

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TREINTA Y CINCO (35) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
- SECCIÓN TERCERA -

Bogotá, D.C, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado	11001333603520150080200
Medio de Control	Controversias Contractuales
Demandante	DQ Ingeniería SAS
Demandado	Jardín Botánico José Celestino Mutis

SENTENCIA

Agotadas las etapas y reunidos los presupuestos procesales, sin que se adviertan causales de nulidad que invaliden lo actuado, procede este Despacho Judicial a proferir sentencia dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con el artículo 187 de la Ley 1437.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

La sociedad DQ INGENIERIA SAS, a través de apoderado judicial, presentó demanda de controversias contractuales en contra del Jardín Botánico José Celestino Mutis, con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución 040 del 23 de febrero de 2015, por medio de la cual se liquidó el contrato No. 1174 de 2012.

1.2. PRETENSIONES

La parte demandante solicitó se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

- "5.1 Se declare la nulidad de la Resolución No. 040 de 23 de febrero de 2015, por la cual el Jardín Botánico liquidó unilateralmente el contrato de obra No. 1174 de 7 de diciembre de 2012.*
- 5.2. Que como consecuencia de dicha nulidad, se restablezca a mi poderdante el equilibrio económico roto en la ejecución del contrato No. 1774 (sic) de 2012 celebrado el 7 de diciembre de 2012 entre la firma DQ INGENIERIA EU hoy SAS y el JARDÍN BOTÁNICO DE BOGOTÁ JOSE CELESTINO MUTIS y en consecuencia la entidad accionada... me reconozca y pague las siguientes sumas de dinero.*
- 5.2.1 Por concepto la diferencia entre los costos propuestos y los costos en que se incurrió con el fin de dar cumplimiento a las exigencias del pliego de condiciones, del Jardín Botánico y de la interventoría, la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CIENTO OCHENTA Y DOS PESOS (\$295.736.182) M/CTE.*
- 5.2.2 Por concepto de costos de verificación de los 709 árboles no encontrados, la suma de CUARENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS DIEZ Y NUEVE MIL TRES PESOS (\$43.619.003) MCTE.*
- 5.2.3 Por concepto de demora por parte de la interventoría en la aprobación de las actas parciales y el acta final, la suma de VEINTI SIETE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS DIEZ PESOS (\$ 27.543.410).*
- 5.2.4 Por concepto de pago de la interventoría ante la exigencia de los modificatorios No. 1 y No. 2, la suma de CIENTO VEINTI (SIC) UN MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$121.930.464) MCTE.*

5.2.5 Por la suma de SESENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS DIEZ MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$ 67.610.156) MCTE; valor de la factura No. 812 de 2014 y que corresponde a la suma adecuada a DQ INGENIERIA SAS en desarrollo y ejecución del contrato de obra Ni, 1174 de 2014, tal como consta en el acta de recibo final de obra, si es que a la fecha de la sentencia no se ha producido el pago.

5.2.6 Por la suma de CINCO MILONES OCHOCIENTOS DIEZ Y OCHO MIL PESOS (\$5.818.000) MCTE por concepto de los intereses de mora causados desde la fecha de la factura 812 que se presentó para su pago y el 2 de abril de 2015...

5.3 Que las sumas de dinero que se ordene pagar se cancelen a mi cliente indexadas desde la fecha de terminación del contrato o desde el momento en que el fallador lo estime pertinente, y hasta la fecha en (sic) se produzca el pago efectivo de las sumas de dinero reconocidas.

5.4 Que se condene en costas a la entidad demandada."

1.3. FUNDAMENTO FÁCTICO

El fundamento fáctico relevante señalado en la demanda, es el que a continuación se sintetiza:

- El 7 de diciembre de 2012, DQ INGENIERIA y el Jardín Botánico José Celestino Mutis suscribieron el contrato No. JBB 1174, que tenía por objeto: "EL CONTRATISTA se compromete para con el JARDIN a ejecutar las obras en la ciudad de Bogotá, conforme con las condiciones, requerimientos, condiciones y demás aspectos señalados en los Estudios Previos, Pliego de Condiciones y Además de la licitación pública JBB-LP-002-2012". El valor de dicho contrato era por la suma de \$1.045.000.000, y el plazo de ejecución era de seis (6) meses.
- Ejecutadas las actividades contractuales, el 10 de diciembre de 2014, el Jardín Botánico José Celestino Mutis remitió a DQ INGENIERIA el acta de liquidación del contrato JBB 1174, pero la misma no fue suscrita por dicha sociedad porque, en su sentir, el costo real de la maquinaria, equipo y vehículos utilizados para 2402 árboles intervenidos correspondía a la suma de \$708.992.438 y no a \$545.921.796, señalados en el borrador del acta remitida. Así mismo, se hizo observaciones respecto a 709 árboles que no habían sido encontrados, pero que sí había habido necesidad de contratar profesionales adicionales a los exigidos en el pliego de condiciones, como lo había solicitado la interventoría.
- El 23 de febrero de 2015, la entidad contratante, mediante Resolución No. 040, liquidó unilateralmente el contrato No. 1174 de 2012, negando cualquier tipo de reconocimiento o suma de dinero a favor de DQ INGENIERIA. Contra la referida decisión, fue interpuesto recurso de reposición, el cual fue resuelto el 15 de mayo de 2015 mediante la Resolución No. 144, confirmado la decisión anterior.

1.4. FUNDAMENTO JURÍDICO

La parte demandante señaló como cargo de nulidad de las Resoluciones 040 y 144 de 2015, el de falsa de motivación, bajo el entendido que existían fundamentos fácticos y jurídicos para que la entidad demandada al momento de liquidar el contrato JBB 1174 reconociera mayores valores erogados, los cuales no fueron incorporados en la liquidación financiera.

Así mismo, señaló que existieron demoras y dilaciones por parte de la interventoría en aprobar las actas de obra, así como que se había presentado exigencias del pago de \$46.002.496, cuando la misma interventoría había aceptado que solo se adeudaba

\$18.345.097 por concepto de la prórroga del contrato, que en todo caso deben ser asumidas por la administración y no trasladar el costo al contratista.

Por otra parte, indicó que el mayor tiempo de ejecución del contrato y el incremento en los costos había obedecido a la oposición de la comunidad a la tala de los árboles, así como a la temporada de invierno, lo cual había generado un incremento de costos administrativos y de personal, que debían ser reconocidos por parte de la entidad.

Señaló que el equilibrio económico del contrato se había afectado, toda vez que el 30% de los árboles, esto es 709, no habían sido encontrados o no pudieron ser intervenidos, empero tal actividad requirió la contratación de un profesional verificador adicional y la realización de una visita conjunta con la interventoría; así que dichos valores debían ser asumidos por la entidad contratante. Igualmente, que el retraso de la interventoría para la aprobación del informe final, lo cual se hizo pasados doce (12) meses de la terminación del plazo del contrato, generaron costos administrativos adicionales, toda vez que hubo que hacer pagos a un número de personas, para que absolvieran los requerimientos de la entidad contratante y la interventoría.

1.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.5.1. Jardín Botánico José Celestino Mutis

El Jardín Botánico José Celestino Mutis, se opuso a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

- La suma de \$295.736.182 que solicita la parte demandante, correspondiente al valor adicional asumido para ejecutar el objeto contractual, no puede ser asumido por la entidad, toda vez que ello corresponde a gastos y costos que debió incurrir el contratista por el no cumplimiento en término de las actividades y obligaciones pactadas.
- Respecto de los 709 árboles no encontrados, los cuales según el contratista le generaron valores adicionales, señaló que en el contrato JBB 1174 no se estableció que los árboles no encontrados debían reportar actualización en el SIGUA, o se requería un trabajo social adicional sobre el particular.

Sobre el particular, indicó que *"teniendo en cuenta los rendimientos de los profesionales del Jardín Botánico que realizan verificación de árboles de campo, se tiene que en el día deben verificar 25 árboles, por lo tanto, los 364 árboles presentados con soportes por parte de la firma DQ Ingeniería EU en los informes mensuales, el tiempo establecido para dicha verificación corresponde a 15 días y no a 7 meses como lo establece DQ en la comunicación. Valor que de acuerdo a lo presentado por DQ correspondía a 15 días de trabajo del profesional verificador que la firma DQ Ingeniería EU incluyó en el plan de contingencia presentado el 24 de abril del 2013, debido a los retrasos e incumplimiento de las obligaciones y en la ejecución del contrato, correspondería a \$969.214,5 valor que está incluido dentro de los imprevistos establecidos en el contrato, es decir, el 1% que corresponde a \$10.450.000."*

- La suma de \$27.543.410 solicitado como consecuencia del tiempo en que la interventoría se retrasó para la aprobación del acta final, no deben ser asumidos por la entidad, toda vez que, si existió algún retraso, no le es imputable a ella.
- Según lo establecido en la Resolución No. 134 de 2013, el pago adicional de la interventoría que DQ INGENIERIA aduce haber asumido, no puede ser transferida como carga a la entidad, pues la exigencia de las modificaciones No. 1 y No. 2 por el tiempo adicional requerido, es una situación únicamente imputable al contratista por el incumplimiento de las obligaciones suscritas.

- Respecto de los \$67.601.156 por concepto de la Factura No. 812 de 2014, una vez quedó en firme la Resolución No. 144 de 2015, la entidad, en el mes de junio de la referida anualidad, realizó el pago correspondiente, quedando a paz y salvo financieramente frente a sus obligaciones en el contrato JBB 1174 de 2012.
- Con relación a los intereses solicitados señaló que al ser devuelta la factura No. 812, el retraso en el pago no era imputable a la entidad.
- Por último, la entidad contratante indicó que el desequilibrio contractual alegado por DQ INGENIERIA, no tiene ningún fundamento, en el entendido que de los 2401 árboles intervenidos y que fueron recibidos a satisfacción, tienen incluidos los valores relacionados con la medición, la intervención silvicultural, la recolección y disposición de residuos y la actualización SIGAU, así como los gastos administrativos de cada uno. Que tampoco tienen razón de ser los valores solicitados por concepto de tiempo y personal adicional, en tanto dichas situaciones obedecen única y exclusivamente al contratista, tal como quedó demostrado en las audiencias de incumplimiento. Que el incumplimiento tuvo como causa el no haber contado con el personal necesario desde el inicio del contrato, y que las cuadrillas no hubiesen laborado todos los días interviniendo árboles, por eso no se logró el rendimiento diario esperado.

1.5.2. Llamado en Garantía - ECOFLORA LTDA

La sociedad ECOFLORA Ltda., que realizó la interventoría del Contrato JBB 1174 de 2012 y fue llamado en garantía, se opuso a las pretensiones de la demanda y e indicó que en la ejecución del contrato se evidenciaron retrasos atribuibles a DQ Ingeniería, pues, según el cronograma de ejecución de obras, éstas fueron tardías y deficientes. Que, en lo referente a la labor de la interventoría, cumplió a cabalidad con sus funciones. Que, para la aprobación de la liquidación final, el contratista debía cumplir una serie de requisitos establecidos contractualmente, los cuales no fueron cumplidos en su oportunidad, omisión que generó que la aprobación del acta final se dilatará.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.6.1. Parte demandante

La parte demandante, conforme a las pruebas obrantes en el proceso, señaló que las resoluciones demandadas están viciadas por falsa motivación, dado que fue motivada bajo sustentos que riñen con la realidad.

Así mismo, manifestó que había quedado acreditado el desequilibrio económico del contrato No. 1174 de 2012, respecto a: i) la diferencia entre los costos propuestos y los costos en que se incurrió por parte del Jardín Botánico y de la interventoría; ii) así como en los costos de la verificación de los 709 árboles no encontrados o a cuya intervención la comunidad se opuso; ii) costos adicionales y los originados por la demora por parte de la interventoría en la aprobación de las actas parciales y el acta final, que se traduce en pérdida del poder adquisitivo; y iv) el pago de interventoría ante la exigencia de las modificaciones No. 1 y No. 2.

Aunado a lo anterior, adujo que, según los documentos y los testimonios rendidos, quedó acreditado que se presentaron diversas situaciones y dificultades dentro de la ejecución del contrato, los cuales no son imputables al contratista. Que de la prueba pericial (forestal y financiera) realizada, se extrae sin duda que existieron inconvenientes en la ejecución del contrato, los cuales no fueron reconocidos por la entidad demandada, así

como tampoco por la interventoría y que existe una diferencia de pérdida del proyecto de \$102.290.869.

Por último, insistió en los demás costos que tuvo que asumir por interventoría adicional, demoras reiteradas para la aprobación de los informes de ejecución e informe final.

1.6.2. Jardín Botánico José Celestino Mutis

El apoderado de la parte demandada, después de hacer una relación extensa de los medios de prueba obrantes en el proceso, manifestó que de las pruebas recaudadas no existe duda de que DQ INGENIERIA incumplió el contrato No. 1174 de 2012. Ello fue así, entre otros aspectos, porque cuando la ejecución del objeto contractual se encontraba en el quinto mes de los seis previstos como plazo, el avance correspondía apenas al 33.98%, situación que se encuentra ampliamente relacionada en los actos administrativos mediante los cuales se declaró el incumplimiento parcial, esto es, las Resoluciones Nos. 112 y 134 del 16 y 23 julio de 2013.

Igualmente, manifestó que el desequilibrio económico alegado por el demandante es una situación que únicamente obedece al incumplimiento presentado dentro del referido contrato, por tanto, solo es imputable a su accionar.

Indicó que del portazgo financiero se concluyó que la contabilidad de DQ INGENIERIA no reportó ningún sobrecosto, y que lo único que se evidenciaba era el pago por el contratista de la interventoría, el cual había sido aceptado por el contratista dentro del proceso sancionatorio, para efectos de no aplicar la caducidad del contrato.

Señaló que durante la ejecución del contrato y de manera posterior a la liquidación, al contratista se le hicieron los pagos correspondientes a cada individuo arbóreo, esto es, los costos directos, indirectos, impuestos, tasas, contribuciones. Hecho que fue corroborado por el perito contable.

Arguyo que quedó plenamente acreditado que el acto administrativo a través del cual se liquidó el contrato contiene la información real sobre todos los componentes, incluyendo el financiero y el jurídico, por tal razón no es viable declarar su nulidad.

1.6.3. Llamado en Garantía - ECOFLORA LTDA

ECOFLOA Ltda., en su rol de interventor del contrato No. JBB 1174 y conforme a las pruebas allegadas al proceso, reafirmó sus argumentos sobre el incumplimiento de las obligaciones por parte de DQ INGENIERIA, en tanto de manera reiterada había requerido al contratista para el cumplimiento de las actividades programadas, la disponibilidad de personal para alcanzar la meta de revisión de árboles; así como, respecto de los ajustes a los informes presentados y los requisitos establecidos en el contrato para la aprobación del informe final.

Manifestó que el pago adicional de la interventoría fue una decisión a la que llegaron las partes del contrato, a través de la suscripción de Otro Si, y que en nada participó la interventoría.

1.6.4 Ministerio Público

El representante del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo¹, en adelante CPACA, consagra un criterio mixto para establecer los litigios que debe conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En primera medida, fijó el criterio material, disponiendo las controversias originadas en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo y particulares cuando ejerzan funciones administrativas, es decir, aquellos que se causen por el ejercicio de dicha función; y un criterio orgánico, según el cual basta la presencia de una entidad de derecho público, para que el proceso sea tramitado ante esta jurisdicción.

Este Juzgado es competente para conocer el presente asunto de acuerdo con el artículo 155 del CPACA², que dispone que los juzgados administrativos son competentes para conocer de controversias sobre contratos cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2. TRÁMITE DEL PROCESO

- La demanda fue radicada el 29 de julio de 2015, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y mediante auto del 14 de septiembre de la referida anualidad fue remitido por competencia a los Juzgados Administrativos de Bogotá (Fls .73, 75-77).
- El 10 de febrero de 2015, mediante auto este Despacho admitió la demanda y ordenó su notificación (Fls 90-91).
- La parte demandada, esto es, el Jardín Botánico José Celestino Mutis contestó dentro del término legal otorgado y llamó en garantía a ECOFLORA Ltda., que había ejercido la interventoría del contrato JBB 1174 de 2012. (Fls. 100-140).
- El 01 de febrero de 2017, el Despacho admitió el llamado en garantía y se procedió con la respectiva notificación, lo que conllevó a que contestara el llamamiento dentro del término legal (Fls. 160-197).
- El 1 de octubre de 2018, este Despacho llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (Fls. 234-294).
- En los días 24 de octubre de 2019 y 25 de febrero de 2020 se realizó la audiencia de pruebas, en donde se practicaron las pruebas decretadas, se cerró el periodo probatorio y les fue otorgado a las partes el término de diez (10) días para presentar los alegatos de conclusión (Fls.403-406, 497-500).

¹ CPACA artículo 104

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.

² "Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en única instancia 6. De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes..."

- El 5 de junio del 2020, según constancia secretarial el proceso ingresó al Despacho para proferir sentencia (Fl. 620).

2.4. PROBLEMA JURÍDICO

Según como se indicó en la audiencia inicial, el Despacho resolverá si es procedente declarar la nulidad de las Resoluciones Nos. 040 y 144 del 23 de febrero y 144 15 de mayo de 2015, respectivamente, mediante las cuales la entidad demandada liquidó unilateralmente el contrato No. 1174 de 2012 y, si como consecuencia de ello, hay lugar a declarar el desequilibrio económico del contrato y el pago de la diferencia a que hubiere lugar.

2.5. CASO CONCRETO

2.5.1. Hechos relevantes acreditados a través de documentos

De las pruebas legalmente incorporadas y obrantes en el expediente, el Despacho tiene certeza de los siguientes hechos:

2.5.1.1. Proceso de selección – Licitación Pública JBB-LP-002-2012 y el Contrato No JBB 1174 de 2012

- El Jardín Botánico José Celestino Mutis en el año 2012 inició un proceso de licitación pública que tenía como objeto *"prestar los servicios profesionales para adelantar las obras de manejo silvicultural del arbolado urbano identificado como prioritario en la ciudad de Bogotá"*. En el documento denominado estudios previos se especificó, entre otros asuntos, los siguientes:

i) Las acciones que se ejecutarían correspondían a la tala, atención programada y de emergencias de los árboles que representan una intervención por volcamiento o daño a personas o bienes, así como la atención a árboles especiales, para su tratamiento a través de bloqueos o traslados.

ii) Sobre el personal solicitado para la ejecución de las actividades programadas, emergencia y la atención de árboles especiales, se indicó que el contratista debía contar con seis (6) cuadrillas, las cuales debían tener rendimientos diarios de 2.7 árboles por un plazo aproximado de seis (6) meses.

Sobre la disponibilidad de las cuadrillas se indicó: *"seis (6) cuadrillas para la atención programada, atención de emergencia y la atención de árboles especiales, con capacidad de reacción para la atención de emergencia (con disponibilidad las 24 horas y con capacidad de respuesta y llegada al sitio de máximo dos (2) horas, cada cuadrilla contará con un mínimo seis (6) operarios, cuatro (4) operarios no especializados y dos (2) operarios de altura y un (1) ingeniero residente que los acompañará y dirigirá de forma permanente. En ningún caso las cuadrillas realizarán labores sin la presencia del respectivo ingeniero residente."*

iii) Así mismo, se señaló que en caso de que la entidad lo requiriera, el contratista debía estar en capacidad de aumentar el número de cuadrillas a ocho (8), contando con dos (2) adicionales además de las seis (6) permanentes.

iii) Sobre los informes, se indicó que el contratista debía entregar un informe preliminar, seis (6) informes mensuales, un informe final e informes extraordinarios si se requerían.

Respecto del informe final, se estableció que debía ser presentado al momento de culminar las labores, y que debía contener:

- a) Acta final de obra según formato entregado por la interventoría y cuadro de cantidades de obra ejecutadas.
 - b) 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 su ejecución.
 - c) Consolidado de la ejecución del plan de seguridad y salud ocupacional implementado.
 - d) Consolidado del plan de formación ciudadana (actas firmadas por la comunidad).
 - e) Consolidado de capacitación al personal vinculado.
 - f) Consolidado de registro digital detallado.
 - g) Soporte del destino final de los residuos expedidos por las Escombreras autorizadas por las Secretaría Distrital de Ambiente.
 - h) Consolidado de cantidad de obra ejecutada según formato entregado por interventoría.
 - i) Relación y análisis del registro de atención ciudadana.
 - j) Consolidado de actualización en el Sistema de Información para la Gestión del Arbolado Urbano – SIGAU.
- Por su parte, la entidad demandada después de las observaciones realizadas al prepliego de condiciones publicó el 22 de octubre de 2012, el pliego de condiciones definitivo, en donde se contemplaron siete (7) riesgos, con su respectiva atribución, así:

Riesgo General	Observaciones	Probabilidad	Impacto	Estimación	Participación
Sociales o Políticos	Huelga de la ciudadanía por la intervención de los individuos arbóreos	Medio-Alto	Bajo	\$ 21.593.229,52	3,16%
Operacionales	Inadecuados procesos y procedimientos para el manejo de los individuos arbóreos	Bajo	Medio-Bajo	\$ 15.309.336,97	2,24%
Operacionales	Inobservancia de los procesos SISO en la intervención de los individuos arbóreos	Medio-Bajo	Bajo	\$ 11.875.638,10	1,74%
Regulatorio	Modificación de las condiciones legales para el manejo de la cobertura arborea	Bajo	Medio-Bajo	\$ 15.309.336,97	2,24%
De la naturaleza	Intervención de los individuos arbóreos en épocas de lluvias	Alto	Medio-Bajo	\$ 92.031.885,96	13,47%
Ambientales	Errores cometidos en la aplicación de tratamientos silviculturales distintos al autorizado por la autoridad ambiental (SDA)	Alto	Alto	\$ 505.659.849,08	73,99%
Tecnológicos	Demoras en la actualización de los individuos intervenidos en el SIGAU, por fallas en el aplicativo WEB	Medio-Alto	Bajo	\$ 21.593.229,52	3,16%

Riesgo	Asignación		Porcentaje
Riesgo 1	Contratista		
	JBB		
	Contratista/ JBB	x	50%, 50%
Riesgo 2	Contratista	x	100%
	JBB		
	Contratista/ JBB		
Riesgo 3	Contratista	x	100%
	JBB		
	Contratista/ JBB		
Riesgo 4	Contratista		
	JBB	x	100%
	Contratista/ JBB		
Riesgo 5	Contratista		
	JBB		
	Contratista/ JBB	x	50%, 50%
Riesgo 6	Contratista	X	100%
	JBB		
	Contratista/ JBB		
Riesgo 7	Contratista		
	JBB	X	100%
	Contratista/ JBB		

En la parte correspondiente a las condiciones técnicas del equipo profesional y personal de obra, contenidas en el pliego de condiciones definitivo y los anexos, la entidad contratante estableció de manera clara que el contratista debía garantizar un mínimo de ocho (8) cuadrillas, las cuales debían estar en disponibilidad para la atención de emergencias las 24 horas y con capacidad de respuesta y llegada al sitio en máximo de dos (2) horas, y contar además con la capacidad de aumentar a diez (10) cuadrillas, en caso que la entidad contratista así lo requiriera.

- Por su parte, en la propuesta allegada por DQ INGENIERIA, de manera expresa en la carta de compromiso, entre otros asuntos señaló que *"en caso de resultar aceptada mi oferta, me comprometo a garantizar la totalidad del equipo técnico y el personal de la obra requerido para la ejecución del contrato."* Así mismo, declaró que conocía a cabalidad los pliegos de condiciones y adendas, sus reglas de juego y modificaciones que se han hecho a los mismo hasta el cierre de la licitación.
- El 7 de diciembre de 2012, DQ INGENIERIA y el Jardín Botánico José Celestino Mutis, suscribieron el contrato No. JBB 1174, el cual tenía por objeto: *"EL CONTRATISTA se compromete para con el JARDIN a ejecutar las obras de manejo silvicultural del arbolado urbano identificado como prioritario en la ciudad de Bogotá conforme con las condiciones, requerimientos, condiciones y demás aspectos señalados en los Estudios Previos, Pliego de Condiciones y adendas de la Licitación Pública JBB-LP-002-2012"*. El valor del contrato se estableció en la suma de \$1.045.000.000, y un plazo de ejecución de seis (6) meses o hasta que se agotara el presupuesto.

En la cláusula segunda del contrato se estipuló que el contratista debía garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Licitación Pública JBB-LP-002-2012, acatando las recomendaciones dadas por el interventor y la entidad contratante.

A su vez, en la cláusula tercera se establecieron las obligaciones y actividades del contratista, y entre ellas se encuentran:

"1. Efectuar con diligencia el objeto del presente contrato. 2. Garantizar el cumplimiento y calidad del objeto contratado, con el fin de que se cumpla en condiciones de calidad y eficiencia, para lo cual deberá constituir dentro de los cinco (5) días siguientes a la suscripción del contrato, la garantía única y demás documentos a que haya lugar para la legalización del presente contrato. 3. El contratista debe presentar al JARDIN dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la suscripción del presente contrato, todas las hojas de vida con sus soportes del personal requerido y ofertado por el CONTRATISTA, conforme a las condiciones y requerimientos técnicos exigidos en el pliego de condiciones... 6. Avisar oportunamente al JARDIN de las situaciones previsibles que pueden afectar el equilibrio financiero del contrato. 7. Atender las observaciones de quien ejerce la interventoría y control del contrato...11. Cumplir todos y cada uno de los ofrecimientos y compromisos ofertados en la propuesta. 12. Cumplir con las especificaciones técnicas, perfiles, condiciones profesionales, experiencia, certificaciones, hojas de vida, estudios y demás requisitos y documentos necesarios para

el equipo profesional y personal de obra, así como las condiciones técnicas adicionales ofertadas, de acuerdo a las condiciones exigidas en el pliego de condiciones y ofertadas por el CONTRATISTA para el correcto funcionamiento del objeto contractual... 15. Garantizar la vinculación de los profesionales sociales e ingenieros medidores, establecidos y requeridos en el pliego de condiciones, una vez firmada el acta de inicio con el fin de adelantar las labores previas establecidas para la intervención de los árboles por el personal operativo...18 Realizar el registro fotográfico del individuo a talar antes y después de la intervención desde el mismo Angulo que presenta el Concepto técnico en el formato entregado por el JBJCM para tal fin. En caso de NO encontrarse el árbol, reportar inmediatamente al interventor con copia al JBJCM, esta situación deberá evidenciarse con registro fotográfico...30. Entregar al interventor y/o JARDIN BOTANICO la documentación relacionada con el contrato que éste requiera, sin ningún tipo de restricción o condición por parte del contratista. 31. Presentar los respectivos informes de actividades..."

Respecto a la forma de pago, en el referido contrato se contempló:

"SÉPTIMO: EL JARDIN, cancelará el valor del presente contrato así: pagos mensuales correspondientes a la sumatoria de los valores obtenidos para cada una de las actividades ejecutadas, al aplicar la fórmula contenida en la Resolución JBJCM No. 334 del 3 de junio de 2011 o aquella que la modifique, adicione, derogue y reemplazar (SIC) los valores de altura, perímetro y valor unitario propuesto, previo informe presentado por el contratista, con la correspondiente verificación de cantidades de obra en campo, aprobación por parte del interventor y visto bueno del Jardín Botánico. El último pago se realizará cuando finalicen la totalidad de las obras, recibidas a satisfacción y se hayan cumplido con los requisitos dispuestos para llevar a cabo la liquidación del contrato. El Jardín botánico José Celestino Mutis, una vez verificada y aprobada la autorización de pago por parte del interventor, hará los pagos dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la correcta radicación de la factura, previa programación del PAC respectivo, previa entrega de los siguientes documentos; a) informe de actividades de acuerdo a las especificaciones establecidas en las especificaciones técnicas debidamente firmado por el contratista y las indicaciones dadas por el JBB. b) Copia de la planilla de pago de los aportes al régimen de seguridad social, para el periodo cobrado, en proporción al valor mensual del contrato, cuando se trate de personas naturales o certificación suscrita por el representante legal o revisor fiscal, que acredite el cumplimiento del pago de aportes al sistema de seguridad social integral de los ultimo seis (6) meses de conformidad con el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 o aquella que la modifique, adicione o sustituya cuando se trate de personas jurídicas..."

Por su parte, en la cláusula décima quinta sobre la liquidación del contrato se consignó:

"DECIMA QUINTA – LIQUIDACIÓN: Terminada la ejecución del contrato, se procederá a su liquidación dentro de los cuatro (4) meses siguientes, según lo establecido en la Ley 80 de 1993, en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y en sus decretos reglamentarios. En la liquidación del contrato se dará estricto cumplimiento al artículo 50 de la Ley 789 de 2002. PARÁGRAFO PRIMERO: EL JARDIN a través del supervisor del contrato verificará el cumplimiento durante toda la vigencia del contrato de las sumas que debieron haber sido cotizadas por parte del CONTRATISTA, en lo referente a sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar – ICBF y SENA cuando a ello hubiere lugar. PARÁGRAFO SEGUNDO: En la liquidación del contrato, además de tenerse en cuenta el cumplimiento del objeto como tal, se debe verificar que EL CONTRATISTA haya efectuado la devolución de los bienes entregados para el desarrollo del mismo. En caso de pérdida, hurto o deterioro de los bienes suministrados al CONTRATISTA, EL JARDIN está facultado para retener y descontar el valor de los bienes suministrados al momento del último pago con el fin de garantizar los activos y el patrimonio de la Entidad."

Ahora bien, conforme a lo establecido en el pliego de condiciones y el contrato 1174 de 2012, se infiere que el promedio de rendimiento por día de una (1) cuadrilla equivale a la intervención de 2.7 árboles diarios; en ese orden de ideas, al contar con seis (6) cuadrillas, al terminar los seis (6) meses de ejecución proyectados, se esperaba la intervención de aproximadamente 2.916 individuos, y al contar con ocho (8) cuadrillas, por el mismo término, la intervención debía corresponder en promedio a 3.888 individuos.

2.5.1.2. Ejecución del Contrato JBB 1174 DE 2012 y las actividades de la interventoría

- El 28 de enero de 2013, DQ INGENIERIA suscribió el acta de inicio del Contrato No. JBB 1174 de 2012. En consecuencia, los seis (6) meses de plazo contemplados en el contrato vencían el 28 de julio de la referida anualidad.

- El 12 de febrero de 2013, ECOFLORA LTDA en calidad de interventor del Contrato JBB 1174, remitió informe de incumplimiento a la entidad contratante, entre otros asuntos por: i) la retraso en la remisión de las hojas de vida del personal requerido en los pliegos de condiciones, de manera posterior en el mes de enero e inicios de febrero del referido año, todo el personal escogido por el contratista para realizar las actividades programadas, no habían superado la revisión. De los 32 operarios que se necesitaban, doce de ellos no cumplían con la experiencia mínima señalado en el pliego de condiciones y la totalidad de ellos no contaban con el certificado básico de trabajo en altura; ii) para la fecha del informe el contratista no había entregado el informe preliminar con los respectivos ajustes, según las observaciones realizadas al cronograma de trabajo y plan de información ciudadana, y no había remitido el contrato de trabajo celebrado con las personas habilitadas y el reporte de las afiliaciones al sistema de seguridad social integral; iii) demora en el inicio de las actividades operativas de ejecución de obras de manejo silvicultural del arbolado urbano.
- El 26 de febrero de 2013, el Jardín Botánico José Celestino Mutis mediante Resolución No. 018 declaró el incumplimiento de algunas de las obligaciones del contrato JBB 1174 por parte de DQ INGENIERIA, lo que conllevó la imposición de una multa por valor de \$59.565.000. En consecuencia, ordenó la afectación de la Póliza de Seguro No. 42-44.101054454. Dicha decisión estuvo fundamentada, entre otros, en la entrega tardía del informe preliminar, y en el hecho de que para dicha fecha no había sido aprobado en su integridad por el interventor, así como tampoco había sido aprobada la totalidad de las hojas de vida del personal que debía intervenir los árboles, y se encontraban operadores realizando hasta ese momento capacitaciones pertinentes para realizar las actividades señaladas en el contrato.
- Dicha decisión fue objeto de recurso de reposición, el cual fue resuelto el 6 de marzo de 2013 mediante Resolución No. 021, confirmando la decisión.
- El 17 de mayo de 2013, el Subdirector Técnico Operativo del Jardín Botánico José Celestino Mutis, mediante memorando dirigido a la Oficina Asesora Jurídica, indicó:

"Con el fin de atender la solicitud y requerimiento del contratista de Interventoría ECOFLORA LTDA me permito poner en conocimiento aspectos del contrato de obra No. JBB1174-2012 suscrito entre el JBB y DQ INGENIERIA, que deben ser considerados en la respuesta al comunicado de la interventoría, los cuales son:

- *La intervención del contratista de obra con corte a 15 de abril ha sido de 314 árboles, tan solo el 21.49% de los árboles entregados, ya que debieran haber ejecutado 1296 árboles con el rendimiento establecido en los pliegos de condiciones.*
- *Las cuadrillas presentan rendimiento promedio de 14.3 árboles talados por cuadrilla al mes y diarios de 0.59 árboles muy por debajo de lo establecido en los pliegos de condiciones de la licitación, lo cual corresponde a la intervención de 2.7 árboles (Árbol tipo: Altura 12 m y 150 cm de perímetro a 50 cm del suelo).*
- *En promedio han laborado cuatro (4) cuadrillas en los meses de ejecución, cuando se requería que el contratista garantizara como mínimo la operación de ocho (8) cuadrillas en campo.*
- *Solo han realizado el trabajo social de 167 Conceptos técnicos, lo cual corresponde al 33% de los 507 conceptos técnicos entregados a 15 de abril.*
- *Solo se ha realizado la visita de verificación de 938 árboles, correspondientes al 56% del total arboles entregados por el JBB para su intervención.*
- *Durante cerca de dos (2) semanas del mes de abril de 2013, las dos (2) profesionales sociales, cinco (5) ingenieros residentes y operarios (especializados y no especializados) que hacen parte del equipo operativo y profesional, no realizaron ninguna labor como protesta a los retrasos en los pagos de nómina de la empresa DQ.*
- *La falta de planificación por parte del contratista ha generado que no entreguen Conceptos Técnicos en físico para realizar el trabajo social a pesar de haber recibido del JBB 507 CT en medio magnético.*
- *Realizan recorridos de medición diaria sin realizar una adecuada zonificación que permita aumentar rendimientos al equipo de medición.*

- *Falta de apoyo logístico (vehículos) no les permite el desplazamiento del equipo y/o medición de campo para realizar las labores de manera rápida y efectiva, además que el vehículo con el que cuentan es de servicio particular y es objeto de la medida de pico y placa en la ciudad.*
- *Entregan conceptos técnicos a las cuadrillas sin previo trabajo social.*
- *Deficiente programación diaria de cuadrillas en campo hace que los desplazamientos entre cada uno de los conceptos técnicos a intervenir sean largos con pérdidas de tiempo considerables.*
- *Falta de articulación y comunicación entre el director de obra y residencia de obra, retrasa la ejecución del contrato*

- El 13 de junio de 2013, el contratista a través de oficio le solicitó a la entidad pública contratante que ampliara el plazo del contrato JBB 1174, toda vez que no se había agotado el presupuesto y en atención a diversas contingencias que se habían presentado, como aplicación de personal calificado, rotación de personal profesional y operativo y otras imputables a la entidad, como el retraso en la determinación del representante para el acampamiento de las reuniones con la comunidad.

- El 26 de junio de 2013, el Interventor ECOFLORA LTDA presentó ante la entidad contratante informe de incumplimiento del contrato JBB 1174 de 2012, en donde señaló que de los 675 conceptos técnicos para intervenir árboles, que representan 2106 árboles, para el 20 de junio llevaba 724 talas y 24 poda de árboles, para un porcentaje de ejecución del 33.45%, cuando para dicha fecha debió ejecutar el 83.39%, atraso que repercute de manera directa en la ejecución presupuestal.

Así mismo, refirió que el atraso identificado obedeció a la falta de actividad de las cuadrillas definidas en el pliego de condiciones definitivo y la Adenda No. 02, que establecía la disponibilidad de ocho (8) cuadrillas durante todo el plazo del contrato, deber que solo fue cumplido entre el 5 al 15 de marzo de 2013, y el resto del periodo desde el 18 de febrero de la referida anualidad, en promedio solo ha tenido disponibilidad de 4.4 cuadrillas por día.

Por otra parte, indicó que existía una mal planeación de la ejecución de las obras, toda vez que se realizaban trabajos sin conceptos técnicos, así como que se ejecutaban recorridos de medición sin una adecuada zonificación y falta de apoyo logístico para el desplazamiento del equipo.

Debido a lo descrito, la interventoría le solicitó al contratista un plan de contingencia para el cumplimiento del objeto contractual, toda vez que el retraso evidenciado significaba una inejecución de \$521.873.000, y a la entidad contratante le recomendó que iniciara el procedimiento correspondiente debido a los incumplimientos sucesivos y reiterados.

- El 6 de julio de 2013, el contratista remitió a ECOFLORA LTDA la respuesta a las observaciones realizadas al informe No. 3 del periodo 28 de marzo al 27 de abril y que tenían relación con el soporte de pago de aportes al sistema de seguridad social integral, soporte de aplicación de normas vigentes en materia de seguridad industrial y ocupacional, actas de capacitación, cantidad de obra ejecutada, consolidado de árboles actualizados en el SIGAU, entre otros.

- El 16 de julio de 2013, el Jardín Botánico José Celestino Mutis mediante Resolución No. 112 declaró la caducidad del contrato JBB 1174 de 2012, teniendo en cuenta entre otros, los siguientes argumentos:

"El JBB para garantizar la efectiva ejecución contractual, con posterioridad a la imposición de la multa, solicitó al contratista un plan de contingencia con el propósito de que pudiera cumplir con sus obligaciones contractuales, plan que fue presentado el 25 de abril de 2013, el cual tampoco se ajustaba a las obligaciones contractuales, pactadas al momento de suscribir el contrato. Es importante señalar que además de lo anterior se le otorgaron varios plazos para cumplir con el

personal propuesto tal y como consta en las actas de comité de obra que forman parte integral de la presente resolución.

Ante la imposibilidad con que con estas medidas se pudiera ajustar la ejecución contractual fue necesario imponer una multa al contratista, cuya naturaleza jurídica es apremiarlo para que cumpliera las obligaciones, sin embargo, a la fecha presente el incumplimiento contractual persiste poniendo en grave riesgo la ejecución total del contrato y con ello la efectiva continua y eficiente prestación del servicio dado como resultado a la fecha de esta audiencia en un atraso del ...55.29%”

- El 19 de julio de 2013, DQ INGENIERIA y Seguros del Estado interpusieron recurso de reposición contra la decisión de declarar la caducidad del contrato JBB 1174 de 2012.

- 24 de julio de 2013, las partes contratantes suscriben la Prórroga No. 01 ampliando el plazo del Contrato JBB 1174 por cuatro (4) meses y tres (3) días calendario; así como una adición a la forma de pago, sobre el valor de los honorarios causados con relación al trabajo adicional que debía realizar la interventoría durante el término de la prórroga y un mes más, quedando a cargo del contratista el respectivo pago. Igualmente, se indicó que *"los recursos adicionales para el pago de los cinco (5) meses adicionales de interventoría, los cuales corresponden a CIENTO QUINCE MILLINES TRESCIENTOS QUINCE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE \$ 115.315.996 IVA incluido, será descontadas equivalentemente en cinco (5) pagos mensuales, de los pagos del contrato de obra 1174-2012..., y girados directamente a la interventoría. En el último pago se descontará el saldo total adeudado a la interventoría correspondientes a los meses 4 y 5 de ejecución de la interventoría. Este descuento se entiende autorizado con la firma del OTRO SI."*

- El 26 de julio de 2013, la entidad contratante mediante Resolución No. 134 dejó sin efecto la Resolución No. 112, a través de la cual había declarado la caducidad el Contrato No. 1174 de 2012 y a su vez, declaró el incumplimiento parcial, señalando que DQ INGENIERIA, debía asumir el costo de la interventoría de conformidad con las prórrogas referidas, y entregar para la primera semana de agosto un plan de choque para cumplir con el objeto contractual.

Dicha decisión tuvo como fundamento los siguientes argumentos:

"Que el Jardín Botánico mediante oficios 535, 536 y 537 del 2 de julio de 2012 citó al contratista DQ Ingeniería y a su garante aseguradora SEGUROS DEL ESTADO SA. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para que ejercieran sus derechos de defensa y debido proceso.

Que la audiencia a que se refiere el inciso anterior empezó el día 5 de julio de 2013 y se desarrolló durante los días 8,12, 16 y 22 de julio de 2013.

Que JBB con el fin de garantizar el derecho de defensa y debido proceso al contratista y su garante, y procurar el cumplimiento contractual, para así evitar la paralización del servicio solicitó presentar un plan de choque, a más tardar el día 8 de julio de 2013.

Que el día 8 de julio de 2013, se reanudó la audiencia, donde el contratista DQ INGENIEROS informa la viabilidad de continuar con el contrato en las condiciones pactadas, por lo que solicita que no se declare la caducidad y por el contrario se liquide, posición que es coadyuvada por el garante de la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO SA. Esta afirmación es reiterada por el contratista y la aseguradora en la continuación de la audiencia llevada a cabo el día 16 de julio de 2013.

Que, por lo anterior, es forzoso concluir que existe incumplimiento parcial del contrato 1174 de 2012 atribuible única y exclusivamente al contratista, por lo que pone al JBB en una situación compleja para atender sus compromisos de orden legal con la ciudad, razón por la cual se hace necesario tomar todas las medidas para defender el patrimonio público y la calidad del ambiente.

Que este incumplimiento en la ejecución del contrato 1174 de 2012, por parte de la firma contratista DQ Ingeniería, se encuentra plenamente soportada especialmente en los Oficios del 2 de julio de 2013, proferido por la interventoría del contrato, ejercida por la sociedad ECOFLORA SAS y memorandos internos STO 160 del 8 de julio de 2013 de la Subdirección Técnica Operativa del JBICM...

Que el 22 de julio del 2013, se reanudó la sesión de la audiencia de incumplimiento, donde el

Secretario General y Control Disciplinario de JBJCM en procura de salvaguardar la continuidad del servicio público relacionado con el tratamiento silvicultural, procedió a preguntarle al contratista DQ INGENIERIA en qué plazo adicional al inicialmente fijado, se completaría la ejecución total de lo contratado, partiendo del supuesto que el costo de la interventoría a ejercer la parte de la firma ECOFLORA estuviera a su cargo.

Que el contratista DQ Ingeniería, luego de varias discusiones, plantea que la ejecución total del contrato 1174 de 2012, la puede culminar el 30 de noviembre de 2013 y acepta que el costo de la interventoría este a su cargo."

- El 29 de noviembre de 2013, entre las partes del Contrato No. 1174, se suscribió la Prórroga y Adición No. 2, en donde se estableció una ampliación del plazo de ejecución por veintidós (22) días, así como que contratista debía asumir el valor de la interventoría correspondiente a \$16.937.671 IVA incluido por la ampliación de dicha labor. Suma de dinero que sería descontada de los pagos del contrato de obra y girados directamente al interventor.

2.5.1.3. Trámite de aprobación de informe final del Contrato JBB 1174 de 2012

-Según oficio radicado ante la entidad contratante, se tiene que el 3 de febrero del 2014, el contratista mediante oficio presentó ante ECOFLORA LTDA el último informe de las actividades ejecutadas en el mes de diciembre de 2013 y el informe final, el cual fue objeto de observaciones y, por ende, el contratista presentó las correcciones correspondientes el 18 de marzo del 2014.

-El 7 de abril de 2014, DQ INGENIERIA envió a la interventoría un oficio en donde señala que la cantidad final ejecutada supera el valor del contrato en \$274.747, pero que no realizara ningún cobro al respecto, toda vez que no puede superar el valor establecido en el contrato.

-El 24 de abril de 2014, el contratista remitió respuesta a ECOFLORA LTDA respecto de las observaciones hechas al informe final. En dicho documento DQ INGENIERIA hizo alusión y allegó documentación sobre los siguientes puntos: i) El valor ejecutado en el último mes y el monto del proyecto total; ii) Consolidado de pagos de seguridad social y parafiscales; iii) Consolidado del plan de seguridad y salud ocupacional; iv) Información consolidada de los accidentes, aplicación de normas de seguridad entre otros; v) Relación de registro de atención al ciudadano; vi) Consolidado de las jornadas de capacitación al personal vinculado; vii) Reporte del consolidado del trabajo comunitario de las trabajadoras sociales durante todo el tiempo en que se ejecutó el contrato; viii) Registro Fotográfico digital, detallado, comentado y fechado correspondiente a las obras ejecutadas; ix) totalidad de residuos vegetales dispuestos en la Planta de Control Ambiental de Colombia; x) Consolidado de cantidad de obra ejecutada, para establecer de forma detallada la cantidad de árboles intervenidos; xi) Presentación en medio físico de la totalidad de las planillas radicadas en la oficina de arborización del JBJCM y recibo a satisfacción del registro de información en el SIGAU; xii) Actas de recibo a satisfacción por parte de la comunidad de los arreglos realizados frente a daños físicos presentados durante la ejecución; y xiii) Reporte de la totalidad de los pagos realizados al equipo profesional y operativo por concepto de salarios y prestaciones sociales.

-El 7 de julio de 2014, DQ INGENIERIA informó mediante oficio a la entidad contratante que ese mismo día y el pasado 2 de julio había radicado ante ECOFLORA LTDA la respuesta a las observaciones realizadas al último informe del mes de diciembre de 2013, así como la corrección del informe final.

-El 27 de agosto de 2014, el contratista le indicó al Jardín Botánico que se encontraba realizando las correcciones a las observaciones realizadas por el interventor al informe final presentado; por eso, le solicitó que le fueran entregadas las carpetas que reposaban en la entidad para realizar los ajustes requeridos.

--El 5 de septiembre de 2014, en las oficinas de la entidad contratante se realizó una reunión con la Ingeniera Johana Hoyos, a quien le fueron entregadas en calidad de préstamo, las carpetas con los soportes de la ejecución del contrato.

El 19 de septiembre de 2014, DQ INGENIERIA radicó ante el interventor respuesta a las observaciones realizadas al informe de diciembre de 2013 y el informe final.

-El 28 de noviembre de 2014, el contratista suscribió el formato denominado "*INFORME FINAL Y DE RECIBO A SATISFACCION PRESTACION DE SERVICIOS JARDÍN BOTÁNICO JOSÉ CELESTINO MUTIS*", en donde entre otros aspectos, indicó que habían sido cancelados por parte del ente contratante la suma de \$977.389.844 y existía un saldo por pagar de \$67.610.156.

- El 10 de diciembre de 2014, ECOFLORA LTDA y DQ INGENIERIA suscribieron el acta de terminación del contrato No. 1174 de 2012, señalando que el valor ejecutado correspondía a \$1.045.000.000 y la fecha de terminación del contrato había sido el 22 de diciembre de 2013.

- El 15 de marzo de 2015, ECOFLORA LTDA a través de oficio informó a DQ INGENIERIA que le adeudaba la suma de \$18.345.097 por concepto de interventoría técnica, administrativa y financiera del contrato No. 1174 de 2012.

2.5.1.4. Sobre la liquidación del Contrato JBB 1174 de 2012

-El Jardín Botánico José Celestino Mutis después de que se suscribió el acta de terminación del contrato JBB 1174 de 2014 y fue aprobado el informe final, inició el trámite de liquidación bilateral del referido contrato, presentándole al contratista un borrador en donde se le reconocía el saldo pendiente de \$67.610.156 y que se encontraban a paz y salvo en la medida que la ecuación contractual no se había alterado.

-Como consecuencia de la anterior manifestación, DQ INGENIERIA el 22 de diciembre de 2014, radicó aclaraciones respecto al acta de liquidación, en tanto consideró que i) existía una diferencia a su favor de \$295.736.182 entre lo estimado en el pliego de condiciones y lo realmente ejecutado; ii) la información entregada por la entidad no correspondía a la realidad, en tanto 709 árboles no habían sido encontrados, lo cual había requerido la contratación de personal adicional a los exigidos en el pliego de condiciones, que conllevaron a generar un gasto de \$43.619.003; iii) la pérdida de valor adquisitivo por el retraso en la aprobación del informe final y los demás informes mensuales por valor de \$22.143.410; y iv) pago de la interventoría en los plazos ampliados, que no le correspondía.

-Ante la imposibilidad de liquidar el contrato de mutuo acuerdo, el 23 de febrero de 2015, el Jardín Botánico José Celestino Mutis mediante la Resolución No. 040 liquidó unilateralmente el Contrato JBB No. 1174 de 2012 y negó el reconocimiento y pago de las sumas solicitadas por el contratista, pues no existía el desequilibrio económico alegado y ordenó que se le pagara al contratista la suma \$67.610.156 por concepto de saldo del valor del contrato, de los cuales se le debía descontar \$46.001.496 y pagárselos a ECOFLORA LTDA, correspondiente al último pago de la ampliación de la interventoría.

Dichas decisiones tuvieron como fundamento:

"Tabla No. 01 Relación de pagos efectuados y saldo a favor de la firma DQ INGENIERIA"

VALOR DEL CONTRATO	VALOR PAGADO	ORDEN DE PAGO	FECHA DE PAGO	FORMA DE PAGO	VALOR EJECUTADO
\$ 1.045.000.000	\$ 47.762.000	96	25/01/2013	Cuota 1 de 11	\$ 47.762.000

	\$ 94.127.350	231	21/06/2013	Cuota 2 de 11	\$ 94.127.350
	\$ 60.384.620	253	22/07/2013	Cuota 3 de 11	\$ 60.384.620
	\$ 88.925.816	277	21/08/2013	Cuota 4 de 11	\$ 88.925.816
	\$61.604.471	286	30/08/2013	Cuota 5 de 11	\$61.604.471
	\$53.125.925	308	19/09/2013	Cuota 6 de 11	\$53.125.925
	\$103.396.860	332	22/10/2013	Cuota 7 de 11	\$103.396.860
	\$ 164.986.303	354	21/11/2013	Cuota 8 de 11	\$ 164.986.303
	\$ 116.181.141	359	12/12/2013	Cuota 9 de 11	\$ 116.181.141
	\$ 186.367.858	377	19/12/2013	Cuota 10 de 11	\$ 186.367.858
VALOR TOTAL DEL CONTRATO	VALOR TOTAL PAGADO	Saldo a favor del contratista			VALOR TOTAL EJECUTADO
\$1.045.000.000	\$ 977.389.844	\$ 67.610.156			\$1.045.000.000

...Bien se observa entonces, que el contratista DQ INGENIERIA tenía pleno conocimiento de las condiciones en que debía cumplir con el objeto contractual, por lo que mal podría aceptarse que los inconvenientes por él manifestados (árboles inexistentes, inclemencias del clima, etc.), son eventos extraordinarios y no imputables al contratista, que permitan reconocer un desequilibrio económico, y mucho menos atribuible al Jardín Botánico José Celestino Mutis, tal y como quedó demostrado en el memorando 2015IE12901 del 15 de enero de 2015 arriba transcrito...

De lo anterior se desprende entonces, que la necesidad de prorrogar el contrato de obra 1174 de 2012, obedeció a la culpa exclusiva del contratista DQ INGENIERIA, al no conformar y cumplir con el número de operarios y profesionales exigidos en el pliego de condiciones al momento de suscribir el contrato de obra, que por obvias razones se vio avocado a la declaratoria de incumplimiento del contrato, que fue sustituida por la citadas prórrogas y asumir los gastos de supervisión, pues sin necesidad de más argumentaciones jurídicas, el Jardín Botánico José Celestino Mutis, no podría incurrir en un detrimento patrimonial al arrogarse un gasto adicional en el pago de la supervisión que generaba las prórrogas del contrato.

Para el Jardín Botánico José Celestino Mutis resulta claro entonces la aplicación del principio universal... según el cual nadie puede alegar en su favor su propia torpeza o culpa, y por tanto no es posible aceptar el incumplimiento del contratista asumiendo el costo de la interventoría generado por las prórrogas, quedando de esta manera demostrado que la naturaleza jurídica de la interventoría no se afecta, pues las prórrogas, incluido el gasto de interventoría a cargo del contratista tiene su fundamento legal en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, donde es procedente la celebración de acuerdo entre las partes, tendientes a lograr la correcta ejecución del contrato y el cumplimiento de los fines estatales estando facultados para adicionarlo, prorrogarlo y modificarlo, cuando ello se necesario.

No debe olvidarse que la mora en la ejecución del contrato obedeció exclusivamente a que DQ INGENIERIA no conformó y mantuvo el número de operarios y profesionales, de acuerdo a lo establecido contractualmente, los cuales se obligó mantener durante el inicio y la terminación del contrato de obra 1174 de 2012, de acuerdo con los pliegos definitivos, la oferta presentada y el contrato.

Así mismo, no debe olvidarse que dentro del contrato de obra 1174 de 2012, en la cláusula sexta, de manera expresa e inequívoca se pactó, que el valor del contrato comprende, además, todos los gastos directos e indirectos en que debía incurrir DQ INGENIERIA...

Que, de la ecuación contractual, se evidencia que de acuerdo con el memorando 2015IE333901 del 3 de febrero de 2015, se le debe pagar a favor de la Sociedad DQ INGENIERIA la suma de ... (\$67.610.156), los cuales deben ser pagados a favor de la sociedad ECOFLORA SAS la suma de ... (\$ 46.011.496), quedando de esta forma a paz y salvo las partes contratantes."

- Debido a la decisión referida, DQ INGENIERIA interpuso recurso de reposición, indicando que el desequilibrio económico era notorio por cuanto: i) Al mantener el 100% del personal disponible para intervenir los 2796 árboles, en donde solo se pudo realizar el objeto contractual frente a 2402 árboles, le generó unos mayores costos a los inicialmente pactados correspondientes a \$295.736.182; ii) La información brindada por el Jardín Botánico no era real, en cuanto durante la ejecución del contrato se había advertido que 709 árboles no habían sido encontrados, y llegar a conocer dicha situación, requirió la contratación de profesionales adicionales; iii) La demora en la aprobación de los informes y en especial el informe final por parte del interventor, representan unos costos adicionales no solo por pérdida del valor adquisitivo, sino también por los costos administrativos que se siguieron causando para responder a los requerimientos de la interventoría y iv) no se debe reconocer al valor de la interventoría por la prórroga del

contrato, toda vez que esta situación no se configuró por hechos exclusivos del contratista.

- El 24 de marzo de 2015, la entidad contratante a través de la Resolución No. 077, reconoció el pago del saldo del contrato No. 1174 de 2012 por valor de \$67.610.156, con cargo al rubro de pasivos exigibles. Y como consecuencia, expidió el certificado de disponibilidad presupuestal No. 1097 del 18 de junio de 2015.

- El 15 de mayo de 2015, la entidad contratante resolvió no reponer la Resolución 040 de la misma anualidad, bajo los siguientes argumentos:

"no es de recibo de la Entidad dicho argumento, se reitera en el pliego de condiciones no se estableció el corte de 2796 árboles en un plazo máximo de seis (6) meses. Lo que señala el pliego de condiciones en el numeral 1.5 es un presupuesto oficial para desarrollar el objeto establecido de MIL CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$1.045.000.000) incluido todos los gastos directos e indirectos en que deba incurrir el contratista (valores adicionales, impuestos, tasas y contribuciones). Asimismo el numeral el numeral 7.5 Descripción de variables utilizadas para calcular el presupuesto y los rubros que lo componen... asimismo, en el numeral 7.6 FORMA DE PAGO se establecen pagos mensuales que corresponderán a la sumatoria de los valores obtenidos para cada una de las actividades ejecutadas al aplicar la fórmula contenida en la Resolución JBB 334... y reemplazar los valores de altura, perímetro y valor unitario propuesto, previo informe presentado por el contratista, con la respectiva verificación de cantidades de obra en campo, aprobación por parte del interventor y visto bueno del Jardín Botánico.

En ese sentido y teniendo en cuenta que el pago establecido corresponde a cada uno de los árboles intervenidos, se considera que los 2401 árboles que intervino la firma DQ Ingenieros tiene incluido los valores que incumben específicamente la medición, la información ciudadana, la intervención silvicultural, la recolección y disposición de residuos y la actualización de SIGAU, entre otros, así como los gastos administrativos de cada uno de los árboles contemplados en el valor de los 2401 árboles que presentó DQ Ingenieros como intervenidos...

Ahor bien, no puede ser de recibo para la entidad los argumentos presentados en el que establecen mayor número de personas y tiempo para la ejecución, si como bien se estableció le correspondía al contratista de obra organizarse de tal forma que el número de cuadrillas mínimo establecido llegara a hacer eficiente en el tiempo pactado contractualmente....

Tal como se estableció en el informe técnico (comunicación 2015IE12901 del 15 de enero de 2015), los registros fotográficos y la presentación de informes mensuales de árboles no encontrados, correspondía a una obligación contractual, tal como se estableció en el subnumeral 12, literal b, numeral 31 de la Clausula tercera del contrato de obra 1174 de 2012...

En relación al profesional verificador adicional, es necesario precisar nuevamente que no fue solicitado por la Entidad, esto hace parte de los propuesto por DQ Ingeniería, en el plan de contingencia presentado el 25 de abril de 2013, como consecuencia de los retrasos en la ejecución del contrato de obra.

Por otra parte, el Jardín considera que dentro de los 709 árboles presentados como no encontrados por el contratista en la comunicación 2014ER4975 del 22 de diciembre de 2014, se evidencio que estaba incluyendo árboles que no fueron entregados por la entidad, como son el reporte de 246 árboles no encontrados que la entidad no les entregó.

Así mismo, es de precisar que la entidad no acepta la afirmación "admite que, si hubo una información no correspondiente a la realidad, sen cerca del 10% de los arbustos" maxime cuando fue claro que árboles que correspondían a actas de emergencia o conceptos técnicos de atención de emergencias u por la no atención a tiempo por parte del contratista DQ Ingenieros, dichos arboles fueron atendidos por el Jardín o por la misma comunidad....

Ahora bien, en relación al informe mensual No. 11 y final, es de precisar que estos fueron radicados en la Entidad solo hasta el 28 de octubre de 2014 y que la entidad procedió a revisar los soportes y a programar el pago para el mes de diciembre de 2014, sin embargo, dicho pago no se pudo tramitar debido a que no cumplía con lo establecido en la cláusula séptima del contrato de obra JBB 1174 de 2012...

... Así mismo el jardín no puede incurrir en un detrimento patrimonial al arrogarse un gasto adicional por valor de \$ 121.930.565 en el pago de la interventoría, que como ya se demostró ampliamente fue consecuencia del incumplimiento del contratista de obra DQ Ingeniería."

- El 22 de junio de 2015, la entidad contratante emitió la orden de pago No. 2343

concerniente a valor adeudado a DQ INGENIERIA por \$67.610.156; monto que a su vez fue pagado a través de medios electrónicos el 3 de octubre de 2018 a las 09:42 am.

2.5.2. Hechos relevantes identificados a través de testimonio e interrogatorio de parte

En la audiencia de pruebas realizada el 24 de octubre de 2019 y que culminó el 2 de marzo de 2020, se recibieron los testimonios de las personas que a continuación se relacionan, los cuales no fueron tildados de carecer de imparcialidad por las partes.

Alexander Vargas Macías, en su calidad de Ingeniero Civil, Especialista en Gestión Integral, quien participó en la elaboración de la propuesta presentada por DQ INGENIERIA dentro de la Licitación Pública JBB-LP-002-2012 y apoyó técnicamente el proyecto, señaló lo siguiente:

- La propuesta presentada por DQ INGENIERIA correspondía al 90% del valor de cada árbol tipo.
- Fueron ofertadas las cuadrillas mínimas indicadas en el pliego de condiciones.
- En la ejecución del contrato, al inicio se presentaron inconvenientes sobre la disponibilidad de personal, por cuanto al momento en que fue firmada el acta de inicio, los cargos que habían sido señalados en la propuesta, no se encontraban disponibles, en la medida que las personas ya se habían vinculado a otros proyectos o no contaban con los cursos sobre altura, exigidos por la entidad.
- Se debió asumir un valor adicional por los exámenes del personal, toda vez que al momento en que se inició el contrato, esos trámites tenían un costo diferente, al indicado en la propuesta.
- Se presentaron situaciones no previsibles, como que ciertos árboles que había relacionado la entidad no fueron encontrados, así como por la oposición de la comunidad al momento de intervenir los árboles.
- Existieron diversas observaciones por parte de la interventoría en los primeros informes, y a medida que se fue ejecutando el contrato, se unificaron criterios y todo fluyó mejor.
- La interventoría se demoró como un año en la aprobación del informe final.
- DQ INGENIERIA debió pagar la labor de la interventoría durante la prórroga del contrato.
- El porcentaje de árboles que no fue intervenido debido a que no se encontraban físicamente en el lugar indicado en los conceptos técnicos terminó siendo muy alto, en comparación con lo señalado por la entidad.
- La verificación de la existencia de los árboles a intervenir se realizó de forma posterior a la entrega de la información por parte de la entidad contratante.

Adriana Fandiño Monsalve, como Ingeniera Forestal laboró con DQ INGENIERIA, y que tuvo a su cargo el reporte documental del contrato JBB 1174 de 2012, señaló:

- El contrato inicialmente era por seis (6) meses y completó los once (11) meses de ejecución.
- Al inicio del proyecto se presentaron situaciones de mal tiempo debido a la lluvia, lo que generó que no se pudieran intervenir los árboles.
- DQ INGENIERIA antes de realizar la medición de longitud y altura de los árboles con el interventor, realizaba una labor de identificación de estos; lo que conllevó a informar a la entidad contratante que 700 árboles aproximadamente no se habían encontrado. Dicha verificación se podía realizar al mismo momento en que se realizaría la medición referida; pero la empresa decidió hacer una verificación previa.
- Después de que se realiza la verificación del árbol con la interventoría y se realiza a medición de este, conforme al concepto técnico emitido por la Secretaría Distrital de

Medio Ambiente, se realiza la planeación para la intervención, teniendo en cuenta si se requiere la tala, poda o intervención por plagas u otros factores, y se informa a la comunidad, para evitar que exista oposición; si no existe oposición, la cuadrilla interviene el árbol según la necesidad.

- Se debió reprogramar la intervención de varios árboles debido a la oposición de la comunidad.
- Todos los inconvenientes presentados durante la intervención del contrato fueron informados tanto al interventor como a la entidad contratante.
- Durante la ejecución del contrato fueron intervenidos aproximadamente 2700 árboles.
- Al inicio del contrato, el Jardín Botánico le impuso una multa al contratista, toda vez que no había cumplido con la disponibilidad del personal referido en la propuesta.
- DQ INGENIERIA incurrió en gastos no contemplados en el contrato, relacionados árboles no encontrados, las sanciones impuestas y el pago de la interventoría en los plazos de prórroga, los cuales fueron de aproximadamente cinco (5) meses.
- El contrato estableció que se debía operar con ocho (8) cuadrillas, pero se ejecutó en contrato con seis (6).
- Dentro del contrato se tenía contemplado que no fueron encontrados los árboles, tanto así que se contempló un formato para registrar la información, que debía ser informada a la entidad contratante y la interventoría.
- La interventoría retrasó casi un año, la aprobación del informe final.

Claudia María Serrano, en calidad de Ingeniera Forestal y funcionaria del Jardín Botánico y quien había realizado labores de seguimiento y control al contrato, refirió en su declaración:

- En el contrato no se estableció un número fijo de intervención de árboles, esa labor se realizaba de conformidad con el presupuesto del contrato y el valor del árbol tipo señalado en los pliegos de condiciones.
- Cuando se suscribió el acta de inicio del contrato, la entidad realizó la primera entrega de los conceptos técnicos y la base de datos de los árboles a intervenir. Durante toda la ejecución del contrato fueron entregados los demás conceptos técnicos que habían sido remitidos por la Secretaría Distrital de Medio Ambiente, los cuales correspondieron a 2900.
- El valor a pagar por cada árbol está relacionado por el diámetro y su altura; dentro del pliego de condiciones se estableció el valor del árbol tipo, que correspondía aproximadamente a \$340.000.
- Desde la firma del contrato, se presentaron problemas con la conformación del personal ofertado por parte del contratista, lo cual conllevó a que se le impusiera una multa en el mes de febrero de 2013.
- Igualmente se declaró el incumplimiento por cuanto el contratista no garantizó el número de cuadrillas establecidas en el pliego de condiciones, el contrato se ejecutó sin que se contaran con las ocho (8) cuadrillas exigidas.
- La oposición de la comunidad en la intervención de los árboles sí se dio, pero no fue de tal magnitud como para que el objeto del contrato no se pudiera cumplir, en tanto existía además un universo de árboles por intervenir, que mientras se definía la acción frente a los que presentaba oposición, se podía intervenir los demás.
- La afectación de los árboles en periodo de lluvia, era un asunto previsible por el contratista; pero dicha situación no impedía el cumplimiento del contrato, toda vez que se podían continuar con las demás acciones, mientras los árboles quedaban habilitados para intervenir.
- El contratista no puede alegar que existió un desequilibrio económico del contrato, toda vez que, durante la mayoría de los meses de ejecución, solo contó con la disponibilidad de cuatro (4) cuadrillas.
- El reporte de los árboles no encontrados se realiza después de que se mide el diámetro y la altura del árbol, en compañía del interventor.
- En los informes de interventoría se concluyó que por lo menos de los 300 árboles no

encontrados, no existía constancia de que la entidad contratista hubiese entregado base de datos o concepto técnico.

- El contrato se terminó porque expiró el plazo y porque el valor del contrario fue ejecutado.

Darío Jesús Quintero, en calidad de representante legal de DQ INGENIERIA surtió el interrogatorio de parte, en el cual señaló:

- Los motivos por los cuales le fue impuesta la multa después de un mes de iniciar actividades, así como los motivos por los que debió asumir el costo de la interventoría y las presiones que recibió por parte del Jardín Botánico para no declarar la caducidad del contrato; pero no presentó ninguna denuncia penal al respecto.
- Existió demora en el pago de los montos mensuales, debido a la tardanza por parte del interventor de aprobar los documentos.
- La entidad contratante manipuló al interventor para que el informe final no fuera aprobado de manera celera.
- Durante la ejecución del contrato, existieron eventos de cambio climático que impidieron la intervención de los árboles, según la programación.
- La entidad contratante no entregó la información necesaria de manera mensual para tener activas todas las cuadrillas ofertadas.
- Tanto el interventor como la entidad contratante solicitaban que debía de disponerse de ocho (8) cuadrillas desde la firma del acta de inicio, sin que se tuviera en cuenta que ese personal solo entraba a operar después de las primeras etapas de identificación y medición de árboles, así como del acercamiento con la comunidad.
- La matriz de riesgo no fue puesta en conocimiento en la etapa de pliego de condiciones; sino una vez fue firmado el contrato.
- Durante la ejecución del contrato se presentó desequilibrio económico, respecto a los costos adicionales que fueron asumidos cuando se estaba en la labor previa de identificación de los árboles, de lo cual se concluyó que más de 700 de ellos ya no existían.
- La entidad contratante había presionado su voluntad, para aceptar el pago de la interventoría durante las dos prórrogas suscritas.
- El contrato culminó por el agotamiento del presupuesto y el cumplimiento del objeto pactado.

2.5.3. Hechos acreditados a través de dictamen pericial

De conformidad con lo solicitado por la parte demandante, el Despacho decretó la realización de dos estudios técnicos, uno de ellos de naturaleza contable y otro forestal, sobre los cuales se surtió su contradicción en la audiencia de pruebas correspondiente.

2.5.3.1. Dictamen Forestal

El estudio técnico pericial fue realizado por el Ingeniero Forestal Brian Steven Hurtado Agudelo, y tenía como objetivo la determinación de las especies arbóreas que fueron puestas a disposición por el Jardín Botánico, cuántas de ellas se habían intervenido, cuántas no fueron objeto de intervención y su causa, en el marco del Contrato JBB 1174 de 2012 por parte de DQ INGENIERIA.

En ese orden de ideas, el Despacho solo tendrá en cuenta la información contenida en el informe objeto del dictamen, el cual fue plenamente fijado en la audiencia inicial de fecha 01 de octubre de 2018.

Ahora bien, en lo referente al objeto del dictamen, en el documento presentado por el Ingeniero Forestal Brian Steven Hurtado Agudelo, se llegó a las siguientes conclusiones:

"En el marco del contrato se logró intervenir dos mil setecientos noventa y un (2.791) individuos

arbóreos, cantidad que discrepa de la entregada por la interventoría de contrato de (2.433) mediante el seguimiento periódico a la ejecución del contrato mediante la revisión documental y en campo de los informes mensuales aportados por el contratista (11) y consignado en los informes 1 al 13 de interventoría al Jardín Botánico.”

Sobre el particular, en la audiencia de pruebas donde se surtió la contradicción del dictamen, el perito señaló que atendiendo a todos los documentos analizados, expedidos por el contratista, el interventor y el Jardín Botánico, se observó una discrepancia en el número de árboles intervenidos; no obstante, llegó a la conclusión que lo efectivamente cobrado por el contratista y pagado por la entidad correspondía a 2298 talas y 106 podas, para un total de 2404 individuos arbóreos intervenidos.

Se precisa que en el estudio técnico presentado no se hizo indicación sobre la cantidad de árboles que no fueron encontrados por parte de DQ INGENIERIA durante la ejecución del contrato; solo se limitó a indicar la ausencia sobre el procedimiento que se debía seguir cuando esta situación ocurría.

Concluyó el perito que en el contrato no se estableció el número de árboles a intervenir, pero que su ejecución estaba relacionada con un valor máximo por intervención de árboles que fueran identificados por la entidad contratante y una base de datos entregada a DQ INGENIERIA SA de manera mensual para su localización, medición e intervención, según la necesidad reportada en el Concepto Técnico emitido por la Secretaría Distrital de Medio Ambiente.

2.5.3.2 Dictamen Contable

El estudio técnico decretado fue realizado por el Contador Héctor Edison Henao Restrepo, el cual tenía como objetivo establecer los valores y conceptos de la contabilidad generada en el marco del Contrato JBB 1174 de 2012 por parte de DQ INGENIERIA.

En ese orden de ideas, el Despacho solo tendrá en cuenta la información contenida en el informe objeto del dictamen, el cual fue plenamente fijado en la audiencia inicial de fecha 01 de octubre de 2018.

De la información referida en el documento allegado por el perito, se tiene que la entidad contratante realizó los siguientes pagos:

Fecha Factura	Numero Factura	Valor
09/04/2013	648	\$ 47.762.500
04/06/2013	671	\$ 94.127.350
11/07/2013	684	\$ 60.384.620
14/08/2013	695	\$ 88.952.816
28/08/2013	698	\$ 61.604.471
13/09/2013	705	\$ 53.125.860
15/10/2013	720	\$103.896.860
19/11/2013	729	\$ 164.986.303
09/12/2013	741	\$ 116.181.141
18/12/2013	745	\$ 186.367.858
12/12/2014	812	\$ 67.610.256
Total		\$ 1.045.000.000

Señaló que los gastos generales correspondieron a \$1.014.575.850, los gastos de contribuciones legales como Retención en la Fuente, Rete Ica, Estampillas, entre otros fue de \$73.150.019, generando un total \$ 1.087.725.869, a lo que le adicionó el descuento de \$59.656.000 por concepto de multa, arrojándole un total de gastos del proyecto de \$1.174.290.869, llegando a la conclusión de que existía una pérdida de \$102.290.869.

Respecto a ese valor de pérdida, en la audiencia de contradicción del dictamen, aclaró que el valor referido correspondía a lo que la empresa perdió con la ejecución del contrato, relacionado con el valor de la multa impuesta por \$59.656.000 y las contribuciones de ley.

Concluyó que la entidad contratante está a paz y salvo con DQ INGENIERIA por el valor del contrato que correspondía a \$1.045.000.000, indicando textualmente que “*lo facturado fue lo causado y lo efectivamente recibido*” y, además, que no se generó ningún sobrecosto por la ejecución del contrato; pero indicó que le generó sorpresa que el contratista tuviera que asumir el valor de la interventoría.

2.5.4. Análisis del cargo de nulidad por falsa motivación

Téngase presente que la parte demandante cuestiona la legalidad, por falsa motivación, del acto administrativo mediante el cual la entidad contratante liquidó el Contrato No. 1174 de 2012, porque a su juicio no tuvo en cuenta las situaciones que configuran el desequilibrio económico del contrato. Y según ello, debe desaparecer del ordenamiento jurídico.

Como punto de partida, es importante señalar que el cargo de nulidad invocado ha sido entendido por el Consejo de Estado, así:

"La falsa motivación o falsedad del acto administrativo constituye una causal genérica de violación que se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica o jurídica, o ambas, que induce a la producción del acto o a los motivos argüidos tomados como fuente por la Administración Pública.

Bajo este entendido, 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 que resultan irreales y que traen 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, que tiene lugar cuando se desconocen los supuestos jurídicos que debían servir de fundamento a los actos demandados, situación que se presenta 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[...]"³

En ese orden de ideas, el análisis del Despacho se circunscribirá a determinar si efectivamente se generó en contra del contratista un desequilibrio económico por el hecho de haber asumido mayores gastos con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones contractuales pactadas, contempladas en el pliego de condiciones, al tener que mantener el 100% del personal disponible para intervenir los árboles; por la búsqueda de 709 árboles que no fueron encontrados; por la pérdida de valor adquisitivo del dinero, por el retraso en la aprobación del informe final y los demás informes mensuales, y por el pago de la interventoría en los plazos de prórroga.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; providencia del 23 de octubre de 2017, radicación núm. 25000-23-36-000-2013-00802-01(53206); M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

i) Mayor costo asumido por mantener el 100% del personal disponible para intervenir los árboles.

Sobre el personal requerido para ejecutar el contrato No. JBB 1174 de 2012, es necesario recordar que, si bien en los estudios previos se indicó, que el contratista debía tener la disponibilidad de *"seis (6) cuadrillas para la atención programada, atención de emergencia y la atención de árboles especiales, con capacidad de reacción para la atención de emergencia (con disponibilidad las 24 horas y con capacidad de respuesta y llegada al sitio de máximo dos (2) horas, cada cuadrilla contará con un mínimo seis (6) operarios, cuatro (4) operarios no especializados y dos (2) operarios de altura y un (1) ingeniero residente que los acompañará y dirigirá de forma permanente.* No deja de ser menos cierto, que en el pliego de condiciones definitivo ese número de cuadrillas se elevó a ocho (8), seis (6) permanentes y dos (2) para emergencias.

Ahora bien, en la oferta presentada por DQ INGENIERIA, el representante legal en la carta de compromiso aseguró de manera expresa que tendría disponible el personal requerido. Y que, conforme a la cláusula decimoquinta del contrato, dicho personal debía estar conformado y listo una vez firmada el acta de inicio con el fin de adelantar las labores previas establecidas para la intervención de los árboles por el personal operativo.

Si bien con lo descrito, se evidencia una discrepancia entre la cantidad de cuadrillas para la ejecución del contrato señalada en los estudios previos y el pliego de condiciones definitivo, lo cierto es que, que las especificidades técnicas a cumplir una vez se firme el contrato, son las señaladas en el pliego de condiciones definitivo. Documento que durante la etapa precontractual es depurado, aclarado y concretado, para que sirva de base para la presentación de las propuestas y la formulación del contrato, toda vez que conforme a lo establecido en la Ley 80 de 1993, contiene las reglas de adjudicación del contrato.

Por su parte, la doctrina ha señalado que los pliegos de condiciones *"obligan tanto a la administración como a los proponentes y a los contratistas, ellos regulan, fijan las condiciones dentro de las cuales la entidad contratante quiere contratar y las que ofrece a quienes están interesados en hacerlo con ella."*⁴

Así mismo, el Consejo de Estado de vieja data ha reconocido la importancia, transcendia y obligatoriedad de los pliegos de condiciones en el proceso licitatorio, toda vez:

"que constituye el marco normativo que regula o disciplina, en especial, la licitación pública o concurso público y, por ende, las disposiciones en él contenidas, son de carácter vinculante tanto para la Administración como para los participantes en el procedimiento de selección y también para el contratista que resulte adjudicatario de la licitación o concurso, de donde se destaca el carácter obligatorio que le asiste al pliego de condiciones.

*"Tal obligatoriedad del pliego, le ha merecido el calificativo de 'ley de la licitación' y 'ley del contrato', en cuanto que sus disposiciones no sólo regulan la etapa de formación del contrato cuando se cumple el procedimiento de selección objetiva del contratista, sino que sus efectos trascienden después de la celebración del contrato, para regular las relaciones entre las partes, fuente de derechos y de obligaciones y permanece aún para la etapa final, al momento de su liquidación".*⁵

En el caso *sub judice*, para el Despacho es claro que conforme a lo establecido en el pliego de condiciones definitivo y en el contrato, DQ INGENIERIA, para el día de la firma del acta de inicio, debía disponer de la cantidad de personal referido en la oferta, y en particular del número de cuadrillas indicadas, que para este caso eran seis (6) permanentes y dos (2) para atender emergencias.

⁴ M Cediell de la Pena. La selección objetiva del contratista, en la nueva contratación administrativa. Pag.44 3 de febrero de 2000 conferencias CEM Ltda, y Sección Tercera 17 de octubre de 1995, Alberto Dangond Uribe citado por José Luis Benavides. El Contrato Estatal. Entre el derecho público y el derecho privado. Pág. 204. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2004.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, radicación: 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783), Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

Ahora bien, conforme a los documentos expedidos por la interventoría y la entidad contratista, como con la información brindada por los testigos, los cuales fueron descritos en acápite precedentes, no existe duda de que DQ INGENIERIA durante el plazo de ejecución del contrato, incluidas las dos prórrogas, ejecutó las labores de intervención de los árboles de manera constante con cuatro cuadrillas; esto quiere decir que, en ningún momento desde la firma del contrato, cumplió con la disponibilidad del número de cuadrillas establecidas en los pliegos de condiciones y el contrato, al punto que ello fue decisivo en la tardanza en la ejecución de las obligaciones pactadas, lo que ameritó requerimiento por la entidad contratante. En esa medida, no le asiste razón al demandante al afirmar que había incurrido en mayores costos por tener que contar con todo el personal de las cuadrillas desde el momento en que suscribió el acta de inicio, pues esa era una obligación contractual contemplada en la cláusula decimoquinta, pese a lo cual, el contratista nunca fue cumplió por el contratista

También adujo el contratista que debió asumir un gasto adicional por los exámenes médicos y los cursos de formación y salud ocupaciones que debía realizar cada persona del equipo de trabajo y, en especial, los operarios que conformaban las cuadrillas, en tanto el valor referido en la oferta no se encontraba vigente para el momento en que se firmó el contrato y el acta de inicio.

Sobre el particular, si bien es cierto que los precios de los bienes y servicios pueden variar por el cambio de vigencia fiscal, o inclusive en un mismo año, este era un hecho totalmente previsible por el contratista, no solo por la experiencia que acreditó para contratar, sino además por el hecho de que el contrato se suscribió el 7 de diciembre de 2012, y el acta de inicio, momento desde el cual se contabiliza el plazo de ejecución, se firmó hasta el 28 de enero de 2013. En todo caso, el contratista debió asegurarse de que el personal con el cual iba a ejecutar las actividades contractuales cumplía los requisitos para tal fin; luego, ese es un hecho netamente de su resorte; y, si por ello, tuvo que incurrir en mayores costos, debe asumirlos autónomamente.

Obsérvese que el acta de inicio se suscribió casi dos meses después de la firma del contrato, por hechos imputables al contratista. En efecto, el personal ofrecido no cumplía con las exigencias técnicas contempladas en el pliego de condiciones, respecto a ciertas capacitaciones y cursos, lo cual quedó ampliamente referido en las pruebas documentales relacionadas. Hecho que conllevó a la imposición de la primera sanción por incumplimiento parcial; decisión que goza de presunción de legalidad, toda vez que no fue acreditado lo contrario.

Sobre el mayor valor de obra, se debe recordar que el 7 de abril del 2014, DQ INGENIERIA remitió un oficio a la interventoría, en donde señaló que la cantidad final ejecutada superaba el valor del contrato en \$274.747.000, pero que no realizaría ningún cobro al respecto, toda vez que no podía superar el valor establecido en el contrato. En ese orden de ideas, los requerimientos realizados en la etapa de liquidación sobre un mayor costo ponen de presente que el contratista está quebrantando la regla de derecho según la cual, no esta permitido ir contra los propios actos, esto es, desconocer un comportamiento anterior, toda vez que estaría vulnerando la buena fe y la confianza legítima depositada por la entidad contratante. Además, nótese que tal asentimiento de DQ INGENIERIA obedeció al hecho consiente del retraso en la ejecución de las obligaciones pactadas.

Aunado a lo anterior, es importante recordar que el Contador Héctor Edison Henao Restrepo, en la audiencia en que se surtió la contradicción del dictamen, refirió de manera expresa que durante la ejecución del contrato No. 1174 de 2012, no se habían presentado situaciones o imprevistos que generaran unos mayores costos para el contratista.

ii) Mayor costo asumido por la búsqueda de 709 árboles que no fueron encontrados

La sociedad demandante señaló que, de la información entregada por la entidad contratante sobre la existencia y ubicaciones de los árboles a intervenir, durante la ejecución del contrato, no había encontrado 709 y para su ubicación debió contratar una persona adicional.

Sobre el particular, al revisar la documentación obrante en el plenario, el Despacho tiene certeza que antes de la suscripción del contrato, la sociedad contaba con el conocimiento de que, en la labor de identificación y medición de árboles, podían encontrarse con especies faltantes. Así mismo, sobre el particular en el numeral 18 como obligación contenida en la cláusula tercera del contrato No. 1174 de 2012 se estipuló: *"18 Realizar el registro fotográfico del individuo a talar antes y después de la intervención desde el mismo ángulo que presenta el Concepto técnico en el formato entregado por el JBJCM para tal fin. En caso de NO encontrarse el árbol, reportar inmediatamente al interventor con copia al JBJCM, esta situación deberá evidenciarse con registro fotográfico..."*

Como fue indicado por los señores Alexander Vargas Macías y Adriana Fandiño Monsalve en la declaración rendida, efectivamente la sociedad contratante informó ante el interventor y el Jardín Botánico acerca de las especies arbóreas no encontradas. No obstante, el hecho de reportar los individuos arbóreos faltantes, era una obligación propia y natural del contrato suscrito; luego no es de recibo el argumento de que para identificar y reportar los árboles faltantes tuvo que contratar personal adicional. Pero, aun así, en caso de que hubiera sido cierto tal hecho, dentro del expediente no aparece acreditado cuál o cuáles fueron las personas adicionales que tuvo que contratar para realizar tal actividad.

Por otra parte, lo que sí se evidencia con las declaraciones referidas, es que el contratista a modo propio, realizó un trabajo previo que no fue ordenado por el interventor o la entidad contratante, y tampoco contemplado en el pliego de condiciones y el contrato, el cual consistió en la búsqueda anticipada de los árboles, es decir, de manera previa a la visita que se realizaría con interventor para verificar su existencia y hacer la medición necesaria de altura y diámetro, actividad que realmente correspondía a la primera que debía realizar el contratista, para el cumplimiento directo del objeto contratado.

Tampoco dentro del proceso quedó acreditado que la entidad contratante informó de manera errada el porcentaje de árboles que no serían encontrados y mucho menos, que la realidad sobre el particular, fuera ostensiblemente diferente a lo reportado.

Ahora bien, aunque el contratista realizó un trabajo previo respecto de los 709 árboles indicados, esta actuación no generó costos adicionales, conforme a lo referido por el perito contador en la audiencia de contradicción del dictamen.

Por último, en el evento hipotético de que el contratista hubiese incurrido en gastos adicionales en la búsqueda de los árboles referidos, no existe una razón lógica del por qué realizó dicha reclamación solo hasta la etapa de liquidación, sorprendiendo a la entidad contratante, sobre un hecho que se estaba generando desde el inicio de las actividades, atentando en esa medida la buena fe depositada por la entidad y así mismo, incumpliendo con el numeral 6 de sus obligaciones, en donde se indicó que debía *"Avisar oportunamente al JARDIN de las situaciones previsibles que pueden afectar el equilibrio financiero del contrato."*

Por lo anterior, no está llamado a prosperar el cargo aquí formulado.

iii) La pérdida de valor adquisitivo del dinero, por el retraso en la aprobación del informe final y los informes mensuales por parte de la interventoría

Sobre el particular, se tiene que la sociedad demandante arguyó que el dinero pagado por la entidad contratante había perdido su valor adquisitivo, debido a que el interventor aprobó el informe final casi un año después de culminar el plazo contractual, y que se retrasó en la aprobación de los informes mensuales; y que dicha situación no le era imputable.

Sobre el informe final, en el pliego de condiciones se estableció que debía ser presentado al momento de culminar las labores, y contener:

- a) Acta final de obra, según formato entregado por la interventoría y cuadro de cantidades de obra ejecutadas.
- b) 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 su ejecución.
- c) Consolidado de la ejecución del plan de seguridad y salud ocupacional implementado.
- d) Consolidado del plan de formación ciudadana (actas firmadas por la comunidad)
- e) Consolidado de capacitación al personal vinculado.
- f) Consolidado de registro digital detallado.
- g) Soporte del destino final de los residuos expedidos por las Escombreras autorizadas por las Secretaría Distrital de Ambiente.
- h) Consolidado de cantidad de obra ejecutada, según formato entregado por interventoría.
- i) Relación y análisis del registro de atención ciudadana.
- j) Consolidado de actualización en el Sistema de Información para la Gestión del Arbolado Urbano – SIGAU.

Así mismo, de los demás documentos allegados por las partes, se tiene que efectivamente el plazo del contrato No. JBB 1174 de 2015 terminó el 22 de diciembre de 2013 y que el contratista presentó el informe final el 3 de febrero de 2014. También se encuentra demostrado que el interventor devolvió aproximadamente en cuatro oportunidades el referido documento, entre otros motivos, porque existían inconsistencias en el valor ejecutado; no estaban debidamente consolidados los pagos de seguridad social y parafiscales, la cantidad de obra ejecutada, para establecer de forma detallada la cantidad de árboles intervenidos; así como tampoco había presentado en medio físico la totalidad de las planillas radicadas en la oficina de arborización del JBJCM y recibo a satisfacción del registro de información en el SIGAU, las actas de recibo a satisfacción por parte de la comunidad de los arreglos realizados frente a daños físicos presentados durante la ejecución.

Igualmente, se observa que la sociedad contratante para corregir los puntos referidos por la interventoría debió solicitar en calidad de prestado a la entidad contratante las carpetas del contrato, lo que deja ver una falencia documental por parte del contratista, que contribuyó a que efectivamente solo hasta el mes de noviembre se aprobara el informe final. Así las cosas, se encuentra que el retraso en la aprobación del informe final obedece a diversas inconsistencias en la información contenida en dicho documento, y que solo son imputables al contratista.

Aunado a lo anterior, para el Despacho, la interventoría fue rigurosa con exigir por parte del contratista la entrega de todos los documentos que debía contener el informe final, como era de esperarse según el rol desempeñado y en cumplimiento de lo establecido en el pliego de condiciones.

Por otra parte, es preciso señalar que la parte demandante no allegó pruebas respecto al trámite surtido frente a cada uno de los informes mensuales presentados a la interventoría, y que tales informes estaban correctos, para entender que ello se ajustaba a los productos esperados del contratista, y que el interventor, simplemente estaba dilatando injustificadamente su aprobación. Así, entonces, dado que no está acreditado que se hubiese generado un retraso atribuible al interventor en la aprobación de los informes, en particular del informe final, esta circunstancia no lleva a inferir la pérdida del valor adquisitivo del recurso pagado por la entidad contratante.

iv) Desequilibrio económico por el pago de la interventoría en los plazos de prórroga

DQ INGENIERIA señaló en la demanda que, no debía asumir el pago de la interventoría en los periodos de prórroga, en tanto esa situación desnaturaliza la figura en sí misma y generaba un desequilibrio económico del contrato.

Para resolver si efectivamente existe un desequilibrio económico por lo indicado, es pertinente señalar que el 24 de julio y el 29 de noviembre de 2012, el contratista y el Jardín Botánico suscribieron dos prórrogas del contrato JBB No. 1174 de 2012. Tales prórrogas fueron solicitadas por el contratista: una, con el objetivo de que fuera revocado el acto administrativo mediante el cual se había decretado la caducidad del contrato y, otra, debido al retraso que llevaba el plan de trabajo y que solo para los últimos días de diciembre se podía intervenir todos los árboles entregados.

Además, en tales documentos (el de las prórrogas y la resolución que dejó sin efecto la declaratoria de caducidad del contrato), el contratista aceptó sin ninguna manifestación en contrario que asumía a su cargo el pago de la interventoría por el plazo ampliado, correspondiente a \$115.315.996 IVA incluido por la primera prórroga y \$16.937.671 IVA incluido por la segunda. Así mismo, quedó acreditado que el contratista había pagado por concepto de interventoría la suma de \$121.930.464.

Frente a dicho tema, cabe señalar que esa fue la alternativa, propuesta por el contratista, que se encontró como viable para la continuidad de las actividades contratadas. Y la entidad contratante, después de hacer las consideraciones pertinentes, encontró que para garantizar la continuidad del servicio contratado era procedente aceptar la propuesta del contratista. De modo que la aceptación de las prórrogas y el que el contratista aceptara el pago del costo que por concepto de la interventoría se generaba, lo asumía totalmente el contratista. Y así fue que se vio procedente dejar sin efectos el acto que declaró la caducidad del contrato, pero a manera de ser condescendiente con el contratista.

Por eso, llama la atención del Despacho que el hoy demandante alegue que hay desequilibrio financiero por haber tenido que pagar el valor de la interventoría durante las prórrogas, pues el no cumplimiento del plazo contractual obedeció a hechos propios del contratista, tal como se ha reseñado precedentemente. En esa medida, resulta inaceptable que el contratista desconozca que el contrato es ley para las partes, así como las obligaciones contenidas en las prórrogas suscritas con el Jardín Botánico durante la ejecución del contrato No. 1174 de 2013, las cuales hacen parte integral del mismo; esto es, que le reste peso al acuerdo de voluntades pactado, en detrimento de los derechos de la entidad pública contratante.

La parte demandante no puede pretender que este Despacho acepte una manifestación contraria a la plasmada en los documentos que contienen las prórrogas referidas, aun con lo referido en el interrogatorio de parte, respecto a que su voluntad había sido presionada para aceptar el pago de la interventoría durante las dos prórrogas suscritas, cuando dentro del expediente no fue allegada otra prueba a través de la cual se corroborara

dicha versión. Y que en caso de haber sido así, debió hacer las denuncias pertinentes ante las entidades competentes.

Por todo lo expuesto, y toda vez que no se evidencia una divergencia entre la realidad fáctica y jurídica, respecto de lo ocurrido durante la ejecución del contrato No. 1174 de 2012, y las consideraciones que llevaron a expedir las Resolución Nos. 040 del 23 de febrero y 077 del 24 de marzo de 2015, a través de las cuales la entidad demandada liquidó unilateralmente el contrato, se concluye que tales actos administrativos no adolecen de la falsa motivación alegada en la demanda. En consecuencia, el Despacho no declarará la nulidad de los referidos actos administrativos.

3. Costas

En cuanto a la condena en costas, en aplicación del criterio objetivo valorativo señalado por el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso, debe verificarse si hay lugar a condenar en costas a la parte vencida.

Se habla de un criterio «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse. Y es «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación, tal y como lo ordena el Código General del Proceso. En consideración a lo anterior, dado que no aparece acreditada su causación, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado (35) Administrativo del Circuito de Bogotá - Sección Tercera**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLO

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por los motivos señalados en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas, conforme a lo expuesto.

TERCERO: 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.

CUARTO: De no ser apelada la presente providencia y ejecutoriada la misma, por Secretaría expídase copia auténtica del fallo en mención una vez pagada la suma pertinente para dicho trámite y realícese el archivo del expediente, haciéndose las anotaciones del caso.

QUINTO: En firme esta sentencia, por Secretaría, liquídense los gastos y en caso de existir remanentes, entréguese a la parte interesada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ IGNACIO MANRIQUE NIÑO
JUEZ

Firmado Por:

Jose Ignacio Manrique Niño

Juez

Juzgado Administrativo

035

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7f3da8b4dc98ce0129ad78db82ef6d9c53562a5f8ee6506d2d6e8510d007d94a**

Documento generado en 16/12/2021 02:05:01 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>