



RESOLUCION NUMERO 2676 DEL 2020

"Por la cual se decide sobre una solicitud de Revocatoria Directa al acto administrativo Resolución 0767 de 2020 por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

EL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial las que le confiere la Ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, el código civil colombiano y

CONSIDERANDO

Que el Departamento de Arauca, suscribió el CONTRATO DE CONSULTORIA No 629 de 2016 con la UNION TEMPORAL CHOCOLATE FACTORY Nit 901.039.842-2 R/L LIZANDRO MANRIQUE AGUILAR identificado con la cédula de ciudadanía No 13.451.010 expedida en Cúcuta, cuyo objeto consagra: "ESTUDIOS Y DISEÑOS PARA LA CONSTRUCCION, MONTAJE Y PUESTA EN OPERACIÓN DEL CENTRO AGROINDUSTRIAL Y DE COMERCIALIZACION DEL CACAO EN EL MUNICIPIO DE ARAUQUITA, DEPARTAMENTO DE ARAUCA".

Que el valor del negocio contractual se fijó en la suma de CUATROSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$450.000.000, oo).

Que el plazo del contrato se pactó en OCHO MESES, iniciando las actividades contractuales el día 30 de diciembre de 2016, firmando la correspondiente acta de inicio la Doctora LIBIA KARELIA GALVIS RODRIGUEZ en calidad de Secretaria de Planeación Departamental y de conformidad con lo estableció en la Cláusula VIGESIMA del Negocio contractual.

A través de la Resolución 064 de fecha 17 de enero de 2017 se designa como supervisoras del Contrato a las funcionarias JESSICA PAOLA GONZALEZ MILLAN, NELVA MARLENY MANOSALVA CARO y MAGDA JULIETA GOMEZ CUEVAS. Posteriormente se expide la Resolución No 530 de fecha 27 de febrero de 2017 en que asigna a la doctora LIBIA KARELIA GALVIS RODRIGUEZ como supervisor sustituyendo a la profesional JESSICA PAOLA GONZALEZ MILLAN.

Se efectuó adicional de plazo No 1 por un término de tres (3) meses con fecha de terminación 30 de noviembre de 2017.

Que mediante Resolución 0767 del 13 de marzo de 2020 se declara el incumplimiento del contrato No 628 de 2016 y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato en un porcentaje del diez por ciento (10%) del valor total del CONTRATO DE CONSULTORIA No 628 de 2016 equivalente a la suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$45.000.000,oo).

Que corresponde a la entidad resolver la solicitud de revocatoria, previa las consideraciones que se indican a continuación:



RESOLUCION NUMERO 2676 DEL 2020

"Por la cual se decide sobre una solicitud de Revocatoria Directa al acto administrativo Resolución 0767 de 2020 por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

I. COMPETENCIA DE LA ENTIDAD

Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedidos o por sus inmediatos superiores.

El Gobernador de Arauca es el competente para resolver de fondo la solicitud de revocatoria directa del acto administrativo por el cual se declara el incumplimiento del contrato No 628 de 2016 y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato en un porcentaje del diez por ciento (10%) del valor total del CONTRATO DE CONSULTORIA No 628 de 2016 equivalente a la suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$45.000.000,00), por haberla expedido.

II DE LA REVOCATORIA DIRECTA

Que la revocatoria directa es una institución jurídica de tipo administrativa, cuya finalidad es la revocación del acto administrativo que se encuentra dentro de algunas de las causales previstas en el artículo 93 de la Ley 1473 de 2011, y restablecer en ese orden la legalidad del ordenamiento jurídico.

Que la revocatoria no hace parte de la vía gubernativa ni es un recurso administrativo ordinario; se trata de un procedimiento específico de control de la misma administración sobre sus actos¹.

Que el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 establece que la revocatoria directa procederá cuando se cumpla la causal o causales que se indican a continuación:

"ARTICULO 93. CAUSALES DE REVOCACION. 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..."

Que 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.

Que conforme al artículo 94 del CPACA la revocatoria directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procede por la causal del numeral 1 del artículo anterior, cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control

¹ C-339-96 Magistrado Ponente: Dr. JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ, Referencia: Expediente D-1237, agosto primero (1) de mil novecientos noventa y seis (1996).



RESOLUCION NUMERO 2676 DEL 2020

“Por la cual se decide sobre una solicitud de Revocatoria Directa al acto administrativo Resolución 0767 de 2020 por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria”

judicial. Se tiene que respecto de la Resolución 0767 de 2020 por el contratista no se interpuso el recurso de reposición, por lo que procede respecto del numeral 1 su pronunciamiento.

III. SOLICITUD DE REVOCATORIA

El solicitante UNION TEMPORAL CHOCOLATE FACTORY con Nit 901.039.842-2 a través de apoderado Dr. EDISON BALTAZAR RODRIGUEZ VIVAS conforme a poder otorgado, pretende la revocatoria de la Resolución No 0767 de 2020 “POR MEDIO DEL CUAL SE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO No 628 DE 2016 Y SE HACE EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA”, así:

- 1) “La Resolución 0767 del 13 de marzo de 2020, sea manifiesta u oposición a la Constitución Política o a la ley.

La expedición de la Resolución acusada tiene su sustento en el concepto técnico de fecha 10 de abril de 2018, en el que se informa en la página 9 correspondiente al capítulo 5. Que “Las causales presuntamente incumplidas por parte del contrista se basan en las cláusulas segunda. Obligaciones del contratista ítem. 1.1. ESTUDIOS DE MERCADOS 1.1. ESTUDIO TECNICO 1.3 diseño infraestructura. 1.4 estudio legal y administrativo, 1.5 estudio ambiental, estudio financiero, del contrato de consultoría 628 de 2016.

3

Continua el informe técnico en las páginas 10, 11 y 12 con la cuantificación del daño, exponiendo un porcentaje nulo de ejecución por parte el contratista, es decir del 0% y relacionando el valor íntegro del contrato actualizado, totalizando la suma de \$460.935.000 el cual desborda claramente cualquier análisis objetivo que se realice bajo los concepto de posible daño emergente o lucro cesante que haya podido sufrir el Departamento de Arauca en calidad de contratante...

Sin embargo, en el oficio de fecha 14 de junio de 2017, dirigido a la UNION TEMPORAL CHOCOLATE FACTORY representada por el señor LIZANDRO MANRIQUE AGUILAR, que hace parte de los anexos del citado concepto; el equipo de supervisión le expresa que: “se evidencia un incumplimiento con relación al porcentaje de ejecución en el cual es de 25,3 teniendo en cuenta que el plazo acordado para la ejecución total del contrato es de 8 meses y hasta la fecha ya han transcurrido 5 meses y medio, en el plan de trabajo ya debería tener una ejecución mínima del 70% del porcentaje total de la ejecución; contrario sensu de la anterior afirma, se infiere que el contratista, se encontraba para esta fecha en un porcentaje de ejecución adelantado equivalente al 44.7% deducible por una simple operación matemática.



RESOLUCION NUMERO 2676 DEL 2020

“Por la cual se decide sobre una solicitud de Revocatoria Directa al acto administrativo Resolución 0767 de 2020 por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria”

Igualmente, en el informe final de supervisión, que hace parte de los anexos del concepto técnico se reconoce el avance físico del 46.89% sin embargo obra en los archivos del contrato un quinto informe ejecutivo del 6 de octubre de 2017 en el que se sustenta, por parte de la unión temporal chocolate Factory un 64% de avance de ejecución del cual no se hace mención en el documento acusatorio mencionada de fecha 10 de abril de 2018.

El 23 de noviembre de 2017, en Comité Técnico de revisión de posible incumplimiento, se informa de parte de la funcionaria LIBIA KARELIA GALVIS, que en su correo personal existen tres archivos que deberán ser revisado posteriormente, y así mismo se concluyó en el acta producto de dicho comité que los productos aún no están terminados, pero como ya se anunció no se tomó en cuenta aquel último informe allegado el 6 de octubre de 2017, en este punto es válido acotar que el adjetivo de NO TERMINADO no es concluyente para determinar una inutilidad del producto.

En acta de audiencia de incumplimiento del 01 de octubre de 2018, se puso de presente a los asistentes el contenido de los informes presentados a los asistentes el contenido de los informes presentados por las supervisoras, procediendo el contratista a presentar sus descargos, concluyendo respecto de cada uno de los productos lo siguiente:

ITEM 1.1. ESTUDIOS DE MERCADO: Este producto se encuentra terminado en un 100% y se hace entrega física y magnética, en cuaderno empastado y debidamente rotulado y debidamente foliado.

4

ITEM 1.2 ESTUDIO TECNICO: Frente a la ejecución de este componente, el contratista vino realizando entrega de avances del mismo, acogiendo las recomendaciones entregadas en cada comité, sobre el particular fueron superadas las observaciones realizadas en el estudio de localización, ingeniería del proyecto, maquinaria y equipos. Estos acatamientos se encuentran inmersos en el documento final entrega en medio digitado a las supervisoras y en medio físico en fecha 17 de noviembre de 2017...

LOS ITEMS 1.3 DISEÑO DE INFRAESTRUCTURA, ITEM 1.4 ESTUDIO LEGAL Y ADMINISTRATIVO, ITEM 1.5 ESTUDIO AMBIENTAL e ITEM 1.6 ESTUDIO FINANCIERO allegado en audiencia del 01 de octubre de 2018, se dio traslado al equipo técnico de supervisión solicitando la suspensión de la audiencia para proceder a emitir los respectivos conceptos. El equipo técnico mediante nota Interna del 04 de octubre de 2018 solicita apoyo a la Secretaria de Planeación, Infraestructura, de Desarrollo Agropecuario, apoyo de personal profesional competente en las diferentes áreas para la revisión de los diseños derivados del contrato en mención dado que la supervisión no es idónea para realiza esta revisión.



RESOLUCION NUMERO 2676 DEL 2020

"Por la cual se decide sobre una solicitud de Revocatoria Directa al acto administrativo Resolución 0767 de 2020 por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

El 13 de marzo de 2020 la supervisión expresan que se mantiene en las condiciones y circunstancias del CONCEPTO O DICTAMEN TECNICO manifestando que se verificó el incumplimiento definitivo."

2) "VIOLACION AL DEBIDO PROCESO

La consagra en la falta de idoneidad profesional del equipo de supervisión para emitir juicios de valor técnico respecto de varios de los productos correspondiente a los ítems pactados, se llega al final del procedimiento sancionatorio un informe técnico realizado por profesionales extraños al proceso sin ninguna investidura o competencia para pronunciarse válidamente dentro del mismo, e igual de grave es el hecho de que se trata de una compilación de opiniones técnicas sin un respaldo probatorio, despojando al sancionado de la posibilidad de controvertir y desvirtuar las génesis de cada una de las conclusiones presentadas en estos documentos técnicos."

3) "INDEBIDA TASACIÓN DE PERJUICIOS

No aparece demostrado porque existiría un perjuicio equivalente al valor total del contrato, por la simple falta de ejecución puesto que la UNION TEMPORAL CHOCOLATE FACTORY tan solo recibió un 20% del valor pactado en el contrato en calidad de anticipo, el 80% restante aún se encuentra en poder del Departamento de Arauca desvirtúa la presunción inicial e infundada de un perjuicio equivalente al valor del contrato a título de daño emergente.

No aparece demostrado los conceptos y las cifras dejadas de percibir por parte del Departamento y como es natural exigir, tampoco aparece probada su relación directa con la supuesta mora o falta de ejecución del objeto contractual.

Considera que la resolución sancionatoria contraviene de forma directa el artículo 29 constitucional y quebranta en varios apartes el procedimiento ordenado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 por lo que se configura la primera del artículo 93 ley 1437 de 2011, consistente en una manifiesta oposición a la Constitución y la Ley."

4) "POR NO ESTAR CONFORMES CON EL INTERES PÚBLICO O SOCIAL O ATENTEN CONTRA EL

La decisión se aparta del INTERES PUBLICO O SOCIAL y que se atenta contra él. El informe de supervisión se soporta en consideraciones superfluas y vagas frente al presunto incumplimiento por parte del contratista, se configura puntualmente los presuntos incumplimientos que no dan certeza de la vulneración a los derechos y obligaciones contractuales por parte de la UNION TEMPORAL CHOCOLATE FACTORY.

Señala en cuadro se presentaron cinco (5) informes con un porcentaje de avance presentado para un total de 64.10%."

5



RESOLUCION NUMERO 2676 DEL 2020

"Por la cual se decide sobre una solicitud de Revocatoria Directa al acto administrativo Resolución 0767 de 2020 por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

- 5) "SE CAUSA UN AGRAVIO INJUSTIFICADO AL CONTRATISTA, AL SECTOR PRODUCTIVO CACAOTERO, A LA COMUNIDAD EN GENERAL. La supervisión desconoció los insumos entregados, rechazó los productos por mera liberalidad y/o apreciación subjetiva luego de haberse realizado por parte del obligado las correcciones que iba presentando. Hubo falta de idoneidad para revisión de la totalidad de la documentación aportada lo que se tornan inclusive viciados de nulidad inobservando el debido proceso. La cuantificación del daño se produce por el valor total del contrato cuando a todas luces es conocido que si bien se recibió por concepto de anticipo \$90.000.000, se debió actuar con la adecuada proporcionalidad a lo realmente entregado cuando tenía un avance del 44.7%, determinando que el avance de ejecución alcanzó un 64.1%."

IV CONSIDERACIONES JURIDICAS

La Constitución política en su artículo 209 dispuso el fin primordial del servicio público, *"la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley."*

6

Para el cumplimiento de dicho mandato, se expidió el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, en cuyo artículo 3º se establecieron los fines de la misma, a saber: "Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines".

Con base en el principio de autonomía de la voluntad consagrado en la legislación civil y comercial, en concordancia con el inciso segundo del artículo 40 de la ley 80 de 1993 según el cual "Las entidades podrán celebrar contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales, las entidades públicas pueden pactar en los contratos estatales estipulaciones cuyo único fundamento y oponibilidad sea el acuerdo de las partes materializado con la suscripción de un contrato con la finalidad de conminar al contratista a su cumplimiento o de sancionarlo por el retraso o incumplimiento de las obligaciones, facultando a dichas entidades para imponerlas previa observancia de un procedimiento que garantice el derecho a la defensa y a la controvertibilidad de la prueba."

Establece el artículo 95 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso



RESOLUCION NUMERO 2676 DEL 2020

"Por la cual se decide sobre una solicitud de Revocatoria Directa al acto administrativo Resolución 0767 de 2020 por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

Administrativo que:

"**Artículo 95.** Oportunidad. La revocatoria directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda. (...)"

Que según certificación expedida por la Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación de Arauca, la Administración Departamental de fecha 10 de diciembre de 2020, no ha sido notificada de auto admisorio de demanda radicada por Chocolate Factory contra el Departamento de Arauca respecto del acto administrativo objeto de esta decisión, en reparo a considerarla contraria a derecho y lesiva a sus intereses por lo que este Despacho se encuentra en la debida oportunidad de tramitar la presente revocatoria directa.

IV. SOBRE EL CASO EN CONCRETO

Considera el despacho necesario, antes de presentar el análisis de fondo del asunto, hacer una breve referencia de la figura de revocatoria directa y el sustento jurídico de la declaratoria de construcción prioritaria.

A efectos de resolver la revocación de la Resolución 0767 del 13 de marzo de 2020, se debe tener en cuenta que ésta es una prerrogativa que tiene la administración para enmendar en forma directa, de oficio o a petición de parte, sus actuaciones cuando sean contrarias a la Constitución o la Ley, atenten contra el interés público o social o generen un agravio injustificado a una persona, todo lo anterior de conformidad con el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señalado líneas arriba.

Respecto al concepto, naturaleza jurídica y las causales de la revocatoria directa de los actos administrativos el Consejo de Estado² ha señalado lo siguiente:

"La revocatoria directa es un instituto jurídico en virtud del cual la Administración, de oficio o a solicitud de parte, deja sin efectos los actos expedidos por ella misma, en razón de las causales expresa y especialmente previstas en la ley. En nuestro ordenamiento esta figura no tiene una naturaleza jurídica definida. No obstante, del examen de la normativa positiva que la regula (artículos 69 a 74 del Código Contencioso Administrativa) se puede concluir que tiene dos modalidades: de un lado, como mecanismo de utilización directa por parte del sujeto pasivo del acto

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, en sentencia proferida el 03 de noviembre de dos mil once (2011) dentro de proceso identificado con Radicación número: 11001-03-24-000- 2006-00225-00. Actor. COOMOEPAL LTDA. Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE.



RESOLUCION NUMERO 2676 DEL 2020

"Por la cual se decide sobre una solicitud de Revocatoria Directa al acto administrativo Resolución 0767 de 2020 por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

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 primer caso, se trata de un mecanismo procedimental similar a los recursos típicos de las actuaciones administrativas, pero con unas oportunidades y procedimientos diversos, razón por la cual esta modalidad se califica por algunos como un recurso extraordinario. Su carácter de recurso, en sentido amplio, se da al ser una forma para procurar que el organismo que expidió el acto lo revise por las causales que la ley consagra especialmente para ello. Su condición de extraordinario se desprende del hecho de que formal o técnicamente se surte por fuera del procedimiento administrativo, independientemente de que éste haya concluido o no, y de forma alternativa e incompatible con los recursos constitutivos de la vía gubernativa, con los cuales se diferencia en los aspectos procedimentales básicos. 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." (Negrillas fuera de texto)

Así, tanto los recursos de la vía administrativa como la revocatoria directa, tienen sustancialmente el mismo fin, comoquiera, que ambos instrumentos parten del pretendido que el ciudadano interesado no está de acuerdo con la disposición pública que toma una determinada autoridad. La diferencia radica esencialmente en el grado, ya que, en la revocatoria, además de la disconformidad con la decisión tomada, deben concurrir los requisitos establecidos para el efecto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, la violación a la Constitución o a la ley, el perjuicio o agravio al ciudadano o al interés público y social.

8

Es decir, que el objeto de la revocatoria directa, como se ha indicado anteriormente, es permitir a las autoridades revisar sus propias decisiones, para corregir errores en que se haya incurrido en su expedición, señalando para el efecto las tres causales ya reseñadas.

En este primer punto, es necesario mencionar que la Resolución 0767 se apoya en concepto de dictamen técnico de fecha 10 de abril de 2018 suscrito por las supervisoras del contrato, funcionarias: NELVA MARLENY MANOSALVA CARO, MAGDA JULIETA GOMEZ CUEVAS y LIBIA KARELIA GALVIS RODRIGUEZ acápite VIII CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO en que establece el porcentaje de ejecución cero (0%) en todos sus ítems.

Pues bien, revisado el proceso contractual, se establece:



RESOLUCION NUMERO 2676 DEL 2020

"Por la cual se decide sobre una solicitud de Revocatoria Directa al acto administrativo Resolución 0767 de 2020 por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

1) Según orden de Pago No 2016-06900 del 14 de marzo de 2017, se realizó entrega de anticipo correspondiente al 20% del valor del contrato por suma de NOVENTA MILLONES DE PESOS (\$90.000.000,00) para utilizarlos exclusivamente en la inversión elementos de insumos básicos, costos de personal para la ejecución de los ítems que representan mayor porcentaje del valor contratado, dándole prioridad a los que se encuentren dentro de la ruta crítica programada.

2) Mediante Acta del 21 de abril de 2017, el contratista hace presentación del informe de avance de un 18,5% del desarrollo del contrato, reunión celebrada en las instalaciones de la Secretaría de Planeación Departamental con posterior visita a las instalaciones de la Fundación el Alcaraván. Se consignaron las siguientes Conclusiones:

La relación de avance del estudio de mercado se desarrolla en 6 capítulos generalidades y marco teórico definición y características del producto, análisis de mercado, análisis de demanda, análisis de oferta, análisis de precios.

El producto principal de comercializar lo establecen en la manteca de cacao para consumo nacional, licor de cacao y polvo de cacao para exportación.

La Supervisión establece: (i) los informes de avance se presenten con corte a 30 del mes y la sustentación se haga antes del 10 de cada mes. (ii) El informe de avance no ha definido los productos y la metodología de investigación de mercados (trabajo de campo), este procedimiento debe ser propuesto y desarrollado y además generar evidencias como encuestas y registro. Solicita próxima reunión esté claro la metodología con los intervinientes soporte del estudio. (iii) Recomienda aumentar el análisis histórico a 10 años para tener mejor lectura de la economía. (iv) Solicita que para el próximo informe se preparen ayudas audiovisuales.

Asistencia: Domingo Pérez, Chocolate Factory, José Alí Domínguez Sec Planeación, William Rincón Mendoza Coop cacao, Luis Alberto Castaño Fedecacao, Eduardo Ramírez Gremio Cacaotero, Magda Gómez Gob. S. Dello Agropecuario, Marleny Manosalva Secre Planeación, Karelía Gelves prof Universitario Sec Planeación, Edison B. Rodríguez Chocolate Factory, Jairo Caballero V. Supervisor Fedecacao, Mauricio flores Vargas Pte Comité Municipal Arauquita, José Luis Forero U.T Chocolate Factory.

3) Informe de Avance No 2 con corte febrero 28 de 2017 contiene: Avance Estudio de Mercado del 18,5%, Estudio técnico, Estudio Legal y Administrativo, Estudio Financiero.

4) Informe de avance No 3 Estudios y diseños para la Construcción, Montaje y Puesta en Operación del Centro Agroindustrial y de Comercialización de Cacao en el Municipio de Arauquita con corte 08 de junio de 2017 el contratista presenta informe con promedio de avance del 25.3%.



RESOLUCION NUMERO 2676 DEL 2020

"Por la cual se decide sobre una solicitud de Revocatoria Directa al acto administrativo Resolución 0767 de 2020 por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

- 5) El acta del 30 de junio analiza el informe de avance No 3: Conclusiones:
"Tema Jurídico: Edison Vivas abogado de la U.T. expone los diferentes tipos de empresa que de acuerdo a la ley detalla los modelos de empresa que pueden operar en el proyecto. Recomienda el módulo de asociación para operar el proyecto porque permite recibir donaciones, o firmar contratos de comodato. En cuanto al modelo de entrega del proyecto a beneficiarios manifiesta que existen las opciones de Contrato de Comodato, Contrato de Asociación los términos en estas dos son 5 años.
La Supervisión establece: (i) la necesidad de definir las áreas mínimas necesarias para operación. (ii) José Alí manifiesta que debe tener las áreas de conferencia, salón auditorio, parqueaderos, tener en cuenta requisitos sobre la vía departamental (retorno, salidas entradas) debemos prepararnos para recibir 200 personas simultáneamente, temas: Gastronomía, Agroindustria, muestras, capacitación, parqueadero, los árboles son intocables. (iii) Los resultados del estudio deben socializarse a los cacaoteros del departamento."
Asisten: José Alí Domínguez Secretario de Planeación, Eduardo Ramírez Gremio Cacaotero, Luis A. Castaño Pardo FEDECACAO, Martha Isabel Ortega Cooproc la Delicia, Gerardo Peña Olave Chocolate la Delicia, Yasmin Lomas Chocolate la Delicia, Carlos Alberto Núñez Asociación Arauca, William Rincón M. Coopcacao, Edisón Rodríguez Unión Temporal F., Magda Julieta Gómez Gobernación SEDAS Supervisión, Domingo Pérez M. U:T: Chocolate Factory Laura V. Sánchez M. IDEAR, Marleny Manosalva Supervisora SEPLAD Diego Dorelis U:T: Chocolate Factory
- 6) El 01 de julio de 2017 se lleva a cabo reunión en el Municipio de Tame, con el fin de desarrollar la integración del proyecto en el turismo del departamento. "Desarrollo turístico". Concluye el Acta:
"En el diseño de la ruta cada municipio tiene una presentación, Arauquita va a ser el centro de la ruta de cacao.
El perfil internacional de proyecto "Ruta turística" no le va a dar la sostenibilidad al proyecto se lo va a dar el consumidor local o nacional.
Propone que el proyecto se llame Chocolates, la palabra museo presenta resistencia al consumidor....
Población beneficiaria de la ruta 120 proveedores.
Asistentes Rosa A González Consorcio turismo 2016, Carlos A Duque Consorcio Turismo, Ginna Marcela Mena Consorcio Turismo 2016, María Jael Garrido Consorcio Turismo 2016, José Alí Domínguez, Secretaria de Planeación, Laura V Sánchez Gerente Idear, Magda Julieta Gómez Secretaria de Desarrollo Agropecuario, Marleny Manosalva Profesional Universitario SEPLAD"
- 7) En Acta del 10 de julio de 2017 el Comité Técnico analiza los avances del Estudio de Mercado y del Estudio Técnico. Examina:
"Se realizó revisión de información secundaria, visita a grandes superficie y revisión de estadísticas nacionales donde la fuente es la Dian.
Se presenta el contacto general del mercado



RESOLUCION NUMERO 2676 DEL 2020

"Por la cual se decide sobre una solicitud de Revocatoria Directa al acto administrativo Resolución 0767 de 2020 por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

Se presenta la metodología para establecer el nivel de consumo de producto final.

Se presenta propuesta de plan de ventas para licor, manteca y chocolate fino terminado.

Se aclara que la consultoría no puede garantizar una proyección de potenciales ventas y volúmenes de compra.

Se presenta a los actores indeterminados como competencia a posteriores clientes.

Mercado mundial. Se define el comportamiento de la demanda establece que Holanda es el mayor importador.

Observaciones por la Supervisión: (i) Solicita se grafique la tabla de importaciones mundial. (ii) Se haga un análisis de consumo de materias primas por parte de la Industria Nacional se debe hacer la solicitud de la información así la empresa no las entregue lo importante es tener soporte de las solicitudes.

Asistencia: Domingo Páez UT Chocolate Factory, Luis A Castaño Pardo Fedecacaco, Hugo E Castro Gremio Cacaotero, Karelía Galvis Gobernación Carlos Alberto N Asonalca, Bernardo Arguello Asonalca, José Luis Forero U.T. Chocolate Factory, Marleny Manosalva Supervisora. Hugo Castro Delegado Gremio, Domingo Pérez, José Luis Forero Unión Temporal Chocolate Factory

8) Informe físico de avance del 46.8% con corte julio 13 de 2017. "Estudios y Diseños para la construcción, montaje y puesta en operación del Centro Agroindustrial y de Comercialización de Cacao en el Municipio de Arauquita, Departamento de Arauca. No reposa acta que indique su debate. Sin embargo, en informe rendido por las Supervisoras del contrato a través de memorando de fecha 8 de noviembre de 2017, imprime: "el contratista envía informe con ajuste y avance físico de 46.8% a lo cual telefónicamente se le dice que no cumplen con los productos contratados."

9) Informe de avance del contrato en 64.10%. En Acta de Comité Técnico de noviembre 23 de 2017 se indica por la Supervisora Karelía Galvis que "a las 9:06 a.m. ha llegado un correo a su e-mail personal karelia_galvis@hotmail.com que tiene como asunto Respuesta a Supervisión con tres archivos los cuales se revisarán para verificar si cumple con los requisitos técnicos del estudio de Mercado que se ajusten al objeto contractual y a las obligaciones del contratista, tal como se ha venido requiriendo en los diferentes comités técnicos. La profesional se compromete que el día de mañana comunicará si ya el estudio se encuentra ajustado a las observaciones y recomendaciones.

Se dejó constancia que para el Comité se contó con el acompañamiento de la Sociedad Colombiana de Arquitectos participando el Arquitecto Omar Oswaldo Gómez y la Arquitecta Diana Martínez.

Como conclusión se imprime: "se reconoce que a la fecha no existe ningún producto terminado de los que están estipulados en la Cláusula Segunda del Contrato 628 de 2016. Establece que el plazo contractual es insuficiente para terminar el estudio completo."



RESOLUCION NUMERO 2676 DEL 2020

“Por la cual se decide sobre una solicitud de Revocatoria Directa al acto administrativo Resolución 0767 de 2020 por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria”

Asisten: Diana Martínez y Omar Oswaldo Gómez de la Sociedad Colombiana de Arquitectos Las Supervisoras Marleny Manosalva, Magda J. Gómez y Karelía Galvis, Domingo Porra Mantilla Coordinador de Chocolate Factory, Hugo Castro Comité Departamental de Cacaoteros, Luis A. Castaño Jefe Unidad de Federación de Cacaoteros, Eduardo A. Ramírez, delegado del gremio de Cacaoteros.

- 10) El 27 de noviembre de 2017 el contratista solicita ampliación del plazo por un término de tres (03) meses debido a que el tiempo restante no alcanza para terminar los componentes del numeral 1.3 Diseño de Infraestructura y realizar unos ajustes faltantes en el numeral 1.1 Estudios de Mercado y 1.2.
- 11) Mediante Memorando 302 de fecha 28 de noviembre de 2017, las Supervisoras ateniendo la solicitud de ampliación del plazo contractual presentan al señor Gobernador informe EN QUE NO CONSIDERAN VIABLE LA PRORROGA SOLICITADA. resaltan:

“Con corte 08 de junio de 2017, el contratista envía al correo electrónico, informe de progreso con promedio de avance total 25,3% a lo cual telefónicamente se le informa que el avance era muy bajo en relación a la fecha y que no tenía ningún producto terminado.

El 14 de junio de 2017, las Supervisoras hacen requerimiento puntual por escrito dando a conocer los retrasos del avance del proyecto y se pide justificación frente a las demoras.

El 28 de junio de 2017, el contratista presenta carta informando las demoras y establece como fecha de entrega de avances el día 10 de julio de 2017.

El 10 de julio de 2017 se realiza Comité Técnico en el cual se presenta avances del Estudio de Mercado y del Estudio Técnico dejando contemplado en el acta por parte de las supervisoras las solicitudes y observaciones a los avances presentados, mostrándose todavía un retraso en su ejecución y concluyendo que a 29 de agosto de 2017 no es posible cumplir con los compromisos contractuales.

Con corte 14 de julio de 2017, el contratista envía informe con ajuste y avance físico de 46.8% a lo cual telefónicamente se le dice que no cumplen con los productos contratados.

Con fecha julio 25 de 2017, el contratista solicita la Supervisión ampliación de plazo de 03 meses, con los respectivos soportes justificando las demoras y retrasos en la ejecución.

El 25 de agosto de 2017, una vez realizada la información, se procede a autorizar junto el Gobernador del Departamento de Arauca la Ampliación de Plazo por un término de TRES (03) meses, con fecha 29 de agosto ampliando la vigencia del contrato hasta el día 29 de noviembre de 2017.

Señala que la solicitud se encuentra sin fundamento técnico y jurídico y menos se plantea un plan de acción o contingencia tendiente a justificar el plazo requerido”



RESOLUCION NUMERO 2676 DEL 2020

“Por la cual se decide sobre una solicitud de Revocatoria Directa al acto administrativo Resolución 0767 de 2020 por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria”

“ESTUDIOS DE MERCADOS: La profesional Karelia Galvis en calidad de Supervisora expone que a las 9:06 ha llegado un correo a su e-mail personal karelia_galvis@hotmail.com que tiene como asunto Respuesta a supervisión con tres archivos. Los cuales se revisarán para verificar si cumplen con los requerimientos técnicos del estudio de Mercado que se ajuste al objeto contractual y a las obligaciones del contratista, tal como se ha venido requiriendo en los diferentes comités técnicos y que el pasado 17 de noviembre se requirió al Representante ante una preventiva de un posible incumplimiento. La profesional se compromete que el día de mañana comunicará si ya el estudio se encuentra ajustado de acuerdo a las observaciones y recomendaciones solicitadas. (ser resalta)

DISEÑO DE INFRAESTRUCTURA: “..el Ingeniero Domingo Pérez en calidad de Coordinador del Proyecto hace un preámbulo sobre el diseño arquitectónico de la planta y expone que se está haciendo de acuerdo a norma INVIMA y debe exponer desde la semilla a la barra, que además debe tener un contenido pedagógico de la planta donde se noten todas la experiencias desde la transferencia de tecnología que ha venido haciendo Fedecacao complementado con Museo, Spa, parqueaderos, Experiencias, producción y procesamiento del grano de cacao.

La Arquitecta Marleny presenta que para el Comité se solicitó acompañamiento de la sociedad Colombiana de Arquitecto presentando al Arquitecta Omar Oswaldo Gómez y la Arquitecta Diana Martínez.

Por los Arquitectos se hacen reparos y atendiendo que los productos no se encuentran terminados acorde a los estudios previos la Sociedad Colombiana de Arquitectos calcula que se requiere para terminar el Diseño de Infraestructura por lo menos 4 meses.

Como conclusión, “se reconoce que a la fecha no existen ningún producto terminado de los que están estipulados en la cláusula segunda del contrato 628 de 2016, se reconoce tanto por parte de los representantes de los productores como del contratista como de la Supervisión de la Secretaría de Planeación y que el tiempo restante del plazo contractual es insuficiente para terminar el estudio. Se le comunica al contratista que se está generando el incumplimiento. Asistencia: Omar Oswaldo y Diana Martínez Sociedad Colombiana de Arquitectos, Marleny Manosalva y Karelia Galvis Supervisoras Hugo Castro y Luis A Castaño Federación de Cacaoteros, Domingo Unión T Chocolate.”

- 12) Mediante Memorando No 311 del 12 de diciembre de 2017, las Supervisoras del Contrato nuevamente recomiendan al señor Gobernador “NO SE CONSIDERA VIABLE otorgar prorroga por el tiempo solicitado por parte del contratista, debido al poco porcentaje de ejecución. Tiene fecha de recibido 14 de diciembre de 2017. No hay constancia de haberse dado respuesta al contratista de la solicitud de prórroga.

13



RESOLUCION NUMERO 2676 DEL 2020

"Por la cual se decide sobre una solicitud de Revocatoria Directa al acto administrativo Resolución 0767 de 2020 por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

13) En continuación de la audiencia de trámite de incumplimiento contractual con ocasión de la ejecución del contrato de fecha 1 de octubre de 2018, en los descargos presentados por Chocolate Factory señaló:

"Ítem 1.1. Estudios del Mercado

-La supervisión entregó formalmente observaciones al componente de mercado hasta el día 16 de noviembre a pesar de haber recibido informes de avances y realizado presentaciones a lo largo del periodo de ejecución del contrato, los cuales fueron acogidas en su totalidad punto por punto, realizando los ajustes solicitados y soportando las observaciones que se encontraban fuera del alcance del estudio."

..

"La supervisión solicitó en diferentes oportunidades que se anexaran cartas de compromiso de compra, pero durante el transcurso de las diferentes reuniones que se llevaron a cabo por la supervisión, el Secretario de Planeación e incluso el propio Gobernador parecía que había quedado claro que las empresas no se encuentran disponibles a entregar cartas de intención de compra, debido a que este mercado funciona a partir de muestras para verificar sus características, siendo imposible producir muestras de una planta que hasta ahora es un proyecto. Sin embargo, a partir de la encuentra realizada al mercado se logró la intención de compra vía web de 4 empresas nacionales e internacionales."

"Ítem 1.1. Estudio de Mercado:

Señala este producto se encuentra terminado en un 100% para lo cual entrega física y magnética en cuadernos empastado, rotulado y debidamente foliado en 237 folios."

Ítem 1.2. Estudio Técnico:

"El Contratista vino realizando entrega de avance del mismo, acogiendo las recomendaciones entregadas en cada comité, sobre el particular fueron superadas las observaciones realizadas en el estudio de Localización, Ingeniería del Proyecto y maquinaria y equipos. Hizo nuevamente entrega física y magnética del cuaderno que contiene el ESTUDIO TECNICO debidamente empastado, rotulado y foliado (136 folios)"

"Diseño de Infraestructura:

Señala que se realizó avances significativos con fecha 14 de junio de 2017, 30 de junio de 2017, 17 de noviembre de 2017 y 23 de noviembre de 2017, las que no fueron aprobadas por las Supervisoras. Por el consultor decide vincular para el proceso de ejecución a la Sociedad Colombiana de Arquitectos Regional Arauca, componentes que frente a los múltiples impases se superaron a satisfacción y entrega el producto ítem 1.3. en siete (7) tomos empastados, rotulados y debidamente foliados y en medio magnético."

"Estudio Legal Administrativo:

Señala lo presentó en un 100%

El 13 de mayo se deja constancia en acta de Comité Técnico, la socialización de algunos modelos de empresas con representantes del gremio cacaoero en la



RESOLUCION NUMERO 2676 DEL 2020

"Por la cual se decide sobre una solicitud de Revocatoria Directa al acto administrativo Resolución 0767 de 2020 por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

Granja Santa Elena de la vereda Campo Alegre del Municipio de Arauquita, se ilustran los modelos de sociedades, sus ventajas y desventajas, forma de constitución y características, en informe del 8 de junio se hace entrega de avance del estudio, en comité del 30 de junio de 2017 se realiza socialización, el 17 de noviembre se entrega documento completo de entrega de todos los elementos del componente, entendiéndose entregado en su totalidad todos los lineamientos inmersos en el documento del proyecto. Estudio Ambiental y Estudio financiero de igual forma hacen entrega de los documentos radicados."

Estos productos entregados a través de acta y de los cuales nuevamente se entregan en el acta de descargos que demuestran la Unión Temporal Chocolate Factory cumplió con el producto contratado se le dio traslado a las Supervisoras del Contrato, las Supervisoras pidieron suspensión de la audiencia y se les concediera un término de 30 días hábiles para el efecto de su pronunciamiento.

Así las cosas, los supervisores deben fungir como garantes y reguladores en el cumplimiento del contrato en una vía de doble sentido, en cuanto a que el supervisor le debe lealtad a la entidad y también tiene la responsabilidad de obrar conforme a los lineamientos técnicos, científicos, jurídicos existentes y no a juicios arbitrarios especulativos.

Si bien es cierto, la norma jurídica (ley 80 de 1993) deja de forma general a discrecionalidad del supervisor o interventor del contrato a libre albedrío del desarrollo del contrato, figuras jurídicas como la adición, modificación, prórroga, contratos apremio, decisiones que se toman por la entidad pública, basado en los informes previos emanados del funcionario que controla la ejecución del contrato, se debe propender en que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía celeridad imparcialidad y publicidad, coordinando sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del estado.

Se puede revelar que en el desarrollo contractual se presentaron informes: (i) con corte 08 de junio de 2017 con promedio de avance del 25.3%. se le informó telefónicamente no cumplía con los productos contratados (ii) con corte 14 de julio de 2017 avance del 46.8%, de éste se le informó telefónicamente no cumplía con los productos contratados, (iii) del informe allegado en noviembre quedó pendiente su revisión, (iv) se solicitó una segunda prórroga y con fecha 11 de diciembre por las Supervisoras recomiendan al gobernador la no viabilidad de la prórroga, es decir, cuando el contrato se encontraba vencido y (v) en informe final se dice por las Supervisoras que no tienen la idoneidad para rendir el informe final por no tener los conocimientos necesarios, razón por la que el informe se hace a través de otros profesionales, que en igual sentido no emiten concepto con la debida rigurosidad.

De igual forma, conforme se describe en las actas de informe técnico en que se evalúa los avances porcentuales de los ítems del contrato, si bien es cierto se hacen



RESOLUCION NUMERO 2676 DEL 2020

"Por la cual se decide sobre una solicitud de Revocatoria Directa al acto administrativo Resolución 0767 de 2020 por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

requerimientos, los mismos son de aspectos formales en la presentación del informe, que en nada determinan su negación del que se pueda predicar como se concluye en el informe final, que su ejecución fue del 0%.

En cuanto se ha evidenciado y transcrito del expediente contractual, tenemos que resultan inexacto el informe técnico final rendido por las Supervisoras del Contrato, pues la ejecución tuvo un avance superior al 64.10%, cuando tan sólo se otorgó un anticipo del 20%, aun así se establece por la Supervisión que el porcentaje de ejecución fue del 0%. Los requerimientos de insatisfacción fueron dados por fuera de las actas y fulminantemente en Acta del 27 de noviembre de 2017 se lleva Arquitectos de la Sociedad Colombiana de Arquitectos en que determinan se requiere de un plazo de cuatro (04) meses para terminar la totalidad de la ejecución. Vemos que, se le cercena la posibilidad de cumplir con el objeto contractual, por lo que causa un agravio no solo para el contratista, sino que se torna incompatible con el interés general u opuesto al bien común, por lo que se debe tomarse nocivo haciéndose necesario su abrogación.

Estas actuaciones, que resultan de reproche y de inseguridad y de desventaja para el contratista, hoy nos llevan a revocar la Resolución 0767, pues a todas luces surge una ostensible violación al debido proceso, pues el proceso contractual determina que se llegaron a conclusiones que no fueron consideradas en la Actas de Comité. Se le hicieron observaciones vía telefónica, de las que no se determina en el proceso contractual en qué se basaron, No se tuvo en cuenta el informe final del contrato presentado por el Contratista, no se le dio contestación a la petición de prórroga del contrato, en manifiesta oposición, razones por las cuales se considera contrario a la Constitución Política, que con la actuación se causa un agravio injustificado al contratista, pues se debió buscar un re direccionamiento y el cumplimiento de la obligación pues su inejecución no resulta atenta con el interés público o social de una comunidad cacaotera de renombre a nivel nacional e internacional en su calidad de producción del fruto del cacao, por lo que debió adoptar las medidas de control e intervención necesarias que garantizaran la ejecución del objeto contratado.

16

De acuerdo a lo anterior, y dado que se cumplen los presupuesto definidos en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 93 del código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho procederá a revocar la Resolución 0767 en el sentido de no hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria del Contrato de Consultoría No 628 de 2016.

En virtud de lo anteriormente expuesto, este Despacho,



RESOLUCION NUMERO 2676 DEL 2020

"Por la cual se decide sobre una solicitud de Revocatoria Directa al acto administrativo Resolución 0767 de 2020 por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

RESUELVE

Artículo 1° Revocar en su totalidad la Resolución No 0767 del 13 de marzo de 2020, "Por medio del cual se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria", por las razones expuestas en la parte motiva.

Artículo 2° Notificar de conformidad con los artículos 66, 67 y 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el contenido de la presente resolución al peticionario de esta revocatoria. Notificación que se realizará a través de la Coordinación Área Jurídica Departamental.

Artículo 3° Contra la presente Resolución no procede ningún recurso en la vía administrativa, de conformidad con el inciso 3° del artículo 95 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese y Cúmplase

Dado en Arauca, el 22 de diciembre de 2020.

JOSÉ FACUNDO CASTILLO CISNEROS
Gobernador del Departamento de Arauca

Elaboró: Aurora Pardo García
Abogada externa No 3

Revisó: Uriel Niño López
Coordinador Área Jurídica Departamental