**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Incumplimiento contractual – Mora**

La Empresa de Telecomunicaciones de Popayán – EMTEL S.A. E.S.P. formuló una invitación con el objeto de contratar el suministro, instalación, capacitación, puesta en servicio de una plataforma tecnológica (HW y SW) de mensajería unificada sobre IP y la ampliación de su plataforma de prestación de servicios de valor agregado sobre IP (…) El actor señala que ha cumplido con las obligaciones convenidas, que en la ejecución del contrato sufrió varios perjuicios financieros, operacionales y comerciales que no se le han reconocido, que EMTEL S.A. E.S.P. incumplió el contrato, sus adiciones y suspensiones y que teniendo en cuenta que presentó varias solicitudes de conciliación prejudicial a las que la accionada no asistió, no puede adjudicársele responsabilidad alguna (…) Lo que en este asunto emerge con claridad es que ambas partes han incumplido, pues la una, el contratista, no ejecutó todo lo que era de su cargo, y la otra, la entidad contratante, no pagó todo el valor de lo que se había ejecutado hasta el momento de la terminación del contrato, lo que en últimas significa que hay un incumplimiento mutuo. Cuando esta situación se presenta, el artículo 1609 del Código Civil pregona que ninguna de las partes está en mora, es decir, que ninguna puede pretender en su favor las consecuencias de esa situación jurídica, esto es, que ninguna puede pedir los perjuicios derivados del incumplimiento, la cláusula penal o las arras confirmatorias penales, si se pactaron, etc., pero en parte alguna la referida norma impide la ejecución de las prestaciones pactadas. Siendo este el verdadero entendimiento que debe dársele al artículo 1609 del Código Civil, se sigue que la demandada está obligada a pagar todo el valor de las obras que se ejecutaron hasta el momento de la terminación del contrato, y como quiera que está demostrado que para este momento la demandante ejecutó el 95%, cuyo valor asciende a $1.506.128.886.36, y que la demandada de este valor sólo canceló la suma de $1.380.306.080, estando pendiente una amortización del anticipo por valor de $38.849.815.20, se sigue que la accionada aún adeuda la suma de $86.972.991.16. En estas circunstancias la decisión del Tribunal no estaba equivocada, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada.

**OBLIGACIONES DEL CONTRATO – Pago por prestaciones ejecutadas – Perjuicios**

Diferencias entre el cumplimiento de la obligación de pago por las prestaciones ejecutadas y el reconocimiento de los perjuicios derivados de un incumplimiento. Si se tiene en cuenta que la responsabilidad civil o del estado persigue la indemnización de los perjuicios causados y que en la responsabilidad contractual el deudor debe estar en mora pues de lo contrario no puede reclamar la indemnización de perjuicios ni la cláusula penal en su caso, tal como lo pregonan los artículos 1594 y 1615 del Código Civil, es conclusión obligada que si alguno de los contratantes ha incumplido el otro no estará en mora, pues así lo dispone el artículo 1609 del Código Civil, y por consiguiente el incumplido no puede reclamar perjuicios o la pena (…) Pero no sucede lo mismo cuando lo que se busca es que se cancelen las prestaciones efectivamente ejecutadas. Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato estatal, la contratista ejecuta las prestaciones correspondientes a la primera y segunda etapa de ejecución, de las cuales la contratante únicamente cancela una parte y ejercicio de la acción de controversias contractuales la contratista pide que se le paguen los valores pendientes por obra ejecutada y la contratante se niega a hacerlo alegando el incumplimiento de la contratista en la ejecución de las prestaciones de la etapa final del contrato, es evidente que en esta hipótesis no opera la regla contenida en los artículos ya referidos, pues si lo pretendido por la contratista es que se pague el valor de las prestaciones ya ejecutadas, más no los perjuicios, su incumplimiento en la ejecución de las prestaciones de la etapa final del contrato resulta irrelevante para acceder al reconocimiento del valor de las ya ejecutadas

**OBLIGACIONES CONTRACTUALES – Incumplimiento – Perjuicios**

El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor. En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediablemente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.

**PERJUICIOS – Daño – Reparación de perjuicios – Carga de la prueba – Pago de las prestaciones ejecutadas**

Causar un daño, como ya se dijo, genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía. Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que “incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. al disponer que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.” Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A. Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediablemente condenada al fracaso. Pero si lo que ocurre en un determinado asunto, es que una de las partes en un contrato estatal no pretende la indemnización de los perjuicios que le fueron ocasionados, sino obtener el pago por las prestaciones ejecutadas, es evidente que en ésta hipótesis no tiene a su cargo la obligación de demostrar ni el daño, ni su cuantía. (…) El cumplimiento de la obligación de cancelar un precio por las prestaciones ejecutadas. Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido. No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes” y que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.” En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS (E)**

Bogotá D.C. catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 19001-23-31-000-2011-00225-01(59727)**

**Actor: CYBEREXITO LTDA.**

**Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN EMTEL S.A. E.S.P.**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Asunto: Recurso de apelación

Contenido: Descriptor: Se confirma la sentencia de primera instancia mediante la cual se ordenó la liquidación judicial del contrato No. 031 de 2008 y se niegan las demás súplicas de la demanda; Restrictores: Diferencias entre el cumplimiento de la obligación de pago por las prestaciones ejecutadas y el reconocimiento de los perjuicios derivados de un incumplimiento/ El reconocimiento y pago de los perjuicios causados por el incumplimiento/ El cumplimiento de la obligación de cancelar un precio por las prestaciones ejecutadas /Naturaleza y finalidad de la liquidación y la liquidación judicial de los contratos;

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 6 de abril de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

 **I.ANTECEDENTES.**

1. **Lo Pretendido.**

El 6 de mayo de 2011[[1]](#footnote-1) la **Sociedad Cyberexito Ltda.,** presentó demanda, posteriormente corregida el 8 de noviembre de 2011[[2]](#footnote-2), contra la **Empresa de Telecomunicaciones de Popayán – EMTEL- S.A. E.S.P.-**, solicitando que ordenara la liquidación judicial del contrato No. 031 de 2008, celebrado entre éstas, incluyendo el reconocimiento de la suma de $2.175´532.606,00 (conforme a los valores, actividades, productos, servicios y demás ítems relacionados en el anexo No. 1 de pruebas); debidamente actualizada, más los intereses corrientes y moratorios causados.

Pidió también que se ordenara imponer al señor Andrés Collazos, en su calidad de Gerente General de la Empresa de Telecomunicaciones de Popayán – EMTEL S.A. E.S.P., la multa de que trata el artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

Solicito igualmente que ante la inasistencia de la demandada a la audiencia de conciliación prejudicial, se diera aplicación a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 640 de 2001.

Por último, pide que se condene a la demandada al pago de las costas del proceso.

Estima la cuantía total del proceso en la suma equivalente a $870´976.074,00.

1. **Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.**

La Empresa de Telecomunicaciones de Popayán – EMTEL S.A. E.S.P. formuló una invitación con el objeto de contratar el suministro, instalación, capacitación, puesta en servicio de una plataforma tecnológica (HW y SW) de mensajería unificada sobre IP y la ampliación de su plataforma de prestación de servicios de valor agregado sobre IP.

A dicha invitación presentó su propuesta la Sociedad Cyberexito Ltda., conforme a los requerimientos exigidos en el pliego de condiciones, dejando sus observaciones sobre los alcances ofrecidos frente a cada una de las exigencias allí contenidas.

El 10 de junio de 2008 se celebró entre las partes el contrato No. 031 de 2008, en el que se reprodujo el objeto de la invitación, mismo día en el que EMTEL S.A. E.S.P le entregó a la contratista la plataforma marca Sysmaster Norfa, con el objeto de poder ofrecer a los suscriptores servicios de voz como telefonía IP y valor agregado en telefonía.

Dice que en las condiciones iniciales del contrato se contempló la puesta en servicio de una plataforma que incluía únicamente funciones o características para los servicios de vos o telefonía, más no características, módulos, software para control, manejo de internet, televisión o video, que la demandada posteriormente le exigió comprometiéndose a cancelar su valor.

Como valor total del contrato las partes convinieron la suma de $1.194´445.122,00, pagaderos así: un 50% dentro de los 15 días hábiles siguientes al perfeccionamiento del contrato, a título de anticipo; un 30% del otro 50%, una vez recibidos los equipos y elementos, previa certificación del interventor; y el 20% restante, una vez suscrita el acta de liquidación final, previa constitución de una póliza de garantía de calidad de los equipos suministrados y el envío de la factura por el contratista dentro de los 30 días siguientes.

Mediante el acta parcial No. 1 EMTEL S.A. E.S.P. canceló al contratista la suma de $597´222.561,00, a título de anticipo, quedando pendiente el pago del 30% restante por un valor de $358´333.536,60.

Como plazo de ejecución inicial del contrato se convino el término de 45 días calendario contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, esto es, desde el 23 de junio de 2008.

Dicho plazo se extendió, mediante la suscripción del Otrosí No. 1 del 5 de agosto de 2008 por 45 días calendario más, del Otrosí del No. 2 del 22 de septiembre de 2008 por 50 días calendario más.

Mediante el contrato adicional No. 3 del 7 de noviembre de 2008, se aceptó la propuesta presentada por la demandante (previa invitación de EMTEL S.A. E.S.P.) para el suministro e instalación y capacitación del módulo Sysmaster ISP Billing con su componente de hardware y software y se prorrogó el plazo inicialmente convenido en 90 días más y se adicionó en valor por la suma de $388´498.152,00.

En la ejecución del contrato la accionada le sugirió a la contratista que enviara una nueva solicitud de prórroga al plazo inicialmente convenido por tres causas a saber: i) La necesidad de EMTEL S.A. E.S.P. para seleccionar un operador de larga distancia; ii) Finalizar las negociaciones con el operador PAGOSONLINE. NET, para la asignación de cuenta y claves de acceso que permitieran la interconexión del sitio web de ambos operadores; y iii) El complemento de la información en la página web de EMTEL S.A. E.S.P. sobre los nuevos servicios a vender con la nueva plataforma.

El 16 de enero de 2009 se suscribió entre las partes el acta de suspensión No. 1 hasta el 8 de marzo de 2010, en la que, si bien las partes convinieron que el plazo de suspensión no se tendría en cuenta en el de ejecución de las obras objeto del contrato principal No. 031 de 2008, la contratista aceptó voluntariamente ampliar el término de coberturas y siguió prestando los servicios de soporte y mantenimiento ininterrumpidamente asumiendo la totalidad de los costos.

El 8 de 2010 se suscribió entre las partes el acta No. 2 de reinicio de las obras.

En el acta parcial No. 3 la demandante hizo constar haber recibido a satisfacción todos los equipos y la accionada señaló que se había ejecutado un 90% de las actividades.

Ante los problemas presentados con el acceso a internet de una de las redes de EMTEL S.A E.S.P. que en realidad era un problema con su proveedor CISCO, Cyberexito Ltda., solicito la prórroga al plazo inicialmente convenido, por lo que el 30 de marzo se celebró ente las partes el adicional No. 4 del 30 de marzo de 2010, mediante el cual se extendió por 30 días hábiles más.

El 5 de mayo de 2010 la sociedad accionante requiere a EMTEL S.A. E.S.P. para que se lleve a cabo la liquidación final del contrato, mismo día en el que ésta envía otra comunicación requiriéndola para que continúe con la solución de las 3 causas que habían dado lugar a la suspensión del contrato pero alterando lo pactado en éste y en el acta parcial No. 3, pues le adjudicó responsabilidades sobre equipos e infraestructura que le correspondían exclusivamente a la demandada.

En comunicación del 10 de mayo de 2010 Cyberexito Ltda. precisó que no se había comprometido a solucionar los problemas relacionados con las plataformas, equipos, o aplicaciones de proveedores externos.

Por último, señala que ha cumplido con las obligaciones convenidas, que en la ejecución del contrato sufrió varios perjuicios financieros, operacionales y comerciales que no se le han reconocido, que EMTEL S.A. E.S.P. incumplió el contrato, sus adiciones y suspensiones y que teniendo en cuenta que presentó varias solicitudes de conciliación prejudicial a las que la accionada no asistió, no puede adjudicársele responsabilidad alguna.

1. **El trámite procesal.**

Luego de declararse fracasada la audiencia de conciliación prejudicial por inasistencia de la convocada[[3]](#footnote-3), se admitió la demanda y su corrección[[4]](#footnote-4) y noticiada la demandada Empresa de Telecomunicaciones de Popayán- EMTEL- S.A. E.S.P., el asunto se fijó en lista y ésta no la contestó, pues lo hizo de forma extemporánea[[5]](#footnote-5).

Después de decretadas[[6]](#footnote-6) y practicadas las pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión[[7]](#footnote-7), oportunidad que sólo fue aprovechada por la parte demandante[[8]](#footnote-8), como por la parte demandada[[9]](#footnote-9).

**II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.**

En sentencia del 6 de abril de 2017 el Tribunal Administrativo del Cauca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues ordenó la liquidación judicial del contrato, ordenando el pago a favor de la Sociedad Cyberexito Ltda, de la suma equivalente a $114´042.612,047 y negó las restantes súplicas de la demanda.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Luego de hacer un recuento de las pruebas y de referirse al principio del equilibrio económico del contrato, a las causas de su ruptura y a la figura de la liquidación, procede a liquidar judicialmente el contrato en los siguientes términos

Dice que de las probanzas arrimadas se demuestra, que el valor del contrato No. 031 de 2008 más su adición No. 3 asciende a la suma de $1.582´943.274, 00, de los cuales según consta en el Acta parcial No. 3, la contratista ejecutó unas obras por un valor de $1.506´128.886,36, suma que toma como referente para establecer el valor del contrato.

Que según certificación expedida por Cyberexito Ltda., la demandada le canceló la suma de $1.380´306.080, quedando pendiente el pago $125´822.806,36, a la que debía descontársele la suma de $38´849.815,20, correspondiente al valor del anticipo No. 3 pendiente de amortizar, lo que finalmente dejaría un saldo a pagar por la Empresa de Telecomunicaciones de Popayán – EMTL S.A. E.S.P., en favor de la contratista de ochenta y seis millones novecientos setenta y dos mil novecientos noventa y un pesos con dieciséis centavos ($86´972.991.16).

En consecuencia, accede parcialmente a las pretensiones de la demanda y declara que la Telecomunicaciones de Popayán – EMTL S.A. E.S.P. debe a Cyberexito Ltda. la suma de $86´972.991,16, que actualizada bajo la consabida fórmula VA = VH ipc final

 \_\_\_\_\_\_\_\_

 Ipc incial

Tomando como IPC final la fecha de la sentencia y como IPC inicial la de la fecha del Acta parcial No. 3 del 9 de marzo de 2009, lo que arrojaba la suma de $114´.042.612,047.

Niega la pretensión relativa al reconocimiento de los intereses moratorios, por estimar que teniendo en cuenta que estos implicaban una sanción del deudor por el incumplimiento en el pago de una suma líquida de dinero y que en el presente asunto la actora no pidió la declaratoria de incumplimiento de la Empresa de Telecomunicaciones de Popayán – EMTEL S.A. E.S.P. respecto del contrato No. 031 de junio de 2008, no había lugar a pronunciarse sobre su causación.

Dice que tampoco hay lugar a pronunciarse sobre las reclamaciones dirigidas a la compañía aseguradora, teniendo en cuenta que la accionante no impugnó la legalidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución No. 086 del 22 de diciembre de 2010, por medio de la cual EMTEL S.A. E.S.P. declaró la ocurrencia del siniestro de cumplimiento 031 de 2008, amparado en la Póliza No. 1248633 expedida por Liberty Seguros S.A., ni la Resolución No. 005 del 1º de marzo de 2011 que confirmó dicha decisión.

De otro lado, niega las pretensiones relativas a la imposición las sanciones por la inasistencia de la accionada a las audiencias de conciliación prejudicial, al señalar que el artículo 22 de la Ley 640 de 2001 establece que la misma no se tendrá como indicio grave de la demandada y que no se allegó prueba alguna a través de la cual se hubiera podido acreditar que haya desplegado una actuación temeraria o que con la misma le hubiera causado un perjuicio a la accionante.

Por último, niega las pretensiones relativas a la condena en costas.

**III. EL RECURSO DE APELACIÓN.**

Contra lo así resuelto la parte demandada, Empresa de Telecomunicaciones de Popayán – EMTEL S.A. E.S.P. interpuso el recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

Dice que de las pruebas arrimadas se logró demostrar que EMTEL S.A. E.S.P., cumplió con sus obligaciones, en especial la relativa al pago de la suma de $1.380´306.080 por concepto de las obras ejecutadas en el contrato No. 031 de 2008, quedando pendiente el pago de una suma inferior a $40´000.000,00, que serían cancelados una vez recibidas a satisfacción las labores pendientes a ejecutar por parte de Cyberexito Ltda., lo que nunca ocurrió.

No se practicaron todas las pruebas solicitadas, pues si bien se cancelaron los valores ordenados para los honorarios del perito designado para la práctica de la prueba pericial, éste nunca se posesionó y además pese haber interpuesto un recurso de reposición en contra del auto que cerró la etapa probatoria, nunca se decretó la práctica de las pruebas testimoniales de los ingenieros Jeannette Liliana Méndez y Rubén Darío Camayo, ni de la inspección judicial de los equipos y sistemas entregados por Cyberexito Ltda., pruebas fundamentales para demostrar en el presente asunto que la Sociedad accionante no cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo.

El contratista no cumplió con algunas de las condiciones técnicas exigidas en el contrato, más concretamente, no solucionó los problemas de integración en la parte de sesiones múltiples desde red hacia la plataforma Sysmaster.

Tampoco ejecutó el plan de implementación ni realizó las labores de integración y del equipo wSwitch sobre la plataforma de internet en producción de EMTEL. S.A. E.S.P., pese a que por medio del Acta del 30 de agosto de 2010 la accionada le hubiera señalado el plan a seguir y que por medio de Acta del 9 de marzo de 2010, las partes hubieran convenido que con la ejecución de ese plan de implementación *“se realizara la puesta en producción en una ventana de mantenimiento acordada por las partes”.*

Agrega que se esperaba que el contratista instalara, integrara y colocara en producción el equipo wSwitch sobre la red de datos existente en EMTEL S.A. E.S.P., permitiendo la asignación fija y dinámica de direcciones IP y el control de ancho de banda por cliente.

Tampoco cumplió con el desarrollo y puesta en servicio de la funcionalidad de registro de la dirección IP en los SDRS, pese haber sido requerida mediante acta del 9 de marzo de 2010.

Agrega que la accionante no demostró el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, ni los supuestos valores adicionales en los que incurrió, ni los supuestos daños que se le causaron.

Con base en las anteriores consideraciones, pide que se ordene la práctica de las pruebas testimoniales del Ingeniero Rubén Darío Camayo, interventor del contrato No. 031 de 2008 y de la Ingeniera Jeannette Liliana Méndez, quién para la época de los hechos fue jefe Grupo Telemática de EMTEL S.A. E.S.P., y de una inspección judicial a los equipos y sistemas adquiridos por ésta con el fin de verificar el estado de funcionamiento y del cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas a la contratista.

Con base en lo anterior, solicita que revoque la sentencia apelada y que en su lugar se nieguen en su totalidad las súplicas de la demanda.

**IV. PRUEBAS DECRETADAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Por medio de auto del 14 de noviembre de 2017 se decretaron como pruebas en segunda instancia, el testimonio de los señores Rubén Darío Camayo y Jeannette Liliana Méndez y la realización de una inspección judicial en las instalaciones de la demandada EMTEL S.A., comisionando al Tribunal Administrativo del Cauca para que desplegara las actuaciones requeridas para llevar a cabo su recaudo.

Conforme a la comisión impartida mediante el Despacho Comisorio No. C-2017-00 del 28 de noviembre de 2017, proferido por ésta Corporación, a través del auto del 12 de enero de 2018 el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca dispuso:

***1.- SEÑALAR*** *como fecha para la recepción de la declaración de los testigos RUBEN DARIO CAMAYO y JEANNETE LILIANA MENDEZ el día teinta y uno (31) de enero de 2018 a las 2:00 y 03:00 p.m., respectivamente.*

***2.- LIBRAR*** *la respectiva boleta de citación, dirigida al apoderado de la entidad demandada.*

***3.- SEÑALAR*** *como fecha para la* ***INSPECCION JUDICIAL*** *a realizarse en las instalaciones de la demandada EMTEL S.A., ubicada en la Calle 5 No. 5 – 68 CAM V ETAPA de Popayán, el treinta y uno (31) de enero de 2018 a las 8:30 a.m.*

***4.- OFICIAR*** *al Ingeniero en Sistemas Mario Ernesto Higón Buitrón, funcionario de soporte tecnológico del Tribunal Administrativo del Cauca a efecto de asistir a la diligencia de inspección judicial programada a las instalaciones de EMTEL el día 32 de enero de 2018”[[10]](#footnote-10).*

Los señores RUBEN DARIO CAMAYO y JEANNETE LILIANA MENDEZ, fueron citados mediante la boleta de citación del 24 de enero de 2018[[11]](#footnote-11) (Fol. 27 del C. No. 2 de pruebas).

El 31 de enero de 2018 se llevó a cabo la diligencia de inspección judicial con el objeto de *“verificar el estado de funcionamiento de los EQUIPOS Y SISTEMAS que se adquirieron en virtud de la suscripción del contrato No. 031 de 2008 – respecto del suministro, instalación, capacitación y puesta en servicio de una plataforma telefónica (HW Y SW) de mensajería unificada sobre IP y la ampliación de su plataforma de prestación de servicios de valor agregado sobre IP- suscrito entre las partes, y el cumplimiento o no de las condiciones técnicas que fueron exigidas por el contratante a la empresa demandante Cyberexito”[[12]](#footnote-12).*

En esa misma fecha se llevó a cabo la diligencia de recepción de testimonio del señor RUBEN DARIO CAMAYO[[13]](#footnote-13).

**IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Señor agente del Ministerio Público opina que la sentencia apelada debe ser confirmada, para lo cual expuso las siguientes razones:

Dice que las pruebas arrimadas resultan suficientes para llevar a cabo la liquidación judicial del contrato No. 031 de 2008 y sus adicionales y complementarios, teniendo en cuenta que éste no fue liquidado de manera bilateral dentro del término convenido por las partes, ni de forma unilateral por la administración.

Si bien la recurrente afirma que la accionante no ejecutó algunas de las prestaciones a su cargo, de las pruebas arrimadas no logró demostrar el alegado incumplimiento, ni siquiera con diligencia de inspección judicial decretada como prueba en segunda instancia, teniendo en cuenta que el Ingeniero de Sistema Mario Ernesto Higon Buitron no pudo rendir concepto alguno en razón a que el disco duro que reposaba en los equipos a inspeccionar, no correspondía al original instalado por Cyberexito Ltda.

Agrega que al momento de suscribir las Actas parciales Nos. 1, 2 y 3 y el acta de suspensión, ninguna de las partes formuló salvedad, objeción o reclamación alguna, razón por la cual no podían venir a reclamar ahora, lo que no reclamaron en la oportunidad que tenían para ello.

Por último, considera que debe confirmarse la liquidación judicial ordenada por el Tribunal de primera instancia, por estimar que se había logrado demostrar que con ocasión del contrato No. 031 de 2008 se ejecutaron unas obras por un valor de $1.506´128.886,36; que la accionada canceló la suma de $1.380´306.086, según certificación expedida por el Jefe de Grupo de Tesorería de dicha Entidad y la constancia de haber recibido a satisfacción los equipos y de haberse ejecutado un 90% de las obras contratadas plasmada en el Acta Parcial No. 3 del 9 de marzo de 2010, quedando un saldo pendiente a cancelar en favor de Cyberexito Ltda. de $86´972.991,16.

Con base en las anteriores consideraciones, considera que la sentencia apelada debe ser confirmada.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes:

**V. CONSIDERACIONES**.

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por el actor en el presente asunto, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** Diferencias entre el cumplimiento de la obligación de pago por las prestaciones ejecutadas y el reconocimiento de los perjuicios derivados de un incumplimiento; **2)** El reconocimiento y pago de los perjuicios causados por el incumplimiento; **3)** El cumplimiento de la obligación de cancelar un precio por las prestaciones ejecutadas; **4)** Naturaleza y finalidad de la liquidación y la liquidación judicial de los contratos; **5)** Los hechos probados; **6)** La solución del caso concreto.

**1.- Diferencias entre el cumplimiento de la obligación de pago por las prestaciones ejecutadas y el reconocimiento de los perjuicios derivados de un incumplimiento.**

Si se tiene en cuenta que la responsabilidad civil o del estado persigue la indemnización de los perjuicios causados y que en la responsabilidad contractual el deudor debe estar en mora pues de lo contrario no puede reclamar la indemnización de perjuicios ni la cláusula penal en su caso, tal como lo pregonan los artículos 1594 y 1615 del Código Civil, es conclusión obligada que si alguno de los contratantes ha incumplido el otro no estará en mora, pues así lo dispone el artículo 1609 del Código Civil, y por consiguiente el incumplido no puede reclamar perjuicios o la pena.

No otra cosa puede deducirse de las normas antes mencionadas que a la letra expresan:

*“Artículo 1594. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal…”*

*“Artículo 1615. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.”*

*“Artículo 1609. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”*

Pero no sucede lo mismo cuando lo que se busca es que se cancelen las prestaciones efectivamente ejecutadas.

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato estatal, la contratista ejecuta las prestaciones correspondientes a la primera y segunda etapa de ejecución, de las cuales la contratante únicamente cancela una parte y ejercicio de la acción de controversias contractuales la contratista pide que se le paguen los valores pendientes por obra ejecutada y la contratante se niega a hacerlo alegando el incumplimiento de la contratista en la ejecución de las prestaciones de la etapa final del contrato, es evidente que en esta hipótesis no opera la regla contenida en los artículos ya referidos, pues si lo pretendido por la contratista es que se pague el valor de las prestaciones ya ejecutadas, más no los perjuicios, su incumplimiento en la ejecución de las prestaciones de la etapa final del contrato resulta irrelevante para acceder al reconocimiento del valor de las ya ejecutadas.

**2.- El reconocimiento y pago de los perjuicios causados por el incumplimiento.**

El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediablemente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.

Causar un daño, como ya se dijo, genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía.

Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que *“incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. al disponer que “*incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.”*

Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A.

Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediablemente condenada al fracaso.

Pero si lo que ocurre en un determinado asunto, es que una de las partes en un contrato estatal no pretende la indemnización de los perjuicios que le fueron ocasionados, sino obtener el pago por las prestaciones ejecutadas, es evidente que en ésta hipótesis no tiene a su cargo la obligación de demostrar ni el daño, ni su cuantía.

**3. El cumplimiento de la obligación de cancelar un precio por las prestaciones ejecutadas.**

Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.

No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que *“el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”,*  que *“el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes”* y que *“el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.”*

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.

**4.- Naturaleza y finalidad de la liquidación y la liquidación judicial de los contratos estatales.**

La liquidación de los contratos se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato[[14]](#footnote-14), mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de ésta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuanto, lo que puede hacerse por las partes de común acuerdo, por alguna de ellas unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para “*dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial”[[15]](#footnote-15)*

La liquidación judicial es aquel balance, finiquito o corte de cuentas que realiza el juez sobre un determinado contrato estatal dentro de un proceso judicial y, que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ni unilateral del respectivo contrato estatal celebrado y dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación a liquidar.

5**.- Los hechos probados.**

En el asunto que ahora se resuelve por la vía de la apelación se demuestra que el 10 de junio de 2008 se celebró entre la Sociedad Cyberexito Ltda., y la Empresa de Telecomunicaciones EMTEL S.A. E.S.P. el contrato No. 0031 de 2008, por virtud del cual aquella se obligó en favor de ésta a realizar el suministro, instalación, capacitación y puesta en servicio de una plataforma tecnológica (HW y SW) de mensajería unificada sobre IP y la ampliación de su plataforma de prestación de servicios de valor agregado sobre IP (Fols. 25 y 26 del C. principal No. 1).

En el **Parágrafo de la Cláusula Primera** la contratista se comprometió a realizar las capacitaciones requeridas para el manejo y puesta en funcionamiento de la nueva plataforma con una intensidad mínima de 100 horas diarias a 12 funcionarios de la Entidad, que debería prestar en cualquiera de las sedes, incluyendo una etapa teoría y otra práctica, suministrando todo el papel didáctico del curso, memorias, copias, diapositivas, copias en CD y demás necesarios para la enseñanza y aprendizaje de los temas y además refrigerio (Fol. 26 del C. principal No. 1).

Por medio de las **Cláusulas Tercera y Cuarta** del contrato, las partes convinieron como valor total del contrato la suma de $1.194´445.122, pagaderos así: un 50% como anticipo dentro de los 15 días hábiles siguientes al perfeccionamiento del contrato; un 30% una vez recibidos los equipos y elementos según certificado del interventor y el 20% restante con la suscripción del acta de liquidación final, previa constitución de una póliza de garantía de calidad de los equipos suministrados y el envió de la factura por el contratista dentro de los 30 días siguientes (Fols. 26 y 27 del C. principal No. 1)

A través de la **Cláusula Quinta** del contrato, relativa al plazo de ejecución y entrega, las partes convinieron el término de 45 días calendario contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio (Fol. 27 del C. principal No. 1).

El 23 de junio de 2008 las partes suscribieron el acta de inicio, en la que se hizo constar la entrega de EMTEL S.A. E.S.P. de la suma de $597´222.561,00, a título de anticipo (Fol. No. 193 a 195 del del C. No. 5 de pruebas).

El plazo inicialmente convenido se extendió a través de la suscripción del Otrosí No. 1 del 5 de agosto de 2008 por 45 días calendario más, en atención a la solicitud presentada por la contratista con el objeto de *“completar el plan de instalación y capacitación de acuerdo a las indicaciones recibidas, buscando definir con las dependencias de EMTEL S.A. E.S.P., los nuevos servicios que serán ofrecidos incluyendo aspecto de mercadeo, planeación, ventas y estrategias comerciales en general en busca del mejor impacto para clientes potenciales”* (Fols. 30 y 31 del C. Principal No. 1).

El 22 de septiembre de 2008 las partes suscribieron el Otrosí No. 2, en el que convinieron extender el plazo pactado por 50 días calendario más, en razón a la solicitud presentada por la contratista con el objeto de “*completar el plan de capacitación y adecuación del sitio web de EMTEL”* (Fols. 32 y 33 del C. Principal No. 1 de pruebas).

El 7 de septiembre de 2008 las partes celebraron el contrato adicional No. 3, mediante el cual acordaron **ampliar la Cláusula Primera del contrato No. 031 de 2008**, relativa al objeto y **modificar las Cláusulas Tercera y Quinta, relativas al valor y plazo** del contrato en los siguientes términos:

*“(…)*

***CLAUSULA PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO:*** *(...) Así mismo y de acuerdo con la propuesta presentada el 05 de noviembre de 2008, radicada con el No. 003376, el contratista se compromete a implementar el módulo ISP Billing con sus componentes Hardware y Software descritos en la propuesta técnica, presentada por el contratista el 05 de noviembre del presente año, radicada con el No. 003376 (…)* ***CLÁUSULA TERCERA: PRECIOS Y VALOR DEL CONTRATO:*** *Las partes acuerdan ampliar la cuantía del contrato en la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CIENTO CINCUENTA Y DOS PESOS ($388´598.152) para un valor total del contrato de ($1.582´943,274) (…)* ***CLÁUSULA CUARTA: FORMA DE PAGO:*** *El valor adicional será cancelado de la siguiente manera:* ***a.-)*** *Un cincuenta por ciento (50%) incluido IVA, en calidad de anticipo, pagaderos dentro de los 15 días calendario contados a partir de la suscripción del presente contrato adicional,* ***b.-)*** *El cincuenta por ciento (50%) restante, mediante actas parciales de ejecución, de acuerdo al avance físico de la presente ampliación,* ***CLÁUSULA QUINTA:******PLAZO*** *Las partes acuerdan ampliar el plazo establecido en la cláusula quinta del contrato en Noventa (90) días calendario, contados a partir del día siguiente del plazo inicialmente establecido (…)”* (Fols. 34 a 36 del C. Principal No. 1).

Dentro de las causas que dieron lugar a la suscripción de dicho contrato adicional se señaló que en atención al requerimiento de la Jefe de Grupo de Telemática mediante Oficio del 20 de octubre de 2008 la interventoría del contrato informó la necesidad de implementar el módulo “ISP BILLING” con su componente hardware y software, por lo que la accionada mediante invitación a cotizar No. G-1000-011362 de 28 de octubre de 2008 invitó a la Sociedad Cyberexito Ltda. a presentar propuesta para el suministro, instalación y capacitación del módulo Sysmaster ISP Billing y ésta la presentó el 5 de noviembre de 2008, siendo aceptada posteriormente por EMTEL S.A. E.S.P (Fols. 34 y 35 del C. principal No. 1).

El 16 de enero de 2009, ante la solicitud presentada por la sociedad contratista el 14 de enero, las partes decidieron suspender temporalmente la ejecución del contrato No. 031 de 2008, hasta tanto se superaran tres causas a saber: i) La culminación del proceso selección de un operador de larga distancia nacional e internacional para poner en funcionamiento el servicio de la interconexión VoIP SIP con éste: ii) Culminación de negociaciones de EMTEL S.A E.S.P. con PAGOSONLINE.NET, para la asignación de cuenta y claves de acceso que permitirían la configuración y puesta en servicio del módulo de pagos en línea a proveer por la plataforma Sysmaster y en general de todos los servicios a vender por EMTEL y; iii) Complemento información a cargar sobre la página Web de EMTEL S.A. E.S.P (Fols. 268 a 269 del C. No. 6 de pruebas).

El 8 de marzo de 2010, se suscribió entre las partes el acta de reinicio de las obras, por considerar que las causas que habían dado lugar a la suspensión de la ejecución del contrato No. 031 de 2008 ya habían sido superadas (Fols. 306 a 307 del C. No. 6 de pruebas).

El 9 de marzo de 2010 las partes suscribieron el Acta No. 1 en la que se reunieron con el objeto de “*Revisión estado del Proyecto Módulo Sysmaster ISP Billing para Plataforma Tecnológica Multiservicios”* señalando que en general las prestaciones habían sido ejecutadas en su mayoría, quedando pendiente la ejecución de los siguientes puntos i) solución a los problemas de integración en la parte sesiones múltiples desde la red a la plataforma Sysmaster; ii) configuración del agregador CISCO y puesta en servicio del equipo wSwitch conforme al plan de implementación para enrutar el tráfico PPPoE de clientes de internet hacia el wSwitch y verificación de su correcta integración y operación; iii) Desarrollo y puesta en servicio de la funcionalidad de registro de la dirección IP en los SDRS (Fols. 339 a 347 del C. No. 6 de pruebas).

El 10 de mayo de 2010, en respuesta a la comunicación remitida por EMTEL el 5 de mayo, la Sociedad contratista manifestó que nunca se había obligado a solucionar los problemas en plataformas, equipos, o aplicaciones de proveedores externos a la plataformas SYSMASTER, pues eran de responsabilidad exclusiva de EMTEL, que lo realmente pretendido por ésta Entidad era evadir el pago de la totalidad de los costos asumidos en la ejecución del contrato y que había cumplido con las obligaciones a su cargo dentro de los términos convenidos (Fols. 353 a 355 del C. No. 6 de pruebas).

El 13 de mayo de 2010 la accionada dio respuesta a dicha comunicación señalando que no era posible proceder a la liquidación del contrato hasta tanto no se ejecutaran las prestaciones pendientes de ejecutar por el contratista, que si bien la contratista no se encontraba obligada a resolver los problemas presentados en otras aplicaciones, equipos y plataformas, si debía integrarlos y en consecuencia la requiere para que dé cumplimiento a las obligaciones relativas a la instalación y puesta en servicio del módulo hardware del ISP/Billing, correspondiente a la integración, instalación y puesta en operación del equipo wSwitch sobre la plataforma de EMTEL conforme al párrafo 2 del punto 2.1 (Pagina 10 de la propuesta) y el punto 2.2. párrafo 2 (página 10 de la propuesta), referidos a la administración de ancho de banda y asignación de IPs o ármicas y fijas, respectivamente; también señala que mediante el No. 2.1 párrafo 3 (página 9) (Fols 360 a 362 del C. No. 6 de pruebas).

El 30 de agosto de 2010 las partes suscribieron el Acta No. 2 **“Acta de reunión y compromiso”** en la que se señaló:

*“(…) hasta el momento se han tenido buenas relaciones contractuales con la Empresa CYBEREXITO, frente a la cual hasta la ejecución del contrato 031, se han mantenido unas buenas relaciones, en relación con el contrato 031(sic) y de acuerdo a lo que manifiesta los ingenieros de la Empresa, faltan tres puntos con el fin de concluir con la ejecución contractual del mencionado contrato. Y esa es la razón principal por la cual no es posible liquidar el mencionado contrato (…) después de una exposición por parte de los ingenieros de EMTEL S.A. E.S.P., se establece, que existen dos puntos en discordia, frente al primero: configuración del agregador cisco y puesta en servicio del equipo wSwitch de acuerdo al plan de implementación para enrutar el tráfico PPPoE de clientes internet hacia el WSWITCH y verificación de su correcta integración y operación (…) CYBEREXITO se compromete a cumplir con el desarrollo y puesta en servicio de la funcionalidad de registro de la dirección IP en los SDRS, siempre y cuando se pague el saldo pendiente de la factura de pago, correspondiente al acta parcial No. 03 de 9 de marzo de 2010 y CYBEREXITO informara en un plazo no superior a 4 días el periodo de cumplimiento de la puesta en servicio de la funcionalidad del registro IP en los SDRS, el término de ejecución se contabilizará a partir del día siguiente de la cancelación de la factura. El Gerente manifiesta que la factura podrá pagarse antes del 15 de septiembre de 2010, siempre y cuando se establezca la fecha exacta de entrega de los puntos de discusión”* (Fols. 266 a 268 del C. No. 6 de pruebas).

Entre las partes se suscribieron igualmente el Acta parcial No. 1 del 24 de julio de 2008, en la que se señalaron los siguientes valores (Fols. 255 a 256 del C. Principal No. 2 de pruebas)

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Valor total del contrato incluido IVA |  | $1.194´445.122,00 |
| Valor a pagar Acta parcial No. 1 | $358´333.537,00 |  |
| Valor anticipo amortizado Acta parcial No. 1  | $571´400.576,00 |  |
| Valor anticipo pendiente por amortizar  | $25´821.985,00 |  |
| Saldo pendiente por ejecutar | $238´889.024,00 |  |
|  |  |  |
| Sumas iguales  | $1.194´445.122,00 | $1.194´445.122,00 |

En dicha Acta se indicó además lo siguiente:

*“(…)en esta acta parcial se paga el 30% del valor total del contrato, con base en lo citado en el literal b) de la cláusula Cuarta del contrato 031/2008 (…) Por lo anterior se ajusta la respectiva amortización del anticipo con base en lo ejecutado hasta la fecha.*

*VALOR TOTAL EJECUTADO $929.734.113.00*

*MENOS AMORTIZACIÓN ANTICIPO - $571.400.576.00*

*VALOR TOAL A PAGAR PRESENTE ACTA $358.333.537,00”*

Acta parcial No. 2 del 13 de enero de 2008, en la que se señalaron los siguientes valores:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Valor total del contrato PPal incluido IVA |  | $1.194´445.122,00 |
| Valor a pagar Acta parcial No. 2 | $219.575.024.00 |  |
| Valor pagado Acta parcial No. 1  | $358.333.537.00 |  |
| Valor anticipo amortizado presente Acta  | $25´821.985,00 |  |
| Valor anticipo amortizado acta parcial No. 1.  | $571.400.576,00 |  |
| Valor anticipo pendiente por amortizar  | $0,00 |  |
| Saldo pendiente por ejecutar | $19.314.000.00 |  |
| Sumas iguales  | $1.194´445.122,00 | $1.194´445.122,00 |

En dicha Acta se indicó además lo siguiente:

*“Esta acta parcial por el 20% del valor total del contrato principal se realiza con base en lo citado en el literal b) de la cláusula Cuarta del contrato 031/2008, qu estipula el respectivo pago del 205, dado que a la fecha se han recibido a satisfacción todos los equipos hardware y software componentes de este proyecto y se encuentran instalados en las instalaciones de EMTEL SANTA CLARA con la respectiva activación, configuración y puesta en funcionamiento correcto de todos los módulos de software adquiridos con esta plataforma.*

*VALOR TOTAL EJECUTADO $245.397.009,00*

*MENOS AMORTIZACIÓN ANTICIPO - $25.821.185,00*

*VALOR TOAL A PAGAR PRESENTE ACTA $219.575.024,00*

*PORCENTAJE DE EJECUCIÓN 93.38%”*

Acta parcial No. 3 del 9 de marzo de 2009, en la que se señalaron los siguientes valores

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Valor total del contrato PPal incluido IVA |  | $1.194´445.122,00 |
| Valor a pagar Acta parcial No. 3 | $175.598.503.20 |  |
| Valor pagado Acta parcial No. 2 | $219.575.024,00 |  |
| Valor pagado Acta parcial No. 1. | $358.333.537,00 |  |
| Valor anticipo cto. Adicional 03 amortizado en presente Acta No. 03 | $155.399.260.80 |  |
| Valor anticipo cto. Principal amortizado acta parcial No. 2  | $25.821.985,00 |  |
| Valor anticipo cto. Principal amortizado acta parcial No. 01 | $571.400.576.00 |  |
| Valor anticipo pendiente por amortizar  | $38.849.815.20 |  |
| Saldo pendiente por ejecutar  | $37.964.572. 80 |  |
| Sumas iguales  | $1.582.943.274,00 | $1.582.943.274,00 |

En dicha Acta se indicó además lo siguiente:

*“-A la fecha se ha recibido el suministro de todos los equipos hardware y software componentes de éste proyecto y se encuentran instalados en las instalaciones de EMTEL SANTA CLARA con la respectiva activación, configuración y puesta en funcionamiento correcto de todos los módulos de software adquiridos con esta plataforma Sysmaster, incluido el suministro de los componentes hardware y software del módulo de internet, adquirido mediante contrato adicional No. 03.*

*-En el momento se está terminando con las actividades de puesta en servicio completamente de los componentes hardware y software del módulo de internet, de lo cual se tiene un 90% aproximado del avance de actividades.*

|  |  |
| --- | --- |
| *VALOR TOTAL EJECUTADO SIN IVA*  | *$330.997.764,00* |
| *MENOS AMORTIZACIÓN ANTICIPO (80%)* | *-$155.399.260.80* |
| *VALOR TOTAL A PAGAR PRESENTE ACTA*  | *$175.598.503.20* |
| *PORCENTAJE DE EJECUCIÓN*  | *95%* |

El 30 de marzo de 2010 las partes suscribieron el Otrosí No. 4, a través del cual convinieron prorrogar el plazo inicialmente convenido en 30 días hábiles más, en razón de la solicitud presentada por la Sociedad Cyberexito Ltda., con el objeto de *“completar la puesta en producción de las características de control de ancho de banda y sesión de la plataforma SISMASTER en su módulo de internet, se requiere solucionar el inconveniente encontrados(sic) en la red de acceso a internet y detectado específicamente en la interfase RADIUS entre el equipo agregado CISCO y la plataforma SYSMASTER…”* (Fols. 87 y 38 del C. Principal No. 1 de pruebas).

El 9 de agosto de 2012 el Jefe de Grupo de Tesorería de la Empresa de Telecomunicaciones de Popayán EMTEL S.A. E.S.P. hizo constar la relación de pagos realizados a Cyberexito Ltda., con ocasión del contrato No. 031 de 2008 (Fol. 281 a 287 del C. No. 1 de pruebas (principal 2 de pruebas), en los siguientes términos:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **FECHA DE PAGO** | **CHEQUE No.** | **VALOR PAGADO** |
| 28 de junio de 2008 | 060097 | $597.222.561.00 |
| 30 de julio de 2008 | 1231341 | $255.864.680.00 |
| 26 de noviembre de 2008 | 26 | $194.249.076.00 |
| 5 de marzo de 2009 | 33 | $195.246.872.00 |
| 23 de marzo de 2010 | 3366484 | $75.000.000.00 |
| 23 de septiembre de 2010 | 4336715 | $62.722.891.00 |

Quedando un saldo efectivamente cancelado a la Sociedad accionante de $1.380´306.086.

Del testimonio rendido por el señor Rubén Darío Camayo Media, en su calidad de Ingeniero Electrónico, para la época de los hechos Jefe de Grupo de Televisión de Emtel, designado para ejercer la supervisión del contrato No. 031 de 2008, se destaca:

*“PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho si una vez fue suministrada e instalada la plataforma adquirida a CYBEREXITO, ésta cumplió a cabalidad con los requisitos exigidos en el contrato celebrado y sus adicionales respecto de la oferta presentada por la empresa contratista y sus adicionales respecto de la oferta presentada por la empresa contratista y los compromisos que ella misma adquirió con la empresa EMTEL.CONTESTO: respecto al cumplimiento por parte del contratista y respecto al contrato No. 031 de 2008 y sus adicionales básicamene el contratista en la etapa final no cumplió con tres ítems del proceso de implementación que fueron reconocidos y acordados con su respectivo plan de acción, en acta del 09 de marzo de 2010(…) PREGUNTADO: sírvase manifestar al Despacho si la Empresa EMTEL pagó la totalidad del contrato inicial y sus adicionales a Cyberexito Ltda., CONTESTO: Al respecto me permito aclarar que EMTEL realizó el pago de 100% del contrato principal incluido suministros, instalación y puesta en servicio de lo pactado en este contrato principal, y del contrato adicional No. 03 pagó la totalidad de los suministros y quedó pendiente el pago de los servicios de instalación, capacitación, integración y puesta en servicio de la solución contratada en este adicional No. 03, los cuales ascienden en un valor de $76.814.388 incluido IVA, de los cuales el contratista Cyberexito debe amortizar un valor de anticipo del 20% de este contrato adicional que quedó pendiente de amortizar por valor de $38.849.815,20, quedando un saldo a favor del contratista de $37.964.572,80 incluido IVA y sin tener en cuenta las retenciones de ley, estos valores fueron los que quedaron pendientes para el acta de liquidación final que era la No. 4. La cual no se logró suscribir con el contratista por el incumplimiento del contrato ya citado anteriormente…”* (Fols. 36 a 39 del C. No. 2 de pruebas (cdno. Principal 1)).

Diligencia de inspección judicial que se llevó a cabo el 31 de enero de 2018 por el Ingeniero de Sistema Mario Ernesto Higón Buitron, quien no pudo rendir concepto alguno teniendo en cuenta que “*el cambio del disco duro no permitía hacer la prueba pretendida”* (Fols. 32 a 34 del C. 2 de pruebas (cdno. Principal 1)).

**6.- La solución del caso concreto.**

**6.1.-** Sea lo primero recordar que el recurso de apelación fue interpuesto solamente por la parte demandada y por consiguiente, la solución de este asunto debe girar en torno a las razones que la accionada aduce como motivos de su inconformidad.

Recuérdese también que la sentencia apelada liquidó el contrato y ordenó a la demandada pagar el saldo pendiente del valor de las obras ejecutadas por la demandante, decisión está que cuestiona la apelante con el argumento de que no está obligada a cancelar esta parte porque la accionante no ejecutó la totalidad de las prestaciones a su cargo.

Téngase en cuenta, además, que el mencionado contrato terminó por vencimiento del término pactado.

Pues bien, lo que en este asunto emerge con claridad es que ambas partes han incumplido, pues la una, el contratista, no ejecutó todo lo que era de su cargo, y la otra, la entidad contratante, no pagó todo el valor de lo que se había ejecutado hasta el momento de la terminación del contrato, lo que en últimas significa que hay un incumplimiento mutuo.

Cuando esta situación se presenta, el artículo 1609 del Código Civil pregona que ninguna de las partes está en mora, es decir, que ninguna puede pretender en su favor las consecuencias de esa situación jurídica, esto es, que ninguna puede pedir los perjuicios derivados del incumplimiento, la cláusula penal o las arras confirmatorias penales, si se pactaron, etc., pero en parte alguna la referida norma impide la ejecución de las prestaciones pactadas.

Siendo este el verdadero entendimiento que debe dársele al artículo 1609 del Código Civil, se sigue que la demandada está obligada a pagar todo el valor de las obras que se ejecutaron hasta el momento de la terminación del contrato, y como quiera que está demostrado que para este momento la demandante ejecutó el 95%, cuyo valor asciende a $1.506.128.886.36, y que la demandada de este valor sólo canceló la suma de $1.380.306.080, estando pendiente una amortización del anticipo por valor de $38.849.815.20, se sigue que la accionada aún adeuda la suma de $86.972.991.16.

En estas circunstancias la decisión del Tribunal no estaba equivocada, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada.

En conclusión, considera la Sala que le asiste la razón tanto al Tribunal de primera instancia, como a la vista fiscal, cuando señalaron que la suma adeudada por Emtel S.A. E.S.P. a favor de la contratista, asciende a la suma de $86´972.991,16., que actualizada bajo la consabida fórmula Ra= Rh Índice final / Índice inicial, tomando como índice inicial el del mes de marzo de 2010, en la que se suscribió el acta de liquidación parcial No. 3 (103,81) y como índice final el último conocido, esto es el del mes de septiembre de 2018 (142.50), fecha de esta sentencia, arroja la suma de $119´387.835.856.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada por las razones expuestas en éste proveído, entendiendo que la suma de $86.972.991.16 que adeuda la demandada, indexada al día de hoy asciende a $119.387.835.856.

**SEGUNDO: ORDENAR** la devolución del expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS (E) GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

 Magistrado Ponente Presidente de la Sala

1. Folios 2 a 21 del C. No. 2. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 60 a 62 del C. No. 2. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 41 a 49 del C. No.1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 64 y 65 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 83 a 98 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 294 a 296 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 318 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 324 y 325 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 330 a 347 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Fol. 19 del C. No. 2 de pruebas. [↑](#footnote-ref-10)
11. Fol. 27 de [↑](#footnote-ref-11)
12. Fols. 32 a 34 del C. No. 2 de pruebas. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fols. 36 a 39 del C. No. 2 de pruebas. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, Exp. 16.293. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ibídem. [↑](#footnote-ref-15)