



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL
JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

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

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Expediente: 110013336032201200014300
Demandante: DAGA S.A
Demandado: RADIO TELEVISIÓN NACIONAL DE COLOMBIA –RTVC-
Asunto: CONTRACTUAL

SENTENCIA N° 05

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

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS:

Se resumen de la siguiente manera según la versión que presenta la parte actora:

Radio Nacional Televisión de Colombia –RTVC- suscribió el contrato N° 089 del 31 de marzo de 2009 con DAGA S.A, cuyo objeto era *"la venta, instalación y puesta en funcionamiento de los equipos necesarios para poner en funcionamiento el laboratorio del parque de innovación de medios, como un instrumento para la generación, transporte y recepción de la señal de TV digital, así como para el que test y análisis de esta señal desde su misión hasta la recepción conforme a lo establecido en la solicitud de oferta de la contratación y la propuesta presentada."*

Según el análisis de conveniencia elaborado por el asesor técnico de RTVC, la finalidad propuesta tenía como límite máximo 10 diez años para el logro de la transición de análogo a digital, estableciendo de esta manera los límites temporales y consecuentemente la urgencia y necesidad en el desarrollo de la migración de la señal actual a la futura.

Mediante Resolución N° 338 del 25 de agosto de 2009, RTVC declaró la caducidad del Contrato 089 de 2009.

Como sustento del debido proceso fue elevada la comunicación 20012110055701 del 27 de julio de 2009 mediante la cual se le informaba al contratista de la presunta inobservancia de una de las obligaciones pactadas en el contrato. Daga s.a., mediante oficio 20092560046092 del 4 de agosto de 2009 dio respuesta a ese requerimiento y a través del oficio del 25 de agosto de 2009 solicitó prórroga del contrato 089 de 2009.

Daga s.a no obtuvo respuesta a la solicitud elevada, sino que recibió como contestación de la administración la declaratoria de caducidad, teniendo siempre la voluntad de cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Daga s.a interpuso recurso de reposición contra el acto administrativo que declaraba la caducidad, siendo revocada dicha medida exorbitante y variada por la de incumplimiento, a través de la Resolución N° 461 del 21 de diciembre de 2009; decisión confirmada con la Resolución N° 061 de 2010.

Con petición del 16 de abril de 2010, Daga s.a solicitó la devolución del IVA en razón del descuento realizado por el incumplimiento en la que se hizo efectiva la cláusula penal, la cual fue negada por RTVC a través de la comunicación 20102520020731 del 26 de mayo de 2010.

Contra dicho acto se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación siendo rechazados por improcedentes mediante Resolución 485 del 22 de diciembre de 2010, aduciendo ser un acto de ejecución.

RTVC y DAGA S.A liquidaron el contrato N° 089 de 2009 de común acuerdo el 28 de febrero de 2011.

2. PRETENSIONES

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

"1.-Que se declare el incumplimiento del contrato No 089 de 2009 firmado el 31 de marzo de 2009, con mi representada DAGA S.A., cuyo objeto fue "... la venta, instalación y puesta en funcionamiento de los equipos necesarios para poner en funcionamiento el laboratorio del parque de innovación de medios, como un instrumento para la generación, transporte y recepción de la señal de TV digital, así como para el que test y análisis de esta señal desde su misión hasta la recepción conforme a lo establecido en la solicitud de oferta de la contratación y la propuesta presentada."

2.- Que como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad de los Actos Administrativos, Resoluciones N° 061 del 2010, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra los artículos segundo y tercero de la parte resolutive de la Resolución N° 461 de 21 de diciembre de 2009, que declara el incumplimiento del Contrato No 089 de 2009, notificada al apoderado especial, el día 3 de marzo del 2010. Así mismo, la presente, deberá abarcar sobre la manifestación de voluntad inserta en el oficio N° 20102520020731 de 26 de mayo de 2010, mediante el

cual RTVC, NIEGA LA DEVOLUCIÓN DEL IVA DESCONTADO a través de la Resolución N° 461 de 21 de diciembre de 2009 y la Resolución N° 485 del 22 de Noviembre de 2010 de RTVC, "Por medio de la cual se rechaza un recurso de reposición y el (sic) subsidio de apelación en contra de un acto de ejecución."

3.- *Que con base en lo anterior, se indemnice los perjuicios ocasionados a mi mandante.*

4.- *Se declare que RADIO TELEVISIÓN NACIONAL DE COLOMBIA "RTVC", es responsable por los perjuicios ocasionados a mi mandante y por lo tanto está llamada a indemnizar tanto daño emergente como lucro cesante.*

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, este Alto tribunal se servirá pronunciarse sobre las siguientes

CONDENAS:

1.- *Que la demandada debe ser condenada a responder a mi mandante por los perjuicios materiales ocasionados, consistentes en daño emergente y lucro cesante, representados el uno en la suma descontada de la debida ejecución del contrato No 089 de 2009 y por consiguiente no ingresada a las arcas de mi representada y el segundo, el interés dejado de percibir sobre tales sumas de dinero.*

2.- *Que se condene a la demandada a cancelar la suma reclamada como perjuicios, indexadas al momento de dictar Sentencia.*

3.- *Que sobre dicha cantidad se condene a la demandada a pagar la tasa de interés señalada en el numeral 8° del Artículo 4° de la ley 80 de 1993, liquidada mes a mes desde la fecha en que efectivamente se realizó la retención y descuento de la suma reclamada.*

4.-*Que se condene a la demandada en costas del proceso.*

PERJUICIOS MATERIALES:

DAÑO EMERGENTE

Constituidos por las sumas de dinero, que le fueron descontadas de manera unilateral a mi representada, en cantidad de \$64.036.091.00
(...)

LUCRO CESANTE

El valor del daño emergente actualizado por la tasa de interés señalada en el numeral 8° del Artículo 4° de la ley 80 de 1993, liquidada mes a mes desde la fecha en que efectivamente se realizó la retención y descuento, producto de la declaratoria de incumplimiento y hasta tanto se verifique el pago.

(...)

= \$21.882.425,41

TOTAL: 90.551.124,41

Sumatoria de la Indexación e intereses, respecto de la suma objeto de retención y descuento por parte de la demandada, hasta la fecha de presentación de la presente demanda".

3. TRÁMITE PROCESAL

-La demanda fue radicada el 10 de septiembre de 2012 (fl. 99) y rechazada por caducidad mediante auto del 5 de diciembre de 2012 (fl. 104-108); decisión revocada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con auto del 13 de junio de 2013 (fls. 118-121)

-En obediencia y cumplimiento de lo dispuesto por el superior, la demanda fue admitida por este Juzgado a través de auto del 10 de julio de 2013 (fls. 123) y notificada a la entidad demandada mediante correo electrónico el día 11 de diciembre de 2013 (fl. 124) y por correo certificado el 20 de diciembre de 2013 (fl. 154), quien presentó contestación a la demanda el 14 de febrero de 2014 (fls. 126-151), esto es dentro del término legal.

-La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 se había realizado inicialmente el 10 de febrero de 2015¹ (fl. 281 c.1), no obstante mediante auto del 26 de agosto de 2015 (fl. 10 c2) se decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 21 de enero de 2010 que fijó fecha para la realización de la mencionada audiencia, por cuanto quedó mal registrada la citación en el Sistema de Información Judicial Colombiano (antes siglo XXI), lo que imposibilitó la asistencia de los apoderados a la mencionada audiencia. En consecuencia, la audiencia inicial se llevó a cabo nuevamente el 10 de noviembre de 2015 (fls. 331-333).

La audiencia de pruebas se desarrolló durante los días 9 de febrero de 2016 (fls. 373-374 vto) y 30 de octubre de 2017 (fls. 399- 400). En esta última se dio por concluido el periodo probatorio y por considerar innecesaria la realización de una audiencia para presentar las respectivas alegaciones, se les concedió a las partes el término de 10 días para que presentaran por escrito los alegatos de conclusión; facultad de la que hicieron uso ambas partes (fls. 401-421 y 422-429)

II. PLANTEAMIENTOS JURÍDICOS DE LAS PARTES

➤ PARTE DEMANDANTE

Presenta el apoderado judicial de la parte actora los siguientes cargos:

1. Violación al debido proceso:

Señala que el nuevo pronunciamiento de “incumplimiento” se encuentra impregnado de vicios de constitucionalidad y de legalidad y las acciones tomadas en la actividad administrativa fueron insuficientes toda vez que se limitaron a remitir un oficio al contratista de la presunta inobservancia de unas de las obligaciones pactadas en el contrato, con el objeto de que se rindiera las explicaciones que se estimaran pertinentes las cuales fueron dadas por Daga, s.a., el 4 de agosto de 2009, en la que alegó circunstancias ajenas a su voluntad y solicitó dentro del término contractual una prórroga de 1 mes, la cual fue contestada por parte de la entidad con la emisión del acto administrativo de caducidad.

¹ En el acta de dicha audiencia debido a un error mecanográfico quedó escrito 10 de febrero de 2014, pero en realidad corresponde al año 2015, tal y como quedó registrado en el sistema de Información Judicial.

Afirma que RTVC al declarar la caducidad del contrato pretermitió ejercer en debida forma el derecho a la defensa y contradicción dentro de la actuación administrativa, pues solo con posterioridad a la interposición del recurso de reposición, la entidad decretó el periodo probatorio, para luego expedir el acto administrativo en el que declaró el incumplimiento del mismo, situación que vulneró los artículos 13 y 29 de la Constitución política y la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional.

Arguye que cuando se dispuso del ejercicio probatorio con posterioridad a la manifestación unilateral de voluntad de la administración, se fracturó el debido proceso en sus diferentes modalidades, pues lo que se hizo fue tratar de sanear lo insubsanable, toda vez que los términos procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento.

Aclara que no se discute la declaratoria de caducidad pues la misma fue objeto de revocatoria, sino el procedimiento que la administración siguió para dar nacimiento al incumplimiento declarado en la Resolución 461 de 2009, por lo siguiente: i) desde el punto de vista legal, en razón a que la vía gubernativa que surgió en razón a la declaratoria de la caducidad se constituyó en la actuación administrativa del mencionado incumplimiento, confundiendo de esta manera dos etapas totalmente diferentes, pues la última es la garantía de un debido proceso y la primera es la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad o legalidad del acto con efectos jurídicos vinculantes, y ii) desde el punto de vista fáctico respecto del análisis de los hechos como consecuencia del probatorio que apuntan a demostrar no solo el allanamiento al cumplimiento de las obligaciones contractuales, sino a un retraso no significativo por circunstancias ajenas al contratista.

Señala que dentro del material probatorio se encuentra los documentos que acreditan la fusión entre las empresas Harmonic y Scopus, así como las manifestaciones de retraso por motivos de transporte terrestre y aéreo, circunstancias éstas ajenas a la voluntad de Daga s.a., y donde independientemente de la elección y vigilancia que ésta realizase respecto de sus proveedores, se veía imposibilitada para intervenir en el proceso de fusión de uno de ellos o intervenir en decisiones o políticas de organización empresarial impuestas por la misma economía de mercado y la crisis económica a nivel mundial, así como el manejo y eficiencia de las empresas transportadoras (legítimos terceros en la relación entre Daga s.a., y sus proveedores), de manera que se excluía cualquier posibilidad de orden jurídico o material para el logro de una perfecta coordinación entre sus necesidades y obligaciones y las que otros adquieren con él. Afirma que igual suerte se puede predicar respecto al tema del transporte de los elementos objeto del contrato.

Por lo anterior, considera que las condiciones existentes de las eximentes de responsabilidad están dadas, esto es la imprevisibilidad (pues era imposible prever por parte de Daga s.a., la fusión como el atraso en el transporte) e irresistibilidad (pues el aquí demandante no podía evitar la mencionada fusión de uno de sus proveedores), de manera

que endilgarle incumplimiento por obra suya escapa a la órbita del derecho, más aún cuando desde la interposición del recurso en contra del acto administrativo que declaró la caducidad, anunció que a ese momento ya se encontraba en la posibilidad de instalar los elementos faltantes, poner en funcionamiento y dictar la capacitación, situación que no fue admitida en el momento oportuno por parte de RTVC, sino que se limitó a evacuar el probatorio que debió ser recaudado con antelación a su pronunciamiento de fondo, que no fue otro que el acto administrativo de caducidad ya mencionado.

Agrega que las diferentes comunicaciones que Daga s.a., remitió vía e-mail a la administración pública, ponía de presente que existían problemas en la entrega de los bienes objeto del contrato, pues en varias oportunidades se informó la prórroga para la instalación de los equipos, aviso éste que debió ser procesado por la entidad contratante para encender las alarmas y cuestionar de manera inmediata, mediante citación al contratista, a audiencia para garantizar el proceso debido, con el objeto de que diera las explicaciones necesarias, respecto a las razones que motivaban el prorrogar, no en una sino en varias oportunidades la instalación de los mencionados elementos; no obstante ello no acaeció, por lo que RTVC no puede hoy argumentar la debida diligencia que se abstuvo de adoptar respecto al mentado incumplimiento en cabeza de la supervisión del contrato. Lo anterior por cuanto la administración pública tiene el deber de hacer el seguimiento de la ejecución contractual conforme al mandato previsto en la ley de contratación, a través de un interventor o supervisor del contrato, pues la gestión en tal sentido presupone el ejercicio mancomunado en busca del cumplimiento de los fines del estado y de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Relata que RTVC en julio 15 de 2009 mediante oficio N° 20092430054221 señaló que en reunión de seguimiento realizada el lunes 8 de junio de 2009, Daga s.a., informó a la interventoría que los equipos se instalarían en la última semana de junio de 2009, que posteriormente mediante correo electrónico de junio de 2009 comunicó que se estarían instalando en la primera semana de julio de 2009, luego que la instalación se realizaría la segunda semana de julio de 2009, por lo que cuestiona que la administración no hubiese actuado de manera oportuna para establecer las razones de dichos incumplimientos, cuando Daga s.a., no cumplió en la fecha inicialmente señalada.

Considera que el procedimiento a seguir era precisamente convocar al contratista en el momento del primer incumplimiento (pues era garantía del actuar oportunamente) a audiencia como mecanismo necesario, primero, para determinar las causas, y segundo para garantizar el debido proceso; no obstante, ello no acaeció y solo mediante una misiva del 15 de julio de 2009, es decir, más de 15 días después se cuestionó el incumplimiento.

El no tenerse en cuenta las manifestaciones del contratista en su carta de fecha agosto 4 de 2009, así como el no dar una lectura acorde a lo que allí se inserta en los mails de la

misma, sino únicamente evaluar el incumplimiento en sí mismo, constituye la penalidad de incumplimiento contractual hoy cuestionada en una sanción de plano, trayendo a nuestra legislación la responsabilidad objetiva, la cual está proscrita de nuestro ordenamiento. Señala que el Derecho sancionatorio es una modalidad del derecho penal y como tal los principio de éste son aplicables a aquel.

Concluye exponiendo que de las pruebas testimoniales y de interrogatorio de parte practicadas en el trámite administrativo que declaró el incumplimiento contractual, son contundentes en demostrar los argumentos planteados por el apoderado en esta demanda.

Finalmente, refiere que llama la atención el hecho que en el artículo 3° de la Resolución 461 del 2009 se dispuso "*Hacer efectiva la póliza en el amparo de cumplimiento No. U-4401009244 expedida el 3 de abril de 2009 por la Compañía Seguros de Estado S.A. vigente desde el 1° de abril de 2009 hasta el 1° de diciembre del 2009 y cobrar la cláusula penal establecida en el contrato*"; no obstante a través de la póliza de cumplimiento se traslada el riesgo por parte del contratista a la aseguradora de los posibles perjuicios que se lleguen a ocasionar, por lo que estaría fuera del marco de legalidad cobrar una cláusula penal adicional por perjuicios, toda vez que se estaría sancionando doblemente en contra del principio de non bis in ídem, según el cual nadie podrá ser sancionado dos veces por el mismo hecho.

➤ **ENTIDAD DEMANDADA – RTVC-.**

Respecto del cargo de violación al debido proceso dentro de la actuación administrativa que culminó con la declaratoria de incumplimiento, sustentada por el accionante exclusivamente en la no realización de la audiencia en la que se le permitiera rendir sus descargos, advierte el apoderado de la entidad demandada, que la legislación contractual en relación con las facultades exorbitantes que le otorga a la administración pública, señala que hacen parte de toda la estructura procedimental para valorarse al momento de fijarse una sanción al contratista, todos los elementos que deriven del sancionado que permitan concluir su incumplimiento, o por el contrario, la justificación propia del mismo que no esté en cabeza de él y que pueda ser tenido por la administración como sustento justificatorio para la no aplicación de la sanción; en ese entendido, la administración en cabeza de RTVC, requirió en reiteradas ocasiones al contratista para que manifestara el porqué del retraso e incumplimiento de sus obligaciones, requerimientos que fueron evasivos, displicentes, conformistas, con rango de burlesco y para nada justificables de la situación por la que se le estaba requiriendo, respuestas que además, según las consideraciones del apoderado de la demandante, debían ser entendidos en esta forma para que la administración hubiese actuado con más prevención y diligencia, siendo esto un exabrupto, toda vez que, no se puede alegar la culpa en favor suyo, y mucho menos pretender que su negligencia y falta de responsabilidad contractual, sea excusa para justificar el supuesto no cumplimiento de las obligaciones de la otra parte contratante.

Así las cosas, las respuesta obtenidas por la supervisión frente a los requerimientos de incumplimiento del plan de trabajo y entrega de equipos y actividades, fueron el oportuno medio y posibilidad de justificación y controversia frente a las resultas de la relación contractual en la cual se terminara declarándose el incumplimiento de la demandante; determinándose así, la inejecución de las garantías procesales que el demandante tenía, y que ahora alega le fueron violadas, y por último, queda claro de las consideraciones ofrecidas al demandante contenidas en la Resolución 461 de 2009, que no es obligatoria la audiencia pretendida y alegada por él para soportar el cumplimiento del debido proceso, ya que la norma establece la misma como una de las formas, en las que se debe adelantar el procedimiento sancionatorio, mas no la establece de forma taxativa para el procedimiento, dado que existen otras formas procesales que le garantizan al contratista alegar su no responsabilidad o incumplimiento, que en el presente caso no fueron ejercidas por el hoy demandante, al formular respuesta inocuas, carentes de sustento que justificaran el incumplimiento que en ultimas se le declaró.

En cuanto a la manifestación de culpa de un tercero y hecho insuperable, tratándose del incumplimiento de la entrega de los equipos objeto del contrato, señala que rtvc le fue suficientemente claro al contratante que frente al incumplimiento de los proveedores de los equipos que se adquirieron a través del contratista, le es aplicable toda la responsabilidad, toda vez que de él depende el cumplimiento de las condiciones que se pactaron para la entrega de los mismos.

Señala que la sola factura de compra de los equipos le facultaba al contratista Daga s.a., a la interposición de las acciones necesarias para exigir el cumplimiento de la relación comercial, sin que tuviera que irse el apoderado de la demandante a manifestar que son hechos que como el cambio climático, se le escapan de su capacidad de vigilancia y cuidado, o tendría la entidad que entrar a debatir frente a la globalización, las clases de contratos, y todas aquella situaciones que debieron rodear la relación comercial con sus proveedores, así sean chinos.

Resalta que la relación comercial que se sostuvo entre el contratita hoy demandante y sus proveedores son del resorte de él, y no puede alegarse como hecho ajeno a su voluntad, cuando al igual que la administración debió ejecutar las cláusulas o iniciar las acciones judiciales necesarias para exigir el cumplimiento de las obligaciones de sus proveedores, siendo estos últimos su par en la relación contractual que nació entre ellos con las órdenes de compra.

Expone que el demandante señala que en cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato 089 de 2009, se adquirieron unos equipos que al ser instalados no prestaron el servicio fin de los mismos, y que ello obedeció a la codificación y condiciones técnicas que fueron adoptadas por Colombia para la emisión de la señal TV Digital, esto, claramente en relación con el Multiplexor con el que se recepcionaría y distribuiría la señal TV digital,

consideración para nada válida, pues la oferta presentada por Daga s.a. obedeció a los requerimientos técnicos que fueron plasmados por RTVC en los estudios de conveniencia, los cuales son absolutamente claros y en ellos se determinan las condiciones que deben cumplir para el cumplimiento del objeto contratado, lo que no es entendido como una causa de justificación del incumplimiento, toda vez que son aspectos que debieron ser del cuidado y responsabilidad del contratante.

En relación con el porcentaje de entrega de los equipos por el contratista que alude son del 95%, aduce que no se trata solo de la adquisición de los equipos, si no del funcionamiento integral de los mismos para que prestaran el servicio de laboratorio del parque de innovación de medios que se configura en la interacción de los equipos para el fin necesitado, y sumado a ello, la capacitación del personal para el manejo del laboratorio. Por ello, no es de recibo que el hoy demandante aluda a un indebido cálculo de cumplimiento de las obligaciones, sustrayéndose únicamente a la adquisición y entrega de los equipos, a cargo del contratista hoy demandante.

En cuanto al impedimento que presentó RTVC para que el contratista DAGA S.A., adelantara la capacitación del personal a cargo del laboratorio indica que no se trata de un capricho de la administración, o de querer constituir en mora total al contratista frente a sus obligaciones, pero como se manifestó previamente, lo que se contrató fue el montaje del laboratorio de innovación de medios, que debía funcionar íntegramente para que se procediera de esa manera a adelantar las capacitaciones del personal de RTVC. De manera tal que la capacitación se podría ofrecer al personal de RTVC sobre unos equipos que no estaban funcionando y que no generaban el cumplimiento de una obligación que era la capacitación para el manejo de ese laboratorio, no para el manejo de algunos equipos de ese laboratorio.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones del supervisor del contrato 089 de 2009, indica que el contratista confunde claramente la laxitud con el incumplimiento, pues si bien es cierto el supervisor habiendo requerido en tres ocasiones al contratista, no advirtió a RTVC de dicho incumplimiento, ello obedeció a las oportunidades y condescendencias que le brindó a Daga, s.a., para que diera acatamiento a sus obligaciones, y hoy no solo, tacha de incompetente la labor del supervisor, sino que aduce que se debió "*deducir por el supervisor que algo estaba pasando*" para que la entidad tomara los correctivos; deducción que en todo caso hubiese sido más fácil, si la respuesta a los requerimientos elevados por la supervisión, hubiesen sido contestados con las justificaciones que solo después de la declaratorio de caducidad le da por alegar al contratista (todas las que supuestamente le impidieron el cumplimiento de sus obligaciones); de manera que pretender tachar la labor de una supervisión a la cual no se le informó las circunstancias que más tarde vienen a alegar en su favor, es muestra de la irresponsabilidad y falta de lealtad contractual con la que actuó el contratista hoy demandante.

Como excepción de fondo plantea la de *“Imposibilidad de demandar un acto proveniente de su entera y libre voluntad – Terminación contractual por mutuo acuerdo”*, y para el efecto expone que la relación contractual suscrita entre la Sociedad DAGA y Radio Televisión Nacional de Colombia en el Contrato 089 de 2009, fue objeto de liquidación por mutuo acuerdo el pasado 28 de febrero de 2011, lo que acarrea consecuencias jurídicas entre las partes, toda vez que en el acta se declararon a paz y salvo, sin que allí se dejaran salvedades..

Comenta que la voluntad inserta en las liquidaciones por mutuo acuerdo, y la generación del paz y salvo entre los contratantes, en la contratación administrativa, ha sido ampliamente sentada por las diferentes cortes, especialmente por el H. Consejo de Estado, en su sección tercera en fallos como: sentencia de 22 de junio de 2011, exp. 18.169, CP. Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia del 9 de agosto de 2012, expediente 18097 y Sentencia del 26 de julio de 2012, expediente 23605, entre otras.

De otra parte, el apoderado de RTVC se opone a las condenas solicitadas en la demanda.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

➤ PARTE DEMANDANTE

El vocero judicial además de exponer algunas consideraciones planteadas en el escrito de demanda, expresó sus conclusiones respecto a las pruebas testimoniales y de interrogatorio de parte recepcionados en este proceso judicial, señalando que aquellos son coincidentes en mostrar que el incumplimiento no devino de la conducta de la contratista, sino de terceros actores, lo que fue puesto en conocimiento a la supervisión del contrato, cuando se anunciaba las diferentes fechas para dar cumplimiento a lo establecido por las partes; que la puesta en funcionamiento y capacitación se ofreció desde la interposición del recurso contra la resolución que declaraba la caducidad, la que no fue permitida hasta tanto se evacuara un probatorio posterior al acto definitivo; que dicha demora de la puesta en funcionamiento no se le puede adjudicar a DAGA S.A., sino al tiempo que se tomó la Administración Pública para ordenar tal actividad (diciembre 5 del 2009), no pudiéndose por ello concluir que dicha mora corresponde a la contratista; por lo tanto, el incumplimiento que se le abroga a DAGA S.A., debe decaer y consecuentemente la revocatoria del acto administrativo como tal en sus numerales 2 y 3, pues tanto la razón legal como fáctica les asiste.

Señala que la propia entidad al reglar el tema de la supervisión de los contratos a través de la Resolución 222 de 2007 -manual sobre el ejercicio de la función de supervisión a los contratos suscritos-, estableció unas funciones en cabeza de la persona que hace parte de la administración pública para asegurar la correcta ejecución y cumplimiento de los contratos, delimitándola a deberes de carácter administrativo, técnico, financiero y legal, es decir que su actividad debe enmarcarse dentro de esas precisas obligaciones so pena de

faltar al deber legal, como ocurrió en el presente caso, pues no se adoptó los mecanismos necesarios ni las actividades conducentes para asegurar que se cumpliera en forma oportuna y adecuadamente el objeto contractual convenido.

En cuanto al documento remitido por Harmonic de junio 1º de 2009, traducción oficial realizada por el doctor Edwar Adams – Traductor e interpreten con certificado 0412 expedido por la universidad Nacional, indica que allí se hace alusión expresa a la integración HARMONIC PARA SCOPUS VIDEO NETWORKS y agradece la paciencia durante dicho proceso, manifestando que trabajarán con Daga s.a., en un futuro próximo para realizar un nuevo acuerdo, señalando que en los siguientes meses HARMONIC actualizará su programa. Afirmaciones éstas que ponen de manifiesto que el retraso fue ocasionado por la conducta de un tercero, si bien proveedor, Daga s.a., no tenía por qué estar al tanto del acuerdo de integración ni podía intervenir en él, puesto que su voluntad no poseía la virtud de impedir tal acción comercial proveniente del libre ejercicio del consentimiento de quienes de tal manera procedían.

➤ **ENTIDAD DEMANDADA – RTVC-.**

Reitera algunos de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda haciendo especial énfasis en la excepción de mérito que denomina *"imposibilidad del accionante para demandar un acto de su entera y libre voluntad y la indebida justificación de la acción promovida"*, para determinar que lo pretendido por el accionante no es jurídicamente controvertible.

Insiste en que la parte actora pretende de un lado, lograr que la jurisdicción declare el incumplimiento del contrato 089 de 2009 a pesar que dicho incumplimiento ya fue declarado mediante la Resolución 461 de 21 de diciembre de 2009, y por otro, busca la declaratoria de nulidad de actos administrativos emanados de RTVC relacionados con el mismo contrato, así como la indemnización de perjuicios que dice habersele ocasionado, cuando las dos partes, y con posterioridad a estas actuaciones, manifestaron expresamente su voluntad de liquidar por mutuo acuerdo y sin salvedades alguna el contrato, razón que imposibilidad a Daga s.a., para instaurar la demanda.

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

IV. PRUEBAS

Conforman el acervo probatorio las siguientes documentales:

- Contrato N° 089 del 31 de marzo de 2009 suscrito entre RTVC y DAGA S.A (fls. 1-11 c.1).
- Resolución N° 461 de 21 de diciembre de 2009 (fls. 12-27 c.1).
- Resolución N° 061 del 26 de febrero de 2010 (fls. 28-39 c.1).

- Oficio N° 20102520020731 de 26 de mayo de 2010 suscrito por la Jefe de Costos e Información Financiera de RTVC (fl. 40 c.1).
- Resolución 485 del 22 de noviembre del 2010 (fls. 41-46 c.1).
- Acta incompleta de Liquidación de mutuo acuerdo del Contrato N° 089 de 2009, efectuada el 28 de febrero del 2011 (fl. 48-49 c.1).
- Certificado de existencia y representación de DAGA S.A (fls. 52-55 c.1)
- Copia íntegra del acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato 089 de 2009 suscrito entre Radio Televisión Nacional de Colombia –RTVC- y DAGA S.A., del 28 de febrero de 2011 (fls. 155-162 y 369-372 c.1)
- Oficio N° 2009240054221 de 15 de julio de 2009, suscrito por el Interventor del contrato 089 de 2009, señor Ciro Eduardo Castillo, y dirigido al Ingeniero de DAGA S.A Daniel Amaya (fl. 163 c.1)
- Memorando N° 20092430008833 de fecha 24 de julio de 2009 suscrito por el Ingeniero Ciro Eduardo Castillo -Interventor del Contrato 089 de 2009-, y dirigido a la jefatura de la oficina Asesora Jurídica con el cual le poniendo en conocimiento el incumplimiento de la ejecución del contrato 089 de 2009 suscrito con la sociedad DAGA (fl. 164-165 c.1)
- Oficio N° 20092110055701 de 27 de julio de 2009, suscrito por la dra. Olga Lucia Vides Castellanos, con referencia: *"Debido proceso administrativo por presunto incumplimiento de obligaciones contrato N° 089 de 2009"* (fl. 166-169 c.1).
- Copia del Oficio N° 2009-256-004609-2 fechado 03 de agosto de 2009 y entregado a RTVC el 04 de agosto de 2009, suscrito por el señor Hernán Salcedo Cruz, representante legal de DAGA S.A. (fl. 170 c.1)
- Oficio en idioma ingles remitido por Harmonic de fecha "June 1, 2009" , suscrito por el señor Eli Yanuka Director Sales LATAM (fl. 171 c.1)
- Copia del acta de verificación de equipos del contrato 089 de 2009, adelantada el 9 de diciembre de 2009 (fls. 172-173 c.1)
- Copia de sendos correos electrónicos realizados entre el Interventor del contrato 089 de 2009, y el personal de la sociedad DAGA, S.A (fls. 174-203 c.1)
- Copia de la propuesta técnica presentada por la sociedad Daga, s.a en la Invitación Directa N° 01 de 2009 (fls. 204-307 c.1)
- Oficio del 25 de noviembre de 2015 a través del cual el apoderado de la parte actora allega traducción oficial del documento remitido por Harmonic de fecha 1° de junio de 2009, efectuado por el docotr Edward Adams – Traductor e Interprete Oficial (fls. 336-339 del c.1)
- Oficio del 15 de febrero de 2016 a través del cual el apoderado de la parte actora allega nuevamente la traducción oficial del documento remitido por Harmonic de fecha 1° de junio de 2009, efectuado por el docotr Edward Adams – Traductor e Interprete Oficial (fls. 380-384 del c.1)

- Despacho comisorio auxiliado por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Moniquirá a través del cual se recaudó el testimonio del señor Ciro Eduardo Castillo (c.4).
- Oficio 20162100010971 del 24 de febrero de 2016 a través del cual la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la RTVC allega copia de los antecedentes del contrato N° 089 de 2009 (fl. 391 del c.1 y c. 5 que va del folio 248 a 743 dividido en 4 sub carpetas).

V. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

Se circunscribe a determinar si hay lugar a declarar el incumplimiento del contrato No 089 de 2009 suscrito el 31 de marzo de 2009 entre RTVC y DAGA, S.A, y a declarar la nulidad de las Resoluciones 061 del 2010 y 485 del 22 de noviembre de 2010. En caso afirmativo cuál sería la condena a pagar por la parte vencida en el proceso?

2. ASPECTOS PROCESALES

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

3. ASPECTOS SUSTANCIALES

➤ CASO CONCRETO:

DAGA S.A., fundamenta sus pretensiones en la vulneración al debido proceso por parte de RTVC, en el trámite administrativo llevado a cabo en la ejecución del contrato 089 de 2009 en el cual, en un primer momento se había declarado la caducidad del contrato, decisión revocada posteriormente y cambiada por la de incumplimiento del contrato, de un lado, y por otro, en la inconformidad con el oficio N° 20102520020731 de 26 de mayo de 2010, mediante el cual RTVC le negó la devolución del IVA descontado en razón a la resolución 461 del 21 de diciembre de 2009, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición y se declaró el incumplimiento del mencionado contrato.

Por su parte, la entidad demandada Radio Televisión Nacional de Colombia –RTVC-, basa su defensa principalmente en que entre los extremos contratantes se suscribió una acta de liquidación bilateral del contrato 089 de 2009 en la que no dejaron salvedades, lo que imposibilita al accionante a demandar.

Entonces, para efecto de dilucidar si en el presente caso hay lugar a o no a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, tenemos que **en el expediente se encuentran probado lo siguiente:**

Mediante Resolución 166 del 25 de marzo de 2009 (fls. 93-97 c3) la Gerente de Radio Televisión Nacional de Colombia –RTVC-, adjudicó los grupos 1 y 2 de la invitación directa 001 de 2009 para contratar la adquisición a título de venta, la instalación y puesta en funcionamiento de los equipos necesarios para poner en funcionamiento el laboratorio del parque de innovación de medios, como un instrumento para la generación de transporte y recepción de la señal de TV digital, así como para el test y análisis de esta señal desde su emisión hasta su recepción, a DAGA S.A. por un valor de \$508.598.300 incluido IVA para el grupo 1, y por un valor de \$131.762.614 incluido IVA para el grupo 2.

El 31 de marzo de 2009 se suscribió entre RTVC y DAGA S.A., el contrato 089 de 2009 (fls. 248-258 c5) cuyo objeto establecido en la cláusula PRIMERA consistió en que "EL CONTRATISTA se obliga para con la venta, la instalación y puesta en funcionamiento de los equipos necesarios para poner en funcionamiento el laboratorio de innovación de medios, como un instrumento para la generación, transporte y recepción de la señal de TV Digital, así como para el test y análisis de esta señal desde su emisión hasta la recepción conforme a los (sic) establecido en la oferta de la contratación y la propuesta presentada". Y en la cláusula SEGUNDA del contrato fijó el ALCANCE DEL OBJETO así: "En cumplimiento del objeto contractual el contratista realizará el suministro e instalación de los equipos necesarios para el desarrollo del objeto relacionados en el anexo 2 para los grupos 1 y 2 de la invitación Directa y de la propuesta, documentos que forman parte integral del presente contrato".

A través de la Resolución 338 del 25 de agosto de 2009 RTVC declaró la caducidad del Contrato 089 de 2009, ordenó la liquidación del mismo en el estado que se encontrara, ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento y cobrar la cláusula penal establecida en el contrato; asimismo ordenó al contratista hacer la devolución de los dineros entregados a título de anticipo junto con los rendimientos financieros (fls. 301-310 c5).

El 7 de septiembre de 2009, DAGA S.A., interpuso recurso de reposición contra la Resolución 388 de 2009 (fls. 311-332 c5) e igualmente el apoderado de la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A (fls. 369-374 c5).

A través del Auto N° 001 del 24 de septiembre de 2009, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 del otrora C.C.A., se ordenó abrir a pruebas el trámite administrativo (fls. 380-382 c5). Mediante Auto N° 002 del 5 de noviembre de 2009 se decretó otra prueba (fls. 492-493 c.6), y con Auto N° 3 del 1° de diciembre de 2009 se decretaron nuevas pruebas (fls. 505-506 c6).

Que mediante la Resolución 461 del 21 de diciembre de 2009 (fls. 522-537), RTVC revocó en su integridad la Resolución 338 del 25 de agosto de 2009 y declaró el incumplimiento del Contrato N° 089 de 2009 ordenando hacer efectiva la póliza de cumplimiento y cobrar la cláusula penal establecida en el contrato.

El 29 de diciembre de 2009 DAGA S.A., interpuso recurso de reposición contra los artículos segundo y tercero de la Resolución N° 461 de 2009 (fls. 538-562).

Mediante la Resolución 061 del 26 de febrero de 2010, RTVC resolvió el recurso de reposición interpuesto por el apoderado Judicial de DAGA S.A., confirmando los artículos segundo y tercero de la Resolución 461 de 2009 (fls. 585- 596 c7).

Con oficio 2010-256-002852-2 del 16 de abril de 2010, el apoderado especial de DAGA S.A., solicitó ante el Jefe de Costos de Información Financiera de RTVC, la devolución de la suma retenida como Impuesto al Valor Agregado (IVA), en razón a la cláusula de incumplimiento en la que se hizo efectiva la cláusula penal, por valor de ocho millones ochocientos treinta y dos mil quinientos sesenta y cuatro pesos (\$8.832.564). (fls. 713-714 c.7)

Mediante oficio 2010252002731 del 26 de mayo de 2010, el Jefe de Costos e Información Financiera de RTVC le comunicó al doctor Carlos Soto Rivero, lo siguiente (fl. 40 c1):

“Realizadas las consultas pertinentes con el área jurídica de rtvc y dadas las condiciones establecidas en contrato N° 089-2009-, nos permitimos informarle que su solicitud en relación con la devolución del mayor valor descontado en la sanción de la resolución 461 del 21 de diciembre de 2009, no es procedente teniendo en cuenta que en la cláusula décima tercera del contrato 089-2009. Sanciones dice “El incumplimiento de las obligaciones del presente contrato por parte del CONTRATISTA será sancionado de conformidad con las siguientes estipulaciones:

“Si el cumplimiento es total, se causará a favor de rtvc por parte del CONTRATISTA, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, a título de cláusula penal...”

En este caso y de acuerdo a la cláusula sexta VALOR: “El valor del presente contrato es de SEISCIENTOS CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS SESENTA MIL NOVECIENTOS CATORCE PESOS (\$640.360.914) MONEDA LEGAL COLOMBIANA...”

Así las cosas el valor descontado por la sanción del 10% que efectuó rtvc está correcta por valor de \$64.036.091.

En conclusión el contrato es ley para las partes y sobre este hecho se liquidó la sanción”.

El 2 de junio de 2010 a través del radicado 2010-256-005025-2 el apoderado judicial de DAGA S.A., presentó recurso de reposición en contra del oficio 2010252002731 del 26 de mayo de 2010 (fls. 708-711 c.7).

Mediante la Resolución 485 del 22 de noviembre de 2010, RTVC resolvió rechazar el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de DAGA S.A contra el oficio 2010252002731 del 26 de mayo de 2010. (fls. 598-603 c7)

El 28 de enero de 2011 se suscribió el acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato N° 089 de 2009, entre el Gerente de RTVC Francisco Carlos Ortiz Rebolledo, el representante legal de DAGA S.A., Rito Hernán Salcedo Cruz, y el interventor del contrato

Ciro Eduardo Castillo. El acta se planteó en los siguientes términos que se transcriben en su totalidad:

“ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL

“ACTA DE LIQUIDACIÓN DE MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO No. 089 DE 2009 SUSCRITO ENTRE RADIO TELEVISIÓN NACIONAL DE COLOMBIA - RTVC Y DAGA S.A.

Entre los suscritos a saber FRANCISCO CARLOS ORTIZ REBOLLEDO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19.210.854 expedida en Bogotá, quien en su calidad de Gerente y Representante Legal de Radio Televisión Nacional de Colombia - rtvc-, Entidad descentralizada indirecta bajo la forma de sociedad entre entidades públicas del orden nacional, autorizada su creación mediante Decreto No. 3525 del 26 de octubre de 2004 y legalmente constituida mediante Escritura Pública No. 3138 del 28 de octubre de 2004, de la Notaría 34 de Bogotá D.C., nombrado mediante Decreto 4732 del 23 de diciembre de 2010, debidamente posesionado según Acta No. 0300 del 27 de diciembre de 2010, quien en adelante se denominará rtvc, por una parte y por la otra, RITO HERNAN SALCEDO CRUZ, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.289.647 de Bogotá, obrando en su calidad de Representante Legal de la Empresa DAGA S.A, persona legalmente constituida mediante Escritura Pública No. 3.390 del 10 de octubre de 1983 de la Notaría 18 de Bogotá inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 6 de diciembre de 1983 bajo el número 143595 del Libro IX con matrícula No. 00201452, y NIT 860.516.314-3, quien para efectos del presente contrato se denominara el CONTRATISTA, hemos convenido mediante la presente Acta, liquidar de común acuerdo el Contrato No. 089 de 2009, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

Que RTVC suscribió con DAGA S.A., el Contrato No. 089 del 31 de Marzo de 2009, cuyo objeto consistió en que "EL CONTRATISTA se obliga para con la venta, la instalación y puesta en funcionamiento de los equipos necesarios para poner en funcionamiento el laboratorio de innovación de medios, como un instrumento para la generación, transporte y recepción de la señal de TV Digital, así como para el test y análisis de esta señal desde su emisión hasta la recepción conforme a los (sic) establecido en la oferta de la contratación y la propuesta presentada".

Que la cláusula Segunda del contrato fijó el ALCANCE DEL OBJETO así: "en cumplimiento del objeto contractual el contratista realizara el suministro e instalación de los equipos necesarios para el desarrollo del objeto relacionados en el anexo 2 para los grupos 1 y 2 de la invitación Directa y de la propuesta, documentos que forman parte integral del presente del presente contrato.

Los grupos están desarrollados de manera general así:

PRIMER GRUPO:

No	CANTIDAD	DESCRIPCION
1	1	Modulador DVB-T
2	3	Codificadores MPEG 4 SD
3	1	Codificador MPEG 4 HD
4	1	Multiplexor
5	1	Antena TX YRX
6	3	Sistema de Visualización
7	1	Estación de Gestión
8	3	Set top box

SEGUNDO GRUPO:

No	CANTIDAD	DESCRIPCION
1	1	Generador de señales
2	1	Grabador y reproductor de TS
3	1	Monitor de forma de onda SD - análisis trama SD
4	1	Medidor de potencia con carga fantasma
5	1	Atenuador variable en pasos de 1dB
6	1	KIT de atenuadores fijos de 3dB, 6dB, 10dB, 20dB, 30dB, mínimo dos de cada uno
7	1	KIT de transiciones N-RF, N-BNC, BNC-RF etc

Que la Cláusula Sexta del contrato, estableció que: "SEXTA: VALOR: El valor del presente contrato es de SEISCIENTOS CUARENTA MILLONES TRECIENTOS SESENTA MIL NOVECIENTOS CATORCE PESOS

(\$640.360.914) MONEDA LEGAL COLOMBIANA, distribuido en los términos de la oferta económica presentada por el CONTRATISTA. *Discriminado de la siguiente manera:*

QUINIENTOS OCHO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL TRECIENTOS PESOS (\$508.598.300,00) incluido IVA MONEDA LEGAL COLOMBIANA para el Grupo 1, y

CIENTO TREINTA Y UN MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CATORCE PESOS (\$131.762.614,00) MONEDA LEGAL COLOMBIANA para el grupo 2"

Que la Cláusula séptima del contrato, estableció la forma de pago así: SEPTIMA. FORMA DE PAGO: RTVC pagará la suma señalada en la cláusula sexta del presente contrato así:

Un primer pago del 30% del valor del contrato a la presentación del cronograma de ejecución del suministro e instalación en donde se debe incluir el componente relacionado con la fabricación, transporte y nacionalización de los equipos, así como la presentación del Plan de trabajo, para dar cumplimiento al contrato en el tiempo establecido, previa certificación del interventor y soporte del pago de los aportes de seguridad social y parafiscales.

Un segundo y último pago del 70% del valor del contrato una vez el interventor certifique que los equipos ofertados que conforman el laboratorio se encuentran instalados y en perfecto estado de funcionamiento en las instalaciones de rtvc y soporte del pago de los aportes de seguridad social y parafiscales. Adicionalmente deberá estar sustentada en la certificación de INTERVENTORIA la documentación correspondiente la declaración de importación de los equipos y los certificados de calibración y la certificación de la capacitación en rtvc

Previo a la expedición de la primera certificación, el interventor debe verificar en la Oficina Asesora Jurídica la acreditación de las obligaciones de legalización por parte del contratista de la modificación, sin lo cual no podrán autorizar pagos o expedir cumplidos, por tratarse de obligaciones inmersas y expresas del contrato."

Que la Cláusula Novena del contrato, estableció el plazo del mismo así: "NOVENA. PLAZO. El plazo del presente contrato será noventa (90) días calendario, contados a partir de la entrega del anticipo, para la totalidad de los ítems de los grupos 1 y 2, con excepción del ítem 8 SET TOP BOX que serán entregados en un plazo de máximo ciento veinte (120) días calendario contados a partir de la entrega del anticipo."

Que mediante memorando 20092110002273 de Abril 6 de 2009, el Gerente (E) de RTVC, designó la interventoría del contrato 089 de 2009, al Ingeniero de transmisión de RTVC.

Que el 13 de Abril de 2009, la interventoría del contrato 089 de 2009 certificó la entrega a satisfacción por parte del CONTRATISTA, del cronograma de actividades y el plan de trabajo de la asesoría y autorizó el primer pago correspondiente al 30% del valor del contrato.

Que mediante Resolución No. 338 del 25 de agosto de 2009, rtvc declarando la caducidad del Contrato No. 089 de 2009 y ordenó la liquidación del mismo en el estado que se encontraba.

Que la mencionada resolución fue notificada personalmente a los Representantes Legales de DAGA S.A. y de la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., en sus condiciones de Contratista y firma afianzadora del Contrato No. 089 de 2009, respectivamente.

Que DAGA S.A. y la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., interpusieron a través de sus Apoderados Judiciales recurso de reposición contra la Resolución No. 338 del 25 de agosto de 2009 dentro del término legal previsto para ello.

Que mediante Autos Nos. 001, 002 y 003 del 24 de septiembre, 5 de noviembre y 1 de diciembre de 2009, respectivamente, rtvc decretó la realización de pruebas previo a resolver los recursos de reposición interpuestos por DAGA S.A. y SEGUROS DEL ESTADO S.A., a través de los cuales ordenó la realización de las pruebas testimoniales solicitadas por el Apoderado de DAGA, así mismo, decretó otras de oficio, se tuvieron en cuenta las documentales aportadas por DAGA y se adelantó la verificación de las cantidades, especificaciones y estado de los equipos dejados por DAGA S.A. en las instalaciones de rtvc.

Que mediante la Resolución No. 461 del 21 de diciembre de 2009 rtvc ordenó en sus Artículos Primero y Segundo, revocar en su integridad la Resolución No. 338 del 25 de agosto de 2009 y declarar el incumplimiento del Contrato No. 089 de 2009 suscrito entre DAGA S.A. y rtvc.

Que igualmente, en el Artículo Tercero de la mencionada Resolución, se ordenó hacer efectiva la póliza en el amparo de cumplimiento No. 11-44-101009244 expedida el 3 de abril de 2009 por la Compañía de Seguros del Estado, vigente desde el 1º de abril de 2009 hasta el 1º de diciembre de 2009 y cobrar la cláusula penal establecida en el contrato.

Que la Resolución No. 461 del 2009 fue notificada personalmente a los Representantes Legales de DAGA S.A. y de la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., en sus condiciones de Contratista y firma afianzadora del Contrato No. 089 de 2009, respectivamente.

Que el Apoderado de DAGA S.A. mediante escrito del 29 de diciembre de 2009, interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 461 del 21 de diciembre de 2009 dentro del término legal previsto para ello.

Que rtvc expidió la Resolución No. 061 del 26 de febrero de 2010, resolviendo el recurso de reposición interpuesto por el Apoderado Judicial de DAGA S.A. contra la Resolución No. 461 del 21 de diciembre de 2009, confirmó los Artículos Segundo y Tercero de la Resolución No. 461 del 21 de diciembre de 2009.

Que la Resolución No. 061 del 26 de febrero de 2010, fue notificada personalmente a los Apoderados Judiciales de DAGA S.A. y SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Que el 23 de Marzo de 2010, la interventoría del contrato 089 de 2009 certificó el cumplimiento a satisfacción por parte del CONTRATISTA, con las obligaciones establecidas en la cláusula tercera del contrato y autorizó el segundo y último pago correspondiente al 70% del valor del contrato.

Que mediante oficio No. 2010252002731 del 26 de mayo de 2010, rtvc informó a DAGA S.A., con la devolución del mayor valor descontado en la sanción de la Resolución No. 461 del 21 de diciembre de 2009, no era procedente teniendo en cuenta lo señalado en la cláusula decima tercera del Contrato N° 089 de 2009.

Que el Apoderado de DAGA S.A. mediante comunicación del 1° de junio de 2010, interpuso recurso contra la comunicación del 26 de mayo de 2010 y por lo (sic) solicitó la revocatoria de la decisión contenida en la comunicación del 26 de mayo de 2010 y, en tal sentido, se ordenara la devolución sobre el IVA penalizado, en cuantía de \$8.832.564.00

Que mediante la Resolución No. 485 del 22 de noviembre de 2010, rtvc, resolvió rechazar el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de DAGA S.A., al considerar que "...Por el contrario, es claro que las partes pactaron un criterio para determinar el valor de la Cláusula Penal, esto es: el 10% del valor del contrato, y este valor es uno solo. No se trata, como lo manifiesta el impugnante, que se esté penalizando un impuesto; lo que se está penalizando es el incumplimiento del contratista, y declarado ese incumplimiento correspondía entonces dar aplicación a la penalización en los términos pactadas en el mismo contrato.

Por lo tanto, no es dable en este caso, hacer interpretaciones adicionales a la cláusula sexta del contrato, pues su claridad es de tal magnitud, que no queda duda alguna que el valor del contrato 089 de 2009, correspondía a SEISCIENTOS CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS SESENTA MIL NOVECIENTOS CATORCE PESOS (\$640.360.914) y en consecuencia la cláusula penal ascendía a SESENTA Y CUATRO MILLONES TREINTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS Y UN PESOS (\$64.036.091), esto es: el diez por ciento (10%) del valor del contrato...".

Que el 15 de diciembre de 2010, la Jefe de Tesorería de RTVC certifica que "una vez revisado el sistema administrativo y financiero SEVEN se encontró que el contrato de prestación de servicios relacionado a continuación presenta el siguiente comportamiento:

Valor del contrato	\$640,360,914
Valor pagado al CONTRATISTA	\$640,360,914
Saldo a favor del CONTRATISTA	\$0
Obligaciones Pendientes a favor de RTVC	\$0
Valor No Ejecutado del contrato	\$0

Que el anterior certificado contiene una nota que textualmente señala: 'El valor certificado en la columna "valor de pago" corresponde a datos presupuestales, lo que quiere decir que el descuento del 10% del valor del contrato según lo establece la resolución interna 461-2009, fue efectuado por el área contable con la nota de causación No. 12373 del 26-03-2010 cuyo valor asciende a \$64.036.091 y descontado del pago según lo refleja el comprobante N° 13519 del 26-03-2010.

Por lo anterior y para los efectos contables y de caja este descuento es considerado como un ingreso extraordinario para rtvc, pero el pago del contrato presupuestal sigue siendo del 100%".

Que el CONTRATISTA acreditó el cumplimiento de las obligaciones de pago al Sistema de Seguridad Social Integral, de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002.

Que en documento de fecha 23 de marzo de 2010 el supervisor del contrato designado por RTVC, certificó el cumplimiento de las obligaciones por parte del CONTRATISTA, contenidas en el Contrato, documento que forma parte integral de la presente Acta.

Que dadas las anteriores consideraciones, y habiéndose ejecutado a satisfacción el objeto del contrato No. 089 de 2009, es pertinente proceder a su liquidación de mutuo acuerdo, de conformidad con lo establecido en los artículos 60 y 11 de la ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, respectivamente.

En consecuencia las partes,

ACUERDAN

PRIMERO: Liquidar de común acuerdo el Contrato No. 089 de 2009 en cumplimiento de los artículos 60 y 11 de la Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Las partes se declaran a paz y salvo por todo concepto.

SEGUNDO: Suscrita la presente Acta, el original se enviará a la Oficina Asesora Jurídica y copia de la misma a la Subgerencia de Soporte Corporativo y a la firma Contratista.

TERCERO: La presente acta se perfecciona con la firma de las partes. Para constancia se firma en Bogotá D.C., a los: 28 FEB 2011.

RTVC
FRANCISCO CARLOS ORTIZ REBOLLEDO
Gerente

EL CONTRATISTA
RITO HERNÁN SALCEDO CRUZ
Representante Legal DAGA S.A

EL INTERVENTOR
CIRO EDUARDO CASTILLO
Ingeniero de Transmisión RTVC".

Ahora bien, la liquidación del contrato ha sido definida jurisprudencialmente como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.

En la etapa de liquidación del contrato las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste.

Dicha liquidación del negocio jurídico puede ser unilateral o bilateral –como en el caso sub judice- y está determinada al cumplimiento de unos plazos y condiciones. Consagra el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

“11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes

para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

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

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

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

De lo anterior se destaca que la liquidación bilateral, a diferencia de la liquidación unilateral, supone un acuerdo de voluntades, cuya naturaleza contractual es evidente, porque las mismas partes del negocio establecen los términos como finaliza la relación negocial.

En este orden de ideas y de conformidad con la norma en cita, las salvedades que se consignen en el acta de liquidación tienen como finalidad salvaguardar el derecho del contratista a reclamar en el futuro ante la autoridad judicial, el cumplimiento de aquellas obligaciones que a su juicio hubieren quedado pendientes o impagadas durante la ejecución del contrato; motivo por el cual es al momento de la suscripción del acta de liquidación que la misma puede ser objetada por cualquiera de las partes, dejando salvedades, haciendo reparos a la misma por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o que no fueron tenidos en cuenta, entre otros, y por lo cual debe dejarse claridad que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que precisamente hubiere sido motivo de inconformidad, es decir, únicamente respecto de los temas puntuales materia de discrepancia que quedaron consignados en ella.

De antaño, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado ha fijado dicha posición, vr gr., sentencia del 26 de septiembre de 2013, dentro del proceso 25000-23-26-000-1999-01993-01(23517), en la que señaló:

*"Como puede observarse, en la etapa de liquidación de un contrato las partes deben dejar sentado en acta sus pretensiones para que sean consideradas por la otra parte, **es ese el momento del contrato, en el cual la parte adquiere legitimación para reclamar en vía judicial** o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepte. Las divergencias que existan al momento de liquidar el contrato, que sean enunciadas en acta, y no aceptadas estructuran la base del petitum de una eventual demanda. Por el contrario la parte que no deje anotada en el acta de liquidación final, la existencia de alguna pretensión para que la otra parte la considere en esa vía, NUNCA PODRA pretenderlas judicialmente. Lo que se traslada al proceso judicial son las pretensiones que la contraparte del contrato no acepte reconocer". (...)*

"Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente,

cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso. En efecto, el acta de liquidación del contrato contiene el balance financiero en cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, de manera que cuando se firman de común acuerdo entre éstas, sin objeciones o salvedades, se pierde la oportunidad de efectuar reclamaciones judiciales posteriores². (Negrilla del Despacho).

Ahora bien, del estudio minucioso del acta suscrita el 28 de enero de 2011 entre las partes contratantes RTVC y DAGA S.A., así como por el interventor del contrato, puede evidenciarse que el contrato 089 de 31 de marzo de 2009 fue liquidado bilateralmente sin algún tipo de glosa o salvedad por parte del representante legal de Daga, s.a.

Nótese que allí no quedó especificado su inconformismo sobre la decisión de la administración tomada en oficio del 20102520020731 del 26 de mayo de 2010 -documento que, según las pretensiones de la demanda, solicita sea estudiado en esta instancia judicial, sino que únicamente al momento de suscribir el acta se hizo un recuento de manera cronológica de la actuación surtida dentro de la ejecución del contrato 089 de 2009.

La sentencia anteriormente referenciada consignó:

“Como ha precisado la Sala, ha de entenderse que la exigencia de que en el acta de liquidación bilateral se consignen de manera clara y concreta las salvedades u objeciones -como presupuesto del petitum de una eventual demanda- hace referencia a aquellos hechos o situaciones que se conocen o que, razonablemente, se podían conocer al momento de suscribir el acta, toda vez que tal exigencia no se presenta cuando se trata de formular reclamaciones respecto de circunstancias posteriores, desconocidas o imposibles de conocer al momento de suscribir el acta”. (Negrilla del juzgado).

No obstante, en el sub iudice, Daga s.a., al momento de suscribir el acta de liquidación del contrato, no dejó ningún tipo de salvedad que lo habilitara para impetrar una demanda por dicho hecho, pese a que las situaciones por las cuales ejercer esta acción contractual ya era de conocimiento del contratista Daga s.a., pues ya había presentado con anterioridad recursos contra las decisiones tomadas en su momento por la administración RTVC.

Ahora, el acto de carácter bilateral podrá ser enjuiciado por vía jurisdiccional cuando se invoque algún vicio del consentimiento, esto es error, fuerza o dolo; empero, estas circunstancias no son las que fundamentan la interposición de este medio de control, pues el demandante pretende reclamar en vía judicial los valores que RTVC se negó a devolverle en el oficio 201025200020731 del 26 de mayo de 2010, consistente en la devolución del

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

IVA descontado en la Resolución 461 del 21 de diciembre de 2009 y también impetra la demanda contractual aduciendo conductas y/o procedimiento por parte de RTVC que a su juicio vulneraron el debido proceso.

Empero la inconformidad con los actos administrativos que imponen sanciones o que declararon el incumplimiento del contrato, la caducidad, o cualesquiera otra situación acontecida durante la ejecución del contrato, también se debe hacer constar en el acta de liquidación.

El H. Consejo de Estado en sentencia del 20 de octubre de 2014 proferida dentro del expediente 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777), C.P. Enrique Gil Botero, al estudiar un tema similar como el que aquí se debate, determinó:

“3.2.2. La inconformidad con los actos administrativos que imponen sanciones, durante la ejecución del contrato, también se debe hacer constar en el acta de liquidación.

Al respecto, la Sala quiere enfatizar la siguiente idea, ya incorporada a su jurisprudencia: las reclamaciones, constancias o inconformidades que deben constar en el acta son todas las que existan y hayan surgido a más tardar para el instante en que se suscribe la liquidación bilateral del contrato, de allí que si alguna parte del negocio estima que una decisión, actitud, comportamiento o hecho de la otra parte le causó un daño, debe ponerlo en conocimiento en ese momento, para que, eventualmente, se solucione el problema, y en caso de no lograrlo, para que la constancia le permita, posteriormente, acceder a la jurisdicción.

Por tanto, las reclamaciones formuladas durante la etapa de ejecución del contrato, y a las cuales no accedió la parte destinataria de las mismas, también deben constar en el acta, pues de no hacerlo ya no se podrán proponer; pese a la actitud intensa, proactiva y diligente que la parte interesada en ellas haya puesto a lo largo de la ejecución del negocio, con el fin de obtener una respuesta favorable. Sobre el particular ha manifestado la Sala: “Esta conclusión no cambia porque existan pruebas en el proceso acerca de las reclamaciones que durante la ejecución del contrato, presentó el consorcio demandante al IDU (cuaderno 2, fls. 66 y 68), las cuales fueron negadas reiteradamente por dicha entidad (fls. 67 y 70-71). Tal circunstancia, sin embargo, no eximía al contratista de cumplir la carga de dejar las constancias concretas de inconformidad correspondientes, en el acta de liquidación, momento determinante para estos efectos, y el único relevante para que su actitud tenga efectos jurídicos a posteriori, en relación con la posibilidad de demandar.” -sentencia de julio 6 de 2005. Exp. 14.113-

Esta idea se reiteró en la sentencia de mayo 20 de 2.009 –exp. 16.076. -, la cual dispuso: “Esta conclusión no cambia porque existan pruebas en el proceso acerca de que algunas de las reclamaciones hubieren sido presentadas durante la ejecución del contrato, así: las solicitudes de ampliación del plazo en la ejecución de las obras se realizaron el 10 de enero de 1989 y el 10 de abril de 1989 (folios 71 y 94 del cuaderno 1) y la actualización de precios se pidió el 13 de febrero de 1989 (folios 73 y 74 cuaderno 1). Tal circunstancia, sin embargo, no eximía al contratista de cumplir la carga de dejar las constancias concretas de inconformidad correspondientes en el acta de liquidación, momento determinante para estos efectos y el único relevante para que su actitud tenga efectos jurídicos a posteriori. “Debe recordarse que el acto de liquidación se constituye en la expresión final de la autonomía de la voluntad de las partes que bien pueden disponer de sus derechos y obligaciones; puede acontecer que algo que fue motivo de inconformidad en el pasado resulte finalmente olvidado o que se haya comprendido -por la fuerza de las razones de la otra parte- que la exigencia no tenía razón de ser. “De otro lado, si la razón de inconformidad radica en un acto administrativo que declara una obligación, y que el contratista discute -como el que impone una multa, o una cláusula penal (como en el caso sub iudice), o la caducidad - también es necesario dejar constancia de esa insatisfacción, porque igualmente los efectos de esas decisiones integran los asuntos sobre los cuales las partes deben, primero, intentar conciliar las diferencias, y sólo si no lo hacen, expresarlo en el acta, para que luego puedan acudir al juez. De hecho, la sola circunstancia de que el motivo de inconformidad de una parte radique en un acto administrativo, y no en un hecho, un comportamiento, un mal pago, etc., no tiene por qué variar la tesis general: Que los motivos de inconformidad -cualquiera sea-, se deben expresar en la liquidación bilateral del contrato.”

La conclusión no varía si contra el acto administrativo -en su debida oportunidad-, se interpuso el recurso de reposición, para que se revoque o modifique la decisión.

El simple hecho de hacerlo sólo da cuenta de que el contratista estaba inconforme con lo decidido, en ese momento, pero eso no lo exime de hacer constar en el acta su discrepancia, al final del contrato. De hecho, en este lugar también aplican las razones expuestas, esto es, que "Debe recordarse que el acto de liquidación se constituye en la expresión final de la autonomía de la voluntad de las partes que bien pueden disponer de sus derechos y obligaciones; puede acontecer que algo que fue motivo de inconformidad en el pasado resulte finalmente olvidado o que se haya comprendido -por la fuerza de las razones de la otra parte- que la exigencia no tenía razón de ser". (Negrilla fuera del texto original).

En las anteriores condiciones se concluye que la inconformidad con los actos administrativos que imponen sanciones, durante la ejecución del contrato, también se debe hacer constar en el acta de liquidación, lo que no efectuó el representante legal de Daga s.a., al momento de suscribir el acta de liquidación bilateral.

Es importante advertir que si la causa de la reclamación o demanda obedece a circunstancias posteriores y desconocidas para las partes, al momento de firmar el acta, es lógico que puedan reclamarse jurisdiccionalmente los derechos en su favor; sin embargo, dicha situación no es la que se presenta en este caso, pues Daga s.a., era consciente del trámite administrativo que adelantó RTVC, pues fue notificada de cada una de las actuaciones, de un lado, y por otro, con anterioridad a la liquidación efectuada Daga s.a., tenía conocimiento de que RTVC le había negado la devolución de los dineros que a su juicio tenía derecho.

En consecuencia, le asiste razón al apoderado de la demandada Radio Televisión Nacional de Colombia -RTVC- cuando manifiesta que lo pretendido por el actor no es jurídicamente controvertible, por cuanto, se repite, el representante legal de Daga s.a., no dejó constancia ni salvedad alguna en el acta de liquidación bilateral suscrita el 28 de febrero de 2011.

Habida consideración de lo expuesto se declarará probada la excepción de fondo planteada por el apoderado judicial de RTVC, y como colofón se negarán las pretensiones de la demanda.

5. DE LA CONDENA EN COSTAS

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

Como en el presente proceso no se encuentra demostrada tal situación, no se accederá a la condena en costas.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar probada la excepción de fondo planteada por el apoderado de la entidad demandada RTVC bajo el título de *“Imposibilidad de demandar un acto proveniente de su entera y libre voluntad – Terminación contractual por mutuo acuerdo”*, o firmeza del acta de liquidación bilateral del Contrato 089 del 321 de marzo de 2009 suscrita entre RADIO TELEVISIÓN NACIONAL DE COLOMBIA –RTVC-, y DAGA S.A.

SEGUNDO.- Negar las pretensiones de la demanda, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO.- Sin condena en costas.

CUARTO.- Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría del Juzgado liquidense los gastos del proceso, y en caso de remanentes devuélvanse al interesado. Cumplido lo anterior archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


JAZMÍN DEL SOCORRO ESLAIT MASSON
JUEZ