Consorcio Tropical Park encontrándose dentro del término legal, de manera respetuosa solicitó el aplazamiento de la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Sin embargo, esta Gobernación por intermedio de la Secretaría de Turismo en un actuar arbitrario y contrariando la precitada disposición legal, resolvió que el término otorgado se enmarcaba dentro de los parámetros previstos, contrariando así de manera fehaciente el derecho fundamental al debido proceso de mi defendida -artículo 29 de la Constitución Política-.

No obstante, a pesar de la presentación de los presentes descargos no da lugar a aceptar y/o interpretar que estoy aceptando la vulneración que de manera fehaciente se le está haciendo a mi derecho fundamental al debido proceso.

Bajo esta premisa, para que sean tenidos en cuenta al momento de la decisión, a continuación me permito presentar el escrito de descargos fundamentado en los siguientes argumentos:

INEXISTENCIA DE PERJUICIOS ALEGADOS - Vulneración del principio de presunción de inocencia: La Gobernación no ha demostrado que el Consorcio Tropical Park haya incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, pues se ha basado en simples cálculos de presupuesto del contrato.

Las actuaciones administrativas sancionatorias están regidas por principios especiales previstos en el artículo 3 del CPACA "en materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem", de manera que uno de esos principios especial es, precisamente, la presunción de inocencia.

Dicha presunción se encuentra consagrada también en el artículo 29 de la Constitución Política y, respecto de su aplicación en materia de contratación estatal, ha expresado el Consejo de Estado:

Su espacio de aplicación se expresa en el deber que asume la administración de demostrar que el contratista ha incumplido alguna de sus obligaciones o deberes, si pretende sancionarlo por ello, como quiera que la presunción de que no es responsable lo protege.

En esta perspectiva, la carga de acreditar la mora o el incumplimiento recae en la administración, como titular del ius puniendi administrativo, y por eso requiere pruebas al interior del respectivo proceso para desvirtuar la presunción que el contratista tiene en su favor, por disposición constitucional.

De acuerdo con lo anterior, a diferencia de lo que suele ocurrir en los demás procedimientos administrativos en los cuales la simple expresión de voluntad de la administración constituye insumo suficiente para la validez del acto administrativo, en materia sancionatoria contractual, es deber de la autoridad administrativa demostrar cómo es que la conducta contractual del contratista implica un incumplimiento, esto es, que la carga de la prueba del incumplimiento se encuentra en cabeza de la entidad estatal.

En el caso en concreto si se lee con atención la citación a la audiencia, se encuentra que esta Secretaría no ha hecho el más mínimo esfuerzo por demostrar que el Consorcio ha incurrido en algún incumplimiento de sus obligaciones contractuales y, muy por el contrario, se ha limitado a mencionar los informes del supervisor, sin verificar las argumentaciones del Consorcio ni mucho menos contrastarlo con la real ejecución del Contrato. En efecto, la Secretaría de Turismo ha decidido dar inicio a un procedimiento administrativo sancionatorio limitándose a la posición que ha venido exponiendo el supervisor del contrato, sin tomar en consideración lo expresado por el Consorcio Tropical Park.

INEXISTENCIA DE PERJUICIOS ALEGADOS - Violación del principio de proporcionalidad en la tasación del valor de la multa: El monto de la multa a imponer carece de relación con el valor de la obligación cumplida.

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho administrativo sancionatorio -incluyendo a las sanciones contractuales- en virtud del cual la pena impuesta debe guardar estrecha relación con el acto o infracción cometido, esto es, que debe haber una relación lógica entre la infracción administrativa y la sanción a imponer. En materia de contratación estatal, encontramos que las entidades contratantes, entre otras sanciones, cuentan con la potestad de imponer multas o hacer efectivas las cláusulas penales pactadas en los contratos, así como de declarar su caducidad. Sin embargo, dicha facultad unilateral se encuentra reglada por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, lo cual implica que la entidad estatal no puede sancionar a su contraparte sin que antes haya agotado un procedimiento previo.

Así mismo, es importante mencionar que uno de los pilares fundamentales al momento de sancionar a un contratista es que se realice una calificación jurídica apropiada de los hechos que al parecer hayan llevado a la toma de la decisión y por ende proporcional a las necesidades y supuestos facticos en cada caso concreto. Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido que a pesar de que se trate de una potestad reglada por el legislador, esta puede tener espacios que permitan aplicar el principio de proporcionalidad respecto de la actuación administrativa limitándola, así:

Pero tratándose del derecho administrativo es conocido que el ámbito del principio de la proporcionalidad tiene especiales matices, pues si bien rige en todo el ordenamiento jurídico, sobre todo en el derecho penal y constitucional, donde ha tenido especial desarrollo, en el derecho administrativo ha tenido su propia dinámica o evolución, sobre todo con ocasión del ejercicio de la potestad discrecional.

En efecto, el artículo 36 CCA. invoca expresamente este principio, con un doble propósito: i) el principal y expreso, como regla de acción que la administración debe tomar en cuenta al momento de dictar un acto discrecional, y ii) el secundario o tácito, como herramienta de control a la administración, por parte del juez.

Sin embargo, una lectura -pero sobre todo una interpretación- apegada al texto legal indicaría que este principio rige exclusivamente para las decisiones discrecionales, no así para las regladas o para cualquier otra de naturaleza administrativa.

Una lectura con este alcance es equivocada, porque este principio, si bien está contenido expresamente en esa norma, no significa que sólo rija para ese tipo de actos, pues no debe perderse de vista que se trata de un principio, no de una norma positiva, de manera que cuando algunas de estas acuden a él, no lo hacen para positivizar su existencia, sino para recordarle al operador jurídico que deben acudir a él.

Desde este punto de vista, resulta claro que la proporcionalidad rige en muchos campos, incluso en el legislativo o en los órganos de control, sólo que su aplicación demanda esfuerzos de concreción en cada ámbito, y en cada supuesto concreto. En tal sentido, al interior de una potestad reglada este principio también puede aplicar, sólo que su espacio de concreción es más restringido que al interior de una potestad discrecional, por razones que resultan apenas obvias.

Tratándose, precisamente, de las potestades regladas, la proporcionalidad ya viene calculada, sólidamente -incluso muy fuertemente-, por el legislador, quien asume la tarea, en forma directa, de precisar el sentido de una decisión administrativa. No obstante, difícilmente una potestad reglada lo es en tal intensidad que no admita un margen de apreciación del tema, de manera que son esos pequeños o un poco más amplios espacios donde la proporcionalidad vuelve a tomar un impulso y allí hace su aparición una vez más.

No obstante lo anterior, tampoco se puede pensar que la proporcionalidad sólo aplica al interior de la toma de decisiones vertidas en actos administrativos - discrecionales o de otro tipo-, pues este principio también acompaña otras formas de obrar de la administración -y ya se dijo que incluso de otras ramas del poder público-, de modo que las operaciones administrativas, los hechos y otros comportamientos de la administración deben guardar respeto por este límite de la acción pública.

Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, al interior de una potestad sancionadora existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad, pese a su carácter fuertemente reglado. Uno de ellos es el de la determinación del monto de la cláusula penal pecuniaria, la cual puede variar, en casos como el sub iudice, dependiendo de diversos factores, como el porcentaje de ejecución del contrato⁴.

Así mismo, no debe perderse de vista que el principio de proporcionalidad tiene plena aplicación en el Derecho Administrativo y más aun tratándose de imposición de multas. Así lo entiende, también, la Corte Constitucional cuando señala que "[E]l principio de proporcionalidad rige todas las actuaciones de la administración pública y de los actos de los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio público, cuando se trate de la imposición de una sanción que conlleve la pérdida o disminución de un derecho"⁵. Respecto de la proporcionalidad en los actos administrativos, la Corte ha señalado expresamente que este principio debe regir todas las actuaciones del Estado, de lo cual se desprende que obviamente las multas impuestas con ocasión de un incumplimiento de una obligación generada en un contrato estatal, deben de igual manera observar el principio de proporcionalidad, que como se ve, se nutre del debido proceso sancionatorio administrativo.

Al respecto, señala dicha providencia que "la proporcionalidad que debe regir todas las actuaciones del Estado, incluyendo su actividad contractual a través de la cual realiza sus cometidos, está supeditada al principio de justicia material, el cual es de obligatoria observancia en las actuaciones administrativas, pues la función de aplicar el derecho en un caso concreto no es misión exclusiva del Juez, sino también de la administración cuando define situaciones jurídicas o hace prevalecer sus pretensiones frente a un particular en desarrollo de las competencias y prerrogativas que le son propias".

En suma, el principio de proporcionalidad se encuentra íntimamente ligado al derecho constitucional del debido proceso, validando el presupuesto de que la inobservancia del primero acarrea la vulneración del segundo. En este sentido, ha dicho la misma Corte Constitucional que la entidad demandado había "vulnerado de un lado, el derecho al debido proceso de la accionante, porque ha realizado una aplicación desproporcionada de sus potestades".

En razón a lo anterior, cuando la actuación de la administración se manifiesta de forma desmedida y "contamos con un acto, contrato, coacción o actividad técnica excesiva en relación con los fines de la potestad, estaremos ante una actuación desproporcionada y susceptible de impugnación por contravenir el principio de proporcionalidad".

En materia sancionatoria, el principio de proporcionalidad se traduce en la búsqueda de una adecuación entre medios y fines, entre las medidas decretadas y las necesidades que se buscan satisfacer. En ese sentido, en virtud del principio de proporcionalidad de las sanciones, los administrados confían legítimamente en que las decisiones de la administración, en el escenario contractual, no se encaminan a lesionar sus intereses, ni a imponerle cargas más gravosas que las estrictamente necesarias para el cumplimiento de los fines que se persiguen con la relación contractual.

Con fundamento en el anterior marco conceptual que implica que en toda actuación sancionatoria es preciso dar aplicación al principio de proporcionalidad, se hace notar que en el caso en concreto no existe proporcionalidad entre la multa que se le pretende cobrar a la Concesionaria y el hecho constitutivo del supuesto incumplimiento, toda vez que los presunto incumplimiento fueron calculados de conformidad al valor total del proyecto, lo cual es desproporcionado, puesto que el Contrato de Interventoría ya se ejecutó en su totalidad, y su valor asciende a la suma de CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS VEINTISIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 449.727.500.00) y la sanción a imponer tiene un valor DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$264.740.000), es decir, una suma superior al 50% del valor total del contrato.

En ese sentido, si se insiste en querer sancionar al Consorcio Tropical Park por los supuestos incumplimientos, por lo menos dicha sanción debe obedecer a un valor lógico y razonable en relación con el costo de la obligación, pues resulta ser desproporcionado que se pretenda cobrar el valor de una sanción que fue tasada conforme al valor total del proyecto, y no con fundamento en las obligaciones supuestamente incumplidas, ignorando que el Contrato de Interventoría ya se ejecutó en su totalidad.

Así las cosas, cuando una Entidad pretende imponer en contra de su contratista algún tipo de sanción que impacte directamente en el Proyecto que ya fue culminado, incurre en una conducta violatoria del régimen de garantías al debido proceso que involucran, no solo el respeto al derecho de audiencia y de defensa, sino también las relativas al derecho a una consecuencia congruente con lo efectivamente probado en el curso del mismo trámite, en virtud de un proceso adelantado conforme a derecho, pues también le está vedado establecer de forma arbitraria una sanción que no está acorde con los fines mismos del contrato estatal que se está ejecutando. Sobre este punto, el Consejo de Estado se ha manifestado:

"la Sala aclara que así el funcionario que tome la decisión esté revestido de una cierta facultad discrecional, ese poder es por otra parte susceptible de graduación y, por consiguiente, controlable ante esta jurisdicción toda vez que la existencia de poderes absolutos y arbitrarios es algo que repugna al Estado Social de Derecho que preconiza la Carta Política. Con fundamento en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el deudor tiene derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento, cuando este ha sido en parte, caso en el cual puede reducirla equitativamente si la considera manifiestamente excesiva. En el caso objeto de la presente controversia, es posible la reducción de la sanción impuesta toda vez que, como se advirtió, la administración modificó el porcentaje de incumplimiento del demandante, el cual resultó ser inferior al inicialmente calculado, con la aclaración de que el incumplimiento del contratista sí se presentó, aunque en menor medida. Pero tal como ya se dijo, el hecho de haber ejecutado el contrato casi en su totalidad da lugar a una reducción en el porcentaje"

INEXISTENCIA DE PERJUICIOS ALEGADOS – De considerarse el cobro de la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula octava del Contrato de Interventoría n° 1873 de 2017.

Tal como se expuso en líneas anteriores, El principio de proporcionalidad debe ser aplicado a la imposición de las sanciones contractuales, de tal manera que cuando se pretenda hacer

efectiva la cláusula penal pecuniaria, ello no podrá hacerse por el valor total de la misma, sino que deberá reducirse de acuerdo con el porcentaje cumplido del contrato o, lo que es igual, imponerse en un porcentaje igual al del incumplimiento.

En efecto, el artículo 867 del Código de Comercio dispone: "Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte". En igual sentido, de acuerdo con el artículo 1596 del Código Civil: "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".

Con base en las citadas normas, el Consejo de Estado ha dicho: "con fundamento en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el deudor tiene derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento, cuando éste ha sido en parte, caso en el cual el juez puede reducirla equitativamente si la considera manifiestamente excesiva".

Igualmente, ha dicho la jurisprudencia administrativa: "Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, al interior de una potestad sancionadora existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad, pese a su carácter fuertemente reglado. Uno de ellos es el de la determinación del monto de la cláusula penal pecuniaria, la cual puede variar, en casos como el sub iudice, dependiendo de diversos factores, como el porcentaje de ejecución del contrato [...] los antecedentes jurisprudenciales de esta Sección, sumado a la claridad de las normas que regulan la materia, enseñan que, efectivamente, en caso de incumplimiento de un contrato, que contiene la cláusula penal, no necesariamente se debe imponer el valor total de la pena pactada, sino una suma proporcional, siempre que se hubiese ejecutado parte del contrato".

En ese marco legal y jurisprudencial, en la imposición de la cláusula penal pecuniaria, la entidad estatal correspondiente tiene el deber de aplicar el principio de proporcionalidad en el sentido de reducir el monto a cobrar de acuerdo con el porcentaje de cumplimiento y de incumplimiento del contrato.

INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO ALEGADO

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El Consorcio Tropical Park cumplió en todo momento con el personal mínimo requerido en obra por el Pliego de Condiciones del Concurso de Méritos CM- 018-2017.

De conformidad con lo dispuesto en el literal E) del numeral V del Pliego de Condiciones definitivo del proceso de selección de Concurso de Méritos n° CM-018- 2017, el proponente y futuro contratista se comprometió a "mantener durante el tiempo de ejecución del Contrato como personal mínimo de trabajo", los siguientes profesionales:

PERSONAL EVALUABLE MÍNIMO REQUERIDO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

1 Director de Interventoría

Ingeniero civil, con experiencia mínima de 15 años Director de interventoría en contratos de construcción y/o rehabilitación y/o adecuación y/o mantenimiento y/o mejoramiento de plazas o parques.

Especialista en el área de interventoría de obras

Tres (3) contratos como Director en contratos de construcción y/o rehabilitación y/o adecuación y/o mejoramiento de parques, plazas, plazoletas
50%

1 Residente de Interventoría

Ingeniero civil y/o arquitecto con experiencia mínima de 15 años

Residente o coordinador de interventoría en contratos de construcción y/o rehabilitación y/o adecuación y/o mantenimiento y/o mejoramiento de plazas o parques. Tres (3) contratos como especialista de interventoría en contratos de construcción y/o rehabilitación y/o adecuación y/o mantenimiento y/o mejoramiento de parques, plazas, plazoletas dm

100%

1 Especialista hidráulico o recursos hídricos

Ingeniero sanitario, con experiencia general mínima de 15 años Especialista en el área hidráulica en contratos de interventoría a la construcción y/o rehabilitación y/o adecuación y/o mantenimiento y/o mejoramiento de plazas o parques. Tres (3) contratos como especialista de interventoría en contratos de construcción y/o rehabilitación y/o adecuación y/o mantenimiento y/o mejoramiento de parques, plazas, plazoletas

50%

1 Especialista en Geotecnia

Ingeniero civil, con experiencia general mínima de 12 años

Especialista en el área de Geotecnia Ambiental con contratos de construcción y/o rehabilitación y/o adecuación y/o mantenimiento y/o mejoramiento de plazas o parques. Tres (3) contratos como especialista en el área de geotecnia de contratos de construcción y/o rehabilitación y/o adecuación y/o mantenimiento y/o mejoramiento de parques, plazas, plazoletas

30%

1 Residente social

Trabajador social y/o comunicadora social, con experiencia general mínima de 5 años

Residente social y/o trabajadora social de contratos de construcción y/o rehabilitación y/o adecuación y/o mantenimiento y/o mejoramiento de plazas o parques. Tres (3) años acumulada como residente social y/o trabajadora social de contratos de construcción y/o rehabilitación y/o adecuación y/o mantenimiento y/o mejoramiento de parques, plazas, plazoletas

20%

Por consiguiente, para cumplir con dichos requisitos habilitantes y poder participar del proceso de selección, el Consorcio Tropical Park presentó a los siguientes profesionales:

- Director de Interventoría: Ingeniero Civil Federico García Arbeláez identificado con cédula de ciudadanía n° 7.544.804 de Envigado.
- Residente de Interventoría: Ingeniero Civil Franklin Ricardo Piragua Roa identificado con cédula de ciudadanía n° 93.407.404 de Ibagué.
- Especialista en Geotecnia: Ingeniero Civil Dairo Dueñas Morales identificado con cédula de ciudadanía n° 93.385.314 de Ibagué.
- Especialista Hidráulico o Recursos hídricos: Especialista Hidrosanitario Hugo Javier García Almanza identificado con cédula de ciudadanía n° 14.217.463
- Residente Social: Trabajadora Social Teodolina Rodríguez Mercado identificada con cédula de ciudadanía n° 26. 801.391 de Pedraza.

En efecto, la vinculación al proyecto de cada uno de los precitados profesionales se puede constatar y evidenciar en los pagos de seguridad social realizados por el Consorcio Tropical Park, que a pesar de ya haber sido allegados, se anexan nuevamente por intermedio del presente escrito.

Ahora bien, frente al presunto incumplimiento que pretende endilgar esta Secretaría, esto es, en lo que se refiere al caso en concreto de los profesionales (i) Director de Interventoría, (ii) Residente de Interventoría y (iii) Trabajadora Social, me permito informarle y ponerle de presente la siguiente:

- Director de Interventoría:

El señor Federico García Arbeláez estuvo vinculado al Proyecto durante los meses de enero, febrero, marzo y abril del año 2018, toda vez que a partir del mes de mayo del 2018 el Ingeniero Civil Luis Rafael Rocha Villegas lo reemplazo por el resto de la ejecución del contrato (mayo de 2018 a mayo de 2019).

- Residente de Interventoría

El señor Franklin Ricardo Piragua estuvo vinculado al Proyecto durante los meses de enero, febrero, marzo y abril del años 2018, toda vez que a partir del mes de mayo del 2018 el Ingeniero Civil Pero Guillermo Castro Arias lo reemplazó por el resto de la ejecución de contrato (mayo de 2018 a mayo de 2019).

- Trabajadora Social

La señora Teodolina Rodríguez estuvo vinculada al proyecto durante los meses de enero, febrero, marzo y abril del año 2018, toda vez que a partir del mes de mayo de 2018 la

Trabajadora Social Katerin Dayana Muñoz Mejía la reemplazó por el resto de la ejecución del contrato (mayo de 2018 a mayo de 2019).

Así pues, se le informa a esta Secretaría que la anterior información fue remitida y debidamente notificada a la Secretaría de Infraestructura por medio de los siguientes documentos:

- Oficio CE-CTP-042 de 14 de enero de 2019 por medio del cual el Consorcio Tropical Park atendió los requerimientos radicados bajo los n° 30151 y 5645:

En dicha oportunidad, la Interventoría la remitió por intermedio del Informe Mensual de Interventoría n° 6 la relación del personal mínimo requerido en el Contrato de Interventoría n° 1873 de 2017.

- Oficio CE-CTP-059 de 28 de marzo de 2019 mediante el cual el Consorcio Tropical Park dio respuesta al oficio radicado bajo el n° 8721:

Tal como se puede constatar del contenido del mencionado oficio y de sus documentos anexos, la Interventoría le allegó a la Gobernación de San Andrés las matriculas profesionales, diplomas de grado y certificaciones laborales del personal habilitante del Contrato de Interventoría n° 1873 de 2017 de las siguientes personas: (i) Pedro Guillermo Castro Arias -Director de Interventoría-, (ii) Luis Rafael Rocha Villegas -Residente de Interventoría-, (iii) Hugo Javier García Almanza -Especialista Hidráulico-, (iv) Dairo Dueñas Morales -Especialista en Geotecnia- y (v) Katerin Dayana Muñoz Mejía - Trabajadora Social.

Por consiguiente, de acuerdo con los precitados oficios se puede constatar de un lado que el proyecto siempre contó con el personal idóneo para ejecutar las actividades contratadas de conformidad con lo previsto en el pliego de condiciones, y de otro, que el Consorcio Tropical Park siempre dio cumplimiento a los requerimiento realizados por la Gobernación de San Andrés y a las obligaciones contratadas por medio del Contrato de Interventoría n° 1865 de 2017.

Adicionalmente, se le advierte a esta Secretaría que el Consorcio Tropical Park mes a mes por intermedio de los informes mensuales -numeral 4.3. Personal Contrato de Interventoría n° 1873 de 2017- se hacía una relación expresa de los profesionales que tenían a su cargo la ejecución de las obligaciones contratadas, poniéndole de presente la calidad en la que participaban y las actividades que ejecutaban.

En consecuencia, fundamentado en los argumentos expuestos, queda desvirtuado el supuesto incumplimiento endilgado por esta Secretaría en relación con el personal mínimo requerido por el Contrato de Interventoría suscrito.

El Consorcio Tropical Park realizó la totalidad de los pagos de salarios y prestaciones sociales.

A considerar de esta Secretaría, el Consorcio Tropical Park incumplió la cláusula décima tercera del Contrato de Interventoría n° 1873 de 2017 al no haber realizado - supuestamente- lo correspondientes pagos y/o aportes a la seguridad social de sus empleados.

Frente a dicha acusación, esta defensa considera que es absolutamente errada y desacertada, puesto que el Consorcio Tropical Park en todo momento durante la ejecución del contrato tuvo al día las obligaciones salariales y prestacionales de sus empleados. En efecto, como se puede verificar de la simple lectura de los Oficios de 9 de enero de 2019 y CE-CTP-042 de 14 de enero de 2019, la Interventoría le allegó a la Gobernación de San Andrés las correspondientes constancias del pago oportuno de los salarios y las prestaciones sociales de sus empleados.

No obstante, a pesar de que esta Secretaría ya cuenta con las respectivas constancias de pago realizada por el Consorcio Tropical Park a los aportes a la seguridad social, por medio de los presentes descargos se le adjuntan nuevamente los mismos.

En conclusión, de conformidad con los argumentos expuestos, el presunto incumplimiento no tiene lugar, puesto que está demostrado que el Consorcio Tropical Park en ningún momento incumplió a sus obligaciones prestacionales. 

Realización de los comités de obra y debida representación del Consorcio Tropical Park.

En este punto es preciso indicar que esta Gobernación era consciente de la realización de los comités de obra, en el sentido que ella misma fue quien autorizó a su Interventoría que en desarrollo de sus funciones celebrara aquellos comités únicamente con el Contratista del Contrato de Obra y que una vez se tuvieran claras las diferentes situaciones que dentro de las cuales se enmarcaba la ejecución del mismo, esta última debía comunicarle a la Entidad el estado actual del Proyecto.

De manera que, con extrañeza esta Interventoría recibe este presunto incumplimiento, y más cuando siempre asistió y cumplió a las diferentes reuniones y requerimiento realizados por esta Gobernación.

Efectiva entrega de los informes mensuales de interventoría

En relación con lo informe mensuales de obra previsto en el numeral 3.1 del documento de estudios previos, esta Gobernación no puede ignorar y omitir las diferentes situaciones que rodearon la ejecución del Contrato de Obra n° 1865 de 2017, puesto que, como se puso de presente en reiteradas comunicaciones y reuniones sostenidas (Oficios n° CE-CTP-035 y CTP-17-034-2018), al inicio del Contrato de Obra se presentaron diferentes situaciones - atribuibles a la administración- que afectaron el normal desarrollo del mismo.

En ese orden de ideas, a continuación, me permito informar que el Consorcio Tropical Park radicó los siguientes informes:

- Oficio CE-CTP-012 de 26 de junio de 2018 mediante el cual se allegó el informe n° 1 correspondiente al periodo comprendido entre el 29 de diciembre de 2017 y el 21 de junio de 2018.
- Oficio CE-CTP-013 de 25 de julio de 2018 por medio del cual se allegaron los informes n° 1, n° 2 y n° 3 correspondientes al periodo comprendido entre el 29 de diciembre de 2017 y el 29 de marzo de 2018.
- Oficio CE-CTP-015 de 12 de septiembre de 2018 mediante el cual se allegó el informe n° 4 correspondiente al periodo comprendido entre el 30 de marzo y el 3 de mayo de 2018.
- Oficio CE-CTP-023 de 16 de octubre de 2018 por medio del cual se allegó nuevamente el informe n° 2 correspondiente al periodo comprendido entre el 29 de diciembre de 2017 al 6 de octubre de 2018.
- Oficio CE-CPT-032 de 27 de noviembre de 2018 mediante el cual se allegaron los informes n° 5 y n° 6 correspondiente al periodo comprendido entre el 4 de mayo al 5 de julio de 2018.
- Oficio CE-CTP-037 de 13 de diciembre de 2018 por medio del cual se allegó el informe n° 7 correspondiente al periodo comprendido entre el 6 de julio al 2 de agosto de 2018.
- Oficio CE-CTP-038 de 18 de diciembre de 2018 mediante el cual se allegó el informe n° 8 correspondiente al periodo comprendido entre el 3 y el 30 de agosto de 2018.
- Oficio CE-CTP-040 de 26 de diciembre de 2018 por medio del cual se allegó el informe n° 9 correspondiente al periodo comprendido entre el 31 de agosto al 4 de octubre de 2018.
- Oficio CE-CTP-044 de 25 de enero de 2019 mediante el cual se allegó el informe n° 10 correspondiente al periodo comprendido entre el 5 de octubre y el 1 de noviembre de 2018.
- Oficio CE-CTP-047 de 22 de febrero de 2019 por medio del cual se allegó el informe n° 11 correspondiente al periodo comprendido entre el 2 de noviembre y el 6 de diciembre de 2018.
- Oficio CE-CPT-061 de 8 de abril de 2019 mediante el cual se allegó el informe n° 12 correspondiente al periodo comprendido entre el 7 de diciembre de 18 al 28 de febrero de 2019.
- Oficio CE-CTP-074 de 9 de julio de 2019 por medio del cual se allegó el informe final del Contrato de Interventoría n° 1873 de 2017.

Así pues, en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial previsto en el artículo 228 de la Constitución Política queda desvirtuado el presunto incumplimiento endilgado en cabeza del Consorcio Tropical Park con ocasión de la entrega y presentación extemporánea de los informes mensuales ejecutivo previstos en el documento de estudios previos. En efecto, reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que todas las actuaciones que se adelanten ante la administración de justicia y/o la administración pública prevalecerá el derecho sustancia, puesto que el derecho formal o adjetivo es el que rige el procedimiento, estableciéndose como una función instrumental, de manera que, este último es considerado un vehículo, de tal suerte que su fin es la realización de los derecho reconocidos en el derecho sustancial.

Efectiva administración y entrega de los informes de los gastos del anticipo.

Al respecto, se le pone de presente a esta Gobernación que dentro de los Informe Mensuales Ejecutivos presentado por parte del Consorcio Tropical Park se hizo un análisis detallado de la inversión del anticipo mes a mes. No obstante, a pesar de que el Contrato previó la presentación de unos informes quincenales, a lo largo de la ejecución del contrato el manejo del anticipo se realizó de manera mensual por medio de los informes ejecutivos presentados.

En ese orden de ideas, no puede perderse de vista que la finalidad del anticipo es un adelanto o avance del precio del contrato destinado a apalancar el cumplimiento de su objeto, de modo que los recursos girados por dicho concepto solo se integran al patrimonio del contratista en la medida que se cause su amortización por medio de la ejecución de las actividades programadas en el contrato¹³. Por lo cual, tal como se puede verificar en los informes mensuales presentados, quedó demostrado que el rubro presupuestal destinado al anticipo del Contrato de Interventoría suscrito con el Consorcio Tropical Park se ejecutó de conformidad con los parámetros y exigencias previstas en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, esto es, es respeto de los preceptos constitucionales, legales, de orden público, los principios y finalidades del estatuto contractual y a lo de la buena administración.

Al respecto, el Consejo de Estado al explicar la naturaleza jurídica de la figura del anticipo, resaltó que: "Siguiendo el lineamiento trazado, la Sala concluye que el anticipo que por virtud de la celebración de un contrato estatal le entrega al contratista, lejos de corresponder a un préstamo, en realidad constituye una modalidad de pago que las partes en desarrollo del principio de autonomía de la voluntad libremente pueden convenir..."

En síntesis, con los informes ejecutivos debidamente presentados de manera mensual por la Interventoría, se cumplió con la finalidad legalmente prevista para llevar el control financiero y de inversión de la figura del anticipo puesto que se respetaron los límites legales en su cuantía y su determinación estuvo precedida de razones objetivas y fundadas para lograr el adecuado cumplimiento del objeto contractual y de los fines del estado, tanto así que la fecha el contrato ya se encuentra culminado de conformidad con lo pactado tanto en el Contrato de Obra como en el Contrato de Interventoría suscrito por el Consorcio Tropical Park.

- Inspección final de obra.

Finalmente, frente a la obligación relacionada con la inspección final de la obra, se le informa a esta Secretaría que el día 3 de mayo de 2019 el Consorcio Tropical Park 17 en su calidad contratista del Contrato de Obra n° 1865 de 2017 le solicitó por medio del Oficio n° CTP17-055-2018 a la Secretaría de Infraestructura del Departamento de San Andrés que en cumplimiento de lo ordenado en el pliego de condiciones, programara por intermedio de la Interventoría la fecha y hora para la entrega total y formal de la obra objeto del contrato suscrito.

Frente a dicha solicitud, la Secretaría de Infraestructura le solicitó a la Interventoría que allegara la documentación correspondiente al recibo final y liquidación de las actividades previstas en el Contrato de Obra. Ante lo cual, el Consorcio Tropical Park por medio del Oficio n° CE-CTP-075 de 9 de julio de 2019 la información solicitada mediante los Oficios n° 3351 y 3650, haciendo la siguiente salvedad "Así mismo se le informará al contratista

de obra la necesidad de la entrega de los pendientes para su respectiva revisión y cumplir con la documentación contractual requerida".

Por consiguiente, no es claro y mucho menos lógico que hoy esta Secretaría pretenda endilgar un incumplimiento en cabeza de su Interventor cuando la revisión final no se ha realizado por causas imputables a la Interventoría, sino que, las mismas son imputables al Contratista de Obra el mencionado ente territorial.

En consideración a o hechos y fundamentos jurídicos expuestos, solicito de la manera más respetuosa, que se cierre y archive la investigación administrativa abierta y en consecuencia se abstenga de imponer sanción alguna en contra del Consorcio Tropical Park.

Se solicita se tengan como pruebas todas aquellas que hacen parte del proceso. Para que sean tenidas como fundamento de los presentes descargos y los hechos que soportan los argumentos expuestos, solicito que sean decretadas y practicadas en los términos de los artículos 243 y siguientes del Código General del Proceso y demás normas complementarias, las siguientes:

A. Documentales

1. Pliego de Condiciones Definitivo CM-018-2017.
2. Oficio CE-CTP-042 de 14 de enero de 2019.
3. Oficio CE-CTP-059 de 28 de marzo de 2019.
4. Estudios Previos CM-018-2017.
5. Contrato de Interventoría n° 1873 de 2017.
6. Oficio de 9 de enero de 2019.
7. Oficio n° CE-CTP-042 de 14 de enero de 2019.
8. Contrato de Obra n° 1865 de 2017.
9. Oficio n° CE-CTP-035.
10. Oficio n° CTP-17-034-2018.
11. Oficio CE-CTP-012 de 26 de junio de 2018.
12. Oficio CE-CTP-013 de 25 de julio de 2018.
13. Oficio CE-CTP-015 de 12 de septiembre de 2018.
14. Oficio CE-CTP-023 de 16 de octubre de 2018.
15. Oficio CE-CPT-032 de 27 de noviembre de 2018.
16. Oficio CE-CTP-037 de 13 de diciembre de 2018.
17. Oficio CE-CTP-038 de 18 de diciembre de 2018.
18. Oficio CE-CTP-040 de 26 de diciembre de 2018.
19. Oficio CE-CTP-044 de 25 de enero de 2019.
20. Oficio CE-CTP-047 de 22 de febrero de 2019.
21. Oficio CE-CPT-061 de 8 de abril de 2019.
22. Oficio CE-CTP-074 de 9 de julio de 2019.
23. Oficio n° CTP17-055-2018 de 3 de mayo de 2019.
24. Oficio n° CE-CTP-075 de 9 de julio de 2019.

B. Testimoniales.

1. Michel Bryan Ramos, identificado con cédula de ciudadanía n° 1020.764.719 de Bogotá D.C., quien fungió como auxiliar residente de interventoría y podrá exponer y explicar las condiciones en las que se ejecutó el Contrato de Interventoría n° 1873 de 2017. El testigo podrá ser citado en la ciudad de San Andrés en la Avenida Boyacá n° 4-70, Edificio Colombia, apartamento 201
2. Edgar Fabián Peraza Ordóñez, identificado con cédula de ciudadanía n° 85.477.184, quien fungió como director de obra dentro del Contrato de Obra n° 1865 de 2017 y podrá exponer y explicar las condiciones en las que se ejecutaron las obras contratadas. El testigo podrá ser citado en la ciudad de Santa Marta en el conjunto residencial Altos de Mayorca Torre 9 apartamento 203. (...)"

Aseguradora Compañía Mundial de Seguros S.A.:

"(...)

- Ausencia de competencia de la de la Secretaria de Turismo para adelantar Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales y concretamente para adelantar el presente procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo sancionatorio fue iniciado mediante oficio con radicado No. 5824-2019-08-20 suscrito por la Secretaria de Turismo. Es preciso indicar que, contrario a lo exigido en la Sentencia C-499 de 2015, en la citación no se invoca las resoluciones mediante las cuales el gobernador le delega la competencia a la secretaria de turismo para iniciar el presente proceso administrativo sancionatorio. Esta falta de competencia se desarrolla a continuación.

- Por improcedencia de la delegación por parte del Gobernador a la Secretaria de Turismo

La Ley 47 de 1993, cuya naturaleza es legislativa, estableció como función del Gobernador la de fungir como "(...) jefe de la administración seccional, representante legal del departamento y agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público, para la ejecución de la política económica general y para los asuntos que acuerde la Nación con el departamento mediante convenios"; Por su parte, de acuerdo con el Decreto 035 del 2 de febrero de 2015, son funciones del Gobernador:

Nivel Jerárquico	Directivo
Denominación del Empleo:	GOBERNADOR
Código:	001
Grado:	24
No. de cargos	01
Dependencia	DESPACHO GOBERNADOR
Cargo del Jefe Inmediato:	
II. AREA FUNCIONAL – DESPACHO GOBERNADOR	
III. PROPÓSITO PRINCIPAL	
Representación Legal del Departamento; ejecutor de las Ordenanzas de la Honorable Asamblea Departamental, Jefe de la Administración Departamental y Jefe de la Policía en el territorio de su jurisdicción.	
gestor y promover el desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las Leyes.	
3. Dirigir y coordinar los servicios nacionales en las condiciones de la delegación que le confiere el Presidente de la República.	
4. Presentar oportunamente a la Asamblea Departamental los proyectos de ordenanza sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas y presupuesto anual de rentas y gastos.	
5. Nombrar y remover libremente a los Gerentes o Directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del Departamento. Los representantes del Departamento en las juntas directivas de tales organismos y los directores o gerentes de los mismos son agentes del Gobernador.	
6. Fomentar de acuerdo con los planes y programas generales las empresas, industrias y actividades convenientes al desarrollo cultural, social y económico del Departamento que no correspondan a la Nación y al Municipio de Providencia y Santa Catalina.	
7. Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado.	
8. Suprimir o fusionar las entidades departamentales de conformidad con las ordenanzas.	
9. Objeter por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia, los proyectos de ordenanza, o sancionarlos o promulgarlos.	
10. Revisar los actos del Consejo Municipal de Providencia y Santa Catalina y del Alcalde y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al tribunal competente para que decida sobre su validez.	
11. Velar por la exacta recaudación de las rentas departamentales, de las entidades descentralizadas y las que sean objeto de transferencias de la Nación.	
12. Convocar a la Asamblea Departamental a sesiones extraordinarias en las que solo se ocupará de los temas y materias para lo cual fue convocado.	
13. Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional, que operen en el Departamento de acuerdo a la ley.	
14. Ejercer las funciones administrativas que le delegue el Presidente de la República.	
15. Participar en la formación de una cultura de autocontrol en la gestión de la dependencia que contribuya al mejoramiento continuo en el cumplimiento de la misión institucional.	
16. Las demás que le señale la Constitución, las Leyes y las Ordenanzas.	

Nótese que ni la Ley referida, ni tampoco el Decreto anterior, contemplan la posibilidad de delegar la función y competencia para iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionatorio, pues la calidad de jefe de administración, ejecutor y promotor de la política, reside única y exclusivamente en él.

La Ley 489 de 1998 tampoco permite en este caso la delegación por la naturaleza de la función, es decir, en el caso presente no existe autorización legal para la delegación de funciones en materia de imposición de sanciones, por cuanto corresponde al jefe de la

entidad. Se trata de una actividad no susceptible de delegación, por su naturaleza. La figura de la delegación está prevista en el artículo 209 de la C. P. y definida en la Ley 489 de 1998 –artículo 9- y sobre ella la Corte Constitucional ha señalado que es *"una forma de organizar la estructura institucional para el ejercicio de la función administrativa, junto con la descentralización y la desconcentración"*, figuras que tienen semejanzas, pues implican una cierta transferencia de funciones de un órgano a otro, pero que también presentan diferencias importantes que la Corte se ha encargado de explicar.

En el caso de la delegación, *"esta Corte, en acuerdo con la doctrina sobre la materia, ha señalado que son elementos constitutivos de la delegación los siguientes: (i) la transferencia de funciones de un órgano a otro; (ii) que la transferencia de funciones se realice por el órgano titular de la función; (iii) que dicha transferencia cuente con una previa autorización legal; (iv) y que el órgano que confiera la delegación pueda siempre y en cualquier momento reasumir la competencia"*

La Corte también ha señalado que *"Las autoridades públicas podrán delegar el ejercicio de asuntos expresamente autorizados"* y que *"Hay funciones cuyo ejercicio es indelegable, sea porque hay restricción expresa sobre la materia o porque la naturaleza de la función no admite la delegación (...). También resulta improcedente la delegación para el ejercicio de la actividad o la competencia de la integridad de la investidura presidencial o cuando la delegación supone transferir aquéllas atribuciones que atañen con el señalamiento de las grandes directrices, orientaciones y la fijación de políticas generales que corresponden como jefe superior de la entidad estatal "pues, lo que realmente debe ser objeto de delegación, son las funciones de mera ejecución, instrumentales u operativas."*

Que la delegación requiere previa autorización legal lo reiteró la Corte Constitucional en la sentencia C-727/00; Referencia: expediente D-2696; Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA; Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil (2000). El legislador estableció que existen funciones que no son delegables, como las consagradas en el artículo 11 de la Ley 489 de 1998, una de las cuales es, precisamente, la de que no exista autorización legal para la delegación, o la de que por naturaleza de la función la misma no sea delegable, lo que ocurre en el presente caso.

El Consejo de Estado, en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, reiteró que la delegación *"Requiere de autorización legal; en otras palabras, solamente puede haber delegación sobre asuntos en los cuales la ley ha autorizado que esta se presente y que "La delegación requiere la existencia de un acto formal, en el cual se señale la decisión del delegante, el objeto de la delegación, el delegatario, y las condiciones relativas al tiempo, modo y lugar en las cuales se hará ejercicio de la función delegada. En este sentido, se debe cumplir con unos elementos constitutivos, consistentes en un presupuesto de forma, uno subjetivo y uno objetivo o material"*.

Se desprende de lo anterior que no existe competencia alguna de la Secretaria de Turismo para adelantar el presente procedimiento administrativo.

- *Por ausencia de delegación del Gobernador a la Secretaria de Turismo.*

Como se dijo antes, el procedimiento fue iniciado mediante oficio con radicado No. 5824-2019-08-20 suscrito por la Secretaria de Turismo, sin embargo en él, no se mencionan los actos administrativos mediante los cuales se le confiere dicha facultad a la Secretaria de Turismo. Se itera que así los hubiera, dicha facultad no es delegable.

En el presente caso, como pasa a demostrarse, (i) no se ha delegado en la Secretaria de Turismo la función de emitir decisiones correspondientes a PASC; (ii) no es posible fragmentar el procedimiento administrativo sancionatorio para que sea un funcionario quien lo inicie y tramite y otro quien decida, pues la función de decidir corresponde a la fase de finalización de la actuación administrativa; (iii) solo el gobernador puede iniciar y decidir el proceso administrativo sancionatorio, salvo norma expresa, detallada y previa al inicio del sancionatorio.

En consecuencia, ha debido ser el Gobernador, jefe administrativo, quien citara a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, salvo que hubiese delegado dicha

um

función de acuerdo con lo previsto en los artículos 9 y 10 de la Ley 489 de 1998, conforme a los cuales se exige que:

1. El acto de delegación conste por escrito.
2. En el acto se determine la autoridad delegataria.
3. En el acto se determinen las funciones o asuntos específicos cuya atención o decisión se transfieren.
4. En el acto se expresen las condiciones de tiempo, modo y lugar para el ejercicio de la función delegada.

Por si fuera poco, de acuerdo con el Manual de Funciones de la gobernación, es decir, el Decreto 35 del 2 de febrero de 2015, dentro de las funciones de la Secretaria de Turismo, no existe la facultad de iniciar procesos sancionatorios, a saber:

IV. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES	
1. Garantizar que la planeación de la gestión sectorial, en lo atinente a diagnóstico de necesidades y la determinación, ejecución y control de programas y proyectos, se efectúe a través de las dependencias que ejercerán la promoción y coordinación de los programas de la Secretaría y materializarán la participación ciudadana en las diferentes etapas de la acción gubernamental.	
2. Evaluar la realidad socioeconómica de su sector y las inquietudes de la comunidad, para diseñar los planes y programas sectoriales que deban ser adoptados por el Gobernador y/o la Asamblea Departamental, según sus competencias.	
3. Priorizar las necesidades de capacitación asesoría y apoyo en los temas de desarrollo institucional, descentralización, participación y demás aspectos propios de la misión, que sean identificados en el ámbito local y regional; así como realizar los estudios básicos y de factibilidad para elaborar los programas y proyectos a incorporar en el plan de desarrollo del Departamento y/o plan operativo anual de inversiones.	
4. Coordinar la consecución de fondos, asesoría y transferencia de tecnología que contribuya al logro de los objetivos encomendados a la Secretaría.	

MANUAL DE FUNCIONES – GOBERNACIÓN DE SAN ANDRÉS – PLANTA CENTRAL

Página 55 de 237: "Continuación Decreto No. 0035 de 02 de FEBRERO de 2015"

I. IDENTIFICACION DEL EMPLEO	
Nivel Jerárquico	Directivo
Denominación del Empleo:	SECRETARIO DE DESPACHO
Código:	020
Grado:	20
No. de cargos	15
Dependencia	Secretaría de Turismo
Cargo del Jefe Inmediato:	Gobernador
II. AREA FUNCIONAL : Secretaría de Turismo	
III. PROPÓSITO PRINCIPAL	
Dirección general, formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos en materia de seguridad social en salud y salud pública	
5. Evaluar periódicamente el desarrollo de los planes, programas y proyectos de su sector y definir las acciones a seguir.	
6. Preparar los proyectos de ordenanza relativos a su sector, los proyectos de decreto que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones del Gobernador y liderar la ejecución de las decisiones y órdenes del mismo.	
7. Coordinar con la Secretaría General, el suministro oportuno de los bienes y servicios necesarios para dar continuidad a los servicios encomendados.	
8. Coordinar con la Secretaría de Hacienda la atención oportuna de la ejecución presupuestal del sector y la cancelación oportuna de las obligaciones adquiridas.	
9. Establecer en coordinación con la Oficina Asesora de Control Interno los procedimientos administrativos necesarios, con sus respectivos mecanismos de control, de tal manera que se obtenga oportunamente, calidad y cobertura en los servicios que debe atender y eficiencia en los trámites oficiales.	
10. Garantizar que en todos los procesos se determinen los planes de contingencia para asegurar la permanencia, continuidad y calidad de los servicios.	
11. Participar en la formación de una cultura de autocontrol en la gestión de la dependencia que contribuya al mejoramiento continuo en el cumplimiento de la misión institucional.	
12. Responder por el buen uso y racionalización de los recursos físicos que se utilizan en la dependencia al desarrollar la misión institucional.	
13. Colaborar con el responsable de la informática, en la implementación de los sistemas de información que garanticen agilidad y confiabilidad en los procesos en que interactúan estas dependencias.	
14. Ejercer las funciones que surjan de la naturaleza de la dependencia conforme al Decreto Departamental 0227 de 2012, y las demás que sean asignadas por autoridad competente.	

Como ha señalado la Corte Constitucional, el "derecho al juez natural implica que sea el juez competente no sólo quien decide el asunto, sino quien instruye el proceso. En este sentido, el derecho al juez natural es la garantía de ser juzgado por el juez legalmente competente para adelantar el trámite y adoptar la decisión de fondo respectiva".

El vicio de falta de competencia, por su gravedad, torna ineficaz la totalidad de actuaciones surtidas, por lo cual deberá cerrarse y archiversse el presente proceso administrativo sancionatorio. on

- *Violación al debido proceso por falta de cumplimiento estricto del artículo 86 de la ley 1474 de 2011 ausencia de garantías para ejercer el derecho de defensa, no se cuantifica de manera detallada la pena a imponer.*

Ha de señalarse que la Policía Nacional invocó el procedimiento administrativo sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que expresamente impone a la entidad estatal el deber de observar un procedimiento mínimo, consistente en que, *"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. "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."*

A estos efectos la Corte Constitucional en la sentencia C-499 DE 2015 indicó que:

"5.5.4. El procedimiento previsto en los literales aludidos inicia cuando la entidad estatal advierta, a partir de unos hechos y de un informe de interventoría o de supervisión, la existencia de un posible incumplimiento del contrato. Prosigue con la citación al contratista, al que se dará noticia expresa y detallada de tales hechos e informes, de las normas o cláusulas que habrían sido violadas y de las consecuencias que podrían derivarse de ello, para debatir lo ocurrido, en una audiencia, a la que también se convocará al garante. En la audiencia se volverá a dar cuenta de lo manifestado en la citación y se dará la oportunidad al contratista y al garante de presentar sus descargos, de aportar pruebas y de controvertir las pruebas presentadas por la entidad. La audiencia se puede suspender para practicar otras pruebas, sea de oficio o a petición de parte, cuando se estime que ellas son conducentes y pertinentes o necesarias. El procedimiento concluye con una resolución motivada en la cual se decide la declaración o no del incumplimiento. Por último, si la entidad estatal tiene noticia de la "cesación de la situación de incumplimiento", puede "dar por terminado el procedimiento".

5.5.5. El antedicho procedimiento, que debe seguirse de manera necesaria para que la entidad estatal pueda ejercer las facultades previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011⁵¹, garantiza que el contratista y su garante (i) serán informados en detalle y con los soportes correspondientes de los hechos en los que se funda la consideración de que el contrato se ha incumplido; (ii) tendrán la oportunidad de presentar sus descargos, dar explicaciones, aportar y controvertir pruebas; (iii) conocerán en la misma audiencia la resolución motivada de la entidad estatal y podrán presentar contra ella el recurso de reposición, que se tramitará y resolverá en la audiencia. Incluso, es posible suspender la audiencia, por razones de práctica de pruebas o por "cualquier otra razón debidamente sustentada". En estas circunstancias, la valoración probatoria, que es el fundamento de la resolución motivada por medio de la cual se cuantifica los perjuicios, no obedece a una presunción de mala fe del contratista, ni contraría la prevalencia del derecho sustancial, ni resulta de vulnerar el debido proceso en materia probatoria."

Como se sabe, *"La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia"*.

El contenido del principio del debido proceso, como quedó claro en sentencia de junio 23 de 2010 del Consejo de Estado, Sección Tercera, rige todas las actuaciones sancionatorias, al igual que todos los procedimientos administrativos, sean sancionatorios o no, debiendo ser un debido proceso integral cuya iniciación parte de la necesidad de indicar qué hechos lo originan, qué sanción podría imponerse, y qué pruebas de ello tiene la administración – art. 28 CCA-, para que el contratista y su garante puedan definir a qué se atienen en este aspecto y de qué manera asumirán su defensa frente a los hechos que le imputan, dado que *"no sólo se trata del cumplimiento de las normas que establecen el procedimiento y el conjunto de principios que informan y orientan la actividad de la contratación pública"*

respeto de la legalidad objetiva-, sino de la salvaguarda de las garantías en que consiste este derecho y la protección contra la arbitrariedad de la administración.

La jurisprudencia de nuestras cortes ha puesto de presente reiteradamente la necesidad de respetar el derecho de defensa y de contradicción, teniendo en cuenta que *"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas..."* y, en punto al debido proceso administrativo la Corte Constitucional ha señalado que la garantía del *debido proceso administrativo* se encuentra consagrada de manera expresa en el artículo 29 constitucional, entre otras disposiciones superiores, y consiste en el respeto a las formas previamente definidas, en punto de las actuaciones que se surtan en el ámbito administrativo, salvaguardando en todas sus etapas los principios de contradicción e imparcialidad, para (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.

En relación con la preparación de la defensa, la Corte Constitucional sostuvo en Sentencia C-341 de 2014 lo siguiente:

"La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas".

En primer lugar, el oficio citatorio consigna varias incongruencias entre los hechos planteados y las normas o cláusulas presuntamente violadas, las cuales impiden el cabal desarrollo del principio del debido proceso consagrado en la Carta Política y el adecuado ejercicio del derecho de defensa y contradicción. En efecto, nótese que, en los hechos del citatorio, en ningún momento se cita lo consignado en el contrato y se hace una leve alusión a los pliegos de condiciones definitivos del contrato. Por el contrario, el fundamento del citatorio proviene casi que exclusivamente de los estudios previos y se apalancan en el numeral 3.3. de los mismo. Sin embargo, dicho numeral, además de no ser vinculante por cuanto prima el contrato y los pliegos de condiciones, no demuestran la supuesta transgresión del contratista.

La entidad debió, y era imperativo que lo hiciera, indicar de manera concreta, específica, detallada y clara, cuál es la o las bases del cargo imputado, sin embargo, se itera, en el presente caso no sucedió, pues el citatorio no menciona y desglosa los distintos informes de interventoría presentados. am

Este procedimiento mínimo implica en este caso la necesidad de que en el mismo oficio citatorio se indique de manera concreta, específica, detallada y clara, cuál es la base del cargo imputado, lo cual en el presente caso no sucedió, pues el citatorio no menciona, de forma expresa. Ello impide a los convocados conocer de manera precisa y en detalle, dónde existen las supuestas falencias y refutar las mismas.

"una de las principales garantías del debido proceso es precisamente el derecho a la defensa", para que el contratista y su garante puedan definir a qué se atienen en este aspecto y de qué manera asumirán su defensa frente a los hechos que le imputan, lo que evidentemente en el caso presente no es posible por la ausencia de las menciones comentadas.

En consecuencia, solicito se proceda con el archivo inmediato y definitivo del proceso sancionatorio.

- *DESCARGOS FRENTE A LA PÓLIZA*
- *INEXISTENCIA DE SINIESTRO POR AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y DEMOSTRACIÓN DE PERJUICIOS.*

En el seguro de cumplimiento el riesgo asegurado está constituido por la eventualidad de un incumplimiento por parte del deudor y el siniestro se entiende acaecido, *"con la realización del riesgo asegurado, es decir, con el incumplimiento de la obligación garantizada, del cual dimana la obligación del asegurador, ..."*, en el entendido, claro está, de que exista perjuicio para el asegurado por cuanto sin perjuicio no puede entenderse configurado el siniestro, según lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Ha dicho también la Corte Suprema de Justicia que, *"el cometido de esta especie de seguro no es otro que el de 'garantizar el cumplimiento de la obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento –o en la eventualidad del incumplimiento del deudor', el asegurador toma a su cargo 'hasta por el monto de la suma asegurada, los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada'"* (Sent. de marzo 15 de 1983) (Sent. de septiembre 21 de 2000, exp.: 6140). (sent. Cas. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670)." (Negrillas y subrayado son nuestros).

Dijo también la Corte Suprema de Justicia que *"ocurrido el riesgo, el beneficiario del seguro, es decir, el acreedor de la obligación incumplida, debe demostrar, frente a un reclamo judicial o extrajudicial, amén de ese hecho, el daño derivado del incumplimiento, así como su cuantía (C. Co., art. 1077), pues por tratarse de un seguro que lo rige el principio indemnizatorio (art. 1088, Ibíd.), la obligación de resarcir los perjuicios no puede ir más allá del detrimento patrimonial efectiva y realmente causado, el cual bien puede ser menor de la suma tope asegurada. Como lo tiene dicho la Corte, esa carga probatoria se explica, de un lado, porque la compañía aseguradora no asume una deuda ajena, sino la "propia estipulada en la póliza", y de otro, porque el "seguro de cumplimiento (...) no es un seguro de valor admitido que permita deducir que el valor de la indemnización a cargo del asegurador es igual al valor asegurado que aparece en la póliza" (1)"*.

En el mismo sentido, los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, señalan que le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, toda vez que el seguro de cumplimiento tiene naturaleza de seguro de daños, se le aplica el principio indemnizatorio, y la indemnización no podrá exceder el daño efectivamente sufrido, el cual debe ser demostrado por el asegurado, hasta concurrencia de la suma asegurada. En el caso, el contratista no ha incurrido en omisión alguna respecto del cumplimiento del contrato objeto del presente proceso.

En este orden de ideas, de acuerdo con el artículo 1757 del Código Civil, en relación con la carga probatoria, determina que le *"Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta"*, disposición que se reitera en el Código General del Proceso, artículo 167, según el cual *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que*

consagran el efecto jurídico que ellas persiguen". En el caso, no se cumplió con la carga probatoria de demostrar el incumplimiento y el perjuicio alegado.

- *PROCEDENCIA DE LA COMPENSACIÓN*

En atención a lo dispuesto en el Parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, según el cual *"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."*

A su vez, el artículo 1715 del Código Civil sostiene que:

"La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades [...]"

Por lo anterior, solicito que en el improbable caso de declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal, la misma sea compensada con los saldos a favor del contratista o por cualquier otro medio que permita dicha compensación.

- *LIMITACIÓN CONTRACTUAL AL MONTO INDEMNIZABLE EN LA HIPÓTESIS DE UNA CONDENNA*

De conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 1089 *ibídem*, la responsabilidad del asegurador va hasta el límite de la suma asegurada, sobre la base de que se demuestre el siniestro y la cuantía de la pérdida, y no puede exceder del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o beneficiario. Adicionalmente, existe otro límite legal a la indemnización, previsto en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual la indemnización no podrá exceder del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario. Ni el seguro puede ser fuente de enriquecimiento para el asegurado, por disposición del artículo 1088 *ibídem*.

Por consiguiente, se solicita que en el improbable caso de que se declare el incumplimiento del contrato, se de aplicación al límite de la suma asegurada conforme a la póliza y sus condiciones particulares y generales y los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio.

- *PROPORCIONALIDAD DE LA PENA*

En cualquier caso, si equivocadamente llegare a pensarse en declarar el incumplimiento contractual, sería menester dar aplicación al principio de la proporcionalidad de la cláusula penal.

Como se sabe, cuando la obligación principal se haya cumplido en parte, la pena está sujeta a su reducción equitativa, por aplicación de los artículos 867 del Código de Comercio y 1596 del Código Civil.

En el improbable caso de aplicarse la sanción, sería menester acudir al principio de proporcionalidad, en su doble faceta –como acción y como control-, principio que cumple dos funciones: *"i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa. Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio ex-ante y otro ex-post, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria."*

Con otras palabras, *"se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen."*

La necesidad de esta reducción ha sido expuesta en forma reiterada por la jurisprudencia administrativa, como se advierte en distintas providencias que han puesto de presente la necesidad de sujetarse a los principios de legalidad y de proporcionalidad -. on

Solicito se decreten las siguientes pruebas:

1. Exhibición de documentos. Correspondencia cruzada física y digital sostenida entre la administración y el contratista interventor.
2. Prueba por firma: Solicito a la administración indique los saldos adeudados al contratista, en virtud del contrato.
3. Exhibición de documentos: Todas las actas y constancias de avance del contrato de obra y de consultoría.
4. Coadyubo y hago más la solicitud de pruebas del contratista. (...)"

Análisis de las situaciones de forma planteadas por los convocados:

Falta de competencia.

Con relación a la solicitud elevada ante la Administración Departamental por parte de los Apoderados judiciales del Consorcio Tropical Park y de Mundial de Seguros S.A, en el sentido de que se archive el presente proceso administrativo por considerar que la Secretaria de Turismo Departamental, señora Yadira Olivo Flórez, no cuenta con la facultad y delegación para iniciar, adelantar y efectuar citación para la celebración de la audiencia de declaratoria de presunto incumplimiento al contrato de interventoría N° 1873 de 2017, desde ya el Despacho, indica que tal petición será resuelta de manera negativa, por cuanto la actuación desplegada por la Secretaría de Turismo Departamental, encuentra su sustento en la Ley 1474 de 2011, *"Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública"*, y, que para efectos del procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento, establece lo siguiente:

"(...) ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLATORIAS 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. (...)”

En virtud de esta disposición, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina islas, reglamentó dicho procedimiento mediante Decreto 0251 de Junio 26 de 2014, "Mediante el cual se expide el Manual de Contratación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina islas", que en su parte pertinente, dispuso:

"(...) **ARTÍCULO SEGUNDO: DELEGACIÓN.** Se delega la facultad de celebrar contratos y las funciones a las que se refiere el artículo tercero del presente Decreto, en los servidores públicos que se determinan a continuación:

1. Delegación General: Delegar y desconcentrar en los Secretarios de Despacho, en los Directores y en los Jefes de Oficina, la gestión de los procesos de contratación que requieran adelantar para cumplir con las funciones a cargo de su dependencia.

La delegación y desconcentración tiene los siguientes alcances:

(...)

1.12. Iniciar los trámites para la apertura del procedimiento administrativo de imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimientos; presentando los informes que sustentan la solicitud.

(...)

3. Funciones de apoyo de la oficina asesora jurídica: La oficina jurídica esta delegada para ejercer las siguientes funciones:

(...)

3.10 Asesorar y acompañar las reclamaciones administrativas ante los contratistas y garantes de manera que sean debidamente sustentadas la expedición y notificación de los actos administrativos mediante los cuales se hacen efectivas indemnizaciones, multas, sanciones, declaratorias de incumplimiento, cláusulas excepcionales y/o garantías a que hubiere lugar en desarrollo de los contratos y convenios celebrados por la entidad, previa solicitud del jefe de la dependencia donde se originó el proceso contractual o se efectuó la supervisión; así como remitir copia de los actos sancionatorios a los órganos competentes. (...)

ARTÍCULO DÉCIMO: DEPENDENCIA INTERESADA. La dependencia interesada en la celebración del contrato o convenio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

2. En la etapa de ejecución del contrato o convenio.

(...)

2.2. Dirigir las actuaciones administrativas sancionatorias.

(...)

3. En la etapa de liquidación y cumplimiento de obligaciones post - contractuales.

(...)

3.2. Dirigir las actuaciones administrativas tendientes a declarar el incumplimiento de los contratistas y hacer efectiva la garantía.

3.3. Solicitar el inicio de las acciones judiciales en contra de contratistas, su garante y entidades contratantes.

(...)

ARTÍCULO VIGÉSIMO CUARTO. TRÁMITE INTERNO PARA LAS ACTUACIONES SANCIONATORIAS Y PARA EL EJERCICIO DE FACULTADES EXCEPCIONALES.

Las actuaciones internas para la imposición de sanciones y el ejercicio de facultades excepcionales se cumplirán bajo las siguientes reglas.

1. Durante la ejecución del contrato el interventor o supervisor informará a la Oficina Jurídica sobre la necesidad de iniciar la actuación administrativa para la imposición de sanciones y en general el ejercicio de prerrogativas o facultades excepcionales.
2. La Oficina Jurídica recomendará al ordenador del gasto el inicio o no de la actuación administrativa correspondiente.
3. El ordenador del gasto tomará las decisiones en la actuación administrativa previa recomendación del interventor o supervisor y de la Oficina Jurídica. (...)” Subrayado y negrilla fuera de texto.

Así las cosas, es claro que actuar de la Secretaría de Turismo, se encuentra amparado en las normas transcritas, y, particularmente, como se indicó en precedencia, en el Decreto 0251 de 2014, el cual le reviste de las facultades necesarias para iniciar y adelantar el proceso administrativo sancionatorio *sub examine*, despejando así, toda duda referente a posibles nulidades o irregularidades procesales que puedan invalidar la actuación.

Presunta vulneración del Principio de Presunción de Inocencia.

Dentro de los cargos presentados en el desarrollo de la actuación administrativa, el apoderado judicial del Consorcio Tropical Park, manifestó que la Administración Departamental no demostró que el contratista incumplió sus obligaciones contractuales, basándose únicamente en simples cálculos de presupuesto del contrato. Sin embargo contrario a lo expuesto por el apoderado judicial del Consorcio Tropical Park, la Administración Departamental dio inicio y encontró sustento a dicha actuación sancionatoria en los informes de supervisión realizados a la ejecución del contrato de interventoría 1873 de 2017, los cuales se relacionan a continuación:

- a. Informe de Supervisión al contrato No. 1873 de 2017, del periodo 29 de diciembre de 2017 a enero 29 de 2018. (2 folios)
- b. Informe de Supervisión al contrato No. 1873 de 2017, del periodo 29 de enero de 2018 a febrero 29 de 2018. (2 folios)
- c. Informe de Supervisión al contrato No. 1873 de 2017, del periodo 29 de marzo de 2018 a abril 29 de 2018. (3 folios)
- d. Informe de Supervisión al contrato No. 1873 de 2017, del periodo 29 de abril de 2018 a mayo 29 de 2018. (3 folios)
- e. Informe de Supervisión al contrato No. 1873 de 2017, del periodo 29 de mayo de 2018 a junio 29 de 2018. (3 folios)

- f. *Informe de Supervisión al contrato No. 1873 de 2017, del periodo 29 de junio de 2018 a julio 29 de 2018. (2 folios)*
- g. *Informe de Supervisión al contrato No. 1873 de 2017, del periodo 29 de julio de 2018 a agosto 29 de 2018. (2 folios)*
- h. *Informe de Supervisión al contrato No. 1873 de 2017, del periodo 28 de agosto de 2018 a septiembre 29 de 2018. (2 folios)*
- i. *Informe de Supervisión al contrato No. 1873 de 2017, del periodo 29 de septiembre de 2018 a octubre 29 de 2018. (3 folios)*
- j. *Informe de Supervisión al contrato No. 1873 de 2017, del periodo 29 de octubre de 2018 a noviembre 29 de 2018. (3 folios)*
- k. *Informe de Supervisión al contrato No. 1873 de 2017, del periodo 29 de noviembre de 2018 a diciembre 29 de 2018. (4 folios)*

Además de los anteriores documentos, se tuvieron en cuenta las diferentes comunicaciones emitidas por la Supervisión del contrato requiriendo al CONSORCIO TROPICAL PARK al cumplimiento de las obligaciones correspondientes, las que hoy son objeto de las presentes diligencias.

Así mismo, en la citación a audiencia pública al contratista CONSORCIO TROPICAL PARK por presunto incumplimiento al contrato de interventoría 1873 de 2017, se determinaron de manera clara y detallada los hechos que sustentan el presunto incumplimiento a saber:

De la simple lectura del punto 7 de la referida citación a audiencia pública, se tiene que según la supervisión del contrato "(...) *no se evidencia el personal mínimo requerido en obra, tales como Residente de Interventoría, Director de Interventoría y Trabajadora Social, de acuerdo a los pliegos de condiciones y a la oferta presentada por el contratista.*"

A su vez, en el punto 8 del referido documento se tiene que la supervisión del contrato de interventoría 1873 de 2017, requirió en varias oportunidades al contratista CONSORCIO TROPICAL PARK para que cumpliera la obligación establecida en la cláusula décimo segunda del referido contrato respecto de la acreditación del pago de aportes de salud, riesgos profesionales, pensión, caja de compensación, ICBF y SENA.

Igualmente, en el numeral 9 se precisó que: "(...) *la interventoría en ningún momento realizó comités de obra con el contratista y su Represente Legal en los cuales se citara al Secretario de Infraestructura tal y como lo exige el contrato y sus documentos soporte.*"

De igual forma, en el punto 10 se plasmó el presunto incumplimiento de la presentación de los informes administrativos, técnico, financiero y ambiental en el cual se consignara el estado real de la obra, en los siguientes términos: "(...) *En virtud de esta obligación la supervisión realizó en reiterados requerimientos al contratista con el fin de que llegaran los informes, los cuales fueron presentados de manera extemporánea. Dichas solicitudes se efectuaron en los oficios relacionados en el numeral sexto (6).*"

A su vez, en el numeral 11 se refiere al presunto incumplimiento de la obligación de presentar informes quincenales de los gastos del anticipo, para lo cual se dispuso: "*Partiendo de lo anterior, la supervisión realizó en reiterados requerimientos al contratista con el fin de que allegara los mencionados informes. Sin embargo durante la ejecución del contrato, estas no fueron presentadas, sino vencido el término del mismo, es decir de manera extemporánea y con muchas imprecisiones. Dichas solicitudes se efectuaron en los oficios relacionados en el numeral sexto (6).*"

A su vez, en el numeral 12 se refiere al presunto incumplimiento de la obligación de la inspección final de obra, plasmándose lo siguiente: "*Con relación a la anterior hasta la fecha el interventor no ha dado cumplimiento a esta obligación, esto a pesar de que se han* on

hecho requerimientos para que se realice la visita final que permita constatar las obras realizadas en virtud del contrato de obra No. 1865 de 2017."

No obstante, en el cabal cumplimiento y desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, la Administración Departamental, mediante oficio identificado con el RAD. SAL N° 5824 de 20 de agosto de 2019, citó al contratista Consorcio Tropical Park por conducto de su Representante Legal, Moisés Francisco Araujo Fuscaldo para que ejerciera su derecho al debido proceso y demostrara su inocencia frente a los cargos o causales que dieron lugar a dicho procedimiento administrativo sancionatorio. Así las cosas, dentro del desarrollo de la misma, el apoderado judicial del Consorcio Tropical Park, ejerció plenamente su derecho a la defensa, en el entendido de que fue escuchado por el ente territorial, presentó descargos como también solicitó la práctica de pruebas tanto documentales como testimoniales a las cuales se les corrió traslado en su momento.

Así las cosas, y conforme a lo expuesto, no se despachan de manera favorable los argumentos del CONSORCIO TROPICAL PARK, expuestos por conducto de su Apoderado, toda vez que se evidencia que el procedimiento administrativo sancionatorio de presunto incumplimiento al contrato mencionado, se ha desarrollado con el lleno de los requisitos exigidos por ley, respetando las garantías procesales y constitucionales de los convocados.

Valoración de las pruebas y consideraciones que fundamentan la presente decisión

La Administración Departamental tiene el deber de cumplir con los fines del Estado por medio de los diferentes programas y proyectos enmarcados dentro del Plan de Desarrollo, para el efecto, es la contratación estatal el mecanismo idóneo para que los particulares presten sus diferentes servicios, previo al cumplimiento de los diferentes requisitos, siguiendo las reglas y principios de la contratación, actuaciones estas que generan obligaciones entre las partes.

Según lo dispuesto en la sentencia C-499 de 2015, se establece que, el fin del artículo 86 de la Ley 1474, es la lucha contra la corrupción y dota al Estado de los instrumentos idóneos para sancionar a los contratistas que no cumplen con sus obligaciones en aras de proteger el interés público y los efectos nocivos del incumplimiento, refiriendo textualmente que: *"4.5.3.2 El medio empleado para obtener las anteriores finalidades: facultar a la entidad estatal para cuantificar los perjuicios que se hubieren causado por el incumplimiento del contratista, previa declaración del mismo, luego de haberse surtido un proceso administrativo, de haberse practicado pruebas y de haberse citado y oído al contratista y a su garante, tampoco esta prohibido por la Constitución. Por lo tanto, es un medio legítimo. Esta facultad esta reglada y se ejerce conforme a un procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho. Además, frente a dicho acto administrativo el contratista o su garante pueden presentar, en la vía gubernativa, el recurso de reposición, y además, pueden someter el acto administrativo al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo."*

"El procedimiento previsto en los literales aludidos, inicia cuando la entidad estatal advierta, a partir de unos hechos y de un informe de interventoría o de supervisión, la existencia de un posible incumplimiento de contrato. Prosigue con la citación al contratista, al que se dará noticia expresa y detallada de tales hechos e informes, de las normas o cláusulas que habrían sido violadas, y de las consecuencias que podrían derivarse de ello, para debatir lo ocurrido, en un inicio con respecto a este tema."

Es así como fracasados los intentos de cumplimiento y concertación la Administración Departamental, citó a audiencia al contratista, brindando todas las alternativas para ejercer

su derecho a la defensa y contradicción, tal y como reposa en diligencias dentro del expediente.

Dentro del presente trámite se evacuaron las pruebas solicitadas por el Contratista, la Aseguradora y la Supervisión, de lo que se resalta:

Las pruebas documentales que se adosaron al expediente administrativo fueron las aportadas por la Supervisión, y que igualmente, fueron remitidas al Contratista y su garante con la Citación a audiencia de presunto incumplimiento. Las que se aportaron durante el trámite, fueron las siguientes:

- Pliego de Condiciones Definitivo CM-018-2017 y los estudios previos.
- Oficio CE-CTP-042 de 14 de enero de 2019.
- Oficio CE-CTP-059 de 28 de marzo de 2019.
- Estudios Previos CM-018-2017.
- Contrato de Interventoría n° 1873 de 2017.
- Oficio de 9 de enero de 2019.
- Oficio n° CE-CTP-042 de 14 de enero de 2019.
- Contrato de Obra n° 1865 de 2017.
- Oficio n° CE-CTP-035.
- Oficio n° CTP-17-034-2018.
- Oficio CE-CTP-012 de 26 de junio de 2018.
- Oficio CE-CTP-013 de 25 de julio de 2018.
- Oficio CE-CTP-015 de 12 de septiembre de 2018.
- Oficio CE-CTP-023 de 16 de octubre de 2018.
- Oficio CE-CPT-032 de 27 de noviembre de 2018.
- Oficio CE-CTP-037 de 13 de diciembre de 2018.
- Oficio CE-CTP-038 de 18 de diciembre de 2018.
- Oficio CE-CTP-040 de 26 de diciembre de 2018.
- Oficio CE-CTP-044 de 25 de enero de 2019.
- Oficio CE-CTP-047 de 22 de febrero de 2019.
- Oficio CE-CPT-061 de 8 de abril de 2019.
- Oficio CE-CTP-074 de 9 de julio de 2019.
- Oficio n° CTP17-055-2018 de 3 de mayo de 2019.
- Oficio n° CE-CTP-075 de 9 de julio de 2019.
- Exhibición de documentos. Correspondencia cruzada física y digital sostenida entre la administración y el contratista interventor.
- Prueba por firma: saldos adeudados al contratista, en virtud del contrato.
- Exhibición de documentos: Todas las actas y constancias de avance del contrato de obra y de consultoría.
- Certificado de los movimientos migratorios del personal relacionado por el contratista interventor para el desarrollo del contrato 1873 de 2017.

De las pruebas documentales se le corrió traslado a los interesados, quienes manifestaron expresamente, que no tenían observación respecto de las mismas.

Adicional, se evacuaron en audiencia celebrada el 10 de Septiembre de 2019, las pruebas testimoniales solicitadas por el Contratista y su Garante, de las cuales se resalta:

Testimonio de Bryan Ramos Michell: Quien se identificó por sus generales de ley, e indicó en su declaración que laboró con el Consorcio Tropical Park en el periodo comprendido entre Febrero de 2018 y Junio de 2019, desempeñándose en calidad de Auxiliar de Residencia, en apoyo técnico, administrativo y financiero, y, que le hacía seguimiento al contrato de obra; al preguntársele sobre su experiencia laboral, indicó tener dos años de graduado en Ingeniería Civil, con experiencia en diseño de consultoría y estudios de suelos,

estructurales, interventoría de proyectos, la cual adquirió un año y medio antes de graduarse; también indicó que el cargo que ocupaba no fue aprobado por parte de la Supervisión del Contrato de Interventoría, sin embargo, asistía a la obra respecto de la cual se ejerce la interventoría que lo contrato en hora de la mañana más que todo (8:00a.m. a 12) y en la tarde al finalizar la jornada, dependiendo del trabajo que se le asignara debido a que no siempre estaba en la parte técnica.

Al cuestionársele referente al personal contratado por el Consorcio Tropical Park, para el desarrollo del Contrato de Interventoría No. 1873 de 2017, indicó:

- Que inicialmente se presentó el personal para la licitación, el cual cumplía con las especificaciones del pliego de condiciones y en mayo de 2018, el Ing. Paulo Huertas, le envía unas hojas de vida y unas certificaciones para el cambio de personal, el cual, según su decir, fue notificado pero no de manera formal a la Administración Departamental, lo que se hizo mediante la entrega de hojas de vida y en los informes.
- Que no hubo observaciones escritas efectuadas por la Administración Departamental, por conducto de la Supervisión en las que se indicara que el personal no cumplía con el perfil solicitado, lo que riñe con lo indicado por el mismo al absolver cuestionamiento posterior, pues, manifestó que la Administración Departamental, hizo una serie de observaciones a los informes mensuales, donde se "insistió mucho, digamos, en el personal en campo, la demora en la entrega de los informes mensuales..."; aunado a que, tal afirmación, se desvirtúa a través de los oficios Rad. SAL 10275 del 20 de abril de 2018, Oficio Rad. SAL 30251 del 11 de octubre de 2018, Oficio Rad. SAL 5645 del 19 de noviembre de 2018, Oficio Rad. SAL 8721 del 26 de marzo de 2019 y el Oficio Rad. SAL 4107 del 19 de junio de 2019, de los cuales se corrió traslado a los convocados a este trámite, forman parte del expediente, y, dan cuenta de que la Administración Departamental, jamás aprobó cambio en el personal presentado inicialmente por el contratista para la ejecución del contrato que ocupa nuestra atención, y, que, por el contrario, efectuó los requerimientos pertinentes, para que se sirvieran presentar el personal que habían ofertado.
- Que la asistencia del Representante Legal Suplente del Consorcio (Paulo Huertas) a los Comité de obra, fue nula, pues él le hacía encargo para que asistiera con el fin de informarle las decisiones que se tomaban en el proyecto, pero que él nunca tuvo poder decisorio dentro de dichos Comités.
- Indicó que desconocía el nombre de las personas que hicieron parte del cambio de personal, las calidades que estas personas tenían, y, también afirmó que nunca vio a estas personas en obra, y fue enfático al decir, que no los conoció, no tuvo contacto con ellos, lo que permite inferir claramente a la Administración Departamental, y, sin lugar a equívocos, que estas personas nunca hicieron presencia dentro de la misma, si se tiene en cuenta las funciones que el deponente, Bryan Ramos Michell, desempeñaba en el cargo que indicó ostentar en el Consorcio Tropical Park, pues, fue quien según su decir, radicó estas estas hojas de vida en la Gobernación, asistía a los Comité de Obra (reuniones éstas de gran importancia en la ejecución de este tipo de contratos, dentro de las cuales se informan pormenores, detalles, y se toman decisiones importantes para el buen direccionamiento contractual). Aunado a que conforme a la sana crítica, no es creíble, que si Bryan Ramos Michell, efectuaba labores administrativas para el consorcio convocado en este asunto, no conociera al personal contratado por el mismo, pues necesariamente para el cabal desarrollo de cualquier cargo, se requiere interactuar con las demás personas responsables de los distintos procesos dentro de una organización, ✓

efectos de obtener un resultado óptimo, máxime cuando era quien asistía a diligencias tan importantes como lo eran los Comité de Obra, así fuera solo con carácter informativo y no decisorio como en su momento lo indicó .

Testimonio de Edgar Fabián Peraza Ordoñez: Quien se identificó por sus generales de ley, e indicó en su declaración que laboró con Consorcio Tropical Park 17 desde Enero de 2018 hasta Julio de 2019, como Director de Obra, pero su declaración como tal, no aporta mucho a las presentes diligencias, si se tiene en cuenta, que el mismo, no indicó nada referente a si conoció o no al personal que laboraba para el Consorcio Tropical Park y su permanencia en la obra, desplegando las labores propias para ejecutar el contrato de Interventoría.

Ahora bien, como la valoración racional de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica trasciende las reglas estrictamente procesales, porque la obligación legal de motivar razonadamente las decisiones no se satisface con el simple cumplimiento de las formalidades, por el contrario, los instrumentos legales son un medio para alcanzar la verdad de los hechos que interesan al proceso y esta función solo se materializa mediante procesos lógicos, epistemológicos, semánticos y hermenéuticos que no están ni pueden estar reglados por ser extrajurídicos y pertenecer a un plano bien distinto al del tecnicismo dogmático.

Y, teniendo en cuenta que estos criterios objetivos garantizan el cumplimiento de la obligación que tiene el funcionario de motivar sus decisiones como garantía del derecho constitucional a la prueba que asiste a las partes, luego de hacer la apreciación individual de las pruebas, se hace necesario proceder a hacerlo de manera conjunta según la sana crítica, siendo éste un método de valoración que impone a los falladores reglas claras y concretas para elaborar sus hipótesis sobre los hechos a partir del uso de razonamientos lógicos, analógicos, tópicos, probabilísticos y de cánones interpretativos adecuados, que constituyen el presupuesto efectivo de la decisión.

La valoración conjunta de la prueba tiene como finalidad de que sirvan de base para la construcción de hipótesis con gran probabilidad, esto es, sin contradicciones, con alto poder explicativo y concordantes con el contexto experiencia.

Ahora bien, al analizar el materia probatorio de manera conjunta y en contraste, y partiendo de esa base, se permite colegir a la Administración Departamental, que la permanencia del personal requerido y acordado como parte del contrato para la ejecución del Contrato de Interventoría No. 1873 de 2017, fue escasa, o más bien nula, si se tiene en cuenta lo manifestado por el deponente Bryan Ramos Michell, contrastado con los movimientos migratorios de estas personas, los cuales fueron aportados por la Oficina de Control de Circulación y Residencia –Occre-, los cuales dan cuenta, de un único ingreso a la isla, por periodo de un (1) día máximo para cada una de estas personas, prueba esta que fue válidamente decretada dentro del trámite, y de la cual se corrió traslado a los convocados por conducto de sus Apoderados, los cuales no hicieron observaciones referente a la misma.

Con respecto al cumplimiento del contratista con el pago de los las Obligaciones con el sistema de seguridad social de su equipo de trabajo, el Departamento Archipiélago allegó como fundamento del presunto incumpliendo las pruebas que reposan en el expediente administrativo sancionatorio, las cuales fueron trasladadas y controvertidas sin ninguna prueba o argumento que desvirtuara lo contrario. Así como en la recepción de las pruebas testimoniales solicitadas por el contratista no se logró sustentar su posición, siendo un hecho que debió ser probado necesariamente a través de prueba documental, como lo es el soporte de pago dentro de los periodos correspondientes mes a mes.

Así las cosas, indefectiblemente, a la Administración Departamental, no le queda un camino distinto al de declarar el incumplimiento contractual por parte del Consorcio Tropical Park, máxime si se tiene en cuenta, que es una situación, a que a estas alturas no es susceptible de ser subsanada, pues conforme lo que se ha dicho en este asunto, la obra respecto de la cual se ejercía la interventoría se encuentra ejecutada. A su vez, se demostró que el contratista incumplió con el contrato de interventoría N° 1873 de 2017, puesto que: i) hizo

entrega tardía de los informes de interventoría; ii) la interventoría envió un delegado que no estaba debidamente facultado para la toma de decisiones, esto a sabiendas que en los mencionados comités se tomarían decisiones de vital importancia para la obra contratada a través del contrato de obra 1865 de 2017, razón por la cual la Administración Departamental, efectuó varias citaciones mediante los siguientes oficios Rad. SAL 35735 del 28 de noviembre de 2018, Rad. SAL 440 del 28 de enero de 2019, Rad. SAL 2955 del 8 de mayo de 2019; iii) hasta la fecha el interventor no ha realizado la inspección final de obra, esto a pesar de que se han hecho requerimientos para que se realice la visita final que permita constatar las obras realizadas en virtud del contrato de obra N° 1865 de 2017. Dichos requerimientos se efectuaron, mediante los siguientes oficios: Radicado SAL. N° 4657 de 10 de julio de 2019, Radicado SAL. N° 5352 de 2 de agosto de 2019 y Radicado SAL. N° 24310 de 5 de agosto de 2019.

Son claras las normas que otorgan a las entidades públicas la facultad de hacer efectivas las multas y la clausula penal, facultad mediante la cual se espera que la Administración alcance los fines propios del Estado. El Artículo 17 Ley 1150 de 2007, contempla la facultad de imponer estas multas y clausula penal siempre y cuando se hubieren pactado.

En el *sub lite*, se procederá conforme a lo señalado en la Clausula Octava del Contrato de Interventoría No. 1873 de 2017, que establece: "PENAL PECUNIARIA: Si al contratista se le declara el incumplimiento del contrato se obliga a pagar al Departamento, una sanción pecuniaria por la suma equivalente al diez (10) por ciento del valor del contrato, la que se impondrá en su totalidad.

En virtud de lo anterior,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar el incumplimiento parcial del Contrato de Interventoría No. 1873 de 2017, celebrado entre la GOBERNACIÓN DEPARTAMENTO DEL ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA y el CONSORCIO TROPICAL PARK, representado legalmente por MOISES FRANCISCO ARAUJO FUSCALDO, identificado con el NIT No. 901.141.779-1, cuyo objeto es: *"INTERVENTORÍA FINANCIERA, TÉCNICA, ADMINISTRATIVA Y AMBIENTAL A LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS DE URBANISMO Y ESPACIO PÚBLICO RECREO-DEPORTIVO TROPICAL PARK EN SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA ISLA, SEGÚN LAS ESPECIFICACIONES Y CONDICIONES TÉCNICAS ESTABLECIDAS EN LOS ESTUDIOS PREVIOS Y EL PLIEGO DE CONDICIONES"*, de conformidad con lo expuesto en el presente Acto Administrativo, cuyo cumplimiento está amparado por la póliza No. NB-100083837 del 22 de Diciembre de 2017, expedida por la Aseguradora Mundial de Seguros SA y actualizada mediante anexo N° 3 de 8 de agosto de 2019.

ARTICULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, declárese ocurrido el siniestro.

ARTICULO TERCERO: Hacer efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria consagrada en la Cláusula Octava del Contrato de Interventoría No. 1873 de 2017, en favor de la Gobernación Departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por valor de CUARENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS (\$44.972.750,00) la cual será compensada de las sumas de dinero que adeude la Gobernación Departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por cualquier concepto; compensación que se hará de manera directa, sin necesidad de notificación ni información adicional al contratista.

ARTICULO CUARTO: Descontar el valor de la Cláusula Penal liquidada, por el incumplimiento parcial declarado, de los saldos adeudados por CONSORCIO TROPICAL PARK por razón de la ejecución del Contrato de Interventoría No. 1873 de 2017. PARAGRAFO: En caso de que no existan saldos, o los mismos resulten insuficientes para cubrir el valor de la Cláusula Penal, dicho valor deberá ser cubierto por el Garante, esto es, MUNDIAL DE SEGUROS S.A., con cargo a la Garantía Única de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales No NB-100083837 del 22 de Diciembre de 2017, dentro de los treinta

(30) días hábiles siguientes, de acuerdo con establecido en el artículo 1079 de Código de Comercio.

ARTÍCULO QUINTO: Teniendo en cuenta la información suministrada por parte de la Supervisión del Contrato de Interventoría No. 1873 de 2017, respecto del reiterado incumplimiento por parte del contratista en los pagos de parafiscales, la Gobernación Departamental procederá a poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos.

ARTICULO SEXTO. - La presente Resolución se notifica en audiencia, de conformidad con lo señalado en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 a! CONSORCIO TROPICAL PARK a MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

ARTICULO SEPTIMO. - Una vez ejecutoriada esta Resolución será remitida a la Secretaría de Hacienda, para las compensaciones y trámites a que haya lugar.

ARTICULO OCTAVO. — Comunicar el contenido de la presente Resolución a la Cámara de Comercio correspondiente y a la Procuraduría General de La Nación, de conformidad con lo establecido en el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012, una vez ejecutoriado el presente Acto Administrativo.

ARTICULO NOVENO. — Publicar el contenido de la presente Resolución en el Sistema Electrónico de Contratación Pública — SECOP, una vez ejecutoriado el presente Acto Administrativo.

ARTICULO DECIMO. — Contra la presente Resolución procede el Recurso de Reposición el cual se podrá interponer, sustentarse y decidirse en audiencia pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTICULO DECIMO PRIMERO. - La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

Dada en la Isla de San Andrés a los **24 SEP 2019**

COMUNIQUESE Y CUMPLASE


JOHAN ANDRÉS MANCILLA FAYLLACE
Gobernador (e).
Ordenador del gasto.

Proyecto: jromero- DRankin- Sec. de Infraestructura y Sec. de Turismo
Reviso: N. Hudson, Secretaría de Infraestructura-Y. Olivo, Secretaria de Turismo- D Garzón Jefe Oficina Jurídica- J. Williams.