

Bogotá D.C, 19 febrero 2021

Señores

JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ.
correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto: CONTESTACIÓN DEMANDA

REFERENCIA: CONTROVERSIA CONTRACTUAL

DEMANDANTE: EMTELCO S.A.

DEMANDADO: LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO -

RADICACIÓN: 11001-33-43-060-2020-00210-00.

ROGERS CARLOS AGUIRRE BEJARANO, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de Ciudadanía No 1.018.420.662 y T.P. No 219402 del C.S.J., actuando en calidad de apoderado del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, conforme al poder legalmente a mi otorgado por la doctora IVETT LORENA SANABRIA GAITAN, identificada con la cédula de ciudadanía número 52.387.180 de Bogotá, Tarjeta Profesional No.114345 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de conformidad con la Resolución No. 1510 del 20 de agosto de 2019, lo cual se acredita con los documentos que se presentaron con la contestación de la demanda, me permito contestar la misma en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD PARA CONTESTAR

Me encuentro en oportunidad para contestar la demanda, teniendo en cuenta que el 10 de noviembre de 2020 se corrió traslado para realizar pronunciamiento respectivo

II. A LOS HECHOS

Para dar cumplimiento al numeral 2 del artículo 175 del CPACA que indica: "(... un pronunciamiento sobre las pretensiones y los hechos de la demanda", respondo los hechos para los cuales me atengo a lo que resulte probado en el curso del proceso, bajo el entendido que la carga de la prueba corresponde a la parte demandante y ésta, de acuerdo con lo manifestado a través del escrito de la demanda y el material probatorio aportado.

AL HECHO 1. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 2. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 3. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 4. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 5. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación

que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 6. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 7. Es cierto, porque efectivamente se presentó un tráfico mucho mayor al previsto en las transacciones del chat.

AL HECHO 8. Es cierto.

AL HECHO 9. Es cierto.

AL HECHO 10. Es parcialmente cierto, me atengo a lo que resulte probado.

AL HECHO 11. Es cierto.

AL HECHO 12. Es cierto.

III. A LAS PRETENSIONES

Los elementos de juicio esgrimidos al contestar los hechos de la acción, en su esencia, explican las razones de orden legal por las cuales nos oponemos a las pretensiones de la parte demandante, y que pasamos a exponer al despacho de la siguiente forma:

A la Pretensión Primera: El Ministerio se opone, toda vez que el Ministerio reconoce que se debe proceder a liquidar la Orden De Compra No. 2791 de 2015, en el marco de lo regulado en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. No obstante, dentro de la liquidación de la citada orden de compra no se pueden incluir las facturas NAL3886 y NAL4105, toda vez que los servicios prestados, que dieron origen a las mencionadas facturas no fueron pactadas en la Orden de Compra mencionada, por lo cual carece de exigibilidad a través de la misma. A propósito, se extrae del concepto #420171300002108 emitido por Colombia Compra Eficiente, lo siguiente:

“... ”

El reconocimiento de hechos cumplidos -aquellas actividades, bienes o servicios adquiridos por una Entidad Estatal sin causa jurídica, como el contrato no procede en la liquidación de un contrato, ya que el contenido de ésta sólo debe incorporar los asuntos relacionados con las prestaciones derivadas del contrato y su ejecución, es decir, aquellas que deben contar con respaldo presupuestal, en atención al principio de legalidad del gasto público...”

A la Pretensión Segunda: El Ministerio se opone, toda vez que el Ministerio reconoce que se debe proceder a liquidar la Orden De Compra No. 2791 de 2015, en el marco de lo regulado en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. No obstante, dentro de la liquidación de la citada orden de compra no se pueden incluir las facturas NAL3886 y NAL4105, toda vez que los servicios prestados, que dieron origen a las mencionadas facturas no fueron pactadas en la Orden de Compra mencionada, por lo cual carece de exigibilidad a través de la misma. A propósito, se extrae del concepto #420171300002108 emitido por Colombia Compra Eficiente, lo siguiente:

“... ”

El reconocimiento de hechos cumplidos -aquellas actividades, bienes o servicios adquiridos por una Entidad Estatal sin causa jurídica, como el contrato no procede en la liquidación de un contrato, ya que el contenido de ésta sólo debe incorporar los asuntos relacionados con las prestaciones derivadas del contrato y su ejecución, es decir, aquellas que deben contar con respaldo presupuestal, en atención al principio de legalidad del gasto público...”

del gasto público...”

A la Pretensión Tercera: El Ministerio se opone, puesto que el valor que corresponde liquidar será el resultado de la aplicación del valor facturado por concepto de los servicios contratados y prestados por el accionante, frente a las obligaciones dinerarias pactadas, de manera expresa, por parte del Ministerio en la Orden de Compra No. 2791 de 2015.

A la Pretensión Cuarta: El Ministerio se opone, respecto a la pretensión del pago de intereses a la accionante, es preciso aclarar la situación que dio lugar a la expedición de las facturas No. NAL 3886 y NAL 4105 de 2017.

En primer término se considera que el pago de intereses moratorios no es procedente, por cuanto no existe un documento suscrito por las partes que evidencie un pacto, acuerdo o contrato sobre las condiciones, cuantía, forma y fecha de pago de los servicios prestados por el accionante como adicionales, por lo tanto, al no existir un escrito con los acuerdos mencionados, no es posible suponer dicha obligación o incumplimiento por parte del MinCIT, predicar lo contrario obligaría al Ministerio al pago de lo no debido, o, a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4° numeral 8° de la Ley 80 de 1993, sin un contrato o acuerdo previo y formal que sugiera incumplimiento a la responsabilidad contractual por parte del MinCIT.

En conclusión, no es posible sostener que el Ministerio ha incurrido en mora frente a la exigibilidad de obligaciones contenidas en un contrato, o se ha sustraído de pagar oportunamente el valor pactado, por cuanto, las obligaciones dinerarias acordadas en la Orden de Compra No. 2791 de 2015 fueron pagadas dentro de los términos convenidos como se demuestra con la certificación expedida por el Grupo de Tesorería de los años 2015, 2017 y 2019, en consecuencia, el cobro de las facturas No. NAL 3886 y NAL 4105 de 2017 no corresponden a servicios prestados en cumplimiento de dicha orden de compra, por lo que obedecen a servicios prestados sin la previa estipulación (acuerdo) expresa de las partes.

Así las cosas, hasta tanto no se declare la existencia de un hecho cumplido no nace la obligación de su cumplimiento, por consiguiente, no podría generar intereses una obligación que aún no ha nacido o haya sido declarada por autoridad judicial competente, conforme lo señalado por Colombia Compra Eficiente mediante concepto #4201713000002108 del 06-09-2017.

“...

Para el reconocimiento y pago de los hechos cumplidos la Entidad Estatal debe realizar el trámite administrativo y presupuestal correspondiente para lo cual las partes, sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar, pueden acudir a la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos o en su defecto a la jurisdicción contencioso administrativa...”

La situación generada para la expedición de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017, radicadas ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el 22 de septiembre de 2017 y el 20 de octubre de 2017 con el radicado número 1-2017-018963, obedecen a la prestación de servicios por parte de la empresa EMTELCO S.A., por fuera de las obligaciones contraídas dentro de la Orden de Compra 2791 de 2015, las cuales superaron la proyección del presupuesto estimado en su momento por parte del **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** para cubrir las obligaciones dinerarias contratadas, los servicios fueron prestados por el Contratista en atención a que durante la vigencia del contrato se presentó un tráfico mucho mayor al previsto inicialmente en las transacciones del chat., servicios concordantes con los pactados en la Orden de Compra No. 2791 de 2015 cuyo objeto consiste en la prestación del servicio del call center de la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE), compuesto por la línea telefónica y el chat.

Al momento de elaborar el informe y cuenta de cobro para la factura del mes de agosto radicada en este Ministerio el 22 de septiembre de 2017, se evidenció que el servicio facturado superaba los recursos que soportaban la obligación del servicio del Call Center. Por lo anterior, la Supervisora del contrato quien funge como Subdirectora de Diseño y Administración de Operaciones comunicó de este hecho al ejecutivo de cuenta de la empresa EMTELCO S.A., para iniciar las acciones tendientes a efectuar las acciones necesarias para efectuar tanto el cobro como la liquidación correspondiente.

A continuación se relacionan los correos enviados a la empresa EMTELCO S.A. por parte de la supervisora de la Orden de Compra No. 2791, para adelantar los ajustes y trámites necesarios y para proceder al pago de las facturas de los meses de agosto y septiembre de 2017 y en los que solicita iniciar el proceso conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, procedimiento aplicable a este tipo de situaciones, de conformidad con lo dispuesto en el concepto No. #4201713000002108 del 06-09-2017, emitido por Colombia Compra Eficiente.

1. El día 27 de octubre de 2017 se remitió correo electrónico informando: *“De acuerdo con el tema que te he comentado, en relación a que el CDP que soporta la orden de compra 2791, la facturación de los meses de agosto y septiembre superaron el valor presupuestado. En este sentido, me permito solicitar que la factura del mes de agosto No. NAL3886 radicada en este Ministerio por un valor de \$ 29.930.267, se ajuste así: unapor el saldo que tiene el CDP que corresponde a \$ 4.115.736 (preciso que es el valor final de la factura) y otra, por el saldo que es \$ 25.814.531 para el pago posterior.*

Adicionalmente, con el fin de concluir con el proceso de pago de las facturas de los meses de agosto y septiembre, considero que la vía es la conciliación, para lo cual, se requiere por parte de ustedes presentar ante la Procuraduría General de la Nación la solicitud para iniciar el proceso de conciliación. Cualquier inquietud estoy atenta. Agradezco su colaboración y quedo atenta a su respuesta”.

2. El 27 de octubre de 2017 la empresa EMTELCO S.A. informó: *“Acuso recibo de la información, la cual ya fue direccionada al interior en nuestra área financiera. Entiendo la celeridad requerida para el particular, en cuanto tenga avance inmediatamente se lo comunicare”.*

3. El día 8 de noviembre de 2017. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 reiteró al ejecutivo de cuenta al solicitud del proceso de conciliación, indicando *“De acuerdo con tu respuesta a mi correo enviado el pasado 27 de octubre de 2017, queda pendiente la respuesta al siguiente punto “Adicionalmente, con el fin concluir el proceso de pago de las facturas de los meses de agosto (saldo) y septiembre, considero que la vía es la conciliación, para lo cual, se requiere por parte de ustedes presentar ante la Procuraduría General de la Nación la solicitud para iniciar el proceso conciliatorio..”*

4. El día 13 de noviembre de 2017. El ejecutivo de cuenta de EMTELCO S.A. informa a la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015: *“Dando alcance a nuestra conversación del viernes, le confirmo que después de validar con nuestra área jurídica y legal si es posible que iniciemos el proceso de conciliación ante procuraduría, toda vez que ya tenemos confirmación de su parte de que no se cuenta con los recursos presupuestales para realizar el pago de las facturas de agosto y septiembre, para lo cual como se lo comente, me solicitaron además de la orden de compra y sus modificaciones, los valores del presupuestos total y el ejecutado a fin de dar inicio a esta gestión”.*

5. El día 15 de noviembre de 2017. Se remite la información solicitada por EMTELCO S.A., es decir, Orden de Compra No. 2791 y sus modificaciones.

6. El día 30 de noviembre de 2017. Se reitera por parte de la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 la solicitud del acuerdo de conciliación señalando *“Teniendo en cuenta este proceso de manera*

atenta me permito solicitar tu amable apoyo para conocer el estado de este trámite”

7. El día 7 de diciembre de 2017. La supervisora del contrato reitera al ejecutivo de cuenta de Emtelco la solicitud de conciliación, así: *“Me puedes confirmar las acciones que Emtelco ha adelantado en este tema”*

8. El 14 de diciembre de 2017. Nuevamente se remite por parte de la supervisora del contrato la solicitud de información del estado de la conciliación *“Solicito por favor me informe en que va este trámite”*.

9. El día 4 de abril de 2018. Se remite correo electrónico por parte de la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015, reiterando a la empresa EMTELCO S.A. la solicitud de conciliación así: *“...solicitar nos informe cómo va el proceso del asunto, qué acciones se han adelantado respecto al mismo. Te agradezco la información, teniendo en cuenta que no hemos recibido más del información del tema”*.

10. El día 5 de abril de 2018. La empresa EMTELCO S.A., a través del ejecutivo de cuenta informa a la supervisora del contrato: *“Les confirmo que estoy solicitando los avances del asunto, ya que a la fecha no me han informado estos desde el área correspondiente. En cuanto tenga avance de este les compartí la información”*.

11. El día 19 de junio de 2018. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 recibió correo electrónico por parte de la oficina de contabilidad del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el que indican *“De manera cordial solicitamos revisar las facturas adjuntas ya que fuimos reportados como deudor por el proveedor Emtelco operaciones reciprocas ante la Contaduría General de la Nación, estas facturas no se encuentran registradas en la contabilidad a la fecha, por ende el proveedor aún tiene esta cuenta pendiente por cobrar al Mincit; agradecemos nos envíen el radicado de las mismas a contabilidad para realizar el respectivo seguimiento”*.

12. El 19 de junio de 2018. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015, remitió correo electrónico al ejecutivo de cuenta de la empresa EMTELCO S.A. indicando: *“De acuerdo con las facturas del año pasado, le agradezco me informe qué trámite se ha realizado al interior de su compañía”*.

13. El 21 de junio de 2018. El ejecutivo de cuenta de EMTELCO S.A. informó: *“Te confirmo que desde el pasado 12 de junio nuestra área de asuntos legales y comerciales realizo la asignación del especialista externo en nuestra representación quien llevará el caso y solicitará la audiencia ante la procuraduría general de la nación. Teniendo en cuenta el avance anterior, les ire manteniendo al tanto de la situación particular”*.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, me permito indicar que desde que se evidenció que los servicios prestados por el Contratista EMTELCO S.A. superaban los contratados en la Orden de Compra 2791 de 2015 y consecuentemente, el presupuesto dispuesto por el **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** sólo alcanzaban para cubrir las obligaciones pactadas en la mencionada orden de compra, por cuanto se presentó un tráfico mucho mayor al previsto en las transacciones del chat, la Supervisora de la orden de compra informó el procedimiento seguir por parte del accionante para lograr el pago de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017.

A pesar de la insistencia por parte de la Supervisora de la orden de compra No. 2791 de 2015, pasaron diez (10) meses sin que EMTELCO S.A. realizara la gestión ante la Procuraduría General de la Nación para iniciar el proceso de conciliación, requisito necesario para proceder a la consecución de los recursos y el correspondiente pago. La solicitud de conciliación fue presentada por EMTELCO S.A. solo hasta el día 11 de octubre de 2018, puesta a consideración y autorizada por el Comité de Conciliación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la sesión del Comité Virtual del 16 y 23 de octubre de 2018, es decir, cinco (5) días después, lo que pone de manifiesto el actuar eficaz y oportuno del Ministerio frente a este tema.

Como bien lo afirma el accionante en un aparte de la demanda, la conciliación adelantada ante la Procuraduría General de la Nación no fue aprobada, de acuerdo la providencia del 9 de agosto de 2019 del Juzgado cincuenta y Ocho (58) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. – Sección Tercera, debido a un tema formal, *“...Resulta claro entonces, que las razones que llevaron a la inaprobación no se refieren a aspectos de fondo que demuestren dificultades o disposiciones de derecho injustas, poco claras o exorbitantes, sino que por el contrario se trató de un mero aspecto formal, que no pudo ser advertido en su momento por mi representada, toda vez que no es ella la llamada a verificar el poder aportado en la diligencia de conciliación por la hoy demandada. Sin embargo, y más allá de este impase, resulta claro que el Ministerio de Comercio, Industria y Comercio, acepta su obligación de pago”*

Es claro que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, aprobó efectuar la conciliación para reconocer el pago a EMTELCO S.A. por concepto de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017, correspondientes a los servicios prestados por el contratista, como también es claro que los servicios prestados superaron los contratados y por consiguiente, los recursos proyectados y previamente comprometidos por el Ministerio para cumplir las obligaciones dinerarias pactadas en la Orden de Compra No. 2791 de 2015, en atención a que durante su vigencia se presentó un tráfico mucho mayor al previsto en las transacciones del chat.

En efecto, para el caso se cumplió con el requisito de procedibilidad que fue declarado fallido por un error de forma, pero que no deslegitima la intención inicial de esta cartera ministerial de efectuar el pago por los servicios efectivamente prestados.

Queda demostrado con el acervo probatorio que se arrima con el presente escrito que al Ministerio le asiste la voluntad de pago, que procedió a aprobar la asistencia a la audiencia conciliatoria de manera casi inmediata a la solicitud presentada por EMTELCO S.A. quien inició las acciones de manera tardía a pesar de la insistencia de la supervisora de la orden de compra 2791 de 2015.

Demostrado como queda el actuar diligente del Ministerio tendiente a pagar las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los servicios prestados por el Contratista EMTELCO S.A. durante los meses de agosto y septiembre de 2017, mal puede ahora el accionante solicitar el pago de unos intereses moratorios a la tasa máxima legal vigente, cuando la responsabilidad del inicio de las acciones tendientes al cobro son del resorte exclusivo de EMTELCO S.A., sociedad que no obró de forma diligente y que ahora pretende trasladar el costo de su falta de celeridad en los trámites a costa del **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**, esto, en concordancia con lo expuesto por este Ministerio en el sentido que el contratista pretende que se le reconozca que los servicios prestados fueron pactados dentro en la Orden de Compra 2791 de 2015. Tesis que resulta infundada en atención a los términos, cuantía y objeto contratados en el mencionada Orden de Compra.

Así las cosas, el actuar del Ministerio de Comercio, Industria y Comercio frente al agotamiento del procedimiento tendiente al pago de las facturas adeudadas al Contratista EMTELCO S.A., se encuentra respaldado en lo dispuesto por Colombia Compra Eficiente, en el concepto #420171300002108, el 06-09-2017.

“1. Los hechos cumplidos se configuran: ... iii) cuando en la ejecución de un contrato se adicionan bienes o servicios no incluidos desde el inicio.

2. Por corresponder los hechos cumplidos a actividades, bienes o servicios adquiridos por una Entidad Estatal por fuera de un contrato, no se encuentran respaldados presupuestalmente en él, por lo cual incorporarlos en la liquidación del contrato iría en contra de la regla general del Estatuto Orgánico del Presupuesto, según la cual todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente, y con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a otro fin.

3. Por lo anterior, la Entidad Estatal debe agotar el procedimiento para el reconocimiento y pago de hechos cumplidos, pues de lo contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa por los bienes o servicios recibidos a por ella. La Entidad debe adecuar el respaldo presupuestal para las respectivas prestaciones realizadas por fuera de un contrato perfeccionado para su posterior reconocimiento y pago con los mecanismos que haya establecido para ese fin, por ejemplo, ya sea a través de la elaboración y registro de un acta presupuestal.

4. Las Entidades Estatales deben realizar un juicioso estudio de planeación contractual, identificando sus necesidades y los medios para satisfacerlas. La planeación requiere de la Entidad Estatal un proceso encaminado al conocimiento del mercado y de sus partícipes para utilizar sus recursos de la manera más adecuada y satisfacer sus necesidades generando mayor valor por dinero en cada una de sus adquisiciones.

5. Finalmente, las partes de mutuo acuerdo pueden acudir ante la Procuraduría General de la Nación para la legalización de los hechos cumplidos a través de la conciliación prejudicial como mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio de la cual, se legaliza la actuación que constituyó una inadecuada labor administrativa en la planeación de los procesos contractuales.”

Teniendo en cuenta que el pago de las obligaciones derivadas de los servicios ejecutados por EMTELCO S.A. contemplados en las facturas NAL3886 y NAL 4105 no cuentan con un soporte contractual y para cuyo reconocimiento debe concluirse la etapa de la legalización de los hechos cumplidos, la exigibilidad de su pago es el objeto del presente proceso administrativo y mediante el fallo que se expida se generará la obligación del pago a partir de su notificación, por tal motivo, ante una obligación que no ha nacido para el Ministerio no puede generarse ningún tipo de intereses, y menos aún de mora cuando no existe una obligación o un pacto que indique fecha para el cumplimiento de su pago.

A la Pretensión Cuarta: El Ministerio se opone a esta pretensión, lo anterior teniendo en cuenta que el proceso de conciliación fue declarado fallido por un error de forma, que no desvirtúa el interés del Ministerio de adelantar la liquidación de la orden de compra 2791 de 2015 y el reconocimiento y pago de los servicios prestados y cobrados con las facturas NAL3886 y NAL 4105, por cuanto no hay renuencia en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino que las acciones se inician en de forma tardía por parte del accionante, como se explicó anteriormente.

IV. RAZONES DE LA DEFENSA

Como se viene expresando, se considera que el pago de intereses moratorios no es procedente, por cuanto no existe un documento suscrito por las partes que evidencie un pacto, acuerdo o contrato sobre las condiciones, cuantía, forma y fecha de pago de los servicios prestados por el accionante como adicionales, por lo tanto, al no existir un escrito con los acuerdos mencionados, no es posible suponer dicha obligación o incumplimiento por parte del MinCIT, predicar lo contrario obligaría al Ministerio al pago de lo no debido, o, a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4º numeral 8º de la Ley 80 de 1993, sin un contrato o acuerdo previo y formal que sugiera incumplimiento a la responsabilidad contractual por parte del MinCIT.

En conclusión, no es posible sostener que el Ministerio ha incurrido en mora frente a la exigibilidad de obligaciones contenidas en un contrato, o se ha sustraído de pagar oportunamente el valor pactado, por cuanto, las obligaciones dinerarias acordadas en la Orden de Compra No. 2791 de 2015 fueron pagadas dentro de los términos convenidos como se demuestra con la certificación expedida por el Grupo de Tesorería de los años 2015, 2017 y 2019, en consecuencia, el cobro de las facturas No. NAL 3886 y NAL 4105 de 2017 no corresponden a servicios prestados en cumplimiento de dicha orden de compra, por lo que obedecen a servicios prestados sin la previa estipulación (acuerdo) expresa de las partes.

Así las cosas, hasta tanto no se declare la existencia de un hecho cumplido no nace la obligación de su cumplimiento, por consiguiente, no podría generar intereses una obligación que aún no ha nacido o haya sido

declarada por autoridad judicial competente, conforme lo señalado por Colombia Compra Eficiente mediante concepto #4201713000002108 del 06-09-2017.

“... ”

Para el reconocimiento y pago de los hechos cumplidos la Entidad Estatal debe realizar el trámite administrativo y presupuestal correspondiente para lo cual las partes, sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar, pueden acudir a la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos o en su defecto a la jurisdicción contencioso administrativa...”

La situación generada para la expedición de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017, radicadas ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el 22 de septiembre de 2017 y el 20 de octubre de 2017 con el radicado número 1-2017-018963, obedecen a la prestación de servicios por parte de la empresa EMTELCO S.A., por fuera de las obligaciones contraídas dentro de la Orden de Compra 2791 de 2015, las cuales superaron la proyección del presupuesto estimado en su momento por parte del **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** para cubrir las obligaciones dinerarias contratadas, los servicios fueron prestados por el Contratista en atención a que durante la vigencia del contrato se presentó un tráfico mucho mayor al previsto inicialmente en las transacciones del chat., servicios concordantes con los pactados en la Orden de Compra No. 2791 de 2015 cuyo objeto consiste en la prestación del servicio del call center de la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE), compuesto por la línea telefónica y el chat.

Al momento de elaborar el informe y cuenta de cobro para la factura del mes de agosto radicada en este Ministerio el 22 de septiembre de 2017, se evidenció que el servicio facturado superaba los recursos que soportaban la obligación del servicio del Call Center. Por lo anterior, la Supervisora del contrato quien funge como Subdirectora de Diseño y Administración de Operaciones comunicó de este hecho al ejecutivo de cuenta de la empresa EMTELCO S.A., para iniciar las acciones tendientes a efectuar las acciones necesarias para efectuar tanto el cobro como la liquidación correspondiente.

A continuación se relacionan los correos enviados a la empresa EMTELCO S.A. por parte de la supervisora de la Orden de Compra No. 2791, para adelantar los ajustes y trámites necesarios y para proceder al pago de las facturas de los meses de agosto y septiembre de 2017 y en los que solicita iniciar el proceso conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, procedimiento aplicable a este tipo de situaciones, de conformidad con lo dispuesto en el concepto No. #4201713000002108 del 06-09-2017, emitido por Colombia Compra Eficiente.

1. El día 27 de octubre de 2017 se remitió correo electrónico informando: *“De acuerdo con el tema que te he comentado, en relación a que el CDP que soporta la orden de compra 2791, la facturación de los meses de agosto y septiembre superaron el valor presupuestado. En este sentido, me permito solicitar que la factura del mes de agosto No. NAL3886 radicada en este Ministerio por un valor de \$ 29.930.267, se ajuste así: unapor el saldo que tiene el CDP que corresponde a \$ 4.115.736 (preciso que es el valor final de la factura) y otra, por el saldo que es \$ 25.814.531 para el pago posterior.*

Adicionalmente, con el fin de concluir con el proceso de pago de las facturas de los meses de agosto y septiembre, considero que la vía es la conciliación, para lo cual, se requiere por parte de ustedes presentar ante la Procuraduría General de la Nación la solicitud para iniciar el proceso de conciliación. Cualquier inquietud estoy atenta. Agradezco su colaboración y quedo atenta a su respuesta”.

2. El 27 de octubre de 2017 la empresa EMTELCO S.A. informó: *“Acuso recibo de la información, la cual ya fue direccionada al interior en nuestra área financiera. Entiendo la celeridad requerida para el particular, en cuanto tenga avance inmediatamente se lo comunicare”.*

3. El día 8 de noviembre de 2017. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 reiteró al ejecutivo de cuenta al solicitud del proceso de conciliación, indicando *“De acuerdo con tu respuesta a mi correo enviado el pasado 27 de octubre de 2017, queda pendiente la respuesta al siguiente punto “Adicionalmente, con el fin concluir el proceso de pago de las facturas de los meses de agosto (saldo) y septiembre, considero que la vía es la conciliación, para lo cual, se requiere por parte de ustedes presentar ante la Procuraduría General de la Nación la solicitud para iniciar el proceso conciliatorio..”*
4. El día 13 de noviembre de 2017. El ejecutivo de cuenta de EMTELCO S.A. informa a la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015: *“Dando alcance a nuestra conversación del viernes, le confirmo que después de validar con nuestra área jurídica y legal si es posible que iniciemos el proceso de conciliación ante procuraduría, toda vez que ya tenemos confirmación de su parte de que no se cuenta con los recursos presupuestales para realizar el pago de las facturas de agosto y septiembre, para lo cual como se lo comente, me solicitaron además de la orden de compra y sus modificaciones, los valores del presupuestos total y el ejecutado a fin de dar inicio a esta gestión”.*
5. El día 15 de noviembre de 2017. Se remite la información solicitada por EMTELCO S.A., es decir, Orden de Compra No. 2791 y sus modificaciones.
6. El día 30 de noviembre de 2017. Se reitera por parte de la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 la solicitud del acuerdo de conciliación señalando *“Teniendo en cuenta este proceso de manera atenta me permito solicitar tu amable apoyo para conocer el estado de este trámite”*
7. El día 7 de diciembre de 2017. La supervisora del contrato reitera al ejecutivo de cuenta de Emtelco la solicitud de conciliación, así: *“Me puedes confirmar las acciones que Emtelco ha adelantado en este tema”*
8. El 14 de diciembre de 2017. Nuevamente se remite por parte de la supervisora del contrato la solicitud de información del estado de la conciliación *“Solicito por favor me informe en que va este trámite”.*
9. El día 4 de abril de 2018. Se remite correo electrónico por parte de la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015, reiterando a la empresa EMTELCO S.A. la solicitud de conciliación así: *“...solicitar nos informe cómo va el proceso del asunto, qué acciones se han adelantado respecto al mismo. Te agradezco la información, teniendo en cuenta que no hemos recibido más del información del tema”.*
10. El día 5 de abril de 2018. La empresa EMTELCO S.A., a través del ejecutivo de cuenta informa a la supervisora del contrato: *“Les confirmo que estoy solicitando los avances del asunto, ya que a la fecha no han informado estos desde el área correspondiente. En cuanto tenga avance de este les compartí la información”.*
11. El día 19 de junio de 2018. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 recibió correo electrónico por parte de la oficina de contabilidad del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el que indican *“De manera cordial solicitamos revisar las facturas adjuntas ya que fuimos reportados como deudor por el proveedor Emtelco operaciones reciprocas ante la Contaduría General de la Nación, estas facturas no se encuentran registradas en la contabilidad a la fecha, por ende el proveedor aún tiene esta cuenta pendiente por cobrar al Mincit; agradecemos nos envíen el radicado de las mismas a contabilidad para realizar el respectivo seguimiento”.*
12. El 19 de junio de 2018. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015, remitió correo electrónico al ejecutivo de cuenta de la empresa EMTELCO S.A. indicando: *“De acuerdo con las facturas del año pasado, le agradezco me informe qué trámite se ha realizado al interior de su compañía”.*

13. El 21 de junio de 2018. El ejecutivo de cuenta de EMTELCO S.A. informó: *“Te confirmo que desde el pasado 12 de junio nuestra área de asuntos legales y comerciales realizo la asignación del especialista externo en nuestra representación quien llevará el caso y solicitará la audiencia anta la procuraduría general de la nación. Teniendo en cuenta el avance anterior, les ire manteniendo al tanto de la situación particular”*.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, me permito indicar que desde que se evidenció que los servicios prestados por el Contratista EMTELCO S.A. superaban los contratados en la Orden de Compra 2791 de 2015 y consecuentemente, el presupuesto dispuesto por el **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** sólo alcanzaban para cubrir las obligaciones pactadas en la mencionada orden de compra, por cuanto se presentó un tráfico mucho mayor al previsto en las transacciones del chat, la Supervisora de la orden de compra informó el procedimiento seguir por parte del accionante para lograr el pago de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017.

A pesar de la insistencia por parte de la Supervisora de la orden de compra No. 2791 de 2015, pasaron diez (10) meses sin que EMTELCO S.A. realizara la gestión ante la Procuraduría General de la Nación para iniciar el proceso de conciliación, requisito necesario para proceder a la consecución de los recursos y el correspondiente pago. La solicitud de conciliación fue presentada por EMTELCO S.A. solo hasta el día 11 de octubre de 2018, puesta a consideración y autorizada por el Comité de Conciliación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la sesión del Comité Virtual del 16 y 23 de octubre de 2018, es decir, cinco (5) días después, lo que pone de manifiesto el actuar eficaz y oportuno del Ministerio frente a este tema.

Como bien lo afirma el accionante en un aparte de la demanda, la conciliación adelantada ante la Procuraduría General de la Nación no fue aprobada, de acuerdo la providencia del 9 de agosto de 2019 del Juzgado cincuenta y Ocho (58) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. – Sección Tercera, debido a un tema formal, *“...Resulta claro entonces, que las razones que llevaron a la inaprobación no se refieren a aspectos de fondo que demuestren dificultades o disposiciones de derecho injustas, poco claras o exorbitantes, sino que por el contrario se trató de un mero aspecto formal, que no pudo ser advertido en su momento por mi representada, toda vez que no es ella la llamada a verificar el poder aportado en la diligencia de conciliación por la hoy demandada. Sin embargo, y más allá de este impase, resulta claro que el Ministerio de Comercio, Industria y Comercio, acepta su obligación de pago”*

Es claro que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, aprobó efectuar la conciliación para reconocer el pago a EMTELCO S.A. por concepto de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017, correspondientes a los servicios prestados por el contratista, como también es claro que los servicios prestados superaron los contratados y por consiguiente, los recursos proyectados y previamente comprometidos por el Ministerio para cumplir las obligaciones dinerarias pactadas en la Orden de Compra No. 2791 de 2015, en atención a que durante su vigencia se presentó un tráfico mucho mayor al previsto en las transacciones del chat.

En efecto, para el caso se cumplió con el requisito de procedibilidad que fue declarado fallido por un error de forma, pero que no deslegitima la intención inicial de esta cartera ministerial de efectuar el pago por los servicios efectivamente prestados.

Queda demostrado con el acervo probatorio que se arrima con el presente escrito que al Ministerio le asiste la voluntad de pago, que procedió a aprobar la asistencia a la audiencia conciliatoria de manera casi inmediata a la solicitud presentada por EMTELCO S.A. quien inició las acciones de manera tardía a pesar de la insistencia de la supervisora de la orden de compra 2791 de 2015.

Demostrado como queda el actuar diligente del Ministerio tendiente a pagar las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los servicios prestados por el Contratista EMTELCO S.A. durante los meses de agosto y septiembre de 2017, mal puede ahora el accionante solicitar el pago de unos intereses moratorios a la tasa máxima legal vigente, cuando la responsabilidad del inicio de las acciones tendientes al cobro son del resorte

exclusivo de EMTELCO S.A., sociedad que no obró de forma diligente y que ahora pretende trasladar el costo de su falta de celeridad en los trámites a costa del **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**, esto, en concordancia con lo expuesto por este Ministerio en el sentido que el contratista pretende que se le reconozca que los servicios prestados fueron pactados dentro en la Orden de Compra 2791 de 2015. Tesis que resulta infundada en atención a los términos, cuantía y objeto contratados en el mencionada Orden de Compra.

Así las cosas, el actuar del Ministerio de Comercio, Industria y Comercio frente al agotamiento del procedimiento tendiente al pago de las facturas adeudadas al Contratista EMTELCO S.A., se encuentra respaldado en lo dispuesto por Colombia Compra Eficiente, en el concepto #4201713000002108, el 06-09-

“1. Los hechos cumplidos se configuran: ... iii) cuando en la ejecución de un contrato se adicionan bienes o servicios no incluidos desde el inicio.

2. Por corresponder los hechos cumplidos a actividades, bienes o servicios adquiridos por una Entidad Estatal por fuera de un contrato, no se encuentran respaldados presupuestalmente en él, por lo cual incorporarlos en la liquidación del contrato iría en contra de la regla general del Estatuto Orgánico del Presupuesto, según la cual todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente, y con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a otro fin.

3. Por lo anterior, la Entidad Estatal debe agotar el procedimiento para el reconocimiento y pago de hechos cumplidos, pues de lo contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa por los bienes o servicios recibidos a por ella. La Entidad debe adecuar el respaldo presupuestal para las respectivas prestaciones realizadas por fuera de un contrato perfeccionado para su posterior reconocimiento y pago con los mecanismos que haya establecido para ese fin, por ejemplo, ya sea a través de la elaboración y registro de un acta presupuestal.

4. Las Entidades Estatales deben realizar un juicioso estudio de planeación contractual, identificando sus necesidades y los medios para satisfacerlas. La planeación requiere de la Entidad Estatal un proceso encaminado al conocimiento del mercado y de sus partícipes para utilizar sus recursos de la manera más adecuada y satisfacer sus necesidades generando mayor valor por dinero en cada una de sus adquisiciones.

5. Finalmente, las partes de mutuo acuerdo pueden acudir ante la Procuraduría General de la Nación para la legalización de los hechos cumplidos a través de la conciliación prejudicial como mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio de la cual, se legaliza la actuación que constituyó una inadecuada labor administrativa en la planeación de los procesos contractuales.”

Teniendo en cuenta que el pago de las obligaciones derivadas de los servicios ejecutados por EMTELCO S.A. contemplados en las facturas NAL3886 y NAL 4105 no cuentan con un soporte contractual y para cuyo reconocimiento debe concluirse la etapa de la legalización de los hechos cumplidos, la exigibilidad de su pago es el objeto del presente proceso administrativo y mediante el fallo que se expida se generará la obligación del pago a partir de su notificación, por tal motivo, ante una obligación que no ha nacido para el Ministerio no puede generarse ningún tipo de intereses, y menos aún de mora cuando no existe una obligación o un pacto que indique fecha para el cumplimiento de su pago.

V. EXCEPCIONES

Con el fin de enervar las pretensiones del demandante, formulo las siguientes excepciones:

1. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO – MINCIT

A mi representada no le puede ser atribuible la supuesta responsabilidad del pago de intereses, puesto que no hay prueba que demuestre que ha incurrido en alguna conducta que comprometa responsabilidad; de los hechos, pretensiones y pruebas se puede inferir que estos intereses solicitados no son atribuibles al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

2. EXCEPCIONES DE OFICIO

De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, que indica: “En la sentencia se decidirán sobre las excepciones propuesta y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus”. Solicito respetuosamente al señor Juez se sirva reconocer las excepciones que sedemuestren en el curso del proceso y cualquier otra que se encuentre probada.

3. EXCEPCIONES DE COMPENSACIÓN y BUENA FE

Sin que implique reconocimiento alguno, sobre cualquier suma pagada o reconocida demás, respecto de eventuales valores a los que –no obstante lo ya mencionado- pudiese condenarse y por el trámite seguido a este proceso; junto con la imposibilidad de generar intereses moratorios y otros como sanción, respecto de un reconocimiento jurídicamente más que sustentable en su negación y por la misma naturaleza y finalidad del soporte que dice haberlo contemplado.

En consecuencia, en manera alguna, se le ha vulnerado derecho legal alguno al demandante, por parte de mi representada **LA NACIÓN MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**; por lo que, conforme a la anterior argumentación, solicito al Despacho niegue las pretensiones del procesos en especial el reconocimiento de los intereses moratorios.

VI. PETICIONES

Con fundamento en la anterior argumentación, ruego denegar de plano todas las pretensiones del demandante del presente proceso en contra de mi representada **NACION - MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**, por las razones expuestas en el presente escrito, toda vez que no le asististe obligación alguna frente a las pretensiones solicitadas en especial en la solicitud de reconocimiento y pago de los intereses moratorios.

VII. PRUEBAS

Solicito se decreten y tengan las siguientes:

Las documentales:

- Copia certificaciones de pago de los años 2015, 2107, 2019.
- Correos electrónicos relacionados en el escrito de la demanda.

VIII. NOTIFICACIONES Y DIRECCIONES

La jefe de la oficina asesora jurídica y el suscrito, recibiremos notificaciones en la calle 28 No 13A – 15 de Bogotá, y a los correos electrónicos notificacionesjudiciales@mincit.gov.co y raquirre@mincit.gov.co, respectivamente.

Del señor Juez

"De conformidad con el Decreto 2150 de 1995 y la Ley 962 de 2005, la firma mecánica que aparece a continuación, tiene plena validez para todos los efectos legales y no necesita autenticación, ni sello.
Adicionalmente este documento ha sido firmado digitalmente de conformidad con la ley 527 de 1999 y la resolución 2817 de 2012."

Cordialmente,

Del Señor Juez,

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

ROGERS CARLOS AGUIRRE BEJARANO
C.C. No. 1.018.420.662 de Bogotá
T. P. No. 219.402 del C. S. de la J.



OAJ

Bogota D.C, 6 de noviembre de 2020

Señores
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ.
correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto : CONTESTACIÓN DEMANDA

REFERENCIA: CONTROVERSIA CONTRACTUAL

DEMANDANTE: EMTELCO S.A.

DEMANDADO: LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO -

RADICACIÓN: 11001-33-43-060-2020-00210-00.

NUBIA YENITH CÓRDOBA ZAMBRANO, abogada en ejercicio, identificada con la cédula de Ciudadanía No 69.008.419 y T.P. No 167.876 del C.S.J., actuando en calidad de apoderada del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, conforme al poder legalmente a mi otorgado por la doctora IVETT LORENA SANABRIA GAITAN, identificada con la cédula de ciudadanía número 52.387.180 de Bogotá, Tarjeta Profesional No.114345 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de conformidad con la Resolución No. 1510 del 20 de agosto de 2019, lo cual se acredita con los documentos que se presentaron con la contestación de la demanda, me permito contestar la misma en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD PARA CONTESTAR

Me encuentro en oportunidad para contestar la demanda, teniendo en cuenta que el auto admisorio de la demanda fue notificado al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo por medio de correo electrónico el día 22 de septiembre de 2020.

II. A LOS HECHOS

Para dar cumplimiento al numeral 2 del artículo 175 del CPACA que indica: "(... un pronunciamiento sobre las pretensiones y los hechos de la demanda", respondo los hechos para los cuales me atengo a lo que resulte probado en el curso del proceso, bajo el entendido que la carga de la prueba corresponde a la parte demandante y ésta, de acuerdo con lo manifestado a través del escrito de la demanda y el material probatorio aportado.

AL HECHO 1. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 2. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 3. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 4. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 5. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 6. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 7. Es cierto, porque efectivamente se presentó un tráfico mucho mayor al previsto en las transacciones del chat.

AL HECHO 8. Es cierto.

AL HECHO 9. Es cierto.

AL HECHO 10. Es parcialmente cierto, me atengo a lo que resulte probado.

AL HECHO 11. Es cierto.

AL HECHO 12. Es cierto.

III. A LAS PRETENSIONES

Los elementos de juicio esgrimidos al contestar los hechos de la acción, en su esencia, explican las razones de orden legal por las cuales nos oponemos a las pretensiones de la parte demandante, y que pasamos a exponer al despacho de la siguiente forma:

A la Pretensión Primera: El Ministerio se opone, toda vez que el Ministerio reconoce que se debe proceder a liquidar la Orden De Compra No. 2791 de 2015, en el marco de lo regulado en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. No obstante, dentro de la liquidación de la citada orden de compra no se pueden incluir las facturas NAL3886 y NAL4105, toda vez que los servicios prestados, que dieron origen a las mencionadas facturas no fueron pactadas en la Orden de Compra mencionada, por lo cual carece de exigibilidad a través de la misma. A propósito, se extrae del concepto #4201713000002108 emitido por Colombia Compra Eficiente, lo siguiente:

“ ...

El reconocimiento de hechos cumplidos -aquellas actividades, bienes o servicios adquiridos por una Entidad Estatal sin causa jurídica, como el contrato no procede en la liquidación de un contrato, ya que el contenido de ésta sólo debe incorporar los asuntos relacionados con las prestaciones derivadas del contrato y su ejecución, es decir, aquellas que deben contar con respaldo presupuestal, en atención al principio de legalidad del gasto público...”

A la Pretensión Segunda: El Ministerio se opone, toda vez que el Ministerio reconoce que se debe proceder a liquidar la Orden De Compra No. 2791 de 2015, en el marco de lo regulado en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. No obstante, dentro de la liquidación de la citada orden de compra no se pueden incluir las facturas NAL3886 y NAL4105, toda vez

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



que los servicios prestados, que dieron origen a las mencionadas facturas no fueron pactadas en la Orden de Compra mencionada, por lo cual carece de exigibilidad a través de la misma. A propósito, se extrae del concepto #420171300002108 emitido por Colombia Compra Eficiente, lo siguiente:

“ ...

El reconocimiento de hechos cumplidos -aquellas actividades, bienes o servicios adquiridos por una Entidad Estatal sin causa jurídica, como el contrato no procede en la liquidación de un contrato, ya que el contenido de ésta sólo debe incorporar los asuntos relacionados con las prestaciones derivadas del contrato y su ejecución, es decir, aquellas que deben contar con respaldo presupuestal, en atención al principio de legalidad del gasto público...”

A la Pretensión Tercera: El Ministerio se opone, puesto que el valor que corresponde liquidar será el resultado de la aplicación del valor facturado por concepto de los servicios contratados y prestados por el accionante, frente a las obligaciones dinerarias pactadas, de manera expresa, por parte del Ministerio en la Orden de Compra No. 2791 de 2015.

A la Pretensión Cuarta: El Ministerio se opone, respecto a la pretensión del pago de intereses a la accionante, es preciso aclarar la situación que dio lugar a la expedición de las facturas No. NAL 3886 y NAL 4105 de 2017.

En primer término se considera que el pago de intereses moratorios no es procedente, por cuanto no existe un documento suscrito por las partes que evidencie un pacto, acuerdo o contrato sobre las condiciones, cuantía, forma y fecha de pago de los servicios prestados por el accionante como adicionales, por lo tanto, al no existir un escrito con los acuerdos mencionados, no es posible suponer dicha obligación o incumplimiento por parte del MinCIT, predicar lo contrario obligaría al Ministerio al pago de lo no debido, o, a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4° numeral 8° de la Ley 80 de 1993, sin un contrato o acuerdo previo y formal que sugiera incumplimiento a la responsabilidad contractual por parte del MinCIT.

En conclusión, no es posible sostener que el Ministerio ha incurrido en mora frente a la exigibilidad de obligaciones contenidas en un contrato, o se ha sustraído de pagar oportunamente el valor pactado, por cuanto, las obligaciones dinerarias acordadas en la Orden de Compra No. 2791 de 2015 fueron pagadas dentro de los términos convenidos como se demuestra con la certificación expedida por el Grupo de Tesorería de los años 2015, 2017 y 2019, en consecuencia, el cobro de las facturas No. NAL 3886 y NAL 4105 de 2017 no corresponden a servicios prestados en cumplimiento de dicha orden de compra, por lo que obedecen a servicios prestados sin la previa estipulación (acuerdo) expresa de las partes.

Así las cosas, hasta tanto no se declare la existencia de un hecho cumplido no nace la obligación de su cumplimiento, por consiguiente, no podría generar intereses una obligación que aún no ha nacido o haya sido declarada por autoridad judicial competente, conforme lo señalado por Colombia Compra Eficiente mediante concepto #420171300002108 del 06-09-2017.

“ ...

Para el reconocimiento y pago de los hechos cumplidos la Entidad Estatal debe realizar el trámite administrativo y presupuestal correspondiente para lo cual las partes, sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar, pueden acudir a la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos o en su defecto a la jurisdicción contencioso administrativa...”

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



La situación generada para la expedición de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017, radicadas ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el 22 de septiembre de 2017 y el 20 de octubre de 2017 con el radicado número 1-2017-018963, obedecen a la prestación de servicios por parte de la empresa EMTELCO S.A., por fuera de las obligaciones contraídas dentro de la Orden de Compra 2791 de 2015, las cuales superaron la proyección del presupuesto estimado en su momento por parte del **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** para cubrir las obligaciones dinerarias contratadas, los servicios fueron prestados por el Contratista en atención a que durante la vigencia del contrato se presentó un tráfico mucho mayor al previsto inicialmente en las transacciones del chat., servicios concordantes con los pactados en la Orden de Compra No. 2791 de 2015 cuyo objeto consiste en la prestación del servicio del call center de la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE), compuesto por la línea telefónica y el chat.

Al momento de elaborar el informe y cuenta de cobro para la factura del mes de agosto radicada en este Ministerio el 22 de septiembre de 2017, se evidenció que el servicio facturado superaba los recursos que soportaban la obligación del servicio del Call Center. Por lo anterior, la Supervisora del contrato quien funge como Subdirectora de Diseño y Administración de Operaciones comunicó de este hecho al ejecutivo de cuenta de la empresa EMTELCO S.A., para iniciar las acciones tendientes a efectuar las acciones necesarias para efectuar tanto el cobro como la liquidación correspondiente.

A continuación se relacionan los correos enviados a la empresa EMTELCO S.A. por parte de la supervisora de la Orden de Compra No. 2791, para adelantar los ajustes y trámites necesarios y para proceder al pago de las facturas de los meses de agosto y septiembre de 2017 y en los que solicita iniciar el proceso conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, procedimiento aplicable a este tipo de situaciones, de conformidad con lo dispuesto en el concepto No. #4201713000002108 del 06-09-2017, emitido por Colombia Compra Eficiente.

1. El día 27 de octubre de 2017 se remitió correo electrónico informando: *“De acuerdo con el tema que te he comentado, en relación a que el CDP que soporta la orden de compra 2791, la facturación de los meses de agosto y septiembre superaron el valor presupuestado. En este sentido, me permito solicitar que la factura del mes de agosto No. NAL3886 radicada en este Ministerio por un valor de \$ 29.930.267, se ajuste así: una por el saldo que tiene el CDP que corresponde a \$ 4.115.736 (preciso que es el valor final de la factura) y otra, por el saldo que es \$ 25.814.531 para el pago posterior.*

Adicionalmente, con el fin de concluir con el proceso de pago de las facturas de los meses de agosto y septiembre, considero que la vía es la conciliación, para lo cual, se requiere por parte de ustedes presentar ante la Procuraduría General de la Nación la solicitud para iniciar el proceso de conciliación. Cualquier inquietud estoy atenta. Agradezco su colaboración y quedo atenta a su respuesta”.

2. El 27 de octubre de 2017 la empresa EMTELCO S.A. informó: *“Acuso recibo de la información, la cual ya fue direccionada al interior en nuestra área financiera. Entiendo la celeridad requerida para el particular, en cuanto tenga avance inmediatamente se lo comunicare”.*

3. El día 8 de noviembre de 2017. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 reiteró al ejecutivo de cuenta al solicitud del proceso de conciliación, indicando *“De acuerdo con tu respuesta a mi correo enviado el pasado 27 de octubre de 2017, queda pendiente la respuesta al siguiente punto*

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



“Adicionalmente, con el fin concluir el proceso de pago de las facturas de los meses de agosto (saldo) y septiembre, considero que la vía es la conciliación, para lo cual, se requiere por parte de ustedes presentar ante la Procuraduría General de la Nación la solicitud para iniciar el proceso conciliatorio..”

4. El día 13 de noviembre de 2017. El ejecutivo de cuenta de EMTELCO S.A. informa a la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015: *“Dando alcance a nuestra conversación del viernes, le confirmo que después de validar con nuestra área jurídica y legal si es posible que iniciemos el proceso de conciliación ante procuraduría, toda vez que ya tenemos confirmación de su parte de que no se cuenta con los recursos presupuestales para realizar el pago de las facturas de agosto y septiembre, para lo cual como se lo comente, me solicitaron además de la orden de compra y sus modificaciones, los valores del presupuestos total y el ejecutado a fin de dar inicio a esta gestión”.*

5. El día 15 de noviembre de 2017. Se remite la información solicitada por EMTELCO S.A., es decir, Orden de Compra No. 2791 y sus modificaciones.

6. El día 30 de noviembre de 2017. Se reitera por parte de la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 la solicitud del acuerdo de conciliación señalando *“Teniendo en cuenta este proceso de manera atenta me permito solicitar tu amable apoyo para conocer el estado de este trámite”*

7. El día 7 de diciembre de 2017. La supervisora del contrato reitera al ejecutivo de cuenta de Emtelco la solicitud de conciliación, así: *“Me puedes confirmar las acciones que Emtelco ha adelantado en este tema”*

8. El 14 de diciembre de 2017. Nuevamente se remite por parte de la supervisora del contrato la solicitud de información del estado de la conciliación *“Solicito por favor me informe en que va este trámite”.*

9. El día 4 de abril de 2018. Se remite correo electrónico por parte de la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015, reiterando a la empresa EMTELCO S.A. la solicitud de conciliación así: *“...solicitar nos informe cómo va el proceso del asunto, qué acciones se han adelantado respecto al mismo. Te agradezco la información, teniendo en cuenta que no hemos recibido más del información del tema”.*

10. El día 5 de abril de 2018. La empresa EMTELCO S.A., a través del ejecutivo de cuenta informa a la supervisora del contrato: *“Les confirmo que estoy solicitando los avances del asunto, ya que a la fecha no me han informado estos desde el área correspondiente. En cuanto tenga avance de este les compartí la información”.*

11. El día 19 de junio de 2018. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 recibió correo electrónico por parte de la oficina de contabilidad del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el que indican *“De manera cordial solicitamos revisar las facturas adjuntas ya que fuimos reportados como deudor por el proveedor Emtelco operaciones reciprocas ante la Contaduría General de la Nación, estas facturas no se encuentran registradas en la contabilidad a la fecha, por ende el proveedor aún tiene esta cuenta pendiente por cobrar al Mincit; agradecemos nos envíen el radicado de las mismas a contabilidad para realizar el respectivo seguimiento”.*

12. El 19 de junio de 2018. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015, remitió correo electrónico al ejecutivo de cuenta de la empresa EMTELCO S.A. indicando: *“De acuerdo con las facturas del año pasado, le agradezco me informe qué trámite se ha realizado al interior de su compañía”.*

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



13. El 21 de junio de 2018. El ejecutivo de cuenta de EMTELCO S.A. informó: *“Te confirmo que desde el pasado 12 de junio nuestra área de asuntos legales y comerciales realizo la asignación del especialista externo en nuestra representación quien llevará el caso y solicitará la audiencia ante la procuraduría general de la nación. Teniendo en cuenta el avance anterior, les ire manteniendo al tanto de la situación particular”*.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, me permito indicar que desde que se evidenció que los servicios prestados por el Contratista EMTELCO S.A. superaban los contratados en la Orden de Compra 2791 de 2015 y consecuentemente, el presupuesto dispuesto por el **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** sólo alcanzaban para cubrir las obligaciones pactadas en la mencionada orden de compra, por cuanto se presentó un tráfico mucho mayor al previsto en las transacciones del chat, la Supervisora de la orden de compra informó el procedimiento seguir por parte del accionante para lograr el pago de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017.

A pesar de la insistencia por parte de la Supervisora de la orden de compra No. 2791 de 2015, pasaron diez (10) meses sin que EMTELCO S.A. realizara la gestión ante la Procuraduría General de la Nación para iniciar el proceso de conciliación, requisito necesario para proceder a la consecución de los recursos y el correspondiente pago. La solicitud de conciliación fue presentada por EMTELCO S.A. solo hasta el día 11 de octubre de 2018, puesta a consideración y autorizada por el Comité de Conciliación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la sesión del Comité Virtual del 16 y 23 de octubre de 2018, es decir, cinco (5) días después, lo que pone de manifiesto el actuar eficaz y oportuno del Ministerio frente a este tema.

Como bien lo afirma el accionante en un aparte de la demanda, la conciliación adelantada ante la Procuraduría General de la Nación no fue aprobada, de acuerdo la providencia del 9 de agosto de 2019 del Juzgado cincuenta y Ocho (58) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. – Sección Tercera, debido a un tema formal, *“...Resulta claro entonces, que las razones que llevaron a la inaprobación no se refieren a aspectos de fondo que demuestren dificultades o disposiciones de derecho injustas, poco claras o exorbitantes, sino que por el contrario se trató de un mero aspecto formal, que no pudo ser advertido en su momento por mi representada, toda vez que no es ella la llamada a verificar el poder aportado en la diligencia de conciliación por la hoy demandada. Sin embargo, y más allá de este impase, resulta claro que el Ministerio de Comercio, Industria y Comercio, acepta su obligación de pago”*

Es claro que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, aprobó efectuar la conciliación para reconocer el pago a EMTELCO S.A. por concepto de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017, correspondientes a los servicios prestados por el contratista, como también es claro que los servicios prestados superaron los contratados y por consiguiente, los recursos proyectados y previamente comprometidos por el Ministerio para cumplir las obligaciones dinerarias pactadas en la Orden de Compra No. 2791 de 2015, en atención a que durante su vigencia se presentó un tráfico mucho mayor al previsto en las transacciones del chat.

En efecto, para el caso se cumplió con el requisito de procedibilidad que fue declarado fallido por un error de forma, pero que no deslegitima la intención inicial de esta cartera ministerial de efectuar el pago por los servicios efectivamente prestados.

Queda demostrado con el acervo probatorio que se arrima con el presente escrito que al Ministerio le asiste la voluntad de pago, que procedió a aprobar la asistencia a la audiencia conciliatoria de manera casi inmediata a la solicitud presentada por EMTELCO S.A. quien inició las acciones de manera tardía a pesar de la insistencia de la supervisora de la orden de compra 2791 de 2015.

Demostrado como queda el actuar diligente del Ministerio tendiente a pagar las facturas NAL3886 y NAL

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



4105 correspondientes a los servicios prestados por el Contratista EMTELCO S.A. durante los meses de agosto y septiembre de 2017, mal puede ahora el accionante solicitar el pago de unos intereses moratorios a la tasa máxima legal vigente, cuando la responsabilidad del inicio de las acciones tendientes al cobro son del resorte exclusivo de EMTELCO S.A., sociedad que no obró de forma diligente y que ahora pretende trasladar el costo de su falta de celeridad en los trámites a costa del **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**, esto, en concordancia con lo expuesto por este Ministerio en el sentido que el contratista pretende que se le reconozca que los servicios prestados fueron pactados dentro en la Orden de Compra 2791 de 2015. Tesis que resulta infundada en atención a los términos, cuantía y objeto contratados en el mencionada Orden de Compra.

Así las cosas, el actuar del Ministerio de Comercio, Industria y Comercio frente al agotamiento del procedimiento tendiente al pago de las facturas adeudadas al Contratista EMTELCO S.A., se encuentra respaldado en lo dispuesto por Colombia Compra Eficiente, en el concepto #4201713000002108, el 06-09-2017.

“1. Los hechos cumplidos se configuran: ... iii) cuando en la ejecución de un contrato se adicionan bienes o servicios no incluidos desde el inicio.

2. Por corresponder los hechos cumplidos a actividades, bienes o servicios adquiridos por una Entidad Estatal por fuera de un contrato, no se encuentran respaldados presupuestalmente en él, por lo cual incorporarlos en la liquidación del contrato iría en contra de la regla general del Estatuto Orgánico del Presupuesto, según la cual todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente, y con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a otro fin.

3. Por lo anterior, la Entidad Estatal debe agotar el procedimiento para el reconocimiento y pago de hechos cumplidos, pues de lo contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa por los bienes o servicios recibidos a por ella. La Entidad debe adecuar el respaldo presupuestal para las respectivas prestaciones realizadas por fuera de un contrato perfeccionado para su posterior reconocimiento y pago con los mecanismos que haya establecido para ese fin, por ejemplo, ya sea a través de la elaboración y registro de un acta presupuestal.

4. Las Entidades Estatales deben realizar un juicioso estudio de planeación contractual, identificando sus necesidades y los medios para satisfacerlas. La planeación requiere de la Entidad Estatal un proceso encaminado al conocimiento del mercado y de sus partícipes para utilizar sus recursos de la manera más adecuada y satisfacer sus necesidades generando mayor valor por dinero en cada una de sus adquisiciones.

5. Finalmente, las partes de mutuo acuerdo pueden acudir ante la Procuraduría General de la Nación para la legalización de los hechos cumplidos a través de la conciliación prejudicial como mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio de la cual, se legaliza la actuación que constituyó una inadecuada labor administrativa en la planeación de los procesos contractuales.”

Teniendo en cuenta que el pago de las obligaciones derivadas de los servicios ejecutados por EMTELCO S.A. contemplados en las facturas NAL3886 y NAL 4105 no cuentan con un soporte contractual y para cuyo reconocimiento debe concluirse la etapa de la legalización de los hechos cumplidos, la exigibilidad de su pago es el objeto del presente proceso administrativo y mediante el fallo que se expida se generará la obligación del pago a partir de su notificación, por tal motivo, ante una obligación que no ha nacido para el Ministerio no puede generarse ningún tipo de intereses, y menos aún de mora cuando no existe una obligación o un pacto que indique fecha para el cumplimiento de su pago.

A la Pretensión Cuarta: El Ministerio se opone a esta pretensión, lo anterior teniendo en cuenta que el proceso de conciliación fue declarado fallido por un error de forma, que no desvirtúa el interés del Ministerio

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>





de adelantar la liquidación de la orden de compra 2791 de 2015 y el reconocimiento y pago de los servicios prestados y cobrados con las facturas NAL3886 y NAL 4105, por cuanto no hay renuencia en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino que las acciones se inician en de forma tardía por parte del accionante, como se explicó anteriormente.

IV. RAZONES DE LA DEFENSA

Como se viene expresando, se considera que el pago de intereses moratorios no es procedente, por cuanto no existe un documento suscrito por las partes que evidencie un pacto, acuerdo o contrato sobre las condiciones, cuantía, forma y fecha de pago de los servicios prestados por el accionante como adicionales, por lo tanto, al no existir un escrito con los acuerdos mencionados, no es posible suponer dicha obligación o incumplimiento por parte del MinCIT, predicar lo contrario obligaría al Ministerio al pago de lo no debido, o, a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4° numeral 8° de la Ley 80 de 1993, sin un contrato o acuerdo previo y formal que sugiera incumplimiento a la responsabilidad contractual por parte del MinCIT.

En conclusión, no es posible sostener que el Ministerio ha incurrido en mora frente a la exigibilidad de obligaciones contenidas en un contrato, o se ha sustraído de pagar oportunamente el valor pactado, por cuanto, las obligaciones dinerarias acordadas en la Orden de Compra No. 2791 de 2015 fueron pagadas dentro de los términos convenidos como se demuestra con la certificación expedida por el Grupo de Tesorería de los años 2015, 2017 y 2019, en consecuencia, el cobro de las facturas No. NAL 3886 y NAL 4105 de 2017 no corresponden a servicios prestados en cumplimiento de dicha orden de compra, por lo que obedecen a servicios prestados sin la previa estipulación (acuerdo) expresa de las partes.

Así las cosas, hasta tanto no se declare la existencia de un hecho cumplido no nace la obligación de su cumplimiento, por consiguiente, no podría generar intereses una obligación que aún no ha nacido o haya sido declarada por autoridad judicial competente, conforme lo señalado por Colombia Compra Eficiente mediante concepto #420171300002108 del 06-09-2017.

“ ...

Para el reconocimiento y pago de los hechos cumplidos la Entidad Estatal debe realizar el trámite administrativo y presupuestal correspondiente para lo cual las partes, sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar, pueden acudir a la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos o en su defecto a la jurisdicción contencioso administrativa...”

La situación generada para la expedición de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017, radicadas ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el 22 de septiembre de 2017 y el 20 de octubre de 2017 con el radicado número 1-2017-018963, obedecen a la prestación de servicios por parte de la empresa EMTELCO S.A., por fuera de las obligaciones contraídas dentro de la Orden de Compra 2791 de 2015, las cuales superaron la proyección del presupuesto estimado en su momento por parte del **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** para cubrir las obligaciones dinerarias contratadas, los servicios fueron prestados por el Contratista en atención a que durante la vigencia del contrato se presentó un tráfico mucho mayor al previsto inicialmente en las transacciones del chat., servicios concordantes con los pactados en la Orden de Compra No. 2791 de 2015 cuyo objeto consiste en la prestación del servicio del call center de la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE), compuesto por la línea telefónica y el chat.

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



Al momento de elaborar el informe y cuenta de cobro para la factura del mes de agosto radicada en este Ministerio el 22 de septiembre de 2017, se evidenció que el servicio facturado superaba los recursos que soportaban la obligación del servicio del Call Center. Por lo anterior, la Supervisora del contrato quien funge como Subdirectora de Diseño y Administración de Operaciones comunicó de este hecho al ejecutivo de cuenta de la empresa EMTELCO S.A., para iniciar las acciones tendientes a efectuar las acciones necesarias para efectuar tanto el cobro como la liquidación correspondiente.

A continuación se relacionan los correos enviados a la empresa EMTELCO S.A. por parte de la supervisora de la Orden de Compra No. 2791, para adelantar los ajustes y trámites necesarios y para proceder al pago de las facturas de los meses de agosto y septiembre de 2017 y en los que solicita iniciar el proceso conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, procedimiento aplicable a este tipo de situaciones, de conformidad con lo dispuesto en el concepto No. #420171300002108 del 06-09-2017, emitido por Colombia Compra Eficiente.

1. El día 27 de octubre de 2017 se remitió correo electrónico informando: *“De acuerdo con el tema que te he comentado, en relación a que el CDP que soporta la orden de compra 2791, la facturación de los meses de agosto y septiembre superaron el valor presupuestado. En este sentido, me permito solicitar que la factura del mes de agosto No. NAL3886 radicada en este Ministerio por un valor de \$ 29.930.267, se ajuste así: una por el saldo que tiene el CDP que corresponde a \$ 4.115.736 (preciso que es el valor final de la factura) y otra, por el saldo que es \$ 25.814.531 para el pago posterior.*

Adicionalmente, con el fin de concluir con el proceso de pago de las facturas de los meses de agosto y septiembre, considero que la vía es la conciliación, para lo cual, se requiere por parte de ustedes presentar ante la Procuraduría General de la Nación la solicitud para iniciar el proceso de conciliación. Cualquier inquietud estoy atenta. Agradezco su colaboración y quedo atenta a su respuesta”.

2. El 27 de octubre de 2017 la empresa EMTELCO S.A. informó: *“Acuso recibo de la información, la cual ya fue direccionada al interior en nuestra área financiera. Entiendo la celeridad requerida para el particular, en cuanto tenga avance inmediatamente se lo comunicare”.*

3. El día 8 de noviembre de 2017. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 reiteró al ejecutivo de cuenta al solicitud del proceso de conciliación, indicando *“De acuerdo con tu respuesta a mi correo enviado el pasado 27 de octubre de 2017, queda pendiente la respuesta al siguiente punto “Adicionalmente, con el fin concluir el proceso de pago de las facturas de los meses de agosto (saldo) y septiembre, considero que la vía es la conciliación, para lo cual, se requiere por parte de ustedes presentar ante la Procuraduría General de la Nación la solicitud para iniciar el proceso conciliatorio..”*

4. El día 13 de noviembre de 2017. El ejecutivo de cuenta de EMTELCO S.A. informa a la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015: *“Dando alcance a nuestra conversación del viernes, le confirmo que después de validar con nuestra área jurídica y legal si es posible que iniciemos el proceso de conciliación ante procuraduría, toda vez que ya tenemos confirmación de su parte de que no se cuenta con los recursos presupuestales para realizar el pago de las facturas de agosto y septiembre, para lo cual como se lo comente, me solicitaron además de la orden de compra y sus modificaciones, los valores del presupuestos total y el ejecutado a fin de dar inicio a esta gestión”.*

5. El día 15 de noviembre de 2017. Se remite la información solicitada por EMTELCO S.A., es decir, Orden

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



de Compra No. 2791 y sus modificaciones.

6. El día 30 de noviembre de 2017. Se reitera por parte de la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 la solicitud del acuerdo de conciliación señalando *“Teniendo en cuenta este proceso de manera atenta me permito solicitar tu amable apoyo para conocer el estado de este trámite”*

7. El día 7 de diciembre de 2017. La supervisora del contrato reitera al ejecutivo de cuenta de Emtelco la solicitud de conciliación, así: *“Me puedes confirmar las acciones que Emtelco ha adelantado en este tema”*

8. El 14 de diciembre de 2017. Nuevamente se remite por parte de la supervisora del contrato la solicitud de información del estado de la conciliación *“Solicito por favor me informe en que va este trámite”*.

9. El día 4 de abril de 2018. Se remite correo electrónico por parte de la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015, reiterando a la empresa EMTELCO S.A. la solicitud de conciliación así: *“...solicitar nos informe cómo va el proceso del asunto, qué acciones se han adelantado respecto al mismo. Te agradezco la información, teniendo en cuenta que no hemos recibido más del información del tema”*.

10. El día 5 de abril de 2018. La empresa EMTELCO S.A., a través del ejecutivo de cuenta informa a la supervisora del contrato: *“Les confirmo que estoy solicitando los avances del asunto, ya que a la fecha no me han informado estos desde el área correspondiente. En cuanto tenga avance de este les compartí la información”*.

11. El día 19 de junio de 2018. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 recibió correo electrónico por parte de la oficina de contabilidad del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el que indican *“De manera cordial solicitamos revisar las facturas adjuntas ya que fuimos reportados como deudor por el proveedor Emtelco operaciones reciprocas ante la Contaduría General de la Nación, estas facturas no se encuentran registradas en la contabilidad a la fecha, por ende el proveedor aún tiene esta cuenta pendiente por cobrar al Mincit; agradecemos nos envíen el radicado de las mismas a contabilidad para realizar el respectivo seguimiento”*.

12. El 19 de junio de 2018. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015, remitió correo electrónico al ejecutivo de cuenta de la empresa EMTELCO S.A. indicando: *“De acuerdo con las facturas del año pasado, le agradezco me informe qué trámite se ha realizado al interior de su compañía”*.

13. El 21 de junio de 2018. El ejecutivo de cuenta de EMTELCO S.A. informó: *“Te confirmo que desde el pasado 12 de junio nuestra área de asuntos legales y comerciales realizo la asignación del especialista externo en nuestra representación quien llevará el caso y solicitará la audiencia ante la procuraduría general de la nación. Teniendo en cuenta el avance anterior, les ire manteniendo al tanto de la situación particular”*.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, me permito indicar que desde que se evidenció que los servicios prestados por el Contratista EMTELCO S.A. superaban los contratados en la Orden de Compra 2791 de 2015 y consecuentemente, el presupuesto dispuesto por el **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** sólo alcanzaban para cubrir las obligaciones pactadas en la mencionada orden de compra, por cuanto se presentó un tráfico mucho mayor al previsto en las transacciones del chat, la Supervisora de la orden de compra informó el procedimiento seguir por parte del accionante para lograr el pago de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017.

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



A pesar de la insistencia por parte de la Supervisora de la orden de compra No. 2791 de 2015, pasaron diez (10) meses sin que EMTELCO S.A. realizara la gestión ante la Procuraduría General de la Nación para iniciar el proceso de conciliación, requisito necesario para proceder a la consecución de los recursos y el correspondiente pago. La solicitud de conciliación fue presentada por EMTELCO S.A. solo hasta el día 11 de octubre de 2018, puesta a consideración y autorizada por el Comité de Conciliación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la sesión del Comité Virtual del 16 y 23 de octubre de 2018, es decir, cinco (5) días después, lo que pone de manifiesto el actuar eficaz y oportuno del Ministerio frente a este tema.

Como bien lo afirma el accionante en un aparte de la demanda, la conciliación adelantada ante la Procuraduría General de la Nación no fue aprobada, de acuerdo a la providencia del 9 de agosto de 2019 del Juzgado cincuenta y Ocho (58) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. – Sección Tercera, debido a un tema formal, *“...Resulta claro entonces, que las razones que llevaron a la inaprobación no se refieren a aspectos de fondo que demuestren dificultades o disposiciones de derecho injustas, poco claras o exorbitantes, sino que por el contrario se trató de un mero aspecto formal, que no pudo ser advertido en su momento por mi representada, toda vez que no es ella la llamada a verificar el poder aportado en la diligencia de conciliación por la hoy demandada. Sin embargo, y más allá de este impase, resulta claro que el Ministerio de Comercio, Industria y Comercio, acepta su obligación de pago”*

Es claro que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, aprobó efectuar la conciliación para reconocer el pago a EMTELCO S.A. por concepto de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017, correspondientes a los servicios prestados por el contratista, como también es claro que los servicios prestados superaron los contratados y por consiguiente, los recursos proyectados y previamente comprometidos por el Ministerio para cumplir las obligaciones dinerarias pactadas en la Orden de Compra No. 2791 de 2015, en atención a que durante su vigencia se presentó un tráfico mucho mayor al previsto en las transacciones del chat.

En efecto, para el caso se cumplió con el requisito de procedibilidad que fue declarado fallido por un error de forma, pero que no deslegitima la intención inicial de esta cartera ministerial de efectuar el pago por los servicios efectivamente prestados.

Queda demostrado con el acervo probatorio que se arrima con el presente escrito que al Ministerio le asiste la voluntad de pago, que procedió a aprobar la asistencia a la audiencia conciliatoria de manera casi inmediata a la solicitud presentada por EMTELCO S.A. quien inició las acciones de manera tardía a pesar de la insistencia de la supervisora de la orden de compra 2791 de 2015.

Demostrado como queda el actuar diligente del Ministerio tendiente a pagar las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los servicios prestados por el Contratista EMTELCO S.A. durante los meses de agosto y septiembre de 2017, mal puede ahora el accionante solicitar el pago de unos intereses moratorios a la tasa máxima legal vigente, cuando la responsabilidad del inicio de las acciones tendientes al cobro son del resorte exclusivo de EMTELCO S.A., sociedad que no obró de forma diligente y que ahora pretende trasladar el costo de su falta de celeridad en los trámites a costa del **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**, esto, en concordancia con lo expuesto por este Ministerio en el sentido que el contratista pretende que se le reconozca que los servicios prestados fueron pactados dentro en la Orden de Compra 2791 de 2015. Tesis que resulta infundada en atención a los términos, cuantía y objeto contratados en el mencionada Orden de Compra.

Así las cosas, el actuar del Ministerio de Comercio, Industria y Comercio frente al agotamiento del procedimiento tendiente al pago de las facturas adeudadas al Contratista EMTELCO S.A., se encuentra respaldado en lo dispuesto por Colombia Compra Eficiente, en el concepto #4201713000002108, el 06-09-

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



2017.

“1. Los hechos cumplidos se configuran: ... iii) cuando en la ejecución de un contrato se adicionan bienes o servicios no incluidos desde el inicio.

2. Por corresponder los hechos cumplidos a actividades, bienes o servicios adquiridos por una Entidad Estatal por fuera de un contrato, no se encuentran respaldados presupuestalmente en él, por lo cual incorporarlos en la liquidación del contrato iría en contra de la regla general del Estatuto Orgánico del Presupuesto, según la cual todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente, y con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a otro fin.

3. Por lo anterior, la Entidad Estatal debe agotar el procedimiento para el reconocimiento y pago de hechos cumplidos, pues de lo contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa por los bienes o servicios recibidos a por ella. La Entidad debe adecuar el respaldo presupuestal para las respectivas prestaciones realizadas por fuera de un contrato perfeccionado para su posterior reconocimiento y pago con los mecanismos que haya establecido para ese fin, por ejemplo, ya sea a través de la elaboración y registro de un acta presupuestal.

4. Las Entidades Estatales deben realizar un juicioso estudio de planeación contractual, identificando sus necesidades y los medios para satisfacerlas. La planeación requiere de la Entidad Estatal un proceso encaminado al conocimiento del mercado y de sus partícipes para utilizar sus recursos de la manera más adecuada y satisfacer sus necesidades generando mayor valor por dinero en cada una de sus adquisiciones.

5. Finalmente, las partes de mutuo acuerdo pueden acudir ante la Procuraduría General de la Nación para la legalización de los hechos cumplidos a través de la conciliación prejudicial como mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio de la cual, se legaliza la actuación que constituyó una inadecuada labor administrativa en la planeación de los procesos contractuales.”

Teniendo en cuenta que el pago de las obligaciones derivadas de los servicios ejecutados por EMTELCO S.A. contemplados en las facturas NAL3886 y NAL 4105 no cuentan con un soporte contractual y para cuyo reconocimiento debe concluirse la etapa de la legalización de los hechos cumplidos, la exigibilidad de su pago es el objeto del presente proceso administrativo y mediante el fallo que se expida se generará la obligación del pago a partir de su notificación, por tal motivo, ante una obligación que no ha nacido para el Ministerio no puede generarse ningún tipo de intereses, y menos aún de mora cuando no existe una obligación o un pacto que indique fecha para el cumplimiento de su pago.

V. EXCEPCIONES

Con el fin de enervar las pretensiones del demandante, formulo las siguientes excepciones:

1. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO – MINCIT

A mi representada no le puede ser atribuible la supuesta responsabilidad del pago de intereses, puesto que no hay prueba que demuestre que ha incurrido en alguna conducta que comprometa responsabilidad; de los hechos, pretensiones y pruebas se puede inferir que estos intereses solicitados no son atribuibles al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



2. EXCEPCIONES DE OFICIO

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, que indica: “En la sentencia se decidirán sobre las excepciones propuesta y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus”. Solicito respetuosamente al señor Juez se sirva reconocer las excepciones que se demuestren en el curso del proceso y cualquier otra que se encuentre probada.

3. EXCEPCIONES DE COMPENSACIÓN y BUENA FE

Sin que implique reconocimiento alguno, sobre cualquier suma pagada o reconocida demás, respecto de eventuales valores a los que –no obstante lo ya mencionado- pudiese condenarse y por el trámite seguido a este proceso; junto con la imposibilidad de generar intereses moratorios y otros como sanción, respecto de un reconocimiento jurídicamente más que sustentable en su negación y por la misma naturaleza y finalidad del soporte que dice haberlo contemplado.

En consecuencia, en manera alguna, se le ha vulnerado derecho legal alguno al demandante, por parte de mi representada **LA NACIÓN MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**; por lo que, conforme a la anterior argumentación, solicito al Despacho niegue las pretensiones del procesos en especial el reconocimiento de los intereses moratorios.

VI. PETICIONES

Con fundamento en la anterior argumentación, ruego denegar de plano todas las pretensiones del demandante del presente proceso en contra de a mi representada **NACION - MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**, por las razones expuestas en el presente escrito, toda vez que no le asiste obligación alguna frente a las pretensiones solicitadas en especial en la solicitud de reconocimiento y pago de los intereses moratorios.

VII. PRUEBAS

Solicito se decreten y tengan las siguientes:

Las documentales:

- Copia certificaciones de pago de los años 2015, 2107, 2019.
- Correos electrónicos relacionados en el escrito de la demanda.

VIII. NOTIFICACIONES Y DIRECCIONES

La jefe de la oficina asesora jurídica y la suscrita, recibiremos notificaciones en la calle 28 No 13A – 15 de Bogotá, correo electrónico notificacionesjudiciales@mincit.gov.co / ncordoba@mincit.gov.co

Del señor Juez

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



El progreso
es de todos

Mincomercio



Radicado No. 2-2020-031225
2020-11-06 10:49:02 a. m.

"De conformidad con el Decreto 2150 de 1995 y la Ley 962 de 2005, la firma mecánica que aparece a continuación, tiene plena validez para todos los efectos legales y no necesita autenticación, ni sello.
Adicionalmente este documento ha sido firmado digitalmente de conformidad con la ley 527 de 1999 y la resolución 2817 de 2012."

Cordialmente,

NUBIA YENITH CORDOBA ZAMBRANO
COORDINADORA GRUPO PROCESOS JUDICIALES - PROFESIONAL ESPECIALIZADO
OFICINA ASESORA JURÍDICA

CopiaInt:

CopiaExt:

Folios: 14

Anexos:

Nombre anexos: EMTELCO S.A.S. - 2015.pdf

EMTELCO S.A.S. - 2017.pdf

EMTELCO S.A.S. - 2019.pdf

Orden de Compra 2791 _2_.msg

Orden de Compra 2791.msg

RE Operaciones Reciprocas.msg

RE Orden de Compra 2791 _1_.msg

RE Orden de Compra 2791 _3_.msg

RE Orden de Compra 2791.msg

RV Operaciones Reciprocas.msg

anexos de representacion judicial.pdf

PODER.pdf

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



OAJ

Bogota D.C, 6 de noviembre de 2020

Señores
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ.
correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto : CONTESTACIÓN DEMANDA

REFERENCIA: CONTROVERSIA CONTRACTUAL

DEMANDANTE: EMTELCO S.A.

DEMANDADO: LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO -

RADICACIÓN: 11001-33-43-060-2020-00210-00.

NUBIA YENITH CÓRDOBA ZAMBRANO, abogada en ejercicio, identificada con la cédula de Ciudadanía No 69.008.419 y T.P. No 167.876 del C.S.J., actuando en calidad de apoderada del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, conforme al poder legalmente a mi otorgado por la doctora IVETT LORENA SANABRIA GAITAN, identificada con la cédula de ciudadanía número 52.387.180 de Bogotá, Tarjeta Profesional No.114345 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de conformidad con la Resolución No. 1510 del 20 de agosto de 2019, lo cual se acredita con los documentos que se presentaron con la contestación de la demanda, me permito contestar la misma en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD PARA CONTESTAR

Me encuentro en oportunidad para contestar la demanda, teniendo en cuenta que el auto admisorio de la demanda fue notificado al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo por medio de correo electrónico el día 22 de septiembre de 2020.

II. A LOS HECHOS

Para dar cumplimiento al numeral 2 del artículo 175 del CPACA que indica: "(... un pronunciamiento sobre las pretensiones y los hechos de la demanda", respondo los hechos para los cuales me atengo a lo que resulte probado en el curso del proceso, bajo el entendido que la carga de la prueba corresponde a la parte demandante y ésta, de acuerdo con lo manifestado a través del escrito de la demanda y el material probatorio aportado.

AL HECHO 1. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 2. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 3. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 4. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 5. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 6. Es cierto, obedece a actuaciones contractuales que son verificables con la documentación que el accionante anexó como pruebas.

AL HECHO 7. Es cierto, porque efectivamente se presentó un tráfico mucho mayor al previsto en las transacciones del chat.

AL HECHO 8. Es cierto.

AL HECHO 9. Es cierto.

AL HECHO 10. Es parcialmente cierto, me atengo a lo que resulte probado.

AL HECHO 11. Es cierto.

AL HECHO 12. Es cierto.

III. A LAS PRETENSIONES

Los elementos de juicio esgrimidos al contestar los hechos de la acción, en su esencia, explican las razones de orden legal por las cuales nos oponemos a las pretensiones de la parte demandante, y que pasamos a exponer al despacho de la siguiente forma:

A la Pretensión Primera: El Ministerio se opone, toda vez que el Ministerio reconoce que se debe proceder a liquidar la Orden De Compra No. 2791 de 2015, en el marco de lo regulado en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. No obstante, dentro de la liquidación de la citada orden de compra no se pueden incluir las facturas NAL3886 y NAL4105, toda vez que los servicios prestados, que dieron origen a las mencionadas facturas no fueron pactadas en la Orden de Compra mencionada, por lo cual carece de exigibilidad a través de la misma. A propósito, se extrae del concepto #4201713000002108 emitido por Colombia Compra Eficiente, lo siguiente:

“ ...

El reconocimiento de hechos cumplidos -aquellas actividades, bienes o servicios adquiridos por una Entidad Estatal sin causa jurídica, como el contrato no procede en la liquidación de un contrato, ya que el contenido de ésta sólo debe incorporar los asuntos relacionados con las prestaciones derivadas del contrato y su ejecución, es decir, aquellas que deben contar con respaldo presupuestal, en atención al principio de legalidad del gasto público...”

A la Pretensión Segunda: El Ministerio se opone, toda vez que el Ministerio reconoce que se debe proceder a liquidar la Orden De Compra No. 2791 de 2015, en el marco de lo regulado en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. No obstante, dentro de la liquidación de la citada orden de compra no se pueden incluir las facturas NAL3886 y NAL4105, toda vez

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



que los servicios prestados, que dieron origen a las mencionadas facturas no fueron pactadas en la Orden de Compra mencionada, por lo cual carece de exigibilidad a través de la misma. A propósito, se extrae del concepto #420171300002108 emitido por Colombia Compra Eficiente, lo siguiente:

“ ...

El reconocimiento de hechos cumplidos -aquellas actividades, bienes o servicios adquiridos por una Entidad Estatal sin causa jurídica, como el contrato no procede en la liquidación de un contrato, ya que el contenido de ésta sólo debe incorporar los asuntos relacionados con las prestaciones derivadas del contrato y su ejecución, es decir, aquellas que deben contar con respaldo presupuestal, en atención al principio de legalidad del gasto público...”

A la Pretensión Tercera: El Ministerio se opone, puesto que el valor que corresponde liquidar será el resultado de la aplicación del valor facturado por concepto de los servicios contratados y prestados por el accionante, frente a las obligaciones dinerarias pactadas, de manera expresa, por parte del Ministerio en la Orden de Compra No. 2791 de 2015.

A la Pretensión Cuarta: El Ministerio se opone, respecto a la pretensión del pago de intereses a la accionante, es preciso aclarar la situación que dio lugar a la expedición de las facturas No. NAL 3886 y NAL 4105 de 2017.

En primer término se considera que el pago de intereses moratorios no es procedente, por cuanto no existe un documento suscrito por las partes que evidencie un pacto, acuerdo o contrato sobre las condiciones, cuantía, forma y fecha de pago de los servicios prestados por el accionante como adicionales, por lo tanto, al no existir un escrito con los acuerdos mencionados, no es posible suponer dicha obligación o incumplimiento por parte del MinCIT, predicar lo contrario obligaría al Ministerio al pago de lo no debido, o, a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4° numeral 8° de la Ley 80 de 1993, sin un contrato o acuerdo previo y formal que sugiera incumplimiento a la responsabilidad contractual por parte del MinCIT.

En conclusión, no es posible sostener que el Ministerio ha incurrido en mora frente a la exigibilidad de obligaciones contenidas en un contrato, o se ha sustraído de pagar oportunamente el valor pactado, por cuanto, las obligaciones dinerarias acordadas en la Orden de Compra No. 2791 de 2015 fueron pagadas dentro de los términos convenidos como se demuestra con la certificación expedida por el Grupo de Tesorería de los años 2015, 2017 y 2019, en consecuencia, el cobro de las facturas No. NAL 3886 y NAL 4105 de 2017 no corresponden a servicios prestados en cumplimiento de dicha orden de compra, por lo que obedecen a servicios prestados sin la previa estipulación (acuerdo) expresa de las partes.

Así las cosas, hasta tanto no se declare la existencia de un hecho cumplido no nace la obligación de su cumplimiento, por consiguiente, no podría generar intereses una obligación que aún no ha nacido o haya sido declarada por autoridad judicial competente, conforme lo señalado por Colombia Compra Eficiente mediante concepto #420171300002108 del 06-09-2017.

“ ...

Para el reconocimiento y pago de los hechos cumplidos la Entidad Estatal debe realizar el trámite administrativo y presupuestal correspondiente para lo cual las partes, sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar, pueden acudir a la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos o en su defecto a la jurisdicción contencioso administrativa...”

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



La situación generada para la expedición de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017, radicadas ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el 22 de septiembre de 2017 y el 20 de octubre de 2017 con el radicado número 1-2017-018963, obedecen a la prestación de servicios por parte de la empresa EMTELCO S.A., por fuera de las obligaciones contraídas dentro de la Orden de Compra 2791 de 2015, las cuales superaron la proyección del presupuesto estimado en su momento por parte del **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** para cubrir las obligaciones dinerarias contratadas, los servicios fueron prestados por el Contratista en atención a que durante la vigencia del contrato se presentó un tráfico mucho mayor al previsto inicialmente en las transacciones del chat., servicios concordantes con los pactados en la Orden de Compra No. 2791 de 2015 cuyo objeto consiste en la prestación del servicio del call center de la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE), compuesto por la línea telefónica y el chat.

Al momento de elaborar el informe y cuenta de cobro para la factura del mes de agosto radicada en este Ministerio el 22 de septiembre de 2017, se evidenció que el servicio facturado superaba los recursos que soportaban la obligación del servicio del Call Center. Por lo anterior, la Supervisora del contrato quien funge como Subdirectora de Diseño y Administración de Operaciones comunicó de este hecho al ejecutivo de cuenta de la empresa EMTELCO S.A., para iniciar las acciones tendientes a efectuar las acciones necesarias para efectuar tanto el cobro como la liquidación correspondiente.

A continuación se relacionan los correos enviados a la empresa EMTELCO S.A. por parte de la supervisora de la Orden de Compra No. 2791, para adelantar los ajustes y trámites necesarios y para proceder al pago de las facturas de los meses de agosto y septiembre de 2017 y en los que solicita iniciar el proceso conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, procedimiento aplicable a este tipo de situaciones, de conformidad con lo dispuesto en el concepto No. #4201713000002108 del 06-09-2017, emitido por Colombia Compra Eficiente.

1. El día 27 de octubre de 2017 se remitió correo electrónico informando: *“De acuerdo con el tema que te he comentado, en relación a que el CDP que soporta la orden de compra 2791, la facturación de los meses de agosto y septiembre superaron el valor presupuestado. En este sentido, me permito solicitar que la factura del mes de agosto No. NAL3886 radicada en este Ministerio por un valor de \$ 29.930.267, se ajuste así: una por el saldo que tiene el CDP que corresponde a \$ 4.115.736 (preciso que es el valor final de la factura) y otra, por el saldo que es \$ 25.814.531 para el pago posterior.*

Adicionalmente, con el fin de concluir con el proceso de pago de las facturas de los meses de agosto y septiembre, considero que la vía es la conciliación, para lo cual, se requiere por parte de ustedes presentar ante la Procuraduría General de la Nación la solicitud para iniciar el proceso de conciliación. Cualquier inquietud estoy atenta. Agradezco su colaboración y quedo atenta a su respuesta”.

2. El 27 de octubre de 2017 la empresa EMTELCO S.A. informó: *“Acuso recibo de la información, la cual ya fue direccionada al interior en nuestra área financiera. Entiendo la celeridad requerida para el particular, en cuanto tenga avance inmediatamente se lo comunicare”.*

3. El día 8 de noviembre de 2017. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 reiteró al ejecutivo de cuenta al solicitud del proceso de conciliación, indicando *“De acuerdo con tu respuesta a mi correo enviado el pasado 27 de octubre de 2017, queda pendiente la respuesta al siguiente punto*

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



“Adicionalmente, con el fin concluir el proceso de pago de las facturas de los meses de agosto (saldo) y septiembre, considero que la vía es la conciliación, para lo cual, se requiere por parte de ustedes presentar ante la Procuraduría General de la Nación la solicitud para iniciar el proceso conciliatorio..”

4. El día 13 de noviembre de 2017. El ejecutivo de cuenta de EMTELCO S.A. informa a la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015: *“Dando alcance a nuestra conversación del viernes, le confirmo que después de validar con nuestra área jurídica y legal si es posible que iniciemos el proceso de conciliación ante procuraduría, toda vez que ya tenemos confirmación de su parte de que no se cuenta con los recursos presupuestales para realizar el pago de las facturas de agosto y septiembre, para lo cual como se lo comente, me solicitaron además de la orden de compra y sus modificaciones, los valores del presupuestos total y el ejecutado a fin de dar inicio a esta gestión”.*

5. El día 15 de noviembre de 2017. Se remite la información solicitada por EMTELCO S.A., es decir, Orden de Compra No. 2791 y sus modificaciones.

6. El día 30 de noviembre de 2017. Se reitera por parte de la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 la solicitud del acuerdo de conciliación señalando *“Teniendo en cuenta este proceso de manera atenta me permito solicitar tu amable apoyo para conocer el estado de este trámite”*

7. El día 7 de diciembre de 2017. La supervisora del contrato reitera al ejecutivo de cuenta de Emtelco la solicitud de conciliación, así: *“Me puedes confirmar las acciones que Emtelco ha adelantado en este tema”*

8. El 14 de diciembre de 2017. Nuevamente se remite por parte de la supervisora del contrato la solicitud de información del estado de la conciliación *“Solicito por favor me informe en que va este trámite”.*

9. El día 4 de abril de 2018. Se remite correo electrónico por parte de la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015, reiterando a la empresa EMTELCO S.A. la solicitud de conciliación así: *“...solicitar nos informe cómo va el proceso del asunto, qué acciones se han adelantado respecto al mismo. Te agradezco la información, teniendo en cuenta que no hemos recibido más del información del tema”.*

10. El día 5 de abril de 2018. La empresa EMTELCO S.A., a través del ejecutivo de cuenta informa a la supervisora del contrato: *“Les confirmo que estoy solicitando los avances del asunto, ya que a la fecha no me han informado estos desde el área correspondiente. En cuanto tenga avance de este les compartí la información”.*

11. El día 19 de junio de 2018. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 recibió correo electrónico por parte de la oficina de contabilidad del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el que indican *“De manera cordial solicitamos revisar las facturas adjuntas ya que fuimos reportados como deudor por el proveedor Emtelco operaciones reciprocas ante la Contaduría General de la Nación, estas facturas no se encuentran registradas en la contabilidad a la fecha, por ende el proveedor aún tiene esta cuenta pendiente por cobrar al Mincit; agradecemos nos envíen el radicado de las mismas a contabilidad para realizar el respectivo seguimiento”.*

12. El 19 de junio de 2018. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015, remitió correo electrónico al ejecutivo de cuenta de la empresa EMTELCO S.A. indicando: *“De acuerdo con las facturas del año pasado, le agradezco me informe qué trámite se ha realizado al interior de su compañía”.*

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



13. El 21 de junio de 2018. El ejecutivo de cuenta de EMTELCO S.A. informó: *“Te confirmo que desde el pasado 12 de junio nuestra área de asuntos legales y comerciales realizo la asignación del especialista externo en nuestra representación quien llevará el caso y solicitará la audiencia ante la procuraduría general de la nación. Teniendo en cuenta el avance anterior, les ire manteniendo al tanto de la situación particular”.*

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, me permito indicar que desde que se evidenció que los servicios prestados por el Contratista EMTELCO S.A. superaban los contratados en la Orden de Compra 2791 de 2015 y consecuentemente, el presupuesto dispuesto por el **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** sólo alcanzaban para cubrir las obligaciones pactadas en la mencionada orden de compra, por cuanto se presentó un tráfico mucho mayor al previsto en las transacciones del chat, la Supervisora de la orden de compra informó el procedimiento seguir por parte del accionante para lograr el pago de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017.

A pesar de la insistencia por parte de la Supervisora de la orden de compra No. 2791 de 2015, pasaron diez (10) meses sin que EMTELCO S.A. realizara la gestión ante la Procuraduría General de la Nación para iniciar el proceso de conciliación, requisito necesario para proceder a la consecución de los recursos y el correspondiente pago. La solicitud de conciliación fue presentada por EMTELCO S.A. solo hasta el día 11 de octubre de 2018, puesta a consideración y autorizada por el Comité de Conciliación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la sesión del Comité Virtual del 16 y 23 de octubre de 2018, es decir, cinco (5) días después, lo que pone de manifiesto el actuar eficaz y oportuno del Ministerio frente a este tema.

Como bien lo afirma el accionante en un aparte de la demanda, la conciliación adelantada ante la Procuraduría General de la Nación no fue aprobada, de acuerdo la providencia del 9 de agosto de 2019 del Juzgado cincuenta y Ocho (58) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. – Sección Tercera, debido a un tema formal, *“...Resulta claro entonces, que las razones que llevaron a la inaprobación no se refieren a aspectos de fondo que demuestren dificultades o disposiciones de derecho injustas, poco claras o exorbitantes, sino que por el contrario se trató de un mero aspecto formal, que no pudo ser advertido en su momento por mi representada, toda vez que no es ella la llamada a verificar el poder aportado en la diligencia de conciliación por la hoy demandada. Sin embargo, y más allá de este impase, resulta claro que el Ministerio de Comercio, Industria y Comercio, acepta su obligación de pago”*

Es claro que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, aprobó efectuar la conciliación para reconocer el pago a EMTELCO S.A. por concepto de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017, correspondientes a los servicios prestados por el contratista, como también es claro que los servicios prestados superaron los contratados y por consiguiente, los recursos proyectados y previamente comprometidos por el Ministerio para cumplir las obligaciones dinerarias pactadas en la Orden de Compra No. 2791 de 2015, en atención a que durante su vigencia se presentó un tráfico mucho mayor al previsto en las transacciones del chat.

En efecto, para el caso se cumplió con el requisito de procedibilidad que fue declarado fallido por un error de forma, pero que no deslegitima la intención inicial de esta cartera ministerial de efectuar el pago por los servicios efectivamente prestados.

Queda demostrado con el acervo probatorio que se arrima con el presente escrito que al Ministerio le asiste la voluntad de pago, que procedió a aprobar la asistencia a la audiencia conciliatoria de manera casi inmediata a la solicitud presentada por EMTELCO S.A. quien inició las acciones de manera tardía a pesar de la insistencia de la supervisora de la orden de compra 2791 de 2015.

Demostrado como queda el actuar diligente del Ministerio tendiente a pagar las facturas NAL3886 y NAL

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



4105 correspondientes a los servicios prestados por el Contratista EMTELCO S.A. durante los meses de agosto y septiembre de 2017, mal puede ahora el accionante solicitar el pago de unos intereses moratorios a la tasa máxima legal vigente, cuando la responsabilidad del inicio de las acciones tendientes al cobro son del resorte exclusivo de EMTELCO S.A., sociedad que no obró de forma diligente y que ahora pretende trasladar el costo de su falta de celeridad en los trámites a costa del **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**, esto, en concordancia con lo expuesto por este Ministerio en el sentido que el contratista pretende que se le reconozca que los servicios prestados fueron pactados dentro en la Orden de Compra 2791 de 2015. Tesis que resulta infundada en atención a los términos, cuantía y objeto contratados en el mencionada Orden de Compra.

Así las cosas, el actuar del Ministerio de Comercio, Industria y Comercio frente al agotamiento del procedimiento tendiente al pago de las facturas adeudadas al Contratista EMTELCO S.A., se encuentra respaldado en lo dispuesto por Colombia Compra Eficiente, en el concepto #4201713000002108, el 06-09-2017.

“1. Los hechos cumplidos se configuran: ... iii) cuando en la ejecución de un contrato se adicionan bienes o servicios no incluidos desde el inicio.

2. Por corresponder los hechos cumplidos a actividades, bienes o servicios adquiridos por una Entidad Estatal por fuera de un contrato, no se encuentran respaldados presupuestalmente en él, por lo cual incorporarlos en la liquidación del contrato iría en contra de la regla general del Estatuto Orgánico del Presupuesto, según la cual todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente, y con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a otro fin.

3. Por lo anterior, la Entidad Estatal debe agotar el procedimiento para el reconocimiento y pago de hechos cumplidos, pues de lo contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa por los bienes o servicios recibidos a por ella. La Entidad debe adecuar el respaldo presupuestal para las respectivas prestaciones realizadas por fuera de un contrato perfeccionado para su posterior reconocimiento y pago con los mecanismos que haya establecido para ese fin, por ejemplo, ya sea a través de la elaboración y registro de un acta presupuestal.

4. Las Entidades Estatales deben realizar un juicioso estudio de planeación contractual, identificando sus necesidades y los medios para satisfacerlas. La planeación requiere de la Entidad Estatal un proceso encaminado al conocimiento del mercado y de sus partícipes para utilizar sus recursos de la manera más adecuada y satisfacer sus necesidades generando mayor valor por dinero en cada una de sus adquisiciones.

5. Finalmente, las partes de mutuo acuerdo pueden acudir ante la Procuraduría General de la Nación para la legalización de los hechos cumplidos a través de la conciliación prejudicial como mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio de la cual, se legaliza la actuación que constituyó una inadecuada labor administrativa en la planeación de los procesos contractuales.”

Teniendo en cuenta que el pago de las obligaciones derivadas de los servicios ejecutados por EMTELCO S.A. contemplados en las facturas NAL3886 y NAL 4105 no cuentan con un soporte contractual y para cuyo reconocimiento debe concluirse la etapa de la legalización de los hechos cumplidos, la exigibilidad de su pago es el objeto del presente proceso administrativo y mediante el fallo que se expida se generará la obligación del pago a partir de su notificación, por tal motivo, ante una obligación que no ha nacido para el Ministerio no puede generarse ningún tipo de intereses, y menos aún de mora cuando no existe una obligación o un pacto que indique fecha para el cumplimiento de su pago.

A la Pretensión Cuarta: El Ministerio se opone a esta pretensión, lo anterior teniendo en cuenta que el proceso de conciliación fue declarado fallido por un error de forma, que no desvirtúa el interés del Ministerio

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>





de adelantar la liquidación de la orden de compra 2791 de 2015 y el reconocimiento y pago de los servicios prestados y cobrados con las facturas NAL3886 y NAL 4105, por cuanto no hay renuencia en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino que las acciones se inician en de forma tardía por parte del accionante, como se explicó anteriormente.

IV. RAZONES DE LA DEFENSA

Como se viene expresando, se considera que el pago de intereses moratorios no es procedente, por cuanto no existe un documento suscrito por las partes que evidencie un pacto, acuerdo o contrato sobre las condiciones, cuantía, forma y fecha de pago de los servicios prestados por el accionante como adicionales, por lo tanto, al no existir un escrito con los acuerdos mencionados, no es posible suponer dicha obligación o incumplimiento por parte del MinCIT, predicar lo contrario obligaría al Ministerio al pago de lo no debido, o, a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4° numeral 8° de la Ley 80 de 1993, sin un contrato o acuerdo previo y formal que sugiera incumplimiento a la responsabilidad contractual por parte del MinCIT.

En conclusión, no es posible sostener que el Ministerio ha incurrido en mora frente a la exigibilidad de obligaciones contenidas en un contrato, o se ha sustraído de pagar oportunamente el valor pactado, por cuanto, las obligaciones dinerarias acordadas en la Orden de Compra No. 2791 de 2015 fueron pagadas dentro de los términos convenidos como se demuestra con la certificación expedida por el Grupo de Tesorería de los años 2015, 2017 y 2019, en consecuencia, el cobro de las facturas No. NAL 3886 y NAL 4105 de 2017 no corresponden a servicios prestados en cumplimiento de dicha orden de compra, por lo que obedecen a servicios prestados sin la previa estipulación (acuerdo) expresa de las partes.

Así las cosas, hasta tanto no se declare la existencia de un hecho cumplido no nace la obligación de su cumplimiento, por consiguiente, no podría generar intereses una obligación que aún no ha nacido o haya sido declarada por autoridad judicial competente, conforme lo señalado por Colombia Compra Eficiente mediante concepto #420171300002108 del 06-09-2017.

“ ...

Para el reconocimiento y pago de los hechos cumplidos la Entidad Estatal debe realizar el trámite administrativo y presupuestal correspondiente para lo cual las partes, sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar, pueden acudir a la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos o en su defecto a la jurisdicción contencioso administrativa...”

La situación generada para la expedición de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017, radicadas ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el 22 de septiembre de 2017 y el 20 de octubre de 2017 con el radicado número 1-2017-018963, obedecen a la prestación de servicios por parte de la empresa EMTELCO S.A., por fuera de las obligaciones contraídas dentro de la Orden de Compra 2791 de 2015, las cuales superaron la proyección del presupuesto estimado en su momento por parte del **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** para cubrir las obligaciones dinerarias contratadas, los servicios fueron prestados por el Contratista en atención a que durante la vigencia del contrato se presentó un tráfico mucho mayor al previsto inicialmente en las transacciones del chat., servicios concordantes con los pactados en la Orden de Compra No. 2791 de 2015 cuyo objeto consiste en la prestación del servicio del call center de la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE), compuesto por la línea telefónica y el chat.

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



Al momento de elaborar el informe y cuenta de cobro para la factura del mes de agosto radicada en este Ministerio el 22 de septiembre de 2017, se evidenció que el servicio facturado superaba los recursos que soportaban la obligación del servicio del Call Center. Por lo anterior, la Supervisora del contrato quien funge como Subdirectora de Diseño y Administración de Operaciones comunicó de este hecho al ejecutivo de cuenta de la empresa EMTELCO S.A., para iniciar las acciones tendientes a efectuar las acciones necesarias para efectuar tanto el cobro como la liquidación correspondiente.

A continuación se relacionan los correos enviados a la empresa EMTELCO S.A. por parte de la supervisora de la Orden de Compra No. 2791, para adelantar los ajustes y trámites necesarios y para proceder al pago de las facturas de los meses de agosto y septiembre de 2017 y en los que solicita iniciar el proceso conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, procedimiento aplicable a este tipo de situaciones, de conformidad con lo dispuesto en el concepto No. #420171300002108 del 06-09-2017, emitido por Colombia Compra Eficiente.

1. El día 27 de octubre de 2017 se remitió correo electrónico informando: *“De acuerdo con el tema que te he comentado, en relación a que el CDP que soporta la orden de compra 2791, la facturación de los meses de agosto y septiembre superaron el valor presupuestado. En este sentido, me permito solicitar que la factura del mes de agosto No. NAL3886 radicada en este Ministerio por un valor de \$ 29.930.267, se ajuste así: una por el saldo que tiene el CDP que corresponde a \$ 4.115.736 (preciso que es el valor final de la factura) y otra, por el saldo que es \$ 25.814.531 para el pago posterior.*

Adicionalmente, con el fin de concluir con el proceso de pago de las facturas de los meses de agosto y septiembre, considero que la vía es la conciliación, para lo cual, se requiere por parte de ustedes presentar ante la Procuraduría General de la Nación la solicitud para iniciar el proceso de conciliación. Cualquier inquietud estoy atenta. Agradezco su colaboración y quedo atenta a su respuesta”.

2. El 27 de octubre de 2017 la empresa EMTELCO S.A. informó: *“Acuso recibo de la información, la cual ya fue direccionada al interior en nuestra área financiera. Entiendo la celeridad requerida para el particular, en cuanto tenga avance inmediatamente se lo comunicare”.*

3. El día 8 de noviembre de 2017. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 reiteró al ejecutivo de cuenta al solicitud del proceso de conciliación, indicando *“De acuerdo con tu respuesta a mi correo enviado el pasado 27 de octubre de 2017, queda pendiente la respuesta al siguiente punto “Adicionalmente, con el fin concluir el proceso de pago de las facturas de los meses de agosto (saldo) y septiembre, considero que la vía es la conciliación, para lo cual, se requiere por parte de ustedes presentar ante la Procuraduría General de la Nación la solicitud para iniciar el proceso conciliatorio..”*

4. El día 13 de noviembre de 2017. El ejecutivo de cuenta de EMTELCO S.A. informa a la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015: *“Dando alcance a nuestra conversación del viernes, le confirmo que después de validar con nuestra área jurídica y legal si es posible que iniciemos el proceso de conciliación ante procuraduría, toda vez que ya tenemos confirmación de su parte de que no se cuenta con los recursos presupuestales para realizar el pago de las facturas de agosto y septiembre, para lo cual como se lo comente, me solicitaron además de la orden de compra y sus modificaciones, los valores del presupuestos total y el ejecutado a fin de dar inicio a esta gestión”.*

5. El día 15 de noviembre de 2017. Se remite la información solicitada por EMTELCO S.A., es decir, Orden

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



de Compra No. 2791 y sus modificaciones.

6. El día 30 de noviembre de 2017. Se reitera por parte de la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 la solicitud del acuerdo de conciliación señalando *“Teniendo en cuenta este proceso de manera atenta me permito solicitar tu amable apoyo para conocer el estado de este trámite”*

7. El día 7 de diciembre de 2017. La supervisora del contrato reitera al ejecutivo de cuenta de Emtelco la solicitud de conciliación, así: *“Me puedes confirmar las acciones que Emtelco ha adelantado en este tema”*

8. El 14 de diciembre de 2017. Nuevamente se remite por parte de la supervisora del contrato la solicitud de información del estado de la conciliación *“Solicito por favor me informe en que va este trámite”*.

9. El día 4 de abril de 2018. Se remite correo electrónico por parte de la Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015, reiterando a la empresa EMTELCO S.A. la solicitud de conciliación así: *“...solicitar nos informe cómo va el proceso del asunto, qué acciones se han adelantado respecto al mismo. Te agradezco la información, teniendo en cuenta que no hemos recibido más del información del tema”*.

10. El día 5 de abril de 2018. La empresa EMTELCO S.A., a través del ejecutivo de cuenta informa a la supervisora del contrato: *“Les confirmo que estoy solicitando los avances del asunto, ya que a la fecha no me han informado estos desde el área correspondiente. En cuanto tenga avance de este les compartí la información”*.

11. El día 19 de junio de 2018. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015 recibió correo electrónico por parte de la oficina de contabilidad del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el que indican *“De manera cordial solicitamos revisar las facturas adjuntas ya que fuimos reportados como deudor por el proveedor Emtelco operaciones reciprocas ante la Contaduría General de la Nación, estas facturas no se encuentran registradas en la contabilidad a la fecha, por ende el proveedor aún tiene esta cuenta pendiente por cobrar al Mincit; agradecemos nos envíen el radicado de las mismas a contabilidad para realizar el respectivo seguimiento”*.

12. El 19 de junio de 2018. La Supervisora de la Orden de Compra No. 2791 de 2015, remitió correo electrónico al ejecutivo de cuenta de la empresa EMTELCO S.A. indicando: *“De acuerdo con las facturas del año pasado, le agradezco me informe qué trámite se ha realizado al interior de su compañía”*.

13. El 21 de junio de 2018. El ejecutivo de cuenta de EMTELCO S.A. informó: *“Te confirmo que desde el pasado 12 de junio nuestra área de asuntos legales y comerciales realizo la asignación del especialista externo en nuestra representación quien llevará el caso y solicitará la audiencia ante la procuraduría general de la nación. Teniendo en cuenta el avance anterior, les ire manteniendo al tanto de la situación particular”*.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, me permito indicar que desde que se evidenció que los servicios prestados por el Contratista EMTELCO S.A. superaban los contratados en la Orden de Compra 2791 de 2015 y consecuentemente, el presupuesto dispuesto por el **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** sólo alcanzaban para cubrir las obligaciones pactadas en la mencionada orden de compra, por cuanto se presentó un tráfico mucho mayor al previsto en las transacciones del chat, la Supervisora de la orden de compra informó el procedimiento seguir por parte del accionante para lograr el pago de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017.

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



A pesar de la insistencia por parte de la Supervisora de la orden de compra No. 2791 de 2015, pasaron diez (10) meses sin que EMTELCO S.A. realizara la gestión ante la Procuraduría General de la Nación para iniciar el proceso de conciliación, requisito necesario para proceder a la consecución de los recursos y el correspondiente pago. La solicitud de conciliación fue presentada por EMTELCO S.A. solo hasta el día 11 de octubre de 2018, puesta a consideración y autorizada por el Comité de Conciliación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la sesión del Comité Virtual del 16 y 23 de octubre de 2018, es decir, cinco (5) días después, lo que pone de manifiesto el actuar eficaz y oportuno del Ministerio frente a este tema.

Como bien lo afirma el accionante en un aparte de la demanda, la conciliación adelantada ante la Procuraduría General de la Nación no fue aprobada, de acuerdo la providencia del 9 de agosto de 2019 del Juzgado cincuenta y Ocho (58) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. – Sección Tercera, debido a un tema formal, *“...Resulta claro entonces, que las razones que llevaron a la inaprobación no se refieren a aspectos de fondo que demuestren dificultades o disposiciones de derecho injustas, poco claras o exorbitantes, sino que por el contrario se trató de un mero aspecto formal, que no pudo ser advertido en su momento por mi representada, toda vez que no es ella la llamada a verificar el poder aportado en la diligencia de conciliación por la hoy demandada. Sin embargo, y más allá de este impase, resulta claro que el Ministerio de Comercio, Industria y Comercio, acepta su obligación de pago”*

Es claro que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, aprobó efectuar la conciliación para reconocer el pago a EMTELCO S.A. por concepto de las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017, correspondientes a los servicios prestados por el contratista, como también es claro que los servicios prestados superaron los contratados y por consiguiente, los recursos proyectados y previamente comprometidos por el Ministerio para cumplir las obligaciones dinerarias pactadas en la Orden de Compra No. 2791 de 2015, en atención a que durante su vigencia se presentó un tráfico mucho mayor al previsto en las transacciones del chat.

En efecto, para el caso se cumplió con el requisito de procedibilidad que fue declarado fallido por un error de forma, pero que no deslegitima la intención inicial de esta cartera ministerial de efectuar el pago por los servicios efectivamente prestados.

Queda demostrado con el acervo probatorio que se arrima con el presente escrito que al Ministerio le asiste la voluntad de pago, que procedió a aprobar la asistencia a la audiencia conciliatoria de manera casi inmediata a la solicitud presentada por EMTELCO S.A. quien inició las acciones de manera tardía a pesar de la insistencia de la supervisora de la orden de compra 2791 de 2015.

Demuestra como queda el actuar diligente del Ministerio tendiente a pagar las facturas NAL3886 y NAL 4105 correspondientes a los servicios prestados por el Contratista EMTELCO S.A. durante los meses de agosto y septiembre de 2017, mal puede ahora el accionante solicitar el pago de unos intereses moratorios a la tasa máxima legal vigente, cuando la responsabilidad del inicio de las acciones tendientes al cobro son del resorte exclusivo de EMTELCO S.A., sociedad que no obró de forma diligente y que ahora pretende trasladar el costo de su falta de celeridad en los trámites a costa del **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**, esto, en concordancia con lo expuesto por este Ministerio en el sentido que el contratista pretende que se le reconozca que los servicios prestados fueron pactados dentro en la Orden de Compra 2791 de 2015. Tesis que resulta infundada en atención a los términos, cuantía y objeto contratados en el mencionada Orden de Compra.

Así las cosas, el actuar del Ministerio de Comercio, Industria y Comercio frente al agotamiento del procedimiento tendiente al pago de las facturas adeudadas al Contratista EMTELCO S.A., se encuentra respaldado en lo dispuesto por Colombia Compra Eficiente, en el concepto #4201713000002108, el 06-09-

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



2017.

“1. Los hechos cumplidos se configuran: ... iii) cuando en la ejecución de un contrato se adicionan bienes o servicios no incluidos desde el inicio.

2. Por corresponder los hechos cumplidos a actividades, bienes o servicios adquiridos por una Entidad Estatal por fuera de un contrato, no se encuentran respaldados presupuestalmente en él, por lo cual incorporarlos en la liquidación del contrato iría en contra de la regla general del Estatuto Orgánico del Presupuesto, según la cual todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente, y con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a otro fin.

3. Por lo anterior, la Entidad Estatal debe agotar el procedimiento para el reconocimiento y pago de hechos cumplidos, pues de lo contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa por los bienes o servicios recibidos a por ella. La Entidad debe adecuar el respaldo presupuestal para las respectivas prestaciones realizadas por fuera de un contrato perfeccionado para su posterior reconocimiento y pago con los mecanismos que haya establecido para ese fin, por ejemplo, ya sea a través de la elaboración y registro de un acta presupuestal.

4. Las Entidades Estatales deben realizar un juicioso estudio de planeación contractual, identificando sus necesidades y los medios para satisfacerlas. La planeación requiere de la Entidad Estatal un proceso encaminado al conocimiento del mercado y de sus partícipes para utilizar sus recursos de la manera más adecuada y satisfacer sus necesidades generando mayor valor por dinero en cada una de sus adquisiciones.

5. Finalmente, las partes de mutuo acuerdo pueden acudir ante la Procuraduría General de la Nación para la legalización de los hechos cumplidos a través de la conciliación prejudicial como mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio de la cual, se legaliza la actuación que constituyó una inadecuada labor administrativa en la planeación de los procesos contractuales.”

Teniendo en cuenta que el pago de las obligaciones derivadas de los servicios ejecutados por EMTELCO S.A. contemplados en las facturas NAL3886 y NAL 4105 no cuentan con un soporte contractual y para cuyo reconocimiento debe concluirse la etapa de la legalización de los hechos cumplidos, la exigibilidad de su pago es el objeto del presente proceso administrativo y mediante el fallo que se expida se generará la obligación del pago a partir de su notificación, por tal motivo, ante una obligación que no ha nacido para el Ministerio no puede generarse ningún tipo de intereses, y menos aún de mora cuando no existe una obligación o un pacto que indique fecha para el cumplimiento de su pago.

V. EXCEPCIONES

Con el fin de enervar las pretensiones del demandante, formulo las siguientes excepciones:

1. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO – MINCIT

A mi representada no le puede ser atribuible la supuesta responsabilidad del pago de intereses, puesto que no hay prueba que demuestre que ha incurrido en alguna conducta que comprometa responsabilidad; de los hechos, pretensiones y pruebas se puede inferir que estos intereses solicitados no son atribuibles al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



2. EXCEPCIONES DE OFICIO

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, que indica: “En la sentencia se decidirán sobre las excepciones propuesta y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus”. Solicito respetuosamente al señor Juez se sirva reconocer las excepciones que se demuestren en el curso del proceso y cualquier otra que se encuentre probada.

3. EXCEPCIONES DE COMPENSACIÓN y BUENA FE

Sin que implique reconocimiento alguno, sobre cualquier suma pagada o reconocida demás, respecto de eventuales valores a los que –no obstante lo ya mencionado- pudiese condenarse y por el trámite seguido a este proceso; junto con la imposibilidad de generar intereses moratorios y otros como sanción, respecto de un reconocimiento jurídicamente más que sustentable en su negación y por la misma naturaleza y finalidad del soporte que dice haberlo contemplado.

En consecuencia, en manera alguna, se le ha vulnerado derecho legal alguno al demandante, por parte de mi representada **LA NACIÓN MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**; por lo que, conforme a la anterior argumentación, solicito al Despacho niegue las pretensiones del procesos en especial el reconocimiento de los intereses moratorios.

VI. PETICIONES

Con fundamento en la anterior argumentación, ruego denegar de plano todas las pretensiones del demandante del presente proceso en contra de a mi representada **NACION - MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**, por las razones expuestas en el presente escrito, toda vez que no le asiste obligación alguna frente a las pretensiones solicitadas en especial en la solicitud de reconocimiento y pago de los intereses moratorios.

VII. PRUEBAS

Solicito se decreten y tengan las siguientes:

Las documentales:

- Copia certificaciones de pago de los años 2015, 2107, 2019.
- Correos electrónicos relacionados en el escrito de la demanda.

VIII. NOTIFICACIONES Y DIRECCIONES

La jefe de la oficina asesora jurídica y la suscrita, recibiremos notificaciones en la calle 28 No 13A – 15 de Bogotá, correo electrónico notificacionesjudiciales@mincit.gov.co / ncordoba@mincit.gov.co

Del señor Juez

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



El progreso
es de todos

Mincomercio



Radicado No. 2-2020-031225
2020-11-06 10:49:02 a. m.

"De conformidad con el Decreto 2150 de 1995 y la Ley 962 de 2005, la firma mecánica que aparece a continuación, tiene plena validez para todos los efectos legales y no necesita autenticación, ni sello.
Adicionalmente este documento ha sido firmado digitalmente de conformidad con la ley 527 de 1999 y la resolución 2817 de 2012."

Cordialmente,

NUBIA YENITH CORDOBA ZAMBRANO
COORDINADORA GRUPO PROCESOS JUDICIALES - PROFESIONAL ESPECIALIZADO
OFICINA ASESORA JURÍDICA

CopiaInt:

CopiaExt:

Folios: 14

Anexos:

Nombre anexos: EMTELCO S.A.S. - 2015.pdf

EMTELCO S.A.S. - 2017.pdf

EMTELCO S.A.S. - 2019.pdf

Orden de Compra 2791 _2_.msg

Orden de Compra 2791.msg

RE Operaciones Reciprocas.msg

RE Orden de Compra 2791 _1_.msg

RE Orden de Compra 2791 _3_.msg

RE Orden de Compra 2791.msg

RV Operaciones Reciprocas.msg

anexos de representacion judicial.pdf

PODER.pdf

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20