

DICTAMEN PERICIAL - Objeción por error grave. Improcedencia

En consideración a que hasta el momento no se ha resuelto la objeción por error grave propuesta en contra del dictamen pericial que obra en el plenario y dado que de conformidad con las normas correspondientes tal decisión se debe pronunciar en la sentencia, la Sala procederá a continuación a hacer lo propio. En el sub iudice el error imputado como grave al dictamen pericial, consiste en haber hecho los cálculos correspondientes a la liquidación del lucro cesante a favor de CONIC con la metodología del interés compuesto, en lugar de la del interés simple, así como también en liquidar el interés moratorio sobre la base del doble del interés bancario corriente. La Sala, de conformidad con lo dicho en el pronunciamiento judicial parcialmente transcrito, encuentra que las imputaciones hechas por parte de la entidad demandada en contra del dictamen pericial no están llamadas a prosperar. En realidad, el análisis hecho por los peritos estuvo referido a la materia que fue ordenada por parte del a quo, la cual había sido pedida por el actor, puesto que comprendió la liquidación de las sumas que se debían pagar por cuenta de la condena impuesta al INVIAS por el Consejo de Estado en la sentencia tantas veces mencionada; es decir, no se advierte que en el presente caso se haya tomado un objeto diferente al indicado para la realización del peritaje, ni que se le haya concedido una atribución distinta a la que le es propia, ni menos aún que la finalidad haya sido diferente a la encomendada. En ese orden de ideas, para la Sala es claro que utilizar métodos para el cálculo de intereses que no guarden conformidad con los que, según la entidad demandada, ha definido la jurisprudencia y que, incluso, llegan a vulnerar los límites dispuestos por la ley, dará lugar a que la Sala al momento del fallo dé la valoración que corresponda, pero no para concluir que el peritazgo se encuentre afectado por una equivocación tan protuberante y evidente que resultare constitutiva de un error grave. Es manifiesto que la objeción presentada por la entidad demandada está dirigida a reprochar el juicio intelectual adelantado desde la perspectiva financiera por parte de los peritos y ése no es el cometido de la objeción por error grave.

CUENTAS DE COBRO - Actos que disponen su pago. No son actos administrativos

De conformidad con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, los actos de la Administración en virtud de los cuales se da cumplimiento a una sentencia condenatoria no constituyen actos administrativos, puesto que su naturaleza corresponde a la de simples actos de ejecución. En ese orden de ideas, la naturaleza de la actuación seguida por parte del INVIAS para pagar las 147 cuentas de cobro, así como los pagos mismos, no constituyen actos administrativos sino simples actos de ejecución de los cuales no se pueden predicar los efectos que reclama el demandante en materia de “firmeza de los actos administrativos, agotamiento de la vía gubernativa y las causales de revocación directa de los actos administrativos”, comprendidas en los artículos 62, 63 y 64 del Código Contencioso Administrativo. Por tal razón, no es posible concluir, como lo hace el a quo, que las resoluciones demandadas hubieren sido una decisión encaminada a revocar actos administrativos en firme, para cuyo propósito era necesaria la autorización previa, expresa y escrita de CONIC, en condición de particular beneficiario de los efectos de los mismos.

POTESTADES ADMINISTRATIVAS - Su ejercicio exige norma expresa que las consagre / POTESTADES ADMINISTRATIVAS - Debido proceso. Principio de legalidad

La Sala observa claramente que dentro de las normas transcritas no se encuentra el supuesto normativo que pudiera haber servido de sustento para la actuación adelantada por el Director General del INVIAS, consistente en la expedición de las resoluciones mencionadas. En efecto, el funcionario referido no tenía competencia para ordenar la restitución de las sumas que, de acuerdo con la opinión de la entidad, había pagado de más a CONIC. El principio de legalidad en la actuación de las Ramas del Poder Público encuentra indiscutible y acendrado fundamento en los Estados democráticos desde la modernidad y en tal condición impone a los funcionarios de la Administración la sujeción a la Constitución y a las leyes en sus actuaciones. La condición exorbitante de los poderes del Estado en relación con su actuación frente a los particulares es algo que demanda de la legalidad, para su legitimidad. El apego y obediencia a las leyes, el desarrollo de las competencias que éstas de manera expresa conceden a los funcionarios constituye, de principio a fin, una de las bases de la obligación que tienen los ciudadanos de obedecer lo que éstos ordenan. De conformidad con lo anterior, cuando quiera que una entidad estatal pretenda imponer el pago de una suma de dinero a cargo de un particular, deberá existir en la normatividad la tipificación legal que le permita proceder en tal sentido, so pena de sufrir la sanción judicial por la ilegalidad de su proceder. En ese orden de ideas y sólo para exponer dos casos paradigmáticos, han sido las normas legales las que han conferido a las entidades estatales la facultad de proceder con el cobro coactivo de las deudas existentes a su favor, entre otras normas, en el artículo 5 de la ley 1066 de 2006; y también ha sido la norma legal, en el caso del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la fuente para la atribución a las entidades estatales de la facultad para imponer las multas que hayan sido pactadas contractualmente, como medio de conminación al cumplimiento de las obligaciones del contratista. Es bueno advertir que en las normas referidas se atribuye expresamente a las entidades del Estado la competencia para proceder con los cobros referidos, pero también se indica, de manera inequívoca, que hay un debido proceso que debe seguirse frente al particular. Es decir, la facultad unilateral que se viene refiriendo demanda para su ejecución tanto de la consagración legal respectiva como del respeto por los derechos de los particulares y de ello se sigue que deba observarse siempre un procedimiento justo, en el cual quienes reciben la coerción de la Administración puedan presentar los argumentos para la defensa de sus intereses. El artículo 29 de la Constitución Política indica que: “[E]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, disposición ésta que en lo que al procedimiento administrativo corresponde, encuentra desarrollo específico en el Código Contencioso Administrativo.

PAGO DE LO NO DEBIDO - Debe acreditarse dentro del proceso

Como se desprende de la norma legal transcrita (artículo 2313 del Código Civil), para obtener el reintegro de la suma respectiva resulta necesario que quien afirma haber pagado sin deber, pruebe su aserto, es decir, que éste último asuma la carga de la prueba dentro del correspondiente proceso contencioso y que haya lugar al ejercicio pleno del principio de contradicción. En todos aquellos casos en los cuales la Administración advierta que ha realizado un pago de lo no debido deberá proceder a la obtención de la declaración judicial correspondiente, previa aportación de las pruebas al proceso respectivo, puesto que la simple aseveración de que tal evento ha ocurrido no encuentra en norma alguna, de índole administrativa o civil, el sustento que le permita expedir un acto mediante el cual pueda ordenar de manera unilateral y con fuerza vinculante el reintegro de las sumas de dinero que supuestamente hubiere pagado en exceso.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA

Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-26-000-1996-07474-01(16816)

Actor: CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS CONTRATISTAS CONIC S.A

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sección Tercera del Consejo de Estado a conocer el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 15 de abril de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera - Subsección "B", mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de las resoluciones números 6465 de 1995 y 922 de 1996, expedidas por el Instituto Nacional de Vías.

SEGUNDO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.”

ANTECEDENTES

1. Demanda.

El 28 de junio de 1996, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la sociedad *“Consortio Nacional de Ingenieros Contratistas Conic S.A.”* (en adelante “CONIC”) presentó demanda en contra del Instituto Nacional de Vías (en adelante “INVIAS”), para que se declarara la nulidad de las resoluciones 6465 de 1995 y 922 de 1996, en virtud de las cuales la entidad estatal ordenó a la demandante reintegrar la suma de \$4.755'906.561.60¹.

1.1. Hechos.

¹ Folios 2 – 10, Cuaderno 1

Los hechos expuestos por la demandante se resumen de la siguiente forma:

- El Fondo Nacional Vial, hoy INVIAS, celebró con CONIC el Contrato 491 de 1977, cuyo objeto era *“resellar 20 kilómetros y reconstruir 19 kilómetros de la carretera que de Bucaramanga conduce a Barrancabermeja”*;
- El contrato fue cumplido por CONIC, pero no por el Fondo Nacional de Vías, el cual *“no pagó varias actas de obra y ajuste so pretexto de que su valor superaba el previsto en el contrato 491 mencionado y los adicionales 276 de 1978 y 189 de 1979.”*;
- La sociedad contratista presentó la demanda correspondiente y la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 6 de agosto de 1987, declaró que el Fondo Vial Nacional había incumplido el contrato 491/77 y los adicionales 276/78 y 189/79, luego de lo cual dijo:

“3. En consecuencia condénase a la mencionada entidad pública, en concreto, a pagar a la contratista la suma de \$134.849.355.00, debidamente actualizada teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al por mayor y con aplicación de la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia. La respectiva cuenta de cobro deberá acompañarse con la certificación correspondiente del Banco de la República.

A título de lucro cesante, deberá pagar esa misma entidad intereses a la tasa anual del 6% sobre el valor de la indemnización, sin actualizar, indicada en este ordinal y dentro de los supuestos indicados en la motivación.

4. La sentencia deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. La cantidad líquida que resultare luego de las operaciones indicadas en el ordinal precedente, devengará intereses comerciales durante los 6 meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término.”

- En contra de la sentencia referida se presentó *“recurso extraordinario de anulación”* por parte del Fondo Vial Nacional, el cual fue desestimado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia del 26 de junio de 1990;
- Como resultado de lo anterior, CONIC presentó al Fondo Vial Nacional *“147 cuentas de cobro que fueron cancelándose en la medida en que existiera disponibilidad presupuestal”*;

- Con posterioridad, el INVIAS, quien ya había pagado las 147 cuentas de cobro mencionadas, expidió la Resolución 6465 del 31 de octubre de 1995 mediante la cual se ordenó a CONIC reintegrar la suma de \$4.755.906.561.60. El acto administrativo referido fue objeto de recurso por parte de CONIC y confirmado mediante la Resolución 922 del 16 de febrero de 1996 del INVIAS;

1.2. Pretensiones.

Con fundamento en los hechos mencionados, las pretensiones incorporadas en la demanda están referidas a las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Que se declare la nulidad de la resolución 6465 del 31 de octubre de 1995 - notificada por edicto fijado el 21 de noviembre de 1995 y desfijado el 5 de diciembre del mismo año - mediante la cual se ordena a la firma Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas “CONIC S.A.” reintegrar al Instituto Nacional de Vías la suma de \$4.755.906.561.60, “más los intereses corrientes generados desde la fecha de pago de cada una de las cuentas hasta el vencimiento de los 5 días siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo más los intereses de mora que se generen con posterioridad a los 5 días ya previstos.”

2. Que se declare la nulidad de la resolución 922 del 16 de febrero de 1996 - notificada por el edicto fijado el 27 de febrero de 1996 y desfijado el 12 de marzo del mismo año de 1996 - por la cual el Instituto Nacional de Vías confirmó en todas sus partes la resolución 6465 del 31 de octubre de 1995 antes mencionada, quedando de esta manera agotada la vía gubernativa.

3. Que como consecuencia de lo anterior, se declara que la Sociedad Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas “Conic S.A.” no debe reintegrar suma alguna al Instituto Nacional de Vías; en otras palabras, que se disponga el Restablecimiento del Derecho del demandante.”

1.3. Argumentos del demandante.

De acuerdo con la demandante, la entidad estatal vulneró el derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 C.P.) y el principio de legalidad en relación con el ejercicio de las funciones atribuidas a las autoridades del Estado (artículos 121 y 122 C.P.); también se vulneraron las normas del Código Contencioso Administrativo que hacen referencia a *“la firmeza de los actos administrativos, al agotamiento de la vía gubernativa y a las causales de revocación directa de los actos administrativos”* (artículos 62, 63 y 64) y las normas especiales que reglamentan las funciones del Director General del INVIAS (artículos 54 y 60 del Decreto 2171 de 1992 y artículo 15 del Acuerdo 089 de 1994).

Todo lo anterior en atención a:

- que el INVIAS “por sí y ante sí expidió la resolución 6465 de 1995 ... sin haber oído para nada a la firma implicada”;
- que el Director General no tenía competencia específica para la expedición del acto demandando;
- que:

“los comprobantes de pago por medio de los cuales el Director del Fondo Vial Nacional, hoy Instituto Nacional de Vías, ordenó el pago de 147 cuentas de cobro presentadas ... constituyen un típico acto administrativo cuya presunción legal no sólo se supone, sino que son actos administrativos en firme, por lo cual a la Dirección de Instituto Nacional de Vías no le quedaban sino dos caminos a saber: a) Revocarlos directamente por supuesto con la anuencia del interesado, en razón a que con su expedición se crearon situaciones jurídicas particulares o b) Demandar sus propios actos administrativos por cuanto no le es dable derogarlos o revocarlos. Así las cosas, con la expedición de los actos cuestionados se está frente a la figura del abuso de poder consistente en que las resoluciones cuestionadas se expidieron sin tener competencia para ello. Es sencillamente lo que la jurisprudencia ha denominado extralimitación de funciones.”

2. Admisión y Notificación

La demanda se admitió por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, mediante auto del 11 de marzo de 1997², el cual fue notificado debidamente al INVIAS³.

3. Contestación de la demanda

El 24 de abril de 1997, dentro de la oportunidad correspondiente, el INVIAS presentó el escrito de contestación de la demanda⁴, mediante el cual se opuso a todas las pretensiones, aceptó como ciertos algunos hechos, negó otros y dijo que no le constaban los demás.

² Folio 102, Cuaderno 1

³ Folio 104, Cuaderno 1

⁴ Folios 121 – 126, Cuaderno 1

En concreto, sostuvo que la entidad había sido condenada por el Consejo de Estado a pagar una suma de \$134'849.355.00, como lo indicó el demandante dentro de su libelo introductorio, y que:

“Para efectos de dar cumplimiento a la sentencia, concretamente a su pago, y por carencia de fondos del Fondo Vial Nacional, se llegó a un acuerdo de pago con la firma demandante, mediante la presentación de cuentas periódicas hasta completar el pago de la suma adeudada.

Fue así como desde agosto de 1990 hasta diciembre de 1993, el contratista (CONIC S.A.) presentó 147 cuentas que arrojan un valor de \$7.521.247.374.85, las cuales fueron canceladas según certificado de pago expedido por la Subdirección Financiera División de Tesorería y División de Contabilidad del Instituto Nacional de Vías.

Al hacerse el balance del manejo de las citadas cuentas, arrojó un mayor cobro y por consiguiente un pago de más por la suma de \$4.755.906.561.60, pues el crédito de la firma CONIC S.A. una vez hechas las operaciones ordenadas en la sentencia, arroja un valor de \$2.765.340.813.25 razón y fundamento para que el INVIAS dictara la Resolución No. 6465 del 31 de octubre de 1995, por la cual se ordenó el reintegro de la suma de dinero \$4.755.906.561.60, resolución confirmada por la No. 922 del 16 de febrero de 1996, decidiendo el recurso de reposición interpuesto por la firma CONIC S.A.”

Presentó como excepción la de legalidad de los actos administrativos demandados, puesto que, de acuerdo con su interpretación, fueron expedidos de conformidad con la normatividad vigente y en observancia de las atribuciones legales con las cuales se hallaba investido el Director de INVIAS. Además, propuso la excepción descrita en el inciso 2º del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo.

4. Apertura del proceso a pruebas.

El 24 de noviembre de 1997, mediante auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, se ordenó la apertura del proceso a pruebas⁵.

5. Alegatos de conclusión de primera instancia.

El 25 de noviembre de 1998 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión⁶. En la oportunidad debida, presentaron sus argumentos:

5.1. INVIAS.

⁵ Folios 155 – 156, Cuaderno 1

⁶ Folio 246, Cuaderno 1

Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda⁷ e hizo énfasis en que el Director de la entidad se hallaba facultado para expedir los actos administrativos demandados con base en lo siguiente:

“cuando una entidad pública necesite expedir un acto administrativo, debe ampararlo en la reglamentación general o interna de la entidad, de no existir, se puede usar la normatividad consagrada en el Código Contencioso Administrativo en su primera parte, que es en definitiva la regla reina y procedimental de la administración pública”

5.2. CONIC.

Insistió en lo dicho en la demanda acerca de la condición de actos administrativos de la cual participaban las órdenes expedidas por el INVIAS para pagar las 147 cuentas de cobro presentadas por CONIC y en que la expedición de las resoluciones demandadas constituía una desviación de poder por abuso del derecho y falsa motivación. Indicó, además, que la suma que se le debía pagar a CONIC era incluso mayor a la que INVIAS había cancelado y que, por tal motivo, el pago de las 147 cuentas de cobro fue correcto⁸.

6. Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, el 15 de abril de 1999, profirió la sentencia objeto de apelación⁹, mediante la cual se declaró la nulidad de las resoluciones 6465 de 1995 y 922 de 1996, expedidas por el INVIAS.

En concreto, respecto de las bases jurídicas de la demanda, dijo:

- Que se vulneraron los artículos 62, 63 y 64 del Código Contencioso Administrativo referidos a la *“firmeza de los actos administrativos, agotamiento de la vía gubernativa y a las causales de revocación directa de los actos administrativos”*, puesto que:

“...el acto que reconoció el cumplimiento de la sentencia del 6 de agosto de 1987, generó una situación particular y concreta a favor de la firma CONIC S.A. y cuyo cumplimiento generaba una obligación de

⁷ Folios 247 – 249, Cuaderno 1

⁸ Folios 250 – 257, Cuaderno 1

⁹ Folios 261 – 278, Cuaderno 1

pago a cargo del Instituto Nacional de Vías, por lo tanto, la Administración no podía expedir las resoluciones impugnadas, por cuanto, se había creado una situación concreta a favor de la demandante, y sólo podía la Administración solicitar el reintegro de dichos dineros mediante la figura de la revocatoria directa, de conformidad con el artículo 73 del C.C.A.¹⁰

Los demás cargos no prosperaron debido a que el a quo concluyó:

- Que no se vulneraba el artículo 29 de Constitución Política, puesto que la entidad demandante no *“indicó la norma que lo desarrolla, es decir, que fija el procedimiento para expedir el acto demandado, lo que impide determinar si se cumplió con sus mandatos”*;
- Que no se vulneraba el artículo 29 de la Constitución Política porque *“la administración le dio al demandante la oportunidad con el recurso de reposición de manifestar su inconformidad con la decisión tomada”*;
- Que no se vulneraban los artículos 121 y 122 de la Constitución Política, los cuales hacen referencia a que las autoridades del Estado solo pueden ejercer las funciones atribuidas por la Constitución y las leyes, debido a que el demandante no especificó *“la disposición legal que fija las funciones del Director del Instituto Nacional de Vías”*;
- Que no se vulneraban los artículos 54 y 60 del Decreto 2171 de 1992, ni el artículo 15 del Acuerdo 089 de 1994 de la Junta Directiva del INVIAS, aprobado por el Decreto 288 de 1995, por cuanto la demanda no determinaba en qué forma fueron desconocidas tales normas por el Director del INVIAS:

“Si bien las normas citadas por el actor, hacen referencia a las funciones dentro de las cuales deben enmarcarse los actos expedidos por el Director ... lo cierto es que, no se precisa por parte del demandante la forma como dichas funciones fueron desconocidas en la expedición de los actos impugnados, circunstancia que impide su análisis dado el carácter rogado de la Jurisdicción Contenciosa, cuyo estudio se limita a los hechos, normas violadas y concepto de violación, y pretensiones, razón por la

¹⁰ *“Artículo 73.- Revocación de actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.”*

cual al darse por el actor un concepto genérico, la Sala no puede entrar a determinar la violación en que incurrió la parte demandada en la actuación impugnada”

7. Recurso de apelación.

El 7 de mayo de 1999 se presentaron y sustentaron sendos recursos de apelación por parte del INVIAS¹¹ y de CONIC¹², los cuales fueron concedidos por el *a quo* mediante auto del 1 de junio de 1999¹³ y admitidos por el Consejo de Estado, a través de auto del 27 de agosto de 1999¹⁴.

7.1. INVIAS.

De acuerdo con la entidad estatal, las resoluciones demandadas no constituían una revocación de actos administrativos, en razón a que el INVIAS, al cumplir el fallo del Consejo de Estado y pagar lo ordenado en la sentencia del 6 de agosto de 1987, no expidió acto administrativo alguno; se trató de una relación de pago:

“... simplemente el beneficiario del fallo, presentaba la cuenta a la tesorería del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, con base en el proveído ya conocido, y ésta le cancelaba parcialmente la obligación y así sucesivamente hasta llegar a las 147 cuentas presentadas y pagadas a la firma por un valor total de \$7.521.247.374.85; de tal manera que con la expedición de las resoluciones acusadas no se modificó o extinguió derecho alguno de la firma demandante, pues no hubo revocatoria de actos administrativos anteriores para poder encausar el fallo en esa dirección; lo que hubo fue un acto administrativo discrecional y oficioso de la administración, para recuperar la suma entregada por demás al actor, haciendo la respectiva corrección aritmética tal como lo ordena el artículo 73 del C.C.A., en el inciso último, pero aclarando que no hubo revocación parcial de acto alguno por no existir éste.”

7.2. CONIC.

La demandante limitó su apelación al numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, en el cual se denegaron las demás pretensiones de la demanda. En concreto, dijo que:

¹¹ Folios 279 – 284, Cuaderno 1

¹² Folios 285 – 286, Cuaderno 1

¹³ Folio 289, Cuaderno 1

¹⁴ Folio 293, Cuaderno 1

“... la providencia apelada se quedó corta al no restablecer el derecho que le asiste a mi mandante de percibir la totalidad de las sumas de dinero que el Honorable Consejo de Estado ordenó pagar a favor de CONIC S.A., en la sentencia del 06 de agosto de 1987. El Fondo Vial Nacional - hoy Instituto Nacional de Vías “INVÍAS” - condenado en el juicio referido, no solo dio largas al cumplimiento de la sentencia, sino que lo hizo de manera precaria tal como lo demuestra el peritazgo que no fue controvertido y que señaló que la suma real pendiente por pagar a favor de CONIC S.A., por el incumplimiento del Estado Colombiano a través del Instituto Nacional de Vías, asciende a una suma cercana a los cuarenta mil millones de pesos (\$40.000.000.000.00)”

8. Alegatos de Conclusión de segunda instancia.

El 23 de septiembre de 1999 se dio traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión de segunda instancia y al Ministerio Público para que procediera en lo de su competencia¹⁵.

8.1. CONIC.

La demandante insistió en que se ha debido condenar al INVÍAS por la suma que se estableció en el peritaje practicado en el proceso, el cual arrojaba una cifra mayor a la pagada hasta ese momento y no fue objetado. Dijo que *“... se perdió una buena oportunidad - por simple economía procesal - de haber restablecido el derecho de mi mandante ordenando al Instituto Nacional de Vías que cancelara a favor de CONIC S.A. la suma restante.”*¹⁶

8.2. INVÍAS.

La entidad demandada reiteró lo dicho en el proceso en el sentido de que no hubo revocación alguna de acto administrativo, puesto que el pago de las cuentas de cobro no fue constitutivo de acto administrativo del INVÍAS. Además, bajo el título de *“Tránsito a cosa juzgada”*, la entidad afirmó que con fundamento en las resoluciones impetradas inició un proceso ejecutivo en contra de CONIC, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁷:

“En este proceso la firma Conic S.A. aceptó hacer el pago a favor del Invías (transacción), para dar por terminada la ejecución que en su contra se seguía, y es así como en auto de fecha 17 de junio de 1999, expedido por el Tribunal Contencioso de Cundinamarca, fue acogida la compensación de

¹⁵ Folio 295, Cuaderno 1

¹⁶ Folios 297 – 299, Cuaderno 1

¹⁷ Folios 300 – 303, Cuaderno 1

saldos derivados del proceso contractual que cursó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, radicado con el número 931984, de cuya cuantía conciliada, a favor de Conic S.A., se aplicó la deducción que aquella firma adeudaba al Invías, por concepto de las resoluciones demandadas en este proceso (16816) hubo aceptación pura y simple por parte de la firma demandante quien convino en hacer el pago, a través de la compensación por obligación que el Invías igualmente debiera al contratista y resultante del proceso antes indicado (931984 del Tribunal Administrativo de Antioquia)

(...)

Como quiera que aquel auto, junio 17 de 1999, hace tránsito a cosa juzgada, respetuosamente solicito a la Honorable Corporación, que al momento de decidir este asunto, no restablezca derechos patrimoniales y declare conforme a legalidad, las resoluciones acusadas.

La firma Conic S.A., una vez llegó al acuerdo con el INVIAS en el proceso ejecutivo, debió desistir de su demanda en el proceso ordinario contencioso, 7474, que tuvo curso en la Sección Primera Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ya que en éste, el soporte de su pretensión, la renunció en aquel proceso, aceptando la compensación.”

9. Concepto del Ministerio Público.

La Procuraduría General de la Nación intervino¹⁸ para señalar lo siguiente:

- En el presente caso los actos demandados no constituían una revocación de actos administrativos puesto que el único cometido de la revocatoria directa es el de dejar de producir efectos hacia el futuro; no es posible revocar actos que produjeron los efectos que les son propios, dado que en ese caso la figura de la revocación es inocua. *“Esa es precisamente la situación que se da en el sub examine, donde los actos que se dicen revocados y que corresponden a las órdenes de pago de cada una de las cuentas de cobro presentadas por la demandante, ya fueron ejecutados, dado que ya se pagaron las sumas a que ellos se refieren, de donde se sigue la imposibilidad de su revocatoria directa”;*
- El INVIAS, para llegar a la expedición de los actos administrativos demandados, adelantó un procedimiento de oficio que ha debido ser comunicado a CONIC, en atención a los mandatos del artículo 28 del Código Contencioso Administrativo y del artículo 29 de la Constitución Política.
- En consecuencia, la sentencia apelada debe ser confirmada:

¹⁸ Folios 322 – 331, Cuaderno 1

“... la falta de vinculación de la sociedad Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas CONIC S.A. al procedimiento iniciado de oficio por la administración y decidido mediante la resolución No. 006465, afecta de ilegalidad ese acto, así como aquel a través del cual se le confirmó al desatar el recurso de reposición, situación que lleva a esta Delegada a solicitar respetuosamente de la Sala, su anulación.”

CONSIDERACIONES

1. Jurisdicción y competencia.

La Sala observa que es competente para resolver el *sub judice*, iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que la pretensión mayor, incorporada en la demanda, supera el monto mínimo exigido en la época de presentación de la misma, 1996, para que un proceso de esta naturaleza tuviera vocación de doble instancia.

2. Impedimento

Habida cuenta de que la señora Consejera Ruth Stella Correa manifestó su impedimento para conocer del asunto¹⁹, debido a que en condición de Procuradora Delegada ante esta Sección rindió concepto sobre este proceso, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante auto del 19 de octubre de 2005, con fundamento en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil²⁰, aceptó el impedimento propuesto²¹.

Por tal razón la referida Consejera no integra la Sala para efectos del análisis y decisión del *sub judice*.

3. Objeción del dictamen pericial por error grave

En consideración a que hasta el momento no se ha resuelto la objeción por error grave propuesta en contra del dictamen pericial que obra en el plenario y dado que

¹⁹ Folio 348, Cuaderno principal

²⁰ “Haber dado el juez consejo o concepto por fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.”

²¹ Folios 349 – 350, Cuaderno principal

de conformidad con las normas correspondientes²² tal decisión se debe pronunciar en la sentencia, la Sala procederá a continuación a hacer lo propio.

En el proceso se practicó un dictamen pericial²³, en atención a la petición de la parte demandante, para establecer si las “147 cuentas de cobro [presentadas por CONIC al INVIAS] se pagaron conforme a la liquidación ordenada por el Consejo de Estado en la sentencia primeramente mencionada en el punto anterior [6 de agosto de 1987] y de acuerdo a lo dispuesto por la propia Superintendencia para estos casos.” El dictamen correspondiente, suscrito por los peritos Luis Alberto Díaz Polanía y Fanny María Suárez Camargo concluyó que la liquidación correspondiente “... arroja como resultado un saldo por pagar de CUARENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES CIENTO SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA CON SESENTA PESOS M/CTE (\$41.492.167.330,60)

La entidad demandada objetó por error grave el dictamen²⁴, con fundamento en que no había concordancia entre lo ordenado por el Consejo de Estado en la sentencia del 6 de agosto de 1987 y lo conceptuado por los peritos en su experticio técnico legal. En concreto, sostuvo que:

“... el procedimiento utilizado por los peritos en su experticio en la liquidación del lucro cesante no corresponde a lo ordenado por el Consejo de Estado por cuanto se usó la metodología de interés compuesto que no es aplicable a sentencias en contra del Estado, por cuanto se debe de (sic) usar el interés simple como lo ha reiterado en la (sic) diferentes jurisprudencias del Consejo de Estado.”

También dijo que:

“... el interés moratorio aplicado no es el correcto ya que se está liquidando con el doble del bancario corriente sobrepasando el límite de la usura como lo ha contemplado la misma Corporación en diferentes sentencias...”

De acuerdo con su apreciación, las cuentas debidas eran:

*“Valor pagado al 30 de noviembre de 1992
3,868,238,084*

§

²² Código de Procedimiento Civil, artículo 238, “(...) 6. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente.”

²³ Folios 1 – 104, Cuaderno 3

²⁴ Folios 171 – 178, Cuaderno principal

Valor que se debía pagar a 30 de noviembre de 1992	\$
2,765,576,581	
Mayor valor pagado al contratista	\$
1,102,661,502	
Valor total pagado al 27 de abril de 1994	\$
7,521,247,374	
Valor a reintegrar por parte de contratista al Instituto...	\$
4,755,670,792	

Finalmente, concluyó:

“A simple vista se observa que \$134.839.355.00 en un período de 10 años, por mucho que aumenten los intereses corrientes, moratorios o el civil jamás podrán dar la no despreciable suma de \$49,013,414,705.65 que es lo que ha (sic) dicho los auxiliares de la justicia en su dictamen.”

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado en relación con el error grave²⁵:

*“Esta Sección 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.”*²⁶

En esa línea de pensamiento, la Sala²⁷, en relación con las condiciones que debe reunir la objeción por error grave, ha recogido las consideraciones que frente a tal aspecto ha expuesto la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia²⁸, según la cual:

*“(…) 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...”*²⁹ 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*

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 26 de marzo de 2009, Radicación: 250002326000198402089 – 01 (31.748) Demandante: Departamento Administrativo de la Función Pública)

²⁶ En este sentido, ver sentencias de esta Sección del Consejo de Estado, proferidas el 16 de agosto de 2006, exp. 15.162; el 31 de agosto de 2006, exp. 14.287 y el 4 de junio de 2008, exp. 14.169.

²⁷ *Ibídem*.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, auto de 8 de septiembre de 1993, exp. 3446, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

²⁹ *Gaceta Judicial, T LII, pág.306*

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 ...'."

En el *sub judice* el error imputado como grave al dictamen pericial, consiste en haber hecho los cálculos correspondientes a la liquidación del lucro cesante a favor de CONIC con la metodología del interés compuesto, en lugar de la del interés simple, así como también en liquidar el interés moratorio sobre la base del doble del interés bancario corriente. La Sala, de conformidad con lo dicho en el pronunciamiento judicial parcialmente transcrito, encuentra que las imputaciones hechas por parte de la entidad demandada en contra del dictamen pericial no están llamadas a prosperar.

En realidad, el análisis hecho por los peritos estuvo referido a la materia que fue ordenada por parte del *a quo*, la cual había sido pedida por el actor, puesto que comprendió la liquidación de las sumas que se debían pagar por cuenta de la condena impuesta al INVIAS por el Consejo de Estado en la sentencia tantas veces mencionada; es decir, no se advierte que en el presente caso se haya tomado un objeto diferente al indicado para la realización del peritaje, ni que se le haya concedido una atribución distinta a la que le es propia, ni menos aún que la finalidad haya sido diferente a la encomendada. En ese orden de ideas, para la Sala es claro que utilizar métodos para el cálculo de intereses que no guarden conformidad con los que, según la entidad demandada, ha definido la jurisprudencia y que, incluso, llegan a vulnerar los límites dispuestos por la ley, dará lugar a que la Sala al momento del fallo dé la valoración que corresponda, pero no para concluir que el peritazgo se encuentre afectado por una equivocación tan protuberante y evidente que resultare constitutiva de un error grave.

Es manifiesto que la objeción presentada por la entidad demandada está dirigida a reprochar el juicio intelectual adelantado desde la perspectiva financiera por parte de los peritos y ése no es el cometido de la objeción por error grave, puesto que recordando pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, citados por parte de esta Sección:

"El error grave tiene la característica de ir contra la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones, como cuando se afirma que un objeto o

persona tiene determinada peculiaridad y resulta que tal cualidad no existe, o en tener por blanco lo que es negro o rosado"³⁰

En consecuencia, en la parte resolutive de la sentencia, la Sala declarará que la objeción por error grave del dictamen no prospera.

4. Excepciones.

La excepción propuesta en los alegatos de conclusión, denominada por la entidad estatal como *"tránsito a cosa juzgada"*, no está llamada a prosperar puesto que, en primer lugar, no se aportaron al proceso copias auténticas de las decisiones judiciales referidas, ni menos aún se conoce si están en firme. En segundo lugar, en el supuesto caso de que se contara con las copias auténticas del auto del 17 de junio de 1999 de la Sección Primera, Subsección "B" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y que tal providencia estuviere en firme, tampoco se podría concluir favorablemente en relación con la excepción propuesta, puesto que en las copias simples aportadas al proceso se observa que la legalidad de los actos administrativos impugnados, que es lo que discute en el presente caso, no fue un punto expresa e inequívocamente tratado en la providencia referida y menos aun decidido, ni respecto del cual se hubiera celebrado transacción o conciliación alguna.

En cuanto corresponde a la excepción presentada por la entidad demandada, referida a la legalidad de los actos administrativos expedidos, será resuelta con posterioridad, en el aparte correspondiente al análisis de fondo del asunto.

5. Hechos probados.

De conformidad con los elementos obrantes en el acervo, se tiene acreditado en el proceso:

5.1. Resolución 6465 del 31 de octubre de 1995.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de mayo de 1973, Radicación 1260, Actor: Fernando Londoño Hoyos, C.P. Carlos Portocarrero Mutis, cita a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Auto de diez y ocho (18) de febrero de mil novecientos cuarenta y dos (1942)

En copia auténtica³¹, se hace constar que el Director General del INVIAS, el día 31 de octubre de 1995, expidió la Resolución 6465, en cuya parte considerativa, luego de señalar que la entidad estatal celebró el Contrato 491 de 1977 con CONIC, precisó:

“Que el contratista instauró la acción Contenciosa contra el Fondo Vial Nacional hoy Instituto Nacional de Vías, proceso en el cual y en segunda instancia el Consejo de Estado en sentencia del 6 de agosto de 1987 y ejecutoriada el 25 del mismo año y mes, condenó a este instituto a pagar al Contratista: a) La suma de \$134.849.355.00 debidamente actualizada teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al por mayor y con aplicación de la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia lo que corresponde a la suma de \$612.540.115.00. b) A título de lucro cesante, deberá pagar esa misma entidad intereses a la tasa del 6% anual sobre el valor de la indemnización, sin actualizar, indicada en este mismo ordinal y dentro de los supuestos indicados en la motivación y cuyo valor es de \$59.484.189.90. “Para un total de \$672.024.304.90 a la fecha de ejecutoria de la sentencia que fue el 25 de agosto de 1987” c) La sentencia deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo. La cantidad liquidada que resultare luego de las operaciones indicadas en el ordinal precedente, devengará intereses comerciales durante los 6 meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de ese término.”

Que en virtud de tal sentencia el contratista presentó 147 cuentas de cobro, como consta en el certificado de pago de fecha septiembre 15 de 1995 suscrita por los jefes de Divisiones de Tesorería y Contabilidad del Instituto Nacional de Vías y que se hace parte de esta resolución.

Que frente a las cuentas presentadas se procedió a realizar la liquidación y a realizar el pago precedente, para dar cumplimiento al mandato judicial.

Que en el trámite de pago de las cuentas mencionadas se detectó que las operaciones de las mencionadas cuentas se hicieron con base en una liquidación por el sistema de capitalización de intereses, el cual arrojó un valor de \$7.521.247.374.85 el cual se encuentra debidamente discriminado en la certificación, sistema que no está contemplado en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Que el procedimiento de liquidación y la fórmula matemática de (sic) usar para la liquidación de intereses tanto corriente (sic) como moratorios y de capital a que hace relación el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y al cual tenía derecho el contratista: Es la fórmula $I = (C \times i \times N)/360$, de donde $I =$ a los intereses a pagar, $C =$ al capital de la sentencia que se mantiene invariable para todos los períodos, $N =$ al número de días transcurridos en un período, $i =$ es la tasa de interés certificada por la Superintendencia Bancaria y para el caso de los intereses moratorios se toma el 1.5 de los intereses de libre asignación certificada por esta misma Entidad en cada período y regulada por el artículo 235 del Código Penal para el límite de la usura.

³¹ Folios 54 – 56, Cuaderno 1

Que frente a la situación detectada se revisaron los pagos efectuados por este Instituto al contratista y se encontró que a la fecha del 30 de noviembre de 1992 al contratista se le había efectuado pagos por valor de \$3.878.238.038.46 y que a esa misma fecha tenía derecho por capital e intereses corrientes y moratorios a la suma de \$ 2.764.340.813.25, lo cual comienza a presentar un mayor valor a favor del contratista sin justificación legal alguna.

Que sumados la totalidad de las cuentas pagadas con posterioridad a esta fecha según certificación de relación de pagos efectuados por la Subdirección Financiera del Instituto Nacional de Vías por concepto de esta sentencia; se encuentra que al contratista a la fecha 27 de abril de 1994 se le ha pagado la suma de \$7.521.247.374.85 cuando real (sic) suma adeudada solo era a 30 de noviembre de 1992, era (sic) de \$2.765.340.813.25 y que en la actualidad arroja un saldo a favor del Instituto de \$4.755.906.561.60.

Que de lo anterior, se hace necesario ordenar las medidas tendientes a recuperar la suma de dinero correspondiente al mayor valor pagado a favor del Instituto de \$4.755.906.561.60.”

En la parte resolutive del acto demandado se encuentra el siguiente texto:

“ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar a la firma CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS CONIC S.A., reintegrar a la Tesorería del Instituto Nacional de Vías la suma \$4.755'906.561.60, más los intereses corrientes generados desde la fecha de pago de cada una de las cuentas hasta el vencimiento de los 5 días siguientes a la ejecutoria del presente Acto Administrativo más los intereses de mora que se generen con posterioridad a los 5 días ya previstos.

ARTÍCULO SEGUNDO: El Instituto Nacional de Vías liquidará los intereses previstos en el artículo primero a fin de que el contratista consigne la suma adecuada (sic) de (sic) los 5 días siguientes a la fecha de ejecutoria de la presente resolución, término que se entenderá improrrogable.

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar al Instituto Nacional de Vías deducir el presente valor de la suma de dinero que por cualquier concepto se le adeude a CONIC S.A., hasta el monto de lo adeudado.

ARTÍCULO CUARTO: Ordenar iniciar el proceso de Jurisdicción Coactiva según las disposiciones de la Ley 6ª de 1992 y el Código de Procedimiento Civil, en caso de no cubrirse el pago de la suma de dinero contemplado en el artículo anterior.

ARTÍCULO QUINTO: Ordenar compulsar copias de todos los documentos pertinentes a la justicia penal ordinaria, a la Cámara de Comercio, a la Subdirección Financiera, a la Oficina de Control Interno y Subdirección Administrativa y Oficina Jurídica.

ARTÍCULO SEXTO: Contra la presente resolución solo procede recurso de reposición, el cual se debe interponer dentro de los 5 días siguientes a la

notificación de la presente resolución ante el Director General del Instituto Nacional de Vías.”

5.2. Resolución 922 del 16 de febrero de 1996.

En copia auténtica³² se hace constar que el Director General del INVIAS, el día 16 de febrero de 1996, expidió la Resolución 922, mediante la cual resolvió el recurso de reposición presentado por parte de CONIC contra de la Resolución 6465. La entidad estatal, luego de estudiar y responder los argumentos del recurrente, decidió:

“ARTÍCULO PRIMERO: Denegar el recurso de reposición interpuesto por la firma CONIC S.A. por lo expuesto en la parte considerativa de esta resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Confirmar en todas sus partes la resolución No. 06465 del 31 de octubre de 1995.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar agotada la vía gubernativa en esta actuación administrativa.

ARTÍCULO CUARTO: Contra la presente resolución no procede recurso alguno.”

5.3. Certificación de los pagos hechos a favor de CONIC.

En documento original aportado al proceso por la entidad demandada³³, suscrito tanto por la Jefe de la División de Tesorería y la Jefe de la División de Contabilidad, se puede leer lo siguiente:

“LOS SUSCRITOS JEFES DE LA DIVISIÓN DE TESORERÍA Y DIVISIÓN DE CONTABILIDAD DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS CERTIFICAN: Que la firma Contratista CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS CONTRATISTAS - CONIC S.A. - con NIT. 8600238280, en desarrollo del CONTRATO No. 491/1977 y adicionales relacionados con PAGOS POR CONCEPTO SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO EXPEDIENTE A 058 AGOSTO 6 - 87 se le efectuaron (sic) los siguientes pagos:

	VALOR CAPITAL	VALOR INTERESES
(...)		
TOTALES	4,987,225,790.26	2,534,021,584.59”

³² Folios 40 – 51, Cuaderno 1

³³ Folios 142 – 145, Cuaderno 1

La suma referida fue pagada, de acuerdo con la certificación, mediante 147 pagos que correspondieron a las cuentas de cobro presentadas por CONIC desde el 23 de agosto de 1990 hasta el 15 de diciembre de 1993. El INVIAS empezó a hacer los pagos a partir del 7 de diciembre de 1990 y el último de ellos aparece registrado en la certificación con fecha 27 de abril de 1994.

Al respecto, la Sala considera necesario advertir que dentro del plenario no obran las cuentas de cobro referidas, como tampoco los recibos respectivos, puesto que las pruebas aportadas sobre el particular han estado constituidas por certificaciones y reportes como el que se acaba de transcribir.

5.4. Dictamen pericial

El *a quo* ordenó, de acuerdo con la petición de la parte demandante, la práctica de un peritaje para establecer si las *“147 cuentas de cobro se pagaron conforme a la liquidación ordenada por el Consejo de Estado en la sentencia primeramente mencionada en el punto anterior y de acuerdo a lo dispuesto por la propia Superintendencia para estos casos.”*

En tal sentido, los peritos Luis Alberto Díaz Polanía y Fanny María Suárez Camargo rindieron el informe correspondiente³⁴, en el cual se señaló que la suma adeudada por el INVIAS a CONIC, de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia del 6 de agosto de 1987 del Consejo de Estado, ascendía a un monto de \$134'849.354,96 y que debidamente actualizado, a 25 de agosto de 1987, representaba una suma de \$684'717.955,80.

Posteriormente se liquidó el lucro cesante utilizando la siguiente fórmula:

*“LC = VA x ((1 + Im)n - 1) de donde:
VA = Capital o monto de dinero inicial, a este corresponde para el primer período de julio de 1980 al 25 de agosto de 1987 la suma de \$110.059.487,90. Para el segundo período comprendido desde Junio de 1979 al 25 de Agosto de 1987, la suma de \$24.789.867,82.
Im = Corresponde al valor de la tasa de interés puro efectivo del 6% anual:
Im = V12 (1 + 0.06) - 1 = 0- 00486755057, es decir: = 0.486.755.057%
n = Período para el cual se calcula el Lucro Cesante en el primer caso o período corresponda a 85 meses, 25 días = 85.833333 meses.
Para el segundo período corresponde a 98 meses 25 días = 98.833333.
LC = Valor del Lucro Cesante por cada período.”*

³⁴ Folios 1 – 104, Cuaderno 3

De lo anterior se concluyó que el lucro cesante para el primer período equivalía a \$56'909.078,62 y para el segundo a \$15'268.762,57.

Más adelante se hizo lo propio con los intereses bancarios corrientes y moratorios:

“Para esta liquidación se determinan 2 períodos: el primero que surge desde el día posterior a la sentencia, es decir 26 de agosto de 1987, hasta el día 25 de febrero de 1988, 16 meses, correspondientes a pagos con interés corriente bancario o comercial (tasas certificadas por la Superintendencia Bancaria); el segundo corresponde al tiempo comprendido entre el 26 de febrero de 1988 a la fecha de liquidación del ejercicio, 15 de junio de 1988. Este último período se calcula con tasas de interés efectivo moratorio teniendo en cuenta lo expuesto sobre este caso en especial el Código de Comercio, artículo 884, directamente relacionado con interés moratorio.

En el presente ejercicio se toman en cuenta los pagos realizados, por INVIAS a CONIC S.A. y que se relacionan con las cuentas (146) que fueron canceladas, con el fin de reducir el monto de los intereses y así el capital adeudado por esta, es decir que se aplican preferencialmente a la amortización de intereses.

Para el desarrollo del presente se recurre a la fórmula de tasa efectiva, la cual se explica a continuación:

$I = C \times [(1 + i)^{n/360} - 1]$ donde:

C = Capital para la liquidación de intereses

i = Tasa de interés del período según la resolución correspondiente

n = Número de días de cada período (resolución correspondiente)

I = Monto de intereses.

Como ejemplo del cálculo se liquidan a continuación los intereses correspondientes a corrientes bancarios del capital base de liquidación:

C = \$ 684.717.955,80 Capital base de la liquidación

n = Número de días de liquidación (26 de agosto 1987 - 25 Febrero 1988)

180 días.

I = Tasa de interés corriente bancaria (32.53% anual efectivo)

(...)

Por lo tanto el monto de intereses por concepto de intereses bancarios corriente corresponde a \$ 103.511.385,22, es decir un total por pagar hasta el 26 de febrero de 1988 es... 788.231.341,02

Para el caso de intereses moratorios se calculan a continuación los correspondientes al primer período de liquidación; el cual no tiene ningún abono.

C = Capital para la liquidación \$788.231.341,02

n = Número de días que corresponden al período de la resolución 1900 de la Superintendencia Bancaria: 26 de febrero al 19 de mayo de 1988, es decir 84 días.

I = Tasa de interés por período: 32,52% bancario, es decir 65,04% moratorio.

(...)

El monto de los intereses para el primer período de liquidación de intereses moratorios corresponde a 97.749.877,86, por lo tanto el total adeudado hasta el día 19 de mayo de 1988 corresponde a... 885.981.218,88

(...)

Para la liquidación de los intereses tanto comerciales como moratorios con relación al tratamiento de los abonos se procedió de la siguiente manera:

a) Se agruparon las cuentas por fechas de pago, dado que en un mismo día se efectuaron cancelaciones por varias cuentas.

b) Con cada total compuesto o integrado por varias cuentas, se procedía a determinar a que fracción del capital inicial se había amortizado.

c) Posteriormente se liquidó nuevamente esa fracción de capital desde la fecha del pago correspondiente hasta la fecha final de liquidación, esto con el fin de determinar los intereses que dicho capital sigue generando.

d) La diferencia entre el capital base de liquidación (684.717.955,80) y el capital correspondiente a la suma de las financiadas por los abonos de INVIAS, se liquidó desde la fecha de la sentencia hasta la fecha final de liquidación de este dictamen.

(...)

Para determinar el valor del factor efectivo acumulado recurrimos a las vigencias de las tasas tanto bancarias como moratorias que se encuentran dentro del período comprendido entre el 26 de Agosto de 1987 al 7 de Diciembre de 1990.

(...)

Como valor de capital al que fue amortizado los intereses corresponde a

\$624.764.063,16

Valor de capital al que no se han amortizado intereses ±

59.953.892,64

Capital base de liquidación

\$684.717.955,80

Valor de intereses por pagar

40.807.449.374,80

Valor de capital más intereses por pagar

41.492.167.330,60

CONCLUSIÓN: De todo el estudio de auditoria efectuado sobre toda la documentación directamente relacionada con las cuentas se determina lo siguiente:

1) Que las cuentas de cobro se pagarán conforme a la liquidación ordenada por el Consejo de Estado en sentencia del 6 de Agosto de 1987.

2) Que la liquidación expuesta en este experticio aplicando el cálculo financiero con base en las tasas de interés efectivo bancario y moratorio certificadas por la Superintendencia Bancaria, arroja como resultado un saldo por pagar de CUARENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES CIENTO SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA CON SESENTA PESOS M/CTE (\$41.492.167.330,60)”

Como se puede observar, de conformidad con el dictamen pericial, la suma que debía pagar INVIAS a CONIC era muy superior a la que pagó efectivamente y, por ende, según dicho experticio, no había razón matemática para reclamar el reintegro de la suma de \$4'755.906.561.60, de la que dan cuenta los actos administrativos demandados.

6. Fijación del litigio.

La contraposición de lo decidido en la sentencia apelada y los argumentos que se incorporaron dentro del recurso de apelación fijan la competencia del *ad quem*; en consecuencia, la Sala se dedicará a resolver los siguientes puntos:

- De conformidad con la sentencia, la actuación del INVIAS al expedir las resoluciones demandadas vulneró la *“firmeza de los actos administrativos, agotamiento de la vía gubernativa y las causales de revocación directa de los actos administrativos”*, comprendidas en los artículos 62, 63 y 64 del Código Contencioso Administrativo y, por tal razón, concluyó que se debían anular. La entidad estatal opuso a este argumento el de que mediante la expedición de las resoluciones no se revocó acto administrativo alguno, puesto que el pago de las facturas correspondientes a la sentencia del 6 de agosto de 1987 no constituía un acto administrativo; lo que a su juicio hubo en el caso concreto al expedir las resoluciones demandadas fue un acto administrativo discrecional y oficioso de la Administración, para recuperar la suma entregada en exceso al actor, haciendo la respectiva corrección aritmética³⁵;
- En virtud de la sentencia impugnada las demás pretensiones de la demanda se denegaron, razón por la cual CONIC presentó apelación para que se *“aprovechara la oportunidad”* y se condenara a INVIAS a pagar una suma adicional a favor de la primera, en los términos dispuestos en el dictamen pericial.

A continuación se desarrollarán cada uno de los planteamientos referidos:

7. Expedición de los actos administrativos que ordenaron reintegrar una suma de dinero

En relación con este punto es necesario resolver dos inquietudes principales y formular un comentario adicional:

- En primer lugar, se debe establecer si los actos en virtud de los cuales el INVIAS pagó las 147 cuentas de cobro constituían actos administrativos o

³⁵ Código Contencioso Administrativo, Artículo 73.- *“Revocación de actos de carácter particular y concreto. (...) Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión.”*

simples actos de ejecución, para que, con base en la conclusión respectiva, se determine si acertó el *a quo* en la decisión que tomó al respecto;

- En segundo lugar, se debe analizar si las resoluciones demandadas fueron expedidas por el Director del INVIAS con sujeción a las normas que establecían su competencia para tal efecto;
- Finalmente, es bueno analizar la figura del pago de lo no debido desde la perspectiva de las fuentes de las obligaciones.

7.1. Naturaleza jurídica del pago de las 147 cuentas de cobro.

De conformidad con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, los actos de la Administración en virtud de los cuales se da cumplimiento a una sentencia condenatoria no constituyen actos administrativos, puesto que su naturaleza corresponde a la de simples actos de ejecución.

En efecto, en un pronunciamiento reciente, respecto de los actos expedidos por una entidad estatal para el pago de unas sumas de dinero a favor de un contratista, como resultado de una conciliación celebrada entre las partes, la Sección sostuvo:

... la Sala considera que los actos demandados no son administrativos definitivos, pues, como lo advirtió el a quo, no finalizan o concluyen un procedimiento, ni tampoco son aquellos de trámite que imposibilitan que se siga adelantando una actuación; es decir, su naturaleza corresponde a la de actos de cumplimiento o ejecución en tanto no definen una situación jurídica diferente a la que ya fue resuelta con efectos de cosa juzgada en la conciliación judicial suscrita entre las partes para finiquitar una controversia contractual, tal y como se desprende de su contenido.

Así, definidos con tal carácter, cabe advertir que, por regla general, según reiterada jurisprudencia de esta Corporación³⁶, los actos de ejecución que se dicten para el cumplimiento, por ejemplo, de una sentencia judicial o de

³⁶ Entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo: Sección Primera: Sentencias de 7 de febrero de 2008, Exp. 11001-03-15-000-2007-01142-01(AC); 27 de julio de 2006, Exp. 20001-23-31-000-2003-02048-01; 20 de septiembre de 2002, Exp. 25000-23-24-000-2000-0321-01(7764), 21 de febrero de 2002, Exp. 66001-23-31-000-1998-0378-01(7193), 26 de octubre de 2000, Exp. No. 5967; 14 de septiembre de 2000, Exp. 6314, 4 de septiembre de 1997, Exp. 4598, 6 de marzo de 1999, Exp. 3.939, y Auto de 19 de diciembre de 2005, Exp. 25000-23-24-000-2004-00944-01; Sección Tercera: Sentencia de 9 de agosto de 1991, expediente núm. 5934, Auto de 7 de marzo de 2002, Exp. 25000-23-26-000-1999-2525-01(18051), Auto de 5 de abril de 2001, Exp. 17.872. Y Sala Plena de la Corporación providencias de 31 de marzo de 1998, Exps: C-381 y C- 387.

*una conciliación judicial debidamente aprobada, como sucede en este caso, no son actos administrativos definitivos”.*³⁷

En ese orden de ideas, la naturaleza de la actuación seguida por parte del INVIAS para pagar las 147 cuentas de cobro, así como los pagos mismos, no constituyen actos administrativos sino simples actos de ejecución de los cuales no se pueden predicar los efectos que reclama el demandante en materia de *“firmeza de los actos administrativos, agotamiento de la vía gubernativa y las causales de revocación directa de los actos administrativos”*, comprendidas en los artículos 62, 63 y 64 del Código Contencioso Administrativo³⁸. Por tal razón, no es posible concluir, como lo hace el *a quo*, que las resoluciones demandadas hubieren sido una decisión encaminada a revocar actos administrativos en firme, para cuyo propósito era necesaria la autorización previa, expresa y escrita de CONIC, en condición de particular beneficiario de los efectos de los mismos.

De conformidad con lo anterior, la Sala se aparta de la conclusión sobre la cual fundamentó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, no obstante lo cual, en consideración a los argumentos que se exponen a continuación, los cuales fueron materia de la *causa petendi*, la Sala continuará con el análisis de la legalidad de la Resolución 6465 del 31 de octubre de 1995 y de la Resolución 922 del 16 de febrero de 1996.

7.2. Falta de competencia para la expedición de los actos demandados.

El actor señaló en la demanda que con la expedición de las resoluciones referidas se habían vulnerado los artículos constitucionales referidos al ejercicio de las funciones atribuidas a las autoridades del Estado, artículos 121 y 122, así como también las normas especiales que reglamentan las funciones del Director

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de julio de 2009, Radicación No. 17.367, Actor: Luis Héctor Solarte, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa

³⁸ *Artículo 62.- Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:*

1. *Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.*
2. *Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.*
3. *Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.*
4. *Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.*

Artículo 63.- Agotamiento de la vía gubernativa. El agotamiento de la vía gubernativa acontecerá en los casos previstos en los numerales 1º y 2º del artículo anterior, y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja.

Artículo 64.- Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firma al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.

General del INVIAS, artículos 54 y 60 del Decreto 2171 de 1992 y artículo 15 del Acuerdo 089 de 1994, puesto que el referido funcionario no tenía competencia específica para la expedición de los actos demandados.

7.2.1. Normatividad supuestamente vulnerada

Las normas invocadas por parte de CONIC comprenden los siguientes textos:

Constitución Política:

“Artículo 121.- Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.”

*“Artículo 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.
(...)”*

Decreto 2171 de 1992:

“Artículo 54. Funciones del Instituto Nacional de Vías. Para el cumplimiento de sus objetivos el Instituto Nacional de Vías desarrollará las siguientes funciones generales:

- 1. Ejecutar la política del Gobierno Nacional en relación con la infraestructura vial de su competencia, de conformidad con los lineamientos establecidos por el Ministerio de Transporte.*
- 2. Elaborar conjuntamente con el Ministerio de Transporte los planes, programas y proyectos tendientes a la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencias, y demás obras que requiera la infraestructura vial de su competencia.*
- 3. Coordinar con el Ministerio de Transporte la ejecución de los planes y programas de su competencia.*
- 4. Dos delegados del Presidente de la República. (sic)*
- 5. Asesorar y prestar apoyo técnico a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados encargados de la construcción, mantenimiento y atención de emergencias en sus infraestructuras viales, cuando ellas lo soliciten.*
- 6. Recaudar los peajes y demás cobros sobre el uso de la infraestructura vial de su competencia, exceptuando las carreteras, puentes y túneles entregados en concesión, de conformidad con los respectivos contratos.*
- 7. Celebrar todo tipo de negocios, contratos y convenios que se requieran para el cumplimiento de su objetivo.*
- 8. Elaborar conforme a los planes del sector la programación de compra de terrenos y adquirir los que se consideren prioritarios para el cumplimiento de sus objetivos.*
- 9. Adelantar, directamente o mediante contratación, los estudios pertinentes para determinar los proyectos que causen la contribución nacional por valorización en relación con la infraestructura vial de su competencia,*

revisarlos y emitir concepto para su presentación al Ministro de Transporte, de conformidad con la ley.

10. Dirigir y supervisar la elaboración de los proyectos para el análisis, liquidación, distribución y cobro de la contribución nacional de valorización, causada por la construcción y mejoramiento de la infraestructura de transporte de su competencia.

11. Prestar asesoría en materia de valorización, a los entes territoriales y entidades del Estado que lo requieran.

12. Proponer los cambios que considere convenientes para mejorar la gestión administrativa.

13. Definir las características técnicas de la demarcación y señalización de la infraestructura de transporte de su competencia, así como las normas que deberán aplicarse para su uso.

14. Administrar y conservar, bien sea directamente o mediante contratación, los monumentos nacionales cuando no estén a cargo de otras dependencias.”

Artículo 60. Despacho del Director General. Son funciones del despacho del Director General, las siguientes:

1. Dirigir, orientar, coordinar, vigilar y ejecutar las funciones que le son asignadas de manera general al Instituto en este Decreto y en la Ley.

2. Dirigir, coordinar y vigilar la gestión de todas las dependencias del Instituto.

3. Dirigir y orientar la formulación de los planes, programas y proyectos del Instituto, en coordinación con la Oficina de Planeación del Ministerio de Transporte.

4. Suscribir a nombre del Instituto los contratos relativos a asuntos propios de conformidad con la ley y con las normas vigentes.

5. Ser ordenador del gasto del Instituto y delegar esta función de conformidad con lo establecido por la Junta Directiva.

6. Vigilar la ejecución del presupuesto correspondiente al Instituto. Revisar y aprobar las solicitudes que se envíen a la Dirección General del Presupuesto para los acuerdos mensuales de ordenación de gastos.

7. Declarar las emergencias en las vías nacionales.

8. Ejecutar los planes, programas y proyectos elaborados para el cumplimiento de los objetivos del Instituto.

9. Revisar y aprobar los anteproyectos de presupuesto de inversión y de funcionamiento, incluyendo los recursos del crédito público interno y externo que se contemplen para el Instituto.

10. Las demás que le sean asignadas por la ley y los estatutos.”

Acuerdo 089 de la Junta Directiva del INVIAS, aprobado por el Decreto 288 de 1995:

“Artículo 16. Funciones. El Director General del Instituto tendrá las siguientes funciones:

1. Llevar la representación legal del Instituto en todos los actos, contratos, negociaciones, actuaciones y gestiones.

2. Dirigir, orientar, coordinar, vigilar, y ejecutar las funciones que le sean asignadas de manera general al Instituto en el decreto 2171 del 30 de Diciembre de 1992 y en la ley.

3. Declarar las emergencias en las carreteras nacionales.

4. *Dirigir, coordinar y vigilar la gestión de todas las dependencias del Instituto.*
5. *Dirigir y orientar la formulación de los planes, programas y proyectos del instituto, en coordinación con la Oficina de Planeación del Ministerio de Transporte.*
6. *Ordenar el gasto del Instituto y delegar esta función de conformidad con las disposiciones legales vigentes.*
7. *Proponer a la Junta Directiva la estructura interna y la organización administrativa que debe tener el Instituto y los sistemas de administración de personal, de conformidad con las disposiciones legales vigentes sobre la materia.*
8. *Presentar para aprobación de la Junta Directiva los diversos planes y programas del Instituto, y una vez aprobados, dirigir y coordinar su ejecución.*
9. *Someter a la aprobación de la Junta Directiva el proyecto de presupuesto, las propuestas para abrir créditos y contracréditos, y efectuar traslados presupuestales, el balance anual y los estados financieros y las sugerencias que estime conveniente para el buen funcionamiento del Instituto.*
10. *Vigilar la ejecución del presupuesto correspondiente al Instituto; revisar y aprobar las solicitudes que se envíen a la Dirección General del Presupuesto para los acuerdos mensuales de ordenación del gasto.*
11. *Expedir los manuales de procedimiento que requieran las diversas dependencias del Instituto, a fin de lograr la celeridad y eficacia en la prestación de servicios.*
12. *Expedir el manual descriptivo de funciones y requisitos de los empleos del Instituto, y someterlo a refrendación del Departamento Administrativo de la Función Pública.*
13. *Ejecutar los planes, programas y proyectos elaborados para el cumplimiento de los objetivos del Instituto.*
14. *Revisar y aprobar los anteproyectos de presupuesto de inversión y de funcionamiento, incluyendo los recursos del crédito público interno y externo que se contemplen para el Instituto.*
15. *Proponer a la Junta Directiva los proyectos cuya construcción o mantenimiento causen contribución de valorización o tasa de peaje y presentarlos a consideración del Ministerio de Transporte.*
16. *Elaborar el Proyecto de Estatutos y sus reformas y someterlo para su adopción a la Junta Directiva.*
17. *Dictar los actos, adjudicar y celebrar los contratos que requiera el Instituto para el desarrollo de sus objetivos y fines de conformidad con la ley y demás normas vigentes.*
18. *Administrar los bienes que constituyan el patrimonio del Instituto.*
19. *Ejecutar las disposiciones y los acuerdos de la Junta Directiva.*
20. *Constituir mandatarios y apoderados que representen al Instituto en asuntos judiciales y extrajudiciales.*
21. *Establecer un sistema de control interno de acuerdo a la misión y naturaleza institucional.*
22. *Nombrar, dar posesión, remover y promover, de acuerdo con las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias pertinentes, el personal del Instituto y ejercer las funciones relacionadas con la administración de personal.*
23. *Organizar el área de procesamiento tecnopolítico, la cual estará integrada por los funcionarios y cumplirá las funciones que mediante resolución determine.*

24. *Crear y organizar, mediante resolución los grupos de trabajo que sean necesarios, a fin de racionalizar el trabajo y garantizar la ejecución de las funciones, planes y programas del Instituto.*
 25. *Expedir el reglamento interno de Trabajo, conforme a las disposiciones legales vigentes.*
 26. *Cumplir y hacer cumplir los estatutos de la Entidad.*
 27. *Preparar los pliegos de condiciones y los términos de referencia cuando se requiera la contratación de actividades o servicios relacionados con su área y evaluar las propuestas.*
 28. *Elaborar los contratos que deba celebrar el Instituto relacionados con la dependencia y una vez ejecutados, efectuar su liquidación en coordinación con la Oficina Jurídica.*
 29. *Las demás que señalen las disposiciones legales vigentes, la Junta Directiva y todas aquellas funciones que se relacionen con la organización y funcionamiento del Instituto y no estén expresamente atribuidas a otra autoridad.*
- Parágrafo 1° Salvo las excepciones legales, el Director General podrá delegar en el personal del Instituto el ejercicio de alguna o algunas de las funciones señaladas en este artículo, previa autorización de la Junta Directiva.*
- Parágrafo 2° los actos o decisiones del Director General se denominarán Resoluciones, las cuales se numerarán sucesivamente con indicación del día, mes y año en que se expidan y su conservación y custodia estarán a cargo de la secretaría General Administrativa.”*

7.2.2. El ejercicio de potestades administrativas exige de una norma expresa que las consagre y de un debido proceso administrativo.

La Sala observa claramente que dentro de las normas transcritas no se encuentra el supuesto normativo que pudiera haber servido de sustento para la actuación adelantada por el Director General del INVIAS, consistente en la expedición de las resoluciones mencionadas. En efecto, el funcionario referido no tenía competencia para ordenar la restitución de las sumas que, de acuerdo con la opinión de la entidad, había pagado de más a CONIC.

El principio de legalidad en la actuación de las Ramas del Poder Público encuentra indiscutible y acendrado fundamento en los Estados democráticos desde la modernidad y en tal condición impone a los funcionarios de la Administración la sujeción a la Constitución y a las leyes en sus actuaciones. La condición exorbitante de los poderes del Estado en relación con su actuación frente a los particulares es algo que demanda de la legalidad, para su legitimidad. El apego y obediencia a las leyes, el desarrollo de las competencias que éstas de manera expresa conceden a los funcionarios constituye, de principio a fin, una de las bases de la obligación que tienen los ciudadanos de obedecer lo que éstos ordenan.

De conformidad con lo anterior, cuando quiera que una entidad estatal pretenda imponer el pago de una suma de dinero a cargo de un particular, deberá existir en la normatividad la tipificación legal que le permita proceder en tal sentido, so pena de sufrir la sanción judicial por la ilegalidad de su proceder. En ese orden de ideas y sólo para exponer dos casos paradigmáticos, han sido las normas legales las que han conferido a las entidades estatales la facultad de proceder con el cobro coactivo de las deudas existentes a su favor, entre otras normas, en el artículo 5 de la ley 1066 de 2006³⁹; y también ha sido la norma legal, en el caso del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007⁴⁰, la fuente para la atribución a las entidades estatales de la facultad para imponer las multas que hayan sido pactadas contractualmente, como medio de conminación al cumplimiento de las obligaciones del contratista.

Es bueno advertir que en las normas referidas se atribuye expresamente a las entidades del Estado la competencia para proceder con los cobros referidos, pero también se indica, de manera inequívoca, que hay un debido proceso que debe seguirse frente al particular. Es decir, la facultad unilateral que se viene refiriendo demanda para su ejecución tanto de la consagración legal respectiva como del respeto por los derechos de los particulares y de ello se sigue que deba observarse siempre un procedimiento justo, en el cual quienes reciben la coerción de la Administración puedan presentar los argumentos para la defensa de sus intereses. El artículo 29 de la Constitución Política indica que: “[E]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, disposición ésta que en lo que al procedimiento administrativo corresponde, encuentra desarrollo específico en el Código Contencioso Administrativo y que ha sido descrito por la Sección Tercera en los siguientes términos:

³⁹ “Artículo 5°. Facultad de cobro coactivo y procedimiento para las entidades públicas. Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.

⁴⁰ “Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.”

“La primera parte del Código Contencioso Administrativo, establece las reglas generales de la actuación administrativa, es decir el procedimiento administrativo que en general las autoridades estatales -y los particulares que ejerzan funciones administrativas-, en defecto de un procedimiento especial establecido por el legislador, deben seguir cuando se proponen expedir un acto administrativo, procedimiento que contiene los requisitos mínimos de un trámite que resulta sencillo y relativamente descomplicado, en consideración a que en él, cuando apunta a la expedición de un acto administrativo de carácter particular y concreto, pueden participar todos los administrados que de una u otra forma resultarán afectados con las decisiones administrativas sujetas a dicha regulación procedimental, de modo que se debe facilitar su acceso a las actuaciones de la Administración. La exigencia de formalidades en la toma de decisiones por parte de la Administración Pública, obedece a la necesidad de rodear de seguridad tanto al administrado como a la propia Administración, en la medida en que: De un lado, se garantiza al primero que la autoridad estatal que actúa en ejercicio de la función administrativa, seguirá un trámite objetivamente dispuesto para esa clase de actuación, que impedirá arbitrariedades de su parte a la hora de tomar una decisión que pueda afectar al particular, permitiéndole a su vez a éste, participar activamente y ejercer los derechos a ser oído y de defensa y contradicción, antes de resolver. Y de otro lado, se le brinda así mismo a la Administración, un sendero claro y concreto a seguir, que le permita actuar de manera eficaz y eficiente, evitando dudas, demoras, contradicciones y dilaciones, provenientes de la incertidumbre respecto de su actuación y la forma como la misma debe ser adelantada, es decir que se le otorga certeza a la misma. Observa la Sala en este punto, que la existencia de un procedimiento previo, enderezado a la expedición de un acto administrativo, se ha entendido tradicionalmente como propia y necesaria para las decisiones que se dirigen a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, es decir, con efectos que recaen sobre intereses o derechos individuales, personales, particulares, de manera directa; y es por ello que aún en el ámbito de la actuación administrativa, resulta aplicable el principio constitucional del debido proceso (art. 29), que implica para las autoridades el deber de obrar en virtud de competencias legalmente otorgadas, conforme a leyes preexistentes, y con la plenitud de las formas propias de cada procedimiento, con miras a garantizar a los destinatarios de sus decisiones el derecho de audiencia y de defensa, mediante la posibilidad de participar en las actuaciones previas a la expedición de la respectiva decisión, permitiéndoles aportar y controvertir pruebas y hacer las manifestaciones que consideren necesarias para la correcta formación del juicio de la Administración antes de decidir.”⁴¹

7.2.3. Privilegio de decisión previa de la Administración.

Habida cuenta de la existencia del Privilegio de decisión previa de la Administración para proceder de manera unilateral en ciertos casos sin necesidad

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de mayo de 2009, Radicación No. 27832, Actor: Consuelo Acuña Traslaviña, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra

de tener que acudir ante el juez para que defina una determinada situación y de la hipótesis que respecto de su aplicación al presente podría elaborarse, la Sala considera necesario advertir que un planteamiento en tal sentido está llamado a fracasar en el *sub judice*, puesto que ante la falta de una normatividad expresa que autorice al INVIAS para ordenar a CONIC la restitución de la suma supuestamente pagada en exceso y en consideración a la naturaleza misma del asunto, se configuran todos los elementos que hacen necesario el pronunciamiento judicial para obtener el reintegro querido por la entidad estatal, en la medida en que el ejercicio de dicho privilegio exige como presupuesto fundamental e indispensable la existencia o consagración de la competencia respectiva que sirva de fundamento a la correspondiente actuación administrativa.

7.2.4. Pago de lo no debido

Con el propósito de ubicar el supuesto de hecho dentro de las categorías legales, oportuno resulta recurrir a las fuentes clásicas de las obligaciones, comprendidas en el artículo 1494 del Código Civil⁴², disposición en la cual junto al contrato, al hecho ilícito y a la ley, se incorporan los cuasicontratos:

“Artículo 2302.- Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato (...).”

“Artículo 2303.- Hay tres principales cuasicontratos: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido, y la comunidad.”

La Sala considera que en el supuesto caso en que el INVIAS estuviere en lo cierto y hubiere pagado una suma adicional a la que adeudaba a CONIC por concepto del fallo judicial antes referido, el asunto vendría tipificado como el pago de lo no debido en los términos contemplados en el artículo 2313 del mismo Código Civil, así:

⁴² “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia

“Artículo 2313.- Si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado.”

Como se desprende de la norma legal transcrita, para obtener el reintegro de la suma respectiva resulta necesario que quien afirma haber pagado sin deber, pruebe su aserto, es decir, que éste último asuma la carga de la prueba dentro del correspondiente proceso contencioso y que haya lugar al ejercicio pleno del principio de contradicción. En los artículos siguientes del Código Civil se analiza con puntualidad esta fuente de las obligaciones:

“Artículo 2316.- Si el demandado confiesa el pago, el demandante debe probar que no era debido.

Si el demandado niega el pago, toca al demandante probarlo; y probado, se presumirá indebido.”

Artículo 2317.- Del que da lo que no debe no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho.

Artículo 2318.- El que ha recibido dinero o cosa fungible que no se le debía, es obligado a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad. Si ha recibido de mala fe debe también los intereses corrientes.

Artículo 2319.- El que ha recibido de buena fe no es responsable de los deterioros o pérdidas de la especie que le dio en el falso concepto de debersele, aunque hayan sobrevenido por negligencia suya; salvo en cuanto le hayan hecho más rico.

Pero desde que sabe que la cosa fue pagada indebidamente, contrae todas las obligaciones del poseedor de mala fe.”

De lo anterior resulta diáfano que en todos aquellos casos en los cuales la Administración advierta que ha realizado un pago de lo no debido deberá proceder a la obtención de la declaración judicial correspondiente, previa aportación de las pruebas al proceso respectivo, puesto que la simple aseveración de que tal evento ha ocurrido no encuentra en norma alguna, de índole administrativa o civil, el sustento que le permita expedir un acto mediante el cual pueda ordenar de manera unilateral y con fuerza vinculante el reintegro de las sumas de dinero que supuestamente hubiere pagado en exceso.

7.2.5. Conclusión

En ese orden de ideas, en consonancia con los hechos y pretensiones de la demanda, la Sala encuentra que el Director General del INVIAS no tenía competencia legal para proferir la Resolución y, por tal razón, se confirmará en la

parte resolutive de esta providencia la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados en atención a lo prescrito por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo⁴³.

8. Condena a favor de CONIC de la suma señalada por los peritos

En relación con la apelación presentada por la demandante para que se condene al INVIAS a pagar, en los términos dispuestos en el dictamen pericial, una suma adicional de cuarenta mil millones de pesos, aproximadamente, la Sala denegará la petición correspondiente, dado que no hace parte de los hechos y pretensiones de la demanda.

No se puede vulnerar el principio de congruencia que informa a todo proceso judicial y, en consecuencia, no es posible obtener la declaración y condena pedidas tardíamente por CONIC en la apelación de la sentencia, puesto que la misma está en contravía del *petitum* que la parte demandante limitó claramente en libelo introductorio a la declaración de nulidad de las resoluciones y a la declaración consecencial contentiva de su restablecimiento del derecho que le fue conculcado, consistente en precisar que no tenía obligación de restituir la suma \$4.755'906.561.60. En ningún momento hizo parte de la litis la reclamación de valores pecuniarios adicionales.

Tan claro es lo concluido por la Sala, incluso para CONIC, que dentro del escrito de apelación y en los alegatos de conclusión de segunda instancia señala que se le debería restablecer el derecho al demandante con esa suma dentro de este proceso *“por simple economía procesal”*.

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

⁴³ “Artículo 84.- Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidas por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. (...)”

DECIDE:

PRIMERO: DENIÉGASE la objeción por error grave propuesta por la entidad demandada al dictamen pericial practicado en el proceso; en lo demás,

SEGUNDO: CONFÍRMASE la sentencia del 15 de abril de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera - Subsección "B", con fundamento en los argumentos expuestos en la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR