



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL
JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

JUZGADO TREINTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Expediente: 110013336032201300005200
Demandante: UNIÓN TEMPORAL LANDA (conformada por las sociedades comerciales CONSTRUCTORA LANDA S.A.S., y DICKVAN VELÁSQUEZ BOTELLO INGENIERÍA E.U)
Demandado: JARDIN BOTÁNICO DE BOGOTÁ JOSÉ CELESTINO MUTIS
Asunto: CONTRACTUAL

SENTENCIA N° 87

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se observen causales de nulidad, el juzgado en primera instancia dictará la sentencia que en derecho corresponda.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS:

El Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis, suscribió con el contratista Unión Temporal Landa, el contrato de obra N° 703 del 26 de julio de 2011, por un valor de \$800.000.000 y con un plazo de ejecución de 4 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio (28 de julio de 2011), prorrogado por 15 días el 25 de noviembre de la misma vigencia.

El objeto de dicho contrato era *“realizar a monto agotable y sin formula de reajuste las actividades de manejo silvicultural de arbolado urbano identificado como prioritario en la zona 2, por su potencial riesgo en la Ciudad de Bogotá D.C”,* el cual se ejecutó en la zona 2 –determinada por la Subdirección Técnica Operativa del Jardín Botánico– la cual abarcaba las localidades de Usaquén, Engativá, Rafael Uribe Uribe, San Cristóbal, Teusaquillo, Puente Aranda, Ciudad Bolívar, Barrios Unidos, Usme y La Candelaria.

En la cláusula tercera se establecieron las actividades por parte del contratista, y en su numeral 14 literal b) se infiere: *“Informes de ejecución: Estos informes deben ser presentados cada mes a partir de la iniciación del contrato y como requisito para el trámite del pago (...)”,* amén del informe preliminar y del informe final consagradas en la misma cláusula tercera.

Conforme a lo anterior, el contratista Unión Temporal Landa entregó a la interventoría UT Un pulmón para ti, y en los tiempos establecidos, los informes de ejecución del Contrato 703 de 2011.

Pese a que se presentaron circunstancias ajenas al contratista, se ejecutó el contrato 703 de 2011. Dichas circunstancias fueron la ola invernal y la información errada o imprecisa entregada por la entidad contratante para desarrollar el objeto contractual.

Se presentaron temas de discusión tales como:

"1) A-Z y Bases de Datos.

No existe relacionado en el contrato una base de datos de los árboles a intervenir. Siempre se habló de los conceptos técnicos que suministraría la entidad al contratista para el desarrollo del objeto contractual. Tanto así que el acta de inicio del 29 de julio de 2011 la interventoría citó a los contratistas para hacer entrega de las A-Z con los conceptos técnicos de los árboles a talar. Cuando esas A-Z fueron entregadas ya estaban separadas por zonas y fueron entregadas por el Ingeniero HUMBERTO RODRÍGUEZ quien era el coordinador de manejo de arbolado antiguo del Jardín Botánico (JARDÍN BOTÁNICO). Estas A-Z venían marcadas con el nombre de la localidad y con la inscripción P1. Ese día nadie mencionó la existencia de la base de datos de árboles, ni la interventoría ni el JARDÍN BOTÁNICO, ni mencionaron una relación preexistente de los árboles a talar. La única orden se asumió que todo lo que está en las A-Z entregadas fue lo que le correspondía ejecutar a UT LANDA. La base de datos se conoció hasta el 22 de septiembre de 2011 por medio de un correo electrónico de la interventoría, cuando se llevaba ejecutado el 60% del contrato. Dicha base de datos contenía los arboles caracterizados por prioridad.

2) Cuadrillas

Los estudios previos exigían 5 cuadrillas para la ejecución del contrato, y al final de los estudios previos indicaba 10 cuadrillas.

Cuando se firmó el acta de inicio cada contratista contaba con 5 cuadrillas, de eso se le puso en conocimiento a MARCELA SERRANO, quien era la Jefe de la Oficina de Arborización Urbana, y a CLAUDIA PINZÓN, quien asumió al inicio del contrato la supervisión del mismo en calidad de Subdirectora Técnica de Arbolado.

Sin embargo al hacer esa aclaración, en compañía de la interventoría y de la parte técnica del JARDÍN BOTÁNICO, ellos hicieron la exigencia a los contratistas que cada uno aportara 10 cuadrillas para un total de 20 cuadrillas a tres (3) días de iniciarse el contrato el 01 de agosto de 2011.

Se hizo la observación por parte de los contratistas y la entidad respondió que eran 10 cuadrillas y que la información de las 5 cuadrillas había sido por un error en la digitación.

3) Anticipo

Para el cobro del anticipo fue necesario entregar a la entidad un documento denominado "plan de inversión del anticipo". En ese documento se detallaron los gastos en los que incurrió el contratista para el correcto manejo del contrato. Ese plan de inversión se realizó inicialmente con los precios del mercado y con los precios de proveedores de la UT LANDA.

Posterior a la radicación del documento ante la entidad, el plan de inversión fue devuelto porque presentaba inconsistencias con los precios preestablecidos por el JARDÍN BOTÁNICO, en un estudio de mercado realizado con anterioridad por la entidad. Dicho estudio nunca fue publicado y mucho menos entregado a los contratistas, y cuando se preguntó por qué no entregaron esa información la entidad respondió que ninguno la solicitó.

A la fecha en que se realizó la cotización y las compras por parte del contratista eran precios reales y tocó ajustarlo a lo que exigió el JARDÍN BOTÁNICO.

4) Informes

El JARDÍN BOTÁNICO nunca publicó un formato de entrega de los informes, siendo que por medio de la interventoría se buscó crear una estructura de los informes.

El primer y segundo informe fueron entregados de acuerdo con las recomendaciones que la interventoría hizo al respecto; sin embargo, luego de radicar esos dos informes que contenían entre 2400 y 3500 folios por informe, la entidad le devuelve los informes a la interventoría quien a su vez los devuelve a los contratistas para que se realizaran las correcciones, generando un gasto de personal y recursos innecesarios que se hubieran podido evitar si se hubieran entregado unos esquemas de presentación desde el inicio del contrato.

5) Conceptos Técnicos.

Dentro de los conceptos técnicos entregados tocaba revisar si el árbol existía y dentro de las actividades se encontraba identificar, marcar y medir los árboles a talar, en compañía de la interventoría.

Se suponía que existían 3748 árboles para talar Prioridad 1, y que en terreno existía el 100% de los árboles entregados para tala y que aparecían en los conceptos técnicos, pero cuando se realizó la identificación o la actividad mencionada anteriormente, se encontraron tres (3) situaciones específicas:

- 1. El árbol no estaba, no se encontraba en el sitio o ya había sido talado.*

2. El árbol se alcanzó a identificar, marcar y medir, pero un tercero quien en dos ocasiones fue identificado como JARDÍN BOTÁNICO, realizó la tala del individuo (árbol), bajo un concepto paralelo o el mismo concepto técnico que tenían los mismos individuos.

3. La información del concepto, (entiéndase direcciones, material fotográfico, especie del árbol, conceptos repetidos o entregados al otro contratista) no era clara, o en el caso de las direcciones se encontraban erradas o no existían agotándose en este caso la posibilidad de contactar al solicitante de talar el árbol, sin tener éxito en esa tarea.

A raíz de estos tres (3) casos se le comunicó a la interventoría de la existencia de aproximadamente 600 casos de los anteriormente citados.

Este tema fue llevado a los comités técnicos celebrados en el JARDÍN BOTÁNICO entre la supervisión del contrato y la interventoría, de allí se desprende que la interventoría en compañía de los contratistas debían entregar un registro fotográfico de los árboles mencionados. Esta actividad nunca estuvo mencionada en los términos de referencia, tampoco en ninguna de las cláusulas del contrato y sin embargo, a pesar de representar un uso extra de recursos, la UT LANDA inició dicha labor logrando identificar con precisión 492 árboles que ya se encontraban talados.

6) Árboles en Pie.

Los árboles en pie se dieron por cinco (5) condiciones:

1. Por oposición de la comunidad: eran árboles en los que la comunidad no permitió la ejecución de la tala, debido al arraigo cultural con el árbol o porque se encontraba en total desacuerdo con el tratamiento aprobado por la Secretaría de Ambiente Distrital.

2. Árboles que merecían ser reevaluados: esos árboles eran individuos que por sus condiciones físicas y sanitarias y por su emplazamiento (entiéndase como el sitio donde está sembrado el árbol) fueron considerados por los ingenieros residentes como árboles para ser objeto de una segunda evaluación. Esta potestad fue aclarada por la interventoría afirmando que a través de ellos, se comunicara cualquier solicitud de ese tipo para ser canalizada a través del JARDÍN BOTÁNICO.

3. Árboles que se presentaban en 2 conceptos diferentes con diferente tratamiento silvicultural o que aparecían con un tratamiento diferente al de tala: dentro de los árboles que se dejaron en pie se encuentran casos como el de un ciprés ubicado en la diagonal 46 con carrera 16 en el sitio denominado parque Guernica o parque Palermo, el cual dentro de un concepto emitido en el año 2008 aparece autorizado para tala y en un concepto emitido en el año 2011 se conceptúa como árbol de conservación y tratamiento integral. De la misma manera, árboles que se reportaron como "árboles en pie" que supuestamente estaban conceptuados para tala y cuando se hace la revisión del concepto esos árboles están conceptuados para traslado o tratamiento integral o conservación.

4. Árboles de manejo especial que no fueron autorizados por la entidad para su ejecución: Dentro de los estudios previos se contempló la ejecución de árboles de manejo especial, estos árboles correspondían a individuos (árboles) que por su dificultad debían ser talados con el uso de maquinaria especial, la cual no estaba contemplada dentro de las obligaciones por parte del contratista o que ese equipo no aparecía exigido por la entidad para la tala. Estos árboles debían ser aprobados previamente por la interventoría mediante un acta y previa aprobación de los análisis de precios unitarios presentados por el contratista para luego ser autorizados por la supervisión del contrato, en este caso el JARDÍN BOTÁNICO. En comité técnico realizado en las instalaciones del JARDÍN BOTÁNICO el día 12 de octubre de 2011, el Director de la entidad Señor MAURICIO GARZÓN no autorizó la ejecución de más árboles especiales a partir de esa fecha.

5. Árboles que quedaron en pie porque se agotó el presupuesto: El objeto del contrato es claro en indicar que era a monto agotable y sin fórmula de reajuste, además que en los estudios previos y en las cláusulas establecidas en el contrato, se indicaba que se debía medir nuevamente los árboles, lo que generaría variaciones al respecto de los cálculos realizados por la entidad para dar el valor al contrato.

Amén de lo anterior, se le dio atención a los árboles especiales y de emergencia, y si la entidad pretendía ejecutar el 100% de los árboles con el presupuesto otorgado, debió haber suministrado en los estudios previos un listado de los árboles a talar con el valor de cada uno de los individuos.

7) Destoconado de Árboles

La entidad en la resolución 101 habla de una situación de incumplimiento de 272 individuos (árboles) que no cumplieron con el destoconado según los estudios técnicos; sin embargo, al respecto se sustentó que existían árboles que se encontraban en pendientes fuertes lo cual dificultaba la labor de destoconado y el cumplimiento de las condiciones exigidas por la entidad. En este sentido, se dejó claro que estas situaciones especiales habían sido comunicadas oportunamente a la interventoría, la cual había dado el visto bueno a estos tocones.

Además de los árboles que se encontraban en contenedor de raíces o que se encontraban confinados en estructuras dado que en las obligaciones contractuales no se contemplaba la ejecución de demoliciones, obras civiles o afectación de estructuras para el cumplimiento de esta actividad. Incluso los tocones restantes que no cumplieron esta condición fueron corregidos dentro de los tiempos establecidos para la liquidación.

Otro caso que se presentó fue cuando el profesional de la Secretaría de Ambiente o del JARDÍN BOTÁNICO encontró restos de aserrín o a su juicio el árbol se encontraba mal destoconado cuando dicha actividad fue realizada con la maquina destoconadora que la UT LANDA había adquirido para tal fin.

Otra situación que se presentó fue que los árboles presentaban exposición de raíces de considerable altura (50 de 80 cms) y de considerable extensión (hasta 3 metros) a los cuales se les realizó el proceso de destoconado hasta 10 cm por debajo del cuello del árbol, dado que el retiro de raíces o desenraizado no estaba contemplado como actividad del contrato 703.

La entidad afirma que dichas correcciones realizadas con posterioridad al 12 de diciembre de 2011 no eran consideradas válidas, dado que se encontraban fuera de la ejecución del contrato, considerando la UT LANDA que la afirmación de la entidad contratante es errada porque dichos trabajos fueron CORRECCIONES y se podían realizar dentro del tiempo de liquidación del contrato.

Al respecto de la interventoría, además de contar con la supervisión de UT UN PULMÓN PARA TI, se contó con el acompañamiento de las alcaldías locales que tenían convenio con el JARDÍN BOTÁNICO, dentro de ellos se realizaron visitas por parte del gestor ambiental de la Localidad de Puente Aranda Sr. RODRIGO REY quien estuvo presente durante la operación de destococonado de algunos árboles los cuales posteriormente fueron invalidados por el JARDÍN BOTÁNICO.

8) Residuos.

Dentro del tema de residuos la entidad reportó la existencia de 97 árboles con presencia de residuos, en la resolución 101 avalan solamente 1 de los 97 árboles. Respecto a los 96 restantes que no fueron válidos para la entidad se encontraron casos como:

1. El profesional que verificó los puntos diligenció erróneamente la ficha de verificación, esta situación fue documentada en el informe allegado a la entidad durante la audiencia de notificación de descargos de la resolución 101 de 2012.
2. No existían residuos evidentes en las fichas de verificación realizadas por el JARDÍN BOTÁNICO o por la Secretaría de Ambiente.
3. Los residuos reportados corresponden a talas realizadas por terceros en lugares en los que la UT LANDA había realizado talas anteriormente.
4. La revisión se realizó hasta seis (6) meses después de ejecutada la tala y en sitios en los que existía árboles de la misma especie que los talados por la UT LANDA, es difícil aceptar que una rama que aparece fresca con signos de desgarre mas no de corte corresponda a una tala realizada hasta 6 meses antes de la toma del registro, la actividad implicaba recoger los residuos resultantes de la tala mas no hacer mantenimiento a las áreas verdes intervenidas.

9) Remate de Residuos y Destococonado

Estas situaciones tanto de destococonado como de recolección de residuos fueron expuestas a la entidad durante la audiencia de descargos antes que fuera proferida la Resolución 101 de 2012 y dentro del informe de entrega a la entidad en la audiencia de notificación de la Resolución 110, cuyas situaciones fueron desestimadas por el JARDÍN BOTÁNICO en ambos momentos, además que la UT LANDA siempre exigió la explicación del por qué la entidad realizó una auditoría sin contar con la presencia del contratista siendo esto vital para el ahorro de tiempo y mal entendidos en el proceso de liquidación de contratos.

Todas las situaciones expuestas en la audiencia de descargos previo a la Resolución 101 eran de conocimiento de la UT UN PULMÓN PARA TI quien autorizó y avaló los pagos de cada una de los cortes 1, 2 y 3 dando vía libre a las situaciones especiales expuestas con anterioridad.

Es de resaltar que la entidad nunca notificó al contratista sobre la inoperancia de la interventoría, siendo este el supervisor o veedor natural del contrato y a quien debía responderle directamente el contratista. La entidad desconoció posteriormente todas las autorizaciones otorgadas por la interventoría para el manejo de las situaciones especiales mencionadas.

10) Sistema de Información de Gestión de Arbolado Urbano SIGAU.

A pesar que se presentaron problemas al inicio del contrato como la imposibilidad de acceder al sistema desde equipos externos, la entrega tardía de la clave para el acceso y para poder cargar los árboles talados al sistema, la información que aparecía desactualizada, el contratista cumplió con la carga de los árboles talados y desconoce los ajustes que haya tenido que realizar la entidad al sistema dado que es responsabilidad del administrador del mismo de efectuar las revisiones periódicas y mantener la integridad de las bases de datos.

Una actividad que agregó el JARDÍN BOTÁNICO a los contratistas fue la creación y descargue de los árboles que no habían sido incluidos oportunamente por la entidad en el sistema.

11) Fotografías.

Los estudios previos son claros en exigir la toma o el registro fotográfico de los árboles a intervenir antes y después de la tala en el mismo ángulo, nunca se hace referencia a que estos registros deben estar en el mismo ángulo que el concepto técnico.

12) Entrega de Informes.

La UT LANDA siempre entregó los informes de obra al interventor UT UN PULMÓN PARA TI inclusive el informe final de obra y se hicieron llegar copias de los mismos en formato digital en repetidas ocasiones a la entidad.

13) Formatos de Rendimiento.

Al respecto del formato de rendimiento, ni la interventoría ni el JARDÍN BOTÁNICO hicieron entrega oficial de dicho formato, siendo enterado el contratista de esta situación hasta el mes de noviembre de 2011, en las meses anteriores el contratista hizo entrega de un formato de su autoría el cual fue aceptado sin objeción por parte de la interventoría UT UN PULMÓN PARA TI; hasta el tercer informe de la ejecución del contrato, pidiéndolo finalmente como anexo para el informe 4 de ejecución".

El Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis, mediante Resolución 599 del 1º de diciembre de 2011, también declaró el incumplimiento parcial del contrato de Interventoría 701 de 2011 celebrado con la firma interventora UT Un pulmón para ti.

Por haberse presentado irregularidades en el contrato 701 de 2011, el Jardín Botánico procedió a revisar los contratos de obra 702 y 703 de 2011 mediante el informe técnico del 14 de mayo de 2011, en donde se evidenciaron falencias en la ejecución del contrato 701.

El día 24 de mayo de 2011 se reunieron el contratista y la jefe de la oficina asesora jurídica, en aras de determinar la declaratoria del incumplimiento parcial del contrato 703 de 2011, en donde el contratista argumentó su defensa y presentó el informe final donde se demuestra la ejecución total del objeto contractual.

No obstante, el Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis profirió la Resolución Nº 101 del 06 de junio del año de 2012 mediante la cual *"se declara el incumplimiento, se declara el siniestro y se hace efectiva la póliza"*, sin tener en cuenta que todo lo ejecutado fue de acuerdo a la información entregada por la misma entidad contratante y aprobada por la interventoría.

2. PRETENSIONES

Como consecuencia de lo anterior, el apoderado de la parte actora solicita se acceda a las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Declarar NULA la Resolución Nº 101 del día seis (06) de Junio del año de 2012 expedida por el JARDIN BOTÁNICO DE BOGOTÁ "JOSÉ CELESTINO MUTIS", mediante la cual *"se declara el incumplimiento, se declara el siniestro y se hace efectiva la póliza"*, que en la parte resolutive declara el incumplimiento parcial del Contrato 703 de 2011 celebrado entre el JARDÍN BOTÁNICO y el contratista UNIÓN TEMPORAL LANDA, cuyo incumplimiento se determinó en la suma de cuarenta y tres millones seiscientos tres mil doscientos ochenta y tres pesos moneda legal (\$43.603.283).

SEGUNDA: Declarar NULA la Resolución Nº 110 del día quince (15) de Junio del año de 2012 expedida por el JARDIN BOTÁNICO DE BOGOTÁ "JOSÉ CELESTINO MUTIS", mediante la cual *"se confirma la Resolución 101 del seis (6) de junio donde se declaró el incumplimiento del contrato JARDÍN BOTÁNICOB – 703 - 2011"* en donde se resolvió el recurso de reposición y se confirmó en todas y en cada una de sus partes la Resolución 101 de 2012, declarándose la ejecutoria a partir de la expedición del acto administrativo que confirmó dicha resolución.

TERCERA: Como consecuencia de las dos pretensiones anteriores, se declare la inexistencia del siniestro causado por la UNIÓN TEMPORAL LANDA ocasionado por el incumplimiento parcial al contrato 703 de 2011.

CUARTA: En virtud de la pretensión tercera, se ordene al JARDIN BOTÁNICO DE BOGOTÁ "JOSÉ CELESTINO MUTIS" a no seguir adelantando los trámites pertinentes ante la compañía Seguros del Estado para el pago de la póliza No. 21.44-101094699 que ampara el contrato 703 de 2011.

QUINTA: Condénese al JARDIN BOTÁNICO DE BOGOTÁ "JOSÉ CELESTINO MUTIS", a título de restablecimiento del derecho, al pago de los perjuicios materiales ponderados en cuantía de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SEXTA: *Condénese al JARDIN BOTÁNICO DE BOGOTÁ "JOSÉ CELESTINO MUTIS" al pago de las costas procesales a que hubiere lugar.*

SÉPTIMA: *Que se ordene el cumplimiento de conciliación o de la sentencia dentro del término de establecido en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011*

3. TRÁMITE PROCESAL

-La demanda fue radicada el 12 de diciembre de 2012 ante la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos de Bogotá siendo asignado al Juzgado 6º Administrativo según acta individual que obra a folio 295 del c.1. Dicho juzgado en auto del 19 de diciembre de 2012 (fls 298-299 c.1) decidió no avocar el conocimiento del proceso y devolverlo a la oficina de reparto con el fin de que fuera distribuido a un juzgado de la sección tercera, correspondiéndole por reparto del 24 de enero de 2013 a este Despacho judicial (fl. 301 c1).

-Fue admitida por auto del 27 de febrero de 2013 (fl. 303 c1), notificada a la entidad demandada el día 25 de abril de 2013 (fl. 311), quien presentó contestación a la misma el día 13 de junio de 2013 (fls. 312-334 c.1), esto es dentro del término legal.

- La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 se llevó a cabo el 13 de febrero de 2014 (fls 337-339 c1) y la audiencia de pruebas se desarrolló durante los días 26 de febrero de 2015 (fl. 409 c1g), 21 de abril de 2015 (fl. 414 c1), 30 de julio de 2015 (fl. 416 c1), 20 de octubre de 2015 (fl.418 c1), 7 de julio de 2016 (fl. 449 c1), 5 de octubre de 2016 (fl. 462 c1), 6 de abril de 2017 (fl. 480 c2) y 20 de septiembre de 2017 (fl. 489 c.2).

-En esta última se dio por concluido el periodo probatorio y se les concedió a las partes el término de 10 días para que presentaran por escrito los alegatos de conclusión, facultad de la que hizo uso el apoderado de la entidad demandada (fls. 533-536 c2) y el vocero judicial de la parte actora (fls. 537-551 c2).

II. PLANTEAMIENTOS JURÍDICOS DE LAS PARTES

➤ PARTE DEMANDANTE.

El vocero judicial de la parte accionante planteó el concepto de violación en los siguientes términos:

"1. Normas constitucionales.

La Constitución Política de 1991 define al Estado colombiano como garante de los derechos de todos sus ciudadanos, promotor de la autonomía personal en un plano de equidad y participación social.).

De esa forma, en desarrollo de dicho marco constitucional se han promulgado un conjunto de leyes y normas orientadas a cumplir los fines esenciales del Estado como son las regulan y reglamentan la contratación estatal, para el acceso a los diferentes servicios de acuerdo con sus intereses y necesidades.

Por consiguiente, frente al caso que nos ocupa, es reprochable la conducta del JARDÍN BOTÁNICO, pues al decidir una declaratoria de incumplimiento parcial del contrato 703 de 2011 no tuvo en consideración las obras ejecutadas antes de terminación del contrato, desconociendo así el marco normativo constitucional y legal que protege al contratista UT LANDA.

2. Ley 80 de 1993

El contratista desconoció los principios rectores de la contratación estatal y del debido proceso, de los cuales se puede deducir los aquí invocados:

LEY 80 ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS.

2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse.

LEY 80 ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. 2o. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. 5o. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.

ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2º. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

3. Ley 1150 de 2007

La entidad contratante, posterior a la terminación del contrato 703 de 2011, declaró el incumplimiento parcial del mismo en cuantía de \$43.603.283 en junio de 2012, siendo que la fecha de terminación del contrato acaeció en diciembre de 2011, y desconociendo que lo realizado por la UT LANDA en el año 2012 fueron correcciones mínimas que no alteraban la correcta ejecución del contrato. Estas correcciones obedecieron a requerimientos del JARDIN BOTANICO en la vigencia del 2012 y no en el 2011, cuando UT LANDA contaba con la aprobación de las obras por parte del interventor UT UN PULMON PARA TI.

Las Resoluciones 101 y 110 de 2012 carecen de sustento factico, ya que a todas luces el contratista obró de acuerdo a los requerimientos de la Interventoría y con la información suministrada por la entidad contratante. Por otra parte, la solicitud de perjuicios materiales atiende a que los contratistas los (sic) pudieron licitar en:

1. Licitación Pública 004 de 2012, Entidad INDER Medellín, monto \$478.111.268

2. Licitación JARDÍN BOTÁNICO DE BOGOTÁ LP002 de 2012, cuyo objeto era contratar las obras de manejo silvicultural del arbolado urbano identificado como prioritario en la ciudad de Bogotá, por un monto de \$810.000.000

3. IDRD Bogotá, Contrato de Prestación de Servicios, Licitación Pública 129, cuyo objeto era contratar por el sistema de precios unitarios sin fórmula de ajuste las actividades dirigidas a la tala de árboles en riesgo en el parque regional la florida del sistema nacional de parques, por un monto de \$740.000.000.

Así mismo, DICKVAN VELÁSQUEZ BOTELLO INGENIERÍA EU cuenta con ocho (8) años de experiencia en el manejo de arbolado urbano, talas, y todo lo relacionado con el tema forestal, igualmente cuenta con una capacidad de endeudamiento de seiscientos millones de pesos (\$600.000.000) y tiene capacidad técnica debido a sus equipos de herramientas y personal idóneo, amén que no tiene antecedentes en otros contratos".

➤ **ENTIDAD DEMANDADA: JARDIN BOTÁNICO DE BOGOTÁ JOSÉ CELESTINO MUTIS**

Señala que los actos administrativos 101 y 110 del 6 y 15 de junio de 2012, fueron proferidos por el funcionario competente y con arreglo a los principios que rigen la administración pública.

Refiere que son actos administrativos precedidos de un proceso sancionatorio regulado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, donde el demandante materializó su derecho a la defensa presentando sus descargos paralelo a la solicitud de pruebas, y haciendo uso de los recursos ordinarios otorgados por la citada norma.

Considera que no existe una falsa motivación o desviación de poder, toda vez que la decisión de sancionar al demandante no fue el producto del capricho de la entidad sino que estuvo debidamente soportado en pruebas, analizadas en su conjunto y bajo el principio de la sana crítica. Tanto así que el garante del demandante, Seguros del Estado, procedió voluntariamente al pago del siniestro.

Señala que el demandante no identificó plenamente los arboles objeto de controversia contractual, la especie y sitio de ubicación, no identificó los conceptos técnicos que se le entregaron así como su contenido, no explicó en qué consistía la supuesta información errada e imprecisa entregada por el Jardín Botánico de Bogotá (JBB).

Manifiesta que el concepto de la violación contenida en el acápite de la demanda no cumple con los requisitos legales establecidos en el artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, pues el demandante hace una descripción de unas normas presuntamente violadas, pero no indica de manera precisa e inequívoca en qué consistió la forma en la cual el JBB transgredió dicha normatividad.

Aduce que el accionante tiene como columna vertebral para solicitar la nulidad de los actos administrativos unas circunstancias ajenas a su voluntad, como fue una ola invernal y la información errada o imprecisa entregada por parte del JBB para el desarrollo del objeto contractual, empero no precisó en qué consistió la ola invernal y sus consecuencias debidamente individualizadas como las pruebas que así lo demostraran.

En relación con una presunta información equivocada y vaga entregada por parte del JBB, aclara que la documentación a que hace referencia el demandante corresponde a los conceptos técnicos de tratamiento silvicultural (poda, tala, traslado o procedimientos fitosanitarios, según sea el caso) que conforme a las facultades legales, son expedidos por la Secretaría Distrital de Ambiente y notificados al Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis, con el fin de que proceda a su ejecución, de acuerdo con lo establecido por el Decreto Distrital 531 de 2010, por el cual se reglamenta la silvicultura urbana, zonas verdes y la

jardinería en Bogotá y se definen las responsabilidades de las entidades distritales en relación con el tema..

A su vez, que de conformidad con los artículos 656 y 657 del Código Civil, los árboles en esencia son bienes inmuebles por adhesión mientras se adhieren al suelo por sus raíces y por ello no es impredecible que los árboles como seres vivos, intempestivamente por causas propias a su naturaleza o por hechos de un tercero, sufran cambios físicos o desaparezcan, como por ejemplo el volcamiento del árbol por un hecho propio de la naturaleza, o la tala efectuada por un tercero no autorizada. Dichas circunstancias hacen que la información del arbolado nunca sea estática y en razón de ello se pactó la cláusula tercera del contrato en dichos términos.

Por lo anterior, al momento de efectuarse las actividades por parte del contratista, por obvias razones constituye tácitamente la obligación inmersa de verificar la existencia de los árboles, por lo que no es de recibo tener como excusa para su incumplimiento contractual, que al momento de materializar la obra, los árboles ya no existían, entre otras exculpaciones.

Insiste que la volatilidad de los árboles es un hecho notorio que no requiere de manifestación expresa y que por razones de la profesión del contratista, no puede alegar en su propio beneficio el desconocimiento de la dinámica de la existencia o modificaciones físicas de los individuos arbóreos, pues es una carga que debe soportar.

Concluye que el hecho de que el contratista no hubiera encontrado algunos árboles conforme a cada uno de los conceptos técnicos, no significaba que era un impedimento para continuar con el desarrollo normal de la obra. Prueba de ello y razón por demás, es que el pago del contrato se pactó de acuerdo al avance de obra, esto es, a monto agotable.

En relación con el cumplimiento de lo dispuesto de la cláusula SEXTA, literal b), numeral 17 del contrato, asegura que el contratista entregó a la entidad, el informe preliminar y 3 informes mensuales, quedando pendiente la entrega del 4º informe y el informe final, por lo que la entidad declaró que el incumplimiento porcentual de esta actividad era del 52%.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

➤ PARTE DEMANDANTE

Hace especial énfasis en que aun cuando el Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis, efectuó estudios previos, no realizó estudios serios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar la viabilidad económica y técnica del contrato de obra N° 703 de 2011, debido a que nunca existió una base de datos concreta de árboles a intervenir, pues solo se entregaron al contratista unos conceptos técnicos que carecían de identificación de factores, no se incluyó un listado de árboles a talar con el valor de cada

uno de los individuos (árboles), así como las calidades, especificaciones, cantidades y demás características, lo que denotaba negligencia, improvisación y falta de planeación por parte del JBB y que afectarían la ejecución del contrato.

Aunado a lo anterior aduce que la base de datos se conoció solo hasta el 22 de septiembre de 2011 por medio de un correo electrónico de la interventoría, cuando ya se había ejecutado el 60% del contrato, empero aun así, en la medida de lo posible se ejecutó el objeto contractual. En esas condiciones el deber de la contratante JBB era haber tomado las medidas de control necesarias que garantizarán la ejecución del contrato, porque estaba demostrada la existencia de fuerza mayor o motivos ajenos a la voluntad de UT Landa en el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Refiere que en las especificaciones técnicas de aprovechamiento forestal (cláusula segunda del contrato) se estableció erróneamente que el tocón del árbol debía dejarse a una profundidad mínima de 10 cm por debajo del nivel del cuello del árbol, situación que no consulta con la realidad forestal toda vez que esta medida varía según condiciones específicas de cada uno de los árboles y del terreno.

Señala que dentro de las obligaciones del contratista se encontraba la de reportar al Sistema de Información de Gestión de Arbolado Urbano (SIGAU) la carga de los árboles talados, lo cual cumplió la UT Landa a pesar de que se presentaron problemas al momento de ingresar a dicho sistema por ajustes que estaba realizando la entidad, además de la entrega tardía de la clave de ingreso por parte de esta.

Arguye que una vez cumplido el plazo de ejecución del contrato N° 703 de 2011, el JBB verificó en campo el estado de ejecución de las actividades y obligaciones del mencionado contrato, a través de un grupo de funcionarios de esa entidad y de la Secretaría de Ambiente, que realizaron visitas durante el periodo comprendido entre el 11 de diciembre de 2011 y el 10 de mayo de 2012 y sin que ello fuera notificado al contratista y además excluido el interventor UT "Un pulmón para ti", siendo este el veedor natural del contrato, vulnerando así los derechos al debido proceso y de defensa de la UT Landa.

Refiere que los testimonios recaudados y decretados a la parte accionante coinciden concreta, precisa y claramente en el cumplimiento del contrato por parte de la demandante, y en cuanto a los testigos de la parte demandada, señoras Claudia Marcela Serrano y Claudia Alexandra Pinzón fueron tachados de sospechosos, de conformidad con el artículo 211 del C.G.P, toda vez que son personas que se encuentran en circunstancias que afectan su credibilidad e imparcialidad en razón a su dependencia, relación y subordinación con la entidad demandada.

Hace énfasis en que si una entidad pública no puede declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la póliza de cumplimiento soportada únicamente en el informe presentado

por la interventoría, mucho menos es procedente hacerlo cuando no se cuenta con dicho informe de interventoría, pues, insiste en que la declaración de incumplimiento del contrato N° 703 de 2011, se sustentó en la verificación de campo que realizó a posteriori de la ejecución del mismo, un grupo de terceros designados sin ninguna facultad legal o contractual, sin que mediara acto administrativo de designación, terceros que no adquirieron competencia ni calidad de interventores.

Considera que dicha conducta es reprochable al desconocer el marco normativo constitucional y legal que protege al contratista UT Landa, pues de forma arbitraria, unilateral, extralimitándose en sus funciones y aplicando un procedimiento anormal e irregular adoptó una decisión contraria a la ley, mediante un mecanismo extraño, ajeno y antijurídico, no previsto en las normas contractuales o en los términos de referencia, ni mucho menos en el contrato.

Insiste que no se observa en el expediente que los ingenieros del JBB, que realizaron la verificación en campo, hayan sido parte de la etapa precontractual y de la ejecución del contrato, ni hayan sido designados como interventores del mismo con anterioridad, por lo que su informe no puede ser soporte jurídico y técnico para declarar el incumplimiento parcial del contrato de obra N° 703 del 2011, conducta que se aleja de los principios rectores de la contratación y de la legalidad.

Conforme a lo anterior, afirma que JBB al expedir los actos administrativos demandados incurrió en una ilegalidad, violación al debido proceso, extralimitación de funciones, falsa motivación y desviación del poder. Con relación a la falsa motivación, cita la providencia proferida el 15 de marzo de 2012 por el H. Consejo de Estado en el expediente 16660.

Recalca que la interventoría Unión Temporal “Un pulmón para ti” generó el acta de cumplimiento al contratista, de acuerdo al contrato y estudios previos del mismo; sin embargo la entidad contratante, posterior a la terminación del contrato N° 703 de 2011 en junio 2012, declaró el incumplimiento parcial del mismo, siendo que la fecha de terminación del contrato acaeció en diciembre de 2011, y desconociendo que lo realizado por la UT Landa en el año 2012, fueron correcciones mínimas que no alteraban la correcta ejecución del contrato, correcciones que obedecieron a requerimientos del JBB en la vigencia del 2012 y no en el 2011, cuando la UT Landa contaba con la aprobación de las obras por parte del interventor UT Un pulmón para ti.

Reitera que la información entregada por parte del Jardín Botánico a UT Landa no fue la más confiable, ni exacta, transgrediendo los principios de planeación, transparencia, previsibilidad, economía, entre otros, lo que conllevó a las diversas situaciones enunciadas en la demanda.

➤ **ENTIDAD DEMANDADA: JARDIN BOTÁNICO DE BOGOTÁ JOSÉ CELESTINO MUTIS**

Considera que la demanda contiene un error sustantivo grave e insubsanable que impide que prosperen las pretensiones, pues no se individualiza los conceptos técnicos que a entender del accionante contenían información imprecisa, no identifica los individuos arbóreos y el sitio de su ubicación, los días en que se presentó la ola invernal, los sitios o zonas, y los días en que la comunidad se opuso a la intervención de los árboles. Para el efecto cita una sentencia proferida el 26 de marzo de 1982 por el H. Consejo de Estado.

Esgrime que el testimonio rendido por el señor Lenin Bustos -representante legal de la interventora Unión Temporal Un pulmón para ti-, no ofrece ninguna credibilidad cuando indica que la Unión Temporal Landa cumplió con la entrega de los productos en las condiciones pactadas, pues el Jardín Botánico de Bogotá a través de las Resoluciones 111 y 114 del 19 y 21 de junio de 2012, declaró el incumplimiento del contrato de interventoría, las cuales no fueron demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Señala que el interrogatorio de parte del señor Dikvan Velásquez Botello -representante legal suplente de la Unión Temporal Landa- no logra de forma fehaciente justificar las razones por la cuales dentro del proceso administrativo de incumplimiento así como en el proceso judicial, no se allegó alguna prueba que desvirtuara el registro fotográfico que da cuenta que los productos no fueron entregados en las condiciones pactadas, pues el señor Velásquez Botello efectuó una serie de afirmaciones sin que pudiera señalar un medio de prueba que permita evidenciar que el referido registro fotográfico no correspondía a la realidad.

Aduce que conforme a lo establecido en el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993, los contratistas en esencia son colaboradores de la administración pública, y por tanto tiene el deber de participar en el cumplimiento del principio de planeación, lo que implica poner en conocimiento de la entidad las posibles dificultades que se puedan presentar en la ejecución del contrato, que de ser desatendidas está en la obligación de abstenerse de suscribir el contrato, y que de hacerlo acepta las condiciones y posteriormente no puede alegar su culpa en beneficio propio. Como apoyo de sus argumentos cita la sentencia proferida el 24 de abril de 2013 por el H. Consejo de Estado dentro del expediente 27315 y la expedida el 3 de diciembre de 2014 en el proceso 21.486.

Finalmente afirma que los presuntos inconvenientes que se le presentaron a la Unión Temporal Landa al momento de ejecutar el contrato 703 de 2011 no constituyen un caso de fuerza mayor o caso fortuito. Para el efecto cita la sentencia del 29 de abril de 2005 expedida por la H. Corte Suprema de Justicia en el expediente 0829-92.

- **MINISTERIO PÚBLICO:** No emitió concepto jurídico.

IV. PRUEBAS

Conforman el acervo probatorio las siguientes documentales

- Certificado de existencia y representación legal de la Unión Temporal Landa, (conformada por las sociedades comerciales Constructora Landa S.A.S., y Dickvan Velásquez Botello Ingeniería E.U) (fls. 22-31).
- Estudios previos para adelantar un contrato de obra cuyo objeto consiste en realizar a monto agotable y sin fórmula de reajuste las actividades de manejo silvicultural del arbolado urbano identificado con prioritario por su potencial generación de riesgo en la ciudad de Bogotá, d.c (32-54).
- Copia del Contrato de Obra N° 703 de 2011 suscrito entre el Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis y la Unión Temporal Landa (fls. 55-61), otrosí modificatorio N° 1 (fls. 6263) y prórroga N° 1 (fl. 64).
- Copia de la Resolución N° 101 del 06 de junio de 2012 *"Por medio de la cual se declara el incumplimiento, se declara el siniestro y se hace efectiva una póliza"*, proferida por el Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis (fls. 65-173)
- Recurso de reposición presentado por el contratista Unión Temporal Landa, contra la Resolución 101 del 6 de junio de 2012 (fls. 174-178)
- Copia de la Resolución N° 110 del 15 de junio de 2012 *"Por medio de la cual se confirma la Resolución 101 del seis (6) de junio donde se declaró el incumplimiento del contrato JBB-703-2011"*, expedida por el Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis (fls. 179-183).
- Informes y oficios remitidos por parte de la Unión Temporal Landa a la Interventoría UT Un Pulmón Para Ti y al Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis y viceversa (fls. 184-277).
- Versión final - Informe Técnico para la evaluación de la declaratoria de incumplimiento al contrato de obra N° JBB 703-2011, elaborado el 14 de mayo de 2012 por el Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis (fls. 278-283).
- Actas de reunión por posible incumplimiento del contrato de obra N° 703 de 2011 (fls. 284-294)
- 2 CD denominados Informe final (fl. 305 y 307)

- 1 CD que contiene la audiencia del 24 de mayo de 2012 respecto del cumplimiento del contrato 703 de 2011 (fl. 306)
- CD que contiene el informe final del contrato N° 703 de 2011 (fl. 307)
- Copia auténtica del expediente administrativo contractual N° 703 de 2011 en 33 carpetas, expedido por el Secretario General del Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis (fls. 333-334 y cajas 1, 2 y 3).
- Constancia proferida por la Tesorería del Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis de fecha 12 de junio de 2013, en la que indica que la Compañía de Seguros del Estado pagó el siniestro decretado en las Resoluciones 101 y 110 del 6 y 5 de junio de 2012 (fl. 331)
- Memorando STO 077-2013 del 12 de junio de 2013 expedido por la jefe de la oficina de arborización del JBB + 1CD, que contiene el informe de las visitas técnicas de verificación, en relación con el incumplimiento parcial del contrato de obra N° 703 de 2011 (fls. 332)
- Informe emitido por la interventora del contrato Unión Temporal Un pulmón para ti, sobre el cumplimiento de la Unión Temporal Landa del contrato de obra N° 703 de 2011 y documentos anexos (fls. 367-368 y 369-408).
- Testimonio de los señores:
 - Juan Guillermo Jiménez (fl. 409)
 - Wilson Eduardo Rodríguez Velandia (fl. 414)
 - Humberto Rodríguez Arévalo (fl. 414 vto)
 - Shirley Carolina Castañeda Moreno (fl. 416)
 - Lenin Humberto Bustos Ordoñez -Representante legal de la UT Un pulmón para ti- (fl. 449 vto)
 - Sandra Milena Sánchez Lamprea - Ingeniera Forestal –contratista del JBB- (fl. 450)
 - Claudia Alexandra Pinzón Osorio (fl. 463)
 - Claudia Marcela Serrano Carranza (fl. 481)
- Interrogatorio de parte del señor Dikvan Velásquez Botello -Representante Legal de la UT Landa-. (fl. 489 vto)

V. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

Se circunscribe a determinar si hubo un incumplimiento por parte del contratista, del

contrato de obra N° 703 de 2001 celebrado entre el Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis (JBB) y la Unión Temporal Landa y si hay lugar o no a declarar la nulidad de las resoluciones 101 del 6 de junio de 2012 y 110 del 15 de junio de 2012 proferidos por la entidad contratante JBB. De ser así, cuáles fueron los perjuicios causados con su expedición.

2. ASPECTOS PROCESALES

Analizado nuevamente el expediente no encuentra el Despacho alguna excepción previa que deba estudiar y/o decretar, por lo que se entra a resolver el problema jurídico planteado, conforme lo dispone el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

3. ASPECTOS SUSTANCIALES

➤ De las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

La inclusión imperativa de las pólizas de cumplimiento en el clausulado contractual ha sido prevista incluso desde el Decreto Ley 222 de 1983, de la siguiente manera:

"ARTICULO 67. DE LA OBLIGACION DE GARANTIZAR EL CONTRATO - <DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. En todo contrato se pactará expresamente la obligación del contratista de garantizar:

- a. El cumplimiento del contrato.*
- b. El manejo y buena inversión del anticipo que le fuere entregado caso en el cual la garantía debe constituirse previamente a su entrega.*
- c. La estabilidad de la obra o la calidad del servicio.*
- d. El pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que haya de utilizar para la ejecución del contrato.*
- e. El correcto funcionamiento de los equipos que deba suministrar o instalar.*

La cláusula sobre garantía no será obligatoria en los contratos de empréstito, en los de arrendamiento cuando la entidad pública fuere arrendataria y en los interadministrativos.

ARTICULO 68. DE LA CLAUSULA PRESUNTA DE GARANTIAS - <DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. El hecho de no estipularse la cláusula de garantías no libera al contratista de la obligación de constituir las.

Si el contratista se negare a constituir las garantías, la entidad respectiva dará por terminado el contrato en el estado en que se encuentre sin que por este hecho la misma deba reconocer o pagar indemnización alguna.

ARTICULO 69. DE LA CUANTIA Y TERMINO DE LAS GARANTIAS - <DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. La entidad contratante, de acuerdo con reglamentación de la Contraloría General de la República, determinará la cuantía y el término de las garantías a que se refiere el artículo 67. Este término no podrá ser inferior al de ejecución y liquidación del contrato.

ARTICULO 70. DE LOS CONTRATOS DE GARANTIA - <DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. Las garantías podrán consistir en fianzas de bancos o de compañías de seguros cuyas pólizas matrices deberán ser aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

Los respectivos contratos de garantía forman Parte integrante de aquel que se garantiza.

En las pólizas matrices deberá preverse que el monto de la garantía se repondrá cada vez que, en razón de las multas impuestas, el mismo se disminuyere o agotare”.

Posteriormente, la Ley 80 de 1993, en su artículo 25, numeral 19, contempló la obligación de garantizar los contratos por el Estado, mediante la figura de la garantía única. Dispuso la norma en cita:

“Artículo 25°.- Del Principio de Economía. En virtud de este principio:

(...)

“19. (Numeral derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007). El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros. Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada.

Actualmente la Ley 1150 de 2007, en su artículo 7º, modificadorio de la Ley 80, consagra este deber legal en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 7º. DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes”.*

En cumplimiento de esta disposición legal, los contratos celebrados por las entidades estatales, salvo las excepciones previstas en la norma, deberán contener obligatoriamente una cláusula de garantía con el fin de avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, es decir, que su inclusión en el contrato es imperativa y no está determinada por la voluntad de las partes.

El propósito de dicha garantía es asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, llamado por la administración a colaborar con los cometidos estatales, los cuales necesariamente involucran el interés público.

La garantía de cumplimiento del contrato estatal mediante la cual la compañía de seguros se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el tomador en virtud de la celebración de un contrato, tienen carácter indemnizatorio, pues su finalidad es proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista y así evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido.

Ahora bien, es pertinente hacer claridad que aunque el contrato de seguro, en general se rige por lo previsto en el Código de Comercio, se trata de un contrato con elementos sustancialmente diferentes a los celebrados por particulares, especialmente en lo que tiene que ver con la reclamación ante la aseguradora, dado que la administración posee la potestad de proferir un acto administrativo debidamente motivado, mediante el cual declara la ocurrencia del siniestro amparado.

Como todo acto administrativo, la declaratoria del siniestro goza de una presunción de legalidad que puede ser impugnada en sede administrativa tanto por quien expidió el seguro, como por el contratista, quienes también tienen la potestad de demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso Administrativo.

4. CASO CONCRETO:

Asegura el apoderado de la parte actora que los actos administrativos demandados (Resoluciones 101 del 6 de junio de 2012 y 110 del 15 de junio de 2012), mediante los cuales el Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis declaró el incumplimiento parcial del contrato N° 703 de 2001 celebrado con la unión Temporal Landa, se declaró el siniestro y se hizo efectiva la póliza de incumplimiento son ilegales, pues fueron proferidos con

vulneración al debido proceso, extralimitación de funciones y además adolecen de falsa motivación y desviación del poder, básicamente por **los siguiente motivos:**

1.) No se incluyó un listado de árboles a talar con el valor de cada uno de los individuos (árboles), así como las calidades, especificaciones, cantidades y demás características; solo se entregaron al contratista unos conceptos técnicos que carecían de identificación de factores, amén que la base de datos se conoció solo hasta el 22 de septiembre de 2011 por medio de un correo electrónico de la interventoría, cuando ya se había ejecutado el 60% del contrato. Lo que conllevó a que solo se pudiera ejecutar el contrato en lo que fue posible.

2). En las especificaciones técnicas de aprovechamiento forestal se estableció erróneamente que el tocón del árbol debía dejarse a una profundidad mínima de 10 mm por debajo del nivel cuello del árbol, situación que no consulta con la realidad forestal toda vez que esta medida varía según condiciones específicas de cada uno de los árboles y del terreno.

3) Dentro de las obligaciones del contratista se encontraba la de reportar al Sistema de Información de Gestión de Arbolado Urbano (SIGAU) la carga de los árboles talados, lo cual cumplió la UT Landa a pesar de que se presentaron problemas al momento de ingresar a dicho sistema por ajustes que estaba realizando la entidad, además de la entrega tardía de la clave de ingreso por parte de esta.

4) Una vez cumplido el plazo de ejecución del contrato N° 703 de 2011, el JBB verificó en campo el estado de ejecución de las actividades y obligaciones del mencionado contrato, a través de un grupo de funcionarios de esa entidad y de la Secretaría de Ambiente, sin ninguna facultad legal y contractual, quienes realizaron visitas durante el periodo comprendido entre 11 de diciembre de 2011 y el 10 de mayo de 2012 y sin que ello fuera notificado al contratista y además excluido el interventor UT "Un pulmón para ti", siendo este el veedor natural del contrato, vulnerando así los derechos al debido proceso y de defensa de la UT Landa.

5) Carencia del informe de interventoría para declarar el incumplimiento del contrato, pues, ello se sustentó únicamente en la verificación de campo que realizó a posteriori de la ejecución del mismo, un grupo de terceros designados sin ninguna facultad legal o contractual, sin que mediara acto administrativo de designación; terceros que no adquirieron competencia ni calidad de interventores.

6) La interventoría Unión Temporal "Un pulmón para ti" generó el acta de cumplimiento al contratista.

7) La entidad contratante declaró el incumplimiento del contrato en junio de 2012 siendo que la fecha de terminación del contrato acaeció en diciembre de 2011, pues las

correcciones realizadas en 2012 fueron mínimas y obedecieron a requerimientos hechos por el JBB.

Lo primero que entonces se trae a remembranza es que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 137, 138 y 141 de la Ley 1437 de 2011 es procedente decretar la nulidad de los actos administrativos, cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

- **Falsa motivación del acto administrativo.**

En lo relativo a la nulidad de los actos administrativos por falsa motivación, el máximo órgano de lo contencioso administrativo ha dicho que constituye una causal genérica de violación que se caracteriza especialmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública.

En sentencia del 20 de marzo de 2013 proferida dentro del expediente 22523, señaló la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, del H. Consejo de Estado:

"(...) esta causal de anulación de los actos administrativos se puede manifestar mediante un error de hecho, o a través de un error de derecho. El error de hecho se presenta cuando la Administración desconoce los supuestos fácticos en que debía soportar su decisión, ya sea porque la autoridad que profirió el acto no los tuvo en cuenta o, porque pese a haberlos considerado se deformó la realidad de tal manera que se dejaron por fuera o se introdujeron circunstancias de tiempo modo y lugar, trayendo como consecuencia que el acto administrativo no se funde en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de ser proferido. Por otra parte, también se incurre en falsa motivación por error de derecho, esto es, cuando se desconocen los supuestos jurídicos que debían servir de fundamento a los actos demandados, este caso se puede presentar por: i) inexistencia de las normas en que se basó la Administración; ii) ausencia de relación entre los preceptos que sirvieron de fundamento a la manifestación de voluntad de la Administración y los supuestos de hecho objeto de decisión; y finalmente iii) cuando se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas".

- **Desviación de poder**

El numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 preceptúa que: "Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley (...)".

La desviación de poder consiste en el hecho de que el acto administrativo se acomoda externamente a las normas que rigen su expedición, pero el motivo que tiene en cuenta el funcionario que lo expide es distinto del motivo para el cual se le ha investido de competencia.

Por tal razón, cuando se alega la desviación de poder en la expedición del acto, corresponde al actor probar que la decisión ha sido tomada en vista de un fin distinto a aquel por el cual la facultad fue otorgada a la autoridad que la profiere. Si la anterior circunstancia resulta en el proceso debidamente demostrada significa que la competencia administrativa ha sido desviada de su fin legítimo, con lo cual el acto administrativo se torna ilegal, es decir, se logra desvirtuar la presunción de legalidad que lo amparaba.

A diferencia del cargo de falsa motivación, en el caso de la desviación de poder el motivo o la intención de quien profiere el acto no quedan plasmados en el acto mismo.

Entonces, para efecto de dilucidar si en el presente caso se configura alguna de las causales de nulidad invocadas, **tenemos que en el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:**

El Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis al realizar los estudios previos para adelantar un contrato de obra cuyo objeto consistía en realizar a monto agotable y sin fórmula de reajuste las actividades de manejo silvicultural del arbolado urbano, identificado como prioritario por su potencial generación de riesgo en la ciudad de Bogotá, D.C., determinó procedente la escogencia del contratista por la modalidad de contratación directa al tratarse de un asunto de urgencia manifiesta al tenor del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

Definió dicha necesidad de la siguiente manera:

“Teniendo en cuenta que a treinta (30) de abril de 2011, el Jardín Botánico José Celestino Mutis, tiene pendiente el manejo silvicultural de once mil quinientos veintidós (11522) árboles a través de actividades de tala y que están emplazados en el espacio público de uso público del Distrito Capital, los cuales han sido identificados como potenciales generadores de riesgo a transeúntes y propiedades públicas o privadas. Este número de árboles han sido debidamente notificados previamente por la Secretaría Distrital de Ambiente.

Dado que no se cuenta con los recursos económicos, logísticos y operativos necesarios para realizar la intervención de la totalidad de los árboles potencialmente generadores de riesgo, el Jardín Botánico José Celestino Mutis y la Secretaría Distrital de Ambiente procedieron a realizar la priorización técnica de la intervención silvicultural, conforme al nivel de riesgo descrito en el concepto técnico emitido por la autoridad ambiental, así:

Descripción del nivel de riesgo	Cantidad de árboles conceptuados
P1: Clasificado según inclinación, altura, especie, emplazamiento, estado fitosanitario, riesgo inminente de daño a personas e infraestructura. Alta posibilidad de caída y/o volcamiento	3549
P2: Clasificado según especie y altura. Posibilidad de daño por caída baja debido a emplazamiento en zonas abiertas	6131
P3: Árboles para tratamiento integral, bloqueos y traslados, cirugías y cicatrizaciones, realización de calicatas y/o árboles de baja altura y diámetro.	1842

Sin embargo, en el Plan de Desarrollo de la Bogotá Positiva se programaron recursos únicamente para la intervención de seis (6.000) árboles generadores de riesgo en el espacio público de uso público del Distrito Capital para el periodo comprendido del primero de julio de 2008 al treinta (30) de junio de 2012.

En este sentido el Jardín Botánico José Celestino Mutis, conforme a los recursos presupuestales programados en el plan de desarrollo, tal como se evidencia en el plan de

acción de la entidad 2008 – 2012, ha realizado con corte a treinta (30) de abril, el manejo silvicultural de cuatro mil cuatrocientos cuatro (4.404) árboles en riesgo:

Vigencia 2008: 1.116 árboles

Vigencias 2009: 1.500 árboles

Vigencia 2010: 1.178 árboles

Vigencia 2011: 610 árboles (con corte al 30 de abril de abril)

Es así como la Entidad ha adelantado la intervención del 73.4 % de la meta multianual correspondiente a seis mil (6.000) árboles para la actual administración distrital.

Por las razones expuestas y dada la actual situación de la ola invernal, que obligó al gobierno distrital a declarar la alerta roja en la localidades de suba, Engativá, Fontibón, Kennedy y Bosa, así como la declaración de la alerta naranja en las localidades de Usaquén, Chapinero, San Cristóbal, Rafael Uribe Uribe, Santa Fe, Usme, Usme y Ciudad Bolívar, por riesgo de remoción en masa; el Jardín Botánico considera que en este momento los árboles prioridad 1 son de mayor urgencia; motivo por el cual orientó toda su capacidad operativa a los individuos arbóreos en riesgo inminente de caída o volcamiento.

Igualmente es necesario considerar que el Jardín hace parte del Sistema Distrital de Respuesta a Emergencias, y como tal debe atender los eventos de poda y tala de emergencia de árboles en el Distrito Capital, en espacio público y privado, presentándose a 31 de mayo de 2011, cuatrocientos veinticuatro (424) situaciones. Doscientos treinta por ciento (230%) más que en el mismo periodo de la vigencia anterior”.

El cumplimiento del contratista, según los mencionados estudios previos se realizaría de la siguiente manera:

“VERIFICACIÓN DE RETIRO DE ESCOMBROS

Esta revisión se hará una vez a la semana a los proyectos que el contratista haya ejecutado donde se revisará que efectivamente no existan escombros (los escombros deben retirarse de forma inmediata, de presentarse alguna dificultad, deben ser retirados con un plazo no mayor a 24 horas), y se calificará con un 100% ó un 0%.

VERIFICACIÓN DE ELIMINACIÓN DE TOCONES (diez (10) cm. por debajo del nivel del suelo)

Esta revisión se hará una vez a la semana a los proyectos que el contratista haya ejecutado donde se revisará que efectivamente no existan tocones. Esto se calificará así:

De existir la mitad mas uno (1) de tocones de acuerdo con el número de árboles talados, la puntuación será de un 100%; de existir una cantidad hasta la mitad de árboles talados, se calificará con 50% y de no existir ningún tocón la calificación será 0%.

DETERMINADOS 80 PUNTOS POR INCUMPLIMIENTO EN LAS REVISIONES PERIÓDICAS EFECTUADAS POR LA INTERVENTORÍA, EL CONTRATISTA ACARREARÁ EL 0.5 % DEL VALOR DEL CONTRATO A TÍTULO DE MULTA, SUMA QUE SERÁ DESCONTADA POR LA ENTIDAD, DEL PAGO PERIÓDICO QUE LE CORRESPONDA AL CONTRATISTA EN EL MOMENTO EN QUE SE PRESENTE EL INCUMPLIMIENTO.

Es obligación del contratista llevar una bitácora por cada cuadrilla vinculada al proyecto, consignando diariamente el registro de todos los eventos y circunstancias presentadas durante la ejecución de las obras. La interventoría debe consignar en la bitácora de obra la puntuación para cada ítem junto con las razones que lo sustenten. Cada registro debe ser firmado por la interventoría y el contratista de obra. Las bitácoras estarán debidamente foliadas y su numeración no podrá ser alterada o enmendada. En caso de encontrarse hojas arrancadas y enmendaduras sin previa autorización de la interventoría, acarreará una sanción de diez (10) puntos de baja en la calificación. Estas bitácoras permanecerán además en todo momento en el sitio de las obras y en el evento en que el ingeniero residente este ausente debe dejarse consignada la razón de su ausencia.

6.1.6 LINEAMIENTOS Y METODOLOGIA PARA ACTUALIZACIÓN DEL SIGAU POR PARTE DE LAS ENTIDADES DEL DISTRITO

El propósito de esta actividad es lograr que todas las actividades de poda, tala, bloqueo y traslado de árboles dentro del perímetro urbano, sean reportadas y registradas bajo un mismo estándar de información, para que de esta forma el SIGAU esté permanentemente actualizado.

Para ello, se elabora el presente documento que tiene como fin dar a conocer los lineamientos técnicos y metodológicos para la captura e ingreso de la información a la Base de Datos del Sistema SIGAU.

*Este documento describe cada uno de los pasos a seguir desde el ingreso al aplicativo SIGAU hasta la entrega e ingreso de la información a la Base de Datos del Sistema. **Ingreso al aplicativo SIGAU***

Se debe ingresar a la página web del Jardín Botánico: <http://www.jbb.gov.co>.

Una vez se ingrese a la página web del Jardín Botánico, se busca en el Menú principal la opción Arborización Urbana link "Sistema Gestión Arbolado Urbano", tal como se muestra en la Figura 1. Figura 1. Link Sistema Gestión Arbolado Urbano (...)

6.1.7 DISPOSICIÓN DE RESIDUOS

El Contratista recogerá el material de desechos y escombros producto de la tala, poda y bloqueo y lo trasladará a los sitios dispuestos para tal fin. Esta actividad se debe realizar en forma INMEDIATA, una vez concluida cada labor y dando cumplimiento con la normatividad ambiental vigente.

El valor del material vegetal de desecho generado por la actividad de tala o poda, se deducirá del valor total a pagar al contratista, correspondiente al (10%) de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 del Decreto 531 de 2010. El material vegetal de desecho generado por las actividades de tala, poda y bloqueo, podrá ser utilizado para la producción de abonos orgánicos o ser entregado a una entidad sin ánimo de lucro con fines de uso social, de no ser así debe disponerse en los sitios autorizados para disposición de residuos. En cualquier caso el material de desecho debe ser retirado de forma inmediata de la obra.

El Interventor verificará el cumplimiento de esta actividad a través de los respectivos documentos que certifiquen el fin dado a dichos desechos y escombros.

El material resultante de las actividades contempladas se dispondrá en el lugar de trabajo de manera que no se esparza por el espacio público y perturbe las actividades del lugar. En el evento que no sean retirados de inmediato deben estar delimitados, señalizados y cubiertos en su totalidad de manera adecuada. En todo caso deben ser retirados en un plazo no superior a 24 horas". (Negrilla y subraya del juzgado).

Conforme a lo anterior, fue celebrado con la Unión Temporal Landa el contrato de obra N° 703 del 15 de julio de 2011, cuyo objeto quedó plasmado así en la cláusula primera: "realizar a monto agotable y sin formula de reajuste las actividades de manejo silvicultural de arbolado urbano identificado como prioritario en la zona 2, por su potencial riesgo en la Ciudad de Bogotá D.C.",

El objeto contractual se ejecutaría en la zona 2 la cual está compuesta por las siguientes localidades de la ciudad de Bogotá, D.C: Usaquén , Engativá, Rafael Uribe Uribe, San Cristóbal, Teusaquillo, Puente Aranda, Ciudad Bolívar, Barrios Unidos, Usme Candelaria, la cual fue definida previamente por la Subdirección Técnica Operativa.

El plazo de ejecución del contrato era de 4 meses o hasta agotar el presupuesto, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, previo cumplimiento de los requisitos de ejecución.

El acta de inicio se firmó el 28 de julio de 2011, y el día 25 de noviembre de 2011 se prorrogó el contrato de obra N° 703 de 2011 por 15 días calendario contados a partir de la terminación del plazo de ejecución inicialmente pactado, según se menciona en el documentos de prórroga porque *"según lo solicitado por la interventoría del contrato en documento de fecha 24 de noviembre de 2011 (...) la temporada invernal ha afectado el tiempo de cumplimiento, puesto que con las lluvias no se puede llevar a cabo los procedimientos correspondientes a las talas, entre otras"*. (fl. 64). De lo anterior se concluye que el plazo de ejecución del contrato N° 703 de 2011 terminó el 12 de diciembre de 2011.

El valor del contrato se pactó en la suma de \$800.000.000, incluido todos los gastos directos e indirectos en que debiera incurrir el contratista para la ejecución del mismo y en la cláusula décimo cuarta, literal b), se pactó el amparo del riesgo de cumplimiento (incluido el pago de multas y la cláusula penal pecuniaria), por una cuantía equivalente al 20% del valor del contrato, y en el literal e) de la misma cláusula se pactó el amparo de estabilidad de la obra, también por una cuantía equivalente al 20% del valor del contrato.

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales se constituyó a favor del Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis la póliza de cumplimiento N° 21.44-101094699 expedida por la Compañía de Seguros –Seguros del Estado S.A en fecha 28 de julio de 2011, con vigencia para amparo de cumplimiento hasta el 28 de abril de 2012 (fl. 508 - carpeta 8), modificada mediante anexo 1 de fecha 30 de noviembre de 2011 con vigencia para amparo de cumplimiento desde el 28 de julio de 2011 hasta el 15 de mayo de 2012 (fl. 534 carpeta 8).

Ahora bien, en la cláusula tercera del contrato 703 de 2011 se señaló expresamente que el contratista se obligaba con el Jardín Botánico a desarrollar las siguientes actividades para el cumplimiento del objeto contractual (fl. 56):

"1) Medición del individuo a talar mediante el uso de un equipo de precisión (Nivel de precisión, Nivel Abney, Relascopio o Cimómetro) para determinar la altura del árbol o del tallo a intervenir y el perímetro del fuste principal o de los cuatro (4) primeros fustes, determinados a 50 cm de la base del árbol con respecto al nivel del suelo. Para esta actividad se debe contar con la SUPERVISIÓN de la interventoría. 2) Realizar el registro fotográfico del individuo a talar antes y después de la intervención desde el mismo ángulo. 3) Realizar una evaluación del individuo a tratar para definir el riesgo que pueden representar en el momento de efectuar la tala. Se debe implementar un formato de análisis de riesgos elaborado por el profesional en SISO, en el que se evalúe el riesgo existente para intervenir el(los) árbol(es) y se defina de manera previa la implementación o no de maquinaria especializada. 4) Implementar el Plan de Seguridad e Información Ciudadana. 5) Verificar la existencia de nidos y seguir el procedimiento acorde con el numeral 5 de los estudios previos. 6) Coordinar las labores con las Empresas Prestadoras de Servicios, si se presentan interferencias sobre redes de servicios públicos (tener en cuenta que la interferencia debe ser con cuerdas de baja tensión). 7) Coordinar con la comunidad del sector cuando se encuentren vehículos u objetos que se puedan movilizar, si ellos dificultan, obstaculizan y/o sean susceptibles de daño durante la ejecución de las actividades. 8) Realizar los cortes de acuerdo con las características técnicas de aprovechamiento forestal, el tocón debe dejarse con una profundidad mínima de diez (10) cm por debajo del nivel del cuello del árbol. 9) Los residuos resultantes de la actividad de tala se darán como parte de pago al contratista de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 del Decreto 531 del 23 de diciembre de 2.010, por un valor equivalente al diez por ciento (10 %) deducible del costo directo de la actividad. 10) Disponer el material vegetal producto de la actividad, acorde con el procedimiento descrito en el presente estudio técnico. 11) Realizar la captura y el ingreso de la información de la actividad al Sistema de Gestión del arbolado urbano siguiendo la metodología y los lineamientos establecidos para tal fin. 12) Registrar en el formato definido por la Interventoría y el Jardín Botánico, los rendimientos medidos para cada actividad por árbol intervenido. 13) Garantizar el estricto cumplimiento de las exigencias contempladas en el presente estudio técnico, las cuales serán objeto de

verificación mediante lista de chequeo a cargo de la interventoría del contrato. El no cumplimiento de las obligaciones contractuales acarreará la imposición de multas. **14) Presentar los siguientes INFORMES DE ACTIVIDADES:** a) **Informe preliminar:** Corresponde al informe que debe presentar el contratista como requisito para la suscripción del acta de inicio, el cual contendrá: (...) b) **Informes de ejecución:** Estos informes deben ser presentados cada mes a partir de la iniciación del contrato y como requisito para el trámite del pago, el cual debe contener como mínimo la siguiente información: -Relación de gastos soportando el manejo del anticipo, extractos Bancarios, comprobantes de egreso y copias de las Facturas. -Soportes de pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, Sistema de Riesgos Profesionales, y Parafiscales de todo el personal vinculado al proyecto, correspondientes al periodo del Informe. -Soportes de aplicación de las normas vigentes en materia de Seguridad Industrial y Salud Ocupacional correspondientes al periodo del informe. -Implementación del Plan de Seguridad y Salud Ocupacional (debe incluir anexo fotográfico) -Actas de las capacitaciones mensuales a empleados. -Actas del Plan de Información Ciudadana. **-Cantidad de obra ejecutada según formato entregado por Interventoría** -Consolidado de árboles georreferenciados de acuerdo con las especificaciones técnicas del numeral 4.1.7 del presente Pliego de condiciones. -Soportes del destino final de los residuos. -Resoluciones y fichas de tala, aprovechamiento, poda o traslado del arbolado urbano, autorizados por la Secretaría Distrital de Ambiente **-Registro fotográfico detallado, comentado y fechado correspondiente a las obras ejecutadas** y del trabajo comunitario. -Registro de la atención al ciudadano a través de llamadas telefónicas, oficios, correos electrónicos y puntos de atención personalizada, de acuerdo a lo establecido en el presente pliego de condiciones. -El informe de ejecución y sus anexos debe ser presentado en medio impreso y medio magnético, c) **Informe final:** **Se elaborará un (1) informe final que debe ser presentado al momento de culminar las labores, donde se registre de manera resumida la ejecución de actividades** el cual debe contener: **-Acta final de ejecución de obra según formato entregado por Interventoría y cuadro de cantidades de obra ejecutadas.** -Consolidado de los soportes de pago de los aportes al sistema de seguridad social integral sistema de riesgos profesionales y parafiscales de todo el personal vinculado al proyecto, durante la ejecución del mismo -Plan de seguridad y Salud Ocupacional implementado (debe incluir anexo fotográfico) -Información ciudadana que incluya las actas firmadas por la comunidad. -Información de las jornadas de capacitación a empleados. -Registro fotográfico digital detallado, comentado y fechado correspondiente a las obras ejecutadas y del trabajo comunitario. -Soporte del destino final de los residuos expedido por las Escombreras autorizadas por la Secretaría Distrital de Ambiente. -Resoluciones y fichas de tala, aprovechamiento, poda o traslado del arbolado urbano, autorizados por la Secretaría Distrital de Ambiente. -Registro de la atención al ciudadano a través de llamadas telefónicas, oficios, correos electrónicos y puntos de atención personalizada. -Georreferenciación final del contrato, de acuerdo con las especificaciones del Jardín Botánico (numeral 4.1.7). -El informe final y sus anexos debe ser presentados en medio impreso y medio magnético, d) **Informes extraordinarios:** Corresponden a los informes solicitados por la Interventoría o el JARDÍN BOTÁNICO cuando lo considere necesario, que también se entregarán en medio magnéticos y por escrito". (Negrilla y subraya fuera del texto original)

A su vez, según la cláusula sexta, el contratista realizaría cabalmente las siguientes obligaciones contractuales (fl. 57):

"1. Ejecutar idónea, oportunamente y con diligencia el objeto del contrato. 2. Garantizar la calidad del servicio contratado para que el objeto del contrato se cumpla en condiciones de calidad y eficiencia, para lo cual deberá constituir dentro de los tres (3) días siguientes a la suscripción del contrato, la garantía única establecida en el presente contrato. 3. Obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando todo tipo de dilaciones o entramamientos que pudieran presentarse 4. No acceder a peticiones o amenazas, de quienes actuando por fuera de la Ley pretendan obligarlo a hacer u omitir un hecho o acto propio de sus obligaciones contractuales. **5. Avisar oportunamente al JARDÍN de las situaciones previsibles que puedan afectar el equilibrio financiero del contrato** 6. Atender las observaciones de quien ejerce el control y vigilancia del contrato. **7. Cumplir con todas las obligaciones derivadas de los estudios previos.** 8. Conservar en buen estado los elementos que le sean entregados para el desarrollo del objeto contractual, si la prestación del servicio lo amerita, y devolverlos a la finalización del mismo. **9. Entregar los informes específicos o extraordinarios, cuando le sean solicitados por parte de quien ejerce el control y vigilancia del contrato.** 10. Apoyar los procesos de capacitación que determine el JARDÍN, que estén relacionados con el objeto contractual. 11. Aportar el formulario de inscripción a transferencia electrónica de fondos. **12. A la terminación de la obra EL CONTRATISTA deberá retirar los materiales sobrantes y entregar la obra en perfecto estado de limpieza.** 13. Responder a la interventoría todas las observaciones técnicas y administrativas en especial de manejo de personal. 14. Responder al interventor todas las observaciones técnicas y administrativas en cuanto a calidad, presupuesto, programación, seguridad industrial y manejo ambiental de la obra y en especial de manejo de personal. 15. Cumplir con las disposiciones legales sobre contratación de personal colombiano y extranjero y las reglamentarias de las diferentes profesiones. Se obliga, igualmente, al cumplimiento de todas las leyes laborales vigentes y al pago de todos los salarios y prestaciones sociales que ella establezca 16. Presentar un plan de manejo del anticipo, el cual deberá ser aprobado por parte del interventor del contrato. 17. El Contratista entregará a la Interventoría del contrato, como resultado de la realización de las actividades antes relacionadas, los siguientes productos: a) De tala: -Relación de la atención efectuada por emergencia de tala y poda de árboles en el espacio urbano. - Relación de la atención efectuada por programación de tala y poda de árboles en el espacio urbano. -Georreferenciación de las actividades realizadas, de acuerdo con las especificaciones del Jardín Botánico. -Medición de rendimientos de cada una de las

actividades ejecutadas por árbol dentro del contrato de obra de acuerdo con el formato establecido y aprobado por la interventoría y Jardín Botánico, b) De los informes: -Informe preliminar - Seis informes parciales de ejecución -Informe final -Informes extraordinarios". (Negrilla y subraya fuera del texto original).

El Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis profirió la **Resolución N° 101 del 06 de junio del año de 2012** mediante la cual declaró el incumplimiento parcial del contrato N° 703 de 2011 con el propósito de hacer efectiva la póliza de cumplimiento N° 21.44-101094699 expedida por la Compañía de Seguros – Seguros del Estado en los riesgos de cumplimiento y calidad, el cual ascendía a la suma de \$43.603.283 pesos.

Como consecuencia de lo anterior declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento del contrato N° 703 de 2011; riesgo amparado en la mencionada póliza (fls. 65-171).

Las razones que tuvo el Jardín Botánico de Bogotá para declarar el incumplimiento del contrato 703 de 2011 por parte del contratista Unión Temporal Landa fueron las siguientes:

“

•Frente a la actividad 8) Realizar los cortes de acuerdo con las características técnicas de aprovechamiento forestal, el tocón debe dejarse con una profundidad mínima de diez (10) cm por debajo del nivel del cuello del árbol:

De los 1141 árboles prioridad 1 y 2 reportados como atendidos por el contratista, el Jardín Botánico ha verificado 1031 individuos, para el cálculo del incumplimiento se tomó esta cantidad como base. Así las cosas de los 1031 árboles ejecutados y verificados en campo se encontraron que 272 árboles no fueron destocados según las especificaciones técnicas del contrato. Esta actividad fue incumplida en un 26,38%.

•Frente a la actividad 10) Disponer del material vegetal producto de la actividad, acorde con el procedimiento descrito en el presente estudio técnico:

En cuanto al estado de cumplimiento de esta actividad de los 1031 individuos ejecutados y verificados se encontró que para 96 árboles no se realizó la recolección y disposición de los residuos. El porcentaje de incumplimiento para esta actividad es de 9.31%.

•Frente a la actividad 11) Realizar la captura y el ingreso de la información de la actividad al Sistema de Gestión del arbolado siguiendo la metodología y los lineamientos establecidos para tal fin:

A doce (12) de diciembre de 2011, fecha de vencimiento del contrato, de los 1031 árboles ejecutados y verificados el contratista, ingresó al Sistema de Gestión de Arbolado Urbano SIGAU 814 árboles. El porcentaje de incumplimiento de esta actividad para esta fecha es de 21,05%. No obstante en la audiencia del día veinticuatro (24) de mayo el contratista afirmó que la actividad estaba cumplida en un 100%, se revisó nuevamente por parte del Jardín Botánico encontrando más árboles cargados que los efectivamente intervenidos y verificados en campo, es decir se encuentran cargados 1.221 individuos, cumpliendo la actividad en un 100%.

•Frente a la actividad 12) Registrar en el formato definido por la Interventoría y el Jardín Botánico, los rendimientos medidos para cada actividad por árbol intervenido:

De acuerdo a los 3 informes mensuales del contratista Unión Temporal Landa entregados a la Entidad por la interventoría, no hay evidencia de la realización de esta actividad, por parte del contratista. El porcentaje de incumplimiento es del 100%. En los documentos aportados el veinticuatro (24) de mayo no se encontraron evidencias de la realización de este punto. Por lo que el incumplimiento queda en firme.

- Frente a la obligación 17) entregar los siguientes productos: a) De tala: - Relación de la atención efectuada por programación de tala y poda de árboles en el espacio urbano. -Georeferencia de las actividades realizadas, de acuerdo con las especificaciones del Jardín Botánico. - Medición de*

rendimientos de cada una de las actividades ejecutadas por árbol dentro del contrato de obra de acuerdo con el formato establecido y aprobado por la interventoría y el Jardín Botánico, b) De los informes: - Informe preliminar.- Seis informes parciales de ejecución.- Informe final.- Informes extraordinarios”:

De los informes relacionados en la obligación el contratista entregó a la Entidad el informe preliminar y tres (3) informes mensuales, quedando pendiente la entrega del informe del cuarto período y el informe final. El incumplimiento porcentual de esta actividad es de 52 %. En la audiencia celebrada el veinticuatro (24) de mayo no aportaron los informes faltantes, por lo que el incumplimiento queda en firme.

Que el Jardín Botánico a través de la Subdirección Técnica Operativa y de la Oficina de Arborización Urbana, y, ante las dificultades presentadas con el interventor contratado para que ejerciera la interventoría técnica, administrativa y financiera de este contrato (es decir, Unión Temporal un Pulmón Para Ti), de manera directa, instó a la UNIÓN TEMPORAL LANDA para que cumpliera las actividades y obligaciones contractuales; específicamente mediante comunicaciones Nos. STO 189 del 29 de diciembre de 2011, STO 022 del 01 de marzo de 2012, STO 026 del 07 de marzo de 2012, STO 043 del 03 de abril de 2012, STO 048 del 04 de abril de 2012, STO 052 del 13 de abril de 2012, STO OAU 378 del 08 de mayo de 2012 y DG 204 del 10 de mayo de 2012.

Que a los requerimientos antes mencionados, la UNIÓN TEMPORAL LANDA dio respuesta formal pero con ellas no subsanó los incumplimientos presentados, concluyéndose así que hasta la fecha no ha cumplido.

Que el día veinticuatro (24) de mayo de 2012, se recibieron documentos en los cuales la Unión Temporal Landa presentó al Jardín Botánico documento denominado respuesta al informe técnico del JBJCM.

Que mediante comunicado STO 140 del cinco (5) de junio de 2012, la Subdirección Técnica Operativa envía a la Oficina Asesora Jurídica, el informe técnico de la revisión efectuada a la documentación entregada el día (24) de mayo de 2012 por la Unión Temporal Landa, estableciendo lo siguiente:

(...)” (Registros fotográficos)

Para arribar a las siguientes conclusiones:

“CONCLUSIONES

De los 337 árboles sin destoconar pertenecientes a Prioridad 1 y Prioridad 2, atendidos por la Unión Temporal Landa el contratista presentó evidencia de cumplimiento de 65 situaciones de no destoconado, quedando así en situación de incumplimiento 272 individuos, cabe anotar que la revisión del Jardín se realizó conforme a lo estipulado en los estudios previos el destoconado se acepta siempre y cuando se encuentre 10 cm por debajo del nivel del suelo.

En cuanto a los 97 árboles con presencia de residuos, el contratista entregó soporte de recolección para uno de ellos, quedando 96 aún pendientes de subsanar esta situación demostrada con soporte fotográfico.

Que mediante comunicación STO 023 de Febrero 20 de 2012, el Jardín Botánico José Celestino Mutis puso en conocimiento de la Secretaría Distrital de Ambiente, que el contratista Unión Temporal Landa realizó la tala de siete (7) arboles siendo otro el tratamiento indicado por la Autoridad Ambiental, por lo que cualquier sanción de carácter ambiental será responsabilidad del contratista Unión Temporal Landa.

Que la Subdirección Técnica Operativa y de la Oficina de Arborización Urbana del Jardín Botánico puso en conocimiento al garante del contrato -Seguros del Estado S.A.- de los incumplimientos e inconsistencias presentados en la ejecución del contrato No.703 de 2011, a través de comunicación STO 037 del 22 de marzo de 2012.

Que con base en los estudios y visitas técnicas realizadas directamente por el Jardín Botánico y la Secretaría Distrital de Ambiente, efectuó la tasación de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato No.703 de 2011, la cual arrojó la suma de CUARENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE, de acuerdo a la siguiente liquidación:

1. Costos asociados al incumplimiento de las actividades de destoconamiento y recolección de residuos

UNION TEMPORAL LANDA				
LOCALIDADES	ARBOLES SIN DESTOCONAR P1-P2	COSTO PARA REALIZAR LAS ACTIVIDADES DE DESTOCONADO	ARBOLES CON PRESENCIA DE RESIDUOS	COSTO RECOLECCIÓN DESECHOS
ANTONIO NARIÑO	1	\$ 77.272,00		
BARRION UNIDOS	2	\$ 154.544,00	1	\$ 110.591,00
CIUDAD BOLIVAR	7	\$ 540.904,00	3	\$331.773,00
ENGATIVA	71	\$5.486.312,00	2	\$221.182,00
PUENTE ARANDA	16	\$ 1.236.352,00	1	\$ 110.591,00
RAFAEL URIBE URIBE	18	\$ 1.390.896,00	52	\$ 5.750.732,00
SAN CRISTOBAL	31	\$ 2.395.432,00	11	\$ 1.216.501,00
SANTAFE	1	\$ 77.272,00		
SUBA	1	\$ 77.272,00		
TEUSAQUILLO	22	\$ 1.699.984,00	9	\$995.319,00
USAQUEN	100	\$ 7.727.200,00	17	\$ 1.880.047,00
USME	2	\$ 154.544,00		
TOTAL	272	\$21.017.984,00	96	\$10.616.736,00

Teniendo como base el análisis de precios unitarios del árbol tipo los cuales hacen parte integral de los estudios previos del contrato No.703 de 2011, se tomó lo referente a los valores unitario de transporte y disposición de los residuos, de igual forma para la labor de destoconado se tomó el valor cobrado por los contratistas en los análisis de precios unitarios para árboles especiales.

Lo anterior con el fin de estimar los costos en los que debe incurrir la entidad para subsanar y dar terminación a la obra ejecutada parcialmente por el contratista.

De acuerdo a la tabla anterior los costos en los que debe incurrir la entidad para cumplir con el objeto contratado ascienden a la suma de TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (\$ 31.634.720,00).

2. Calculo de los daños ocasionados al Sistema de Gestión del Arbolado Urbano SIGAU

Dado que se han establecido diversos errores en las actividades de cargue al Sistema de Gestión del Arbolado Urbano, el Jardín deberá efectuar la verificación del 100% de la información cargada por el contratista con los costos relacionados a continuación, de manera tal que se garantice la integralidad del Sistema:

UNION TEMPORAL LANDA			
DESCRIPCIÓN	VALOR UNITARIO	CANTIDAD PROYECTADA	VALOR TOTAL
VERIFICACIÓN EN EL SIGAU DE LA CORRESPONDENCIA DEL ARBOLADO EN EL SISTEMA CON EL REPORTADO COMO TALADO	\$ 6.829,00	1221	\$ 8.338.209,00
CORRECCIÓN ACTIVIDAD DE TALA EN EL APLICATIVO EN CASO DE NO HABER SIDO INCORPORADO EL ARBOL EJECUTADO	\$ 11.464,00	122	\$ 1.398.608,00
CORRECCIÓN PARA LA RECUPERACIÓN DEL HISTÓRICO Y EJECUTAR ACTIVIDADES DE TALA EN EL APLICATIVO	\$ 18.293,00	122	\$ 2.231.746,00
			\$ 11.968.563,00

En total la Entidad para cumplir con el objeto contratado debe asumir costos por un valor de CUARENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$43.603.283,00).

Que con el fin de garantizar el debido proceso consagrado en el artículo 29 de nuestra Constitución Política , y, en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y, como consecuencia de

los incumplimientos citados anteriormente, el Jardín Botánico citó a la UNIÓN TEMPORAL LANDA y a la Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO a la audiencia pública para debatir el presunto incumplimiento del contrato No.703 de 2011 a realizarse el lunes catorce (14) de mayo de 2012 a las 8:00 a.m. debiendo reprogramarse por solicitud de la UT Landa para el veinticuatro (24) de mayo de 2012, en las instalaciones del Jardín Botánico de Bogotá.

Que una vez realizada la citada audiencia, en la cual (i) se relataron nuevamente los presuntos incumplimientos del contratista de acuerdo con lo informado por la Subdirección Técnica Operativa y de la Oficina de Arborización Urbana, (ii) se dio la palabra a la Representante Legal de la UNIÓN TEMPORAL LANDA para que presentará sus descargos, controvirtiera las pruebas de la Entidad y presentará las pruebas que considerará pertinentes, y, (iii) se dio la palabra a Pedro Felipe Gutiérrez Sierra de la Aseguradora Seguros del Estado S.A para que se pronunciara, controvirtiera las pruebas de la Entidad y presentará las pruebas que considerará pertinentes.

Que una vez evaluados los argumentos presentados por la Representante Legal de la UNIÓN TEMPORAL LANDA y del Doctor Pedro Felipe Gutiérrez Sierra de la Aseguradora Seguros del Estado S.A. y analizados los documentos presentados en la mencionada audiencia, el Jardín Botánico procedió a tomar la decisión correspondiente con fundamento en lo dispuesto en el contrato No.703 de 2011 y en la normatividad aplicable vigente, en el sentido de (i) declarar incumplido parcialmente el contrato No.703 de 2011 por no cumplir el contratista UNIÓN TEMPORAL LANDA en su totalidad con las actividades 8), 10), y 12) y la obligación contractual 17) de la cláusula sexta del contrato, y, (ii) Declarar ocurrido el siniestro de cumplimiento amparado por la Aseguradora Seguros del Estado S.A. mediante su póliza de cumplimiento No.21.44-101094699”.

Contra dicho acto administrativo, la representante legal de la Unión Temporal Landa interpuso recurso de reposición sustentado en los siguientes puntos:

“1. FRENTE A LA ACTIVIDAD 8) realizar los cortes de acuerdo con las características técnicas de aprovechamiento forestal, el tocón debe dejarse con una profundidad mínima de 10 centímetros por debajo del nivel del cuello del árbol

ARGUMENTO QUE DESVIRTUA Respecto a la actividad 8, El JBBJCM no se pronunció oportunamente acerca de la corrección de los posibles errores encontrados durante la ejecución del contrato, y a pesar de que afirman que le fue informado a la interventoría acerca de estas correcciones en el mes de enero de 2012, A NOSOTROS NUNCA NOS FUE SUMINISTRADA DICHA INFORMACION, imposibilitando que se hiciera un requerimiento oportuno por parte de la misma. Como se dejó constancia en el informe entregado el 24 de mayo, se requirió al JBBJCM sobre información sobre los tocones encontrados durante la verificación del mismo con el fin de adelantar las correcciones necesarias, A LO QUE NO SE OBTUVO RESPUESTA además de las repetidas ocasiones en las que se hizo presencia en las instalaciones del JBBJCM con el fin de contactar a la subdirección técnica y obtener una respuesta directa, pero nunca se obtuvo lo pretendido.

Fue hasta que la compañía Seguros del Estado S.A. nos requiere por un presunto incumplimiento de contrato, que por NUESTRA PROPIA INICIATIVA nos acercamos nuevamente a la instalaciones del JBBJCM con el fin de obtener una respuesta directa con el fin de dar corrección a las anomalías y poder llevar a buen término la liquidación del contrato, que es entregado un material compuesto por una base de datos con 904 visitas realizadas, y sus respectivas fichas, de las cuales se encontraron 303 árboles con destocoñado incompleto. A partir de ese momento, la Unión Temporal inicia un proceso de verificación y correlación ALLEGANDO INICIALMENTE EL 24 DE MAYO un informe con correcciones de las cuales solo fueron válidas 65 de 105 pruebas presentadas.

Finalmente se realiza el pasado 1 de junio reunión con la interventoría del contrato, de la cual se levanta acta DE REVISIÓN DE ÁRBOLES REPORTADOS COMO NO DESTOCOÑADOS Y CON PRESENCIA DE RESIDUOS POR PARTE DEL JARDÍN BOTÁNICO, donde la interventoría, previa verificación, acepta el destocoñado de los árboles. Anexo copia del acta.

A LA FECHA LA UNIÓN TEMPORAL LANDA HA REALIZADO LA VERIFICACIÓN Y CORRECCIÓN DEL 100% DEL REPORTE ALLEGADO EL 23 DE ABRIL.

2. Frente a la actividad 10) disponer del material vegetal producto de la actividad con el procedimiento descrito en el presente estudio técnico:

ARGUMENTO QUE DESVIRTÚA. Al realizar la verificación de los 97 sitios descritos por el jardín botánico, se encontró con que estos residuos vegetales ya habían sido recogidos, o no se encontraban tales residuos. Se adjunta fotos del área limpia, POR LO CUAL ESTA ACTIVIDAD ESTÁ CUMPLIDA EN UN 100% COMO CONSTA TAMBIÉN EN EL ACTA SUSCRITA POR LA INTERVENTORÍA y señalada en el punto anterior.

3. Frente a la actividad 11) realizar captura y el ingreso de la información de la actividad al sistema de gestión del arbolado siguiendo la metodología y los lineamientos establecidos para tal fin.

ARGUMENTO QUE DESVIRTÚA. A pesar de sustentar un incumplimiento del 100% la entidad genera una tasación cercana a los 12 millones de pesos por una supuesta revisión, corrección que está sustentada en una carga superior a los 1031 árboles revisados por la entidad, pero no se tiene en cuenta que el contrato cerró con una ejecución de 1335 árboles, de los cuales 57 no serían cargados DADO QUE NO SE ENCONTRABAN FUERA DEL PERÍMETRO URBANO DEL DISTRITO, es decir se habla de 1258 árboles para cargar, árboles que fueron entregados en su totalidad en las oficinas del JBBJCM, pero que según el reporte de la OAU encargada del tema SIGAU, no pudieron ser cargados en su totalidad por "problemas en el sistema". Es importante destacar que, como los mismos funcionarios lo reconocen (adjunto impresión de correo electrónico al respecto) esta base de datos no tiene la integralidad pretendida por la entidad, dado que datos como la malla vial, nombre de las especies y otros datos importantes se encuentran desactualizados o erróneos, lo que pudimos comprobar y corregir en desarrollo del contrato. Además, se cumplieron los procedimientos descritos en la capacitación impartida en la OAU.

4. Frente a la actividad 12) registrar en el formato definido por la interventoría y el jardín botánico, los rendimientos medidos para cada actividad por árbol intervenido. Incumplimiento 100%

ARGUMENTO QUE DESVIRTÚA: como se le ha manifestado al JBB, de manera REÍTERADA, CLARA EXPRESA Y CATEGÓRICA NI LA INTERVENTORÍA NI EL JBB NOS SUMINISTRARON EL MENCIONADO FORMATO Ante la ausencia del mismo, la Unión temporal que represento DISEÑÓ SU PROPIO FORMATO, en aras de suplir la deficiencia del JBB. Por lo tanto es absolutamente imposible que se nos endilgue incumplimiento frente a una obligación que dependía del Jardín Botánico en conjunto con la interventoría, cual era suministrarnos el formato. Dicho supuesto incumplimiento (tasado por ustedes en un 100%) constituye una falsa motivación del acto administrativo

5. Frente a la obligación 17) entregar los siguientes productos, a) de tala: -relación de la atención efectuada por programación de tala y poda de árboles en el espacio urbano. - georeferencia de las actividades realizadas, de acuerdo con las especificaciones del Jardín Botánico. - medición de rendimiento de cada una de las actividades ejecutadas por árbol dentro del contrato de obra, de acuerdo con el formato establecido y aprobado por la interventoría y el jardín botánico, b) de los informes: - informe preliminar. - seis informes parciales de ejecución. - informe final.- informes extraordinarios.

ARGUMENTO QUE DESVIRTÚA: como se le ha manifestado al JBB, de manera REÍTERADA, CLARA, EXPRESA Y CATEGÓRICA la obligación 17 fue cumplida en un 100% por mi representada, DADO QUE ENTREGÓ LA TOTALIDAD DE INFORMES EXIGIDOS A LA INTERVENTORÍA. Así como al JBB se le entregó el informe final el día 8 de marzo del presente año mediante comunicado CE 032, así como el día 24 de mayo se les volvió a entregar copia del mismo, y cuya copia entrega nuevamente al JBB en el día de hoy como anexo al presente recurso. Dicho supuesto incumplimiento también constituye una falsa motivación del acto administrativo impugnado.

Es necesario destacar que "el jardín botánico ante las dificultades presentadas con el interventor" (cita del texto de la resolución 102 de 2012) ESTÁ AFECTANDO DE MANERA GRAVE A MI REPRESENTADA, DADO QUE ESTA PRESUMIENDO EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE LA UNIÓN TEMPORAL LANDA ACREDITÓ EN SU TOTALIDAD ANTE LA INTERVENTORÍA Los problemas que se han presentado en la ejecución del contrato de interventoría y que jamás nos han sido comunicados oficialmente, NO TIENE PORQUÉ AFECTAR

A MI REPRESENTADA, CONSTITUYEN UNA CARGA QUE NO ESTAMOS (sic) OBLIGADOS A SOPORTAR y que si genera consecuencias gravísimas para los integrantes de la U.T, POR LO QUE SE COMETERÍA UN ATOPELLO JURÍDICO AL DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO 703 DE 2011, sin determinar de manera clara, precisa y objetiva por parte del JBB el cumplimiento de las obligaciones a nuestro cargo.

6. Que el Jardín Botánico ante las dificultades presentadas con el interventor contratado (Unión Temporal Un Pulmón para ti), de manera directa instó a la (sic) Unión Temporal Landa para que cumpliera las actividades y obligaciones contractuales con las siguientes comunicaciones:
(...)

Como queda claro, las comunicaciones señaladas fueron contestadas oportunamente Y SOLUCIONANDO LOS REQUERIMIENTOS HECHOS POR EL JBB EN CADA UNA DE ELLAS, por lo que dichos oficios constituyen plena prueba de nuestra voluntad de cooperación, que aún hoy reiteramos.

Con extrañeza advertimos el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del JBB, desde el momento en que se notificó a Seguros del Estado del supuesto incumplimiento sin habernos requerido antes a nosotros, CONCULCANDO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA DEFENSA, AL BUEN NOMBRE Y AL DEBIDO PROCESO a mi representada

La Unión Temporal que represento siempre ha manifestado su voluntad de atender los requerimientos a que hubiese lugar como claramente se expuso en la audiencia del 24 de Mayo de 2012 y en donde la Jefe de la Oficina Jurídica dice textualmente y según consta en el Acta de la Audiencia que "Indica la Oficina Jurídica que en liquidación del Contrato pueden hacerse los acuerdos a que haya lugar con la finalidad de lograr la correcta ejecución contractual". Sin embargo en la continuación de la misma vimos con sorpresa que los argumentos expuestos por nosotros no fueron tenidos en cuenta, y cuando todo indicaba que se adelantaría un proceso de liquidación de mutuo acuerdo del contrato, en beneficio de las partes, revisando de manera conjunta el cumplimiento del mismo, la administración nos notifica de la resolución declarando el incumplimiento, CON ARGUMENTOS QUE SON REBATIDOS EN SU TOTALIDAD Y CON PLENA PRUEBA EN EL PRESENTE ESCRITO.

El JBB estaría actuando de manera temeraria en caso de que decida mantener en firme el acto administrativo recurrido, generando así responsabilidad administrativa, disciplinaria y fiscal.

Por lo anteriormente expuesto le solicito REVOCAR LA RESOLUCION 101 DEL 6 DE JUNIO DE 2012, y en su lugar designar una comisión por parte del JBB para que de manera conjunta con la UT que represento verifique los hechos aquí expuestos, y se proceda a adelantar la liquidación de mutuo acuerdo del Contrato 703 de 2011".

Mediante Resolución 110 del 15 de junio de 2012 la entidad demandada confirmó la Resolución 1010 del 6 de junio de 2012, en atención a lo siguiente:

"ASUNTO A DECIDIR

Que el contratista allega como prueba de su cumplimiento de la actividad 8), el acta suscrita con la interventoría el día primero (1) de junio de la presente anualidad, donde la interventoría afirma que da fe que todas las situaciones fueron subsanadas correctamente o que ratifican las aprobaciones otorgadas por encontrarse con dificultad técnica. A este respecto, debe precisarse que el Jardín Botánico no considera pertinente esta acta, como argumento para desvirtuar el incumplimiento, pues del Acta fechada el 1º de junio de 2012 a que se ha hecho referencia, no se demuestra por parte de quienes en ella intervienen, que se haya dado cumplimiento a las obligaciones contractuales de destoconado antes de finalizar el plazo contractual, esto es, el 12 de diciembre de 2011.

Por el contrario, los peritajes técnicos ejecutados en campo por la Secretaría Distrital de Ambiente y el Jardín Botánico José Celestino Mutis, durante los meses de diciembre a mayo y que constan en actas suscritas por las dos entidades, demuestran que dentro del plazo

contractual no se culminaron a cabalidad las actividades contractualmente establecidas. Esto es, que con posterioridad a la finalización del plazo contractual a que se ha hecho referencia, existían 272 individuos arbóreos sin destocoñar.

Que en relación con el cumplimiento de la actividad 10) el contratista afirma que a la fecha no existen residuos en los sitios señalados por la Entidad, según se desprende de la citada acta suscrita con la interventoría. Lo anterior, con la misma lógica planteada en el punto anterior no puede tenerse como prueba para demostrar que los residuos efectivamente hubiesen sido dispuestos adecuadamente dentro del término del contrato, circunstancia de hecho opuestas a la manifestada en las actas suscritas por la Secretaría Distrital de Ambiente y el Jardín Botánico.

Debe advertirse que al momento en que el Jardín Botánico practicó las pruebas de verificación en campo realizadas a partir del once (11) de diciembre de 2011 y hasta el diez (10) de mayo de 2012, se encontró en situación de incumplimiento 272 árboles sin destocoñar pertenecientes a Prioridad 1 y Prioridad 2, y 97 árboles con presencia de residuos. Sin embargo, dentro del desarrollo de la audiencia el contratista entregó evidencia para uno ellos, coincidiendo con el reporte técnico efectuado dentro del lapso de verificación en campo referido, quedando 96 aun en situación de incumplimiento.

Que el contratista para desvirtuar el incumplimiento de la actividad 11) advierte entre otras cosas las fallas del sistema de información SIGAU. No obstante la Entidad observa que existen inconsistencias en la información suministrada por el propio contratista así: en primer lugar la verificación de campo determinó la ejecución de 1031 individuos, el contratista reporta en sus planillas de ejecución 1333 individuos según Rad. JBB 925 del ocho (8) de marzo de 2012, cuando en el recurso de reposición señala la entrega de la totalidad de la información, esto es, 1258 árboles para cargar.

De tal manera que al verificar por parte del Jardín Botánico en el sistema de información y conforme a lo reportado en el informe escrito por el ingeniero administrador del sistema, fechado del día 03 de marzo, figuran 1221 capturas aceptadas y avaladas por el administrador del SIGAU. Así las cosas no cabe la menor duda que se incurrió por parte del contratista en una afectación de las bases de datos geográfica y alfanumérica del SIGAU, perjudicando la calidad de la información contenida en el sistema, lo que conlleva a la necesidad de efectuar la verificación del 100% de la información cargada por el contratista, de manera tal que se garantice la integridad de datos del Sistema.

Que el contratista para desvirtuar el incumplimiento de la actividad 12) insiste en que no recibió por parte del interventor ni del Jardín Botánico, los formatos para el registro de rendimientos. Manifiesta asimismo en la audiencia que ante la ausencia de dichos formatos, diseñó los propios.

Esta argumentación no puede tampoco ser de recibo para la administración, por cuanto dentro de la ejecución del contrato, no realizó la entrega de los rendimientos medidos para cada actividad por árbol intervenido, como son tiempos de trepa, desrame, descope, destocoñado, etc. Esta información debió entregarse mensualmente y desde el inicio de la ejecución del contrato, de igual manera la Entidad no evidencia comunicación alguna en donde el contratista pusiera de presente la falta de dicho formato, sino solo con ocasión al decreto del incumplimiento.

Que el contratista en relación con el incumplimiento de la obligación 17) advierte que se debe exonerar del mismo, toda vez que efectivamente sí ha cumplido en diferentes ocasiones incluso dentro de la audiencia de incumplimiento, al respecto el Jardín pone de presente que en los estudios previos del contrato objeto del presente incumplimiento señaló: " b) Informes de ejecución: Estos informes deben ser presentados cada mes a partir de la iniciación del contrato y como requisito para el trámite del pago, el cual debe contener como mínimo la siguiente información:

- Relación de gastos soportando el manejo del anticipo, extractos Bancarios, comprobantes de egreso y copias de las Facturas.
- Soportes de pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, Sistema de Riesgos Profesionales, y Parafiscales de todo el personal vinculado al proyecto, correspondientes al periodo del Informe.
- Soportes de aplicación de las normas vigentes en materia de Seguridad Industrial y salud Ocupacional correspondientes al periodo del informe.

- *Implementación del Plan de Seguridad y Salud Ocupacional (debe incluir anexo fotográfico) Actas de las capacitaciones mensuales a empleados. Actas del Plan de Información Ciudadana.*
- *Cantidad de obra ejecutada según formato entregado por Interventoría.*
- *Consolidado de árboles georreferenciados de acuerdo con las especificaciones técnica; del numeral 4.1.7 del presente Pliego de condiciones.*
- *Soportes del destino final de los residuos.*
- *Resoluciones y fichas de tala, aprovechamiento, poda o traslado del arbolado urbano, autorizados por la Secretaría Distrital de Ambiente.*
- *Registro fotográfico detallado, comentado y fechado correspondiente a las obras ejecutadas y del trabajo comunitario.*
- *Registro de la atención al ciudadano a través de llamadas telefónicas, oficios, correos electrónicos y puntos de atención personalizada, de acuerdo a lo establecido en el presente pliego de condiciones.*
- *El informe de ejecución y sus anexos debe ser presentado en medio impreso y en medio magnético.*

c) Informe final

Se elaborará un (1) informe final que debe ser presentado al momento de culminar las labores, donde se registre de manera resumida la ejecución de actividades, el cual debe contener:

- *Acta final de ejecución de obra según formato entregado por Interventoría y cuadro de cantidades de obra ejecutadas.*
- *Consolidado de los soportes de pago de los aportes al sistema de seguridad social integral, sistema de riesgos profesionales y parafiscales de todo el personal vinculado al proyecto, durante la ejecución del mismo.*
- *Plan de seguridad y Salud Ocupacional implementado (debe incluir anexo fotográfico) Información ciudadana que incluya las actas firmadas por la comunidad. Información de las jornadas de capacitación a empleados.*
- *Registro fotográfico digital detallado, comentado y fechado correspondiente a las obras ejecutadas y del trabajo comunitario.*
- *Soporte del destino final de los residuos expedido por las Escombreras autorizadas por la Secretaría Distrital de Ambiente.*
- *Resoluciones y fichas de tala, aprovechamiento, poda o traslado del arbolado urbano, autorizados por la Secretaría Distrital de Ambiente.*
- *Registro de la atención al ciudadano a través de llamadas telefónicas, oficios, correos electrónicos y puntos de atención personalizada.*
- *Georreferenciación final del contrato, de acuerdo con las especificaciones del Jardín Botánico (numeral 4.1.7)*
- *El informe final y sus anexos debe ser presentado en medio impreso y medio magnético.*

De tal manera que es evidente que el contratista al momento de la terminación de la ejecución del contrato no cumplió con la mencionada obligación.

Que una vez analizado el acervo probatorio allegado dentro de la sustentación del recurso de reposición, se concluye que dichas pruebas no desvirtúan de manera alguna la decisión adoptada dentro de la Resolución objeto de la presente impugnación.

Que al respecto es menester reiterar que el análisis de la situación de incumplimiento corresponde al lapso de ejecución contractual, donde el contratista debió haber cumplido sus obligaciones antes de la expiración de dicho término, toda vez que es allí donde las partes se obligaron a ejecutar la obra y no después”.

Entonces, el primer estudio que se realizará será lo concerniente a los argumentos planteados por el apoderado de la parte actora de que la entidad contratante declaró el incumplimiento del contrato por fuera del término legal, por cuanto lo hizo una vez se había vencido el plazo de ejecución, lo que a su juicio, es ilegal.

Como se señaló anteriormente, una de las prerrogativas con las que cuenta la administración en el ejercicio de la actividad contractual es la de declarar por medio de un acto administrativo debidamente motivado, la ocurrencia del siniestro o riesgo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, entre otros el de calidad de la obra y el de cumplimiento, los cuales deben encontrarse asegurados por las garantías del contrato; acto administrativo ejecutable ante la jurisdicción y sin que aquella sea una potestad de carácter sancionatorio.

Al respecto es pertinente advertir que existe una diferencia sustancial entre cada una de las facultades que tiene la entidad contratante frente a la actividad desarrollada del contratista en la ejecución del contrato, y de la misma manera en cuanto al tiempo permitido por la ley para su imposición (límites temporales).

Existen unas que además son consideradas por la ley y la jurisprudencia como sanciones y otras no.

Tal es el caso, por ejemplo, cuando a juicio de la administración ha operado el fenómeno de la caducidad, o cuando lo pretendido es interponer una multa (función conminatoria), en estos eventos dicho poder exorbitante únicamente puede ser utilizado durante el plazo de ejecución del contrato, empero cuando se trata de hacer efectiva la cláusula penal (función sancionatoria), la administración podrá declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la mencionada cláusula aun cuando el plazo de ejecución del contrato haya finiquitado; el efecto punitivo de esta potestad puede extenderse más allá de su terminación, vale decir, hasta la etapa de liquidación del contrato.

A su vez, cuando la actuación de la administración ha sido declarar el incumplimiento del contrato y la ocurrencia del siniestro de incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la póliza, dicha prerrogativa de la administración no tiene una naturaleza sancionatoria, lo que permite su ejercicio después de terminado el plazo previsto para la ejecución del contrato e incluso dentro del acto liquidatorio mismo.

La naturaleza de dicha facultad ha sido reiterada por el H. Consejo de estado, vr, gr, sentencia del 23 de febrero del 2012, proferida dentro del expediente 05001-23-26-000-1994-00558-01, en la que expuso:

*"(...) para la Corporación ha sido claro que frente a los contratos estatales, la administración goza de la facultad de **declarar el siniestro de una póliza mediante un acto administrativo unilateral, potestad que no es sancionatoria** ni se reduce a algunos tipos de amparos de la póliza o garantía, y que no tienen los particulares en el desarrollo de su actividad contractual, pues sitúa a la entidad en una posición de privilegio, dado que le basta la expedición del acto debidamente motivado, el cual goza de la presunción de legalidad para iniciar la ejecución". (Negrilla del juzgado).*

Por lo anterior, el plazo o término contractual con que cuenta el ente público contratante para declarar el incumplimiento del contrato estatal por el contratista, es el

establecido para la liquidación del contrato, que es la misma oportunidad con que cuenta el contratista para dejar las constancias o salvedades en relación con las inconformidades que tenga respecto de su contenido.

Practicada la liquidación del contrato o vencido el plazo para hacerlo por mutuo acuerdo o unilateralmente por la administración, ésta queda despojada de sus potestades y cualquier incumplimiento que se le impute al contratista debe ser constatado vía judicial, esto es, por un juez.

El H. Consejo de Estado refiriéndose a la competencia temporal de la administración con respecto al ejercicio de sus facultades y poderes exorbitantes ha señalado:

“Si bien esta Corporación ha sido enfática en señalar que la exorbitancia que puede ejercer la administración en el desarrollo de sus contratos presenta límites temporales y que, en tal virtud, no puede interpretarlo, modificarlo o terminarlo unilateralmente o caducarlo después del vencimiento del mismo, so pena de que el acto quede viciado de nulidad, dicho criterio está circunscrito para cuando se ejercen poderes exorbitantes en virtud de las cláusulas excepcionales que por ley se insertan en los contratos de acuerdo con su categoría¹, pero no así para cuando se requiere hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y las garantías que amparen el contrato. Así lo manifestó mediante sentencia de 9 de abril de 1992, en vigencia del Decreto - ley 222 de 1983:

“Excepcionalmente la administración podrá declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato (cosa que pudo hacer durante la vigencia de éste, bien para imponerle multa al contratista o para caducarlo) luego de su vencimiento, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta sala en forma reiterada...”² (Se subraya).

Y, en oportunidad más cercana, en sentencia de 17 de noviembre de 2008, afirmó:

“En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato, desaparece la facultad exorbitante de la Administración para declarar su caducidad y, en tal virtud, en caso de que se descubra o detecte el incumplimiento de alguna obligación con posterioridad a esa etapa, lo procedente, actualmente, como se establece en la reforma que introdujo al 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 penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercer la acción contractual por el incumplimiento. Esta solución tiene precedentes en nuestra legislación, pues en vigencia del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 72 y 73), si el plazo se vencía y se advertía el incumplimiento del contrato, la Administración, mediante acto administrativo motivado, podía declararlo y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, facultad que excluía, entonces, la posibilidad de decretar la caducidad.(...) [L]uego de terminado el plazo de ejecución, la Administración, como se dijo, podrá declarar el incumplimiento del contrato (según se establecía expresamente en el artículo 72 del Decreto ley 222 de 1983 y actualmente en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007), para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento y la cláusula penal si trata de obtener anticipada y previamente a la instancia judicial el resarcimiento de los perjuicios que la infracción del contrato le generó, pero ya le habrá fenecido la facultad excepcional de imponer la sanción de caducidad al contratista...”³

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 29 de enero de 1988, exp. 2.616 y 3.615, 6 de mayo de 1992, exp. 6.661, 15 de febrero de 1991, exp. 5.973, 25 de septiembre de 1993, Exp. 6.437; 2 de abril de 1992, exp. 1.875; y 15 de febrero de 1991, exp. 5.973, 6 de junio de 1996, exp. 2.240 18 de julio de 1997, exp. 10.10, de 6 de junio de 1996, exp. 10833, 13 de septiembre de 1999, exp. 10264, 18 de marzo de 2004, exp. 15.936, 13 de septiembre de 1999, exp. 10264 y de 15 de marzo de 2001, exp. 13352, entre muchas otras. Y recientemente sentencia de 20 de noviembre de 2008, exp. 17031.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de abril de 1992, exp. 6491, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, exp. 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En consecuencia, nótese que la evaluación del cumplimiento del contrato durante el plazo de ejecución para efectos del ejercicio de los poderes exorbitantes con que cuenta la administración con fundamento en la cláusulas excepcionales, es diferente a la evaluación que se realiza para la declaratoria del siniestro del incumplimiento del contrato tendiente a hacer exigible y efectiva la garantía ante la realización de los riesgos amparados por la misma⁴.

Así las cosas y como quiera que la fecha final de ejecución del contrato fue el 12 de diciembre de 2011, quiere decir que la entidad contaba con el término dentro del cual debe realizar la liquidación del contrato para decretar su incumplimiento.

Según lo pactado entre las partes en la cláusula novena del contrato, el término era de 4 meses para la liquidación bilateral, empero de no efectuarse, dicho término se amplía por 2 meses más, por cuanto en dicho lapso se puede efectuar la liquidación de manera unilateral según lo preceptuado en el artículo 11⁵ de la Ley 1150 de 2007, es decir que el término final vencía el 12 de junio de 2012.

Quiere decir que el acto administrativo que decretó el incumplimiento del contrato 703 de 2011 y la ocurrencia del siniestro con el fin de hacer efectiva la póliza expedida por seguros de estado, el cual fue proferido por la entidad contratante el 6 de junio de 2012, no está viciado de ilegalidad en lo que este aspecto atañe, habida cuenta que se ejerció la facultad dentro del término establecido en la ley para ello.

Lo anterior muestra que no altera la facultad de la entidad de declarar el incumplimiento del contrato, las actividades realizadas por la Unión Temporal Landa en el año 2012, ni que las mismas hayan sido mínimas, como lo alega el apoderado de la parte actora, pues, se repite, el Jardín Botánico de Bogotá actuó dentro del espacio temporal legal.

En consecuencia, dicho cargo de nulidad que se imputa al acto administrativo demandado por el aspecto antes señalado, no tiene vocación de prosperidad.

⁴ Consejo de Estado, sentencia del 23 de febrero de 2012, expediente 05001-23-26-000-1994-00558-01(20810), M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵ Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.

De otra parte, discrepa el apoderado de la parte actora el hecho de que el Jardín Botánico de Bogotá haya realizado una verificación en campo sobre el estado de ejecución de las actividades y obligaciones del contrato de obra N° 703 de 2011, a través de un grupo de funcionarios de esa entidad y de la Secretaría Distrital de Ambiente, sin ninguna facultad legal y contractual, quienes realizaron visitas durante el periodo comprendido entre el 11 de diciembre de 2011 y el 10 de mayo de 2012, y sin que ello fuera notificado al contratista y además excluido el interventor Unión Temporal Un pulmón para ti.

Sobre ese punto no queda en duda que el Jardín Botánico de Bogotá pudo disponer de personal suyo y de la Secretaría Distrital de Ambiente para efectuar una revisión de los términos en que quedó ejecutado el contrato 703 de 2011, de ello da cuenta, entre otras pruebas, los diferentes testimonios recaudados a lo largo de este proceso contencioso, entre los cuales tenemos:

Testimonio de la señorita Sandra Milena Sánchez Lamprea - Ingeniera Forestal –contratista del JBB-, recepcionado el día 7 de julio de 2016 (fls. 449), quien manifestó:

"Pregunta al apoderado de la parte actora: Específicamente la función suya dentro del contrato cierto... le consta sobre la ejecución del contrato que función precisa realizaba usted. **Contestó:** Yo realizaba como ya le dije todo el apoyo técnico a la supervisión. La supervisión estaba a cargo de la subdirectora, la persona que estuviera de subdirector técnico operativo, el jefe de oficina de arborización y este caso mi cargo éramos las personas encargadas de prestar toda la asistencia técnica a la supervisión de ese contrato, el apoyo técnico para q se diera la supervisión del contrato. **Preguntado:** Ya que usted informa concrete precisamente la terminación del contrato 703 que tiene que decir con respecto a lo que el señor apoderado de la demandada manifiesta en la contestación de la demanda "no presenta la demanda evidencias que desvirtúen en el hecho de los 96 árboles a los que no se les realizó la recolección disposición de residuos tal como se evidenció en la verificación en campo adelantada por un grupo de ingenieros forestales de la entidad y de la Secretaría Distrital de ambiente quienes realizaron visitas en terreno a cada uno de los arboles relacionados en la ejecución, lo anterior del periodo comprendido entre el 11 de diciembre del 2011 y el 10 de mayo del 2012" en este sentido la pregunta. A usted le consta que la demandado haya contratado unos ingenieros externos o extraños a la ejecución del contrato para adelantar la verificación del cumplimiento del contrato dentro del tiempo comprendido entre el 11 de diciembre del 2011 y el 10 de mayo del 2012. **Contestó:** Los ingenieros que hicieron las visitas de campo eran ingenieros forestales vinculados a las dos entidades, a la Secretaría Distrital de Ambiente y al Jardín Botánico de Bogotá. Quiero aclarar que los ingenieros de la Secretaría Distrital de Ambiente estaban allí porque para la ejecución de estos contratos la Secretaría de Ambiente puso un monto importante para la ejecución entonces pues precisamente ellos estaban involucrados. **Preguntado:** Dentro del tiempo comprendido del 11 de diciembre del 2011 y el 10 de mayo del 2012 le consta que se desarrolló ese trabajo. **Contestó:** Que se desarrolló ese trabajo de campo sí, ese trabajo de campo se desarrolló entre las fechas que usted está indicando, el trabajo de verificación, porque el Jardín Botánico como dije la fecha de finalización del contratista era el 12 de diciembre del 2011 se iniciaron las labores en diciembre pues precisamente un día antes de la finalización del contrato, obviamente no podíamos iniciar antes porque está en ejecución el contrato. **Preguntado:** A dichos ingenieros les consta sobre los aspectos técnicos de ejecución del contrato ósea me explico me dice usted que comienzan el trabajo el 11 de diciembre del 2011 a ellos les consta sobre todo el desarrollo anterior del contrato, tienen conocimiento del mismo contrato de los asuntos previos para verificar la ejecución de un contrato. (...) **Contestó:** Respecto a la pregunta, un equipo de ingenieros si tenía conocimiento desde el inicio del contrato pero finalmente lo que todos los ingenieros por eso fuimos muy en que todo o fue muy las personas que estaban haciendo la supervisión del contrato que todos fueran ingenieros forestales porque la verificación que se estaba haciendo era una verificación técnica había destacoñado o no había destacoñado, había recolección de residuos o no había recolección de residuos y todos los ingenieros que estuvieron involucrados son ingenieros que tiene experiencia en manejo de arbolado urbano específicamente en Bogotá entonces pues tenía toda la capacidad de emitir un concepto respecto al cumplimiento o no, y ellos si tenían obviamente antes de hacer la verificación si tenían la información de las especificaciones técnicas de lo que se iba a verificar entonces específicamente era los tocones estuvieran 10 cm por debajo del suelo, las especificaciones técnica que están dentro del contrato que no se encontraran residuos y si el árbol estaba intervenido o no. **Preguntado:** (...) Mi pregunta va referida a si ellos participaron a tuvieron conocimiento directo en la ejecución del contrato para después verificarlo o no ¿si me haga entender? **Contestó:** Si señor, como le indico un grupo de ingenieros si tenían conocimiento

porque obviamente el apoyo técnico por el volumen de información no solo lo hacía yo, sino lo hacían otras personas, entonces esas personas también involucradas tenían el conocimiento durante toda la ejecución de los contratos pero no la totalidad de los ingenieros porque como este fue un trabajo que se hizo, digamos, las entidades en el inicio no tenían presupuestado que tuviera que hacer ese trabajo porque había una firma interventora que tenía que solventar esa actividad pues entonces lo que se hizo fue un grupo de ingenieros que si estábamos involucrados desde el inicio del contrato que tuvimos que apoyarnos en el resto de ingenieros que estaban trabajando con las dos entidades. **Preguntado:** infórmele al despacho que grupo... quienes intervinieron como apoyo técnico. Tal como reza en el contrato. **Contestó:** Estamos hablando de 27 ingenieros creo, no estoy segura de la cifra, pues en realidad no le puedo enlistar exactamente los nombres de las todas las personas que estuvieron involucradas en las visitas. **Preguntado:** Bueno lo que queda claro es que un grupo de ingenieros si tuvo conocimiento como usted dice y otro grupo no tuvo conocimiento previo. **Contestó:** Tuvo conocimiento de toda la ejecución del contrato un grupo de ingenieros pero todos los ingenieros tuvieron conocimiento de las especificaciones técnicas que se iban a verificar que era lo clave, que era lo que yo iba a verificar en campo y que era lo que encontraba en campo y ese es el informe técnico que cada uno rindió".

-Testimonio de la señorita Shirley Carolina Castañeda Moreno - Ingeniera Forestal – contratista del JBB- recepcionado el día 30 de julio de 2015 (fl.416), quien manifestó:

"Pregunta apoderado parte demandada. Qué le consta de los hechos de la verificación en campo en relación con los tratamiento silvicultura les que le correspondiera ejecutar a LANDA. **Contestó:** De acuerdo a la verificación que yo hice nos dieron uno conceptos para evaluar pero yo si encontré árboles que habían sido talados y otros número de árboles que no habían sido talados pero en campo pues si no evidencie inconsistencias frente a la situación de LANDA. **Preguntado:** Ingeniera, si recuerda nos puede dar los números exactos o determinar el número de conceptos, número de árboles y si efectivamente hubo una inconsistencia o no **Contestó:** Ok, a mí me correspondió realizar 44 conceptos técnicos de los cuales estaban implícitos 232 árboles, de esos 232 árboles yo encontré que habían sido talados 220 y no talados 12 árboles a la fecha que hice la revisión. **Preguntado:** Señora ingeniera nos puede aclarar la zona en que hizo la verificación en campo. **Contestó:** Si señor a mí me correspondió la Localidad de Fontibón. **Pregunta el apoderado de la parte actora.** Infórmele al despacho que tiempo lleva usted vinculada con el JARDIN BOTANICO. **Contestó:** Si señor, yo llevo vinculado con el JARDIN BOTANICO desde diciembre del 2008. **Preguntado:** Infórmele al despacho si a usted le consta directamente o lo que le conste directamente sobre la ejecución del contrato del cual está en el presente proceso por incumplimiento **Contestó:** No señor respecto a LANDA a mí no me consta, yo hice una revisión en campo y pues los datos que le di anteriormente fue los que obtuve en campo no me consta nada respecto a la ejecución de LANDA alguna inconsistencia. **Preguntado:** Infórmele al despacho cuanto hace que hizo esa revisión o en qué tiempo. **Contestó:** La revisión la hice en 2011, diciembre del 2011. **Preguntado:** En el expediente obra certificación emitida por el representante legal de UN PULMON PARA TI interventora del contrato, firmada por el señor Lenin Humberto Bustos representate legal, en ella manifiesta que UNION TEMPORAL LANDA dio cumplimiento a todas sus obligaciones, que tiene que decir al respecto. **Contestó:** No señor no sé nada acerca a lo que usted me esta preguntado, pues la intervención que yo tuve fue técnica y pues no tengo alcance a ese tipo de documentos no sé nada al respecto. **Preguntado:** Con respecto a la intervención técnica, antes de la intervención técnica a usted le consta el estado del piso, suelo o el cuello del árbol la profundidad las condiciones que tenían antes de iniciar la supervisión. ¿Me hago entender? **Contestó:** No le entiendo. **Preguntado:** Usted realizó una supervisión después de que se ejecutó el contrato, la pregunta es usted sabe en qué estado entrego el contratista ese trabajo. **Contestó:** No, no señor no me consta en qué estado LANDA debería entregar lo que usted llama suelo no, no me consta. (...) **Preguntado:** Sobre, en qué consistió el informe que usted presento que hace relación aquí en su testimonio. **Contestó:** Me fue designada una zona que ya dije fue Fontibón y la revisión en campo simplemente era mirar si los árboles se habían talado o no se había talado y mirar si se les había hecho un destocoñado de acuerdo a lo que yo había mirado los arboles si estaban debidamente destocoñados eso fue lo que yo hice y entregar un informe con base en eso básicamente arboles estaban talados. **Preguntado:** Es decir a usted no le consta como se encontraba el cuello del árbol o qué nivel del suelo existía cuando se entregó la obra. **Contestó:** No señor simplemente era informar yo no conocía con anterioridad como era que había entregado el contratista simplemente era mirar si el árbol estaba talado o no si y si había tocón o no simplemente eso fue lo que yo informe en eso consistió mi trabajo en campo. **Preguntado:** Quien le solicito ese informe que persona del JARDIN BOTANICO. **Contestó:** el informe fue solicitado por el supervisor de mi contrato en ese momento. **Preguntado:** Como se llama. **Contestó:** El ingeniero Moisés era mi supervisor en ese momento. **Juez:** De que fecha a que fecha usted realizó la revisión que dice fue el objeto del informe de que fecha a que fecha se realizó esa revisión suya directa de las especies vegetales. **Contestó:** Si señor esa información la tome más o menos entre 13 de diciembre al 20 de diciembre del año 2011".

Testimonio del señor Humberto Rodríguez Arévalo recepcionado en audiencia del 21 de abril de 2015 (fl. 414 vto):

"Pregunta apoderado de la parte demandada: Humberto atendiendo su calidad de ingeniero infórmenos a groso modo que encontró en la verificación en campo en relación con la ejecución del contrato celebrado con Landa. **Contestó:** A mí correspondió la localidad de barrios unidos la verificación constaba vía campo y determinar si el árbol estaba talado, determinar si estaba destocoñado es decir que se le haya quitado toda la parte del tronco y también determinar si existían los residuos del individuo, en algunos casos yo encontré que algunos árboles no estaban destocoñados y en otras ocasiones que habían residuos vegetales del árbol, verificar la situación de cada árbol en el listado que nos dieron a cada ingeniero de cada localidad. **Preguntado:** ¿Usted la hizo en todos barrios unidos? **Contestó:** Si señor yo hice Barrio Unidos y pues se repartieron varios ingenieros para todas las localidades. **Preguntado:** Entre que fechas y que fechas aproximadamente fue eso. **Contestó:** En Abril del 2012 o 2013 más o menos fue eso, duramos más o menos un mes haciendo esas verificaciones todos los ingenieros. **Preguntado:** Como resultado de eso usted que allego a la entidad. **Contestó:** Nosotros nos diseñaron una tabla donde anotábamos lo que encontrábamos si estaba el árbol bien talado, si estaba destocoñado, si habían residuos vegetales entonces nosotros completamos esa tabla con los conceptos que nos dieron y adjuntamos registro fotográfico también en un formato especial que nos dieron como evidencia de lo que habíamos encontrado nosotros en el punto básicamente esa era la información, el inventario del recorrido y los registros fotográficos para corroborar lo que había en el inventario, básicamente eso era lo que teníamos que hacer nosotros. **Preguntado:** Cuál fue el resultado específico que ustedes sacaron. **Contestó:** Exactamente pues yo le pase el informe a mis jefes, pero yo encontré en algunos sitios residuos vegetales y árboles que no habían perfilado bien el tocón básicamente fue la información que yo obtuve en campo. **Preguntado:** ¿había otros que si? **Contestó:** No, pues digamos que la idea era verificar si estaba bien pues nosotros corroboramos que estaba perfecto y los residuos o tocones era revisando todo, pero otro que si habían hecho la labor como era. **Apoderado de la parte demandante:** **Preguntado:** Doctor pues en el expediente obra certificación autenticada suscrita por el representante legal de unión temporal que fue el interventor del contrato que usted manifiesta que realizo la diligencia posteriormente, en el que dice que la interventoría unión temporal generó el acto de cumplimiento al contratista de acuerdo al contrato y estudios previos de el mismo. De acuerdo a lo anterior como interventoría del contrato unión temporal certificó que la unión temporal Landa cumplió los parámetros establecidos en los estudios y documentos previos y minuta que hicieron parte del contrato en obra 703 del 2011 por lo cual no se hayan documentos los cuales consta las presuntas irregularidades porque no existieron. (...) **Contestó:** Con el contratista y con la interventoría nosotros no teníamos ninguna relación, a nosotros nos pasaron unos conceptos técnicos nuestro supervisor y nos dijo: Por favor diríjase hasta esta localidad y verifique eso le doy un inventario y le doy unas pautas verifique. Pues digamos que el contrato yo no sabía, no sabíamos absolutamente nada, nos mandaron a hacer un recorrido y que hicieron el registro y con fotos lo que encontráramos básicamente eso fue lo que hicimos. **Preguntado:** ¿Quién los mando? **Contestó:** La supervisor de nuestro contrato **Preguntado:** ¿Cómo se llama? **Contestó:** En ese momento mi supervisora era Claudia Marcela Serrano Carranza pues digamos que en la oficina hay varias profesiones pero los más idóneos para realizar la labor éramos los ingenieros forestales, tiene que ver mucho con la carrera de hacer una evaluación y diagnóstico y mandaron a todos los ingenieros forestales de la oficina a hacer esos trabajos. **Preguntado:** ¿Cuánto lleva vinculado usted con él? **Contestó:** 12 años con el jardín botánico".

Sin embargo, el Despacho no encuentra ningún motivo para reprochar la conducta asumida por el Jardín Botánico de Bogotá, pues la supervisión de los contratos estatales es permitida por la ley, además de ser una prueba técnica con la que, según asegura la entidad contratante, pretendía soportar su decisión de la declaratoria parcial de incumplimiento del contrato por parte de la Unión Temporal Landa.

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", estableció una serie de elementos con el fin de combatir la corrupción en la contratación pública, entre ellas la interventoría y la supervisión de los contratos estatales, como figuras independientes y autónomas.

El artículo 83 y 84 ibídem, prescribe:

Artículo 83. Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar

permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.

Parágrafo 1°. En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.

Parágrafo 2°. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Artículo 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente". (Negrilla y subraya del Juzgado)

Así las cosas el hecho que el Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis haya facultado a personal de su propia entidad así como contratado personal de la Secretaría Distrital de Ambiente para la supervisión técnica de la ejecución del contrato de obra N° 703 de 2011, no es motivo de recriminación, pues los supervisores están facultados para realizar el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato y presentar informes cuando, a su juicio, se presente el incumplimiento del mismo.

De hecho, una entidad pública no puede declarar el cumplimiento del contrato únicamente si la interventoría del contrato así lo dice. De igual manera tampoco puede declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la póliza de cumplimiento soportada únicamente en el informe presentado por la interventoría, pues la entidad debe llevar a

cabo un trámite previo en donde la persona afectada pueda manifestar su posición frente a las imputaciones de la entidad, presentar las pruebas que pretenda hacer valer y tener la oportunidad para controvertir las que posee la entidad.

En el caso que nos atañe, tanto el contratista de obra como el interventor, estaban al tanto de la supervisión que del contrato ejercía el Jardín Botánico de Bogotá, debido a los múltiples informes presentados a la señora Claudia Alexandra Pinzón Osorio –supervisora del contrato en calidad de subdirectora técnica de arbolado-. Uno de tantos es el presentado por el señor Lenin Bustos –representante legal de la UT interventora-, quien en escrito del 1º de septiembre de 2011, manifestó que *"la interventoría siempre ha estado presta a dar respuesta y solución a todas las recomendaciones, exigencias y requerimientos de la supervisión, cumplimiento los parámetros contractuales que lo exigen, además de dar cumplimiento a cabal al manual de interventoría y supervisión"* (fl. 116 – carpeta 2), por lo que no puede en este momento parecerle extraño al contratista y contrario al debido proceso, el hecho de que el Jardín Botánico de Bogotá haya ejercido la supervisión del contrato una vez vencido el plazo de ejecución.

Pese a ello, del análisis del acto administrativo que declaró el incumplimiento parcial del contrato 703 de 2011, surge evidente que el Director de Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis no fundamentó su decisión en el estudio que respecto al menciona la ejecución del contrato hicieran funcionarios de su entidad y de la Secretaría Distrital de Ambiente, sino en el registro fotográfico que el propio contratante entregó al Jardín Botánico a través del cual pretendió contrariamente demostrar el cumplimiento del contrato.

Se pudo constatar de la Resolución 101 del 6 de junio de 2012, que en la mayoría de oportunidades, la propia entidad contratante señala que *"De acuerdo al registro fotográfico entregado por el contratista el árbol se encuentra destocoñado a la fecha"* (fls. 89-118). En otras ocasiones señala: *"Tal como se evidencia en el registro fotográfico presentado por el contratista, durante la ejecución de la actividad de tala, el individuo no fue destocoñado"*. (fl. 127-131, 134-143).

Respecto a otras fotografías, el Director del Jardín Botánico de Bogotá indica que *"El registro fotográfico presentado por el contratista no permite determinar si el individuo fue destocoñado"*. De igual manera en varias manifiesta que: *"El árbol no se encuentra destocoñado de acuerdo al registro fotográfico entregado por el contratista"*.

A su vez, llama la atención el hecho de que el director del Jardín Botánico de Bogotá cuando va a hacer referencia a algunos registro fotográficos por el contrario aduce que: *"Una vez realizada la verificación se pudo establecer que el individuo arbóreo ha sido talado y destocoñado, en el lugar no hay presencia de desechos"*. (fl. 146 c1) y en otras ocasiones manifiesta que *"Según la visita realizada por el Jardín Botánico en el lugar se encontró parte del tocón, el contratista relaciona registro fotográfico del lugar donde se observa la zona de intervención cubierta por pasto, es necesario realizar visita de verificación para determinar el estado actual"* (fl. 83 c. 1), *"Tal como se evidencia en el registro fotográfico presentado por el contratista, durante la*

ejecución de la actividad de tala el individuo no fue destocoñado; sin embargo este puede estar cubierto por plantas de jardinería aledañas tal como se ve en la fotografía presentada por contratista" (fl. 132).

Lo mismo sucede en cuanto al supuesto incumplimiento de la actividad N° 10 contenida en la cláusula tercera del contrato 703 de 2011, que hace referencia a la recolección de los residuos.

A folio 144 del expediente se observa una fotografía cuyo comentario expresa: *"Tal como se evidencia en el registro fotográfico presentado por el contratista, durante la ejecución de la actividad de tala el individuo no fue destocoñado y hay residuos productos de la ejecución (sic)".*

En la fotografía que obra a folio 87 del c.1 se señala que *"el contratista argumenta que la actividad no se realizó debido a que el tocón se encuentra anclado al concreto (...)"* y seguidamente expresa *"Durante la visita efectuada por el Jardín Botánico se estableció que el árbol no se destocoñó y presencia de residuos"*; sin embargo no es claro para el Despacho como se soporta esa afirmación pues en el registro fotográfico enunciado, se observa lo contrario.

De los restantes registro fotográficos, esto es los que obran en los folios 146 a 167 del expediente, se enuncia que: *"una vez realizada la verificación se pudo establecer que el individuo arbóreo ha sido talado y destocoñado, en el lugar no hay presencia desechos".*

La anterior situación fue advertida inclusive por el representante legal suplente de la Unión Temporal Landa, sr. Dickvan Velásquez Botello, en el interrogatorio de parte llevado a cabo en audiencia del 20 de septiembre de 2017.

En este sentido, puede concluirse que la motivación contenida en las Resoluciones 101 del 6 de junio de 2012 y 110 del 15 de junio de 2012, a través de las cuales se declararon el incumplimiento parcial por parte del contratista del contrato 703 de 2011, no tuvieron soporte en la propia verificación que respecto a la ejecución del contrato hiciera el personal del Jardín Botánico José Celestino Mutis y de la Secretaría Distrital de Ambiente, como pretende hacerlo ver la entidad demandada, sino que dicha determinación la tomaron con base en las fotografías que aportara ante la entidad el contratista Unión Temporal Landa como soporte de su alegado cumplimiento contractual.

De manera que, si bien es cierto el contrato 703 de 2011 no se ejecutó en su totalidad por parte de la Unión Temporal Landa con anterioridad al vencimiento del plazo contractual (por cuanto según manifestó el propio contratista, algunos destocoñados no se pudieron hacer porque conllevaban actividades de rompimiento de pavimento, el tocón se encontraba anclado al cerramiento, implicaba desenraimamiento, entre otras), también lo es que el acto administrativo que así lo declaró tuvo una falsa motivación consistente en unos supuestos estudios técnicos que realizaron funcionarios del Jardín Botánico de Bogotá José Celestino

Mutis y de la Secretaría Distrital de Ambiente, cuando lo cierto es que la entidad contratante tomó su decisión soportado en unas fotografías aportadas directamente por el propio contratista, situación que evidentemente no permitía verificar a ciencia cierta si el contrato se había ejecutado correctamente o no.

Es inusitado pensar que a través de una fotografía el Jardín Botánico de Bogotá pretenda determinar si el tocón se encontraba conforme a las condiciones establecidas en el contrato 703 de 2011.

Nótese que en la imagen obrante a folio 75 del expediente se lee: *"En el registro fotográfico aportado por el contratista se evidencia que el tocón no está por debajo de los 10 cm del suelo"*. En otras, como es el caso de la obrante a folio 81 del expediente, se señala que *"el árbol no se encuentra destocado de acuerdo al registro fotográfico entregado por el contratista"*, cuando de la sola observación de la imagen puede concluirse que no se evidencia en lo más mínimo, rastro alguno del árbol o del tocón dada la altura del pasto.

Así las cosas, aunque la Unión Temporal Landa no solicitó aclaración de los estudios previos en el que se pudieran debatir todos esos puntos que conllevan una mayor complejidad en la ejecución del contrato y que pudiera afectar el equilibrio económico del contrato (actividades de rompimiento de pavimento o que el tocón se encontrara anclado al cerramiento, implicar desenraimamiento, entre otras), y en virtud de ello debió realizar a más tardar al 12 de diciembre de 2011 los compromisos en la forma estipulada en el contrato 703 de 2011, como el referente a la actividad 8 (el tocón debe dejarse con una profundidad mínima de 10 cm por debajo del nivel del cuello del árbol), lo que se evidencia de la lectura de las Resoluciones 1101 del 6 de junio de 2012 y 110 del 15 de junio de 2012, es que el argumento que dio lugar a la expedición de los mismos, o en otras palabras, el sustento de la declaratoria de incumplimiento no fueron las pruebas de verificación de campo realizadas por la entidad en las cuales se determinara que el tocón no se había dejado conforme a las especificaciones señaladas en el contrato, como lo asegura la demandada, ya que en aquel solo se hace referencia a las supuestas visitas de campo al momento de liquidar los perjuicios ocasionados al Jardín Botánico, situación que conlleva a un vicio de ilegalidad del acto administrativo al estar soportada en una falsa motivación.

Aunado a lo anterior, dichas visitas de verificación no se encuentran acreditadas mediante prueba documental en este expediente. El Jardín Botánico aduce que obran actas de visitas suscritas por el Jardín Botánico y por la Secretaría Distrital de Ambiente, no obstante, nada de ello se encuentra probado en el expediente.

En los anteriores términos, así como el contratista debe demostrar que cumplió a cabalidad con los términos enunciados en el contrato, también debe demostrar la entidad contratante, para declarar el incumplimiento del contrato, que ello no es así, soportada en pruebas que

obren en el expediente, a fin de permitirle al contratista la refutación de las mismas, so pena de vulneración al debido proceso y a su derecho de defensa.

Así las cosas, como los motivos de un acto administrativo constituyen uno de sus fundamentos de legalidad, a tal punto, que cuando se demuestra que las razones que se expresan en el acto, como fuente del mismo, no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación, como ocurrió en el presente caso.

En los anteriores términos, los testimonios brindados por las señoritas Claudia Alexandra Pinzón Osorio y Claudia Marcela Serrano Carranza en audiencias del 5 de octubre de 2016 y 6 de abril de 2017, respectivamente, en los cuales insistieron en el no cumplimiento del contrato por parte de la Unión Temporal Landa, tampoco tiene asidero, pues se repite, lo que aquí se evidencia es que la motivación de los actos administrativos demandados no concuerda con las pruebas expuestas en el mismo y con las cuales basó su decisión.

De otra parte, es pertinente recabar en las manifestaciones realizadas por el testigo Lenin Humberto Bustos Ordoñez –representante legal de la firma interventora UT Un pulmón para ti- en audiencia de testimonio llevada a cabo el 7 de julio de 2016, en donde dijo:

“Pregunta la señora juez: Señor Bustos Ordoñez, sírvase de informar al despacho todo cuanto sepa y le conste con relación a la interventoría del contrato de obra número 703 del 2011 suscritos entre las partes aquí en controversia. **Contestó:** (...) iniciamos cumpliendo el objeto del contrato básicamente todo empezó bien más o menos a las dos meses y medio o tres meses este contrato de 4 meses básicamente evidenciamos que estamos talando árboles que no tocaba talar y se hizo en una junta de las que se hace dentro del Jardín Botánico y nos dicen no usted tenía que revisar los árboles y yo le dije, no espere, que es que el contrato es claro dice una de las cláusulas contractuales dice que el Jardín Botánico a través de su funcionario entregaran los conceptos a talar y resulta que el Jardín Botánico doctora cometió el genocidio ambiental más grande entregó más o menos 800 conceptos técnicos dentro de las AZ a talar que no tocaba talar y nosotros lo que estábamos cumpliendo el objeto contractual que nos entregaban, lo que decía para talar, enviamos talar todos los árboles que estaban. Después dijeron que no, que esos no tocaba talar, hay unos que eran de patrimonio hay otros que eran.. Y nosotros ustedes como nos van a decir 3 meses después de ejecutada las acciones que esto era un error y que yo tenía que revisar. Hay una grabación de las audiencias del Jardín Botánico donde unas de las testigos que está afuera dice textualmente, es qué nosotros suponíamos que usted sabía y yo dentro de la misma grabación, como así espere, un momentico, ustedes están suponiendo dentro de un contrato estatal, o sea ustedes a estas alturas del partido dentro de un contrato estatal está suponiendo, ustedes tenían que dejar claro esto, la entrega era clara y las actas están claras donde dicen se entregan los conceptos a talar, no lo que señor interventoría entregó los conceptos para que usted revise los que tiene que talar la orden contractual es distinta. Entonces desde que se evidenció eso empieza un acoso por parte del director del Jardín Botánico y por parte de las dos funcionarias, no sé si tengo mal el nombre, se llaman Claudia las dos, bueno. Las dos testigos que están afuera Claudia creo q se llaman las dos y empiezan con un acoso, yo hablo con Mauricio que es lo que está pasando si es que la responsabilidad no es de nosotros, Mauricio Garzón que es el director del Jardín Botánico, me dice, no doctor es que hay que colaborarles, usted tiene que entender que la interventoría, ella ya la tenía organizada desde antes que llegara yo, ya la tenían organizada con otra empresa, hay que colaborarles porque ella ya habían pagado, estaban pidiendo plata entonces yo ya, el negrito ya no tiene plata para eso, que pena con usted y voy y denuncio eso al jurídico del Jardín Botánico, en su momento salgo de la oficina y le digo Mauricio doctor al jurídico le digo que están pidiendo plata que es esta vaina, a mí ya me habían cogido y lo digo, una Concejal y que le tenía que dar y se le dio a la concejal Atiquihua porque me van pedir más plata no sean... déjenme trabajar estamos haciendo las cosas bien, no que mire que tata tan pero directamente el que me dijo fue Mauricio Garzón el director del Jardín Botánico y yo le hice la denuncia al jurídico, el jurídico entabló denuncia penal, de eso hay prueba, no es que yo lo estoy diciendo ahorita, el jurídico lo dijo, vino el representante legal y me hace esta afirmación investiguese, bueno empieza una serie y empieza una persecución y empiezan a buscar cosas y cuando nosotros vemos que las cosas están mal empezamos a revisar árbol por árbol y nos damos cuenta que entre el Jardín Botánico y la Secretaría de Ambiente existe el carrusel ambiental más grande de Colombia y yo digo como así esta vaina, el carrusel más grande, el nido de corrupción más grande en materia ambiental y lo explico: Doctora este es un arbolito entonces resulta que el Jardín Botánico y la

Secretaría de Ambiente cogen y le toman una foto entonces el arbolito, queda así el fondo queda allá y tata tan, pero a este mismo árbol cogen por este ladito le tomaban otra foto y ya es distinto quedaba otro fondo y tata tan a ese mismo árbol le tomaban otra foto por allá quedaba pues otra cosa distinta y habían 2, 3, 4 conceptos técnicos del mismo árbol. **Entonces cuando yo mandaba a talar este árbol presentaba los cuatro conceptos técnicos me lo pagaban cuatro veces pero cuantas veces lo talaban 1**, cuantas veces lo podaba 1, cuantas veces le hacía mantenimiento fitosanitario 1 y los estaban cobrando 4 veces, **y eso sucedió concomitantemente a la declaración que estábamos talando los árboles que no eran** y me mandan una carta diciéndome que es usted taló 11 árboles que eran patrimonio histórico, usted me mandó la resolución para que los talara, o sea de quien es la culpa suya que no planeó o mía que está diciendo que lo ejecuté, y empieza una pugna dentro del Jardín Botánico grandísima sobre todo con las dos señoras que están afueran (refiriéndose a Claudia Serrano y Claudia Pinzón) porque empezaron un acoso y usted no hace y mándeme cartas todos los días, una vaina terrible, pues yo dije con el respeto del Jardín Botánico y de los contratistas mi deber es denunciar y me importa un carajo que no me paguen y les voy a decir una cosa, no me pagaron, me quedaron debiendo 240 millones, y no demandé, me pareció la cosa más absurda violatoria, mi fui para la Personería, me fui para la Procuraduría y me fui para la Contraloría y salí en medio de comunicación en CM& a nivel nacional y salí en el Tiempo. Aquí hay un genocidio ambiental por el Jardín Botánico y la irregularidad del carusel de contratación tan irregular para el tema ambiental para los árboles no sean picaros, eso se convirtió en mi muerte efectivamente porque no me pagaron, me declararon incumplimiento del contrato pero a pesar que las pruebas indican que el Jardín Botánico incumplió el principio de contratación, el principio de planeación dentro de la contratación estatal que era mirar lo que iba a encontrar. Ahora bien nosotros denunciemos otras cosas, la emergencia manifiesta es que hay árboles, hay peligro de volcamiento ese volcamiento puede causar un daño, bueno hasta ahí bien y uno llegaba al sitio y no, un palito que daba tristeza, esos eran los árboles en riesgo unos palitos de dos metro y medio a duras penas mataba 10 hormigas cuando se caiga pero era la orden del Jardín Botánico y se hizo. Iniciamos después, ah bueno y empieza una persecución aparte de que uno de los contratistas que era "Talas Bogotá" era muy amigo del director del Jardín Botánico y las señoras que están afueran (refiriéndose a Claudia Serrano y Claudia Pinzón), entonces el tipo hacía lo que quería, yo empecé a mandar cartas, está incumpliendo, está incumpliendo, pilas, haga esto, y se volvió una guerra con el Jardín Botánico, lo ampara, entre el contratista y Talas...bueno un señor muy grosero y yo le hacía reclamos también a Landa en sentido de que a veces encontraba el tocón, el árbol cuando se corta tenía que tener 10 cm hacia abajo del tocón y yo le decía pilas que se están incumpliendo, entonces íbamos a revisar y resulta que es que el enraizamiento, ahorita les explico la parte técnica, o sea hasta y era la forma de talarlo o no había otra posibilidad de tala entonces yo paso un informe al Jardín Botánico diciendo mire este contratista ha cumplido que es Landa, cumplió que más le puedo decir al Jardín, cumplió y este contratista incumplió es más incumplió le pasé el informe y el tipo siguió talando con auspicio del mismo Jardín Botánico y se quedaron callados un contubernio que tenían allá con el contratista, y yo bueno hasta ahí, yo ya denuncie ante la Procuraduría, salí en medios de comunicación, Contraloría, pero ellos tenían, el gobierno tenían los concejales entonces empezaron a atacar la interventoría, porque la interventoría denunció lo normal que es el manejo político que le meten al tema, me importa un carajo, yo no tengo padrino político, yo denuncio y quedo tranquilo, puedo dormir tranquilamente. Entonces empieza una persecución, a mí me dicen que no van a pagar, declaran el incumplimiento, declárenlo y yo no voy a pagar porque yo no pago algo que yo no he hecho mal y hasta el día de hoy no he pagado el incumplimiento ni lo voy a pagar así me muera, pero yo no pago algo que es totalmente irregular. Se inicia el proceso, **inicio yo el proceso en la Contraloría y luego el proceso en la Contraloría era en contra mío**, se viene en contra mío, como le daban el manejo, entonces yo dije esta vaina, me salió un trabajo fuera de Bogotá y me fui, estoy tranquilo viviendo. Pero básicamente lo que pasó es un problema de persecución del Jardín Botánico para poder tapar y ocultar la irregularidad tan grande que se hizo, es una cosa que no tiene precedente en Colombia, la tala de esos árboles meramente por error del Jardín Botánico, entonces para poderlo tapar no hallaban que hacer, entonces no que usted incumplió, usted incumplió, usted incumplió y esa fue la forma de tapar y callar, yo esta denuncia se la hice a Petro en la calle, Petro usted está permitiendo que en el Jardín Botánico se haga esto, esto y esto, no yo voy... yo voy es nada porque Atiquihua trabaja con él y el director del Jardín Botánico Mauricio Garzón era de la UTL del Concejo de Atiquihua y pues era ficha cuando lo nombraron lo hizo en el Jardín Botánico salió pues la prueba es clara salió de la UTL de Atiquihua de la unidad del trabajo del Concejo y salió directamente al Jardín Botánico es un tema que no tiene mayor... se puede probar con solo mirarlo, ahora bien respecto al tema del contrato que me están citando hoy nosotros después que terminé el contrato el Jardín Botánico me dijo no es que están incumpliendo, ¿Cuál incumpliendo? Nos tocó volver a hacer la revisión de árbol por árbol el costo de hacer revisión árbol por árbol en Bogotá, imagínese Doctora con ingenieros ir con transporte era muchísimo y aun así dijimos vamos a hacerla porque el tema hay que hacerlo bien fuimos, no que este árbol no lo cortaron no le tomaban foto de lado y íbamos y buscábamos el tocón lo desenterrábamos y ahí está el árbol cortado pero no era la manera de torpedear y buscar como no salir a luz pública el error a pesar de yo hice denuncias a nivel nacional nunca paso nada muy raro. **Que los tocones, como le van a quitar un tocón si tiene pavimento por este lado, pavimento por este lado y pavimento por este lado el árbol está encerrado dentro de una estructura** yo no le puedo decir al contratista, oiga contratista usted tiene que asumir tumbé el pavimento coja quite el tocón y vuelva y paviamente ese es un costo que no está previsto ni lo puede estar previsto porque es que el contratista no es constructor él tala árboles pues esta donde da la máquina destocadora hasta ahí llegaba, pues como yo no le voy a permitir talar un árbol que físicamente es imposible quitar 10 cm más o por ejemplo que estaba en un barranco hay muchos sitios donde los árboles estaban en barrancos y yo le dije listo quítale 10 cm mas pero se me corre el alud, o sea son cosas de lógica elemental que uno decían ustedes no pueden pelear en la oficina por cosas que uno ve en campo que son de lógica elemental, ahora bien hay árboles en Bogotá que tienen la raíces salidas y la orden contractual

destocónese 10 cm abajo de donde está el pegue de la raíz o sea el árbol llega hasta la raíz y máxima 10 cm pues hombre se destoconaba de 11 y quedaban 20, 30 cm de raíz porque hay árboles que tienen la raíces salidas no que ahí está el tocón, pero si ya le destoconaron 10 cm, **yo no le puedo decir que haga un desenraizamiento porque es un costo adicional**, o sea técnicamente una cosa es quitar el tocón 10 cm y técnicamente distinto y económicamente quite la raíz, no lo puedo hacer, y aun así seguían que no que no que no, torpedeando, lo estoy diciendo bajo la gravada de juramento doc., torpedeando el tema buscando como quedar bien ellos, pusieron un Concejal de Bogotá hablar por medios de comunicación es que el contratista.. No sean sinvergüenzas, incumplieron el contrato lo hicieron de manera irregular, no sean así hombre, páguele a la gente lo que trabajó, es que lo que me duele es que sean sinvergüenzas y ahora se escudan bajo la parte técnica, no es que lo que pasó fue esto esto y esto no... las cosas se hicieron bien por lo menos por parte de este contratista el otro no cumplió y se advirtió se deje notificación se le dieron que abrieran proceso todo lo del artículo 86 de la 1474 hágale proceso de incumplimiento pero a nosotros no... le dejo mi Dios porque no me voy a poner a discutir a desgastar en este tema. Básicamente eso fue lo que paso doc. No le pagaron al contratista me enteré hace poco. el me pidió una certificación yo le hice una certificación como Dios manda, como la realidad y me sostengo sobre esa certificación porque lo que yo hago lo hago bien hecho, así sea poquito pero bien hecho, no vengo a traerle acá mentiras, no como son las cosas eso es lo que más o menos conozco del caso. **Pregunta el apoderado de la parte actora. (...) Preguntado:** manifiesta usted en el documento que reconoció que Unión Temporal Landa cumplió con el contrato no obstante Jardín Botánico declaró su incumplimiento que tiene que decir usted al respecto. **Contestó:** Bueno en primera medida yo declare que había cumplido, posteriormente el Jardín Botánico hizo unas observaciones que eso es normal de la empresa con la que se contrata, unas observaciones... pero rara esas observaciones, gracias a estas observaciones toco volver a revisar todos los puntos en Bogotá, eso tenía un sobre costo de aproximadamente 40 millones de pesos porque tenía que tener los profesionales, los transportes y eran en todo Bogotá, es que Bogotá es muy grande y aun así incumplimiento del contrato, yo le dije al contratista vamos los dos o sea con el personal y hacemos revisión porque yo ya certifiqué que estaba cumplido, vamos otra vez a hacer revisión de lo que se hizo y terminado el contrato después de las observaciones que hizo el Jardín Botánico fuimos y revisamos y ahí fue donde encontramos esas irregularidades por parte del Jardín Botánico, decía no es que no se destocono y yo pero hasta ahí era donde se podía destoconar o revisamos los arboles una cantidad de irregularidades que el jardín botánico no sé, eso está advertido en la Jardín Botánico eso está en la denuncia de la procuraduría, posterior a eso volví y le presente un documentó diciéndolo este contratista cumplo, este incumplió ustedes son los que toman las medidas pero como interventoría yo le informé al Jardín Botánico, es más, estuvieron los informes de los contratistas me acuerdo que Talas no encontró informe, como Talas se saltaba directamente la interventoría y hablaba con el Jardín Botánico ni siquiera me lo entregó a mí y yo advertí no me lo entrego a mí, se lo entregó directamente a las funcionarias y al director del Jardín Botánico o sea no existía la interventoría para ellos. **Preguntado: (...) Preguntado:** Dígame al despacho si tuvo conocimiento usted posteriormente de que el Jardín Botánico realizó actividades para realizar el cumplimiento del contrato con un equipo de ingenieros extraño y ajeno a la ejecución del mismo. **Contestó:** No me acuerdo pero si había un informe donde ellos decían que habían incumplido, no se quien habrá hecho el informe pero se notaba a legüas es una cosa de bulto como se dice que el informe estaba mal hecho porque no verificaron exactamente cada árbol además hay que tener en cuenta que a los 3 meses de haber talado un árbol se le destocono 10 cm pues el pasto crece y resulta que no encontraban, pues tenían que escarbar es un tema de ser muy cuidadoso no es que este árbol se parece no lo talo ese fue el informe que hicieron pero muy mal hecho. **Preguntado:** Dígame al despacho si el contrato 703 del 2011 terminó el 12 de diciembre de 2011. **Contestó:** No me acuerdo, básicamente lo que me acuerdo es uno se cumplió dentro del tiempo contractual un contratista que era LANDA y otro no lo cumplió dentro del tiempo contractual porque una vez termina el tiempo contractual yo me voy a ser revisión y encuentro a TALAS talando seguía haciendo talas y yo le informe al JARDIN BOTANICO y me dijeron no eso ya está autorizado por me dice una de las ingenieras de afuera ya está autorizado por Garzón, Mauricio Garzón pero hasta ese día el informe que entregó LANDA ya se había terminado la tala que se había establecido. **Preguntado:** dígame al despacho si usted como interventor certifica que UNION TEMPORAL LANDA cumplió con todas sus obligaciones y deberes suscritas en el contrato 703 del 2011. **Contestó:** Si es más voy a contar una anécdota aquí para el despacho para unos días se presentaron unos problemas de caídas de árboles que no correspondían a los de las talas de árboles y el director del JARDIN BOTANICO y las dos ingenierías Claudia que están afuera mire es que no tenemos equipo, el contratista tenía sus técnicos los equipos de trabajo y los carros los camiones para poder cargar le hacían favores que no estaban dentro del objeto contractual pero para cubrir la emergencia mire ayúdenos íbamos con los equipos ayudarles a contar los arboles a despejar vías que eso eran cosas de urgencia que no cubrió bomberos que no cubrió esos favores los hicimos nosotros o recoger desechos que dejaban otros... los equipos del JARDIN BOTANICO dejaron desechos mire que dejamos unos desechos la comunidad nos está peleando entonces les hacían favores al JARDIN BOTANICO eso fue una cosa, la colaboración con el JARDIN BOTANICO fue muchísima. **Preguntado:** Usted durante todo el tiempo de versión que ha vertido en esa diligencia se ha referido a dos señoras que se encuentran afuera se refiere precisamente a las señoras Claudia Marcela Serrano y Claudia Alexandra Pinzón. ¿Son ellas? **Contestó:** Si. **Pregunta el apoderado de la parte demandada.** El doctor Lenin manifiesta que el jardín botánico incurrió en un crimen al ordenar una serie de talas, en ese sentido uno infiere que hubo una tala ilegal así las cosas respetuosamente le solicito al doctor Lenin nos informe si los conceptos técnicos tienen de forma específica el tratamiento silvicultura a ejecutar. **Contestó:** Independientemente del tratamiento que tenga los conceptos técnicos entregados al JARDIN BOTANICO a la interventoría independientemente lo que traiga internamente los conceptos técnicos entregados se entregaron con un acta y dentro del contrato una de las cláusulas del objeto contractual decía se le entregaran por parte del funcionario del JARDIN BOTANICO los conceptos a talar ósea los que me entregaban eran los que teníamos que talar no los que no teníamos que talar

independientemente si decía eso grado 2 o grado 1 independientemente de eso yo me imagino que ese fue el estudio de planeación que hizo el jardín botánico con anterioridad al contrato y por eso los habían separado los conceptos y por eso decían que eran los de talar, por eso cuando los recibimos y como estábamos en una urgencias manifiesta era una cosa ya entonces de una vez los recibimos tanto es así que las ascetas venía para LANDA para TALAS entonces lo que me informo la ingeniería la supervisora del contrato unas de las ingenierías que está afuera me dijo ya están organizados ya está por contratista lo que usted tiene que hacer es acta de entrega de ellos y de una vez ir a talar porque estamos en urgencia manifiesta independiente que haya tenido esto el estudio de aquel principio de planeación que tenía el jardín botánico ya habían establecido cuales eran los que tocaba talar por eso me entregaron las ascetas y el acta, no sé si ustedes tengan el acta dentro del despacho dice conceptos técnicos a talar se le entrega por parte y así dice la referencia contractual ósea es clarísimo. **Preguntado:** Perdón doctor vuelvo e insisto en la pregunta el concepto técnico determina específicamente tratamiento silvicultural a ejecutar sí o no. **Contestó:** Si pero efectivamente el concepto técnico a pesar de que dijera esto es para corte podría haber un estudio que es lo que nosotros entendíamos que lo habían entregado para tala directamente porque la orden contractual es esa tanto es así que esa discusión ya la tuvimos en una audiencia dentro del jardín botánico donde la ingeniería que está afuera Claudia Serrano me dijo es que yo suponía que usted sabía y yo le dije doctora que pena con usted en la contratación estatal no se supone si usted me entrego esto para talas es porque es para talas independientemente lo que diga es para talas y así dice la orden contractual es que la orden inequívoca. **Preguntado:** el doctor Lenin manifiesta que dentro del proceso contractual y dentro los procesos sancionatorios el JARDIN BOTANICO incurrieron en una serie de irregularidades, arbitrariedades etc. En ese sentido uno podría inferir que con la declaratoria incumplimientos a los contratos pude haber incurrido en un prevaricato el JARDIN porque el doctor Lenin manifiesta, me supongo q hay violaciones al derecho de defensa debido procesos etc. Siendo así teniendo claro su convicción porque no demandando al acto administrativo dentro de la oportunidad legal. **Apoderado parte demandante:** Con todo respeto señora juez con respeto al ilustre apoderado objeto la pregunta toda vez de que es impertinente ya que no tiene que ver con nada que se está adelantando la investigación en el proceso del incumplimiento del contratista LANDA con respecto al contrato 703 no tiene que ver la posición la voluntad del testigo en el sentido de demandar o no demandar eso no tiene relación directa con el tema que nos ocupa hoy. **Juez:** Gracias doctores el despacho está de acuerdo de que no ha lugar la pregunta no es procedente y además ya el testigo igualmente en su primera intervención lo menciono. **Apoderado parte demandada:** Respeto la posición sin embargo considero necesario que se responda la pregunta y digamos en su oportunidad procesal tendrá que haber un análisis de que hubo una extensión a la pregunta si bien es cierto no es objeto de la misma también es cierto la credibilidad que se le pueda dar al testigo, el testigo dice que excelentemente cumplió sus funciones y que el contratista que en este momento está en tela juicio el incumplimiento es de LANDA en ese sentido me imagino que la siguiente pregunta no va hacer contesta sin embargo procedo a efectuarla. Que considera doctor Lenin de que la compañía aseguradora se haya negado a pagar los incumplimientos y no halla demandando **Apoderado parte demandante:** Nuevamente con todo respeto objeto la pregunta toda vez que la pregunta no es procedente ni pertinente no tiene que ver ni con los asuntos ni los hechos que se están adelantando aquí en la investigación con respecto al incumplimiento o no del contratista **Juez:** Gracias doctor en esta oportunidad yo pienso que el testigo si no lo sabe pues no lo diga o si no pues él sabrá que decir. **Contestó:** Bueno si voy a dejar una claridad que me parece interesante no demande porque el Jardín Botánico con los funcionarios que tiene es el foco de corrupción más grande Bogotá se lo aseguro lo que ustedes como Jardín Botánico hicieron no tiene precedente en la historia de Bogotá, mandar a talar 800 árboles que no tocaba patrimonio histórico muchos, árboles que ni siquiera estaban en riesgo me parece triste que el Jardín Botánico no usted doctor porque usted no tiene la culpa de eso pero que si la parte técnica haya sido tan totalmente negligente en eso y por eso le digo me dio hasta tristeza porque yo la denuncia la hice en la fiscalía se hizo en la procuraduría, sabe que hicieron en la contraloría en vez de perseguir a los incumplidos a los sinvergüenzas me perseguían a mí y sabe porque se allano la aseguradora porque todas las aseguradoras prefieren pagar cuando los montos son pequeñitos, mi hermana es gerente nacional de seguros Colpatría y me dijo para ellos eso no es un pelo, las aseguradoras ven y se ponen pilas cuando los casos son grandes este es un caso muy pequeño para ellos ciento y punta millones doscientos millones eso normalmente no lo trabajan pero el mismo abogado de la aseguradora que envió me dijo doctor este caso esta para que usted lo demande por aquí el Jardín Botánico incumplió y lo máximo que podría ver es que haya un incumplimiento por ambas partes pero es clarísimo y el mismo abogada experto de la aseguradora porque fue abogado de la aseguradora doctora dijo que irregularidad a usted como le fueron a entregar los conceptos técnicos así es que desde el principio el contrato es más doctor le voy a contar una cosa el contrato esta tan irregular que no ameritaba una urgencia manifiesta pero como lo evidenciamos después y como lo mencionamos dentro del contrato porque eso quedo lo mencionamos porque uno veía unos arbolitos que daban tristeza que urgencias manifiesta es esa ninguna se lo aseguro, si hay unos árboles efectivamente que tenían que ser talados por su altura porque ya tenían algún grado volcamiento no sean habían volcado ósea estaban torcidos si algunos efectivamente pero no todos como se mencionó por parte de los 3559 si mal no estoy, la segunda pregunta cual fue. **Juez:** No lo de la aseguradora. **Contestó:** La aseguradora básicamente fue eso, yo hice la denuncias pertinentes pero... oídos sordos. **Apoderado parte demandante:** Doctora un comentario para aclarar ya que pues considero de la pregunta es impertinente, considero que las aseguradoras por políticas pagan en algunos actos cuando el acto administrativo se encuentra en firme como en este caso se encontraba en firme y no tenía mas procedimiento administrativo el paso a seguir era demandar entonces algunas aseguradoras por política pagan cuando el acto administrativo se encuentra en firme de acuerdo al artículo 87 del SEPAC pero eso no quiere decir doctora el hecho de que se haya pagado la aseguradora es responsabilidad del demandante el incumplimiento del contrato. **Juez:** Si doctor. **Apoderado parte demandada:** Ya para concluir y no hacer más dilatoria el interrogatorio queda claro y llama la atención esto ya es una opinión de que no se

hubiera demandando el acto administrativo que declarar los dos incumplimientos máxime que era la oportunidad procesal para demostrar entre comillas que efectivamente si se cumplió con el contrato y máxime que lo iba a conocer el litigio un juez que es totalmente ajeno a las partes no es más. **Contestó:** No, usted puede tener la razón efectivamente pero la voluntad mía fue no demandar, la voluntad mía fue no demandar doc. a mí me parecía que el foco de corrupción que había ahí y la denuncia que yo hice del tema de las secretaria de ambiente y del JARDÍN BOTÁNICO es gravísima es más cualquiera q ahonde y revise lo de los conceptos técnicos un árbol con 3 o 4 conceptos técnicos va decir esta vaina es una desfachatez estamos hablando de más de un millón de árboles ósea que cuantos arboles están pagando o sea el problema no es el problema de un árbol o dos árboles el problema es que se están robando la plata de Bogotá con un árbol paga 3 o 4 veces, ahora miremos cuantos árboles se les hace mantenimiento en Bogotá doctora ósea el robo es multimillonario el tema llevo a la secretaria de ambiente yo personalmente me reuní con el secretario de ambiente doctor eso no joda y le damos otro contrato no es que el tema no es plata si hubiera sido por plata demando doctor pero mi vida no es plata mi vida es felicidad y tranquilidad por eso me fui de Bogotá vivo en Yopal – Casanare vivo tranquilo soy docente universitario es más Colpatria me iba a contratar para ganarme siete millones y punta siendo el director de cobro coactivo no lo recibí no quiero venirme al estrés de Bogotá a coger trancones haya en 5 minutos salgo a comer gallina estoy tranquilo estoy feliz por eso no demande pero lo que sí quiero dejarle claro al despacho ustedes doc. Están ante el mayor foco de corrupción en materia ambiental más grande de Bogotá y de Colombia mejor dicho no saben lo que le llevo a este despacho funcionarios que están enclavados ahí mejor dicho no lo sacan ni con martillo que son los que han hechos los conceptos técnicos los que han hecho todo y que son lo que han prestado para eso ósea la irregularidad es tan grande yo hubiera podido ser contratista fui candidato al senado me muevo en la parte política en Casanare es más el ex presidente del consejo de la judicatura el doctor Wilson Ruiz Orejuela padrino mío personal y me decía demandemos yo le dije no, no me da vergüenza cobrarle a Bogotá una plata que el JARDIN BOTANICO se estaba robando y da vergüenza doc. Es un tema más de honor que de plata eso da tristeza. No más. **Pregunta la señora Juez:** Sírvase a informarnos si usted tiene conocimiento en que despacho de la fiscalía se encuentran esa investigación de las cuales usted nos ha hecho mención en esta audiencia que se iniciaron por las denuncias tuyas. **Contestó:** Doc, la denuncia la coloco el jurídico, la coloco el jurídico ni siquiera yo para que ustedes se den cuenta de la parte xxxxxx el mismo jurídico. Segundo a ese despacho yo fui eso quedaba en paloquemado pero eso cambiaban el juzgado paloquemado me mandaron 3 cuadras debajo de paloquemado donde quedaban unas oficinas donde iban las doctoras las que están atrás para el interrogatorio para obstruir eso me hicieron llamadas mejor dicho recibí de todo tanto es así que las ultimas cosas para obstruir todo la investigación para que me amedrantaran cosa que no pudieron hacer me colocaron denuncias por calumnia que iban a meter preso yo le dije no es que nadie se ha muerto por ir a la cárcel yo de eso no me voy a asustar ni me voy a morir pero no sé el despacho exactamente pero eso se puede datiar con el nombre del jurídico porque debe estar con el nombre jurídico para esa época. **Juez:** ¿Me puede dar el nombre? **Contestó:** Yo no me acuerdo el nombre es más el tipo renuncio para esos días el tipo muy respetuoso, ustedes saben además porque lo sacaron muy feo el tipo era muy recto muy decente y renuncio y por eso sabe el JARDIN BOTANICO sabe las irregularidades que ha hecho ante el siguiente directo del JARDIN BOTANICO el doctor Oviedo yo denuncie pero lo llamo personalmente el alcalde porque ATIQUIGUIA hacia parte de campaña del alcalde PETRO este es un tema de conocimiento público”.

Sin embargo, lo que encuentra el Despacho es que el testigo Lenin Bustos, hace una serie de afirmaciones y acusaciones las cuales no se encuentran soportadas dentro del expediente.

Hace referencia a unos actos de corrupción que dice haber al interior del Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis de lo que nada se probó al respecto, pues los procesos penales sobre ese asunto no fueron allegados al expediente como tampoco constancia de los señalamientos públicos realizados por el señor Lenin Bustos a través de diferentes medios de comunicación.

Lo único que se encuentra a folios 453-461 son unas presuntas denuncias interpuestas por la señorita Claudia Marcela Serrano Carranza contra el señor Lenin Humberto Bustos Ordoñez y viceversa, ante la Fiscalía General de la Nación, las cuales ni siquiera cuentan con sello de radicación ante dicho ente investigador. En atención a ello el Despacho no puede realizar un juicio al respecto, máxime cuando dicha situación no quedó determinada en la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial.

Otro de los puntos objeto de debate es lo relacionado con el registro de los datos en el sistema SIGAU (actividad 11 del contrato).

Para el efecto el Despacho pone de presente que pese a que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, de validez o de legitimidad, y por regla general quien alegue su nulidad le corresponde desvirtuarla, de manera que traslada al impugnante la carga de demostrarla en juicio, mediante el aporte de los elementos de convicción y pruebas necesarias para el efecto y correlativamente, dispensa a la Administración de estar probando en cada proceso que sus actos cumplen con los requisitos de validez, lo cierto es que hay ocasiones en que la prueba resulta imposible de obtener para el contratista por no tener acceso directamente a ella o está bajo custodia propiamente de la entidad demandada, situación que hace invertir la carga de la prueba.

Esto sucede a juicio de esta falladora con la situación referente al registro en el Sistema de Información para la Gestión del Arbolado Urbano de Bogotá D.C –SIGAU que según aduce la entidad demandada no fue realizada correctamente por el contratista Unión Temporal Landa y frente a la cual tuvo que hacer una revisión del 100%, lo que dio lugar a declarar su incumplimiento en igual porcentaje, por lo siguiente:

Aunque en el expediente no hay prueba que lleve a determinar que la Unión Temporal Landa haya solicitado la clave de acceso al SIGAU que llevara a generarle un retraso para el cumplimiento del contrato no imputable a él, tenemos que según quedó transcrita en el acta de la audiencia por posible incumplimiento realizada el 24 de mayo de 2013, la propia entidad indica que *“respecto a la actividad 11, ingreso de la información en el sistema SIGAU, la administradora de la base de datos reporta que dentro del término de ejecución del contrato, se habían cargado 814 individuos, lo cual representa un porcentaje del 60,71 de ejecución”* (fl. 291 del c.1); empero en la Resolución 110 del 15 de junio de 2012 se señala que *“al verificar por parte del Jardín Botánico en el sistema de información y conforme a lo reportado en el informe escrito por el ingeniero administrador del sistema, fechado del día 03 de marzo, figuran 1221 capturas aceptadas y avaladas por el administrador del SIGAU. Así las cosas no cabe la menor duda que se incurrió por parte del contratista en una afectación de las bases de datos geográfica y alfanumérica del SIGAU, perjudicando la calidad de la información contenida en el sistema, lo que conlleva a la necesidad de efectuar la verificación del 100% de la información cargada por el contratista, de manera tal que se garantice la integralidad de datos del Sistema”*.

Ahora bien, según la definición que obra en la página web de la entidad aquí demandada, el Sistema de Información para la Gestión del Arbolado Urbano de Bogotá D.C. –SIGAU–, *“es el sistema único que contiene toda la información de los árboles localizados en el espacio público de la ciudad, dentro del perímetro urbano, el cual permite al usuario conocer las características y localización de todos y cada uno de los árboles, así como realizar consultas individuales y obtener indicadores de la base de datos. Además, el sistema permite a las entidades competentes en arborización (Jardín Botánico José Celestino Mutis, SDA, EAAB, IDU y Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos) ser usuarias del mismo, **permitiendo el registro y actualización de***

todas las actividades operativas y de mantenimiento (plantación, tala, mantenimiento y manejo fitosanitario”.

De manera que al ser una plataforma web cuyo administrador de la información es el Jardín Botánico de Bogotá, y en la medida que el perjuicio supuestamente ocasionado se dio porque a la entidad le tocó realizar la verificación del 100% de los datos para garantizar la integralidad de datos del sistema, la carga de la prueba en este aspecto se trasladaría a la entidad demandada, pues sería aquella quien tendría el deber de demostrar que fue el contratista Unión Temporal Landa quien no efectuó los registros correspondientes o los realizó erróneamente y que por tal motivo el JBB tuvo que realizar la revisión del 100% de la información cargada en el sistema por el contratista, lo que dio lugar a incurrir en costos adicionales por valor de \$11.968.563, que se relacionan en la resolución 101 del 6 de junio del año 2012. Lo anterior, por ejemplo, a través de una auditoría del sistema que demostrara que no se realizaron los registros con anterioridad al vencimiento del plazo de ejecución del contrato, o que se realizaron de forma equivocada y que luego, por gestión del propio Jardín Botánico fueron corregidos, como aduce haberlo hecho la entidad demandada.

Nótese que según se manifiesta en la Resolución 101 del 6 de junio de 2012, en la audiencia llevada a cabo el 24 de mayo de 2012 el contratista afirmó que la actividad de realizar captura e ingresar la información de la actividad en el SIGAU estaba cumplida en un 100%, y que dicha situación fue corroborada por la entidad determinando el cumplimiento del contratista en un 100%, no obstante que al realizarse los cálculos de los daños ocasionados al Sistema de Gestión del Arbolado Urbano determinó que por verificación en el SIGAU de la correspondencia del arbolado en el sistema con el reportado como talado generaba un costo de \$8.338.209, por corrección en la actividad de tala en el aplicativo en caso de no haber sido incorporado el árbol ejecutado, un valor de \$1.398.608, y por corrección para la recuperación del histórico y ejecutar actividades de tala en el aplicativo un valor de \$2.231.746; sin embargo ello no se encuentra demostrado dentro del acto mismo, por lo que dicha situación ha debido ser demostrada en este proceso judicial por la entidad demandada, pues se insiste, es ella quien administra y maneja la mencionada base de datos.

Por otra parte, con relación a la forma en que se debía realizar la toma de fotografías, el Despacho encuentra que si bien le asiste razón al apoderado de la parte demandante cuando manifiesta que según el contrato y los estudios previos el registro fotográfico de los árboles a intervenir antes y después de la tala debían ser tomado en el mismo ángulo y no en el mismo ángulo que establecía el concepto técnico, ello no fue un fundamento del Jardín Botánico de Bogotá para declarar el incumplimiento del contrato, como tampoco los otros temas de discusión que se presentaron entre aquellos como son el tema de las cuadrilla y anticipos, motivo por el cual no hay que realizar estudio de legalidad al respecto.

Otro de los puntos de debate es el relacionado con la actividad 12 de la cláusula tercera del contrato 703 de 2011 que estipulaba: "Registrar en el formato definido por la Interventoría y el Jardín Botánico, los rendimientos medidos para cada actividad por árbol intervenido", que fue señalado por la entidad contratante como no cumplido.

Frente a esta situación, al Despacho no le queda duda del incumplimiento por parte del contratista Unión Temporal Landa, pues él mismo acepta en múltiples ocasiones, inclusive en el recurso de reposición que presentó contra la Resolución 101 del 6 de junio de 2012, que ni la interventoría ni el Jardín Botánico de Bogotá les suministraron el mencionado formato y que ante la ausencia del mismo diseñó su propio formato, cuando lo cierto es que no se encuentra dentro del expediente, que, cuando menos, el contratista haya hecho solicitud del mencionado formato a la interventoría o al Jardín Botánico de Bogotá, con el fin de que los rendimientos medidos para cada actividad por árbol intervenido hubiesen sido registrados en los formatos establecidos para ello en el contrato 703 de 2011.

Referente a la obligación determinada en el numeral 17 de la cláusula sexta, consistente en "entregar los siguientes productos: a) De tala: - Relación de la atención efectuada por programación de tala y poda de árboles en el espacio urbano. -Georeferencia de las actividades realizadas, de acuerdo con las especificaciones del Jardín Botánico. - Medición de rendimientos de cada una de las actividades ejecutadas por árbol dentro del contrato de obra de acuerdo con el formato establecido y aprobado por la interventoría y el Jardín Botánico, b) De los informes: **-Informe preliminar.- Seis informes parciales de ejecución.- Informe final.- Informes extraordinarios**":

Verificado el acervo probatorio obrante en el proceso y en especial el expediente contractual N° 703 de 2011 contenido en 33 carpetas allegadas por la Secretaría General de la entidad demandada, el Despacho encuentra que el contratista aportó en físico 3 informes:

- En la carpeta 13 obra el informe mensual de obra N° 1 - Periodo de reporte: 4 de agosto a 26 de agosto de 2011.
- En la carpeta 32 obra el informe mensual N° 3 – Periodo de reporte: septiembre 28 a 27 de octubre de 2011.
- En la carpeta 5 obra constancia de que fue aportada la copia del informe final en medio magnético.

En la Resolución 101 del 6 de junio de 2012 se señala que "De los informes relacionados en la obligación, el contratista entregó a la Entidad el informe preliminar y tres (3) informes mensuales, quedando pendiente la entrega del informe del cuarto periodo y el informe final. El incumplimiento porcentual de esta actividad es de 52 %. En la audiencia celebrada el veinticuatro (24) de mayo no aportaron los informes faltantes, por lo que el incumplimiento queda en firme".

Sin embargo, encuentra el Despacho que en audiencia realizada por el Jardín Botánico de Bogotá el 24 de mayo de 2012 (contenida en el CD visible a folio 306 del c.1) y acta obrante en los folios 287-294 del c.1, la Unión Temporal Landa entregó el informe N° 4 en medio

magnético, pero quedó pendiente por entregar el informe final, frente al cual el contratista allí manifestó que había sido entregado a la interventoría.

En los anteriores términos a juicio del Despacho el contratista Unión Temporal Landa si incumplió la obligación contenida en el numeral 17 de la cláusula sexta del contrato 703 de 2014, habida cuenta que entregó por fuera del término de ejecución los informes que se había comprometido entregar mes a mes.

Sin perjuicio de lo anterior, vemos que la Resolución 101 del 6 de junio de 2012 contempla que se declara el incumplimiento parcial del contrato tantas veces aludido con el propósito de hacer efectiva la póliza de cumplimiento N° 21.44-101094699 expedida por la Compañía Seguros del Estado en los riesgos de cumplimiento y calidad el cual asciende a la suma de \$43.603.283, monto generado por los costos en que debió incurrir la entidad para subsanar y dar terminación a la obra ejecutada parcialmente por el contratista, cuya tasación de perjuicios, según se detalla en el mismo acto administrativo fueron generados por los siguientes conceptos: 1) costos asociados al incumplimiento de las actividades de destoconado y recolección de residuos – por un valor de \$10.616.736, y 2) cálculo de los daños ocasionados al sistema de gestión del arbolado SIGAU – por un valor de \$11.968.563, para un total de \$43.603.283.

En este sentido si bien hubo un incumplimiento del contrato por la no entrega oportuna de los informes por parte del contratista Unión Temporal Landa, lo cierto es que ello, según los actos administrativos demandados, no generaron un perjuicio económico que conllevara a que fuera amparado por la póliza de cumplimiento N° 21.44-101094699 expedida por la Compañía Seguros del Estado, para cuyo propósito se expidieron los actos administrativos demandados, por lo que se declarará la inexistencia del siniestro por incumplimiento del contrato 703 de 2011, amparado mediante la póliza de cumplimiento N° 21.44-101094699 expedido por la compañía de seguros - Seguros del Estado s.a.

Aunado a lo anterior, y no siendo menos importante, la suscrita considera que también se presentó una vulneración grave al debido proceso, teniendo en cuenta que procedimiento a través del cual se llevó a cabo la declaratoria de incumplimiento no se ciñó a los términos de ley, en atención a lo siguiente:

Preceptúa el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia que *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*.

A su vez el artículo 86 de 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”* dispone que:

“Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del

mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

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

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

c) Hecho lo precedente, **mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento**. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

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

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento. (Negrilla y subraya del juzgado).

De manera que el trámite a través del cual la administración pretenda declarar el incumplimiento del contrato debe estar precedido de unas garantías procesales para que contratista tenga la oportunidad de aportar las pruebas y controvertir a su vez las que sean presentadas por la entidad, so pena de que opere nulidad por vulneración al derecho fundamental del debido proceso y de defensa.

Empero, del trámite surtido al respecto por el Jardín Botánico de Bogotá vemos que mediante oficio del 10 de mayo de 2012, y en cumplimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, citó al representante legal de la Unión Temporal Landa, a audiencia con la finalidad de debatir el posible incumplimiento en la ejecución del contrato de obra N° 703 de 2011, la cual tendría lugar el 14 de mayo de 2012 (fl. 245 c 1); audiencia que fue aplazada por solicitud de la Compañía aseguradora y reprogramada para el día 24 de mayo de 2012 a las 8:00 a.m (fl. 284 c.1)

Según el acta de la **audiencia del 24 de mayo de 2012** que obra en los folios 287 a 294 del c.1., cuyo objeto era *“audiencia por posible incumplimiento en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 – UNIÓN TEMPORAL LANDA”*, se desarrollaron diferentes puntos de supuesto incumplimiento tales como: Destoconado de los árboles, recolección de residuos, registro en el SIGAU, no entrega de informes, frente a los cuales el contratista realizó algunas refutaciones y solicitó plazo para entregar algunas de las pruebas que tenía en su poder pero que no habían sido llevadas a esa audiencia, lo cual fue concedido por el Jardín Botánico de Bogotá, tanto así que al final de la audiencia se dispuso: *“La Unión Temporal Landa se compromete a entregar el informe consolidado y hace entrega del informe 4 en medio magnético. A continuación la Jefe de la Oficina informa que se continuará con la audiencia el jueves 31 de mayo a las 8:00 a.m.”*.

No obstante, a través del oficio del 29 de mayo de 2012 la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del JBB, obrante a folio 248 del c.1, le comunicó a la representante legal de la Unión Temporal Landa que ***“en atención a la audiencia anotada en la referencia, respetuosamente me permito manifestarle que la misma se continuará el día 6 de junio del presente año a las 8:00 a.m (...)”*** (Negrilla del Juzgado). Empero vemos que ese día 6 de junio de 2012 fue cuando se expidió la Resolución 101 a través de la cual se declaró el incumplimiento del contrato 703 de 2011.

Quiere decir lo anterior que la entidad contratante no realizó la continuación de la audiencia en la cual se estudiarían las pruebas aportadas por la Unión Temporal Landa, sino que por el contrario, estando suspendida la audiencia de “posible incumplimiento del contrato”, expidió la Resolución 101 del 6 de junio de 2012 a través del cual declaró el incumplimiento parcial del contrato N° 703 de 2011 por parte del contratista Unión Temporal Landa, en contra vía del derecho al debido proceso y de defensa del contratista, principios que deben operar en las actuaciones administrativas.

Es más, resulta extraño para el Despacho que la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del JBB, mediante oficio del 7 de junio de 2012, (fl 248 del c.1), esto es con posterioridad a la declaratoria de incumplimiento, le comunicó a la representante legal de la Unión Temporal Landa que la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 *“va a ser suscrita el día martes 12 de junio de 2012, día en que la misma será cerrada”* y que *“le remito copia de la resolución sancionatoria como del acta del 24 de mayo de 2012, como quiera que la audiencia se encuentra en curso”*, cuando procesalmente dicha audiencia debió realizarse con anterioridad a la mencionada declaratoria de incumplimiento y no después como se hizo.

Cabe precisar que los literales que contemplan el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 debe ser interpretados en su contexto según las etapas que se vayan desplegando en su ejecución, por lo que no significa que la audiencia se deba desarrollar conforme enunciativamente lo va exponiendo la norma. Para el caso concreto, el literal d) del artículo

86 de la Ley 1474 de 2011 (de aplicarse) se desarrolla con anticipación al literal c) y no al contrario.

Así las cosas, de la lectura del propio acto administrativo puede entreverse que únicamente se efectuó la audiencia del 24 de mayo de 2012, vulnerando así el trámite procesal establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 cuando indica que *“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”* y que *“En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia,”* en clara vulneración del debido proceso y derecho de defensa del contratista Unión Temporal Landa, situación que da lugar a declarar la nulidad de los mismos.

Habida consideración de todo lo expuesto, concluye el Despacho que la parte demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos, pues como se señaló anteriormente, si hubo una falsa motivación de los actos administrativos acusados y una clara vulneración al debido proceso y de defensa del contratista Unión Temporal Landa, lo que da lugar a declarar la nulidad de las Resoluciones 101 del 6 de junio de 2012 y 110 del 15 de junio de 2012 expedidas por el Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis.

➤ **Liquidación de perjuicios**

Solicita la parte actora que, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada, al pago de los perjuicios materiales ponderados en cuantía de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como consecuencia de los perjuicios materiales causados.

No obstante, los presuntos perjuicios no se encuentran acreditados en el presente proceso, luego incumplió la carga probatoria que le correspondía, conforme al artículo 167 del Código General del Proceso que señala: *“Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, lo cual acarrea la desestimación de esta pretensión.

5. DE LA CONDENA EN COSTAS

El numeral 8º del artículo 365 del C.G.P., señala que *“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

Como en el presente proceso no se encuentra demostrada tal situación, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar la nulidad de la Resolución N° 101 del 06 de junio de 2012 expedida por el Jardín Botánico de Bogotá "José Celestino Mutis", mediante la cual *"se declara el incumplimiento, se declara el siniestro y se hace efectiva la póliza"*, y de la Resolución N° 110 del 15 de junio de 2012 a través de la cual *"se confirma la Resolución 101 del seis (6) de junio donde se declaró el incumplimiento del contrato JARDÍN BOTÁNICOB – 703 - 2011"*, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, se declara la inexistencia del siniestro por incumplimiento del contrato 703 de 2011, amparado mediante la póliza de cumplimiento N° 21.44-101094699 expedido por la compañía de seguros - Seguros del Estado s.a.

TERCERO.- En la medida que se encuentra probado en el expediente que la aseguradora ya efectuó el pago de la póliza No. 21.44-101094699, se le comunicará esta decisión a su representante legal para lo que considere pertinente.

CUARTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO.- Sin condena en costas.

SEXTO.- Ordenar a la entidad condenada dar aplicación para el cumplimiento de esta sentencia, a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO.- Por Secretaría del Juzgado, procédase a la notificación de la sentencia en la forma dispuesta en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011 y/o artículo 295 del C.G.P., según corresponda.

OCTAVO.- Ejecutoriada la presente sentencia, por Secretaría del Juzgado, expídanse las copias auténticas con constancia de ejecutoria al apoderado de la parte demandante, al Ministerio Público, y a la entidad demandada conforme a lo dispuesto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, numeral 2 del artículo 114 del C.G.P. y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 1995.

NOVENO.- Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si a ello hubiere lugar, y archívese el expediente dejando las respectivas constancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


JAZMÍN DEL SOCORRO ESLAIT MASSON
JUEZ

