

PLAZO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / MULTA AL CONTRATISTA / CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / OBRA PÚBLICA / EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / MORA / DEUDOR MOROSO / ACREEDOR / ENTIDAD ESTATAL / PERJUICIOS / CONTRATO ESTATAL / APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO / APLICACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA LEY EN EL TIEMPO / INTERVENTOR / OBLIGACIONES DEL INTERVENTOR / REPRESENTANTE LEGAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / PRÓRROGA AUTOMÁTICA DEL CONTRATO ESTATAL / PRORROGA TÁCITA DEL PLAZO DEL CONTRATO ESTATAL / DERECHOS DEL CONTRATISTA / PAGO DE LA OBRA PÚBLICA / INDEXACIÓN

[Obras ejecutadas fuera del plazo de ejecución del contrato] [L]a Sala considera importante recordar que las entidades contratantes tienen múltiples alternativas cuando se enfrentan al retardo en el cumplimiento de las obligaciones por parte un contratista. Entre ellas se encuentran la posibilidad de multar al contratista, declarar el incumplimiento total o parcial, o, si las circunstancias lo ameritan, declarar la caducidad del contrato. De otra parte, si los hechos que motivan los retardos son ajenos a las partes, estas cuentan con la posibilidad de alterar por medio de modificaciones bilaterales el plazo, antes de la terminación del contrato; bien sea a través de prórrogas o de suspensiones. (...) El plazo de ejecución del Contrato, entre el (...) y el (...) era el término que tenía el contratista para el cumplimiento oportuno de su obligación principal: la ejecución de las obras. Una vez llegado el (...) el contratista debía, para cumplir en término, haber ejecutado todas las obligaciones derivadas del contrato (...) De lo contrario, se encontraría en mora, pues según el artículo 1608 del Código Civil, el deudor está en mora. (...) Además, salvo que mediara una causal que eximiera su inejecución, el contratista habría incumplido sus obligaciones. (...) No obstante, una vez en mora, el deudor puede dar cumplimiento tardío a su obligación, salvo que se trate de un término esencial. Por lo anterior, el Código Civil prevé en su artículo 1610 que el acreedor puede exigir de un deudor moroso: 1) que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido, 2) que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor, o 3) que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato. En cualquier caso, el acreedor además podrá exigir la correspondiente indemnización de perjuicios. (...) Como puede evidenciarse, nuestro ordenamiento jurídico permite que el deudor en mora pueda, a elección del acreedor, cumplir con la obligación principal. Se hace énfasis en este punto sobre el hecho de que el artículo 1610 permite estas tres opciones (...) [a elección] del acreedor, es decir, todo esto depende del interés, en este caso de la entidad estatal. (...) Por ello, si un contratista cumple con sus obligaciones contractuales por fuera del plazo de ejecución, y la entidad decide recibir la prestación que se le adeuda, resulta lógico que el contratista tenga el derecho de recibir la contraprestación de las prestaciones ejecutadas y recibidas a satisfacción. Lo anterior no implica que las entidades estatales estén obligadas a recibir las prestaciones ejecutadas fuera del plazo de ejecución. Tampoco quiere decir lo anterior que todas las obras ejecutadas fuera del plazo deban ser pagadas. De la misma manera, lo sostenido no significa que las entidades no puedan ejercer sus poderes excepcionales para declarar el incumplimiento de la obligación e imponer el pago de los perjuicios causados por entregar fuera del plazo. Menos aún, que no se puedan reclamar judicialmente tales perjuicios o que las partes no puedan realizar acuerdos sobre este asunto en la etapa de liquidación del contrato. (...) Visto lo anterior, se puede afirmar que el plazo de ejecución del Contrato, entre el (...) y el (...) era el término que tenía el contratista

para el cumplimiento oportuno de su obligación: la ejecución de las obras. Una vez llegado el (...) el contratista debía, para cumplir en término, haber ejecutado todas las obligaciones derivadas del contrato (...) Así las cosas, la obra realizada por el contratista entre el (...) y el (...) fue ejecutada como cumplimiento tardío de las obligaciones contractuales con fuente en el contrato (...) Además, estas obras fueron recibidas a satisfacción por la entidad, según consta en el acta adicional de (...) En consecuencia, el contratista tiene derecho a la contraprestación económica por la ejecución tardía de sus obligaciones. (...) En relación con esta decisión, la Sala considera relevante poner de presente que las obras inconclusas son un problema en toda la geografía nacional. Los inconvenientes son tan graves que el legislador creó, por medio de la Ley 2020 de 2020, el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, como un mecanismo para lograr concretar la destinación definitiva de esas obras. Si bien esta Ley no había sido promulgada para la época de los hechos, la Sala considera que la decisión que aquí se adopta se alinea con las finalidades del legislador, de las entidades contratantes, y de la ciudadanía en general, pues permite la conclusión de las obras con el fin de lograr concretar su destinación definitiva; lo cual redundaría en la satisfacción del interés general. (...) Sobre lo anterior, se considera necesario agregar que el cumplimiento tardío de las obligaciones no libera al contratista de las consecuencias jurídicas de la mora, como podría ser la indemnización de los perjuicios sufridos por la entidad. Asunto este que no se demandó. Este cumplimiento tardío tampoco exime de la eventual responsabilidad, contractual o de otro tipo, que pueda corresponder al interventor o supervisor por no haber advertido de un posible incumplimiento durante el plazo de ejecución, o que pueda corresponder al representante legal de la entidad en caso de que no hubiera tomado las medidas conminatorias o sancionatorias en contra del contratista incumplido o potencialmente incumplido. (...) Asimismo, la Sala considera indispensable aclarar que este caso no se inscribe en el marco de una prórroga automática o tácita de los contratos estatales, pues la obligación cumplida tardíamente había nacido y era exigible, pero no se ejecutó en tiempo. (...) A la luz de lo señalado, en la parte resolutive de esta decisión se reconocerá el derecho del contratista a recibir el pago de las obras ejecutadas en cumplimiento del contrato (...) pero fuera del plazo de ejecución acordado. El valor reconocido será el que las propias partes determinaron en el acta de recibo definitivo de obras y este será indexado.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1608 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1610 / LEY 2020 DE 2020

COSTOS DE LA OBRA PÚBLICA / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL / ACTO PROPIO / CONTRATO ESTATAL / PLAZO DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATISTA / NEGOCIO JURÍDICO / CONTRATISTA / DERECHOS DEL CONTRATISTA / MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA PÚBLICA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

[Costos asociados a la mayor permanencia en obra. Fuerza obligatoria de las modificaciones contractuales, las salvedades y constancias, la buena fe y la doctrina de los actos propios] (...) El demandante reclamó judicialmente los costos asociados a la mayor permanencia en obra. La Sala debe analizar los documentos por medio de los cuales se modificó el plazo del contrato (...) Estas modificaciones indican que no habría lugar a adiciones de valor o sobrecostos para el Instituto y que el contratista no presentaría reclamación alguna por mayor permanencia en obra y la Sala no puede desconocer sus efectos y su fuerza vinculante, puesto que se trata de negocios jurídicos celebrados por las dos partes del contrato y en relación con los cuales no se observa, ni se alegó, ningún vicio de nulidad. (...) La solicitud

del contratista, presentada con la apelación, de que no se aplicara la jurisprudencia de esta corporación sobre (...) [el efecto de las adiciones o los reclamos no considerados en ellas, pues esta normalidad fue absolutamente ajena a las circunstancias vividas en este contrato], no resulta procedente, en la medida en que cualquier decisión judicial en ese sentido implicaría desconocer un acuerdo entre las partes. (...) En primer lugar, esta solicitud no hizo parte de la demanda, sino que se trajo como argumento a propósito de la apelación. (...) En segundo lugar, la modificación examinada, según consta en sus considerandos, se hizo después de un procedimiento que incluyó: la solicitud por parte del contratista (...) Visto todo lo anterior, para la Sala las alegaciones relacionadas con las circunstancias excepcionales y de anormalidad que hubieren impedido la consignación de salvedades o constancias, no se encuentran acreditadas, debido a que la modificación fue suscrita después de haberse surtido su trámite habitual. (...) Como consecuencia de lo señalado, se concluye que el contratista no tiene derecho al reconocimiento de los costos asociados a la mayor permanencia en obra derivados de la celebración de los adicionales (...)

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 24809, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1 de julio de 2015, exp. 37613, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de junio de 2021, exp. 51529, C.P. Alberto Montaña Plata. Se pone de presente que este precedente no es compartido por el Magistrado Martín Bermúdez Muñoz y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 17 de marzo de 2021, exp. 41752, C.P. Alberto Montaña Plata.

OBRA PÚBLICA / EJECUCIÓN DE OBRA ADICIONAL / PLAZO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / ENTIDAD ESTATAL / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATISTA / DEBERES DEL CONTRATISTA / CONTRATO ESTATAL / SOLEMNIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE PRUEBA / FALTA DE PRUEBA / NEGACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

[Obras adicionales ejecutadas durante el plazo de ejecución del contrato sin orden de la entidad] El demandante solicitó el reconocimiento y pago de obras adicionales necesarias para la ejecución del objeto contractual que no fueron recibidas ni pagadas por la entidad contratante. (...) La Sala recuerda que es necesario que exista una modificación para que se condene a una entidad contratante a pagar obras adicionales. Ello es así, puesto que solamente con la modificación se entiende que el contratista tiene la obligación de ejecutarlas y la entidad la correlativa obligación de pagarlas. Esta es una consecuencia de la solemnidad que se exige para los contratos estatales y sus modificaciones; deben constar por escrito. Por tanto, en el caso concreto no puede accederse a esta pretensión, pues se trató, como reconoció el contratista, de obras que (...) [no tenía contratadas] (...) Adicionalmente, en el contrato (...) era necesaria una orden escrita del Instituto para que procediera el pago de las obras adicionales. En el expediente no obra copia de esa orden escrita, motivo por el cual no procede su pago. (...) Por otro lado, el demandante alegó, en su escrito de apelación, que tenía derecho al pago de conformidad con (...) [la Ley especial de emergencia].

Sobre este aspecto la Sala pone de presente que el contratista no presentó ninguna pretensión en este sentido, no hizo alusión a la legislación de emergencia en su demanda, ni fundamentó en ella las peticiones relacionadas con las obras ejecutadas durante el plazo de ejecución del contrato. Las pretensiones sobre este punto en la demanda, con claridad, se inscribieron en el marco de los mayores costos o costos adicionales en la ejecución del contrato (...) Por tanto, se desconocería la congruencia si en esta Sentencia se estudiara esta alegación, que aparece como una nueva pretensión, y que fue introducida en la apelación contra la providencia de primera instancia.

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. 10151, C.P. Daniel Suárez Hernández; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007 exp. 15469, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 8 de julio de 2021 exp. 52045, C.P. Alberto Montaña Plata

FACTURA / MORA / AUSENCIA DE PRUEBA / FALTA DE PRUEBA / CONTRATO ESTATAL / CARGA DE LA PRUEBA / CARGAS PROCESALES / INCUMPLIMIENTO DE CARGA DE LA PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE CARGA DE LA PRUEBA / NEGACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

[Mora en el pago de las facturas] Adicionalmente, en el expediente no obra prueba del momento del pago total de las facturas (...) El Tribunal decidió, con base en una comunicación interna del Inviás que hablaba de pagos parciales en (...) condenar en abstracto para que se determinaran en un incidente posterior los intereses moratorios. No obstante, para la Sala, el demandante debió demostrar que el pago había sido tardío fuera de los 90 días de que trataba el Contrato, circunstancia que exigía la demostración de la fecha de pago. Por ello, sobre el punto, se revocará la decisión del Tribunal y se negarán las pretensiones (...)

PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN / CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO ESTATAL / TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / PAGO DE ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL

[Pretensiones de la demanda de reconversión sobre la no amortización del anticipo y su caducidad] Sobre el particular debe establecerse, en primer lugar, si, en relación con las pretensiones de la demanda de reconversión, operó el fenómeno de la caducidad. (...) [E]l contrato objeto del litigio era un contrato que requería liquidación y en el cual esta no se realizó de mutuo acuerdo, ni de manera unilateral por la entidad. Entonces, el conteo debe hacerse de conformidad con lo ordenado por el literal i v) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA. Según la cláusula trascrita, las partes acordaron que tenían un término de 4 meses contado a partir del acta de recibo definitivo de obra para liquidar bilateralmente el contrato, y la entidad contaba con un término de 2 meses adicionales para liquidarlo unilateralmente. A partir del vencimiento de este último, debe contarse el término de 2 años ordenado por las normas procesales sobre caducidad. (...) El acta de recibo final fue suscrita por las partes el día (...) Luego, el término de 4 meses para liquidar bilateralmente venció en (...) y el término de 2 meses para liquidar unilateralmente en (...). Los dos años de que trata el artículo 164 del CPACA se contaban desde esta última fecha y se cumplieron el (...) y no

había operado la caducidad sobre las pretensiones de la demanda de reconvención presentada el (...). La Sala, a diferencia de lo señalado por el Tribunal, considera que la aclaración del acta de recibo final no alteró el momento a partir del cual debía hacerse el conteo de la caducidad, pues el pacto de las partes era claro sobre el punto la fecha de suscripción del acta de recibo definitivo (...). En relación con la amortización del anticipo, punto apelado por las dos partes, se encuentra acreditado que su valor fue de (...) y el valor amortizado de (...) para un saldo pendiente de (...). En consecuencia, se declarará el incumplimiento del contratista, pues, como lo declaró el Tribunal y se encuentra demostrado, el contratista no amortizó la totalidad del anticipo que se le entregó.

FUENTE FORMAL: C.P.A.C.A – ARTÍCULO 164 NUMERAL 2

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / SENTENCIA JUDICIAL / CONTRATISTA / OBRA PÚBLICA / EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / PLAZO / MORA / ANTICIPO DEL CONTRATO / ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / COMPENSACIÓN / ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA

[Liquidación judicial del contrato] De conformidad con las declaraciones realizadas en esta Sentencia, la entidad contratante adeuda (...) al contratista por concepto de las obras ejecutadas fuera del plazo de ejecución del contrato, pero en cumplimiento de las obligaciones derivadas de este y para purgar su mora. Por su parte, el contratista debe a la entidad (...) por concepto de anticipo no amortizado. A la luz de lo anterior, se liquida judicialmente el contrato (...) con un saldo de (...) a favor del Consorcio (...) Lo anterior de conformidad con la solicitud de compensación presentada por el Consorcio. Este valor actualizado equivale a (...)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 47001-23-33-001-2013-00363-01(61641)

Actor: CONSORCIO PUENTES (INTEGRADO POR OSCAR BRAVO OCAMPO, MARGARITA MARÍA VILLA, HENRY ACERO ROMERO Y ACERARQ S.A.S.)

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – mayor permanencia en obra – obras adicionales – salvedades y constancias – modificaciones contractuales – ejecución del contrato fuera del plazo – prueba de la mora – amortización del anticipo

Síntesis: un contratista solicitó, entre otras pretensiones, los costos asociados a la mayor permanencia en obra causada por tres prórrogas al contrato, así como el costo de obras adicionales realizadas sin una modificación u orden previa de la entidad, y los costos de obras ejecutadas fuera del plazo de ejecución. Por su parte, la entidad demandó en reconvención por la falta de amortización del anticipo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las dos partes en contra de la Sentencia proferida el 13 de septiembre de 2017 por el Tribunal Administrativo de Magdalena, en la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda principal y se negaron las pretensiones de la demanda de reconvención¹.

Contenido: 1. Antecedentes. 2. Consideraciones. 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante. 1.2. Posición de la parte demandada. 1.3. Posición de la parte demandante en reconvención. 1.4. Posición de la parte demandada en reconvención. 1.5. Sentencia de primera instancia. 1.6. Recurso de apelación.

1.1. Posición de la parte demandante

1. El Consortio Puentes presentó **demanda**² en ejercicio de los **medios de control de controversias contractuales** y **reparación directa**, en contra del Instituto Nacional de Vías – Invías, con las **pretensiones** que se transcriben a continuación:

“2.1 Pretensiones Declarativas

2.2.1. Primera pretensión declarativa

Que se declare que (...) se rompió la ecuación financiera en detrimento de los demandantes, en el contrato número 430 de 2010, celebrado entre el Consortio, por una parte, y el Instituto Nacional de Vías – Invías –, por la otra, cuyo objeto es la «rehabilitación y conservación de los puentes en las carreteras Santa Marta–Río Palomino, y Río Ariguaní–Ye de Ciénaga, rutas 9009 y 4518 Departamento del Magdalena».

2.1.2. Segunda Pretensión Declarativa

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer del presente asunto, en virtud del recurso de apelación interpuesto por las partes en un proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

² El 18 de diciembre de 2013 F. 14-56 del cuaderno 1.

Que se declare que el (...) Invias es responsable del rompimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato 430 de 2010.

2.1.3. Tercera Pretensión Declarativa

Que se declare que el (...) Invias incumplió el Contrato 430 de 2010 en su obligación de pagar oportunamente las actas de obra ejecutada y recibida de que tratan las facturas No. 19 y 20 de (...) 16 de diciembre de 2011, las cuales fueron pagadas (...) el día 17 de diciembre de 2012.

2.1.4. Cuarta Pretensión Declarativa

Que, como consecuencia de las declaraciones precedentes, se disponga que la entidad demandada, debe restablecer el equilibrio financiero del contrato, pagando al Consorcio los sobrecostos o costos adicionales en que este incurrió

2.1.5. Quinta Pretensión Declarativa

Que se declare que el (...) Invias debe pagar obras que, no estando expresamente detalladas en el contrato 430 de 2010, fueron ordenadas por la interventoría, o directamente por la entidad y ejecutadas por la parte demandante, con el fin de garantizar la seguridad y transitabilidad de la vía Santa Marta – Río Palomino, cuyas cantidades y valores se determinen en el proceso, o aquellas que encuentre debidamente probadas el juzgador.

2.1.6. Sexta Pretensión Declarativa

Que se declare que el (...) Invias se encuentra obligado al pago de las costas y agencias en derecho, y a la cuota por arancel judicial, en la cantidad que determine el tribunal.

2.1.7. Séptima Pretensión Declarativa

Que se liquide judicialmente el contrato incluyendo todas las condenas de pago resultantes de la prosperidad de todas o de parte de las pretensiones de condena

2.2. Pretensiones de Condena

2.2.1. Primera Pretensión de Condena

Que se condena al (...) Invias a restablecer el equilibrio o la ecuación económica y financiera del Contrato 430 de 2010, pagando los mayores costos o costos adicionales en que incurrió el Consorcio durante la ejecución del Contrato citado, como se encuentren probados en el proceso, con sus ajustes e intereses de mora, liquidados hasta cuando se verifique el pago.

Los mencionados costos mayores y adicionales son los que se estiman a continuación, o los que determine la Corporación:

- Por concepto de mayor permanencia en obra por parte del Consorcio, la suma estimada de (...) 546.320.783,33*
- Por concepto de utilidad dejada de percibir por los demandantes la suma estimada de (...) 77.924.543*
- Por concepto de obras adicionales ejecutadas por los demandantes, que no fueron recibidas por la interventoría ni por el Invias la suma estimada de (...) 273.824.112*
- Por concepto de costos financieros asumidos por el Consorcio para terminar la obra, la suma estimada de (...) 95.573.333,33*
- Finalmente, la suma estimada de (...) 33.389.910,72, correspondiente a los intereses causados por la mora en los pagos.*

2.2.2. Segunda Pretensión de Condena

Que se condene al Instituto Nacional de Vías a pagar la suma estimada de (...) 736.771.031,34 correspondiente al valor de las obras del contrato No. 430 de 2010, ejecutadas por el contratista según ordenes de la demandante, en el periodo comprendido entre el 17 de septiembre y el 5 de octubre de 2011, conforme a la pretensión declarativa antecedente quinta, más (...) 4.562.049,73 por IVA causado, para un total estimado de (...) 734.333.081,07 con sus intereses y ajustes de ley.

2.2.3. Tercera Pretensión de Condena

Que como consecuencia de todas o parte de las pretensiones antecedentes, si a ellas se accede, se condene a la entidad demandada a pagar las sumas que se estiman enseguida, o las que el tribunal encuentre probadas, sin que esta cuantificación implique limitación de ninguna índole:

Ítem	Descripción	Costo	Iva	Total
1	Mayor permanencia en obra	\$545.320.783,33	--	\$545.320.783,33
2	Utilidad dejada de percibir	\$77.924.543	--	\$77.924.543
4	Obra ejecutada y dejada de pagar (Acta de recibo de 13 de septiembre de 2012)	\$736.771.031,34	\$4.562.049,73	\$741.333.381,07
5	Obras ordenadas, ejecutadas por la parte demandante, no recibidas por la interventoría ni por el Invias	\$273.824.112	--	\$273.824.112
6	Costo financiero asumido por el Consorcio para terminar la obra	\$95.573.333,33	--	\$95.573.333,33
7	Intereses causados por mora en pagos	\$33.389.910,72	--	\$33.389.910,72
	Totales	\$1.763.743.714	\$4.562.049,73	\$1.768.305.763

2.2.4. Cuarta Pretensión de Condena

Que se condene a la entidad demandada a pagar los costos procesales y agencias en derecho a que haya lugar y las sumas que por arancel judicial haya pagado la parte demandante para iniciar esta acción

2.2.5. Quinta Pretensión de Condena

Que se ordene al (...) Invias dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187, 192 y 195 del Código Contencioso Administrativo actualmente vigente.

2. La parte demandante basó sus pretensiones, en síntesis, en los siguientes hechos:

3. 1) El Invías y el Consorcio suscribieron el contrato 430 el 10 de agosto de 2010, cuyo objeto era la *“rehabilitación y conservación de los puentes en las carreteras Santa Marta–Río Palomino y Río Araguani–Ye de Ciénaga, Rutas 9008 y 4518 Departamento del Magdalena”*, por valor de \$2.256.730.201. La modalidad de pago era a precios unitarios. El término de ejecución pactado era el comprendido entre la fecha de suscripción del acta de inicio y el 31 de diciembre de 2010. El acta de inicio fue suscrita el 27 de septiembre de 2010, y se reiteró allí la fecha de terminación de 31 de diciembre de 2010.

4. 2) El contrato se modificó mediante los siguientes negocios jurídicos: contrato 430-01-2010, mediante el cual se prorrogó el plazo de ejecución del 31 de diciembre de 2010 al 18 de marzo de 2011; contrato 430-01-2010, en el cual se prorrogó el plazo de ejecución del 18 de marzo al 16 de julio de 2011, y se adicionó el valor del contrato en \$1.120.000.000, incluido el IVA, para un valor total de \$3.376.730.201; contrato 430-03-10 de 2011, que prorrogó el plazo de ejecución del 16 de julio al 16 de septiembre de 2011.

5. 3) El contratista argumentó que hubo obras necesarias para la ejecución del contrato que no estaban pactadas por las partes, lo que se derivó del tipo de contrato (diseño y obra) y su modalidad de pago (precios unitarios).

6. 4) Las abruptas modificaciones implicaron efectos negativos desde el punto de vista técnico pues *“los constantes cambios en los sitios y cantidades de obra frenaban el ritmo de ejecución de las obras de construcción e implicaban costos de traslado, planeación y administrativos”*, lo que obligó al contratista a solicitar prórrogas que generaron un *“incremento en gastos por mayor permanencia en obra”*.

7. 5) Finalmente, el contratista señaló que había ejecutado actividades entre el 16 de septiembre y el 5 de octubre de 2011, que correspondían a obras ordenadas por el Invías. Estas no constan en el balance final efectuado por la interventoría, pues este documento se realizó el 16 de septiembre de 2011.

1.2. Posición de la parte demandada

8. El Invías presentó **contestación de la demanda**³, en la cual solicitó que se negaran las pretensiones con base en las razones que se presentan a continuación.

9. La demandada señaló que las modificaciones *“hac[ían] parte del contrato en mención”*. Añadió que el presupuesto varió por los estudios y la priorización conjunta hecha entre la entidad, el contratista y la interventoría, pero que el contratista propuso las obras e incumplió.

³ El 6 de junio de 2014 F. 73-79 del cuaderno 1.

10. En la contestación se resaltó que *“las modificaciones de tiempo al contrato 430 de 2010, se concedieron por solicitud del Consorcio Puentes por causas imputables al mismo”*. La contratante señaló que era cierto que se habían ejecutado ítems no previstos, pero añadió que sus precios fueron acordados y que allí estaba insito el AIU que correspondía por ellos al contratista.

11. El Invías argumentó que nunca se modificó el alcance del proyecto, pues siempre estuvo circunscrito a los puentes localizados en la vía Santa Marta–Río Palomino y Ariguaní–Ye de Ciénaga.

12. En lo concerniente a las obras ejecutadas entre el 16 de septiembre y el 5 de octubre de 2011, indicó que la firma interventora había elaborado el acta de entrega y recibo definitivo de la obra el 12 de diciembre de 2011, con base en las mediciones y registros de las obras ejecutadas dentro del plazo contractual y durante las visitas realizadas los días 28 y 29 de noviembre de 2011.

13. Sobre algunas de las obras, la entidad puso de presente que se trataba de obras ejecutadas *“extracontractualmente sin el aval de la firma interventora”*. Asimismo, adujo que estuvo en disposición de pagarlas, al punto que se conciliaron estos valores. No obstante, la conciliación fue improbadada porque el contratista no aportó prueba de la autorización impartida por la entidad. Se añadió que estas obras se encuadraban en uno de los supuestos para que procediera la *actio in rem verso* –se hizo en un caso excepcional, por razones de interés general, y para evitar un daño irremediable al derecho a la salud causado por el mal estado de la vía–. Motivo este último que llevaría a la entidad a intentar conciliar el asunto en el momento procesal correspondiente.

1.3. Posición de la parte demandante en reconvenición

14. El Invías presentó **demanda de reconvenición**⁴, en ejercicio del medio de control de **controversias contractuales**, en contra del Consorcio Puentes, con las pretensiones que se transcriben a continuación:

“3.1. Que se declare que (...), [los] integrantes del Consorcio Puentes, suscribió con el (...) Invías, el contrato 4-30-2010 (...), cuyo objeto fue «rehabilitación y conservación de los puentes en las carreteras Santa Marta–Río Palomino, y Río Ariguaní–Ye de Ciénaga, rutas 9009 y 4518 Departamento del Magdalena»

3.2. Que se declare que (...), [los] integrantes del Consorcio Puentes (...) incumplieron lo pactado en cuanto a la amortización del anticipo no reintegrado, el cual asciende a la suma de (...) \$380.009.018,90, que no es otra cosa que la devolución del saldo por amortizar de los recursos del Invías, desembolso en calidad de préstamo concedido al contratista, incumplimiento que causó daños al (...) Invías.

3.3. Que se declare que (...), [los] integrantes del Consorcio Puentes, son responsables de los perjuicios en el concepto de

⁴ El 6 de junio de 2014 F. 346-351 del cuaderno 1.

lucro cesante causado al (...) Invías en la ejecución del contrato (...).

3.4. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene de acuerdo a su responsabilidad (...), [a los] integrantes del Consorcio Puentes, al pago de los perjuicios inferidos al (...) Invías en la ejecución del contrato (...) debidamente actualizados desde el 16 de septiembre de 2011, junto con la actualización e intereses, teniendo en cuenta la pérdida de poder adquisitivo de compra del peso, el (...) IPC, los cuales a la fecha de 31 de mayo de 2014 ascienden a (...) \$541.360.012,28, como consta en la liquidación realizada por el área de procesos de la oficina jurídica del Instituto Nacional de Vías (...).

3.5. Que se condene de acuerdo a su responsabilidad a (...), [los] integrantes del Consorcio Puentes, al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho a que haya lugar.

3.6. Que se condene de acuerdo con su responsabilidad a (...), [los] integrantes del Consorcio Puentes, además, a todo aquello que resulte probado en el transcurso del proceso y a favor del (...) Invías, con la actualización e intereses antes solicitada en la pretensión 3.4. de la demanda.

15. La parte demandante en reconvención basó sus pretensiones, en síntesis, en los siguientes **hechos**:

16. En el marco del contrato 430-2010, el Invías realizó, con las deducciones que correspondía, un primer pago neto por valor de \$1.098.900.255,43. La entidad realizó un segundo pago por concepto de anticipo por valor de \$528.746.177,50, para un total de \$1.651.280.299,00

17. El valor total de anticipo amortizado por el Consorcio fue por valor de \$1.271.271.279,60. Es decir, quedó “*un saldo por amortizar del anticipo (...) por valor de (...) 380.009.018,90*”.

1.4. Posición de la parte demandada en reconvención

18. El Consorcio Puentes presentó **contestación de la demanda de reconvención**⁵, en la cual solicitó que se rechazaran las pretensiones. Señaló que era cierto que se habían girado algunos montos como anticipo pero que “*en cuanto a su cuantía y demás manifestaciones me atengo a lo que se pruebe*”.

19. En la contestación se propusieron las excepciones de “*falta de cumplimiento del requisito de procedibilidad de trámite de conciliación prejudicial*”; “*la caducidad de la acción*”; “*cumplimiento del contratista*”, ya que se amortizó todo el valor del anticipo, y se adujo que en caso de haber algún saldo pendiente, ello se debió a circunstancias no imputables al contratista; “*incumplimiento de la entidad demandante*”; “*violación del principio bona fides por la contratante*”, pues era el Invías quien había incumplido y quien ahora demandaba en reconvención a su contratista cumplido; “*inoponibilidad de los documentos aducidos como prueba por violación del debido proceso administrativo*”, pues los actos de liquidación hechos

⁵ El 8 de agosto de 2014 F. 464-496 del cuaderno 2.

por el Invías fueron elaborados sin conocimiento ni audiencia del demandado; “*compensación*”, para que se compensara cualquier monto adeudado por el Consorcio con los montos que adeuda el Invías; “*actos propios de la demandante reconventora*”, pues fue la entidad quien causó que no se pudieran amortizar, de existir, algunos saldos. Luego de eso, el Consorcio transcribió todos los hechos de la demanda inicial.

1.5. Sentencia de primera instancia

20. El 13 de septiembre de 2017, el Tribunal Administrativo de Magdalena profirió **Sentencia**⁶, en la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda principal y negó las pretensiones de la demanda de reconvencción.

21. Se hizo un estudio detallado de la planeación del Contrato y se concluyó (se transcribe), “*considera el Tribunal a partir de las reglas de la sana crítica (artículo 176 del CGP), que el tiempo pactado era insuficiente para la elaboración de estudios diagnósticos de los puentes y la ejecución de las obras (...) [s]e insiste en este punto, que ambas partes conscientes de las estipulaciones contractuales se obligaron al cumplimiento de lo consignado en el contrato 430 de 2010, por tanto resulta incongruente que ahora el Consorcio Puentes discrepe de los términos del contrato, respecto de la cuantía y el plazo, y que además pretenda el reconocimiento de perjuicios causado producto de sus decisiones*”. Sobre ello señaló que era equivalente a alegar la propia culpa.

22. Con base en los apartes transcritos, se examinaron las modificaciones y se determinó que eran imputables a las condiciones del contrato y, en particular, al corto término de ejecución pactado; motivos estos que llevaron al Tribunal, para todas las modificaciones, a afirmar que no había lugar a reconocimiento económico alguno, puesto que las prórrogas no eran imputables, exclusivamente, a la entidad contratante.

23. Una razón adicional de la decisión fue que el contratista no podía “*luego de aceptar expresamente la adición del plazo y el valor del contrato, desconocer las consecuencias económicas que se derivan de los pactos a los que se obligó, aduciendo perjuicios como mayor permanencia en obra y utilidad dejada de percibir*”. Se añadió sobre el particular que el contratista podía “*abstenerse de suscribir convenios lesivos para sus intereses*”.

24. En lo que concierne a las obras ejecutadas fuera del plazo contractual, la sentencia apelada sostuvo que “*no obra[ba] documento que acredit[ara] las órdenes impartidas por el Invías o aprobación de los trabajos adelantados por el contratista por fuera del plazo de vigencia*”. Pese a ello, el Tribunal con base en el material probatorio concluyó que “*el Consorcio Puentes ejecutó obras por fuera del plazo contractual (...) con la aquiescencia del Invías; obras que no se entienden como adicionales, sino como parte del cumplimiento del mismo objeto contractual (trabajos pendientes)*”. Por lo anterior, afirmó que “*a la fecha de vencimiento del contrato (...) el contratista no había finalizado con la totalidad de las obras*

⁶ F. 1284-1308 del cuaderno principal.

aprobadas y programadas para el cumplimiento del objeto previsto en el contrato". Decidió que no había existido una prórroga tácita, por lo que no procedía el pago adicional requerido, ya que el contratista solamente había cumplido fuera del plazo con sus obligaciones contractuales para sanear su mora o incumplimiento. Por eso no se tuvieron en cuenta para hacer ningún reconocimiento económico al contratista, *"pero sí [fueron] tenidas en cuenta para efectos de la liquidación del contrato y como parte de la amortización del anticipo"*. En otras palabras, no se reconoció derecho al pago, pero estos valores se compensaron con el monto adeudado por el contratista por concepto de amortización del anticipo.

25. El Tribunal además resaltó que *"el Consorcio no pretendió con la demanda la declaratoria de enriquecimiento sin justa causa del Invías producto de los trabajos adelantados por fuera del contrato"*. Sobre lo cual añadió *"esta figura jurídica no tiene operancia por acreditarse un beneficio de ambas partes (...) puesto que frente al acreedor del contrato (Invías) se satisfizo el cumplimiento de las obligaciones pendientes, y respecto del deudor del contrato (Consorcio Puente) se liberó del incumplimiento"*.

26. Sobre la mora en los pagos, sostuvo que *"el Invías incumplió su obligación de pago oportuno de las actas parciales del contrato No. 430 de 2010, de los cuales no tiene certeza la Sala cuando se efectuó debidamente el pago, pero sí de que fueron canceladas, habida cuenta que en las actas de entrega y recibo definitivo de obra y sus aclaraciones se relacionan las actas como pagadas"*. Ello llevó a que se condenara a la entidad, pero ante la falta de certeza de la fecha de pago, se hizo en abstracto para que se promoviera con posterioridad el incidente correspondiente.

27. Respecto de la demanda de reconvención, se realizó el conteo para el estudio de la caducidad desde la fecha de su aclaración –26 de octubre de 2012– y se concluyó que sumado el tiempo para liquidar el contrato y el término de dos años para la presentación de la demanda *"la oportunidad vencía el 27 de abril de 2015"*. Así, la demanda de reconvención radicada el 6 de junio de 2014 fue presentada en tiempo.

28. En punto de la amortización del anticipo, el Tribunal concluyó que faltaba por amortizar un valor de \$380.009.019,41. No obstante, tuvo en cuenta las obras ejecutadas fuera del plazo contractual para saldar la mora del contratista. Por aquellas obras se reconoció un valor de \$741.080.092,89 menos \$380.009.019,41 por la falta de amortización, para un saldo a favor del contratista de \$361.071.072,59, con base en lo cual se negó la pretensión declaratoria de incumplimiento por este motivo.

29. En lo relativo a la liquidación judicial el Tribunal tuvo en cuenta que había rechazado todas las demás peticiones, salvo la relacionada con la mora en el pago de algunas acreencias. Por lo anterior, liquidó con base en el acta de entrega y recibo definitivo de 12 de diciembre de 2011, adicionada el 13 de septiembre de 2012 y aclarada el 29 de octubre de 2012, y ordenó incluir los intereses moratorios cuando estos se liquidaran.

30. La parte resolutive de esa decisión es la siguiente:

“1. Declarar el incumplimiento parcial por parte del Instituto Nacional de Vías del contrato No. 430 de 2010 suscrito con el Consorcio Puentes, únicamente por la mora en el pago de las actas parciales de recibo No. 10 y 11, conforme a los motivos expuestos en esta providencia.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, condenar en abstracto a la Nación- Instituto Nacional de Vías al reconocimiento y pago a favor del Consorcio Puentes de los intereses moratorios causados por la mora en el pago de las actas parciales No. 10 y 11 del contrato No. 430 de 2010.

Para la cuantificación de este concepto, se tendrá en cuenta la fecha del pago total de cada una de las actas y los términos contractuales bajo los cuales debió regirse su pago, de acuerdo a lo contemplado en la cláusula octava del contrato No. 430 de 2010. La suma que arroje el cálculo será actualizada a valor presente con base en el IPC.

En virtud de lo establecido en el artículo 193 del CPACA, el Consorcio Puentes **deberá** promover incidente dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o al de la fecha de notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso.

3. Declarar liquidado judicialmente el contrato No. 430 de 2010, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y el Consorcio Puentes, en términos del acta de recibo definitivo de obra de 12 de diciembre de 2011, adicionada el 13 de septiembre de 2012 y modificada el 29 de octubre de 2012 y la parte considerativas de esta sentencia (agregando los intereses moratorios por el retardo en el pago de las actas parciales No. 10 y 11).

4. Declarar no probada la excepción de caducidad formulada por el Consorcio Puentes, respecto de la demanda de reconvencción presentada por el Invías.

5. Negar las demás pretensiones de la demanda inicial.

6. Negar las pretensiones de la demanda de reconvencción.

7. No condenar en costas a la parte demandante, conforme a lo indicado en la parte motiva de la sentencia.

8. Ordenar que por Secretaría se haga la devolución del remanente de los gastos procesales cancelados – por la parte demandante –, o su totalidad en caso de no haberse utilizado.

9. Dese cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

10. Si no fuere apelada la decisión adoptada en este asunto, se ordena su archivo.

1.6. Recursos de apelación

31. El Consorcio presentó **recurso de apelación**⁷ en contra de la sentencia de primera instancia con base en los siguientes motivos de inconformidad:

⁷ El 7 de enero de 2018 F. 1320-1332 del cuaderno principal.

32. Señaló que el contrato se ejecutó en especiales circunstancias relacionadas con el fenómeno de La Niña, situación que había obviado el Tribunal. En relación con las modificaciones contractuales, argumentó que no se valoró que los tiempos que se concedieron fueron impuestos por la contratante y la interventoría. Con base en ello solicitó el apelante, expresamente, que no se aplicara la jurisprudencia de esta corporación sobre “*el efecto de las adiciones o los reclamos no considerados en ellas, [pues] esta normalidad [fue] absolutamente ajena a las circunstancias vividas en este contrato*”.

33. Se presentó como inconformidad el “*defecto sustantivo de la liquidación del contrato*”, pues no se incluyeron todas las obras ejecutadas por el contratista fuera del plazo de ejecución.

34. Sobre las obras adicionales no pactadas y realizadas durante el plazo de ejecución, argumentó el contratista que tuvo que ejecutarlas y “*que las hizo con la confianza de que aún no tenerlas contratadas le iban a ser pagadas como dispuso la Ley especial de emergencia*”. Sobre este punto se recordó que la acción no “*era solo contractual (...) también [era] acción de reparación directa*”.

35. Finalmente, el Consorcio puso de presente, sobre la demanda de reconvencción, que no compartía la manera en que se había contado la caducidad de la acción. Señaló que la suscripción del acta de recibo final o sus modificaciones no podían alterar un asunto de orden público.

36. El Invías presentó **recurso de apelación**⁸ en contra de la sentencia de primera instancia con base en los siguientes motivos de inconformidad:

37. Se demostraron los pagos oportunos del Invías, por lo que no había lugar a la condena en su contra. Se probó que la mora en el pago de algunas actas fue imputable al contratista. Se incurrió en una contradicción pues, de un lado, se negó el reconocimiento de los pagos por obras ejecutadas fuera del plazo, pero, del otro, estos fueron compensados con la deuda pendiente por falta de amortización. Por esto, no podía hablarse de una purga de la mora por el incumplimiento extemporáneo del contratista.

38. El Invías cuestionó la mención que hizo el Tribunal sobre el hecho de que el Consorcio no presentó pretensiones de enriquecimiento sin justa causa y expresamente señaló que las pretensiones “*deb[ía]n resolverse bajo los parámetros jurisprudenciales decantados por el Honorable Consejo de Estado*”. Luego argumentó que se trataba de un asunto en el cual el contratista ejecutó obras fuera del plazo sin una prórroga legalmente firmada. Por tanto, el asunto no se subsumía en ninguno de los eventos para que procediera el enriquecimiento sin justa causa. Finalmente, dijo que la liquidación judicial había sido inadecuada pues había considerado obras no contractuales.

39. Solicitó que se revocara la decisión relacionada con la amortización, ya que la sentencia había reconocido el incumplimiento de la obligación y compensó el pago

⁸ El 18 de enero de 2018 F. 1333-1340 del cuaderno principal.

pendiente con el valor de obras ejecutadas luego de que finalizara el plazo de ejecución del contrato.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Análisis sustantivo. 2.2. Sobre la condena en costas.

2.1. Análisis sustantivo

40. En relación con la demanda principal, le corresponde a la Sala determinar si: (a) el contratista tiene derecho al pago de las obras ejecutadas fuera del plazo de ejecución del contrato, sin importar que no hubo una prórroga; (b) el contratista tiene derecho al pago de los gastos causados por mayor permanencia en obra y la correspondiente utilidad, a pesar de no haber dejado salvedades, constancias u objeciones en las modificaciones contractuales, y de haber renunciado a reclamaciones posteriores; (c) el contratista tiene derecho al pago de obras adicionales necesarias para la ejecución del objeto contractual, que fueron ejecutadas durante el plazo de ejecución, pese a que no existió una modificación celebrada por las partes y de que estas obras no fueron formalmente recibidas por la entidad; (d) la entidad pública incurrió en mora en los pagos.

41. En punto de la demanda de reconvención, la Sala debe decidir (e) si operó el fenómeno de la caducidad de la acción en relación con saldos del anticipo no amortizados y, de no haber operado dicho fenómeno, deberá resolver sobre el incumplimiento alegado por la entidad demandante en reconvención.

42. Con base en las anteriores declaraciones y condenas, (f) la Sala liquidará judicialmente el contrato objeto de la controversia.

A. Obras ejecutadas fuera del plazo de ejecución del contrato

43. Pasa la Sala a resolver las pretensiones concernientes al reconocimiento y pago de las obras realizadas fuera del plazo de ejecución del contrato; entre el 16 de septiembre de 2011 y el 5 de octubre del mismo año.

44. En el acta de entrega y recibo definitivo adicional de obra consta que se reunieron las partes *“con el fin de efectuar la entrega y el recibo definitivo de las obras no recibidas por la Interventoría y ejecutadas en el período comprendido entre el diez y siete (17) de septiembre de 2011 y el cinco (5) de octubre del 2011 objeto del contrato No. 430 de 2010”*⁹, por un valor de 741.080.092.

45. Con base en ello, la Sala encuentra que existe un documento suscrito por las dos partes del contrato 430 de 2010, al tenor del cual: el contratista ejecutó obras a favor de la entidad por valor de 741.080.092, las obras fueron ejecutadas por fuera del plazo de ejecución contractual, pero en cumplimiento del contrato 430 de 2010, y la entidad recibió esos trabajos a satisfacción.

⁹ F. 130 del cuaderno 1.

46. Consecuencialmente, la Sala decidirá que la causa que dio origen a la ejecución de los trabajos reclamados fue el contrato 430 de 2010 y no puede analizar el asunto en el marco del enriquecimiento sin justa causa; como parece haberlo querido el Consorcio cuando presentó su demanda en ejercicio de los medios de control de controversias contractuales y reparación directa. Lo anterior, en la medida en que el contrato es la causa de las prestaciones ejecutadas por el contratista.

47. Con base en lo señalado, corresponde decidir si el contratista tiene derecho al pago de las obras realizadas para cumplir con el objeto del Contrato, pero fuera del plazo de ejecución pactado por las partes.

48. Antes de decidir sobre el punto, la Sala considera importante recordar que las entidades contratantes tienen múltiples alternativas cuando se enfrentan al retardo en el cumplimiento de las obligaciones por parte un contratista. Entre ellas se encuentran la posibilidad de multar al contratista, declarar el incumplimiento total o parcial, o, si las circunstancias lo ameritan, declarar la caducidad del contrato. De otra parte, si los hechos que motivan los retardos son ajenos a las partes, estas cuentan con la posibilidad de alterar por medio de modificaciones bilaterales el plazo, antes de la terminación del contrato; bien sea a través de prórrogas o de suspensiones.

49. El plazo de ejecución del Contrato, entre el 27 de septiembre de 2010 y el 16 de septiembre de 2011, era el término que tenía el contratista para el cumplimiento oportuno de su obligación principal: la ejecución de las obras. Una vez llegado el 16 de septiembre de 2011, el contratista debía, para cumplir en término, haber ejecutado todas las obligaciones derivadas del contrato 430 de 2010. De lo contrario, se encontraría en mora, pues según el artículo 1608 del Código Civil, el deudor está en mora “*cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado*”. Además, salvo que mediara una causal que eximiera su inejecución, el contratista habría incumplido sus obligaciones.

50. No obstante, una vez en mora, el deudor puede dar cumplimiento tardío a su obligación, salvo que se trate de un término esencial. Por lo anterior, el Código Civil prevé en su artículo 1610 que el acreedor puede exigir de un deudor moroso: 1) que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido, 2) que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor, o 3) que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato. En cualquier caso, el acreedor además podrá exigir la correspondiente indemnización de perjuicios.

51. Como puede evidenciarse, nuestro ordenamiento jurídico permite que el deudor en mora pueda, a elección del acreedor, cumplir con la obligación principal. Se hace énfasis en este punto sobre el hecho de que el artículo 1610 permite estas tres opciones “*a elección*” del acreedor, es decir, todo esto depende del interés, en este caso de la entidad estatal.

52. Por ello, si un contratista cumple con sus obligaciones contractuales por fuera del plazo de ejecución, y la entidad decide recibir la prestación que se le adeuda, resulta lógico que el contratista tenga el derecho de recibir la contraprestación de las prestaciones ejecutadas y recibidas a satisfacción. Lo anterior no implica que las entidades estatales estén obligadas a recibir las prestaciones ejecutadas fuera del plazo de ejecución. Tampoco quiere decir lo anterior que todas las obras ejecutadas fuera del plazo deban ser pagadas. De la misma manera, lo sostenido no significa que las entidades no puedan ejercer sus poderes excepcionales para declarar el incumplimiento de la obligación e imponer el pago de los perjuicios causados por entregar fuera del plazo. Menos aún, que no se puedan reclamar judicialmente tales perjuicios o que las partes no puedan realizar acuerdos sobre este asunto en la etapa de liquidación del contrato.

53. Visto lo anterior, se puede afirmar que el plazo de ejecución del Contrato, entre el 27 de septiembre de 2010 y el 16 de septiembre de 2011, era el término que tenía el contratista para el cumplimiento oportuno de su obligación: la ejecución de las obras. Una vez llegado el 16 de septiembre de 2011, el contratista debía, para cumplir en término, haber ejecutado todas las obligaciones derivadas del contrato 430 de 2010.

54. Así las cosas, la obra realizada por el contratista entre el 17 de septiembre de 2011 y el 5 de octubre de 2011, fue ejecutada como cumplimiento tardío de las obligaciones contractuales con fuente en el contrato 430 de 2010. Además, estas obras fueron recibidas a satisfacción por la entidad, según consta en el acta adicional de 13 de septiembre de 2012. En consecuencia, el contratista tiene derecho a la contraprestación económica por la ejecución tardía de sus obligaciones.

55. En relación con esta decisión, la Sala considera relevante poner de presente que las obras inconclusas son un problema en toda la geografía nacional. Los inconvenientes son tan graves que el legislador creó, por medio de la Ley 2020 de 2020, el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, como un mecanismo para lograr concretar la destinación definitiva de esas obras. Si bien esta Ley no había sido promulgada para la época de los hechos, la Sala considera que la decisión que aquí se adopta se alinea con las finalidades del legislador, de las entidades contratantes, y de la ciudadanía en general, pues permite la conclusión de las obras con el fin de lograr concretar su destinación definitiva; lo cual redundará en la satisfacción del interés general.

56. Sobre lo anterior, se considera necesario agregar que el cumplimiento tardío de las obligaciones no libera al contratista de las consecuencias jurídicas de la mora, como podría ser la indemnización de los perjuicios sufridos por la entidad. Asunto este que no se demandó. Este cumplimiento tardío tampoco exime de la eventual responsabilidad, contractual o de otro tipo, que pueda corresponder al interventor o supervisor por no haber advertido de un posible incumplimiento durante el plazo de ejecución, o que pueda corresponder al representante legal de la entidad en caso de que no hubiera tomado las medidas conminatorias o sancionatorias en contra del contratista incumplido o potencialmente incumplido.

57. Asimismo, la Sala considera indispensable aclarar que este caso no se inscribe en el marco de una prórroga automática o tácita de los contratos estatales, pues la obligación cumplida tardíamente había nacido y era exigible, pero no se ejecutó en tiempo.

58. A la luz de lo señalado, en la parte resolutive de esta decisión se reconocerá el derecho del contratista a recibir el pago de las obras ejecutadas en cumplimiento del contrato 430 de 2010, pero fuera del plazo de ejecución acordado. El valor reconocido será el que las propias partes determinaron en el acta de recibo definitivo de obras y este será indexado.

B. Costos asociados a la mayor permanencia en obra. Fuerza obligatoria de las modificaciones contractuales, las salvedades y constancias, la buena fe y la doctrina de los actos propios

59. El demandante reclamó judicialmente los costos asociados a la mayor permanencia en obra. La Sala debe analizar los documentos por medio de los cuales se modificó el plazo del contrato 430 de 2010.

60. En los adicionales 430-01-10 y 430-03-10 las partes pactaron que *“la presente ampliación del plazo del contrato se concede por solicitud del Contratista y no implica adición en valor ni sobrecostos para el Instituto, por lo que el Contratista efectuará la reprogramación con los recursos existentes del contrato y no presentará reclamación alguna por mayor permanencia en el sitio de las obras que tenga como causa la prórroga otorgada”*¹⁰.

61. Estas modificaciones indican que no habría lugar a adiciones de valor o sobrecostos para el Instituto y que el contratista no presentaría reclamación alguna por mayor permanencia en obra y la Sala no puede desconocer sus efectos y su fuerza vinculante, puesto que se trata negocios jurídicos celebrados por las dos partes del contrato y en relación con los cuales no se observa, ni se alegó, ningún vicio de nulidad.

62. La solicitud del contratista, presentada con la apelación, de que no se aplicara la jurisprudencia de esta corporación sobre *“el efecto de las adiciones o los reclamos no considerados en ellas, [pues] esta normalidad [fue] absolutamente ajena a las circunstancias vividas en este contrato”*, no resulta procedente, en la medida en que cualquier decisión judicial en ese sentido implicaría desconocer un acuerdo entre las partes.

63. De otra parte, en lo que se refiere al adicional 430-02-10, se puede leer que se acordó *“prorrogar el plazo del contrato (...), desde el 18 de marzo de 2011, hasta el 16 de julio de 2011 y adicionar su valor en (...) \$1.120.000.000 (...) para un valor total acumulado de (...) \$3.376.730.201.00”*.¹¹ También se convino:

¹⁰ F. 114 del cuaderno 1; F. 116 del cuaderno 1.

¹¹ F. 367 y ss del Cuaderno 1.

“continúan vigentes todas las estipulaciones del contrato que no se hayan modificado”.

64. La Sala recuerda que existe una estable línea jurisprudencial¹²¹³, según la cual *“del principio de buena fe y la prohibición de venir contra los actos propios se deriva que las pretensiones de la demanda solamente pueden prosperar cuando el demandante ha dejado constancias o salvedades en las modificaciones, adiciones, prórrogas, [o] suspensiones”*¹⁴.

65. Sobre la solicitud expresa, presentada en la apelación del Consorcio, de no *“aplicar”* la línea jurisprudencial de esta Corporación sobre *“el efecto de las adiciones o los reclamos no considerados en ellas, [pues] esta normalidad es absolutamente ajena a las circunstancias vividas en este contrato”*, se deben poner de presente algunas circunstancias.

66. En primer lugar, esta solicitud no hizo parte de la demanda, sino que se trajo como argumento a propósito de la apelación.

67. En segundo lugar, la modificación examinada, según consta en sus considerandos, se hizo después de un procedimiento que incluyó: la solicitud por parte del contratista –el 3 de marzo de 2011–; el aval del interventor–el 3 de marzo de 2011–; un análisis de soporte técnico suscrito por el contratista, el interventor, el gestor técnico del contrato, el gestor técnico del proyecto y el subdirector técnico de la Red Nacional de Carreteras –de 4 de marzo de 2011–; el aval de la Dirección Territorial del Magdalena–el 8 de marzo de 2011–; la aprobación de la solicitud de adición por el Comité de Adiciones y prórrogas –el 9 de marzo de 2011–; la revisión de la minuta por parte de la Oficina Asesora Jurídica a solicitud del Subdirector Nacional de Carreteras–18 y 10 de marzo de 2011–. Visto todo lo anterior, para la Sala las alegaciones relacionadas con las circunstancias excepcionales y de anormalidad que hubieren impedido la consignación de salvedades o constancias, no se encuentran acreditadas, debido a que la modificación fue suscrita después de haberse surtido su trámite habitual.

68. Como consecuencia de lo señalado, se concluye que el contratista no tiene derecho al reconocimiento de los costos asociados a la mayor permanencia en obra derivados de la celebración de los adicionales 430-01-2010, 430-02-2010 y 430-03-2010.

C. Obras adicionales ejecutadas durante el plazo de ejecución del contrato sin orden de la entidad

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 24809; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1 de julio de 2015, exp. 37613; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de junio de 2021, exp. 51529.

¹³ Se pone de presente que este precedente no es compartido por el Magistrado Martín Bermúdez Muñoz.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 17 de marzo de 2021, exp. 41752.

69. El demandante solicitó el reconocimiento y pago de obras adicionales necesarias para la ejecución del objeto contractual que no fueron recibidas ni pagadas por la entidad contratante.

70. La Sala recuerda que es necesario que exista una modificación para que se condene a una entidad contratante a pagar obras adicionales¹⁵. Ello es así, puesto que solamente con la modificación se entiende que el contratista tiene la obligación de ejecutarlas y la entidad la correlativa obligación de pagarlas. Esta es una consecuencia de la solemnidad que se exige para los contratos estatales y sus modificaciones; deben constar por escrito. Por tanto, en el caso concreto no puede accederse a esta pretensión, pues se trató, como reconoció el contratista, de obras que “no tenía contratadas”.

71. Adicionalmente, en el contrato 430 de 2010 se estipuló: “*el Instituto podrá ordenar por escrito obras adicionales y el contratista estará en la obligación de ejecutarlas. Las obras adicionales se pagarán a los precios establecidos en el respectivo formulario de la propuesta*”. De conformidad con ello, era necesaria una orden escrita del Instituto para que procediera el pago de las obras adicionales. En el expediente no obra copia de esa orden escrita, motivo por el cual no procede su pago.

72. Por otro lado, el demandante alegó, en su escrito de apelación, que tenía derecho al pago de conformidad con “*la Ley especial de emergencia*”. Sobre este aspecto la Sala pone de presente que el contratista no presentó ninguna pretensión en este sentido, no hizo alusión a la legislación de emergencia en su demanda, ni fundamentó en ella las peticiones relacionadas con las obras ejecutadas durante el plazo de ejecución del contrato. Las pretensiones sobre este punto en la demanda, con claridad, se inscribieron en el marco de los mayores costos o costos adicionales en la ejecución del contrato 430 de 2010¹⁶.

73. Por tanto, se desconocería la congruencia si en esta Sentencia se estudiara esta alegación, que aparece como una nueva pretensión, y que fue introducida en la apelación contra la providencia de primera instancia.

D. Mora en el pago de las facturas 19 y 20

74. La Sala resolverá si debe declarar que el Inviás incurrió en mora en el pago de “*las facturas 19 y 20 de fecha de 16 de septiembre de 2011, las cuales fueron pagadas hasta el día 17 de diciembre de 2012*” y si debe condenar en concreto.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. 10151; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007 exp. 15469; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 8 de julio de 2021 exp. 52045

¹⁶ En pretensión primera de condena de la demanda se dijo: “*Que se condene al (...) Inviás a restablecer el equilibrio o la ecuación económica y financiera del Contrato 430 de 2010, pagando los mayores costos o costos adicionales en que incurrió el Consorcio durante la ejecución del Contrato citado (...)*

Los mencionados costos mayores y adicionales son los que se estiman a continuación, o los que determine la Corporación:

(...)

Por concepto de obras adicionales ejecutadas por los demandantes, que no fueron recibidas por la interventoría ni por el Inviás la suma estimada de (...) 273.824.112”.

75. La entidad apelante señaló que el pago tardío de esas facturas se debió a causas imputables al Consorcio, pues las actas parciales de obra 10 y 11 no fueron suscritas en tiempo.

76. El párrafo segundo de la cláusula octava sobre forma de pago señalaba que *“las actas de obra deberán presentarse en el Instituto, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al mes de ejecución de las obras. Así mismo, el Contratista deberá radicar en la dependencia competente del Instituto las correspondientes facturas de pago, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes del recibo de las actas de obra debidamente aprobadas por el Instituto y el Instituto las pagará dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la fecha de radicación de las mismas, o a la fecha en que el Contratista subsane las glosas que le formule el Instituto.”*

77. De esta manera, al demandante correspondía demostrar que: había presentado las actas de obra; estas habían sido aprobadas por el Invías; había presentado las facturas cobrando actas aprobadas; y el Instituto no había pagado las facturas dentro de los 90 días siguientes a su radicación, o a la subsanación, en caso de que la entidad las hubiera glosado.

78. El Consorcio, también apelante, afirmó que era suficiente para no condenar en abstracto el dictamen del perito Samuel González pues este *“contestó en la audiencia de pruebas, cuando se tramitaron las aclaraciones y complementaciones a su peritaje, cuál fue el tiempo que se tomó la entidad para pagar la citada factura”*. La afirmación en audiencia del experto no lleva a esta Sala al convencimiento sobre la fecha exacta en que se realizó el pago de los saldos que se encontraban pendientes.

79. Adicionalmente, en el expediente no obra prueba del momento del pago total de las facturas 19 y 20. El Tribunal decidió, con base en una comunicación interna del Invías que hablaba de pagos parciales en agosto de 2012, condenar en abstracto para que se determinaran en un incidente posterior los intereses moratorios. No obstante, para la Sala, el demandante debió demostrar que el pago había sido tardío—fuera de los 90 días de que trataba el Contrato—, circunstancia que exigía la demostración de la fecha de pago. Por ello, sobre el punto, se revocará la decisión del Tribunal y se negarán las pretensiones relacionadas con lo estudiado en este acápite.

E. Pretensiones de la demanda de reconvención sobre la no amortización del anticipo y su caducidad

80. Sobre el particular debe establecerse, en primer lugar, si, en relación con las pretensiones de la demanda de reconvención, operó el fenómeno de la caducidad. Para ello, resulta fundamental determinar el momento a partir del cual se debe realizar el conteo. Sobre este punto, el Tribunal decidió que debía contarse desde la fecha de la aclaración del acta de entrega y recibo final de las obras, el 26 de octubre de 2012. Vale la pena recordar que este contrato no fue objeto de liquidación.

81. Las partes acordaron en la cláusula vigésima segunda del contrato 430 de 2010 lo siguiente (se transcribe):

“Liquidación: el presente contrato será objeto de liquidación de conformidad con lo previsto en el Artículo 60 de la Ley 80 de 1993, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y las disposiciones del Pliego de Condiciones, procedimiento previsto que deberá efectuarse dentro de los 6 meses siguientes a la suscripción del Acta de recibo definitivo de obra, tal como prevé el numeral 7.40 del pliego de condiciones, o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación o a la fecha del acuerdo que así lo disponga. Dentro de ese plazo se entiende incluido un término de cuatro (4) meses para la liquidación de común acuerdo y dos (2) meses para la liquidación unilateral si es del caso”.

82. Por consiguiente, el contrato objeto del litigio era un contrato que requería liquidación y en el cual esta no se realizó de mutuo acuerdo, ni de manera unilateral por la entidad. Entonces, el conteo debe hacerse de conformidad con lo ordenado por el literal i-v) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA. Según la cláusula trascrita, las partes acordaron que tenían un término de 4 meses contado a partir del acta de recibo definitivo de obra para liquidar bilateralmente el contrato, y la entidad contaba con un término de 2 meses adicionales para liquidarlo unilateralmente. A partir del vencimiento de este último, debe contarse el término de 2 años ordenado por las normas procesales sobre caducidad.

83. El acta de recibo final fue suscrita por las partes el día 12 de diciembre de 2011. Luego, el término de 4 meses para liquidar bilateralmente venció en abril de 2012, y el término de 2 meses para liquidar unilateralmente en junio de 2012. Los dos años de que trata el artículo 164 del CPACA se contaban desde esta última fecha y se cumplieron el 13 de junio de 2014, y no había operado la caducidad sobre las pretensiones de la demanda de reconvención presentada el 6 de junio de 2014.

84. La Sala, a diferencia de lo señalado por el Tribunal, considera que la aclaración del acta de recibo final no alteró el momento a partir del cual debía hacerse el conteo de la caducidad, pues el pacto de las partes era claro sobre el punto –la fecha de suscripción del acta de recibo definitivo–.

85. En relación con la amortización del anticipo, punto apelado por las dos partes, se encuentra acreditado que su valor fue de \$1.651.280.299¹⁷ y el valor amortizado de 1.271.271.260¹⁸ para un saldo pendiente de \$380.009.018.90¹⁹. En consecuencia, se declarará el incumplimiento del contratista, pues, como lo

¹⁷ Cuentas de cobro presentadas por el Consorcio y comprobantes de egreso 14229 de 30 de septiembre de 2010 y comprobante de egresos 10797 de 15 de julio de 2011. F. 410-415 del cuaderno 1.

¹⁸ Facturas y comprobantes de egresos obrantes a f. 418-432 del cuaderno 1 y 544-616 del cuaderno 2. Ver también el acta de recibo definitivo de obras f. 514-521 del cuaderno 2.

¹⁹ Certificación de 23 de mayo de 2014, F. 409 del cuaderno 1. Así consta también en la cuenta de cobro enviada por el contratista para cobrar las obras ejecutadas entre el 16 de septiembre y el 5 de octubre de 2012, en donde se amortizaba este monto.

declaró el Tribunal y se encuentra demostrado, el contratista no amortizó la totalidad del anticipo que se le entregó.

F.

86. De conformidad con las declaraciones realizadas en esta Sentencia, la entidad contratante adeuda \$741.080.092 al contratista por concepto de las obras ejecutadas fuera del plazo de ejecución del contrato, pero en cumplimiento de las obligaciones derivadas de este y para purgar su mora. Por su parte, el contratista debe a la entidad \$380.009.018,90 por concepto de anticipo no amortizado. A la luz de lo anterior, se liquida judicialmente el contrato 430 de 2010 con un saldo de \$361.071.073,10 a favor del Consorcio Puentes. Lo anterior de conformidad con la solicitud de compensación presentada por el Consorcio. Este valor actualizado equivale a \$484.647.373,49²⁰.

2.2. Sobre la condena en costas

87. De conformidad con el artículo 188 del CPACA y el artículo 365 del CGP no se condenará en costas.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR por las razones expuestas la Sentencia de 13 de septiembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena y, en su lugar, resolver lo siguiente:

*“**PRIMERO: DECLARAR** que el Consorcio Puentes tiene derecho a la suma de \$741.080.092 por concepto de las obras ejecutadas en el marco del Contrato 430 de 2010, ejecutadas entre el 17 de septiembre y el 5 de octubre de 2011.*

*“**SEGUNDO: DECLARAR** que el Consorcio Puentes no amortizó la suma de \$380.009.018,90 que había sido entregado como anticipo por el Invías para la ejecución del Contrato 430 de 2010.*

*“**TERCERO: LIQUIDAR** judicialmente el Contrato 430 de 2010, como consecuencia de cuya ejecución existe una suma a favor del Consorcio Puentes de \$484.647.373,49.*

²⁰ Esta suma resulta de aplicar la fórmula establecida para ello por esta Corporación $VA = VH (IPC \text{ final}/IPC \text{ inicial})$, con un índice inicial de 82,25 en noviembre de 2014 (la fecha de presentación de la factura por este valor fue agosto de 2014, F. 616 del cuaderno 2, más 90 días a noviembre de 2014) y el índice final 110,4 a septiembre de 2021.

“CUARTO: CONDENAR al Invías al pago de \$484.647.373,49, por concepto de los saldos a favor del Consorcio puentes en la ejecución del Contrato 430 de 2010.

“QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda inicial”.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

Por Secretaría, una vez ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
electrónicamente

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Salvamento parcial de voto

Firmado

FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL CONSEJERO MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

COSTOS DE LA OBRA PÚBLICA / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL / ACTO PROPIO / CONTRATO ESTATAL / PLAZO DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATISTA / NEGOCIO JURÍDICO / CONTRATISTA / DERECHOS DEL CONTRATISTA / MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA PÚBLICA

Aunque comparto la decisión de reconocer al contratista las obras realizadas por fuera del plazo contractual, que hacían parte del objeto del contrato y fueron recibidas a satisfacción por la entidad, no estoy de acuerdo con la decisión de negar las pretensiones de reconocimiento de los costos por mayor permanencia en obra por no haberse dejado salvedades en los actos de modificación del contrato. (...) Sin que exista norma legal que lo sustente, no puede exigírsele al contratista que plasme una reclamación en el desarrollo del contrato como presupuesto para formular pretensiones judiciales, así estas versen sobre hechos ocurridos antes de la suscripción de convenios modificatorios o suspensiones. La ley solo establece este requisito respecto del acta de liquidación bilateral. (...) Debe tenerse en cuenta, además, que el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 establece que al contratista no se le puede imponer como << la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por

parte de éste>>. En consecuencia, entender que el silencio equivale a una renuncia, implica desconocer la norma. (...) Esta norma también protege el acceso a la administración de justicia, que es lo que se restringe cuando la parte en un contrato renuncia a realizar judicialmente una reclamación. También incluye una disposición particular en relación con los contratos estatales, con el objeto de proteger los derechos del contratista y el interés público vinculado con la realización del contrato. (...) Si antes de la terminación del contrato se advierte que la obra no podrá ejecutarse dentro del plazo previsto y la entidad estima que lo anterior se generó por el incumplimiento del contratista, lo que normalmente ocurrirá es que solo firmará la prórroga si el contratista renuncia a reclamar perjuicios con ocasión de esta. Las acciones que una parte (la Contratante) puede realizar ante el incumplimiento de la otra, se consideran como una forma de resolver sus conflictos sin acudir al juez del contrato, y eso es precisamente lo que se pretende impedir con la prohibición legal. En este sentido, ante el incumplimiento del contratista, la entidad tendría las siguientes opciones: (...) - Si el contratista ha incumplido, la entidad no accede a prorrogar el contrato, la obra queda inconclusa y la entidad deberá demandar al contratista por los perjuicios que le causó. (...) - La entidad suscribe la prórroga pero la condiciona a que el contratista no realizará ninguna reclamación; lo cual está prohibido por la norma referida. Esta situación ilegal está siendo avalada por el juez del contrato al acoger la tesis de la sentencia de la referencia, pues no se estudia la pretensión, fundándose en un principio (no ir en contra de los actos propios) que evidentemente contradice la ley. (...) Considero que no se puede permitir que una entidad le cierre el paso a la reclamación del contratista. No puede considerarse que esta renuncia a una reclamación tenga el carácter de cosa juzgada en relación con los perjuicios que pudo haber sufrido el contratista con la modificación o suspensión del contrato. (...) Este es precisamente el alcance del numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993. (...) Finalmente, no solo la idea de salvar el contrato justifica esta orientación; también la justifica el hecho de que una de las partes contractuales, la entidad, posee facultades excepcionales que le corresponde controlar al juez del contrato. Los privilegios provenientes de la lógica propia de estos contratos son los que pretende limitar la ley.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 5 NUMERAL 3

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B
Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación: 47001-23-33-001-2013-00363-01 (61641)

Demandante: Consorcio Puentes

Demandado: Instituto Nacional de Vías – INVÍAS

Referencia: Controversias contractuales

Tema: El hecho de no dejar salvedades en los actos modificatorios del contrato no impide el estudio de fondo de las pretensiones de incumplimiento.

Salvamento parcial de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz

Aunque comparto la decisión de reconocer al contratista las obras realizadas por fuera del plazo contractual, que hacían parte del objeto del contrato y fueron recibidas a satisfacción por la entidad, no estoy de acuerdo con la decisión de negar las pretensiones de reconocimiento de los costos por mayor permanencia en obra por no haberse dejado salvedades en los actos de modificación del contrato.

1.- Sin que exista norma legal que lo sustente, no puede exigírsele al contratista que plasme una reclamación en el desarrollo del contrato como presupuesto para formular pretensiones judiciales, así estas versen sobre hechos ocurridos antes de la suscripción de convenios modificatorios o suspensiones. La ley solo establece este requisito respecto del acta de liquidación bilateral.

2.- Debe tenerse en cuenta, además, que el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 establece que al contratista no se le puede imponer como << *la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste*>>. En consecuencia, entender que el silencio equivale a una renuncia, implica desconocer la norma.

3.- Esta norma también protege el acceso a la administración de justicia, que es lo que se restringe cuando la parte en un contrato renuncia a realizar judicialmente una reclamación. También incluye una disposición particular en relación con los contratos estatales, con el objeto de proteger los derechos del contratista y el interés público vinculado con la realización del contrato.

4. Si antes de la terminación del contrato se advierte que la obra no podrá ejecutarse dentro del plazo previsto y la entidad estima que lo anterior se generó por el incumplimiento del contratista, lo que normalmente ocurrirá es que solo firmará la prórroga si el contratista renuncia a reclamar perjuicios con ocasión de esta. Las acciones que una parte (la Contratante) puede realizar ante el incumplimiento de la otra, se consideran como una forma de resolver sus conflictos sin acudir al juez del contrato, y eso es precisamente lo que se pretende impedir con la prohibición legal. En este sentido, ante el incumplimiento del contratista, la entidad tendría las siguientes opciones:

4.1.- Si el contratista ha incumplido, la entidad no accede a prorrogar el contrato, la obra queda inconclusa y la entidad deberá demandar al contratista por los perjuicios que le causó.

4.2.- La entidad suscribe la prórroga pero la condiciona a que el contratista no realizará ninguna reclamación; lo cual está prohibido por la norma referida. Esta situación ilegal está siendo avalada por el juez del contrato al acoger la tesis de la sentencia de la referencia, pues no se estudia la pretensión, fundándose en un principio (no ir en contra de los actos propios) que evidentemente contradice la ley.

5.- Considero que no se puede permitir que una entidad le cierre el paso a la reclamación del contratista. No puede considerarse que esta renuncia a una reclamación tenga el carácter de cosa juzgada en relación con los perjuicios que pudo haber sufrido el contratista con la modificación o suspensión del contrato. Este es precisamente el alcance del numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

6.- Finalmente, no solo la idea de salvar el contrato justifica esta orientación; también la justifica el hecho de que una de las partes contractuales, la entidad, posee facultades excepcionales que le corresponde controlar al juez del contrato. Los privilegios provenientes de la lógica propia de estos contratos son los que pretende limitar la ley.

Fecha *ut supra*,

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado