|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420180005000** |
| DEMANDANTE | **INSTITUTO DISTRITAL DE GESTIÓN DE RIESGOS Y CAMBIO CLIMÁTICO -IDIGER** |
| DEMANDADO | **UNICOM SAS**  |
| MEDIO DE CONTROL | **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso de **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES** iniciado por **INSTITUTO DISTRITAL DE GESTIÓN DE RIESGOS Y CAMBIO CLIMÁTICO -IDIGER** contra ***UNICOM SAS*.**

* 1. **ANTECEDENTES:**
	2. **La DEMANDA**
		1. **PRETENSIONES**

***“PRIMERA:*** *Que se declare el INCUMPLIMIENTO PARCIAL del* ***Contrato de Compraventa No. 486 de 2014*** *firmado entre el INSTITUTO DISTRITAL DE GESTION DEL RIESGO -IDIGER- y la Empresa UNICOM S.A.S., identificado con NIT 890937558, por incumplir la obligación general No. 13 "Tramitar las exclusiones de IVA necesarias para el radar banda X y sus accesorios", y de la* ***Anotación No. 1 contenida en el Acta de Liquidación de fecha 13 de septiembre de 2016*** *que consiste en "De las resultas de la certificación, el contratista procederá o no, a la reclamación de la devolución del IVA ante la DIAN, y su reintegro al tesoro distrital si hubiere lugar a ello".*

***SEGUNDA:*** *Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la EMPRESA UNICOM S.A.S al reintegro del valor del IVA, pagado por el IDIGER al contratista, correspondiente a la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE ($358'448.837,oo), el cual deberá ser devuelto a favor del Tesoro Distrital*

***TERCERA:*** *Que se condene al pago de los intereses moratorios del periodo comprendido entre el 30 de septiembre de 2016 fecha en que se notificó la CERTIFICACION No. 1062 de fecha 21 de septiembre de 2016 "Por la cual se certifica que son acreditables los elementos objeto de la solicitud de exclusión del Impuesto Sobre las Ventas - IVA por parte de la ANLA, sobre la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE ($358'448.837,oo) hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, de conformidad con el numeral 6o del Artículo 4o de la Ley 80 de 1993.*

***CUARTA:*** *Que las anteriores sumas sean indexadas de conformidad con las fórmulas establecidas por el Consejo de Estado.*

***QUINTA:*** *Que se condene en costas al demandado, si su señoría advierte alguna de las causales estipuladas en los parágrafos segundo y tercero del Artículo 75 de la Ley 80 de 1993”*

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:

|  |
| --- |
| * + - 1. El INSTITUTO DISTRITAL DE GESTION DE RIESGOS Y CAMBIO CLIMATICO -IDIGER- (Antes FOPAE), inició el proceso de **LICITACIÓN PÚBLICA No. IDIGER - LIC-005- 2014**, con el objeto de "Adquirir, instalar y poner en servicio un sistema de radar meteorológico DOPPLER, de doble polarización en BANDA X, para el fortalecimiento de la gestión de riesgos y cambio climático en el Distrito Capital” y estableció obligación a cargo del contratista[[1]](#footnote-1)
 |
| * + - 1. Durante el proceso de Licitación, la Empresa UNICOM no presentó observaciones al Proyecto de Pliegos ni a los Pliegos Definitivos frente a la obligación general contenida en el numeral 13.
 |
| * + - 1. La Empresa UNICOM S.A.S, en su propuesta en el ANEXO 1 "CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA", en el numeral primero (1) manifestaron que *"conocemos la información general y demás documentos del PROCESO DE LICITACIÓN PUBLICA No. IDIGER-LIC-005-2014 y aceptamos los requisitos en ellos contenidos."*
 |
| * + - 1. El INSTITUTO DISTRITAL DE GESTION DE RIESGOS Y CAMBIO CLIMATICO -IDIGER-, suscribió Contrato de Compraventa No. 486 de 2014 con la Empresa UNICOM S.A.S., cuyo objeto consistía en "(...) adquirir a título de compra, instalación y puesta en servicio de un sistema de radar meteorológico Doppler, de doble polarización en banda X, para el fortalecimiento de la gestión de riesgos y cambio climático en el Distrito Capital. (...)"; por un valor de DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS ($2.940.000.000.00) IVA incluido, los cuales fueron cancelados al contratista[[2]](#footnote-2)
 |
| * + - 1. El contrato presentó varias observaciones:[[3]](#footnote-3)
 |
| * + - 1. En el Contrato de Compraventa No. 486 de 2014, se estableció en el numeral 2.3.1 "OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA" numeral 2.3.1.2 "OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA", en su numeral 13 se estableció "Tramitar las exclusiones de IVA necesarias para el radar banda X y sus accesorios".
 |
| * + - 1. Atendiendo la obligación general número 13 del contrato de compraventa 486 de 2014, el 22 de diciembre de 2015 la empresa UNICOM SAS, en conjunto con el Instituto Distrital de Gestión de Riesgos y Cambio Climático - IDIGER, radicó (RAD. 2015068401 el 22 de diciembre de 2015) solicitud de Certificación de Exclusión del Impuesto sobre las Ventas ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, (RAD. 2015068401 el 22 de diciembre de 2015) con el fin de que se "(...) estudie la posibilidad de expedir certificado que acredite como bienes excluidos del impuesto al valor agregado IVA, a los elementos descritos en las fichas técnicas adjuntas. (...)", la anterior solicitud se presentó de conformidad a lo establecido en el artículo 424 numeral 7 del Estatuto Tributario y la Resolución No. 978/07 "Por la cual se establece la forma y requisitos para presentar ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial las solicitudes de acreditación para obtener la certificación de que tratan los artículos 424-5 numeral 4 y 428 literales f) e i) del Estatuto Tributario, con miras a obtener la exclusión de impuesto sobre las ventas correspondiente" y la Resolución 778/12 11Por la cual se modifica la Resolución número 978 de 200T\ ambas proferidas por el Ministerio de Ambiente.
 |
| * + - 1. Una vez recibida la solicitud, la ANLA mediante comunicado de fecha 14 de enero de 2016, solicita la corrección de los formatos 1 y 2 de los anexos y el recibo de pago por concepto de servicio de evaluación de la solicitud, el cual fue completado el 26 de enero de 2016.
 |
| * + - 1. El 4 de marzo de 2016, la ANLA informa al señor JORGE IVAN JIMENEZ JARAMILLO Representante Legal de la Empresa UNICOM S.A.S, dando respuesta al radicado 201611379-1-000 de fecha 4 de marzo de 2016 (Solicitud de liquidación por el servicio de evaluación para el Beneficio Tributario Exclusión de IVA) que el **estudio representa en costos la suma de DIEZ MILLONES DOSCIENTOS TRES MIL PESOS ($10.203.000.00) MONEDA CORRIENTE**, los cuales debían ser cancelados para dar continuidad al trámite.
 |
| * + - 1. La EMPRESA UNICOM LTDA, el 6 de junio de 2016 realizó el pago de la suma mencionada, al Fondo Nacional de Ambiente FONAM en la cuenta número 230055543, por concepto de servicio de evaluación para el Beneficio Tributario de exclusión del IVA y remitido a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA, mediante Oficio de fecha 15 de junio de 2016 (RAD. 2016030958).
 |
| * + - 1. El 15 de julio de 2016, el IDIGER, se notifica personalmente del auto No. 2954 del 7 de julio de 2016 “Por el cual se inicia trámite administrativo de certificación de exclusión del Impuesto sobre las Ventas – IVA y se toman otras determinaciones”.
 |
| * + - 1. El día 21 de julio de 2016, la ANLA, mediante Auto No. 3141 "Por el cual se requiere una información adicional y se toman otras determinaciones", el cual está acompañado del Concepto Técnico No. 3408 del 13 de julio de 2016, requerimiento al que da respuesta UNICOM S.A.S.
 |
| * + - 1. El 13 de septiembre de 2016, se suscribe Acta de Recibo a Satisfacción con las siguientes anotaciones[[4]](#footnote-4)
 |
| * + - 1. Se suscribe Acta de Liquidación de fecha 13 de septiembre de 2016 con anotaciones[[5]](#footnote-5)
 |
| * + - 1. El 28 de septiembre de 2016, la ANLA, envía citación para que el IDIGER se notifique personalmente de la **CERTIFICACION No. 1062 de fecha 21 de septiembre de 2016** "Por la cual se certifica que son acreditables los elementos objeto de la solicitud de exclusión del Impuesto Sobre las Ventas -IVA, presentado por la empresa UNICOM S.A.S y el Instituto Distrital de Gestión del Riesgo (SIC) y Cambio Climático - IDIGER", la cual determino [[6]](#footnote-6)
 |
| * + - 1. La anterior certificación fue notificada de manera personal al IDIGER el 30 de septiembre de 2016, la cual tiene una vigencia de un (1) año contado a partir de su ejecutoria.
 |
| * + - 1. En la misma fecha (30 de septiembre de 2016) el IDIGER envía correo electrónico al Representante Legal de UNICOM S.A.S., informando el recibido de la citación por parte de la ANLA, con el fin de proceder a su notificación.
 |
| * + - 1. El 07 de octubre de 2016 la Oficina Asesora Jurídica del IDIGER, envía mediante correo electrónico el contenido de Acto Administrativo proferido por la ANLA y de igual manera solicita se inicien los trámites ante la DIAN, para la devolución del IVA respectivo.
 |
| * + - 1. El 2 de noviembre de 2016, se le comunica con oficio RAD. 2016EE12950 al Representante Legal de UNICOM S.A.S, se adelante el trámite pertinente con el fin de que se proceda a la devolución del IVA correspondiente, y el cual está a su cargo, a lo cual UNICOM S.A.S, mediante correo electrónico da respuesta al IDIGER frente a la solicitud de devolución.
 |
| * + - 1. El 2 de noviembre del año 2016, mediante comunicación interna RAD. 2016IE3605, se remite por parte de la oficina asesora jurídica, a la subdirección corporativa y asuntos disciplinarios, la certificación No. 1062 de 2016, con el fin de realizar los trámites para la respectiva devolución del RETE IVA del 15%
 |
| * + - 1. La Oficina Asesora Jurídica mediante Oficio RAD. 2016EE13830 de fecha 24 de noviembre de 2016 eleva solicitud de reconocimiento económico por exclusión del IVA a la Empresa UNICOM S.A.S., el cual también fue enviado por correo electrónico de fecha 28 de noviembre de 2016.
 |
| * + - 1. La Subdirección Corporativa y de Asuntos Disciplinarios informa a la Oficina Asesora Jurídica, que el IDIGER no tiene la obligación de tramitar devolución alguna ante la DIAN por el RETEIVA del 15%, mediante Comunicación Interna con RAD. 2017 IE8 de fecha 02 de enero de 2017.
 |
| * + - 1. En razón a lo anterior se envía oficio a la Empresa UNICOM S.A.S., de fecha 2 de enero de 2017, dando alcance a las comunicaciones con radicado 2016EE12950 de fecha 02 de noviembre de 2016 y 2016EE13830 de fecha 24 de noviembre de 2016 y 2016EE13931 de fecha 25 de noviembre de 2016, solicitando *"(…) adelantar los trámites necesarios para solicitar ante la DIAN la devolución total del IVA declarado y pagados por dicha empresa, debiéndose tener en cuenta el valor de los bienes excluidos por la ANLA ($358.448.837.00 Hoja 9 de la Certificación), por ser el responsable del Impuesto a la Ventas; lo anterior atendiendo la doctrina de la DIAN en los oficios 4885 de enero de 2014 y Oficio 40724 de junio de 2011, sin que el IDIGER deba gestionar trámite para la devolución del RETE - IVA del 15%, por cuanto no somos responsables sobre las ventas y no pertenecemos al Régimen Común (...)",* del cual se da respuesta informando al IDIGER que se encuentran realizando las consultas ante la DIAN.
 |
| * + - 1. A la fecha la Empresa UNICOM S.A.S, no ha procedido a realizar la devolución del IVA representado en la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE ($358.448.837.oo), a órdenes del tesoro distrital, incumpliendo con ello lo establecido en el numeral 13 de las obligaciones generales a cargo del contratista así como la obligación contenida en la Anotación 1 del Acta de Liquidación del Contrato 486 de 2014, lo cual evidencia el incumplimiento por parte del Contratista no solo de la obligación general contenida en el numeral 13, si no de las anotaciones contenidas en el Acta de Recibo a Satisfacción y el Acta de Liquidación del Contrato No. 486 de 2014, generando con ello un detrimento y menoscabo al patrimonio del Distrito Capital y del IDIGER.
 |
| * + - 1. El pasado veinticuatro (24) de julio de dos mil diecisiete (2017), mediante Acta No. 12 el Comité de Conciliación del INSTITUTO DISTRITAL DE GESTIÓN DE RIESGOS Y CAMBIO CLIMATICO - IDIGER, por unanimidad de sus miembros autorizaron a la Oficina Asesora Jurídica para iniciar la conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos que se asigne, con la finalidad de interponer el medio de Control de Controversias Contractuales contra UNICOM S.A.S., por el incumplimiento de la obligación general No. 13 del Contrato de Compraventa No. 486 de 2014 y de la Anotación No. 1 contenida en el Acta de Liquidación de fecha 13 de septiembre de 2016.
 |
| * + - 1. El diez (10) de octubre de dos mil diecisiete (2017) se llevó a cabo AUDIENCIA DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL, en la Procuraduría 139 Judicial para Asuntos Administrativos y en la cual se dejó constancia de la "(...) inasistencia del apoderado de la parte convocada UNICOM S.A.S., por lo que no es posible adelantarla presente diligencia de conciliación, (...)"
 |
| * + - 1. La Procuraduría 139 Judicial para Asuntos Administrativos expidió CONSTANCIA considerando "que no existía ánimo conciliatorio por el apoderado de la parte convocada UNICOM S.A.S, y dio por agotada la etapa conciliatoria como requisito de procedibilidad exigido para acudir la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 161 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CP ACA"
 |

* 1. **La CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

UNICOM S.A.S. se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que, no existió ningún incumplimiento por parte de la demandada UNICOM S.A.S. .Sobre el contrato No. 486 de 2014.

Propuso como **excepciones** las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| **EXCEPCIONES** | **POSICIÓN DE LA PARTE ACTORA** |
| **INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE UNICOM S.A.S.**La demandante respalda su primera pretensión, en el supuesto incumplimiento parcial al contrato NO 486 de 2014, por parte de mi representada, en sus obligaciones generales, específicamente la obligación general No 13, que consistía en "Tramitar las exclusiones de IVA necesarias para el radar banda X y sus accesorios" y de la Anotación No 1, contenida en el Acta de Liquidación de fecha 13 de septiembre de 2016 que consiste en "De las resultas de la certificación, el contratista procederá o no, a la reclamación de la devolución del IVA ante la DIAN, y su reintegro al tesoro distrital si hubiere lugar a ello".Lo que es evidente en esta pretensión, a partir del contenido en la obligación general No 13 del contrato No 486 de 2014, en la insistencia de la demandante de sustraer lo convenido en el contrato, pues se está dando una interpretación poco entendible, contraria a lo verdaderamente ocurrido durante y posterior a la ejecución del contrato, y específicamente respecto al evidente y claro incumplimiento del contrato por parte de la demandante, pues como se ha venido explicando a lo largo de esta contestación de demanda, ha sido que la demandante fue quien arbitrariamente y sin justificación alguna incumplió el contrato, trayendo con esto no solo un incumplimiento, sino además un detrimento económico para sociedad UNICOM S.A.S., que **generó el desequilibrio económico del contrato** en contra de esta sociedad, como se pasará a explicar:El objeto del contrato No 486 de 2014, era: "Adquirir, instalar y poner en servicio un sistema de radar meteorológico DOPPLER, de doble polarización en BANDA, para el fortalecimiento de la gestión de riesgos y cambio climático en el Distrito Capital", este contrato se celebró el 26 de Diciembre de 2014.El **contrato No 486 del 26 de Diciembre de 2014**, suscrito por la sociedad UNICOM S.A.S. y el Instituto Distrital de Gestión de Riesgo y Cambio Climático IDIGER, establecía en su cláusula cuarta (4), que las obras deberían iniciar, una vez elaborada el acta de inicio del contrato, la cual se firmó por las partes el día **9 de enero de 2015.**Las obras civiles deberían iniciar a partir del **15 de febrero de 2015**, con la adecuación del área e instalación de la torre donde debía funcionar el radar de acuerdo al cronograma de ejecución del contrato.El radar meteorológico objeto del contrato No 486 del 26 de diciembre de 2014, es un equipo especializado que no se fabrica en Colombia y su adquisición se debería realizar con una sociedad extranjera especializada.La sociedad UNICOM S.A.S, a través de su representante legal, teniendo en cuenta el acta de inicio y del cronograma referido en el literal (b) anterior, envió una **orden de compra al fabricante del radar SOCIEDAD ENTERPRISE ELECTRONICS CORPORATION el 22 de enero de 2015**, cumpliendo con el cronograma del contrato y el plazo de ejecución que era de ocho (8) meses, pues se requería un término prudencial de anticipación de la orden de compra para la fabricación del radar.Por situaciones imputables en su totalidad al contratante y parte demandante en este trámite, las obras no pudieron iniciarse de acuerdo a lo presupuestado en el cronograma y acta de inicio del contrato.La parte demandante **Instituto Distrital de Gestión de Riesgo y Cambio Climático IDIGER, no tenía un lugar específico y definitivo donde instalar el radar** en la fecha en que debía iniciarse la ejecución del contrato.Cumpliendo con los términos del contrato y el cronograma pactado, la sociedad UNICOM S.A.S a través de su representante legal, confiando en la buena fe del contratante y demandante en el presente tramite, y haciendo uso del anticipo entregado por el IDIGER**, giró el treinta por ciento 30% del valor del contrato el 17 de marzo de 2015**, valor que el fabricante requería para iniciar la fabricación del radar. Dicho porcentaje ascendió a la suma de DOSCIENTOS DIECIOCHO MIL DOSCIENTOS OCHENTA DOLARES AMERICANOS USD$218.280.Al momento de cancelar el anticipo descrito en el literal anterior, y poner en marcha la fabricación del radar, la parte demandante no había determinado el lugar de ubicación del mismo, para ese momento ya se había configurado un incumplimiento de la entidad IDIGER al no proveer al contratista un sitio definitivo para la instalación del radar.La determinación del lugar de ejecución, era determinante y necesaria para la fabricación e instalación del radar, ya que **el sistema del radar se diseña y fabrica de acuerdo al sitio de operación, igualmente para la torre que soportaría el radar y para la fabricación de guías de ondas y cables de interfaces entre los equipos que conforman el sistema**. De manera intempestiva y unilateral, la parte demandante retrasó el inicio de las obras civiles necesarias para instalar el radar hasta el **30 de octubre de 2015**, fecha en la cual se envió comunicación a la sociedad UNICOM S.A.S., en donde se fijaba el sitio definitivo donde se instalaría el radar.La parte demandante Instituto Distrital de Gestión de Riesgo y Cambio Climático IDIGER, reconoció que existía un incumplimiento en la ejecución del contrato por no tener definido el sitio de ubicación e instalación del radar, y forzó a la sociedad UNICOM S.A.S., a aceptar una prórroga del contrato y se comprometió a pagarle el 95% del valor del contrato y asegurar así la continuidad de este.La demandante aceptó **pagar el saldo restante adeudado al proveedor internacional** que para la fecha era de SEISCIENTOS CINCUENTA MIL TRECIENTOS SESENTA Y SEIS DOLARES AMERICANOS (US$650.366), el **18 de septiembre de 2015**, para que este autorizara el despacho del radar a Colombia.El desembolso se tuvo que realizar sin tener conocimiento todavía del sitio definitivo de instalación del Radar y con un retraso de más de 3 meses con respecto **al cronograma de nacionalización e importación del equipo (junio 27 de 2015),** esperando que el IDIGER fijara el sitio definitivo en un plazo perentorio que permitiera entregar el radar a la comunidad oportunamente.El valor del contrato asciende a la suma de $2.940.000.000.oo que sería pagada de la siguiente manera: 30% del valor del contrato como anticipo, el 95% del valor del contrato a la entrega del radar y de las obras necesarias para su funcionamiento y el 5% restante a los 15 días siguientes del acta de terminación.Aunque en el contrato utilizó el peso colombiano como medio de pago, existen obligaciones del contratista con el fabricante del radar que utilizó como medio de pago el dólar. Así las cosas, el valor total en dólares del radar fue de $868.646.Teniendo en cuenta la injustificada demora para fijar el sitio de instalación del radar y el retraso en el cronograma de actividades programadas, dio como resultado un incremento en el valor en pesos del Radar debido a la variación imprevisible de la TRM del dólar. A continuación se explicará los sobrecostos que tuvo que asumir UNICOM SAS.

|  |  |
| --- | --- |
| Valor total en dólares del radar | US$868.646.oo |
| Valor total en pesos del radar al 27de Junio del 2015, fecha en la cual de acuerdo al cronograma se tenía que pagar el total del radar para la respectiva nacionalización. | $2,245,545,461.00 |
| Valor total en pesos del radar al 18 de Septiembre del 2015, fecha en la cual se realizó el pago del radar al proveedor internacional | $2,584,334,774.00 |
| Total del mayor valor pagado por la variación de la TRM del dólar. | $338,789,313.00 |

Se debe aclarar que la variación en la TMR en sí misma no es la causante del desequilibrio económico padecido por la convocante, el verdadero causante del rompimiento del equilibrio económico consistió en que la entidad demandante, el Instituto Distrital de Gestión de Riesgo y Cambio Climático IDIGER, incumplió los términos de ejecución del contrato.Ahora bien, establecido claramente los hechos que dieron lugar al rompimiento del equilibrio económico en el contrato es menester establecer que la culpa es única y exclusiva de la entidad que llevo al pago de un mayor valor por parte de la sociedad convocante.Solo hasta el día **30 de octubre de 2015**, el INSTITUTO DISTRITAL DE GESTIÓN DE RIESGO Y CAMBIO CLIMÁTICO IDIGER, mediante comunicación No 2015EE12907 O 1, informa el sitio donde se debería instalar el Radar X, objeto del contrato 486 de 2014, emitida por el Sr. Armando Fonseca Zamora, Supervisor del Contrato.La sociedad UNICOM S.A.S., por medio de su representante legal, envía comunicación No CE-u8441 de fecha **13 de noviembre de 2015**, al IDIGER, solicitando cambio en la forma de pago del contrato teniendo en cuenta los múltiples inconvenientes para la ejecución del mismo y que obedecieron básicamente en la demora por parte de la entidad convocada en definir el sitio donde se instalaría el radar objeto del contrato, perjudicando con esta demora en la diferencia de la tasa de cambio para la adquisición del radar.Posteriormente la entidad demandante por medio de su representante legal, remite a la entidad convocada comunicación No CE-u8443 de fecha **26 de noviembre de 2015,** en la que le pone en conocimiento el cronograma de actividades que se ejecutaran para la instalación del radar.Finalmente la sociedad UNICOM S.A.S., ante todos los imprevistos que se presentaron en la ejecución del contrato, y que le causaron un desequilibrio económico injustificable, por medio de su representante legal, emite un nuevo comunicado, el No CE-u8444 de fecha **15 de diciembre de 2015,** en el que solicita a la entidad demandante que se conforme un comité de conciliación con el ánimo de poder **compensar los perjuicios económicos causados a la sociedad UNICOM S.A.S.** Los hechos generadores de incumplimiento del contrato por la parte demandante, haciendo un análisis coherente respecto de lo realmente acontecido, no pueden ser imputables a título de dolo o culpa atribuibles a la sociedad que represento como contratista, pues, actuando en dicha calidad, comunicó oportunamente los inconvenientes que impedían el cabal cumplimiento de las obligaciones contraídas.El incumplimiento se debió a hechos y actuaciones sólo imputables a la administración contratante, porque para la fecha en que inició la obra, el Instituto Distrital de Gestión de Riesgo y Cambio Climático IDIGER, no había informado a la parte demandada el sitio exacto en el que debía instalar el Radar objeto del contrato No 486 de 2014. Por este actuar y negligencia de la entidad demandante, la responsabilidad recae exclusivamente en ella.Por todo lo narrado anteriormente, es que se le atribuye a la entidad demandante el verdadero incumplimiento del contrato No 486 de 2014, pues la definición oportuna del sitio donde se debería instalar el radar, era de vital importancia para proceder a tramitar las exclusiones de IVA, contempladas como obligaciones generales del contratista, como lo indica el numeral 10 del artículo segundo de la resolución 978 de 2007, expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial:[[7]](#footnote-7)Según esta normativa, la definición del sitio de instalación del radar era de gran importancia para presentar las respectivas exclusiones del IVA, con el lleno de requisitos establecidos en la resolución 978 de 2007, citada anteriormente.Esta falta grave, atribuible solamente a la entidad demandante, como se explicó líneas atrás y como se probará con el material probatoria que se aportará con la presente, fue la que conllevó a los diversos inconvenientes para lograr que la DIAN haga la respectiva devolución del IVA que la entidad demandante reclama en esta demanda, pues en primer lugar la entidad demandante falto a su deber y obligación de establecer con prontitud el sitio de instalación del radar, lo que conllevo que la sociedad demandada no hubiera podido presentar las solicitudes de exclusión de IVA dentro del periodo fiscal correspondiente, es decir, la del año 2015, pues dichas solicitudes de exclusión solo se pudieron presentaren conjunto con la entidad demandante, hasta el 22 de diciembre de 2015, debido que el IDIGER informo sobre el sitio de instalación del radar hasta el **30 de octubre de 2015**, mediante comunicación No 2015EE12907 O 1, quedando claro que quien verdaderamente ha incumplido el contrato es la entidad demandante.Ahora, pasando a otro escenario que desvirtúa el supuesto incumplimiento del contrato por parte de la entidad que represento, obedece a la obligación que reposa en cabeza de la entidad demandante, referente a suplir los gastos necesarios para realizar las correcciones de las declaraciones presentadas por UNICOM S.A.S. ante la DIAN, correspondientes al año fiscal 2015, pues precisamente fue y es por culpa de la entidad demandante, se repite, que la devolución del IVA por parte de la DIAN, no ha sido posible precisamente porque UNICOM S.A.S., debe generar unas correcciones a las declaraciones fiscales presentadas para el año 2015, año en el que se dio la importación del radar objeto del contrato, es aquí donde se debe analizar detalladamente la obligación que le atañe a la sociedad demandante de sufragar los costos que tiene el realizar las correcciones de las declaraciones fiscales del año 2015 de la sociedad UNICOM S.A.S., se explica:a. En el contrato 486 de 2014, en la cláusula (8), referente del VALOR Y FORMA DE PAGO, donde se pactó: "NOTA 1. En caso de que no sea otorgada la exclusión del IVA total o parcialmente al IDIGER y en un tiempo máximo de cinco meses después de su radicación ante la Autoridad Nacional De Licencias Ambientales - ANLA-; se deberá entregar al IDIGER el concepto emitido por dicha entidad para los efectos que corresponda, en caso negativo el contratista facturara el IVA total o parcialmente".b. Dado que el contrato, según lo dicho anteriormente, facultaba a la sociedad UNICOM S.A.S., para facturar con IVA, como efectivamente se hizo con dos facturas, la Nro 0047476 del 9 de diciembre de 2015 y la factura Nro 0047650 del 5 de septiembre de 2016, lo que no se constituye como un incumplimiento.c. La facturación con IVA descrita anteriormente, fue a causa del incumplimiento del contrato por parte de la entidad demandante, pues, esta al no definir oportunamente el sitio de instalación del radar conllevó a dicha situación, pues de haberse definido el sitio oportunamente, se hubiera podido adelantar las exclusiones de IVA sin percances y con el lleno de los requisitos establecidos en la resolución No 978 de 2007, emitida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.d. UNICOM S.A.S., nunca ha desconocido el derecho que tiene la entidad demandante sobre la suma de dinero correspondiente al IVA por la importación del radar, pero no es menos cierto que la sociedad demandada no tiene en su poder dicho dinero, pues el mismo se encuentra totalmente en poder de la DIAN. e. Ahora, el que UNICOM S.A.S., sea quien deba cubrir los gastos de correcciones, sanciones e intereses de mora de las declaraciones fiscales del año 2015, y que ascendían para el año 2016, a la suma de NOVENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE $99.580.000, por concepto de corrección del IVA del 6to. Bimestre del año 2015 de UNICOM S.A.S., más la sanción por corrección e intereses de mora, afectaría a un más las finanzas de la sociedad UNICOM S.A.S., pues adicionalmente al desequilibrio económico padecido por culpa de la entidad demandante como se explicó al inicio del capítulo de esta excepción, no está entonces obligada la demandada a suplir este gasto de su propio peculio para obtener la devolución de un dinero que es del IDIGER, y que el trámite para lograr su devolución es la consecuencia directa a la negligencia, culpa e incumplimiento exclusivo de la entidad demandante.Para finalizar, se debe hacer una pequeña reseña sobre otra causal que invalida el supuesto incumplimiento del contrato por parte de la sociedad UNICOM S.A.S. y es sobre la no configuración del mismo por no estar estipulado un plazo en el tiempo. Se estableció en el contrato en sus obligaciones generales, específicamente la obligación general No 13, que consistía en:[[8]](#footnote-8)Después de hacerse una fácil lectura de las obligaciones descritas anteriormente, tenemos que en ninguna parte del contrato, ni de la Anotación No 1 del acta de liquidación del contrato, se acordó realizar dichas gestiones en un plazo establecido o mejor aún con una fecha límite para hacerla, es decir, que bien se podría entender que de existir actualmente una obligación en cabeza de la sociedad demandada, la misma podría realizarse en cualquier momento, pues no se pactó una perentoriedad para hacerla, lo que generaría un eximente de responsabilidad que le indilgara un supuesto incumplimiento por parte de la demandada.Es así que el actor no narró los hechos de un supuesto incumplimiento ocurrido, pues el mismo es inexistente, solo se dedicó a hacer la misma afirmación, una y otra vez, para intentar generar convicción a través de la repetición de un argumento, que no puede probar. | **EN CUANTO A LA INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE UNICOM S.A.S.**El incumplimiento de la sociedad demandada está probado, sólo basta leer la obligación general No. 13 del contrato, y verificar las excusas de la demandada.Para abundar en razones nótese que no hay una sola prueba que señale la demandada que permita concluir con claridad que cumplió 3 el contrato, pretende esbozar unas razones que son teoría de la excepción de contrato no cumplido, y dice que quien incumplió fue mi representada por no establear con tiempo el lugar de instalación del aparato.Para lo anterior solo es necesario advertir que, esta excepción sí se permite deprecar en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero quien la plantea, debe demostrar que el incumplimiento del otro contratante, fue motivo determinante, único, de suma gravedad y que sea la razón suficiente, ese y no otro, que le hizo incumplir el contrato.De acuerdo con lo anterior, es pertinente decir que no fue así, tranquilamente el contratista podía cumplir la cláusula, no existe ninguna situación insuperable que lo impida, la actualización de la declaración ante la DIAN que muestra la demandada, de una u otra forma tenía que hacerla.En la doctrina (Derecho Procesal Administrativo pag. 469 inc. 4, autor: Juan Ángel Palacio Hincapié), cita al Consejo de Estado así: "Ya la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que la excepción de contrato no cumplido es también de recibo en esta clase de controversias, siempre que el incumplimiento de la entidad sea grave y afecte en forma tal al contratista que lo ponga en imposibilidad de cumplir."Es del caso analizar si la definición del lugar de instalación del radar, tuvo como consecuencia inescindible la imposibilidad del contratista para cumplir su obligación contractual de tramitar y lograr la devolución del IVA; la respuesta categórica es no; voy argumentar porqué: No se demuestra con los medios de prueba que lo anterior haya sido así, por el contrario, el mismo dicho de la demandada la pone en evidencia, siempre afirmó en este escrito que no cumplió con el trámite de exclusión del IVA, porque le correspondía actualizar las 4 declaraciones presentadas en el año 2015 ante la DIAN, y que el trámite de las mismas le implican incurrir en gastos económicos muy grandes.Visto el tema en este contexto real, es cierto que la demandada no quiso cumplir la cláusula contractual motivo del litigio, a sabiendas que suscribió la misma en el contrato y se describió en el numeral 13 de las obligaciones generales; era consciente a qué se obligaba, la excusa repetitiva no configura un incumplimiento grave de la entidad pública, que habilite a la demandada a justificar su incumplimiento bajo el prurito que ello le impidió de forma categórica cumplir.Lo relacionado con la tasa de cambio del dólar, o TRM, que menciona la demandada, no resulta razón suficiente para justificar el incumplimiento de la citada cláusula, la sociedad así lo reconoce en el tercer inciso del literal q, de la primera excepción.No obstante resulta simpático por decir lo menos, que se trate este tema como suma de los otros argumentos igualmente desprovistos de sustento argumentativo y probatorio, solo sería preguntarse: ¿Como la tasa de cambio es fluctuante, si ésta está a la baja en el momento de la compra, será que la entidad pública tiene la facultad de exigir la devolución de la diferencia?; la respuesta obvia es que no, por lo tanto, traer a colación este aspecto, es un sofisma de distracción.Reitera la demandada en reconocer su incumplimiento, basta leer el literal v de esta exceptiva, según argumento del apoderado de la demandada, el hecho de haber comunicado oportunamente los "inconvenientes" que según su dicho itero, le impedían el cabal cumplimiento de las obligaciones contraídas, lo releva sin más de cualquier responsabilidad e incumplir el contrato sin ningún tipo de consecuencias.El argumento anterior, desde luego no puede ser de recibo.La reiterada afirmación de la demandada, referida a que la falta de definición del lugar de ubicación del radar, es el motivo que le generó no cumplir, sigue siendo una afirmación indefinida, sin respaldo o 5 soporte suasorio, y mejor deja una sensación de que se acude a una carrera desesperada para excusar y justificar el incumplimiento contractual en el que ha incurrido la sociedad UNICON S.A.S.Las excepciones deben tener soporte probatorio, brilla por su ausencia señor juez, no prueba la demandada porqué la espera para definir del lugar de ubicación del radar meteorológico, le impidió cumplir su obligación de efectuar no solo el trámite, sino lograr la exclusión del IVA.Por último se hace necesario referir un tema de capital importancia como los anteriores, y que sirve de oposición a las excepciones planteadas, la demandada, considera estar amparada en una causal eximente de responsabilidad, según su propia afirmación, como quiera que considera que como no se estipuló en el contrato un tiempo determinado para el trámite y exclusión del IVA, entonces está eximido de cumplir.Lo anterior no atiende lo que fue materia del consenso y que se estipuló en el acto jurídico y sí desborda los límites del postulado de la buena fe, si ello lo considera así la demandada, entonces queda probado que guardó silencio para sacar ventaja y provecho del asunto, existe un término del contrato, en este aspecto claro resulta que se convino este elemento del contrato, desde luego no puede ser de recibo bajo ningún punto de vista tan insólita posición.Solicito al despacho declarar no probada esta excepción, por el contrario, pido declarar probada la pretensión de incumplimiento contractual por parte de la aquí demandada. |
| **INEXISTENCIA DE LA NO LA DEVOLUCION DEL IVA POR PARTE DE UNICOM S.A.S., SINO LA IMPOSIBILIDAD DE HACERLO**.De conformidad con lo expresado en la excepción anterior, seria equivocado ver la posición de UNICOM S.A.S, como una negativa a realizar la devolución del concepto de IVA a favor de la entidad demandante. La parte demandante pretende hacer ver a mí representada como una entidad que quiere apropiarse indebidamente de unos recursos que no le pertenecen, dejando de lado la discusión real, que no es sobre la titularidad de los mismos, sino la manera en que deben retornar a la entidad demandante, quien es la única con derechos sobre los mismos.No significa lo anterior, que se le pueda atribuir a la sociedad UNICOM S.A.S., una conducta "dolosa" que puedan generar responsabilidades jurídicas pretendidas en la demanda, sino que la controversia obedece solamente a una conducta ceñida a los límites y alcances de la sociedad demandada, pues la sociedad UNICOM S.A.S. como se ha dicho, nunca ha tenido conductas negativas para el cumplimiento de sus obligaciones desprendidas del contrato No 486 de 2014, por el contrario las cumplió a cabalidad como se puede ver en el acta de liquidación del contrato.Simplemente nos encontramos, ante la terquedad de una entidad que no quiere reconocer que por su culpa, se incurrió en faltas que se pueden constituir en un incumplimiento del contrato, y mucho menos aceptar que es ella quien debe respaldar los gastos necesarios para corregir esas fallas, como lo es en el presente caso, que **la sociedad demandada debe tramitar unas correcciones de las declaraciones fiscales del año 2015 ante la DIAN,** solo para recuperar unos recursos pertenecientes a la entidad demandante y que solo por su culpa se debe incurrir en dichos gastos como se narró en la excepción anterior y en la respuesta a los hechos de la demanda. Esto ratifica que la sociedad demandada jamás se ha negado a devolver los recursos que por concepto de IVA le pertenecen a la entidad demandante, sino más bien es la imposibilidad de hacerlo por estar en poder de la DIAN y por lo que se requiere para su devolución. | Señor(a) Juez, esta excepción debe ser despachada desfavorablemente y declarar su despacho que no prospera porque no fue probada, la demandada no demuestra cuál fue en concreto la imposibilidad que tuvo para cumplir con la exclusión del IVA, como era su obligación.La afirmación que esgrime la demandada es que: "...sino que la controversia obedece solamente a una conducta ceñida a los límites y alcances de la sociedad demandada..." Me pregunto, ¿Cuáles límites?, ¿Cuáles alcances?, la demandada convino de manera libre, consciente y voluntaria en dar cumplimiento al contrato, y ello incluye desde luego, cumplir la obligación general número 13.El argumento de esta excepción es de muy poco peso igual que los anteriores, y al contrastarlo con el acto jurídico contractual, se cae por su propio peso.La excepción está llamada al fracaso, pido al despacho declarar no probada esta exceptiva. |
| **MALA FE DEL DEMANDANTE**Debido a la improcedencia de todas las pretensiones de la demanda y con ocasión a la mala fe que motiva al demandante en el presente asunto al alegar pretensiones de incumplimiento que no existieron y aun sabiendo que UNICOM S.A.S cumplió sus obligaciones, le solicito al Despacho la prosperidad de esta excepción junto con los efectos legales derivados de la mala fe.Respecto de la pretensión elevada por la parte demandante, que solicita en su demanda "Que se condene en costas al demandado", solicito que esta pretensión sea denegada, y en su lugar se condene al demandante al pago de las mismas. | Este es un postulado jurídico de raigambre constitucional, y requiere para su alegación ser probado, la buena fe se presume y la mala fe se prueba.Considera la demandada que las pretensiones se platearon desconociendo el postulado de la buena fe, y que la sociedad cumplió las obligaciones cuando ello no es así, señor juez, se trata de dineros públicos y existe la obligación de salvaguardarlos y actuar con diligencia y transparencia.Existe una exclusión del IVA y se escoge un proponente que se obliga a adelantar el reintegro de este dinero y no lo hace, sin justificación atendible, claro resulta que se debe demandar ante la jurisdicción a fin de lograr el reintegro de estos dineros.No actuó de mala fe la entidad pública, no existe justificación suficiente de la sociedad para incumplir su obligación, al ser recursos públicos, lógico resulta solicitar condena en costas, la sociedad no quiso cumplir su señoría, ello es claro.A hora bien, líneas atrás en tema relacionado con el tiempo de trámite, la demandada manifiesta que está en una causal de exoneración de su cumplimiento contractual, eso sí se lleva de calle este postulado señor juez, y es probado, a como se debe, la mala fe se prueba.Solicito por obvias razones que de bulto saltan a la vista, de manera ostensible, que no se declare probada esta excepción y por el contrario se tengan como probadas las pretensiones de la demanda y se condene en costas. |
| **GENERICA**Solicito se declare cualquier excepción que resulte probada. | Solicito al despacho no reconocer como probada ninguna de las excepciones planteadas por carecer de argumentos jurídicos y sustento probatorio, se trata de una serie de afirmaciones indefinidas que pretenden solamente distraer la atención del despacho, porque la sociedad demandada UNICOM S.A.S. está incursa en el incumplimiento contractual.Así visto el escrito de la demanda, es claro que ninguna excepción genérica advertirá el despacho que pueda ser reconocida o probada en favor de la demandada.De otro lado y para concluir, me sirvo citar un ejemplo así:El acta de recibo a satisfacción del 13 de septiembre de 2016, y que obra en el expediente como prueba, si bien es cierto que en el formato del numeral 13 dice CUMPLIDO, no es menos cierto que en el anverso hace la salvedad y se deja constancia en relación con el trámite de devolución del IVA, y es claro que no se ha cumplido a cabalidad esa esa obligación.No obstante lo anterior, la demandada pretende hacer ver que está cumplido, sólo se dice del inicio del trámite su señoría no de cumplimiento cabal como quedó establecido y convenido por las partes del contrato en el acto jurídico, solo esto demuestra el incumplimiento de la demandada. |

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**
		1. **Demandante: IDIGER**

Frente a la excepción que propone el demandante de que la demora del trámite ante el ANLA es atribuible al IDIGER pues no definió el lugar de ubicación del radar oportunamente, se indica que UNICOM en la etapa pre contractual no se pronunció frente a esta obligación, se requería de la experticia del contratista para que hiciera la instalación del radar, motivo por el cual esta obligación estaba en cabeza del contratista, una vez se le adjudica la licitación, se suscribe el contrato en **enero de 2015** y UNICOM encuentra que ninguno de los 3 lugares sugeridos por la entidad es el adecuado, por lo que recomendó que debía escoger otro sitio considerándose el parque que queda cerca a las instalaciones de la entidad, entonces el **20 de abril** el supervisor del contrato envió un correo electrónico al representante legal de UNICOM indicando el lugar de ubicación del radar para que empiece los diseños definitivos de la construcción de la torre, los trámites ante el ANLA de la excepción del IVA de los productos que estaba importando y por lo tanto el trámite ante la DIAN, ante el MINISTERIO DE TELECOMUNICACIONES para el uso del espectro electromagnético, UNICOM radico los diseños en OCTUBRE.

El 16 de diciembre de 2015 se hace la solicitud ante el ANLA, el 15 de enero de 2016 el ANLA solicita la corrección de unos anexos y el pago del estudio, el 29 de abril de 2016 el ANAL declara el desistimiento del trámite.

En junio de 2016 UNICOM radico el trámite ante el ANLA nuevamente adjuntando la corrección correspondiente.

En el acta de **recibo a satisfacción** solo faltaba el pago del 5% del contrato y quedo consignado que de las resultas de la certificación del ANLA el contratista iniciaría los trámites para que la DIAN efectuara la devolución del IVA y el dinero se regresaba al tesoro nacional, también quedo consignado así el 13 de septiembre de 2016 en el acta de liquidación del contrato.

Luego el ANLA notifica la resolución a UNICOM Y al IDIGER de la exclusión del IVA y se inicia el trámite para que se efectué la devolución del dinero del IVA pero ello no ocurre al día de hoy.

* + 1. **Demandado UNICOM**

Se ratifica en la argumentos de hecho y derecho que expuso en la contestación de la demanda, agrega que UNICON si cumplió con la obligación de tramitar la excepción del IVA ante el ANLA como quedo consignado en el acta de liquidación y prueba de ello es la existencia de la Resolución 1068 del 21 de septiembre de 2016 expedida por el ANLA.

La demora del IDIGER en establecer el lugar de ubicación del sitio para la instalación del RADAR y por lo tanto en el trámite de las exclusiones del IVA, UNICOM dio una vuelta por el sector y propuso el parque SAN CAYETANO cerca a las instalaciones del IDIGER, si se acepta el lugar 20 de abril de 2015, pero el IDIGER debía concertar con la comunidad de tal manera que solo de manera oficial hasta el **30 de octubre de 2015** se da la orden de iniciar obra, empezó la carrera contra reloj pues debía estar instalado a finales de ese año.

El trámite que se debía adelantar ante la DIAN no quedo consignado en el contrato, ni el acta de liquidación, además es una situación ajena al objeto del contrato.

En el expediente obra la declaración bajo juramento del supervisor del contrato que da cuenta de todo lo que ocurrió durante la ejecución del contrato.

La entidad incumplió lo dispuesto en la resolución 978 de 2007 para poder hacer la exclusión del IVA en la manera en que era correcta. Igualmente, en lo que tiene que ver con el trámite de exclusión del IVA por parte de UNICOM se realizó por la entidad que represento y existe a certificación que así lo demuestra.

* 1. **EL ministerio publico representado por la PROCURADURIA JUDICIAL 82-1 conceptuó:**

En el contrato de compraventa 486 de 2014 celebrado ante UNICOM y IDIGER se estableció entre las obligaciones del contratista numeral 13, tramitar las exclusiones de IVA necesarias para el radar y sus accesorios; en la cláusula octava del mismo contrato referente a valor y forma de pago se indicó Nota uno: en caso de que no sea otorgada esa exclusión del IVA total o parcialmente al IDIGER y en un tiempo máximo después de su radicación ante el ANLA se deberá entregar al IDIGER el concepto emitido por dicha entidad para los efectos que corresponda , en caso negativo, el contratista facturará al IVA total o parcialmente. Según la factura de venta 47476 expedida el 9 de diciembre de 2015, se efectúa por UNICOM cobro al IDIGER del IVA del 16% respecto del radar por valor de $385.241.379, facturada radicada al IDIGER el 11 de diciembre de 2015 e IDIGER y el contratista presentaron solicitud al ANLA el 22 de diciembre de 2015 de certificación de exclusión de IVA articulo 424 numeral séptimo del Estatuto Tributario. UNICOM pagó el valor de $10.203.000 por servicio de devaluación para el beneficio tributario de exclusión de IVA.

El 13 de septiembre de 2016 se suscribe acta de recibo a satisfacción; en cuanto a la obligación 13 de tramitar las exclusiones del IVA se consignó cumplida, en el acta de liquidación frente a la misma obligación se consignó trámite inicial, tanto en el acta de recibo como en el acta de liquidación también de fecha de 13 de septiembre se dejó la anotación uno señalando que es preciso aclarar que a la fecha el contratista radicó la solicitud de exclusión de IVA de que tratan los artículos 424 numeral 5, numeral 4 del Estatuto Tributario ante el ANLA que se encuentra en trámite y a la espera de la respectiva certificación. De las resultas de las certificación el contratista procederá o no a la reclamación de la devolución del IVA ante la DIAN y su reintegro al Tesoro Distrital si hubiere lugar a ello. El ANLA expidió la certificación 1602 de 21 de septiembre de 2016 notificada el 30 de septiembre 2016 que se señaló que son acreditables los elementos objeto solicitud de exclusión del IVA conforme al artículo 424 numeral séptimo del Estatuto Tributario con vigencia de un año.

El 7 de octubre de 2016 la oficina asesora jurídica envía al contratista el contenido del acta administrativa conferida por el ANLA y de igual manera solicita se inicien los trámites ante la DIAN para la devolución del IVA respectivo.

El 2 de enero de 2017 IDIGER oficia a UNICOM solicitando adelantar los trámites necesarios para solicitar ante la DIAN la devolución total del IVA declarado y pagado por dicha empresa, debiéndose tener en cuenta el valor de los bienes excluidos por la ANLA. Estos se tienen como hechos probados de acuerdo a los documentos aportados en el proceso.

Ahora bien, la regla general en materia de ejecución de contratos de las normas del código civil aplicables a la contratación estatal, es el cumplimiento de las obligaciones de la manera en que fueron pactadas con base en los principios de pacta sunt servanta y buena fe objetiva, así el artículo 1603 del código civil dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella. De acuerdo a lo expuesto es claro que la obligación contractual inicialmente se pactó tramitar las exclusiones del IVA y que en el evento de que no se otorgara la exclusión y en un tiempo de 5 meses a partir de la solicitud del contratista facturaría el bien, como efectivamente sucedió. Sin embrago también es claro que las partes en el acta de liquidación aclararon el sentido y el alcance de la obligación precisando que la exclusión estaba en trámite y que de acuerdo con el resultado del trámite de la certificación, el contratista procedería o no a la reclamación de la devolución del IVA ante la DIAN y su reintegro al Tesoro Distrital si hubiere lugar a ello.

Así las cosas, es claro que las partes entendían claramente el alcance de la obligación pactada, pues no tendría sentido limitarse a la literalidad de la obligación sin atender el propósito de la misma, pues los contratos deben ejecutarse de buena fe tal como ya se mencionó.

Así mismo debe tenerse en cuenta que el acta de liquidación es fuente misma de derechos y obligaciones, en la cual las partes pueden contraer obligaciones a favor o en contra. Adicionalmente se debe tener en cuenta que el contratista es un colaborador de la administración, que debe prestar su concurso para la ejecución del objeto y que toda la relación contractual esta permeada por la buena fe, buena fe que imponen unos deberes adicionales de conducta.

De esta manera es claro que el propósito de la obligación 13 a cargo del contratista no era el desarrollo de un trámite aislado sin finalidad alguna, sino claramente dirigido a obtener una exclusión que implicaba el no pago del IVA, que sin embargo por el paso del tiempo y atención al derecho al contratista de perseguir el ingreso por el valor del radar se pactó que trascurrido un tiempo podría el contratista facturar el IVA, pero no con el propósito de que no se continuara con la solicitud de exclusión, pues si ese fuera el querer de las partes así se habría pactado, por el contrario las partes en el acta de liquidación aclararon el alcance de la obligación radicando en cabeza del contratista solicitar la devolución del IVA ante la DIAN de ser necesario.

Cabe recordar que la factura presentada con el IVA data de diciembre de 2015, luego al tenor del artículo 589 del Estatuto Tributario, el contratista UNICOM tenía un año para efectuar la solicitud de devolución disminuyendo el valor del IVA a declarar y solicitando la devolución, modificación que contrario a lo afirmado por el demandado no tenía ninguna multa, no generaba el pago de intereses ni sanción alguna. Así y obtenida la certificación 1602 de 21 de septiembre de 2016, notificada el 30 de septiembre de 2016 relativa a la exclusión que señaló que son acreditables los elementos de solicitud de exclusión del IVA conforme al artículo 424 numeral séptimo del Estatuto Tributario con vigencia de un año, dentro del plazo podía y debía el ahora demandado tramitar ante la DIAN la devolución respectiva y fue notificado oportunamente de la decisión del ANLA como se probó a través del correo de 7 de octubre de 2016 del IDIGER. Luego claramente para esta agencia se da un incumplimiento de sus obligaciones y por ende se solicita respetuosamente acceder a las pretensiones de la demanda. Cabe aclarar que no se comparten los argumentos de la parte demandada expuestos en cuanto a que el incumplimiento se haya originado por la extensión del contrato en el tiempo, porque como se consignó por el contratista se accedió a la prolongación del contrato en el tiempo.

**Se interrogó a los intervinientes sobre los alegatos presentados así:**

|  |  |
| --- | --- |
| A la parte actora | **¿Cuantos contratos de estos ha hecho la entidad en los últimos 20 años?** nuestra entidad solo ha celebrado este contrato con este tipo de objeto. **¿Dentro de la documentación que se trajo están los estudios previos a la apertura de la licitación?** en el CD allegado hay 12 carpetas que coinciden con las carpetas físicas del expediente contractual, y específicamente la carpeta uno son todos los documentos precontractuales, estudios de mercado. **¿porque le transfirieron la obligación al contratista?** porque es un análisis súper especifico del lugar donde viene a instalarse ese radar, porque tiene que ser un lugar donde no tenga edificios al lado, donde no haya torres que interfieran la señal **¿la obligación de exclusión por qué se la transfirieron al contratista?** porque él era el que tenía toda la información técnica, tal como dice la resolución del Ministerio de Ambiente 978 establece los requisitos que se deben tener para solicitarle al ANLA la exclusión ¿**y no los conocían ustedes previamente a hacer la licitación, si tenían o no exclusión por alguna normatividad que así lo dijera?** precisamente como pensábamos que si tenía exclusión fue que se consignó la obligación de solicitarle al ANLA la exclusión. Ahora bien, en la etapa precontractual los tres proponentes presentaron diferentes radares pero hay distintos fabricantes y cada fabricante tiene diferencias en el radar, no es que sea un solo objeto uniforme en todo el mundo, quien tenía la información detallada del radar y sus componentes era el contratista porque él ya había importado un radar para la aeronáutica civil exactamente igual, y él era quien tenía la relación con el fabricante y precisamente por eso se inicia la licitación pública porque no es algo que nosotros y el contratista tenía la información técnica, era el importador y así lo establece la Resolución del Ministerio de Ambiente, dice: quien importe tiene que hacer la solicitud. |
| A la parte demandada | **¿por qué si estaba aceptada por la entidad la tramitación ante el ANLA con la especificidad del no o si inclusión del IVA, no estaba contenida según usted, la obligación del trámite ante la DIAN?** específicamente no estaba contenida inicialmente, es decir, en el acta de liquidación es en donde se agrega la obligación de tramitar la exclusión del IVA y el contratista decidía si sí o si no se solicitaba el reembolso del IVA ante la DIAN, lo que resulta aquí su señoría es que en ningún momento la entidad UNICOM se niega a hacer lo que tenía que hacer, simplemente fue un tema de índole financiero, pues ante la DIAN se tenían que hacer unas correcciones de las declaraciones de IVA presentada por UNICOM, y esas correcciones tenían un costo de cerca de 100 millones en su momento, que es lo que se le expone al IDIGER para recuperar el dinero que le correspondía al IDIGER se tenía que hacer el desembolso de ese dinero. |
| Al Ministerio Público | **¿por qué afirma usted que no había ningún rubro adicional que pagar si acaba de decir el apoderado de la demandada que efectivamente comoquiera que tenía que hacer una corrección a la declaración si tenía que cubrir un gasto?** porque al tenor del artículo 589 del Estatuto Tributario se consagra que se tiene un plazo para efectuar la solicitud de devolución, la solicitud de devolución como tal no tiene ningún costo porque se entiende que es un valor que se pagó de más a la administración tributaria, comoquiera que se paga de mas no puede tener la devolución ningún costo, lo que pasa es que sí tiene un plazo para hacerlo que es de un año.  |

**CONSIDERACIONES**

* 1. **LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:**

En cuanto a las excepciones de **INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE UNICOM S.A.S., INEXISTENCIA DE LA NO LA DEVOLUCION DEL IVA POR PARTE DE UNICOM S.A.S., SINO LA IMPOSIBILIDAD DE HACERLO, MALA FE DEL DEMANDANTE** no goza de esta calidad, en atención a que los hechos que se aducen como fundamento de la misma, no la conforman, limitándose simplemente a negar o contradecir los supuestos de hecho en que los demandantes sustentan su acción. En este sentido, el término “excepción”, está reservado para aquéllos únicos casos en que tal instrumento de defensa, se traduce en la acreditación de hechos y razones distintos, encaminados a excluir, enervar o dilatar las pretensiones.

En relación con la excepción **GENÉRICA o INNOMINADA** planteada por la demandada, sólo puede considerarse como un llamado al Despacho para que en caso de encontrar una causal que pudiera enervar las pretensiones de la demanda, así lo indique, por lo que se tendrá en cuenta, advirtiendo que a la fecha no encuentra ningún motivo que impida proferir una decisión de fondo en este asunto.

* 1. **LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a lo establecido en la FIJACION DEL LITIGIO, se busca establecer si la demandada UNICOM S.A.S. Incumplió las condiciones establecidas en el acta de liquidación respecto de la obligación pendiente del contrato Compraventa No. 486 de 2014 y si por ello debe suma alguna a la entidad contratante INSTITUTO DISTRITAL DE GESTIÓN DEL RIESGO -IDIGER-

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

***¿*UNICOM S.A.S. incumplió las condiciones establecidas en el acta de liquidación respecto de la obligación pendiente del contrato Compraventa No. 486 de 2014 y si por ello debe suma alguna a la entidad contratante INSTITUTO DISTRITAL DE GESTIÓN DEL RIESGO -IDIGER-*?***

Para dar respuesta a esta pregunta debemos tener en cuenta lo siguiente:

El Consejo de Estado ha estipulado en cuanto al acta de liquidación del contrato lo siguiente:

*“La liquidación es una operación administrativa que sobreviene a la finalización de un contrato, por cumplimiento del plazo anticipadamente, con el propósito de establecer, de modo definitivo, las obligaciones y derechos pecuniarios de las partes y su cuantía. La liquidación del contrato entonces, constituye su balance final o ajuste de cuentas, entre la administración contratante y el particular contratista, con miras a finiquitar de una vez por toda la relación jurídica obligacional. Siendo así, el acta de liquidación final deberá i) identificar el contrato, las partes, sus sucesores y los cesionarios si los hay; su objeto y alcance, ii) determinar el precio, su pago, amortización o modificación y oportunidades de pago, iii) señalar las actas pendientes de pago, la forma como se utilizó el anticipo y lo facturado el contratista, iv) establecer el plazo, las modificaciones de obligaciones, prórrogas, adiciones, suspensiones y reinicios y las sumas que quedan pendientes de cancelar. También en el acta las partes dan cuenta de las salvedades a que haya lugar de manera detallada y concreta”*[[9]](#footnote-9)

*“Cuando se realiza la liquidación bilateral o por mutuo acuerdo del contrato, la respectiva acta suscrita entre las partes, contiene obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo de las mismas, de tal suerte que dicho documento constituye título ejecutivo y ello es así, como quiera que dicho acto se constituye en un negocio jurídico extintivo en el que las partes en ejercicio de su autonomía privada definen las cuentas del mismo, precisan el estado en que quedaron las prestaciones –créditos y deudas recíprocas- y se obligan a lo estipulado en el documento que se suscribe y la contiene. Igualmente, atendiendo a la naturaleza y a la finalidad de la liquidación del contrato, ha sido criterio inveterado de la Corporación que si se realiza la liquidación bilateral, esto es, por mutuo acuerdo entre la administración y su contratista, y no se deja salvedad en relación con reclamaciones que tenga cualquiera de las partes en el acta en la que se vierte el negocio jurídico que extingue el contrato, no es posible que luego prospere una demanda judicial de pago de prestaciones surgidas del contrato. Así, sobre los efectos que se desprenden del acta de liquidación de un contrato suscrita por acuerdo entre las partes, la Sala también se ha pronunciado en los siguientes términos: El acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él. En suma, el acta de liquidación suscrita entre las partes constituye título ejecutivo”*[[10]](#footnote-10)

* 1. **ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**

**2.3.1** Conforme al material probatorio aportado, se encuentran **probados los siguientes hechos**:

* El **24 de diciembre de 2014** el INSTITUTO DISTRITAL DE GESTION DE RIESGOS Y CAMBIO CLIMATICO -IDIGER- (Antes FOPAE), inició el proceso de **LICITACIÓN PÚBLICA No. IDIGER - LIC-005- 2014** cuyo era objeto de *"Adquirir, instalar y poner en servicio un sistema de radar meteorológico DOPPLER, de doble polarización en BANDA X, para el fortalecimiento de la gestión de riesgos y cambio climático en el Distrito Capital”* y la empresa **UNICOM S.A.S** salió favorecida[[11]](#footnote-11) mediante resolución 155 del 16 de diciembre de 2014, por lo que se suscribió el **Contrato de Compraventa No. 486 de 2014[[12]](#footnote-12)** y el contratista Empresa UNICOM S.A.S se comprometió a *"Tramitar las exclusiones de IVA necesarias para el radar banda X y sus accesorios"*[[13]](#footnote-13).
* El contrato presentó las siguientes modificaciones:

|  |  |
| --- | --- |
| **PLAZO** | **VALOR** |
| **PLAZO INICIAL** | 8 MESES | **VALOR INICIAL** | $2.940.000.000 |
| **1RA PRORROGA** | 3 MESES Y 15 DIAS 7 se septiembre de 2015 | **1RA ADICION** | - |
| **2 A PRORROGA** | 2 MESES17 de Diciembre de 2015 | **2 A ADICION** | - |
| **PLAZO TOTAL EJECUTADO** | 13 MESES Y 15 DÍAS | **VALOR TOTAL EJECUTADO** | $2.940.000.000 |

En el Contrato de Compraventa No. 486 de 2014, se estableció en el numeral 2.3.1 "OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA" numeral 2.3.1.2 "OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA", en su numeral 13 *"Tramitar las exclusiones de IVA necesarias para el radar banda X y sus accesorios".*

* El **22 de diciembre de 2015** la empresa UNICOM SAS, en conjunto con el Instituto Distrital de Gestión de Riesgos y Cambio Climático - IDIGER, radicó (RAD. 2015068401 el 22 de diciembre de 2015) solicitud de liquidación por el servicio de evaluación para el Beneficio Tributario Exclusión de IVA[[14]](#footnote-14) de Certificación de Exclusión del Impuesto sobre las Ventas[[15]](#footnote-15) ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA
* El **14 de enero de 2016** la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA solicita la corrección de los formatos 1 y 2 de los anexos y el recibo de pago por concepto de servicio de evaluación de la solicitud[[16]](#footnote-16), el cual fue completado el 26 de enero de 2016.
* El **6 de junio de 2016** la EMPRESA UNICOM LTDA realizó el pago de la suma mencionada al Fondo Nacional de Ambiente FONAM en la cuenta número 230055543, por concepto de servicio de evaluación para el Beneficio Tributario de exclusión del IVA y remitido a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA, mediante Oficio de fecha 15 de junio de 2016 (RAD. 2016030958)
* El **21 de julio de 2016** la ANLA expide Auto No. 314 "*Por el cual se requiere una información adicional y se toman otras determinaciones"*, el cual está acompañado del Concepto Técnico No. 3408 del 13 de julio de 2016.
* El **13 de septiembre de 2016** se suscribe Acta de Recibo a Satisfacción con la siguiente anotación:

***“Acta de Liquidación***

*"Anotación 1: Frente a la obligación general del Contratista No. 13. "Tramitar las exclusiones de IVA necesarias para el radar de banda X y sus accesorios" es preciso aclarar que: A la fecha el contratista radicó la solicitud de "EXCLUSIÓN DE IMPUESTO A LA VENTA DE QUE TRATAN LOS ARTICULOS 424-5, NUMERAL 4 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO", ante la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, que se encuentra en trámite y a la espera de la respectiva CERTIFICACION. De las resultas de la certificación, el contratista procederá o no, a la reclamación de la devolución del IVA ante la DIAN, y su reintegro al tesoro distrital si hubiere lugar a ello.*

*El supervisor del Contrato de Compraventa No. 486 de 2014, deja constancia que recibió a satisfacción los equipos y servicios objeto del citado contrato, con la salvedad de las anotaciones realizadas"*

* El ANLA profirió la CERTIFICACION No. 1062 de fecha **21 de septiembre de 2016** *"Por la cual se certifica que son acreditables los elementos objeto de la solicitud de exclusión del Impuesto Sobre las Ventas -IVA, presentado por la empresa UNICOM S.A.S y el Instituto Distrital de Gestión del Riesgo (SIC) y Cambio Climático - IDIGER"*[[17]](#footnote-17)

**2.3.2.** Entremos ahora a resolver el interrogante planteado: ***¿*UNICOM S.A.S. incumplió las condiciones establecidas en el acta de liquidación respecto de la obligación pendiente del contrato Compraventa No. 486 de 2014 y si por ello debe suma alguna a la entidad contratante INSTITUTO DISTRITAL DE GESTIÓN DEL RIESGO -IDIGER-*?***

En el **Contrato de Compraventa No. 486 de 2014** suscrito entre el INSTITUTO DISTRITAL DE GESTION DEL RIESGO -IDIGER- y la Empresa UNICOM S.A.S., se contempló a cargo del contratista la obligación general No. 13 *"Tramitar las exclusiones de IVA necesarias para el radar banda X y sus accesorios"*, y en la Anotación No. 1 contenida en el **Acta de Liquidación de fecha 13 de septiembre de 2016** que consiste en "*De las resultas de la certificación, el contratista procederá o no, a la reclamación de la devolución del IVA ante la DIAN, y su reintegro al tesoro distrital si hubiere lugar a ello"*.

La entidad IDIGER canceló con la factura de venta 47476 del 9 de diciembre de 2015 y la factura 0047650 del 5 de septiembre de 2016, el 16% de IVA respecto del radar por valor de $385.241.379; sin embargo, la resolución 1068 del 21 de septiembre de 2016 expedida por el ANLA[[18]](#footnote-18) salió favorable, motivo por el cual el contratista debía tramitar la exclusión del IVA[[19]](#footnote-19), obligación que se consideraba cumplida con hacer la gestión pertinente, culminar el trámite ante la DIAN dentro del plazo pertinente que fenecía el 31 de diciembre de 2016, obtener la devolución del IVA y regresar el dinero al IDIGER, situación que no aconteció por motivos que a juicio de este despacho son atribuibles tanto a la entidad contratante como al contratista así:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| PERÍODO | FECHA | **Trámite ante el ANLA**Para llenar la solicitud ante el ANLA era necesario saber la ubicación del radar; así lo indica el numeral 10 del artículo segundo de la resolución 978 de 2007, expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial:[[20]](#footnote-20) | **Trámite ante la DIAN**Después de presentada la declaración del IVA, el contratista responsable del impuesto contaba con un año para presentar la corrección y adjuntar la resolución del ANLA para obtener la devolución del IVA |
| 2015 | ENERO  | 9 de enero 2015 | Se suscribe acta de inicio  | No se puede hacer nada en relación al IVA |
| FEBRERO |  |  |
| MARZO  |  |  |
| ABRIL  | 20 abril de 2015 | El supervisor del contrato indica al contratista que es viable el lugar sugerido para instalar el radar  |
| MAYO  |  |  |
| JUNIO | 27 de junio de 2015 | Se efectúa la importación del radar[[21]](#footnote-21) |
| JULIO  |  |  |
| AGOSTO |  |  |
| SEPTIEMBRE |  |  |
| OCTUBRE | 30 octubre de 2015 | Se da la orden para iniciar la obra en el lugar sugerido para instalar el radar |
| NOVIEMBRE |  |  |
| DICIEMBRE  | 9 de diciembre de 2015 | UNICOM expide la factura No 0047476 |  |
| 22 de diciembre de 2015 | Se radicó solicitud ante el ANLA para que estudiara si expedía certificado que acreditara como bienes excluidos del impuesto al valor agregado IVA al radar y sus componentes importados. |  |
| Diciembre |  | Se hace la declaración del IVA*Empieza a contar el término para efectuar la corrección.* |
| 2016 | ENERO  | 14 de enero de 2016 | El ANLA solicita la corrección de los formatos 1 y 2 de los anexos y el recibo de pago por concepto de servicio de evaluación de la solicitud |  |
| 26 de enero de 2016 | UNICOM efectúa los complementos |  |
| FEBRERO |  |  |  |
| MARZO | 4 de marzo de 2016 | El ANLA comunica que el estudio representa en costos la suma de ($10.203.000.00)  |  |
| ABRIL  | 29 de abril de 2016 | El ANLA declara el desistimiento del trámite |  |
| MAYO  |  |  |  |
| JUNIO | 6 de junio de 2016 | Se realizó el pago de la suma al Fondo Nacional de Ambiente FONAM en la cuenta número 230055543, por concepto de servicio de evaluación para el Beneficio Tributario de exclusión del IVA  |  |
| 15 de junio de 2016 | Se remitió el recibo a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA, mediante Oficio de fecha (RAD. 2016030958) |  |
| JULIO  | 15 de julio de 2016 | El ANLA inicia el trámite administrativo de estudio  |  |
| 21 de julio de 2016 | El ANLA requiere información adicional acompañado del Concepto Técnico No. 3408 del 13 de julio de 2016 |  |
| AGOSTO  |  |  |  |
| SEPTEIMBRE | 5 de septiembre de 2016 | UNICOM expide la factura N° 0047650 |  |
| 21 de septiembre de 2016 | El ANLA expide la resolución No. 1062 *"Por la cual se certifica que son acreditables los elementos objeto de la solicitud de exclusión del Impuesto Sobre las Ventas -IVA, presentado por la empresa UNICOM S.A.S y el Instituto Distrital de Gestión del Riesgo (SIC) y Cambio Climático - IDIGER"*, |  |
| OCTUBRE |  |  |  |
| NOVIEMBRE |  |  |  |
| DICIEMBRE | 31 Diciembre de 2016 |  |  |

Lo ideal es que se hubiera tenido definido el lugar, se tramitara la exclusión ante el ANLA, incluso que hubiera sido tramitada por la misma entidad desde un principio teniendo claro el lugar y las características del producto; que el contratista importara el producto y teniendo en cuenta la exclusión del IVA, efectuara la respectiva declaración del IVA soportada con la resolución del ANLA ante la DIAN.

Sin embargo, lo que se evidencia es que el contratista atravesó una serie de dificultades que debía haber previsto, atenuando las circunstancias de tiempo y **dinero** que debía pronosticar pues no era el primer radar que importaba, pero no las vaticinó debidamente, aceptó la obligación impuesta y no puso en evidencia en la etapa precontractual algún riesgo que se pudiera presentar. Si bien la definición del lugar presentó inconvenientes atribuibles a la entidad y el contratista tuvo que efectuar los trámites paralelamente contando con periodos cortos para surtir el resto del trámite, aquel también se demoró viéndose luego apremiado ante cada una de las circunstancias y obteniendo el resultado que obtuvo.

Entonces:

Sí influía que el IDIGER definiera el lugar donde debía ser construida la torre para instalar el radar pues era un requisito que se debía llenar para tramitar el formulario de exclusión del IVA ante el ANLA; a pesar de que se afirma por parte del demandante que se definió en octubre de 2015 y que se efectuó la importación el radar sin tener definido el lugar, lo cierto es que dicho espacio fue el mismo indicado en abril de 2015, por lo que no es cierto que se importó el producto sin saber el lugar pues tenía cierta certeza del espacio y sus características para ubicar el radar.

UNICOM no efectuó en tiempo las correcciones y pago que le requirió el ANLA para el estudio de la solicitud, situación que influyó en la reducción del plazo para efectuar la corrección de la declaración ante la DIAN, pues debió reanudar el trámite efectuando la consignación solicitada.

Aunque obtuvo la resolución favorable, UNICOM dejó fenecer el plazo para presentar la corrección de la declaración del IVA el 31 de diciembre de 2016, sin efectuar actuación al respecto.

En consecuencia, sí hubo incumplimiento de la demandada UNICOM SAS respecto de su obligación en unos 12 meses, pero como la entidad influyó al no definir el lugar de la construcción en unos 4 meses, se le reducirá la condena en un 25%

* 1. **DAÑOS E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**

En cuanto a la solicitud formulada por el actor para que se ordene en el pago el reconocimiento y cancelación de los intereses, el despacho considera pertinente aclarar que los intereses corrientes o remuneratorios, los cuales retribuyen o compensan el “precio del dinero” son aquellos que se causan por un crédito de capital durante el plazo que se ha otorgado al deudor para pagarlo; la obligación de pagar este tipo de intereses emana del contrato o de la ley (en algunos eventos expresamente consagrados por el legislador).

De tal manera que el valor adquisitivo del dinero una vez actualizado, lleva implícita su corrección monetaria, y cobrar intereses corrientes sobre ese valor, sería pedir 2 veces por el mismo concepto.

Así lo expuso el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, C.P.: Ricardo Hoyos Duque, en del 24 de junio de 2004. Rad.: **08001-23-31-000-2000-2482-01(24935) DM,** cuando señaló:

*“Ha dicho la sala que no es procedente la liquidación de intereses comerciales simples o de mora con la corrección monetaria o indexación, toda vez que la tasa de interés comercial lleva en su interior la corrección monetaria. No obstante, la actualización si puede concurrir cuando se condena al pago del interés legal civil[[22]](#footnote-22), por cuanto esa tasa de interés no incluye ningún valor por devaluación del dinero, distinta a la tasa de interés corriente bancario que es más alta en atención a que incluye la devaluación”*

Por ende, no habrá lugar a reconocimiento alguno por intereses comerciales corrientes y se procederá a actualizar la suma adeudada.

Aplicando la fórmula utilizada reiteradamente por la jurisprudencia, se tiene que la renta actualizada (Ra) es igual a la renta histórica, multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes anterior a la sentencia, dividido por el índice de precios al consumidor vigente en el mes del hecho dañino, conforme a las certificaciones del DANE.

Comoquiera que el valor del IVA corresponde a la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE ($358'448.837,oo) se ordenará su indexación desde el 31 de diciembre de 2016 fecha en que UNICOM SAS contaba para presentar la respectiva corrección de la declaración de IVA y obtener la devolución del IVA excluido por cuanto contaba con la CERTIFICACION No. 1062 de fecha 21 de septiembre de 2016 la ANLA.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Ra = | R  | Indice final |   |
| Indice incial |  |
|   |  |  |  |
| R = | Suma a actualizar | $ 358.448.837 |
| Indice final = | ago-19 | 103,70 |
| Indice inicial = | dic-16 | 93,11285 |
|   |  |  |  |
|   | Ra = | **$ 399.205.312,66** |
|   |

**El 25% equivale a $99´801.328**

**Entonces $ 399.205.312,66 menos $99´801.328 corresponde a $299´403.984**

* 1. **CONDENA EN COSTAS**

La condena en costas la adopta el juez teniendo en cuenta la conducta de la parte vencida en el proceso, pues no es una regla de aplicación forzosa y general.

El artículo 188 del CPACA no obliga al juzgador a condenar en costas indefectiblemente sin que medie una valoración de la conducta de la parte vencida en el proceso, dicha norma señala que se debe disponer sobre dicha condena solo en la sentencia que decida el mérito del asunto sometido a debate en el proceso.

Analizado dicho aspecto, este despacho estima que en esta oportunidad **no hay lugar a imponer condena en costas**, debido a que no se aprecia temeridad o abuso de las atribuciones o derechos procesales por las partes Además, las costas deben aparecer comprobadas, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P, según el cual "*Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"* situación que no se ha presentado en el caso estudiado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUÍTO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

**PRIMERO:** Declárense no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada UNICOM SAS por los motivos antes expuestos.

**SEGUNDO: Declárese contractualmente responsable** a UNICOM SAS por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia

**TERCERO: Condénese** a la demandada UNICOM SAS a cancelar a la demandante **INSTITUTO DISTRITAL DE GESTIÓN DE RIESGOS Y CAMBIO CLIMÁTICO –IDIGER**la suma de **$299´403.984** por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** Niéguense las demás pretensiones de la demanda por los motivos antes expuestos

**QUINTO:** **Sin condena en costas**

**SEXTO:** **Expídanse** por la Secretaría copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso.

**SEPTIMO:** Por secretaria líbrense las comunicaciones necesarias para el cumplimiento de este fallo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 203 del C.P.A.C.A y 329 del C.G.P.

**OCTAVO: Notifíquese** a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA.

**NOVENO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia, las sumas indemnizadas en la presente providencia devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF hasta por el término de diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo 192 del CPACA o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral 3 del artículo 195 ibídem, lo que ocurra primero. No obstante, si trascurrido este tiempo, la entidad no ha realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratorio a la tasa comercial

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

NNC

1. Estudios Previos:

"2.4. OBLIGACIONES DEL CONTRATO (...) 2.4.2. OBLIGACIONES GENERALES:(...) 13. Tramitar las exenciones de IVA necesarias para el radar banda X y sus accesorios. (...)

4 PRESUPUESTO OFICIAL. El presupuesto oficial incluido IVA asciende a la suma de TRES MIL MILLONES DE PESOS M/CTE ($3.000.000.000.00) incluido en particular todos los costos directos e indirectos que se ocasionen por la preparación y presentación de la propuesta y por la celebración y ejecución del respectivo contrato"

- Provecto de Pliegos de Condiciones

"(...) 1.9. PRESUPUESTO OFICIAL El presupuesto oficial asciende a la suma de TRES MIL MILLONES DE PESOS M/CTE ($3.000.000.000.00) INCLUIDO IVA, incluido en particular todos los costos directos e indirectos que se ocasionen por la preparación y presentación de la propuesta y por la celebración y ejecución del respectivo contrato (.) 4.5. OBLIGACIONES DEL CONTRATO (...) 4.5.3. OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA 13. Tramitar las exenciones de IVA necesarias para el radar banda X y sus accesorios."

Pliegos Definitivos:

"1.9. PRESUPUESTO OFICIAL. El presupuesto oficial asciende a la suma de TRES MIL MILLONES DE PESOS M/CTE ($3.000.000.000.00) INCLUIDO IVA, incluido en particular todos los costos directos e indirectos que se ocasionen por la preparación y presentación de la propuesta y por la celebración y ejecución del respectivo contrato (...) 4. CAPITULO (...) 4.5. OBLIGACIONES DEL CONTRATO (...) 4.5.3. OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA. 13. Tramitar las exenciones de IVA necesarias para el radar banda X y sus accesorios. [↑](#footnote-ref-1)
2. |  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Factura y/o Cuenta de Cobro | Valor | Orden de pago |
| Cuenta de Cobro (Anticipo) sin IVA | $882.000.000.00 | No. 4749 de fecha 20/02/2015 |
| Factura No. 0047476 de fecha 09/12/2015 | $1.911.000.000.00+ $385.241.379.00 IVA | No. 5614 de fecha 21/12/2015 |
| Factura No. 0047650 de fecha 05/09/2016 | $126.724.138.00+ 20.275.862.00 IVA | No. 597 de 22/09/2015 |

 [↑](#footnote-ref-2)
3. |  |  |
| --- | --- |
| **FECHA DE FIRMA DE CONTRATO** | 26 de diciembre de 2014 |
|  |
| **DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL** | **FECHA**  | **VALOR** |
| 1043 | 26 de septiembre de 2014 | $3.000.000.000 |
| **No REGISTRO** | **FECHA** | **VALOR** |
| 1874 | 26 de diciembre de 2014 | $2.940.000.000 |
|  |
| **FECHA APROBACIÓN DE GARANTÍA** | Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidad Estatal No. 21-44-101185812Póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual derivada del cumplimiento No. 21-40-101071052.25 de julio de 2016 |
| **COMPAÑÍA ASEGURADORA** | Seguros del Estado |
| **FECHA DE INICIACIÓN** | 9/01/2015 |
| **FECHA DE TERMINACIÓN** | 23/02/2016 |

|  |  |
| --- | --- |
| **PLAZO** | **VALOR** |
| **PLAZO INICIAL** | 8 MESES | **VALOR INICIAL** | $2.940.000.000 |
| **1RA PRORROGA** | 3 MESES Y 15 DIAS 7 se septiembre de 2015 | **1RA ADICION** | - |
| **2 A PRORROGA** | 2 MESES17 de Diciembre de 2015 | **2 A ADICION** | - |
| **PLAZO TOTAL EJECUTADO** | 13 MESES Y 15 DÍAS | **VALOR TOTAL EJECUTADO** | $2.940.000.000 |

|  |
| --- |
| **VIGENCIA DE LOS AMPAROS DE LA GARANTÍA ÚNICA** |
|  |
| AMPARO | VALOR ASEGURADO | VIGENCIA DD/MM/AA |
| Cumplimiento | $882.000.000 | 26/12/2014 al 30/08/2016 |
| Correcta inversión del anticipo | $882.00.000 | 26/12/2014 al 30/08/2016 |
| Calidad y correcto funcionamiento de los bienes | $588.000.000 | 13/09/2016 al 13/09/2019 |
| Pago de salarios y prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales | $147.000.000 | 26/12/2014 al 28/02/2019 |
| Estabilidad y calidad de la obra | $882.000.000 | 13/09/2016 al 19/09/2021 |
| Predios labores y operaciones | $294.000.000 | 26/12/2014 al 22/06/2016  |

 [↑](#footnote-ref-3)
4. "Anotación 1: Frente a la obligación general del Contratista No. 13. "Tramitar las exclusiones de IVA necesarias para el radar de banda X y sus accesorios" es preciso aclarar que: A la fecha el contratista radicó la solicitud de "EXCLUSIÓN DE IMPUESTO A LA VENTA DE QUE TRATAN LOS ARTICULOS 424-5, NUMERAL 4 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO", ante la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, que se encuentra en trámite y a la espera de la respectiva CERTIFICACION. **De las resultas de la certificación, el contratista procederá o no, a la reclamación de la devolución del IVA ante la DIAN, y su reintegro al tesoro distrital si hubiere lugar a ello"** [↑](#footnote-ref-4)
5. "Anotación 1: Frente a la obligación general del Contratista No. 13. "Tramitar las exclusiones de IVA necesarias para el radar de banda X y sus accesorios" es preciso aclarar que: A la fecha el contratista radicó la solicitud de "EXCLUSIÓN DE IMPUESTO A LA VENTA DE QUE TRATAN LOS ARTICULOS 424-5, NUMERAL 4 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO", ante la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, que se encuentra en trámite y a la espera de la respectiva CERTIFICACION. De las resultas de la certificación, el contratista procederá o no, a la reclamación de la devolución del IVA ante la DIAN, y su reintegro al tesoro distrital si hubiere lugar a ello.

El supervisor del Contrato de Compraventa No. 486 de 2014, deja constancia que recibió a satisfacción los equipos y servicios objeto del citado contrato, con la salvedad de las anotaciones realizadas." [↑](#footnote-ref-5)
6. "(...) Que son acreditables los elementos objeto de la solicitud de exclusión del impuesto sobre las ventas IVA, conforme al artículo 424 numeral 7 del Estatuto Tributario, presentada por la empresa UNICOM S.A.S. y el INSTITUTO DISTRITAL DE GESTION DEL RIESGO Y CAMBIO CLIMATICO - IDIGER identificadas con NIT 890.397.558-9 y 800.154.275-1, respectivamente (...)". [↑](#footnote-ref-6)
7. "Por la cual se establece la forma y requisitos para presentar ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial las solicitudes de acreditación para obtener la certificación de que tratan los artículos 424-5 numeral 4 y 428 literales f) e i) del Estatuto Tributario, con miras a obtener la exclusión de impuesto sobre las ventas correspondiente". Artículo 2 Numeral 10: "Señalar el lugar de ubicación geográfica y sitio de instalación de los equipos, elementos o maquinaria correspondientes." [↑](#footnote-ref-7)
8. "Tramitar las exclusiones de IVA necesarias para el radar banda X y sus accesorios" y de la Anotación No 1, contenida en el Acta de Liquidación de fecha 13 de septiembre de 2016 que consiste en "De las resultas de la certificación, el contratista procederá o no, a la reclamación de la devolución del IVA ante la PIAN, y su reintegro al tesoro distrital si hubiere lugar a ello". [↑](#footnote-ref-8)
9. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO Bogotá, D.C., seis (06) de abril de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00404-01(14823) Actor: SOCIEDAD CONSTRUCCIONES SIGMA LIMITADA Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO Referencia: ACCION CONTRACTUAL [↑](#footnote-ref-9)
10. CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO - Bogotá D.C., once (11) de noviembre dos mil nueve (2009) - C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil seis (2.006) - Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01920-02(32666) - Actor: DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA - Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍA INVIAS [↑](#footnote-ref-10)
11. Dentro de la experiencia debía acreditar experiencia en SUMINISTRO, INSTALACION Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE UNA RADAR BANDA X O BANDA C [↑](#footnote-ref-11)
12. **objeto** consistía en "(...) adquirir a título de compra, instalación y puesta en servicio de un sistema de radar meteorológico Doppler, de doble polarización en banda X, para el fortalecimiento de la gestión de riesgos y cambio climático en el Distrito Capital. (...)";

**por un valor** de DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS ($2.940.000.000.00) IVA incluido [↑](#footnote-ref-12)
13. 1.1.1.6. En el Contrato de Compraventa No. 486 de 2014, se estableció en el numeral 2.3.1 "OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA" numeral 2.3.1.2 "OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA", en su numeral 13 se estableció "Tramitar las exclusiones de IVA necesarias para el radar banda X y sus accesorios". [↑](#footnote-ref-13)
14. la anterior solicitud se presentó de conformidad a lo establecido en el artículo 424 numeral 7 del Estatut o Tributario y la Resolución No. 978/07 "Por la cual se establece la forma y requisitos para presentar ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial las solicitudes de acreditación para obtener la certificación de que tratan los artículos 424-5 numeral 4 y 428 literales fie i]\_del Estatuto Tributario, con miras a obtener la exclusión de impuesto sobre las ventas correspondiente" y la Resolución 778/12 11Por la cual se modifica la Resolución número 978 de 200T\ ambas proferidas por el Ministerio de Ambiente. [↑](#footnote-ref-14)
15. con el fin de que se "(...) estudie la posibilidad de expedir certificado que acredite como bienes excluidos del impuesto al valor agregado IVA, a los elementos descritos en las fichas técnicas adjuntas. (...)", [↑](#footnote-ref-15)
16. El 4 de marzo de 2016, la ANLA, informa al señor JORGE IVAN JIMENEZ JARAMILLO Representante Legal de la Empresa UNICOM S.A.S que el estudio representa en costos la suma de DIEZ MILLONES DOSCIENTOS TRES MIL PESOS ($10.203.000.00) MONEDA CORRIENTE [↑](#footnote-ref-16)
17. 1.1.1.1. La anterior certificación fue notificada de manera personal al IDIGER el 30 de septiembre de 2016, la cual tiene una vigencia de un (1) año contado a partir de su ejecutoria. [↑](#footnote-ref-17)
18. NOTA 1 de la cláusula 8 del contrato 486 de 2014, referente del VALOR Y FORMA DE PAGO, donde se pactó: "NOTA 1. En caso de que no sea otorgada la exclusión del IVA total o parcialmente al IDIGER y en un tiempo máximo de cinco meses después de su radicación ante la Autoridad Nacional De Licencias Ambientales - ANLA-; se deberá entregar al IDIGER el concepto emitido por dicha entidad para los efectos que corresponda, en caso negativo el contratista facturara el IVA total o parcialmente". [↑](#footnote-ref-18)
19. "El vendedor una vez efectué el reintegro del valor del tributo procederá a efectuar los ajustes contables, corrigiendo la declaración tributaria correspondiente al periodo en el que se realizó la operación" [↑](#footnote-ref-19)
20. "Por la cual se establece la forma y requisitos para presentar ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial las solicitudes de acreditación para obtener la certificación de que tratan los artículos 424-5 numeral 4 y 428 literales f) e i) del Estatuto Tributario, con miras a obtener la exclusión de impuesto sobre las ventas correspondiente". Artículo 2 Numeral 10: "Señalar el lugar de ubicación geográfica y sitio de instalación de los equipos, elementos o maquinaria correspondientes." [↑](#footnote-ref-20)
21. La determinación del lugar de ejecución, era determinante y necesaria para la fabricación e instalación del radar, ya que **el sistema del radar se diseña y fabrica de acuerdo al sitio de operación, igualmente para la torre que soportaría el radar y para la fabricación de guías de ondas y cables de interfaces entre los equipos que conforman el sistema**. [↑](#footnote-ref-21)
22. En sentencia del 7 de marzo de 1980, Exp. 5322 la Sala consideró que *“si a un crédito reajustado en función de la depreciación sufrida entre la fecha en que se causó la obligación y el pago, se le suman intereses corrientes bancarios, se originaría un enriquecimiento sin causa, porque, esta clase de interés incluye un “plus” destinado a recomponer el capital. No se excluyen entre si los rubros de devaluación e intereses puros puesto que tienen causas diferentes: Los intereses buscan compensar el perjuicio sufrido por la privación temporal del uso del capital (lucro cesante), en tanto que la compensación por depreciación monetaria se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño originado en signo monetario envilecido (daño emergente). Se habla de intereses puros porque los bancarios corrientes llevan en su seno una parte que busca compensar la incidencia del fenómeno inflacionario. Por eso no sería equitativo revaluar y cobrar esta clase de intereses (…)”*. En igual sentido, sentencia del 6 de agosto de 1987, Exp. 3886. [↑](#footnote-ref-22)