



GOBERNACIÓN

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

RESOLUCIÓN NUMERO 006616

(02 OCT 2019)

"POR MEDIO DE LA CUAL SE REVOCA LA RESOLUCION N. 004940 DE AGOSTO 05 DE 2019"

El Suscrito Gobernador (E) del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia Santa Catalina, en uso de sus facultades constitucionales y legales especialmente aquellas contenidas en el artículo 303 de la Constitución Política de Colombia, Decreto 1222 de 1986, ley 1437 de 2011, artículo 86 de la ley 1474 de 2011, y Decreto Nacional número 1672 de septiembre 12 de 2019, Decreto Departamental 0546 de 27 de septiembre de 2019 y

CONSIDERNADO

Que previo proceso de SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA PRESENCIAL No. 031 de 2018, publicado en el SECOP, el Departamento Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina, y la UNION TEMPORAL 031 ISLA 2018, con NIT 901.237.472-1, representada por EISEN HERNANDO MUÑOZ PRADA, suscribieron el contrato de compraventa No. 3041 de 2018, cuyo objeto es *"CONTRATAR LA ADQUISICION DE EQUIPOS PARA LA RED HOSPITALARIA DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, DE CONFORMIDAD CON LAS ESPECIFICACIONES TECNICAS DESCRITAS EN EL ANEXO 1 (FICHA TECNICA)"* por un valor de DOS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS DOCE PESOS (\$2.480.375.912,00) MCTE y un término de ejecución de sesenta (60) días calendario a partir del acta de inicio la cual se suscribió el día 18 de diciembre de 2018.

Que el día 28 de diciembre de 2018, el contratista UNION TEMPORAL 031 ISLA 2018 y la Secretaria de Salud Departamental en calidad de supervisora del contrato 3041 de 2018, suscribieron el acta de suspensión 01 por el termino de diez días estableciéndose como nueva fecha de terminación del contrato el día 14 de enero de 2019.

Que el día 14 de enero de 2019, el contratista UNION TEMPORAL 031 ISLA 2018 y la Secretaria de Salud Departamental en calidad de supervisora del contrato 3041 de 2018, suscribieron el acta de suspensión 02 por un término de 90 días estableciéndose como nueva fecha de terminación el día 27 de mayo de 2019.

Que la fecha de entrega final venció el 27 de mayo del presente año, con una ejecución contractual de un 0%.

Que, en virtud de lo anterior, la Gobernación Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en atención a lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, procedió a citar a través de su representante, al contratista UNION TEMPORAL 031 ISLA 2018, para que mediante audiencia pública se determinara la ocurrencia o no de incumplimiento del contrato y por ende imponer las sanciones pactadas.

Que en virtud de lo anterior, la precitada audiencia pública se desarrolló durante los siguientes fechas: 17 de Junio, 2 de Julio, 17 de Julio, 31 de Julio y la última audiencia realizada el 5 de agosto de 2019, y en donde se expidió la Resolución No 004940 de agosto 5 de 2019, que fue notificada en estrados y en la cual se decidió, lo siguiente:

"ARTICULO PRIMERO: Declarar que la UNION TEMPORAL 031 ISLA 2018, identificada con NIT 901237472-1 cuya representación legal recae sobre el señor EISEN HERNANDO MUÑOZ PRADA identificado con cédula de ciudadanía No. 79.169.565

expedida en Ubaté, se encuentra en mora de las obligaciones adquiridas mediante el contrato de compraventa No. 3041 de 2018, cuyo objeto lo constituye "CONTRATAR LA ADQUISICION DE EQUIPOS PARA LA RED HOSPITALARIA DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, DE CONFORMIDAD CON LAS ESPECIFICACIONES TECNICAS DESCRITAS EN EL ANEXO 1 (FICHA TECNICA)" de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

ARTICULO SEGUNDO: conceder al contratista los siguientes plazos con el fin de que cumpla con las obligaciones del contrato así:

- Entrega de los productos que equivalen al 40% del total del contrato para entrega inmediata desde la logística del transporte en quince (15) días a partir de la fecha.
 - El otro 30% representado por la torre importada en Alemania y fabricada con destino exclusivo en San Andrés en un mes incluida puesta en funcionamiento.
 - El otro 30% representado en amas fabricadas en China se entregarían en un mes.
- (...)

ARTICULO TERCERO: De conformidad con lo anterior hacer efectiva la multa prevista en la cláusula decima segunda del Contrato de Compraventa No. 3041 de 2018, equivalente a un dos por ciento (2%) del valor del contrato, esto es la suma de CUARENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SIETE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS M/CTE (\$49.607.518,24).

(...)"

Que contra el mencionado acto administrativo el apoderado de la UNION TEMPORAL 031 ISLA 2018, interpuso en la audiencia pública recurso de reposición, pero solicito la sustentarlo dentro de los 10 días siguientes de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ante lo cual, la administración departamental no se manifestó en la citada audiencia respecto de si se otorgaba o no el plazo para sustentarlo y por ende si se concedía o no el recurso, generándose un limbo jurídico toda vez que tanto la interposición, sustentación y decisión del recurso se debe adelantar en la audiencia pública de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

Que el proceso administrativo sancionatorio para la declaración de incumplimiento de contrato y la imposición de sanciones se encuentra regulado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que al tenor, dispone:

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

- 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;
- 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;
- 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;
- 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." (Subrayado fuera del texto original)

Que al revisar el acta de audiencia pública desarrollada para el efecto, al igual que lo plasmado en la Resolución N. 004940 del 5 de agosto de 2019, no se observa evidencia alguna respecto de la cuantificación de los perjuicios causados por el presunto incumplimiento. Respecto de la cuantificación de perjuicios por el incumplimiento contractual objeto del proceso administrativo sancionatorio, la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia C-499/15, mediante la cual se analizó la constitucionalidad de la expresión "*Cuantificando los perjuicios del mismo*", contenida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, dispuso: **"5. Segundo cargo: vulneración del derecho a un debido proceso (art. 29 CP), del principio de buena fe (art. 83 CP) y del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades (art. 228 CP). En el análisis de este cargo se estudió el derecho a un debido proceso, para destacar su aplicación en las actuaciones judiciales y administrativas, con las particularidades de cada una de ellas conforme a su finalidad; el principio de buena fe, para precisar su sentido y señalar que la presunción de buena fe admite prueba en contrario y que en algunos casos excepcionales es posible presumir la mala fe; y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, para poner de presente la función instrumental que tienen éstas respecto de aquél. A partir de estos parámetros, se descendió al caso concreto (i) para advertir que la cuantificación de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato estatal debe hacerse por medio de una Resolución motivada de la entidad estatal, luego haberse seguido un procedimiento administrativo, al cual el contratista y su garante son citados, pueden intervenir y tienen la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que se presenten en su contra; (ii) para indicar que ni la existencia de los perjuicios ni su cuantía se presumen, sino que resultan del ejercicio probatorio, que brinda los elementos empíricos necesarios para desvirtuar la presunción de buena fe; (iii) para constatar que, al fundarse en pruebas, la cuantificación de los perjuicios obedece a la realidad de la ejecución del contrato y, en modo alguno, comporta la prevalencia de las formas sobre el derecho sustancial; y (iv) para destacar que el procedimiento administrativo en su trámite y, en especial, en cuanto atañe a la práctica, controversia y valoración de las pruebas, no desconoce el derecho a un debido proceso."** (Subrayado fuera del texto)

Que en la Resolución N. 004940 de 2019, se plasmó el siguiente considerando: "Que la fecha de entrega final venció el 27 de mayo del presente año, con una ejecución contractual del 0%". Esto significa que el contratista incurrió en **incumplimiento total del contrato de compraventa 3041 de 2018**, toda vez que, según la Resolución en comento, se encuentra probado: (i) Que el plazo del contrato de compraventa 3041 de 2019, venció el 27 de mayo de 2019; y (ii) Que a la fecha de vencimiento el contratista no ejecutó el contrato dentro del plazo pactado. No obstante, en el artículo primero de la referida Resolución, se declara, no el incumplimiento total y definitivo del contrato como debió hacerse, sino **la mora del contratista en el cumplimiento de las obligaciones contractuales**, situación que solo puede ocurrir cuando aún no ha vencido el plazo de ejecución contractual.

Que en la Resolución No. 004940 de agosto 5 de 2019, se dispuso en su artículo tercero: **"ARTICULO TERCERO: De conformidad con lo anterior hacer efectiva la multa prevista en la cláusula decima segunda del Contrato de Compraventa No. 3041 de 2018, equivalente a un dos por ciento (2%) del valor del contrato, esto es la suma de CUARENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SIETE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS M/CTE (\$49.607.518,24).** Al respecto se observa que el Departamento hace efectiva la multa establecida en el contrato 3041 de 2018, cuantificándola en porcentaje del valor del contrato (2%) y en pesos (\$49.607.518,24), pero en el citado artículo, la administración no identifica a quien se le impone la multa, es decir la persona (natural – jurídica – consorcio – unión temporal) objeto de la sanción (contratista incumplido), lo que genera confusión sobre a quien se impone, si al contratista o al contrato, toda vez que el encabezado de la Resolución 4940 de 2019 dispone: "Por medio de la cual se impone una multa al Contrato No. 3041 de 2018".

Que en el acta de la audiencia pública del proceso sancionatorio adelantado contra LA UNIÓN TEMPORAL 031 ISLA 2018, en virtud del contrato de compraventa No. 3041 de 2018, se consignó que fue citada a la audiencia la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., en virtud de la póliza No. 33-44-101180301 del 17/12/2018, mediante la cual se amparó el cumplimiento del contrato No. 3041 de 2018. No obstante, ni en la precitada acta, ni en la Resolución 004940 de 2019, el Departamento se pronunció respecto de la responsabilidad de la aseguradora, ni declaró hacer o no efectiva la póliza para cobrar la multa impuesta. Al respecto, la Agencia Nacional para la Contratación Estatal – COLOMBIA COMPRA, dispuso: *"Ahora bien, en el procedimiento administrativo sancionatorio se debe vincular a la aseguradora, ya que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se hará efectiva la póliza que ampara el contrato. Ya que el acto administrativo que declara el incumplimiento constituye el siniestro, es el título que presta mérito ejecutivo para reclamar a la aseguradora la efectividad de la póliza."*¹

Que ante las numerosas imprecisiones contenidas en la Resolución 004940 de agosto 5 de 2019, acto administrativo que contiene y decide el procedimiento administrativo sancionatorio de incumplimiento de contrato e imposición de sanciones, adelantado por el Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, contra la UNIÓN TEMPORAL 031 ISLA 2018, respecto de la ejecución del contrato de compraventa No. 3041 de 2018, y con el fin de garantizar los principios que rigen la función administrativa, dispuestos en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, en especial los de moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, se considera conveniente y oportuno aplicar la institución jurídica de la revocatoria directa de la mencionada resolución.

Que respecto de la revocatoria directa de los actos administrativos, la ley 1437 de 2011, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" dispone:

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

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

(...)

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

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

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

(...)

97. REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

(...)"

¹ Colombia Compra – concepto - Radicación: Respuesta a consulta # 4201813000001645 - Temas: Incumplimiento. Perjuicios - Tipo de asunto consultado: Procedimiento para la declaratoria de incumplimiento y prescripción para hacer efectivo el pago de los perjuicios causados.

Que, si bien es cierto, la resolución 4940 de 2019 configura un acto administrativo particular y concreto, en dicho acto no se genera un derecho o una situación jurídica favorable para la UNIÓN TEMPORAL 031 ISLA 2018, sino que por el contrario le impone una multa por la mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, razón por la cual, para su revocatoria no requiere el consentimiento expreso del interesado, de acuerdo a lo expuesto por el Honorable Consejo de Estado, cuando dijo:

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

"(...).

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

(...).

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

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

(...).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)"

Que se considera necesario y procedente adelantar la revocatoria directa de oficio por parte del a administración departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina islas, contra la Resolución No. 004940 de agosto 5 de 2019.

Que en mérito de lo anteriormente expuesto, el Gobernador (E) del Archipiélago de san Andrés, Providencia y Santa Catalina islas,

RESUELVE

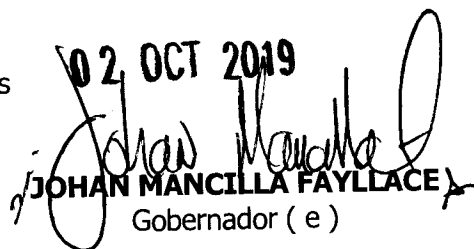
ARTICULO PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la Resolución número 004940 del 5 de agosto de 2019 "Por medio de la cual se impone una multa al contrato 3041 de 2018", expedida por el Gobernador (E) de San Andrés y Santa Catalina Islas, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTICULO SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente decisión a la **UNIÓN TEMPORAL 031 ISLA 2018**, con NIT 901.237.472-1, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

ARTICULO TERCERO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno, conforme a lo indicado en la ley 1437 de 2011.

ARTICULO CUARTO: VIGENCIA. La presente resolución rige a partir del día de su expedición y su notificación.

Dado en San Andrés isla a los

02 OCT 2019

JOHAN MANCILLA FAYLLACE
Gobernador (e)

Proyectó: Rojas y Vásquez
Revisó: D.Garzon/ J. Williams