

## **ACCION CONTRACTUAL O DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Condena**

**SINTESIS DEL CASO** - Entre la firma IMPREGILO S.P.A. SUCURSAL COLOMBIA y el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS suscribieron el 7 de junio de 1995 el contrato No. 658, cuyo objeto fue la construcción y pavimentación de la carretera Puerto Rey - Montería - Córdoba, sector k 38+000 - Puerto Rey, el cual fue adicionado por 5 los contratos más, el plazo contractual venció el 30 de octubre de 1997. El 15 de agosto de 1997 se suscribió el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de las obras objeto del contrato, a la fecha de presentación de la demanda aún no se habían iniciado los trámites para liquidar de manera bilateral o unilateral el contrato en mención. Del acta de ejecución de la obra No. 22, quedó un saldo pendiente por cancelar y de las actas de ejecución de obras 23, 24 y 25, debidamente aprobadas por el interventor del contrato no se realizó ningún pago por parte de la entidad contratante en razón a que no se presentaron las respectivas cuentas de cobro, como quedó contractualmente pactado por las partes.

## **ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Competencia funcional de la Sección Tercera del Consejo de Estado en segunda instancia y por razón a la cuantía**

[L]a controversia que aquí se dirime cuenta con vocación de doble instancia (...) habida consideración de que para la fecha de presentación de la demanda —10 de octubre de 1998— el monto de las pretensiones económicas de la demanda superaba los \$2.274'206.062 — la pretensión de mayor valor de las elevadas en la demanda, en debate para desatar el recurso de apelación, es la identificada con el número 2.4, por un valor de \$237'932.506,51—, suma ampliamente más alta que la equivalente al mínimo exigido para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales debiere ser tramitado en dos instancias de acuerdo con las disposiciones en mención, vale decir 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para el año 1998, un monto de \$101'913.000. (...) con el propósito de precisar el ámbito comprendido por la competencia de la Sala para realizar su pronunciamiento dentro del presente litigio, resulta menester tener en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad demandada, factor determinante de la catalogación como estatal, o no, del contrato celebrado entre las partes en disputa; el INVÍAS es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Transporte (...) la competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (...) instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas

## **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Oportunidad de la acción / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES DE CONTRATOS QUE REQUIEREN LIQUIDACION - Término de caducidad**

En la demanda y su contestación, las partes sostuvieron que el contrato 658 de 1995 no ha sido liquidado y, en ese sentido, una de las pretensiones del actor estuvo encaminada a que se condenara a la entidad demandada a liquidar dicho contrato y sus adicionales. Para establecer la fecha en la cual se incumplió la obligación de liquidar el contrato, es necesario acudir a las estipulaciones a ese respecto incluidas en el contrato en mención y, en especial [a la de liquidación] (...) La Sala observa que el plazo del contrato 658 celebrado el 7 de junio de 1995 entre IMPREGILO S.P.A. SUCURSAL COLOMBIA y la entidad demandada, fue

prorrogado por diversos contratos adicionales, hasta el 30 de octubre de 1997, fecha en la cual finalmente expiró el término contractual. (...) Comoquiera que la fecha de terminación del contrato se pactó hasta el 30 de octubre de 1997, es a partir de dicha data que empieza a contar el término de cuatro (4) meses para haber efectuado la liquidación bilateral del contrato, finalizados los cuales, se tenían dos (2) meses más para adelantar la liquidación unilateral por parte de la entidad demandada; es decir, que el término de liquidación vencía el primero (1°) de mayo de 1998. De lo anterior se deduce que la acción contractual podía ser promovida hasta el 30 de abril de 2000 (...) Habida cuenta de que la demanda fue incoada ante el Tribunal Administrativo de Córdoba el 10 de octubre de 1998, la Sala encuentra que la sociedad accionante la instauró dentro del término previsto en el ordenamiento jurídico para su oportuna presentación, atendidas las razones que se dejaron expuestas.

### **ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES ANTE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Idoneidad del cauce procesal**

La de controversias contractuales (...) no es una acción instituida con un contenido normativo o con un propósito único, comoquiera que la disposición en comento deja claro que se trata de una vía procesal de naturaleza pluripretensional, esto es, que bajo su égida pueden ser planteadas al juez toda la variedad de situaciones problemáticas que pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones contractuales de las entidades estatales (...) bien podía [la] sociedad actora, como lo hizo en el presente caso, solicitar al Juez de primera instancia en su escrito de demanda, que se le ordene a la entidad demandada realizar la liquidación del contrato No. 658 de 1995 y sus adicionales, que se declare la ruptura de la ecuación contractual y también el incumplimiento de varias de las obligaciones asumidas por la entidad demandada en el negocio jurídico de marras, razón por la cual es procedente que la Sala se ocupe de fondo de examinar la vocación de prosperidad de las pretensiones formuladas en la demanda.

### **ALCANCE DEL RECURSO DE APELACION IMPETRADO CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA - Inclusión de peticiones adicionales en los argumentos esbozados en los alegatos de conclusión / DELIMITACION DEL ESTUDIO DEL RECURSO DE APELACION - Aplicación del principio de congruencia y del principio dispositivo / LIMITACION MATERIAL DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA - Alcance del recurso de apelación**

[L]a competencia de la Sala para desatar el recurso de apelación impetrado contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba dentro del presente litigio se encuentra limitada a los aspectos que se dejaron planteados por la sociedad accionante en el recurso de apelación, razón por la cual los argumentos esbozados en los alegatos de conclusión que no corresponden a lo impugnado por la parte actora en la oportunidad procesal pertinente, no pueden ser materia de pronunciamiento en esta segunda instancia y, por tanto, la Sala se abstendrá de emitir decisión alguna en relación con lo alegado la accionante en punto de la presunta ruptura del equilibrio financiero del contrato derivado del incremento de la tasa del IVA y del pretendido reajuste de precios de conformidad con el IPC, por tratarse éstos de extremos de la litis que quedaron fijados con la ejecutoria del fallo de primera instancia. Al respecto conviene recordar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera

instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los aspectos que se plantean ante la segunda instancia. (...) resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por los recurrentes, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo (...) cuando la ley lo exija, el recurrente no sólo debe señalar en forma oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos por la ley, los asuntos que considere lesivos de sus derechos, sino que, además, debe justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez. La exigencia legal de que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia debe sustentarse no es, en consecuencia, una simple formalidad irrelevante para el proceso, por lo cual su inobservancia acarrea la declaratoria de desierto y, por contera, la ejecutoria de la providencia que se recurre. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto, consultar Sección Segunda, de 1 de abril de 2004, rad. 1494-03. Sección Tercera, sentencias del 29 de agosto de 2008, exp. 14638 y del 1 de abril de 2009, exp. 32800

#### **LIMITACION MATERIAL DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA - Aplicación del principio de la no reformatio in pejus**

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez ad quem, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la no reformatio in pejus, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único en la sentencia de primera instancia. Dicha garantía, que le imposibilita al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de quien ha de aparecer como apelante único (...) Pues bien, a la luz de esta garantía, que le impone al juez de la segunda instancia el deber de respetar o de preservar el fallo apelado en aquellos aspectos que no resultaren desfavorables para el apelante único, conecta perfectamente con la anteriormente referida limitación material que de igual manera debe respetar el juez de segunda instancia la Sala, en su condición de juez de la segunda instancia, ha de limitarse a examinar y a resolver la apelación que le ha sido planteada, sin exceder la materia de impugnación que en relación con el fallo de primera instancia le ha señalado y establecido la parte recurrente. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto, consultar Sección Segunda, de 1 de abril de 2004, rad. 1494-03. Sección Tercera, sentencias del 29 de agosto de 2008, exp. 14638 y del 1 de abril de 2009, exp. 32800

#### **OBJECION GRAVE DEL DICTAMEN PERICIAL - Presupuestos de procedencia / OBJECION GRAVE DEL DICTAMEN PERICIAL - Improcedencia**

[L]a objeción al dictamen pericial no puede reducirse a simples apreciaciones personales o a comentarios en defensa de la conducta de las partes, sino que es necesario demostrar, de manera fehaciente, la existencia de la equivocación, de una falla protuberante constitutiva de “error grave” por parte de los peritos, circunstancia que debe tener la entidad suficiente para llevar a conclusiones igualmente equivocadas (...) constituye presupuesto imprescindible de la objeción

al dictamen pericial la existencia objetiva de un yerro fáctico (...) al punto de alterar de manera esencial, fundamental o determinante la realidad y, por consiguiente, suscitar en forma grotesca una falsa creencia que resulta significativa y relevante en las conclusiones a las cuales arriban los expertos. Las críticas o divergencias con los estudios, análisis, experimentos y conclusiones de la pericia o la diversidad de criterios u opiniones a propósito de su contenido, son aspectos que han de ser considerados por el juzgador en su función de valoración del dictamen pericial —y de los restantes medios de convicción— y será el Juez, por tanto, quien determine si los eventuales yerros o imprecisiones resultan trascendentes respecto del fondo de la decisión. (...) la inconformidad se centra en la que, en su criterio, constituye una evidente falta de solidez de los datos, de las inferencias y de las conclusiones presentadas por los peritos, disparidad de criterios que aún a pesar de su aparente entidad, no reviste las características que, según se ha referido, deben concurrir en el error grave que ha de resultar identificable en un dictamen para que prospere la objeción que en tal virtud contra él se plantee; en otros términos, la censura que la parte demandada esgrime en contra de la pericia no permite avizorar que en ésta se hubiere trastocado el ámbito de realidad del objeto de observación por el experto o que se hubiere tomado como referente de estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que había de constituir materia del dictamen. Más bien, entiende la Sala que los reparos formulados por la entidad accionada en relación con este extremo (...) realmente versan sobre las apreciaciones, las inferencias, los juicios y las deducciones que los peritos realizaron, pues éstos en realidad sí abordaron en su estudio los asuntos que fueron sometidos a su examen, con lo cual la tacha por error grave, en realidad, se está proyectando respecto del proceso intelectual de los peritos y ello la priva de vocación de prosperidad, razón por la cual deberá ser desestimada, como en efecto se desestimará en la parte resolutive del presente pronunciamiento. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con los presupuestos de procedencia de la objeción por error grave, consultar Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, auto de septiembre 8 de 1993. Expediente 3446. En el mismo sentido; Sección Tercera Consejo de Estado, sentencia de 31 de octubre de 2007, exp. 25177 y auto de 26 de de 2009, exp. 31748

**FECHA DE APROBACION DE LAS ACTAS DE AVANCE DE OBRA – No constituye prueba de la presentación de cuenta de cobro ante la entidad contratante / MORA EN EL PAGO DE LA CUENTA DE COBRO – Prueba que acredite su presentación / MORA EN EL PAGO DE LA CUENTA DE COBRO NO PRESENTADA – Improcedencia / PRESENTACION DE LA CUENTA DE COBRO – Requisito indispensable para constituir en mora a la entidad contratante por pago incumplido**

[E]l hecho de que la interventoría haya aprobado las actas atinentes a los avances en las obras ejecutadas en una fecha determinada, no quiere decir que dicha data sea la que corresponda también a la presentación de las consecuentes cuentas de cobro, toda vez que la aprobación de las actas por parte de la interventoría constituye uno de los presupuestos para solicitar el pago de lo debido, pero de acuerdo con lo que estipula el contrato, puede requerirse la presentación de otros documentos o la exigencia de otros requisitos para la presentación de las cuentas de cobro referidas a las actas de ejecución de las obras a cargo del contratista y, por lo demás, la presentación de la cuenta de cobro constituye una actuación tanto jurídica como ontológicamente diferente de la aprobación de las actas parciales de obra. (...) comoquiera que correspondía a la parte demandante la carga de allegar al expediente elementos demostrativos del incumplimiento que achaca a la entidad contratante como consecuencia de la supuesta mora en el pago de las actas de avance parcial de obra y dicho onus probandi no fue

cabalmente satisfecho, no hay lugar a modificar la decisión adoptada (...) tampoco se encuentra probanza alguna que acredite que la parte actora haya presentado o radicado las cuentas de cobro correspondientes a dichas actas ante la entidad pública, para adelantar el respectivo trámite de pago. (...) la decisión adoptada por el a quo en el sentido de ordenar a la entidad demandada que incluya, al momento de efectuar la liquidación del contrato antes citado, el reconocimiento y pago de todas aquellas actas de obras y de ajustes de precios que aún no se hubieren pagado, resulta por entero razonable comoquiera que con ello se garantiza que a la sociedad actora le sean efectivamente retribuidas las actividades que ejecutó en cumplimiento del contrato de obra referido, máxime cuando no existe en el expediente prueba que indique que las cuentas de cobro correspondientes a las actas No. 23, 24 y 25 hayan sido radicadas en la entidad para el correspondiente pago.

### **LIQUIDACION DEL CONTRATO EN SEGUNDA INSTANCIA - Procedencia en aplicación del principio de la carga de la prueba**

[L]a Sala (...) directamente, con base en el material probatorio obrante en el plenario y dando aplicación al principio de carga de la prueba, proceda a liquidar el contrato estatal de marras. A tal fin, debe recordarse que de acuerdo con el principio aludido, concierne a cada una de las partes demostrar el supuesto de hecho de las normas cuyo efecto jurídico persiguen. (...) y teniendo en cuenta que lo pretendido en la demanda, todavía en discusión en esta instancia y a lo cual se accederá por las razones precedentemente expuestas es al pago de las sumas de dinero correspondientes a las actas de obra No. 22 —parcialmente—, 23, 24 y 25, más los intereses moratorios derivados de la falta de pago oportuno de las mismas

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - artículo 177  
CODIGO CIVIL - ARTICULO 1577

### **OBLIGACION DE PAGO DE VALORES REFLEJADOS EN LAS ACTAS DE AVANCE DE OBRA APROBADAS POR EL INTERVENTOR DEL CONTRATO – Existencia / RECONOCIMIENTO DE PAGO DE CAPITAL INSOLUTO DE ACTAS DE AVANCE DE OBRA APROBADAS POR EL INTERVENTOR DEL CONTRATO SIN PRESENTACION DE CUENTA DE COBRO / RECONOCIMIENTO DE INTERES MORATORIO DE VALOR IMPAGADO POR LA OMISION DE PRESENTACION DE CUENTA DE COBRO EN LA OPORTUNIDAD CONTRACTUALMENTE ESTIPULADA POR LAS PARTES – Improcedencia**

[S]i bien el demandante probó la existencia de la obligación de pago de los valores reflejados en las actas No. 23, 24 y 25 —como de ellas mismas se desprende, actas debidamente aprobadas por el interventor, como lo exigía lo pactado en el contrato— y el INVIAS no demostró haber cumplido con dichas obligaciones, el accionante, a quien correspondía la carga de hacerlo, no acreditó haber presentado las cuentas de cobro respectivas, circunstancia que torna imposible atribuir a la entidad demandada el haber incurrido en mora en el pago de tales acreencias, pues jamás se activó —a tenor de lo probado en el presente proceso— el mecanismo previsto en la cláusula octava del contrato, antes citada, de conformidad con la cual la Entidad tendría un plazo de sesenta días, contados a partir de la presentación de la cuenta de cobro, para hacer frente al pago de la misma. De acuerdo con lo anterior, se reconocerá el derecho de la sociedad demandante a percibir el pago del capital insoluto correspondiente a las tres actas varias veces mencionadas —números 23, 24 y 25, correspondientes a los meses

de junio, julio y agosto de 1997, respectivamente—, debidamente actualizado; empero, no se accederá a su pretensión de reconocer intereses de mora en relación con estos valores, por no haberse acreditado que la entidad accionada hubiere incumplido con su obligación de hacer el pago respectivo dentro de la oportunidad contractualmente estipulada por las partes.

### **RECONOCIMIENTO DE CAPITAL INSOLUTO Y DEL INTERES MORATORIO CORRESPONDIENTE AL SALDO IMPAGADO DENTRO DEL TÉRMINO CONTRACTUALMENTE PREVISTO POR LAS PARTES - Procedencia**

[Con respecto al acta número 22] sí se demostró la fecha de presentación de la cuenta de cobro respectiva ante el INVIAS —9 de diciembre de 1997—; se probó que la Entidad pagó parcialmente al contratista el valor derivado de dicha acta, dentro del término contractualmente previsto, pero que quedó pendiente el pago de un saldo, sin que el INVIAS hubiere probado en el presente proceso el pago de dicho saldo o alguna otra circunstancia que demostrara la extinción de la mencionada obligación. Así las cosas, se condenará al pago del capital insoluto correspondiente al saldo del acta No. 22, debidamente actualizado y con intereses moratorios a partir del día 9 de febrero de 1998, fecha en la cual venció el plazo de 60 días del cual disponía el INVIAS para haber atendido oportunamente dicha obligación.

### **RECONOCIMIENTO DE INTERESES DE MORA POR PAGO DEL SALDO DE CAPITAL INSOLUTO - Procedencia presentación de cuenta de cobro de acta de obra / RECONOCIMIENTO DE CAPITAL INSOLUTO Y DEL INTERES MORATORIO CORRESPONDIENTE AL SALDO IMPAGADO DENTRO DEL TÉRMINO CONTRACTUALMENTE PREVISTO POR LAS PARTES - Procedencia**

Los intereses de mora devengados por el saldo insoluto del Acta No. 22 serán reconocidos de conformidad con la fórmula prevista en el numeral 8° del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, habida consideración de que las partes no pactaron una diferente en el negocio jurídico en el cual el presente litigio tiene su causa. (...) El ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993 (...) tras superar la tesis de la improcedibilidad del reconocimiento de intereses moratorios en este tipo de relaciones negociales, optó por remitir a las previsiones que en la materia contenían las legislaciones civil y mercantil, según el caso ha previsto una serie de disposiciones cuya finalidad consiste en asegurar la reparación integral del daño antijurídico o perjuicio causado por la Administración Pública, cuyo resarcimiento se obtiene no sólo manteniendo el valor intrínseco de la suma adeudada —la pérdida del valor adquisitivo de la moneda también constituye un perjuicio que debe ser indemnizado, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; de ahí que la indexación se asimile a la noción de daño emergente, tratándose del incumplimiento de obligaciones dinerarias— sino, adicionalmente, incluyendo el reconocimiento de una sanción moratoria, calculada sobre la cantidad impagada, debidamente actualizada —misma que se correspondería, en el caso de las obligaciones consistentes en pagar una suma líquida de dinero, a la noción de lucro cesante (...) la ley previó la posibilidad de que las partes incluyesen, dentro de las estipulaciones contractuales, el correspondiente pacto de intereses moratorios, no obstante lo cual, a falta de determinación convencional en relación con los mismos, determinó que éstos serían equivalentes “[a]l doble del interés legal civil” calculado “sobre el valor histórico actualizado”, esto es, el 12% anual —teniendo en cuenta que el interés civil moratorio ha sido previsto por el artículo 1617 del C.C., en el 6% anual— sobre el referido valor histórico actualizado. (...) el artículo

1º del Decreto 679 de 1994 fue sustituido por el Decreto 1510 de 2013 y por el Decreto 1082 de 2015, con el mismo contenido normativo que tenía el primero de los preceptos mencionados; ello habida consideración de que a la liquidación de los intereses se aplica la ley vigente al momento de la mora. (...) el factor que se aplicará, con el propósito de actualizar la suma debida por cada año transcurrido a partir del momento en el cual la parte incumplida incurrió en mora es, de acuerdo con lo preceptuado por el mismo artículo 1 del Decreto 679 de 1.994, “el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior” a la fecha en la cual, por haberse completado un nuevo año de mora —años contados a partir de la fecha en la cual, se insiste en ello, se hubiere configurado la mora —, se hace necesario llevar a cabo una nueva actualización del valor histórico adeudado. NOTA DE RELATORIA: Al respecto consultar sentencias de de 7 de octubre de 2004, exp. 23989; 22 de abril de 2004, exp.14292; 9 de octubre de 2003, exp. 13412; 26 de abril de 2002, exp. 12721 y de 11 de octubre de 2001, exp. 12391.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CIVIL - ARTICULO 1617 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 4.8 / DECRETO 679 DE 1994 - ARTICULO 1 / DECRETO 1510 DE 2013 / DECRETO 1082 DE 2015

**OBLIGACION DE PAGO DE VALORES REFLEJADOS EN LAS ACTAS DE AVANCE DE OBRA APROBADAS POR EL INTERVENTOR DEL CONTRATO – Existencia / RECONOCIMIENTO DE PAGO DE CAPITAL INSOLUTO DE ACTAS DE AVANCE DE OBRA APROBADAS POR EL INTERVENTOR DEL CONTRATO SIN PRESENTACION DE CUENTA DE COBRO – Procedencia / RECONOCIMIENTO DE INTERES MORATORIOS DE VALOR IMPAGADO POR LA OMISION DE PRESENTACION DE CUENTA DE COBRO EN LA OPORTUNIDAD CONTRACTUALMENTE ESTIPULADA POR LAS PARTES – Improcedencia / INDEXACION DEL CAPITAL INSOLUTO DE ACTAS DE AVANCE DE OBRA APROBADAS POR EL INTERVENTOR DEL CONTRATO – Cálculo. Fórmula**

Se reconocerán y pagarán los valores de las actas de ajuste definitivo No. 23, 24 y 25, debidamente actualizadas de acuerdo con la siguiente fórmula: Valor actualizado = Valor histórico x Índice final / Índice final. Comoquiera que en el expediente no se encuentra demostrado en qué momento tuvo lugar la presentación de las cuentas de cobro correspondientes a las actas de ajuste definitivo No. 23, 24 y 25, pero el contrato contemplaba un plazo de sesenta 60 días contados a partir de la presentación de la cuenta respectiva para que la Entidad realizara el pago -cláusula octava, antes citada-, la actualización del valor de cada una de las tres actas en mención se llevará a cabo tomando como fecha para la fijación del índice inicial, la del mes correspondiente a los 60 días siguientes al del mes relativo a la cuenta respectiva. Por tanto, el Acta No. 23, de junio de 1997, debió pagarse máximo 60 días después de dicha fecha, por manera que el índice inicial para realizar la actualización será el de agosto de 1997; el Acta de ajuste No. 24, de julio de 1997, con la misma lógica, debe actualizarse tomando como índice inicial el de septiembre de 1997; y el Acta de ajuste No. 25, de agosto de 1997, debe actualizarse tomando como índice inicial el de octubre de 1997

**CONSEJO DE ESTADO I**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

## SECCION TERCERA

### SUBSECCION A

**Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON**

Bogotá, D.C., primero (01) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 23001-23-31-000-1998-10367-01(35721)**

**Actor: IMPREGILO S.P.A. - SUCURSAL COLOMBIA**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS**

**Referencia: ACCION CONTRACTUAL**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Segunda de Decisión, la cual, en su parte resolutive, dispuso:

- “1. No prosperan las excepciones propuestas por la demandada.*
- 2. Ordénese (sic) al Instituto Nacional de Vías (INVÍAS) liquidar el contrato de obra No. 658 de 1995 y sus adicionales, celebrado con la sociedad IMPREGILO S.P.A.*
- 3. La liquidación del contrato deberá hacerse siguiendo las pautas indicadas en la parte motiva de esta providencia.*
- 4. Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.*
- 5. El ente demandado deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos indicados en el artículo 176 del C.C.A.*
- 6. A partir de la ejecutoria de la sentencia, las sumas que resultaren a favor de la parte demandante, causarán los intereses establecidos en el artículo 77 del C.C.A.*
- 7. Por Secretaría, entréguese al apoderado de la entidad demandante, copia autenticada de esta providencia, con constacia de ejecutoria y de ser primera copia.*
- 8. No hay condena en costas” (fls. 348-375, c. Consejo de Estado).*



## 1. ANTECEDENTES

### 1.1 Lo que se demanda.

Mediante escrito presentado el 10 de octubre de 1998, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual, la sociedad IMPREGILO S.P.A. - SUCURSAL COLOMBIA instauró demanda en contra del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVÍAS, ante el Tribunal Administrativo de Córdoba, en la cual se elevaron las siguientes pretensiones:

1. *“Que se condene al Instituto Nacional de Vías, a liquidar el contrato principal No. 658 de 1995 y sus adicionales...”*.

2. Que como consecuencia de lo anterior se condene a la entidad demandada a incluir en el acta de liquidación del contrato en mención y sus adicionales, el reconocimiento y pago de las siguientes pretensiones, con el fin de restablecer el equilibrio de la ecuación financiera:

2.1 Por concepto del mayor valor pagado por el impuesto agregado a las ventas (IVA), se condene a INVÍAS a reconocer y devolver al demandante la suma de \$28'385.851,14, la cual se discriminó así: (i) \$12'981.286,00 correspondiente al valor básico de la diferencia retenida; y (ii) \$15'404.565,14 por concepto de intereses moratorios a 30 de septiembre de 1998.

2.2 Por concepto de la diferencia entre el valor del ajuste contractual y la aplicación del IPC, se declare que la conmutatividad y el equilibrio económico del contrato 658 de 1995 y sus adicionales, se rompieron debido a que la fórmula de ajuste de precios prevista en la Cláusula Décima Primera, Parágrafo Tercero, no conservó el valor inicial de los precios unitarios durante el plazo contractual y en consecuencia se reconozca y pague a la sociedad demandante la suma de \$1.961'143.305,11; valor que representa la diferencia entre los precios ajustados con el IPC y los precios ajustados y pagados de acuerdo con la fórmula señalada en la cláusula antes referida, la cual adicionalmente, debe pagarse en valores actuales y con los intereses legales previstos en el artículo 884 del Código de Comercio hasta cuando se produzca efectivamente el pago.

**2.3** Se condene a la entidad demandada a incluir en el acta de liquidación del contrato, el reconocimiento y pago por concepto de intereses de mora en los pagos por avance parcial de obra, la suma de \$46'744.400,96, la cual deberá ser actualizada hasta la fecha en la que se produzca el pago, conforme a la tasa prevista en el artículo 884 del Código de Comercio.

**2.4** Se condene a la entidad demandada a incluir en el acta de liquidación del contrato 658 de 1995, la suma de \$237'932.506,51 por concepto de los valores no pagados por avance parcial de obra, los cuales se discriminan así:

**2.4.1** Valor básico del acta de ajuste definitiva No. 22, la suma de \$12'123.680,98 e intereses moratorios a 30 de septiembre de 1998 por valor de \$9'067.849,06, para un total de \$21'191.530,04.

**2.4.2** Valor básico del acta de ajuste definitiva No. 23, la suma de \$112'080.582,61 e intereses moratorios a 30 de septiembre de 1998 por valor de \$65'774.413,14, para un total de \$177.854.995,75.

**2.4.3** Valor básico del acta de ajuste definitiva No. 24, la suma de \$22'797.913,40 e intereses moratorios a 30 de septiembre de 1998 por valor de \$13'678.748,04, para un total de \$36'476.661,44.

**2.4.4** Valor básico del acta de ajuste definitiva No. 25, la suma de \$1'505.824,55 e intereses moratorios a 30 de septiembre de 1998 por valor de \$903.494,73, para un total de \$2'409.319,28.

**3.** Que se condene a la entidad demandada a pagar al actor los intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la ley que, de conformidad con el artículo 884 del Código de Comercio, corresponde al doble del bancario corriente, sobre las sumas básicas de cada una de las pretensiones señaladas en los numerales 2.1, 2.2, 2.3 y 2.4 de la demanda, las cuales fueron liquidadas con corte a 30 de septiembre de 1998.

**4.** Que se condene a la entidad demandada a pagar las costas del proceso<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Fls. 2- 5, c. principal.

## **1.2 Los hechos.**

Se narró en el libelo introductorio del proceso cuanto a continuación se sintetiza:

**1.2.1** En el marco de la Licitación Pública Internacional 018-94, la firma IMPREGILO S.P.A. SUCURSAL COLOMBIA y el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS suscribieron el 7 de junio de 1995 el contrato No. 658, cuyo objeto fue la construcción y pavimentación de la carretera Puerto Rey - Montería - Córdoba, sector k 38+000 - Puerto Rey.

**1.2.2** El contrato 658 de 1995 fue adicionado por los contratos 658-1-95 de 1996, 658-2-95 de 1997, 658-3-95 de 1997, 658-4-95 de 1997 y 658-5-95 de 1997.

**1.2.3** Según el contrato adicional 658-5-95 suscrito el 13 de agosto de 1997, el plazo contractual venció el 30 de octubre de 1997.

**1.2.4** El 15 de agosto de 1997 se suscribió el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de las obras objeto del contrato.

**1.2.5** A la fecha de presentación de la demanda, la entidad demandada no había iniciado los trámites para liquidar de manera bilateral o unilateral el contrato en mención<sup>2</sup>.

## **1.3 Fundamentos de derecho de las pretensiones.**

Los hizo consistir la sociedad accionante en la transgresión de lo previsto por las siguientes normas: **(i)** artículos 3 y 6 de la Constitución Política, **(ii)** artículos 1495, 1498, 1602, 1603, 1604 y 1613 del Código Civil, **(iii)** artículos 884, 868 y 871 del Código de Comercio, **(iv)** artículos 4, 5 ordinal primero, 25 ordinales 13 y 14, 27, 28 y 75 de la Ley 80 de 1993, **(v)** artículos 8 y 38 de la Ley 153 de 1887 y **(vi)** artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con la ley 446 de 1998.

---

<sup>2</sup> Fl. 2, c. ppal.

En relación con las disposiciones constitucionales que en su consideración fueron vulneradas por la actuación de la entidad demandada, la sociedad accionante argumentó que, de conformidad con lo normado por el artículo 3 de la Carta Política, los poderes públicos deben ejercerse en los términos señalados por la Constitución, en atención a los principios de legalidad, autolimitación y responsabilidad y, por tanto, las actividades de la administración que violen derechos particulares abren paso a que pueda reclamarse su consecuente restablecimiento. Igualmente, la omisión de las funciones a cargo de la parte demandada ocasionó la transgresión del artículo 6 superior.

Expresó la parte actora que la fórmula de ajuste de precios estipulada por las partes en el contrato, no cumplió su cometido de mantener la conmutatividad del mismo, por cuanto no reflejó la realidad económica nacional evidenciada por el DANE, de lo cual surge a cargo de la administración el deber de revisar y corregir dicha estipulación hasta lograr que se reconozca al contratista el valor exacto de la prestación inicial. Recordó el actor sobre este aspecto que la figura del equilibrio financiero del contrato ha sido regulada por diferentes disposiciones legales, en especial la Ley 80 de 1993, cuyo artículo 4, ordinal 8 prescribió el deber, en cabeza de las entidades estatales, de utilizar mecanismos de ajuste y revisión de precios, con base en el IPC, que permitan mantener el equilibrio económico del contrato.

Prosiguió la sociedad demandante con la afirmación en el sentido de que las normas generales de los contratos contenidas en los artículos 1546, 1602, 1603, 1604 y siguientes del Código Civil son aplicables a la contratación administrativa y en ese sentido, el incumplimiento de una obligación contractual por parte de la administración genera el deber de resarcir los perjuicios derivados de dicha omisión.

En su parecer, la entidad accionada transgredió el Estatuto de Contratación Pública en atención a que desconoció las ventajas económicas otorgadas a la sociedad y el equilibrio financiero del contrato al imputar a la parte demandante costos adicionales que debieron ser asumidos por la administración.

Después de caracterizar las teorías de la imprevisión y del hecho del príncipe, concluyó la sociedad accionante que sus postulados son aplicables al

caso concreto, toda vez que de conformidad con lo indicado por la jurisprudencia y con lo preceptuado por el artículo 868 del Código de Comercio, resulta procedente la revisión de los precios fijados en el contrato por cuanto las leyes que incrementaron el porcentaje de la base gravable del IVA afectaron las condiciones de ejecución del mismo y la utilidad que la parte actora había estimado percibir con ocasión de la ejecución contractual.

Por último, manifestó la parte actora que el artículo 5, numeral 1 de la Ley 80 de 1993, precepto igualmente aplicable al litigio *sub judice*, dispuso que los contratistas tienen derecho a recibir oportunamente la remuneración derivada de la ejecución contractual y a que su valor no se altere durante la vigencia del contrato<sup>3</sup>.

#### **1.4. Trámite de la primera instancia.**

**1.4.1** Mediante providencia calendada el 17 de noviembre de 1998, el Tribunal Administrativo de Córdoba admitió la demanda formulada en ejercicio de la acción contractual por la sociedad accionante y ordenó la notificación personal del libelo introductorio del litigio al Director Regional del Instituto Nacional de Vías en Montería<sup>4</sup>.

**1.4.2** Notificado el auto admisorio del libelo inicial del litigio a la entidad pública accionada, ésta le dio oportuna contestación por medio de escrito en el cual aceptó los hechos de la demanda, excepto el relacionado con el trámite de la liquidación del contrato, respecto del cual manifestó que el término para efectuarla aún no había vencido y el respectivo proyecto de acta estaba en elaboración y revisión por parte de la entidad; asimismo, manifestó atenerse a lo que se pruebe dentro del proceso en relación con todas y cada una de las pretensiones que se exponen en la demanda y solicitó que las mismas sean denegadas.

El apoderado de la entidad demandada inició su argumentación refiriéndose al procedimiento adelantado por la administración para realizar la liquidación del contrato 658 de 1995 y sus adicionales.

---

<sup>3</sup> Fls. 20-28, c. ppal.

<sup>4</sup> Fl. 563, c. ppal.

Prosiguió la accionada con la afirmación en el sentido de que al celebrar el contrato, las partes acogieron las normas que regulaban el Impuesto al Valor Agregado IVA, el cual se estableció sobre la utilidad del contratista que correspondía al 6% y su AIU del 43.71%. Agregó sobre este aspecto que la entidad apropió las partidas suficientes para sufragar el incremento del impuesto ordenado por la ley y no es dable alegar, como lo hace ahora la sociedad demandante, que se configuró una situación imprevista toda vez que los contratos adicionales fueron suscritos durante la vigencia de la ley que ordenó el incremento del IVA.

A juicio del apoderado del INVÍAS, la pretensión de la actora encaminada a que se reajuste el valor del contrato con base en el IPC carece de respaldo legal, por cuanto en la cláusula octava del contrato denominada *Actas de obras y Ajustes*, las partes estipularon la fórmula con base en la cual resultaría procedente reajustar el precio del mismo. Afirmó también que la Resolución No. 001077 del 17 de marzo de 1994 expedida por el INVÍAS, adoptó la metodología de cálculo de índices para el ajuste de precios unitarios en los contratos de obra, la cual regía los contratos celebrados por la entidad. En este sentido, la entidad demandada aseguró que el valor del contrato se reajustaba de conformidad con la fórmula pactada y con los términos de la Resolución en comento.

En este punto de la argumentación, el apoderado de la entidad demandada propuso las excepciones de inexistencia de las pretensiones solicitadas en la demanda y falta de legitimación en la causa por pasiva del INVÍAS, con fundamento en las razones precedentemente expuestas. Y en relación con la pretensión de pago por concepto de intereses por mora en los pagos de las actas de avances parciales de obra y por concepto de saldos insolutos por avance parcial de obra, la entidad accionada sostuvo que en cada una de las cuentas se cancelaba al contratista los intereses pactados por el no pago de las cuentas presentadas en tiempo, situación que puede constatarse en tales documentos<sup>5</sup>.

**1.4.3** Mediante auto de fecha 8 de junio de 1999, se ordenó tener como pruebas los documentos presentados por las partes y se ofició a la Superintendencia Bancaria, al DANE, a la Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores y al INVÍAS para que allegaran al expediente la información solicitada tanto en la demanda como en su contestación; asimismo, se decretaron

la prueba pericial y la inspección judicial solicitadas por la sociedad accionante, así como la recepción de los testimonios pedidos por las partes<sup>6</sup>.

Una vez corrido el traslado a las partes para alegar de conclusión<sup>7</sup>, presentaron los respectivos memoriales de alegación, en los cuales ratificaron los argumentos expuestos en los escritos contentivos de la demanda y de la contestación a la misma<sup>8</sup>.

## **1.5 La sentencia apelada.**

**1.5.1** El Tribunal Administrativo de Córdoba, tras efectuar un análisis sobre los hechos y las pruebas allegadas al proceso, ordenó al Instituto Nacional de Inviás —INVÍAS— liquidar el contrato de obra No. 658 de 1995 y sus adicionales, celebrado con la sociedad accionante, de acuerdo con las pautas señaladas por el *a quo* en la parte motiva de la providencia; negó las excepciones propuestas por la entidad accionada, así como las demás pretensiones de la demanda.

Una vez reseñadas las características propias de las teorías de la imprevisión y del hecho del príncipe que han sido esbozadas por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el fallador de primera instancia consideró que el mayor valor que tuvo que asumir la sociedad actora en razón al incremento de la tarifa del impuesto sobre las ventas —IVA— del 14% al 16%, con ocasión de la expedición de la Ley 223 de 1995, estaba muy por debajo del valor destinado en el contrato para imprevistos y por tanto, no se generó una disminución grave y anormal en la utilidad del contratista, razón por la cual se negó la pretensión de la sociedad accionante encaminada a que se le reconociera este mayor valor.

Prosiguió el estudio del Tribunal Administrativo *a quo* en señalar que la aplicación de la fórmula de ajuste de los precios unitarios pactada en el párrafo segundo de la cláusula octava del contrato No. 658 de 1995 no ocasionó un desequilibrio en la ecuación económica del contrato, tal como lo adujo la parte actora, toda vez que dicha fórmula tuvo en cuenta los índices de costos de construcción de carreteras, por grupo de obra construida y la metodología prevista

---

<sup>5</sup> Fls. 568-575, c. ppal.

<sup>6</sup> Fl. 604, c. ppal.

<sup>7</sup> Fl. 305, c. 2.

<sup>8</sup> Fls. 306-337, c. 2.

en la Resolución No. 001077 de 1994 expedida por el INVÍAS. Agregó que el IPC no puede ser aplicado para ajustar los precios del contrato celebrado entre las partes puesto que su naturaleza se corresponde con las variaciones de precios de bienes y productos de consumo corriente de las familias y no con el valor de elementos específicos utilizados para la construcción de carreteras. Así, pues, en criterio del *a quo*, la pretensión de la sociedad demandante encaminada a que se le reconociera la diferencia entre el valor resultante de la aplicación de la fórmula de reajuste de precios prevista en el contrato y la variación del IPC, no tiene vocación de prosperidad.

Adujo el fallador de primera instancia que tampoco podía ser acogida la pretensión de la parte actora enderezada a que se condenara a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses por la alegada mora en el pago de los avances parciales de obra, a la tasa señalada en el artículo 884 del C.Co., por cuanto la sociedad accionante no probó las razones aducidas en el escrito de demanda, en el cual afirmó que si bien las cuentas de cobro eran presentadas al INVÍAS dentro del plazo señalado en el contrato No. 658 de 1995, la entidad se negaba a recibirlas aduciendo falta de recursos presupuestales y, en ese sentido, no demostró cuáles fueron las supuestas fechas de presentación de las mencionadas cuentas.

En efecto, manifestó el Tribunal que la cláusula octava del contrato, al regular lo referente al pago de las actas de las obras ejecutadas, otorgaba al contratista, de una parte, un plazo de 15 días calendario siguientes a la terminación de cada mes, para la presentación de las cuentas de cobro y a la accionada, de otra parte, un término de 60 días contados a partir de la fecha de presentación de las respectivas cuentas de cobro, para cancelarlas. Agregó que de acuerdo con la certificación expedida por los jefes de las divisiones de Tesorería y Contabilidad del INVÍAS, las cuentas de cobro correspondientes a las actas 22, 23, 24 y 25 y las de sus ajustes, fueron pagadas dentro del término previsto en la cláusula octava del contrato, sin que existiera en el plenario prueba alguna sobre una fecha diferente de presentación de las cuentas de cobro a la indicada en esta certificación.

Añadió sobre este último aspecto que si bien es verdad que dos de los testimonios recaudados en el proceso hicieron alusión a la existencia de un memorando institucional en el INVÍAS en el que se señalaba que no se debían



recibir las cuentas de cobro que no tuvieran respaldo presupuestal, no es menos cierto que —según lo indicó el fallo apelado— a ninguno de los cuatro declarantes en el encaudernamiento les consta que la entidad accionada se haya abstenido de recibir y tramitar las cuentas presentadas por la actora.

En relación con el concepto de valores no pagados por avance parcial de obras y sus respectivos intereses, el Tribunal señaló que de conformidad con la información contenida en la certificación antes mencionada, las actas No. 22, 23, 24 y 25 fueron pagadas en las fechas allí indicadas y dentro del plazo previsto en el contrato, motivo por el cual no hay lugar a conceder esta pretensión a la sociedad demandante; de otra parte, en consideración del *a quo*, en caso de que haya lugar a reconocer el pago de intereses durante la ejecución del contrato, éstos no podrán ser los establecidos en el artículo 884 del C.Co., sino los previstos en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, por cuanto en el contrato suscrito por las partes no se pactaron intereses moratorios.

En virtud de las disposiciones señaladas en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y habida cuenta de que el contrato No. 658 de 1995 aún no había sido liquidado según la información suministrada a través del Oficio No. 16903 del 20 de junio de 1999 expedido por el Subdirector de Construcción del Invias, el *a quo* estimó procedente ordenar al INVIAS la realización, de conformidad con los parámetros establecidos en la sentencia, del trabajo de liquidación del contrato ya mencionado, atendiendo asimismo a lo normado por el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA, en los siguientes términos:

*“a) No se reconocerá ningún valor por concepto del mayor valor pagado por el contratista como consecuencia de la variación de la tarifa del IVA del 14% al 15%; b) No se reconocerá ningún valor por la diferencia existente entre el valor del ajuste de precios del contrato con base en la fórmula acordada en él y la aplicación del IPC; c) No se reconocerá ningún valor por concepto de intereses por demora en los pagos que ya se hicieron por los avances parciales de obras; d) Se reconocerán y pagarán las actas de obras y de ajustes de precios que aún no se hubieren pagado; e) Los pagos pendientes a favor del contratista causarán los intereses moratorios indicados en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993 y se liquidarán a partir del día en que debió efectuarse el pago hasta la fecha de ejecutoria de este fallo; f) A partir de la ejecutoria del fallo, las sumas que hubieren resultado a favor del contratista causarán los intereses indicados en el artículo 177 del C.C.A.”<sup>9</sup>.*

---

<sup>9</sup> Fls. 348-375, c. Consejo de Estado.

**1.5.2** La parte actora solicitó la aclaración de la sentencia proferida por el *a quo* por considerar que las pautas señaladas en la parte motiva del fallo para efectuar la liquidación del contrato No. 658 de 1995 generaban confusión en relación con los rubros que se deberían incluir en la misma, de tal suerte que, según su sentir, la orden impartida por el Tribunal de primera instancia era de imposible cumplimiento. En este sentido, manifestó que en varios apartes de la sentencia existió falta de claridad en la identificación del tipo de acta (obra, ajuste provisional o ajuste definitivo) y en las correspondientes fechas de presentación y pago de las cuentas enunciadas, cuestiones que, en el sentir de la accionante, debían ser aclaradas por el fallador de primera instancia para poder establecer cuáles de las mencionadas actas y por qué montos debían ser incluidas en el acta de liquidación del contrato.

Agregó asimismo la apoderada de la sociedad accionante que el Tribunal Administrativo de Córdoba debía aclarar la parte motiva de la sentencia en el sentido de precisar si prosperó o no la pretensión sobre reconocimiento de los saldos insolutos por avance de obras parciales, que correspondían a las actas de ajuste definitivo 22, 23, 24 y 25, puesto que en un primer momento se contradujo al denegar dicha pretensión y, posteriormente, en las mismas consideraciones, decidió que se reconocerían las actas de obra y de ajustes de precios que aún no se hubieren pagado<sup>10</sup>.

**1.5.3** En providencia de fecha 10 de marzo de 2008, el *a quo* no accedió a la solicitud de aclaración de la sentencia presentada por la parte actora, toda vez que en su consideración, era claro que se había negado la pretensión relacionada con los pagos de avances de obras supuestamente dejados de cancelar por la demandada y sus correspondientes intereses y, además, que no se presentaron dudas ni imprecisiones en los otros aspectos decididos que pudieran imposibilitar el cumplimiento del fallo. El Tribunal concluyó que las discrepancias de la sociedad demandante en relación con el análisis de los elementos probatorios allegados al expediente no eran susceptibles de ser ventiladas a través de la formulación de una solicitud de aclaración de la sentencia, sino de controversia a través de la interposición de los recursos legales<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Fls. 377-383, c. Consejo de Estado.

<sup>11</sup> Fls. 386-388, c. Consejo de Estado.

## 1.6 El recurso de apelación.

Inconforme con el sentido del pronunciamiento referido en el acápite anterior, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el *a quo* y contra la providencia que negó su aclaración<sup>12</sup> por considerar que a pesar de haber sido demostrado en el plenario que la entidad demandada no pagó las actas de avance parcial de obra dentro del término previsto en el contrato, por negarse sistemáticamente a recibir las cuentas de cobro que presentaba IMPREGILO argumentando insuficiencia de recursos presupuestales, el fallador de primera instancia no condenó al INVÍAS al pago de los intereses moratorios causados a favor de la parte actora.

Añadió que esta conducta de la entidad accionada supone una violación a lo previsto en el artículo 5 numeral 1 de la Ley 80 de 1993 que reconoce el derecho del contratista a recibir de manera oportuna y completa la remuneración pactada en el contrato. Aunado a lo anterior, agregó que la insuficiencia de disponibilidad presupuestal es de responsabilidad exclusiva de la entidad contratante y no puede ser atribuible a la accionante.

Expresó asimismo que la afirmación del *a quo* en el sentido de que *"las actas de ajustes 22, 23, 24 y 25 fueron pagadas por el INVÍAS, en las fechas allí indicadas y dentro de los términos estipulados en el contrato"* no es del todo cierta, comoquiera que de la relación de pagos no se evidencia que la entidad demandada haya pagado las actas de ajuste definitivo de las actas de obra 23, 24 y 25, así como lo correspondiente a la totalidad del saldo del acta 22, mientras que lo que sí se desprende de la documentación aludida es que las actas de obra y de ajuste provisional fueron pagadas, pero no hay certeza respecto de la oportunidad del pago.

A juicio de la sociedad apelante, en la sentencia tampoco se le reconocieron los saldos insolutos de las cuentas de cobro de las actas de ajuste definitivo que solicitó en la demanda por valor de \$148'508.001.54 más intereses; agregó que la entidad demandada, al fraccionar la cuenta correspondiente al acta de ajuste definitivo No. 22 de mayo de 1997, canceló un valor de \$7'249.761.66 y quedó pendiente el pago de \$12'123.680.98, tal como consta en la certificación

---

<sup>12</sup> Fl. 390, c. Consejo de Estado.

expedida por los Jefes de las divisiones de Tesorería y Contabilidad del INVÍAS, prueba que no fue apreciada por el *a quo*.

Sobre este aspecto, la accionante reiteró las afirmaciones presentadas en la solicitud de aclaración de la sentencia en el sentido de señalar que el Tribunal se contradijo al negar la pretensión sobre el reconocimiento y pago de los saldos insolutos de las cuentas de las actas de ajuste definitivo, para luego decidir que se reconocerían las actas de obra y de ajustes de precios que aún no se hubieren pagado y comoquiera que en la demanda lo solicitado fue el reconocimiento de los valores que no fueron pagados por concepto de las actas de ajuste definitivo números 22, 23, 24 y 25, no es posible entender por qué el juez de primera instancia se refirió en su pronunciamiento a otras actas de obra y de ajuste de precios.

De otro lado, la parte actora manifestó que en la relación de pagos expedida por la entidad demandada no consta la fecha de presentación de la cuenta de cobro correspondiente al acta de obra No. 23, sin embargo en el expediente obra fotocopia simple de las actas mensuales de obras ejecutadas en las que se evidencia que la fecha de aprobación del acta por parte de la interventoría fue el 15 de julio de 1997, lo cual desvirtúa lo señalado por el Tribunal sobre la falta de prueba de las fechas en las cuales se presentaron las cuentas ante la entidad demandada.

Asimismo, la sociedad apelante añadió que el fallador de primera instancia apreció de manera incorrecta las fechas de presentación de las cuentas de cobro y las fechas de su pago, confundió los diferentes tipos de actas (de obra, de ajuste provisional o de ajuste definitivo) y no identificó, de forma clara, las cuentas que enunció como pagadas.

Por todo lo anterior, la parte actora solicitó que se revoque parcialmente la sentencia apelada y se declare la prosperidad de las pretensiones de la demanda, en especial de las relacionadas con el reconocimiento de los intereses por mora en los pagos de avance parcial de obra y saldos insolutos<sup>13</sup>.

### **1.7 Trámite de la segunda instancia.**

El recurso de apelación fue admitido a través de auto de fecha 7 de noviembre de 2008<sup>14</sup>; una vez se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo en la segunda instancia –auto del 20 de febrero de 2009<sup>15</sup>- la entidad demandada presentó sus alegatos de conclusión y en ellos ratificó los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda<sup>16</sup>.

Por su parte, la sociedad actora reiteró lo señalado en el escrito de apelación y además manifestó que la entidad demandada estaba obligada a resarcir el desequilibrio de la ecuación financiera del contrato por el incremento de la tasa del IVA del 14 al 16% y el índice de ajuste de precios conforme al IPC, factores que disminuyeron el valor percibido por la sociedad accionante como resultado de la ejecución contractual y que no fueron reconocidos por el INVÍAS<sup>17</sup>.

La Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, a su turno, conceptuó que en el presente caso, en relación con la pretensión dirigida a obtener el reconocimiento y pago de los intereses de mora por el no pago oportuno de las cuentas presentadas por la sociedad actora, se encuentra en el expediente certificación expedida por el INVÍAS en la que constan las fechas de presentación y pago de las cuentas mensuales de obra, ajuste provisional o definitivo, respecto de las cuales se concluye que las mismas fueron canceladas dentro del término previsto en la cláusula octava del contrato suscrito por las partes y, por ende, carece de vocación de prosperidad la pretensión en este sentido elevada por la accionante.

Añadió la Agencia del Ministerio Público que en el caso analizado si bien es cierto que obra en el plenario la comunicación No. 02319 de fecha 15 de octubre de 1997 dirigida por la Compañía Interventora al Ministerio de Transporte - INVÍAS en la cual se relacionan las actas de ajustes definitivos No. 23, 24 y 25 como pendientes de cobrar, no resulta menos verídico que no reposa en el expediente prueba alguna que demuestre que dichas cuentas fueron presentadas por el contratista ante la entidad demandada, puesto que las copias simples de las

---

<sup>13</sup> Fls. 399-409, c. Consejo de Estado.

<sup>14</sup> Fl. 411, c. Consejo de Estado.

<sup>15</sup> Fl. 413, c. Consejo de Estado.

<sup>16</sup> Fls. 415-417, c. Consejo de Estado.

<sup>17</sup> Fls. 430-466, c. Consejo de Estado.

cuentas allegadas con la demanda no tienen las constancias de presentación respectivas, lo que impide valorarlas como prueba dentro del proceso.

Advirtió la Vista Fiscal que revisado el acervo probatorio, tanto documental como testimonial, la sociedad contratista no probó que los pagos de las cuentas presentadas se hubieran verificado después del vencimiento del término pactado en el contrato ni que se hubiera tratado de realizar su presentación con anterioridad a las fechas en las cuales certifica el INVIAS que fueron presentadas y que la entidad demandada se hubiere negado a recibirlas.

En criterio de la Agencia del Ministerio Público, resultan plausibles las decisiones del *a quo* en el sentido de negar vocación de prosperidad a las pretensiones referidas al pago de las actas por avance parcial de obra, las cuales ya fueron canceladas y al reconocimiento y pago de las actas de obra y ajuste de precios que aún no se hubieran cancelado, respecto de las cuales solamente existe prueba de haber sido presentada en debida forma la cuenta de cobro correspondiente al acta No. 22 de reajuste definitivo y de haberse efectuado el pago parcial de la misma por parte de la entidad demandada, de suerte que el INVIAS adeuda a la accionante el saldo respectivo.

De otra parte, la Procuraduría Delegada evidenció que no existió una errónea valoración de las pruebas en la sentencia de primera instancia, tal como lo alegó el apelante, puesto que las copias allegadas con la demanda no cumplen los requisitos legales para ser objeto de valoración. Igualmente, en concepto del Ministerio Público no es aceptable endilgar al Tribunal Administrativo de Córdoba yerros en la identificación de las diferentes actas, cuando ni siquiera en la demanda dichas actas fueron determinadas y precisadas de forma clara, puesto que al enunciar la pretensión 2.4 se hizo referencia a las actas de avance parcial de obra, pero al discriminarlas se señalaron actas de ajuste definitivo, respecto de las cuales no se aportó prueba sobre el cumplimiento de los requisitos para el pago. Agregó que la mora se configura a partir de la fecha en que vence el plazo para pagar la cuenta de cobro, el cual se contabiliza a partir de su presentación en las oficinas de la Entidad, no desde el momento de la firma de aprobación por parte del Interventor, tal como lo sostuvo la sociedad en su escrito de apelación.

Como corolario de lo expuesto, la Agencia Fiscal concluyó que la decisión proferida por el *a quo* debe ser confirmada, pero en relación con el reconocimiento

y pago de las actas de obra y de ajustes de precios que aún no se hubieren pagado, el alcance del fallo debe ser limitado al saldo del acta No. 22 de reajuste definitivo, respecto del cual obra prueba de haber sido presentada dentro del término y con el cumplimiento de los requisitos previstos para su pago<sup>18</sup>.

En este estado del proceso y sin que se observe la configuración de causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia, previo lo cual efectuará las siguientes

## **2. CONSIDERACIONES**

### **2.1 Lo que se debate.**

Teniendo en cuenta el panorama que se ha dejado expuesto, para resolver el asunto que se somete a su consideración dentro del presente proceso, la Sala, **(i)** previa relación del material probatorio que obra en el expediente, se ocupará de examinar **(ii)** su competencia para emitir pronunciamiento de fondo, cuestión que incluye determinar los alcances del recurso de apelación impetrado contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Córdoba en el asunto *sub lite*; **(iii)** la oportunidad de la acción; **(iv)** la idoneidad del cauce procesal elegido por la sociedad actora para ventilar sus pretensiones ante esta Jurisdicción; **(v)** la objeción por error grave formulada por la parte demandada contra el dictamen pericial recaudado en el plenario; **(vi)** los argumentos expuestos en el escrito contentivo del recurso de alzada como motivos de inconformidad para con el fallo impugnado y **(vii)** costas.

### **2.2 El material probatorio recaudado en el proceso.**

Dado que algunos de los documentos arrimados al expediente lo han sido en copia simple, se impone invocar la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación acerca de la valoración de las pruebas aportadas en copia simple<sup>19</sup>.

Así pues, en aplicación de la postura unificada de la Sección Tercera, se valorarán los documentos aportados en copia simple.

---

<sup>18</sup> Fls. 467-472, c. Consejo de Estado.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013; Expediente: 25.022; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Los siguientes son los elementos acreditativos de los cuales se ha hecho acopio en el presente proceso, cuya valoración debe llevarse a cabo con el propósito de resolver los problemas jurídicos que se han dejado planteados en precedencia y que hacen referencia única y exclusivamente a los aspectos que fueron confrontados en el recurso de apelación interpuesto por la sociedad IMPREGILO S.P.A. Sucursal Colombia, en contra de la sentencia proferida dentro del asunto *sub judice* por el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba.

**2.2.1** Contrato de Obra Pública No. 0658 del 7 de junio de 1995 celebrado entre IMPREGILO S.P.A. – Sucursal Colombia y el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS, cuyo objeto fue la construcción y pavimentación de la carretera Puerto Rey - Montería, Córdoba, sector K-38+000 - Puerto Rey<sup>20</sup>.

**2.2.2** Contratos adicionales al precedentemente citado, números 658-1-95 de 1996; 658-2-95 del 12 de junio de 1997; 658-3-95 del 27 de junio de 1997; 658-4-95 del 13 de agosto de 1997 y 658-5-95 del 27 de octubre de 1997<sup>21</sup>.

**2.2.3** Acta de recibo definitivo de obra, suscrita por las partes y la Interventoría, el 5 de noviembre de 1997<sup>22</sup>.

**2.2.4** Cuenta de cobro de fecha 7 de noviembre de 1997, por valor de \$12'123.680.98, por concepto de Acta Definitiva No. 22 de mayo de 1997, suscrita por el Contratista y el Interventor; se especifica que el valor del Acta Definitiva es de \$19'260.861.81, del cual se deduce el valor cobrado en cuenta anterior por la suma de \$7'207.632.83<sup>23</sup>.

**2.2.5** Acta Definitiva No. 22, de fecha 24 de mayo de 1997, por valor de \$19'260.861.81, suscrita por el Contratista y la Interventoría<sup>24</sup>.

**2.2.6** Cuenta de Cobro de fecha 25 de noviembre de 1997 por valor de \$112'080.582.61 por concepto de Acta Definitiva No. 23, de junio de 1997, suscrita por el Contratista y el Interventor<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> Fls. 39 - 48, c. principal.

<sup>21</sup> Fls. 51 - 62, c. ppal.

<sup>22</sup> Fls. 65 - 68, c. ppal.

<sup>23</sup> Fl. 407, c. ppal.

<sup>24</sup> Fl. 408, c. ppal.



**2.2.7** Acta Definitiva No. 23, de junio de 1997, por valor de \$111'429.266.61, suscrita por el Constructor y la Interventoría<sup>26</sup>.

**2.2.8** Cuenta de Cobro de fecha 25 de noviembre de 1997, por valor de \$22'797.913.40, por concepto de Acta Definitiva No. 24 de julio de 1997 suscrita por el Contratista y el Interventor<sup>27</sup>.

**2.2.9** Acta Definitiva No. 24, de julio de 1997, por valor de \$22'665.431.40, suscrita por el Constructor y la Interventoría<sup>28</sup>.

**2.2.10** Cuenta de Cobro de fecha 25 de noviembre de 1997, por valor de \$1'505.824.55 por concepto de Acta Definitiva No. 25, de agosto de 1997, suscrita por el Constructor y el Interventor<sup>29</sup>.

**2.2.11** Acta Definitiva No. 25, de agosto de 1997, por valor de \$1'497.073.55, suscrita por el Constructor y la Interventoría<sup>30</sup>.

**2.2.12** Oficio No. 24412 de fecha 12 de junio de 1998, suscrito por la Jefe de División de Tesorería del INVÍAS, mediante el cual remite a la sociedad demandante la relación de pagos efectuados hasta el 28 de mayo de 1998<sup>31</sup>.

**2.2.13** Actas de Ajuste Provisional números 25, 24, 23, 22, 21, 20, 19, 18, 15, 14, 13, 12, 11, 10, 9, 6, 5, 4, 3, 2 y Actas Definitivas números 22, 21, 20, 19, 18, 15, 14, 13, 12, 11, 10, 9, 8, 7, 6, 5, 4, 3, 2, suscritas por el Constructor y la Interventoría<sup>32</sup>.

**2.2.14** Actas Mensuales números 25, 24, 23, 22, 21, 20, 19, 18, 15, 14, 13, 12, 7, 11, 10, 9, 8, 7, 6, 5, 4, 3 y 2, y Programas de Inversiones de las Actas números 25, 24, 23, 22, 21, 20, 19, 18, 15, 14, 13, 12, 11, 10, 9, 8, 7, 6, 5, 4, 3 y 2<sup>33</sup>.

---

<sup>25</sup> Fl. 409, c. ppal.

<sup>26</sup> Fl. 410, c. Ppal.

<sup>27</sup> Fl. 411, c. ppal.

<sup>28</sup> Fl. 412, c. ppal.

<sup>29</sup> Fl. 413, c. ppal.

<sup>30</sup> Fl. 415, c. ppal.

<sup>31</sup> Fls. 418-420, c. ppal.

<sup>32</sup> Fl. 437- 481, c. ppal.

<sup>33</sup> Fl. 482-558, c. ppal.

**2.2.15** Oficio No. 16904 de fecha 20 de julio de 1999, suscrito por el Subdirector de Construcción del INVÍAS, mediante el cual, entre otros aspectos, remite al a quo la relación de pagos efectuados al contratista aquí demandante hasta el 19 de marzo de 1998<sup>34</sup>.

**2.2.16** Testimonio rendido dentro del presente proceso por la señora Zoyla Robinson Davis, Subdirectora Financiera de la entidad demandada, en el cual manifestó:

*"PREGUNTADO: Sírvase manifestar si la Dirección General de INVÍAS, en concurso con la Subdirección Financiera y la Secretaría General Administrativa, impartió instrucciones para que los comprobantes de pago que presentaban los contratistas por avance parcial de obra, aunque cumplieran con los requisitos contractuales no fueran recibidos en la dependencia de radicación de cuentas de la Subdirección Financiera por falta de recursos presupuestales. CONTESTÓ: Existe un memorando, del año 94 o 95, no recuerdo la fecha exacta, suscrito por el director de ese entonces en el que se informaba que los comprobantes de pago correspondientes a actas de obra o de interventoría que no contaran con el respaldo presupuestal correspondiente no debían recibirse, aclaro que el mencionado memorando fue proyectado por mí como Subdirectora Financiera y basado en el Estatuto Orgánico de Presupuesto que prevé como requisito de perfeccionamiento del contrato la expedición del registro presupuestal correspondiente. PREGUNTADO: Sírvase decir si es cierto o no que debido a esa prohibición la Dra. Martha Lucía Novoa Lelión, en su calidad de jefe de la oficina jurídica emitió un concepto directamente dirigido a la Subdirección Financiera en el cual determinaba que era ilegal prohibir la recepción de cuentas porque se violaban los derechos que la ley 80 de 1993 consagra, especialmente respecto al derecho de recibir el pago oportuno. CONTESTÓ: En el momento no recuerdo si fue dirigido a la Subdirección Financiera, pero lo que sí recuerdo es que su contenido era violatorio de lo previsto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto que establece como requisito del perfeccionamiento y por ende de ejecución, la existencia del registro presupuestal correspondiente requerido para el pago de las obligaciones causadas en virtud de los contratos suscritos por la entidad, situación que ha sido ratificada en sentencia reciente del H. Consejo de Estado, lo cual quiere decir que ningún contratista puede ejecutar obras por valores que excedan el registro presupuestal que ampare su contrato. (...) PREGUNTADO: Cuál era el móvil o la causa para que INVÍAS se negara a recibir los comprobantes de pago cuando no había registro presupuestal. CONTESTÓ: La razón por la cual se estableció esa medida es por cuanto en el Ministerio de Obras Públicas y Transporte - Fondo Vial Nacional, los contratistas venían acostumbrados a ejecutar obra por fuera de los valores presupuestados*

---

<sup>34</sup> Fls. 622-627, c. ppal.

*los cuales no podían cancelarse por no existir la disponibilidad presupuestal para el efecto (...)"<sup>35</sup>.*

**2.2.17** Testimonio rendido por la señora Nulbis Estela Camargo Curiel, jefe de División de Presupuesto en el INVÍAS desde el 1º de enero de 1994 hasta el 8 de abril de 1999, en el que expresó:

*"PREGUNTADO: Sírvase manifestar si la Dirección General de INVÍAS, en concurso con la Subdirección Financiera y la Secretaría General Administrativa, impartió instrucciones para que los comprobantes de pago que presentaban los contratistas por avance parcial de obra, aunque cumplieran con los requisitos contractuales no fueran recibidos en la dependencia de radicación de cuentas de la Subdirección Financiera ni pagados cuando hacía falta de recursos presupuestales. CONTESTÓ: Si conocía, recuerdo un memorando del Director General de la época mediante el cual impartía instrucción a las dependencias ejecutoras de abstenerse de recibir comprobantes de pago que no tuvieran registro presupuestal, el cual fue dado a conocer a la división de presupuesto para abstenerse de recibir para trámite comprobantes de pago que no cumplieran con ese requisito"<sup>36</sup>.*

**2.2.18** Testimonio rendido por el señor Miguel Angel Corvacho Ospino, Gerente Zona Norte de la Subdirección de Construcción de INVÍAS, en el cual afirmó:

*"PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si como gerente encargado de controlar los aspectos económicos del contrato, usted conoció reclamación por mora en el pago de avance parcial de obra, debido a que en la subdirección financiera no se permitía radicar comprobantes de pago por falta de recursos presupuestales. CONTESTÓ: Sí, era una práctica en la Subdirección Financiera no recibir la cuenta de cobro si el contrato no tenía saldo de registro y en el mismo contrato dice que la colocación del registro está supeditada al manejo presupuestal de la nación. En estos casos cuando no existe recursos el contratista no está obligado a hacer obras, se acepta una reprogramación de la misma donde la curva por falta de recursos va horizontal, es decir donde la programación de recursos es cero"<sup>37</sup>.*

**2.2.19** Testimonio rendido por la señora Luz Marina Amaya, Jefe de la División de Tesorería del INVÍAS, en relación con circunstancias acreditadas a través de otros medios de prueba allegados al expediente<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Fls. 175-177, c. 2.

<sup>36</sup> Fls. 180-182, c. 2.

<sup>37</sup> Fls. 203-206, c. 2.

<sup>38</sup> Fls. 178-179, c. 2.

**2.2.20** Dictámen pericial de fecha 4 de octubre de 2000<sup>39</sup>, practicado a solicitud de la parte actora con el propósito de cuantificar —de acuerdo con lo expresado al explicarse el objeto de la prueba en el libelo introductorio del litigio— *“los montos e intereses de mora a la tasa máxima permitida por la ley”* sobre las sumas canceladas por el demandante por concepto de IVA, desde la fecha en que se hizo cada pago, hasta la de devolución de los valores correspondientes, así como los ajustes que debieron realizarse a los precios unitarios pactados en el contrato, *“los valores adeudados y los intereses correspondientes por concepto de mora en los pagos de avance parcial de obra”* con base en lo normado por el artículo 884 del Código de Comercio y, finalmente, *“los valores insolutos y los intereses que deben reconocerse por mora en el pago, con base en el artículo 884 del Código de Comercio”*<sup>40</sup>.

Rendido el dictamen pericial, del mismo se corrió traslado a las partes mediante providencia calendada el 9 de octubre de 2000<sup>41</sup>; dentro de la oportunidad respectiva, el apoderado de la entidad demandada lo objetó por error grave por considerar que la experticia fue rendida sin tener en cuenta el material probatorio recaudado dentro del proceso, con fundamento en fórmulas no pactadas en el contrato y empleando como soportes documentos al parecer elaborados por la parte actora<sup>42</sup>.

A través de auto calendado el 8 de marzo de 2001, el Tribunal Administrativo de Córdoba ordenó a los peritos ampliar, complementar y adicionar su trabajo, con fundamento en el material demostrativo recaudado en el expediente, requerimiento al cual los auxiliares de la justicia atendieron mediante escrito radicado el 17 de abril de 2001<sup>43</sup>. De la complementación al dictamen pericial se corrió traslado a las partes por el término de 3 días mediante proveído del 30 de julio de 2001<sup>44</sup>, lapso dentro del cual las partes guardaron silencio.

El Tribunal Administrativo de Córdoba igualmente guardó silencio en relación con la mencionada objeción por error grave planteada respecto de la experticia a la cual se viene de hacer alusión.

---

<sup>39</sup> Fls. 1-103, c. 2.

<sup>40</sup> Fls. 29-40, c. ppal.

<sup>41</sup> Fls. 105-106, c. 2.

<sup>42</sup> Fls. 108-109, c. 2.

<sup>43</sup> Fls. 213-216, c. 2.

## **2.3 La competencia de la Sala para pronunciarse de fondo en el asunto *sub judice*.**

### **2.3.1 Competencia funcional y por razón de la cuantía.**

Sea lo primero advertir que la controversia que aquí se dirime cuenta con vocación de doble instancia atendiendo a los parámetros establecidos tanto en el artículo 40 de la Ley 446 de 1998 como en el artículo 1 Ley 954 de 2005 habida consideración de que para la fecha de presentación de la demanda —10 de octubre de 1998— el monto de las pretensiones económicas de la demanda superaba los \$2.274'206.062 — la pretensión de mayor valor de las elevadas en la demanda, en debate para desatar el recurso de apelación, es la identificada con el número 2.4, por un valor de \$237'932.506,51—, suma ampliamente más alta que la equivalente al mínimo exigido para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales debiere ser tramitado en dos instancias de acuerdo con las disposiciones en mención, vale decir 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para el año 1998, un monto de \$101'913.000<sup>45</sup>.

Ahora bien, igualmente con el propósito de precisar el ámbito comprendido por la competencia de la Sala para realizar su pronunciamiento dentro del presente litigio, resulta menester tener en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad demandada, factor determinante de la catalogación como estatal, o no, del contrato celebrado entre las partes en disputa; el INVIAS es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Transporte, lo cual resulta de trascendencia a la luz de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993<sup>46</sup>, por cuya virtud la competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; a ese respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, habida cuenta de que la normativa vigente prohijó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico para efectos de determinar la condición de

---

<sup>44</sup> Fl. 318, c. 2.

<sup>45</sup> El salario mínimo legal mensual vigente para el año 1998 ascendía a la suma de \$203.826.

<sup>46</sup> Disposición cuyo tenor literal es el siguiente: “Artículo 75. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.

estatal del vínculo comercial, de modo que habrán de reputarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza<sup>47</sup>.

Adicionalmente, el artículo 82 del Decreto-ley 1 de 1984, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue subrogado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas; de este modo se definió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de la previsión consistente en que a la misma le compete *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*, en lugar de *“juzgar las controversias y litigios administrativos”*, como lo establecía la redacción anterior del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo. La anterior conclusión mantiene vigencia con la modificación introducida al objeto de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por la Ley 1437 de 2011, toda vez que así lo deja establecido con claridad su artículo 104-2<sup>48</sup>, precepto que, de todos modos, ha de precisarse que no resulta aplicable al asunto *sub judice* por virtud de lo establecido en el artículo 308 del mencionado cuerpo normativo.

### **2.3.2 Oportunidad de la acción**

Sobre este aspecto, la Sala encuentra que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 136 del C.C.A, modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, esta última norma aplicable en el caso que ocupa la atención de la Sala, por cuanto la demanda fue interpuesta después de su entrada en vigencia, el cómputo del término de caducidad de la acción de controversias contractuales se regía por las siguientes reglas:

---

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

<sup>48</sup> La referida disposición establece lo siguiente: *“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

*Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

*(...)*

*2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado” (se deja subrayado).*

*“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será (...)*

*En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: (...)*

*d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar; (...)”*  
(subrayado fuera del texto).

En la demanda y su contestación, las partes sostuvieron que el contrato 658 de 1995 no ha sido liquidado y, en ese sentido, una de las pretensiones del actor estuvo encaminada a que se condenara a la entidad demandada a liquidar dicho contrato y sus adicionales.

Para establecer la fecha en la cual se incumplió la obligación de liquidar el contrato, es necesario acudir a las estipulaciones a ese respecto incluidas en el contrato en mención y, en especial, a lo previsto en la cláusula vigésima segunda, que dispuso lo siguiente:

***“LIQUIDACION.** El presente contrato será objeto de liquidación de conformidad con los artículos 60 y 61 de la ley 80 de 1993, procedimiento que deberá efectuarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su vencimiento o a la expedición del acto administrativo que ordena su terminación o a la fecha del acuerdo que la disponga y se realizará de conformidad con lo previsto en la resolución 006495 del 30 de Agosto de 1994 proferida por el INSTITUTO, la liquidación del contrato se iniciará a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a la ocurrencia de los eventos señalados anteriormente (...)*  
***PARÁGRAFO SEGUNDO.** Si el CONTRATISTA no se presenta a la liquidación del contrato o las partes no llegan a ningún acuerdo, el INSTITUTO procederá a su liquidación, por medio de resolución motivada susceptible del recurso de reposición.”*

La Sala observa que el plazo del contrato 658 celebrado el 7 de junio de 1995 entre IMPREGILO S.P.A. SUCURSAL COLOMBIA y la entidad demandada, fue prorrogado por diversos contratos adicionales, hasta el 30 de octubre de 1997, fecha en la cual finamente expiró el término contractual. En efecto, el contrato adicional número 658-4-95, del 13 de agosto de 1997, estipuló en su cláusula primera lo siguiente:

***“OBJETO.- Prorrogar el plazo del contrato principal citado hasta el 30 de octubre de 1997”.***

Comoquiera que la fecha de terminación del contrato se pactó hasta el 30 de octubre de 1997, es a partir de dicha data que empieza a contar el término de cuatro (4) meses para haber efectuado la liquidación bilateral del contrato, finalizados los cuales, se tenían dos (2) meses más para adelantar la liquidación unilateral por parte de la entidad demandada; es decir, que el término de liquidación vencía el primero (1°) de mayo de 1998.

De lo anterior se deduce que la acción contractual podía ser promovida hasta el 30 de abril de 2000, fecha en la cual vencían los dos años previstos en el artículo 136 del C.C.A, modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998.

Habida cuenta de que la demanda fue incoada ante el Tribunal Administrativo de Córdoba el 10 de octubre de 1998, la Sala encuentra que la sociedad accionante la instauró dentro del término previsto en el ordenamiento jurídico para su oportuna presentación, atendidas las razones que se dejaron expuestas.

### **2.3.3 Idoneidad del cauce procesal elegido por el actor para ventilar sus pretensiones ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.**

La de controversias contractuales, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no es una acción instituida con un contenido normativo o con un propósito único, comoquiera que la disposición en comento deja claro que se trata de una vía procesal de naturaleza pluripretensional, esto es, que bajo su égida pueden ser planteadas al juez toda la variedad de situaciones problemáticas que pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones contractuales de las entidades estatales; a ese respecto se ha pronunciado la Sección Tercera de esta Corporación.

De acuerdo con lo anterior, para la Sala resulta claro que bien podía sociedad actora, como lo hizo en el presente caso, solicitar al Juez de primera instancia en su escrito de demanda, que se le ordene a la entidad demandada realizar la liquidación del contrato No. 658 de 1995 y sus adicionales, que se declare la ruptura de la ecuación contractual y también el incumplimiento de varias de las obligaciones asumidas por la entidad demandada en el negocio jurídico de



marras, razón por la cual es procedente que la Sala se ocupe de fondo de examinar la vocación de prosperidad de las pretensiones formuladas en la demanda.

#### 2.3.4 Alcance del recurso de apelación impetrado contra la sentencia de primera instancia en el asunto *sub judice*.

Resulta necesario precisar que el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el fallo de primera instancia está encaminado exclusivamente a que se reconozcan los intereses de mora por el no pago oportuno de las actas de avance parcial de obra, así como también respecto de los saldos insolutos de las cuentas de cobro de las actas de ajuste definitivo.

Ahora bien, en el trámite de la segunda instancia, en el escrito contentivo de los alegatos de conclusión presentado por la sociedad apelante, además de reiterar lo solicitado en el recurso de apelación, incluyó de manera adicional argumentos relacionados con las pretensiones encausadas a que se condene a la entidad demandada a reconocer también los mayores costos que al accionante ocasionó el incremento de la tasa del IVA del 14 al 16% y a que se ajusten los precios unitarios pactados de conformidad con el IPC para mantener la ecuación financiera del contrato, más allá de lo estipulado en la cláusula contractual que se ocupó de regular este extremo; sin embargo, se itera que tales cuestiones planteadas en las alegaciones finales ante el *ad quem* no fueron objeto de impugnación en el recurso de apelación.

Lo expuesto obliga a subrayar que la competencia de la Sala para desatar el recurso de apelación impetrado contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba dentro del presente litigio se encuentra limitada a los aspectos que se dejaron planteados por la sociedad accionante en el recurso de apelación, razón por la cual los argumentos esbozados en los alegatos de conclusión que no corresponden a lo impugnado por la parte actora en la oportunidad procesal pertinente, no pueden ser materia de pronunciamiento en esta segunda instancia y, por tanto, la Sala se abstendrá de emitir decisión alguna en relación con lo alegado la accionante en punto de la presunta ruptura del equilibrio financiero del contrato derivado del incremento de la tasa del IVA y del pretendido reajuste de precios de conformidad con el IPC, por tratarse éstos de

extremos de la litis que quedaron fijados con la ejecutoria del fallo de primera instancia.

Al respecto conviene recordar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los aspectos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

*“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y **por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. (... ..)**”*  
(negrillas adicionales).

En este orden de ideas resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por los recurrentes, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia<sup>49</sup> de la sentencia como el principio dispositivo<sup>50</sup>, razón

---

<sup>49</sup> En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrado Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó:

*“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.*

<sup>50</sup> Dicho principio ha sido definido por la doctrina como:

*“La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, **es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”***

por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que *“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’*”<sup>51</sup>.

Así pues, cuando la ley lo exija, el recurrente no sólo debe señalar en forma oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos por la ley, los asuntos que considere lesivos de sus derechos, sino que, además, debe justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez<sup>52</sup>. La exigencia legal de que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia debe sustentarse no es, en consecuencia, una simple formalidad irrelevante para el proceso, por lo cual su inobservancia acarrea la declaratoria de desierto y, por contera, la ejecutoria de la providencia que se recurre —art. 212 C.C.A.—.

La Sección Segunda del Consejo de Estado ha sostenido que la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso. Al respecto ha señalado:

***“Ambito de competencia. Ha dicho la Sección reiteradamente (ver entre otras las sentencias del 21 de julio de 1993, expediente 5943, actor Bernardo Tovar Gómez y 30 de agosto de 1994, expediente 6656, actor Luis Avelino Cabeza Paz) que en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria, so pena de declararse desierto, la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con fundamento en las cuales el Tribunal hubiera dictado la sentencia”***<sup>53</sup> (negrillas del texto original).

---

*“Son características de esta regla las siguientes:*

***“(…). El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado”*** (negrillas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

<sup>51</sup> Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

<sup>52</sup> Así lo consideró la Sala en la providencia dictada el 26 de febrero de 2004, Exp: 26.261. M.P. Alier Hernández Enríquez.

<sup>53</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección A, sentencia del 1° abril de 2004, Exp. 1494-03, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

Igualmente, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha delimitado el estudio del recurso de alzada a los motivos de inconformidad expresados por el recurrente, según lo reflejan las siguientes puntualizaciones:

*“Ninguna precisión resultaría necesario efectuar en relación con el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, ni en cuanto a la concurrencia, en el mismo, de los elementos constitutivos del régimen respectivo, habida cuenta que el recurso de apelación incoado por la entidad demandada no controvierte tales extremos y la parte actora no recurrió la sentencia de primera instancia, de manera que los referidos, son puntos de la litis que han quedado fijados con la decisión proferida por el a quo”<sup>54</sup>.*

En otro pronunciamiento realizado por la misma Sala, se precisó:

*“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”<sup>55</sup>.*

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único en la sentencia de primera instancia.

Dicha garantía, que le imposibilita al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de quien ha de aparecer como apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, a cuyo tenor:

---

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto del 2008, Exp. 14638.

*“Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.*

*“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.*

Pues bien, a la luz de esta garantía, que le impone al juez de la segunda instancia el deber de respetar o de preservar el fallo apelado en aquellos aspectos que no resultaren desfavorables para el apelante único, conecta perfectamente con la anteriormente referida limitación material que de igual manera debe respetar el juez de segunda instancia, contenida en la parte inicial del inciso primero del artículo 357 del C. de P. C., en razón de la cual “[l]a apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, ...”, de lo cual se desprende con claridad que si la apelación debe entenderse interpuesta únicamente en relación con aquello que en el fallo impugnado resultare perjudicial o gravoso para el recurrente, el juez de la segunda instancia está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho recurrente único –y con ello para el resto de las partes del proceso–, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente por encontrarse conforme con ellos<sup>56</sup>.

De esta manera resulta claro que el límite material que para las competencias del juez superior constituye el alcance de la apelación y los propósitos específicos que con la misma se persiguen, se complementa de manera diáfana con la garantía de la *no reformatio in pejus*, a la cual, simultáneamente, le sirve de fundamento y explicación.

Es por ello que en el presente caso hay lugar a concluir que la Sala, en su condición de juez de la segunda instancia, ha de limitarse a examinar y a resolver la apelación que le ha sido planteada, sin exceder la materia de impugnación que

---

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de abril de 2009, Exp. 32.800, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>56</sup> Al respecto consultar por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril del 2009, Exp. 17160.

en relación con el fallo de primera instancia le ha señalado y establecido la parte recurrente.

#### **2.4 La objeción por error grave planteada por la parte demandada contra el dictamen pericial rendido dentro del presente proceso.**

Según se refirió en el acápite de antecedentes del presente proveído, el Tribunal Administrativo de primera instancia no se pronunció sobre la objeción que por error grave planteó el INVIAS contra el dictamen pericial recaudado en el proceso *sub examine*, razón por la cual procederá a hacerlo esta Sala.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido, de manera reiterada, que la objeción al dictamen pericial no puede reducirse a simples apreciaciones personales o a comentarios en defensa de la conducta de las partes, sino que es necesario demostrar, de manera fehaciente, la existencia de la equivocación, de una falla protuberante constitutiva de “*error grave*” por parte de los peritos, circunstancia que debe tener la entidad suficiente para llevar a conclusiones igualmente equivocadas, tal como lo imponen los numerales 4º y 5º del artículo 238 del C. de P. C.<sup>57</sup>

Así las cosas, constituye presupuesto imprescindible de la objeción al dictamen pericial la existencia objetiva de un yerro fáctico de tal magnitud que “(...) *si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo (...)*”<sup>58</sup>, al punto de alterar de manera esencial, fundamental o determinante la realidad y, por consiguiente, suscitar en forma grotesca una falsa creencia que resulta significativa y relevante en las conclusiones a las cuales arriban los expertos. Las críticas o divergencias con los estudios, análisis, experimentos y conclusiones de la pericia o la diversidad de criterios u opiniones a propósito de su contenido, son aspectos que han de ser considerados por el juzgador en su función de valoración del dictamen pericial —y de los restantes medios de convicción— y será el Juez, por tanto, quien determine si los eventuales yerros o imprecisiones resultan trascendentes respecto del fondo de la decisión. En relación con este extremo, la jurisprudencia de Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

---

<sup>57</sup> En este sentido, ver sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferidas el 16 de agosto de 2006 —expediente 15.162—; el 31 de agosto de 2006 —expediente 14.287— y el 4 de junio de 2008 —expediente 14.169—.

<sup>58</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Auto 25 de septiembre de 1939.

*«... si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ... (G.J. t. LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, ‘...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...’, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil ‘... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva ...’ (G. J. tomo LXXXV, pág. 604)»<sup>59</sup>.*

En el referido orden de ideas, resulta oportuno igualmente traer a colación los planteamientos que la Sección Tercera ha efectuado en punto de las características que deben concurrir en una objeción por error grave formulada en contra de un dictamen pericial, con el fin de que el aludido cuestionamiento cuente con vocación de prosperidad:

*“De todas formas, además de la libertad, de la soberanía, de la facultad y de la obligación que asisten al juez al momento de valorar el mérito probatorio de cada uno de los apartados de un dictamen pericial, ha de tenerse en cuenta, igualmente, que las partes pueden desempeñar un rol activo y determinante en la formación del convencimiento del fallador en torno al mérito probatorio de la pericia. Tal es el sentido de la regulación efectuada en el Código de Procedimiento Civil, especialmente en su artículo 238, con el fin de disciplinar la contradicción del dictamen pericial, pues se concede a las partes el derecho de objetarlo por error grave<sup>60</sup> y se señalan la oportunidad, los*

---

<sup>59</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de septiembre 8 de 1993. Expediente 3446.

<sup>60</sup> Nota original de la sentencia citada: El error consiste en la disparidad, discordancia, disconformidad, divergencia o discrepancia entre el concepto, el juicio, la idea y la realidad o verdad y es grave cuando por su inteligencia se altera de manera prístina y grotesca la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, sus fundamentos o conclusiones, de suerte que resulta menester, a

*requisitos y las exigencias de dicha objeción, en particular, las de precisar, individualizar o concretar el yerro, indicando en qué consiste, de qué apartados o componentes de la peritación se predica, cuál es su gravedad e incidencia en las conclusiones y qué pruebas se estiman pertinentes para su demostración en defecto de su ostensibilidad.*

*Así las cosas, constituye presupuesto imprescindible de la objeción al dictamen pericial la existencia objetiva de un yerro fáctico de tal magnitud que (...) si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo (...)*<sup>61</sup>, *al punto de alterar de manera esencial, fundamental o determinante la realidad y, por consiguiente, suscitar en forma grotesca una falsa creencia que resulta significativa y relevante en las conclusiones a las cuales arriban los expertos. Esas críticas o divergencias con los estudios, análisis, experimentos y conclusiones de la pericia o la diversidad de criterios u opiniones a propósito de su contenido, son aspectos que han de ser considerados por el juzgador en su función de valoración del dictamen pericial —y de los restantes medios de convicción— y será el juez, por tanto, quien determine si los eventuales yerros o imprecisiones resultan trascendentes respecto del fondo de la decisión...»*<sup>62</sup> (subrayas fuera del texto original).

Trayendo los referidos planteamientos al análisis de los argumentos propuestos por la entidad demandada en la objeción que por error grave formuló contra la pericia practicada en la primera instancia dentro del presente proceso, salta a la vista que la inconformidad se centra en la que, en su criterio, constituye una evidente falta de solidez de los datos, de las inferencias y de las conclusiones presentadas por los peritos, disparidad de criterios que aún a pesar de su aparente entidad, no reviste las características que, según se ha referido, deben concurrir en el error grave que ha de resultar identificable en un dictamen para que prospere la objeción que en tal virtud contra él se plantee; en otros términos, la censura que la parte demandada esgrime en contra de la pericia no permite avizorar que en ésta se hubiere trastocado el ámbito de realidad del objeto de observación por el experto o que se hubiere tomado como referente de estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que había de constituir materia del dictamen.

---

efectos de que proceda su declaración, que concurran en él las características de verosimilitud, reconocibilidad e incidencia en el contenido o resultado de la pericia.

<sup>61</sup> Nota original de la sentencia citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Auto 25 de septiembre de 1939.

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2.007); Radicación No.: 250002326000199901954 01; Expediente No. 25.177; en idéntico sentido puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de marzo veintiséis (26) de dos mil nueve (2009); Radicación: 250002326000198402089 – 01 (31.748).



Más bien, entiende la Sala que los reparos formulados por la entidad accionada en relación con este extremo, lejos de encuadrar en la caracterización que de la tacha por error grave realiza el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, realmente versan sobre las apreciaciones, las inferencias, los juicios y las deducciones que los peritos realizaron, pues éstos en realidad sí abordaron en su estudio los asuntos que fueron sometidos a su examen, con lo cual la tacha por error grave, en realidad, se está proyectando respecto del proceso intelectual de los peritos y ello la priva de vocación de prosperidad, razón por la cual deberá ser desestimada, como en efecto se desestimaré en la parte resolutive del presente pronunciamiento.

Cosa distinta es que el mérito o valor probatorio que deba atribuírsele al contenido del dictamen sí constituye una cuestión que, en relación con el resto del material probatorio recaudado en el plenario y atendidos los razonamientos jurídicos que determinarán la relevancia de la pericia dentro del *sub judice*, debe ser dilucidada por la Sala dentro del presente pronunciamiento; frente a tal escenario, sin duda, han de ser tomadas en consideración las críticas que la entidad demandada vierte en contra de la confiabilidad, la solidez y la coherencia de los elementos valorados, de las inferencias efectuadas y de las conclusiones ofrecidas por el perito en su trabajo obrante en el plenario, siguiendo los parámetros que, igualmente, en anterior ocasión ha esbozado la Sección Tercera en relación con el anotado asunto relativo a la valoración que debe efectuar el juez respecto de todo dictamen pericial<sup>63</sup>. En el anotado sentido, se ha afirmado lo siguiente:

*“De otro lado y en cuanto tiene que ver con **el mérito o el valor probatorio** del dictamen pericial, si bien es cierto que el dictamen del perito ofrece mayor confianza que el testimonio de terceros en relación con las circunstancias que se constatan y/o analizan —e incluso puede tener alcances diversos y completamente ajenos a los de la prueba testifical si se tiene en cuenta, por vía de ejemplo, que a diferencia de lo que ocurre en el testimonio, los hechos objeto del dictamen pueden ser futuros, como en el caso de la identificación y cuantificación de perjuicios—, como quiera que el experto cuenta con una mayor calificación para percibir con exactitud y valorar adecuadamente los hechos, no lo es menos que recae en el juez la responsabilidad y, a su vez, la facultad de determinar si el dictamen es de recibo como prueba, sin que se encuentre en la obligación de aceptar indiscutidamente las conclusiones de los peritos; la credibilidad o el mérito probatorio que le*

<sup>63</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2.007); Radicación No.: 250002326000199901954 01; Expediente No. 25.177.

atribuya al dictamen dependerá de aspectos como la experiencia y calificación profesional, técnica, científica o artística del perito, además de la coherencia, precisión y suficiencia de la fundamentación del dictamen, quedando siempre claro que es el sentenciador quien dilucida cuál es la fuerza de convicción que ha de atribuírsele a la experticia, pues ésta constituye el resultado de la labor de un colaborador de la Jurisdicción que debe ser objeto de valoración y no el fruto del ejercicio de la función jurisdiccional, que es privativa del juez y que no resulta delegable.

(...)

*“Sólo al juez, en consecuencia, corresponde apreciar cuál es la fuerza de convicción que debe reconocerle al dictamen, sin que esté obligado a aceptarlo cuando no reúna los requisitos legalmente exigidos para su validez y eficacia, habida cuenta que se trata de un elemento de prueba que debe valorarse y no de una función jurisdiccional, que es privativa del juez y, en esa medida, indelegable en los peritos. Una sujeción absoluta, inopinada y acrítica a la pericia, convertiría al juez en un autómatas y a los peritos en verdaderos decisores de la causa...”* (énfasis añadidos).

Atendidos los anteriores planteamientos, efectivamente considera la Sala que las conclusiones esbozadas y los cálculos realizados por los peritos no se encuentran sustentados en el material probatorio recaudado en el expediente —al menos no se hace expresa y explícita referencia a ello en los trabajos respectivos— y más bien parecieran sustentarse en documentos elaborados por la sociedad accionante pero que no han sido incorporados como pruebas al expediente; además, las escuetas y confusas explicaciones ofrecidas tanto en el dictamen inicial como en la complementación del mismo, están lejos de precisar con claridad cuáles son los presupuestos, los criterios o los parámetros con base en los cuales se arriba a las aseveraciones que fungen como conclusiones de la experticia de marras. Con apoyo en tales consideraciones, la Sala no le reconocerá mérito demostrativo para sustentar en ella el análisis de los argumentos esgrimidos por la parte demandante en su recurso de apelación.

## **2.5 Análisis de los motivos de inconformidad planteados por la parte actora para con la sentencia de primera instancia en el recurso de apelación.**

### **2.5.1 El incumplimiento en el pago de algunas actas de avance de obra.**

La sociedad demandante sustentó su desacuerdo para con el fallo de primera instancia en que, a su juicio, se demostró en el expediente que la entidad demandada no pagó las actas de avance parcial de obra dentro del término

previsto en el contrato, por negarse sistemáticamente a recibir las cuentas de cobro respectivas argumentando insuficiencia de recursos presupuestales, pese a lo cual el fallador de primera instancia no condenó al INVÍAS al pago de los intereses moratorios causados a favor de la parte actora por este concepto.

Agregó que la relación de pagos elaborada por el INVÍAS no evidencia que la entidad demandada haya pagado las actas de ajuste definitivo de las actas de obra 23, 24 y 25, así como lo correspondiente a la totalidad del saldo del acta 22, mientras que lo que sí se desprende de la documentación aludida es que las actas de obra y de ajuste provisional fueron pagadas, pero no hay certeza respecto de la oportunidad del pago. Asimismo, la sociedad apelante añadió que el fallador de primera instancia apreció de manera incorrecta las fechas de presentación de las cuentas de cobro y las fechas de su pago, confundió los diferentes tipos de actas —de obra, de ajuste provisional y de ajuste definitivo— y no identificó, de forma clara, las cuentas de cobro que enunció como pagadas.

Para estudiar los referidos planteamientos, en primer lugar, la Sala observa que en el plenario no existe prueba que permita asegurar con total certeza y veracidad que la entidad demandada hubiera realizado los pagos de las actas de avance parcial de obra, por fuera del término previsto en la cláusula octava del contrato No. 658 de 1995, la cual estipulaba un plazo de 60 días, contados a partir de la presentación de la cuenta de cobro por parte la sociedad actora, para efectuar el pago.

**CLÁUSULA OCTAVA: ACTAS DE OBRA Y AJUSTES.-** El valor básico de la respectiva acta de obra será el resultado de la multiplicación de las cantidades de obra ejecutada, por los precios unitarios de la Lista de Cantidades de Obra, Precios Unitarios y Valor Total de la Propuesta. **PARÁGRAFO PRIMERO: ACTAS DE OBRA.-** EL CONTRATISTA presentará dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la terminación de cada mes, cuentas de cobro por las cantidades realmente ejecutadas, anexando el original del acta mensual de obra aprobada por el Interventor y copia del Programa de Inversiones aprobado por el Sudirector de Construcción del INSTITUTO. Así mismo, EL CONTRATISTA deberá presentar con la cuenta mensual de obra ejecutada, la cuenta correspondiente al reajuste de los precios unitarios, de acuerdo con lo establecido en el **Parágrafo Segundo** de esta cláusula. El valor de la obra ejecutada debe corresponder al menos a la cuota parte establecida en el Programa de Inversiones para el mes correspondiente. Estos pagos serán efectuados por EL INSTITUTO dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de presentación de la respectiva cuenta de cobro en las oficinas del INSTITUTO, debidamente acompañada de los

*documentos exigidos en este contrato y aprobados por el Interventor. Si EL INSTITUTO objetare alguna de las partidas de las cuentas de cobro, de todas maneras procederá a efectuar dentro de los plazos establecidos el pago de las sumas no objetadas, sin que la aceptación de este pago implique renuncia del CONTRATISTA al saldo en discusión (...).*

En efecto, no existe elemento probatorio alguno que permita demostrar que las solicitudes de pago por los avances parciales de la obra hubieran sido presentadas en una fecha diferente de la que consta en la certificación expedida por los jefes de las divisiones de Tesorería y Contabilidad del INVÍAS; certificación en la que se detallan las fechas tanto de presentación de las cuentas de cobro como de los pagos efectuados por la entidad accionada en virtud de la ejecución del contrato y de la cual se desprende que dichos pagos se realizaron dentro del término estipulado en el contrato.

De otra parte, el hecho de que la interventoría haya aprobado las actas atinentes a los avances en las obras ejecutadas en una fecha determinada, no quiere decir que dicha data sea la que corresponda también a la presentación de las consecuentes cuentas de cobro, toda vez que la aprobación de las actas por parte de la interventoría constituye uno de los presupuestos para solicitar el pago de lo debido, pero de acuerdo con lo que estipula el contrato, puede requerirse la presentación de otros documentos o la exigencia de otros requisitos para la presentación de las cuentas de cobro referidas a las actas de ejecución de las obras a cargo del contratista y, por lo demás, la presentación de la cuenta de cobro constituye una actuación tanto jurídica como ontológicamente diferente de la aprobación de las actas parciales de obra.

Igualmente debe precisarse que los testimonios rendidos por Zoyla Robinson Davis, Nulbis Estela Camargo Curiel y Miguel Ángel Corvacho Ospino en el trámite de la primera instancia en el presente proceso, acerca de las directrices emitidas por la Subdirección Financiera de la entidad accionada en el sentido de no recibir las cuentas de cobro presentadas por contratistas que ejecutaran labores que no contaran con el correspondiente respaldo presupuestal, son claros en manifestar que dichas instrucciones eran aplicables a aquellas cuentas que expresaran un valor a cobrar superior al registro presupuestal del contrato; empero, las afirmaciones de los testigos respecto del alcance de las aludidas directrices son abstractas y generales y en ningún caso fueron referidas al caso particular de los cobros efectuados por la sociedad actora, en virtud de la

ejecución del contrato suscrito con el INVÍAS en el cual se origina el presente litigio.

Por tanto, comoquiera que correspondía a la parte demandante la carga de allegar al expediente elementos demostrativos del incumplimiento que achaca a la entidad contratante como consecuencia de la supuesta mora en el pago de las actas de avance parcial de obra y dicho *onus probandi* no fue cabalmente satisfecho, no hay lugar a modificar la decisión adoptada por el fallador de primera instancia en relación con este extremo de la litis.

En segundo lugar, del contenido de la certificación expedida por los jefes de las divisiones de Tesorería y Contabilidad del INVÍAS sobre los pagos efectuados a la sociedad IMPREGILO S.P.A. con ocasión de la ejecución del contrato No. 658 de 1995, la Sala no evidencia que la entidad demandada haya pagado las actas de ajuste definitivo de las actas de obra 23, 24 y 25 a que hace alusión el escrito de demanda, pero tampoco se encuentra probanza alguna que acredite que la parte actora haya presentado o radicado las cuentas de cobro correspondientes a dichas actas ante la entidad pública, para adelantar el respectivo trámite de pago.

En razón a ello, la decisión adoptada por el *a quo* en el sentido de ordenar a la entidad demandada que incluya, al momento de efectuar la liquidación del contrato antes citado, el reconocimiento y pago de todas aquellas actas de obras y de ajustes de precios que aún no se hubieren pagado, resulta por entero razonable comoquiera que con ello se garantiza que a la sociedad actora le sean efectivamente retribuidas las actividades que ejecutó en cumplimiento del contrato de obra referido, máxime cuando no existe en el expediente prueba que indique que las cuentas de cobro correspondientes a las actas No. 23, 24 y 25 hayan sido radicadas en la entidad para el correspondiente pago.

Ahora bien, en relación con el pago parcial del acta de ajuste definitivo No. 22, se tiene que en la certificación expedida por los Jefes de las divisiones de Tesorería y Contabilidad del INVÍAS, consta un pago de \$7'249.761.66 con un saldo pendiente a favor del contratista —saldo a su favor por la suma de 12'123.680,98—; valor que, en criterio de la Sala, toda vez que no obra prueba en el expediente de que hubiera sido pagado a la parte actora, ni dicha circunstancia

—la del pago— fue en modo alguno alegada por la entidad accionada, es necesario que se incluya en la liquidación del contrato.

Recuérdese que en relación con este extremo de la litis, lo decidido por el Tribunal Administrativo *a quo* es que el INVIAS realice la liquidación del contrato de acuerdo con las directrices trazadas en la sentencia apelada, decisión que se antojaría razonable si se tiene en cuenta que lo pedido por la demandante en el libelo inicial del proceso fue que, como lo ordenó el Tribunal Administrativo de primera instancia, se condenara a la Administración a realizar la liquidación del contrato, de manera que en caso de proceder el juez a realizar dicho ejercicio *motu proprio*, podría conculcar el principio de congruencia que debe imperar entre lo pedido en la demanda y lo decidido en la sentencia.

Sin embargo, no puede la Sala perder de vista que la competencia temporal de la Administración para realizar el trabajo de liquidación del contrato se encuentra expresa y perentoriamente limitada por la ley, concretamente a través de lo normado por los artículos 60 de la Ley 80 de 1993 y 136, numeral 10, letra d) del Código Contencioso Administrativo, preceptos de conformidad con los cuales dicha atribución en cabeza de la entidad estatal contratante sólo podría ejercerse válidamente dentro de los dos meses siguientes al plazo contractual o legalmente previsto —4 meses— para tal efecto. Habida cuenta de que en el contrato que dio origen a la presente controversia nada se estipuló al respecto, se aplica el término de 4 meses en comento, más los dos meses igualmente referidos, lapsos éstos que desde hace mucho tiempo expiraron en el caso *sub judice*, de manera que mal podría la Sala ordenar a la entidad demandada el dictado de un acto administrativo que nacería a la vida jurídica viciado de nulidad por falta de competencia temporal.

Lo expuesto determina que sea la Sala la que, directamente, con base en el material probatorio obrante en el plenario y dando aplicación al principio de carga de la prueba, proceda a liquidar el contrato estatal de marras. A tal fin, debe recordarse que de acuerdo con el principio aludido, concierne a cada una de las partes demostrar el supuesto de hecho de las normas cuyo efecto jurídico persiguen —artículo 177 del Código de Procedimiento Civil— e “*incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*” —artículo 1757 del Código Civil—.

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que lo pretendido en la demanda, todavía en discusión en esta instancia y a lo cual se accederá por las razones precedentemente expuestas es al pago de las sumas de dinero correspondientes a las actas de obra No. 22 —parcialmente—, 23, 24 y 25, más los intereses moratorios derivados de la falta de pago oportuno de las mismas de acuerdo con lo previsto en la cláusula octava del contrato —“(60) días siguientes a la fecha de presentación de la respectiva cuenta de cobro en las oficinas del INSTITUTO, debidamente acompañada de los documentos exigidos en este contrato y aprobados por el Interventor”—, debe tenerse en cuenta que la parte actora no demostró haber radicado ante el INVIAS cuentas de cobro correspondientes a los valores reflejados en las actas No. 23, 24 y 25. La presentación de dicha cuenta de cobro sí tuvo lugar en relación con el acta No. 22 precedentemente mencionada, cuenta que fue pagada apenas parcialmente por el INVIAS. Esta entidad, a su turno, no aportó elemento demostrativo alguno encaminado a acreditar que realizó el pago de las cuentas No. 23, 24 y 25 en mención, como tampoco del saldo pendiente de la cuenta No. 22.

El panorama descrito conduce a concluir que si bien el demandante probó la existencia de la obligación de pago de los valores reflejados en las actas No. 23, 24 y 25 —como de ellas mismas se desprende, actas debidamente aprobadas por el interventor, como lo exigía lo pactado en el contrato— y el INVIAS no demostró haber cumplido con dichas obligaciones, el accionante, a quien correspondía la carga de hacerlo, no acreditó haber presentado las cuentas de cobro respectivas, circunstancia que torna imposible atribuir a la entidad demandada el haber incurrido en mora en el pago de tales acreencias, pues jamás se activó —a tenor de lo probado en el presente proceso— el mecanismo previsto en la cláusula octava del contrato, antes citada, de conformidad con la cual la Entidad tendría un plazo de sesenta días, contados a partir de la presentación de la cuenta de cobro, para hacer frente al pago de la misma.

De acuerdo con lo anterior, se reconocerá el derecho de la sociedad demandante a percibir el pago del capital insoluto correspondiente a las tres actas varias veces mencionadas —números 23, 24 y 25, correspondientes a los meses de junio, julio y agosto de 1997, respectivamente—, debidamente actualizado; empero, no se accederá a su pretensión de reconocer intereses de mora en relación con estos valores, por no haberse acreditado que la entidad accionada

hubiere incumplido con su obligación de hacer el pago respectivo dentro de la oportunidad contractualmente estipulada por las partes.

Por cuanto atañe al acta No. 22, respecto de ésta sí se demostró la fecha de presentación de la cuenta de cobro respectiva ante el INVIAS —9 de diciembre de 1997—; se probó que la Entidad pagó parcialmente al contratista el valor derivado de dicha acta, dentro del término contractualmente previsto, pero que quedó pendiente el pago de un saldo, sin que el INVIAS hubiere probado en el presente proceso el pago de dicho saldo o alguna otra circunstancia que demostrara la extinción de la mencionada obligación. Así las cosas, se condenará al pago del capital insoluto correspondiente al saldo del acta No. 22, debidamente actualizado y con intereses moratorios a partir del día 9 de febrero de 1998, fecha en la cual venció el plazo de 60 días del cual disponía el INVIAS para haber atendido oportunamente dicha obligación.

De acuerdo con lo expuesto, las actas pendientes de pago son las siguientes:

<b>ACTA DE AJUSTE DEFINITIVA</b>	<b>Valor</b>	<b>Valor de IVA AIU =43.71%, U=6%=</b>	<b>TOTAL</b>	<b>FECHA DE PRESENTACIÓN CUENTA DE COBRO</b>
22 <sup>64</sup>	12.053.228,98	70.45 2	12'123.680,98	9 diciembre 1997

<b>ACTAS DE AJUSTE DEFINITIVAS</b>	<b>Valor</b>	<b>Valor de IVA AIU =43.71%, U=6%=</b>	<b>TOTAL</b>	<b>FECHA DE PRESENTACIÓN CUENTA DE COBRO</b>
23	111.429.266,6 1	651. 316	112'080.582,6 1	-
24	22.665.431,40	132. 482	22'797.913,40	-
25	1.497.073.55	8.75 1	1'505.824,55	-

Los intereses de mora devengados por el saldo insoluto del Acta No. 22 serán reconocidos de conformidad con la fórmula prevista en el numeral 8° del

<sup>64</sup> El valor del Acta Definitiva es de \$19'260.861.81, del cual se deduce el valor pagado por el INVIAS, esto es el de \$7'207.632.83.



artículo 4 de la Ley 80 de 1993, habida consideración de que las partes no pactaron una diferente en el negocio jurídico en el cual el presente litigio tiene su causa.

### 5.1.2 Liquidación de perjuicios.

#### 5.1.2.1 *Capital actualizado.*

Se reconocerán y pagarán los valores de las actas de ajuste definitivo No. 23, 24 y 25, debidamente actualizadas de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Valor actualizado} = \text{Valor histórico} \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Comoquiera que en el expediente no se encuentra demostrado en qué momento tuvo lugar la presentación de las cuentas de cobro correspondientes a las actas de ajuste definitivo No. 23, 24 y 25, pero el contrato contemplaba un plazo de sesenta 60 días contados a partir de la presentación de la cuenta respectiva para que la Entidad realizara el pago -cláusula octava, antes citada-, la actualización del valor de cada una de las tres actas en mención se llevará a cabo tomando como fecha para la fijación del índice inicial, la del mes correspondiente a los 60 días siguientes al del mes relativo a la cuenta respectiva. Por tanto, el Acta No. 23, de junio de 1997, debió pagarse máximo 60 días después de dicha fecha, por manera que el índice inicial para realizar la actualización será el de agosto de 1997; el Acta de ajuste No. 24, de julio de 1997, con la misma lógica, debe actualizarse tomando como índice inicial el de septiembre de 1997; y el Acta de ajuste No. 25, de agosto de 1997, debe actualizarse tomando como índice inicial el de octubre de 1997.

#### a. Acta No. 23, de junio de 1997.

$$\text{Va} = 112'080.582,61 \times \frac{\text{Índice julio 2016}}{\text{Índice agosto 1997}}$$

$$\text{Va} = 112'080.582,61 \times \frac{133,27}{43,12} =$$

$$Va = 346'404.900.$$

**b. Acta No. 24, de julio de 1997.**

$$Va = 22'797.913,40 \times \frac{\text{Indice julio 2016}}{\text{Indice septiembre 1997}}$$

$$Va = 22'797.913,40 \times \frac{133,27}{43,66} =$$

$$Va = 69'589.508.$$

**c. Acta No. 25, de agosto de 1997.**

$$Va = 1'505.824,55 \times \frac{\text{Indice julio 2016}}{\text{Indice octubre 1997}}$$

$$Va = 1'505.824,55 \times \frac{133,27}{44,08} =$$

$$Va = 4'552.660.$$

**d. Saldo insoluto acta No. 22, de diciembre de 1997.**

$$Va = 12'123.680,98 \times \frac{\text{Indice julio 2016}}{\text{Indice febrero 1997}}$$

$$Va = 12'123.680,98 \times \frac{133,27}{39,83} =$$

$$Va = 40'565.477.$$

$$\text{TOTAL VALOR ACTUALIZADO ACTAS IMPAGADAS} = 346'404.900 + 69'589.508 + 4'552.660 + 40'565.477 = \$ 461'112.545.$$

**5.1.2.2 *Intereses de mora causados por el saldo insoluto del Acta No. 22.***

El ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993 —como quiera que con antelación a dicho momento nada se había dispuesto de forma expresa en el Estatuto Contractual de la Administración Pública, de suerte que la jurisprudencia, tras superar la tesis de la improcedibilidad del reconocimiento de intereses moratorios en este tipo de relaciones negociales, optó por remitir a las previsiones que en la materia contenían las legislaciones civil y mercantil, según el caso<sup>65</sup>—, ha previsto una serie de disposiciones cuya finalidad consiste en asegurar la reparación integral del daño antijurídico o perjuicio causado por la Administración Pública, cuyo resarcimiento se obtiene no sólo manteniendo el valor intrínseco de la suma adeudada —la pérdida del valor adquisitivo de la moneda también constituye un perjuicio que debe ser indemnizado, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>66</sup>; de ahí que la indexación se asimile a la noción de *daño emergente*, tratándose del incumplimiento de obligaciones dinerarias— sino, adicionalmente, incluyendo el reconocimiento de una sanción moratoria, calculada sobre la cantidad impagada, debidamente actualizada —misma que se correspondería, en el caso de las obligaciones consistentes en pagar una suma líquida de dinero, a la noción de *lucro cesante*—, como lo ha sostenido la Sección Tercera de esta Corporación<sup>67</sup>.

Pues bien, en el anotado orden de ideas, los artículos 4.8 y 5.1 de la Ley 80 de 1993 consagraron el derecho, para el contratista, consistente en que la Administración le mantenga el valor intrínseco de la remuneración pactada, al tiempo que establecieron el correlativo deber, a cargo de la Administración, consistente en adoptar las medidas necesarias para garantizar las condiciones económicas y financieras que se tuvieron en cuenta al momento de la contratación o de la licitación o concurso, según fuere el caso.

Entre tales medidas, la ley previó la posibilidad de que las partes incluyesen, dentro de las estipulaciones contractuales, el correspondiente pacto

---

<sup>65</sup> Sobre el punto, véase Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del diecisiete (17) de mayo de dos mil uno (2001); Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 44001-23-31-000-1995-0503-01(13635); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del nueve (9) de octubre de dos mil tres (2003); Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 25000-23-26-000-1993-03412-01(13412).

<sup>66</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de agosto de 1988, G.J., T.CXCII, 2º semestre, pág.7.

de intereses moratorios, no obstante lo cual, a falta de determinación convencional en relación con los mismos, determinó que éstos serían equivalentes “[a]l doble del interés legal civil” calculado “sobre el valor histórico actualizado”, esto es, el 12% anual —teniendo en cuenta que el interés civil moratorio ha sido previsto por el artículo 1617 del C.C., en el 6% anual— sobre el referido valor histórico actualizado.

Por su parte, el Decreto Reglamentario No. 679 de 1994, en su artículo 1º, señaló la forma en la cual debe determinarse el valor histórico actualizado al cual hace alusión el citado numeral 8 del artículo 4º de la Ley 80 de 1.993, en los siguientes términos:

*“ART. 1º.- De la determinación de los intereses moratorios. Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos”.*

Debe tenerse en cuenta que el artículo 1º del Decreto 679 de 1994 fue sustituido por el Decreto 1510 de 2013 y por el Decreto 1082 de 2015, con el mismo contenido normativo que tenía el primero de los preceptos mencionados; ello habida consideración de que a la liquidación de los intereses se aplica la ley vigente al momento de la mora.

Igualmente ha de reseñarse que la Sección Tercera, en reiterada jurisprudencia<sup>68</sup>, ha determinado la viabilidad del pago de intereses moratorios civiles calculados sobre el valor histórico actualizado de la suma impagada, en todos aquellos contratos que se encuentran gobernados por la Ley 80 de 1993, en los eventos en los cuales las partes no hubieren pactado un interés moratorio convencional, como resarcimiento de los perjuicios causados por el incumplimiento en el pago de las obligaciones dinerarias. En la anotada dirección, ha sostenido lo siguiente:

---

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; sentencia del veinticuatro (24) de febrero de dos mil cinco (2005); Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00508-02(21120).

<sup>68</sup> Al respecto pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: de 7 de octubre de 2004, Exp. 23989 M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; de 22 de abril de 2004, Exp.14292, M.P. María Helena Giraldo Gómez; de 9 de octubre de 2003, Exp. 13412, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; de 26 de abril de 2002, Exp. 12721, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

*“Sobre el asunto referido al reconocimiento y pago de intereses, por razón del incumplimiento de los pagos a que se encuentra obligada la administración por razón de los contratos estatales, la Sala, en sentencia del 17 de mayo de 2001 (exp. 13635), precisó:*

*“En este orden de ideas, es perfectamente posible que las partes de un contrato estatal pacten un interés moratorio superior o inferior al 12% anual, como nada impide que pacten una tasa igual o inferior al interés bancario corriente y como interés de mora el doble de éste, mientras se ajusten a las previsiones comerciales y penales, esto es, sin incurrir en el interés de usura (art. 111 Ley 510 de 1999). Pero ante la ausencia de ese pacto, no será el art. 884 del C. de Co. el aplicable sino el art. 4º ord. 8º de la Ley 80 de 1993, es decir, el 12% anual sobre el valor histórico actualizado.*

*La jurisprudencia ha sido prolija en señalar que no concurren la liquidación de intereses comerciales simples o de mora con la corrección monetaria o indexación, ya que la tasa de interés comercial lleva en su seno la corrección monetaria; pero sí puede concurrir la actualización cuando se condena al pago del interés legal civil (6% anual artículo 1617 C.C). Lo anterior se explica en razón a la tasa: en Colombia la tasa del interés corriente bancario es más alta que la tasa legal (normalmente oscila en el 36% anual) porque en ella se incluye la devaluación” (subrayas en el texto original)<sup>69</sup>.*

Toda vez que al *sub júdice* resultan aplicables el artículo 4.8 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 679 de 1994, la Sala estima oportuno puntualizar, como ya se ha hecho por parte de la Sección Tercera con antelación<sup>70</sup>, que a pesar de lo confusa que resulta la redacción de este último, debe entenderse que el propósito que informó tanto al Legislador en el año 1993, como al Ejecutivo en 1994 al expedir el reglamento en cuestión, fue el de garantizar la reparación integral de los perjuicios irrogados a la parte afectada con el incumplimiento de su co-contratante, por manera que a efectos de determinar el valor histórico actualizado al cual alude el inciso segundo del artículo 4.8 de la Ley 80 de 1993, dicha actualización deberá llevarse a cabo cada vez que se complete una anualidad o un período de un año, contado a partir de la fecha en la cual haya incurrido en mora la parte incumplida. Así pues, sólo después de haberse llevado a cabo la correspondiente actualización del valor histórico adeudado, tras

<sup>69</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del once (11) de octubre de dos mil uno (2001); Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar; Radicación número: 25000-23-26-000-1994-9760-01(12391).

<sup>70</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008; Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Proceso número: 70001233100001997630301; Radicación número: 23003.

completarse cada período anual de mora —de acuerdo con lo establecido por el citado artículo 1 del Decreto 679 de 1.994— se aplicará, a la suma que resulte de dicha actualización, la tasa de interés moratorio que corresponda —la legal, en el caso *sub examine*—.

Así mismo, el factor que se aplicará, con el propósito de actualizar la suma debida por cada año transcurrido a partir del momento en el cual la parte incumplida incurrió en mora es, de acuerdo con lo preceptuado por el mismo artículo 1 del Decreto 679 de 1.994, “*el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año anterior*” a la fecha en la cual, por haberse completado un nuevo año de mora —años contados a partir de la fecha en la cual, se insiste en ello, se hubiere configurado la mora —, se hace necesario llevar a cabo una nueva actualización del valor histórico adeudado.

Se reitera, como antes se anotó, que el artículo 1° del Decreto 679 de 1994 fue sustituido por el Decreto 1510 de 2013 y por el Decreto 1082 de 2015, con el mismo contenido normativo que tenía el primero de los preceptos mencionados.

<b>Período</b>	<b>Valor histórico (\$)</b>	<b>Variación del IPC del año inmediatamente anterior, multiplicado por el valor histórico, dividido por cien</b>	<b>Valor histórico actualizado (\$)</b>	<b>Valor aplicando tasa de interés del 12% anual (\$)</b>
9 feb 1998- 8 feb 1999	\$ 12'123.681	Año 1998 = 16.7 \$ 2'024.655	\$ 14'148.336	<b>1'697.800</b>
9 feb 1999 8 feb 2000	\$ 14'148.336	Año 1999 = 9.23 \$ 1'305.891	\$ 15'454.227	<b>1'854.507</b>
9 feb 2000- 8 feb 2001	\$ 15'454.227	Año 2000 = 8.75 \$ 1,352.245	\$ 16'806.472	<b>2'016.777</b>
9 feb 2001- 8 feb 2002	\$ 16'806.472	Año 2001 = 7.65 \$ 1'285.695	\$ 18'092.167	<b>2'171.060</b>

9 feb 2002	\$ 18'092.167		Año 2002 = 6.99	\$ 19'356.80	<b>2'322.817</b>
8 feb 2003			\$ 1'264.642	9	
9 feb 2003	\$ 19'356.809		Año 2003 = 6.49	\$ 20'613.06	<b>2'473.568</b>
8 feb 2004			\$ 1'256.257	6	
9 feb 2004	\$ 20'613.066		Año 2004 = 5.5	\$ 21'746.78	<b>2'609.614</b>
8 feb 2005			\$ 1'133.719	5	
9 feb 2005	\$ 21'746.785		Año 2005 = 4.85	\$ 22'801.50	<b>2'736.180</b>
8 feb 2006			\$ 1'054.719	4	
9 feb 2006	\$ 22'801.504		Año 2006 = 4.48	\$ 23'823.01	<b>2'858.761</b>
8 feb 2007			\$ 1'021.507	1	
9 feb 2007	\$ 23'823.011		Año 2007 = 5.69	\$ 25'178.54	<b>3'021.424</b>
8 feb 2008			\$ 1'355.529	0	
9 feb 2008	\$ 25'178.540		Año 2008 = 7.67	\$ 27'109.73	<b>3'253.168</b>
8 feb 2009		1'931.194	\$	4	
9 feb 2009	\$ 27'109.734		Año 2009	\$ 27'651.92	<b>3'318.231</b>
8 feb 2010		= 2.00	\$ 542.195	9	
9 feb 2010	\$ 27'651.929	3.17	Año 2010 =	\$ 28'528.49	<b>3'423.419</b>
8 feb 2011			\$ 876.566	5	
9 feb 2011	\$ 28'528.495	3.73	Año 2011 =	\$ 29'592.60	<b>3'551.113</b>
8 feb 2012		1'064.113	\$	8	
9 feb 2012	\$ 29'592.608	2.44	Año 2012 =	\$ 30'314.66	<b>3'637.760</b>
8 feb 2013			\$ 722.060	8	
9 feb 2013	\$ 30'314.668	1.94	Año 2013 =	\$ 30'902.77	<b>3'708.333</b>
8 feb 2014			\$ 588.105	3	
9 feb 2014	\$ 30'902.773	3.66	Año 2014 =	\$ 32'033.81	<b>3'844.058</b>
8 feb 2015		1'131.041	\$	4	
9 feb	\$		Año 2015 =	\$	<b>4'104.300</b>

2015 8 feb 2016	32'033.814	6.77 \$ 2'168.689	34'202.50 3	
9 feb 2016 1 ago 2016	\$ 34'202.503	Año 2015 = 6.77 IPC 173 días = 3.20 \$ 1'094.480	\$ 35'296.98 3	<b>2'008.398</b> INTERES 5,69%
<b>TOTAL INTERESES MORATORIOS</b>				<b>\$ 54'611.288</b>

## 2.6 Costas.

Habida cuenta de que para el momento en el cual se dicta este fallo, el artículo 55 de la ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes ha actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

### FALLA:

**PRIMERO: Confírmense** los numerales 1, 4, 5, 6, 7 y 8 de la sentencia apelada, esto es de la proferida dentro del presente proceso el 6 de diciembre de 2007, por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

**SEGUNDO: Modifícanse** los numerales 2 y 3 de la sentencia apelada, esto es de la proferida dentro del presente proceso el 6 de diciembre de 2007, por el Tribunal Administrativo de Córdoba y, en su lugar, **dispóngase** lo siguiente:

*“1. **Condénase** al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS—INVIAS a pagar a la sociedad IMPREGILO S.P.A. - SUCURSAL COLOMBIA, la suma de cuatrocientos sesenta y un millones ciento doce mil quinientos cuarenta y cinco pesos moneda corriente (\$ 461'112.545) por concepto de valor actualizado de actas de obra no pagadas, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.*

*2. **Condénase** al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS—INVIAS a pagar a la sociedad IMPREGILO S.P.A. - SUCURSAL COLOMBIA, la suma de cincuenta y cuatro millones seiscientos once mil doscientos ochenta y ocho pesos moneda corriente (\$ 54'611.288) por concepto de intereses*



*moratorios, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído”.*

**TERCERO:** Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**