RESOLUCIÓN 459 DEL 18 DE DICIEMBRE DE 2020

"Por medio del cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio contrato JBB-CTO-018-2020".

LA DIRECTORA DEL JARDIN BOTÁNICO JOSÉ CELESTINO MUTIS

, en ejercicio de sus facultades Legales y en especial las conferidas mediante Decreto 040 de 1993, la Resolución No. 017 de 2020 que confiere el artículo 4º de la Ley 80 de 1993, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, procede a resolver el procedimiento administrativo sancionatorio, con fundamento en los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Que el Jardín Botánico José Celestino Mutis es un establecimiento público adscrito a la Secretaría Distrital de Ambiente, creado mediante el Acuerdo 39 de 1992 y de acuerdo con el artículo 1° del decreto 040 de 1993, es un centro de investigación distrital con énfasis en ecosistemas alto andinos y de paramos, responsable de la gestión integral de coberturas verdes en la ciudad, del desarrollo de programas de educación ambiental y de la conservación y mantenimiento de las colecciones vivas de flora para su apropiación y disfrute por parte de los ciudadanos y como aporte a la sostenibilidad ambiental.

Que la Resolución 001 de fecha 12 de enero de 2017, contempló dentro de las funciones que ostenta la Oficina Asesora Jurídica del Jardín Botánico José Celestino Mutis, adelantar las funciones relacionadas con el trámite del procedimiento administrativo sancionatorio contractual.

Que el artículo 3º del CPACA dispone que uno de los principios de las actuaciones administrativas es el del debido proceso, en virtud del cual, en materia de sanciones administrativas "se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in ídem".

Que, en cumplimiento de esas exigencias normativas, en la cláusula vigésima del Contrato de Consultoría (Interventoría) No.018 de 2020, las partes acordaron las sanciones por incumplimiento del Contratista. Concretamente, en cuanto a la imposición de multas, se pactó lo siguiente: "CLAUSULA VIGÉSIMA.- MULTAS: EL JARDÍN impondrá multas diarias equivalentes al uno por ciento (1%) del valor total por cada día de mora, sin exceder el diez por ciento (10%) del contrato en caso de mora o incumplimiento de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA. Para cuya imposición se dará cumplimiento al debido proceso en cumplimiento a los (sic) establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y se harán efectivas mediante acto administrativo debidamente motivado. Las multas serán descontadas directamente del saldo a favor del CONTRATISTA si lo hubiere y en caso de no pago, serán imputables a la garantía única constituida por el CONTRATISTA, acorde con lo previsto en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007".

Que el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007 dispone que: "los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato". En concordancia con esa norma, el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015 dispone que las entidades estatales pueden hacer efectivas las garantías pactadas mediante acto administrativo en el cual se "declare el incumplimiento, y puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros".

Que, en consecuencia, el Jardín Botánico José Celestino Mutis se encuentra habilitado legal y contractualmente para aplicar el procedimiento de debido proceso y, en caso de encontrarse probada la

mora o el incumplimiento parcial de las obligaciones, proceder a su declaración en sede administrativa, con la correspondiente posibilidad de hacer efectivas las garantías, atendiendo lo dispuesto en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que en desarrollo de su objeto legal y misional, así como en ejercicio de su actividad contractual, producto de un proceso de selección de concurso de méritos, el JBB suscribió con la firma 2C INGENIEROS S.A. el contrato No. 018 de 2020, cuyo objeto es: *" Realizar la interventoría técnica, administrativa, financiera, contable, jurídica, ambiental y de seguridad y salud ocupacional al contrato de obra que tiene por objeto "Contratar las obras civiles y la fabricación de elementos artificiales de ambientación, para la instalación y puesta en funcionamiento del tropicario del Jardín Botánico por el sistema de precios unitarios fijos Lote 2".*

Que el plazo de ejecución del contrato No. 018 de 2020 abarcó desde del 9 de marzo de 2020 hasta 23 de septiembre de 2020.

Que mediante solicitud No 2020EE2742 radicada 21 de septiembre del 2020 el supervisor del contrato solicitó adelantar el proceso sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, habida cuenta se sostenía el incumplimiento contractual del contratista por los motivos contenidos en el referido informe, así como en sus alcances.

Que el proceso administrativo sancionatorio se efectuó conforme con las leyes aplicables, a saber:

La Ley 1474 de 2011, artículo 86, que dispone*: "Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;*

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

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo

procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

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

Por su parte La Ley 80 de 1993, en su artículo 13, precisa: *"De la normatividad aplicable a los contratos estatales. - Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley".*

Este mismo cuerpo normativo en su artículo 77, indica: *"De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.*

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo".

En este sentido, La Ley 1437 de 2011, en su artículo 3º señala: *"Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales…*

…1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem".

Este mismo cuerpo normativo, en su artículo 47, preceptúa: *"Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes".*

La Ley 1564 de 2012, establece en sus artículos 164 y subsiguientes el régimen probatorio, cuya integración normativa se efectuó en el presente procedimiento administrativo sancionatorio.

RESOLUCIÓN 459 DEL 18 DE DICIEMBRE DE 2020

"Por medio del cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio contrato JBB-CTO-018-2020".

Que con fundamento en las anteriores disposiciones, se efectuó la audiencia de incumplimiento; audiencia que tuvo lugar en las instalaciones principales del JBB, conforme al siguiente recuento sucinto de sesiones y temática:

TRÁMITE DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Que, mediante memorando suscrito por el Secretario General y de Control Disciplinario del Jardín Botánico José Celestino Mutis, se solicitó el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio por el presunto incumplimiento de obligaciones derivadas del Contrato de Consultoría (Interventoría) N° 018 de 2020 suscrito con la firma 2C INGENIEROS SA.

2. Que mediante comunicaciones 2020EE2743 y 2020EE2742 de fecha 21 de septiembre de 2020, remitidas al Contratista y su garante respectivamente, se realizaron las citaciones de que trata el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, oficios en los cuales se hizo mención expresa y detallada de los hechos que soportan el presunto incumplimiento, se enunciaron las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación, con base en el informe del supervisor.

3. Que según lo anterior, el Contratista fue debidamente citado en los términos dispuestos en el artículo 37 del CPACA, de lo cual se deja constancia en el expediente administrativo en los términos indicados en los numerales 8 y 9 del presente acto administrativo.

4. Que la mencionada audiencia fue iniciada el día 23 de septiembre de 2020, habiendo sido previamente comunicados el contratista y su garante, no obstante la misma fue suspendida, fecha y hora señaladas por el Jardín Botánico de Bogotá para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a pesar de estar debidamente citado el Contratista, no se hizo presente y tampoco remitió comunicación en la que manifestara las razones que imposibilitaron su inasistencia, situación de la cual se dejó constancia en audio y video, lo cual derivo en la suspensión de la audiencia, con el fin de garantizar el debido proceso y derecho de defensa.

5. Que luego de librar nuevas citaciones, la audiencia se desarrolló el día 8 de octubre de 2020, no obstante, es pertinente señalar que la misma estaba prevista para adelantarse los días 23 y 30 de septiembre del 2020 y dado que se recibió por parte de la apoderada de la firma contratista una solicitud de aplazamiento y que con el fin de garantizar el derecho de defensa y el debido proceso dentro de esta audiencia decidió aplazarlas.

6. Que dentro del desarrollo de la audiencia se reconoció como apoderadas de las partes a las Doctora Adriana Paola Suarez Fernández identificada con la CC No 28.551.299 y tarjeta Profesional No 142.399 para actuar en nombre y representación de la firma 2C Ingenieros SA – Contratista- y a la Doctora Paula Natalia Poveda Alfonso identificada con la CC No 1.022.810.048 y tarjeta Profesional No 331,053 del CSJ en representación de Seguros del Estado – Garante-.

7. Que una vez iniciada la audiencia de dio lectura integra al informe de presentado por el supervisor del contrato.

8. Que una vez culminada la lectura de los supuestos de la Entidad, se le dio el uso de la palabra a la apoderada del Contratista, quien en uso de sus facultades solicitó requerir al supervisor para que generara un informe actualizado de las actividades presuntamente incumplidas.

9. Que la Entidad decretó la práctica de la prueba solicitada, por estimarla conducente y pertinente, con el fin de obtener una actualización del informe de actividades que dio inicio al presunto incumplimiento, en razón a que la Oficina Asesora Jurídica en uso de las facultades otorgadas en la Resolución 246 de 2020.

10. Que dicho informe fue dado a conocer a las apoderadas de las partes intervinientes en la audiencia y que el mismo fue debidamente trasladado.

11. Que habiéndose suspendido la audiencia, la misma se continuo el día 29 del mes de Octubre de 2020, en forma virtual habiendo sido debidamente comunicadas las diferentes partes interesadas que en desarrollo de la actuación como a su garante, quienes fueron vinculados en legal forma al trámite, habiéndoles dado la oportunidad de presentar sus descargos, rendir las explicaciones del caso, controvertir los argumentos expuestos por JBB, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad, en cumplimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en concordancia con lo dispuesto en articulo 17 de la ley 1150 de 2007.

12. Que una vez reanudada la audiencia el día 29 de Octubre de 2020 se concedió el uso de la palabra al apoderado del garante y al representante del contratista, quienes hicieron uso del derecho de contradicción y defensa, presentaron sus descargos en los términos del acta de audiencia que forma parte integral del presente acto administrativo.

13. Que el día 11 de diciembre de 2020 se reanudó la audiencia del trámite administrativo, dando lectura del último alcance del informe presentado por la supervisión del Contrato, no obstante, al verificar que la apoderada de la aseguradora no se encontraba presente, se procedió a suspender la diligencia.

14. Que el día 16 de diciembre de 2020, se corrió traslado a las partes del documento que contiene el alcance del informe que emite el supervisor del contrato, con el fin de dar a conocer el contenido del mismo en el cual señala:

> "**frente a la obligación n.º 4 –**
> ***(…)*** *que revisados os informes que fueron observados por la supervisión, se encuentra que los mismos están d conformidad con lo solicitado y de este modo se subsanan las observaciones que se le habían realizado…*

Obligación especifica n.º32
(…) *frente a esta obligación se tiene que verificada bitácora se evidenció que la misma se encuentra al día y correctamente diligenciada con la información de la ejecución y desarrollo de la obra, con lo cual queda subsanada esta obligación.*

Obligación contractual asistencias a los comités

(…) *el contratista presentó justificación frente a esas inasistencias.*

Obligación – equipo de trabajo
(…) *presentó justificación y una relación frente a al equipo de trabajo, así como las actividades desarrolladas en ese periodo.*

15. Que el día 18 de diciembre de 2020 se procedió a reanudar la audiencia de incumplimiento; en el trámite de la diligencia se concedió la palabra a las partes para que se pronunciaran respecto del informe de supervisión del cual se les corrió traslado previamente; las partes hacen uso de la palabra señalando que no tiene observaciones sobre el contenido del documento y solicitan se de aplicación a lo expresado en el artículo 86 de la Ley 1474 del 2020 en su literal D.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Que el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, el cual establece que los servidores públicos tendrán en consideración al celebrar contratos y en la ejecución de los mismos, buscar el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con la consecución de tales fines, precepto éste que se encuentra íntimamente ligado con la disposición contenida en el artículo 14 numeral 1° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en la medida que ordena a las entidades estatales ejercer la dirección general del contrato, al igual que les atribuye la responsabilidad del ejercer el control y la vigilancia del mismo, para el cumplimiento de dichas finalidades.

Que una vez agotado el procedimiento administrativo y verificado que durante el desarrollo del mismo, no se incurriera en algún vicio que invalidara lo actuado; garantizando el debido proceso, derecho de defensa y contradicción, luego de haber analizado los cargos elevados y sustentados a la firma contratista, así como de los descargos presentados por el contratista; igualmente, la valoración probatoria de los informes presentados por el Supervisor del Contrato y en especial los alcances remitidos por la supervisión junto con las pruebas documentales allegadas y existentes, en los cuales advierte que los presuntos incumplimientos del contratista fueron subsanados; se precisa que no existe demostración de un perjuicio grave ocasionado a la Entidad como consecuencia del presunto incumplimiento, hoy superado por cuenta de las entregas extemporáneas de los informes y las bitácoras en el marco del contrato de consultoría No. 018 de 2020.

Sobre este particular, es importante mencionar que los procesos sancionatorios contractuales tienen una finalidad conminatoria, por cuanto busca requerir al contratista al cumplimiento de las obligaciones

pactados dentro del negocio jurídico celebrado, lo que indica que sus consecuencias son eminentemente pecuniarias.

No obstante lo anterior, en aplicación del principio de eficacia también sería procedente terminar el proceso sancionatorio cuando se dé la cesación de los hechos que dieron lugar a la apertura de la diligencia, esto sin la interposición de sanción o supuesto incumplimiento.

Frente a esto tenemos que las Entidades públicas en ejercicio de su función administrativa deben orientar sus actuaciones al cumplimiento de los fines estatales y a la satisfacción del interés general a través de soluciones útiles y adecuadas por tal razón no todo proceso sancionatorio debe culminar con la respectiva sanción.

Por tal motivo, cuando la Entidad tenga conocimiento de que el hecho se encuentre superado y el incumplimiento haya cesado debe terminar el proceso sancionatorio contractual sin imposición de multa ni determinación de incumplimiento o responsabilidad alguna, lo anterior, en virtud de los dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en concordancia con el principio de eficacia administrativa, que supone que la Entidades públicas deben estar diseñadas y concebidas para garantizar la obtención de los objetivos, fines y metas propuestos y asignados por el propio ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, no le es dable a la administración imponer sanción alguna, en la forma y tasación que se solicitó, en tanto que, como se explicó, los hechos materia de presunto incumplimiento ya cesaron.

En mérito de lo expuesto, la Directora General Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR terminada la actuación administrativa sancionatoria iniciada contra 2C INGENIEROS SA y su garante SEGUROS DEL ESTADO SA, por cesación de los hechos y circunstancias que dieron origen a su apertura; conforme a las consideraciones señaladas en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordénese el archivo de la presente actuación.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar en estrados el contenido del presente acto administrativo al representante legal de la empresa 2C INGENIEROS SA y a la aseguradora Seguros del Estado , de conformidad con lo dispuesto la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA) y comunicar la presente decisión con la publicación del presente acto en el Sistema Electrónico de contratación Pública -SECOP II www.colombiacompra.gov.co.

ARTÍCULO CUARTO: Contra el presente acto procede el recurso de reposición en los términos del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en concordancia con el artículo xx de la Ley 1437 de 2011 (código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA).

RESOLUCIÓN 459 DEL 18 DE DICIEMBRE DE 2020

"Por medio del cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio contrato JBB-CTO-018-2020".

ARTÍCULO QUINTO: La presente Resolución rige a partir de su expedición, ordenándose la publicación de esta en el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP II www.colombiacompra.gov.co

NOTIFÍQUESE, PUBLIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 18 días del mes de diciembre de 2020.

MARTHA LILIANA PERDOMO RAMIREZ
Directora Jardín Botánico José Celestino Mutis

Aprobó: Aura Elvira Gómez Martínez- jefe de la Oficina Asesora Jurídica.
Proyectó: Rafael Alfonso Sanguino Caneva – Abogado -Contratista Oficina Asesora Jurídica