**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - Ley vigente**

La Sala observa que la demanda se presentó oportunamente, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 528 de 1964, vigente para la época de celebración y terminación del contrato, toda vez que la oportunidad en la referida presentación de la demanda corresponde a un supuesto procesal y -*en atención a la naturaleza del requisito*- se le aplica la ley vigente al momento en que empezó a correr el término correspondiente, en este caso el de la prescripción ordinaria de 20 años derivada del Código Civil, tal como fue modificada por la Ley 50 de 1936.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - Normas - Naturaleza jurídica**

Las normas relativas a la caducidad de la acción son de naturaleza procesal, pese a que tienen un trasfondo sustancial, porque limitan en el tiempo el ejercicio del derecho público de acción, por consiguiente, los límites objetivo - temporales que extinguen con el paso del tiempo la posibilidad de poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional se encuentran supeditados a la normatividad imperante al momento en que acontece el supuesto que permite acudir a la jurisdicción, en procura de la protección o de la satisfacción del derecho subjetivo conculcado, de manera que la inactividad del administrado, por el período determinado en la ley, genera inexorablemente la caducidad de la acción. Tal planteamiento se acompasa con lo previsto por los artículos 38 y 40 de la Ley 153 de 1887.

**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Por pasiva**

Se agrega a lo anterior que al Instituto Nacional de Vías se le asignó la función general de celebrar los contratos, de acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2171 de 1992, de manera que, por tratarse de la misma entidad que fue reestructurada, no es válida la diferenciación que propone el Invías entre los contratos vigentes y los celebrados por esa misma entidad, pero que habían terminado antes del decreto de reestructuración de funciones.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Procedencia -** **Daño**

La Sala observa que, aunque en la demanda no se hubiera citado dicho artículo del CCA, la “actio in rem verso” o acción de enriquecimiento sin causa que se alegó por la parte demandante correspondió en este caso a una pretensión contractual, en tanto estaba referida a un supuesto enriquecimiento injusto por el incumplimiento y el desequilibrio económico del contrato. En ambos casos planteados en la demanda, la fuente del daño es de carácter contractual, toda vez que se refiere a las prestaciones ocurridas en desarrollo de un contrato

**INTERESES MORATORIOS -** **Tasa**

(…) de acuerdo con el numeral 2 de la misma norma, se considera que el interés moratorio, por tener carácter sancionatorio, debe ser liquidado con la tasa de mora vigente al momento de su causación, es decir, de acuerdo con la que haya regido para cada período de tiempo, con base en las certificaciones de la Superintendencia Financiera de Colombia, antes Superintendencia Bancaria, en el caso de que el cobro de tales intereses resulte aplicable de conformidad con la fuente de la obligación correspondiente.

**INTERESES MORATORIOS - Liquidación - Decreto 222 de 1983 - Código de comercio - Reglas - Superintendencia Financiera de Colombia - Certificación**

En ese contexto, los intereses moratorios en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 -entre el 3 de febrero de 1983 y el 31 de diciembre de 1993- para aquellos contratos que se rigieron por el mencionado Decreto-ley o por el derecho privado, -frente a comerciantes- se liquidan, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, a la tasa máxima que se podía cobrar en Colombia en cada período de tiempo, siguiendo las reglas del artículo 884 del Código de Comercio y la correspondiente certificación de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia.

**INTERESES MORATORIOS - Ley 80 de 1993 - Código de comercio -** **Aplicación supletiva**

La Ley 80 de 1993, cuya mayoría de artículos entró a regir el 1o de enero de 1994, consagró la aplicación supletiva del Código de Comercio, pero en materia de intereses de mora adoptó el sistema de la tasa nominal partiendo del 6% señalado en el artículo 1617 del Código Civil.

**INTERESES MORATORIOS - Contratación pública - Aplicación**

De acuerdo con la jurisprudencia que se ha citado, en vigencia del Decreto-ley 150 de 1976 se aplicó el interés del 6% más la actualización con el IPC, este último indicador, si no se hubiere pactado otro índice de ajuste, y bajo el Decreto-ley 222 de 1983 se liquidan los intereses a la tasa máxima legal permitida para cada período de mora, de acuerdo con el artículo 884 del Código de Comercio. (…) Con el fin de concluir este punto se debe precisar que la jurisprudencia antedicha no se ha referido a la tasa de interés para calcular el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en el caso de los desfases de los flujos financieros, aspecto que no ha merecido mayores desarrollos sobre el asunto de los intereses al que se hace referencia en este proceso, dado que algunas de las pretensiones de la demanda -y de los argumentos de la apelación- se refieren al desequilibrio económico que se habría presentado en el contrato y a la supuesta violación de la equivalencia entre la tasa de interés del anticipo y la que se impuso en la sentencia de primera instancia para liquidar los perjuicios a cargo de la entidad pública.

**CONTRATISTA - Facturas - Presentación extemporánea - Imputable al contratista - Ajuste de precios - Intereses moratorios - Improcedencia**

Se reitera que la tasa de interés prevista en el Código Civil opera de manera supletiva, es decir, a falta de ley especial o de otro pacto entre las partes (…) la Subsección A de la Sección Tercera ha sido reiterativa en advertir que la demora en la presentación de las cuentas o de las facturas, si se presenta por una conducta atribuible al contratista, no puede obrar en perjuicio del Estado , es decir, que no proceden las pretensiones para que se reconozcan ajustes de precios o intereses de mora respecto de actas, facturas o cuentas de cobro, cuando estas son presentadas de manera extemporánea por hechos imputables al contratista. Las condenas en dichos eventos se han impuesto sobre el valor nominal del capital o del acta, actualizado, sin intereses de mora ni ajustes de precios sobre el período de la extemporaneidad, toda vez que el acreedor no puede invocar su propia demora para derivar el reconocimiento de un perjuicio.

**FACTURA - Contenido -** **Clasificación**

Para finalizar este acápite es necesario llamar la atención sobre los distintos conceptos que se incorporan en el valor del acta y de la factura en su caso, por cuanto: i) los ajustes e intereses no pueden acumularse con los intereses calculados a la tasa máxima legal permitida y ii) el monto de anticipo compensado debe deducirse para establecer la base del cálculo de intereses, dado que este último valor realmente no se encuentra en mora.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO -** **Decreto Ley 150 de 1976**

Por ello, se reitera que no era aceptable el supuesto de liquidar perjuicios por el solo hecho del plazo transcurrido entre la fecha en que se firmó el contrato y aquella en que firmó el acta de inicio, toda vez que la entidad contratante debía esperar a que se le certificara el registro presupuestal.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Efectos - Precio**

Por ello, advirtiendo que en este proceso no se desvirtuó lo que indican esos informes y documentos, se concluye que no se presentó el incumplimiento en la fijación de nuevos precios y el pago de las cantidades correspondientes, contrario a lo que asumió el Tribunal a quo, puesto que no se acreditaron nuevas cantidades de obra ni se reclasificaron las referidas como material de roca.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

**Radicación número: 13-001-23-31-004-2001-00696-01(59676)**

**Actor: BOTERO AGUILAR Y CÍA S.A. Y OTROS**

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

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (SENTENCIA)**

***Temas:*** *CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN – Contrato celebrado en vigencia del Decreto-ley 150 de 1976 - aplica el término de prescripción de 20 años de acuerdo con el Decreto ley 528 de 1964, norma vigente a la fecha en que empezó a correr el término para definir la oportunidad de la demanda. /**ACCIÓN CONTRACTUAL - la “actio in rem verso”, que se planteó en la demanda correspondió en este caso a una pretensión contractual / INTERESES – Reglas de interpretación del contrato y tasa de interés aplicable - régimen legal - imputación de los pagos -primero a intereses y luego a capital-, no era aplicable el artículo 1653 del Código Civil, teniendo en cuenta que, una vez recibidos los valores indicados en las actas de obra, el contratista continuó presentando otras actas de obra y recibiendo pagos sin reclamar la supuesta acreencia / ARTICULO 885 C.CO. no se dan los supuestos del plazo vencido para causar intereses de mora en el evento de la falta de entrega a satisfacción o de la existencia de las glosas o rechazos de la cuenta / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – los documentos de la liquidación prueban el saldo final de la ejecución / ANTICIPO – compensación / DECISIÓN- revoca condena.*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 24 de noviembre de 2016, Sala de Decisión No. 5 del sistema escritural en descongestión, mediante la cual se dispuso (se transcribe de forma literal):

*“PRIMERO: Declarar no probada la excepción de falta de legitimación por pasiva y la de compensación propuestas por el apoderado del demandado Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.*

*“SEGUNDO: Declárase que el FONDO VIAL NACIONAL hoy Instituto Nacional de Vías, incumplió las obligaciones surgidas del Contrato de obra pública No. 368[[1]](#footnote-1) de 1976 y sus adicionales, celebrado con el Consorcio Botero Aguilar y Cía S.A. – CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS CONTRATISTAS CONIC S.A. cuyo objeto consistía en ejecutar para el antiguo FONDO VIAL NACIONAL, a precios unitarios fijos y en los términos que señaló el contrato todas las obras necesarias para la construcción y pavimentación del sector Tierrabaja – Arroyo de Piedra de la Carretera Cartagena – Barranquilla del K.7 al K.19 + 000 de acuerdo con los planos y especificaciones suministradas por el FONDO VIAL bajo las condiciones estipuladas en el presente contrato, y con lo cual ocasionó el rompimiento del equilibrio financiero del mismo, por las razones explicadas en la parte motiva de esta providencia.*

*“TERCERO: En consecuencia, se condena al FONDO VIAL NACIONAL hoy Instituto Nacional de Vías – INVÍAS a pagar al Consorcio Botero Aguilar y Cía S.A, - CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS CONTRATISTAS CONIC S.A. por concepto de perjuicios materiales causados, la suma total de SEIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA MILLONES DOSCIENTOS SETENTA MIL CUATROCIENTOS VEINTE Y NUEVE PESOS, que resulta de los siguientes: (…)*[[2]](#footnote-2)*.*

*“TERCERO[[3]](#footnote-3): Declarar judicialmente liquidado el contrato de obra pública No. 358 de abril de 1976 y sus adicionales, celebrado entre el FONDO VIAL NACIONAL, hoy Instituto Nacional de Vías y el Consorcio BOTERO AGUILAR Y CIA S.A. – CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS CONTRATISTAS CONIC S.A. de acuerdo con los lineamientos expuestos en esta providencia*

*“CUARTO: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda, también por las razones expuestas en la parte considerativa”.*

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. Síntesis del caso**

Entre el Fondo Vial Nacional – hoy Invías- y las sociedades Botero Aguilar y Cía S.A. y el Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas Conic S.A.[[4]](#footnote-4) se celebró el contrato de obra No. 358-76; las contratistas consideran que se configuró un enriquecimiento injusto del Invías y el desequilibrio económico del contrato, como consecuencia de la mayor permanencia en obra, costos no reconocidos debido a la errónea clasificación de las excavaciones, falta de fijación de nuevos precios y no pago de intereses de mora sobre las actas de avance de obra.

La parte actora advirtió que se encontraba en plazo para interponer la demanda, por cuanto no había transcurrido la prescripción de 20 años, regulada en el Código Civil.

En la sentencia de primera instancia se liquidaron perjuicios por el valor de las cantidades ejecutadas por encima de las presupuestadas y se reconocieron intereses de mora en el pago de actas a la tasa máxima legal permitida. El Invías apeló alegando que se han debido analizar las pruebas sobre las cantidades de obra establecidas en el acta final y que la liquidación de la condena, bajo las fórmulas adoptadas por el Tribunal *a quo*, resultaba desproporcionada.

**2. La demanda**

Mediante demanda presentada el 30 de abril de 2001[[5]](#footnote-5), las sociedades Botero Aguilar y Cía S.A. y el Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas Conic S.A. solicitaron las siguientes declaraciones y condenas contra el Instituto Nacional de Vías - Invías[[6]](#footnote-6) (se transcriben de forma literal):

 *“PRIMERA: Que se declare que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS anteriormente FONDO VIAL NACIONAL, se enriqueció injustamente en empobrecimiento correlativo de los patrimonios económicos de las firmas BOTERO AGUILAR & CIA S.A. y el CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS CONTRATISTAS – CONIC S.A. en la suma de CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA MIL OCHOCIENTOS DIECISÉIS PESOS ($162’990,816,oo) M/cte, sufriendo así un desequilibrio económico por los perjuicios ocasionados durante la ejecución del contrato No. 358 de 1976 y sus contratos adicionales, valor que se determina a origen del contrato y*

*“El valor anteriormente indicado se discriminará así: (…).*

*“SEGUNDA: Que como consecuencia de tal declaración y a título de indemnización se le condene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a reconocer y pagar a BOTERO AGUILAR & CIA S.A. y al CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS CONTRATISTAS – CONIC S.A. la suma de CIENTO SETENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA MIL OCHOCIENTOS DIECISÉIS PESOS ($162’990.816,oo) o en las cuantías que se determinen dentro del proceso a título de año emergente.*

*“TERCERA: Que se condene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a pagar a favor de mis mandantes la actualización del valor anteriormente indicado desde el veintinueve de 29 de abril de 1976 (fecha de cierre de la licitación), hasta la fecha en la cual se efectúe el pago, junto con los intereses causados dentro del plazo acordado, según lo preceptuado en el artículo 884 del Código de Comercio, de acuerdo con la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria, a título de lucro cesante.*

*“CUARTA O PRIMERA SUBSIDIARIA (…) se condene al Instituto Nacional de Vías al reconocimiento y pago de los intereses previstos en el artículo 4, numeral 8, de la Ley 80 de 1993.*

*“QUINTA O SEGUNDA SUBSIDIARIA: Que en el evento que se considere no probadas las sumas de dinero anteriormente indicadas, la condena se profiera en abstracto, (…)”.*

*“SEXTA: Sobre las sumas de dinero que se establezcan en la sentencia (…) el pago de intereses de que trata el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo en armonía con lo dispuesto por los artículos 176 y 178 ibídem”[[7]](#footnote-7).*

**3. Los hechos**

La parte actora narró los siguientes hechos:

**3.1.** El 29 de noviembre de 1976 el antiguo Fondo Vial Nacional –*hoy Invías*- celebró con las demandantes el Contrato No. 358-76, cuyo objeto era la construcción y pavimentación de la vía ubicada en el sector Tierrabaja – Arroyo de Piedra en la carretera Cartagena – Barranquilla.

**3.2.** Las obras solo se iniciaron el 4 de agosto de 1978, casi dos años después, por cuanto se debió esperar a obtener la correspondiente reserva presupuestal.

**3.3.** El plazo acordado fue de 24 meses, pero, posteriormente, se suscribieron tres contratos adicionales y, por ello, la terminación final ocurrió el 31 de julio de 1981. En el contrato se indicó como valor total la suma $74’426.400.

**3.4.** El contrato sufrió repetidos atrasos por causas imputables al Fondo Vial Nacional, tales como la falta de recursos presupuestales, la demora en el trámite de definición y aprobación de precios y la negativa del Fondo a pagar gran parte del valor de las obras ejecutadas.

**3.5**. Según afirmó la demandante, a pesar de múltiples requerimientos por parte del contratista, el Fondo Vial Nacional nunca liquidó el contrato.

**3.6.** La parte actora afirmó que se configuró un enriquecimiento injusto del Invías y el empobrecimiento correlativo de las contratistas, como consecuencia de la mayor permanencia de los equipos en la obra, de los gastos de personal y recursos de ejecución, costos por errónea clasificación de las excavaciones, pago de regalías en zona de canteras, falta de fijación de nuevos precios y no pago de intereses de mora sobre las actas de avance de obra.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** El Tribunal Administrativo de Bolívar inadmitió la demanda el 28 de septiembre de 2001, decisión que fue revocada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia de 23 de enero de 2003, en la cual se dispuso admitir la demanda.

Al resolver sobre la oportunidad en la presentación de la demanda, la Sección Tercera del Consejo de Estado estimó aplicable el término de 20 años fijado para la prescripción regulada en el Código Civil, el cual se contaba en este caso a partir del 1º de agosto de 1981[[8]](#footnote-8), de conformidad con el Decreto 528 de 1964[[9]](#footnote-9), vigente para la época de celebración y terminación del contrato[[10]](#footnote-10).

**4.2. Contestación de la demanda**

En la contestación de la demanda, la parte demandada estuvo de acuerdo con algunos de los hechos; sin embargo, observó que el contratista conoció y aceptó los pliegos de condiciones, en los que se indicó que los pagos estarían sujetos a las apropiaciones presupuestales.

Entre las razones de la defensa adujo que no estaba demostrada la cantidad de equipos que utilizó el contratista y agregó que el equipo especializado que relacionó la demandante no era requerido, dado que el cambio de fuentes de materiales estaba previsto en los pliegos de condiciones.

De la misma forma, consideró que la correspondencia relacionada con las supuestas actividades y obras adicionales no constituyó prueba del mayor valor.

Allegó varios documentos de importancia, a saber: el acta de recibo de obra y el acta final de obra de septiembre de 1982[[11]](#footnote-11), suscritas por parte de los ingenieros del distrito de obra, el supervisor y el interventor, esta última contentiva del detalle de las cantidades finales ejecutadas[[12]](#footnote-12) y el acta de liquidación de cuentas de 9 de marzo de 1983, con la certificación suscrita por los jefes de presupuesto y contabilidad del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, en la cual se detallaron las partidas correspondientes a los pagos realizados por cada acta, el saldo final ejecutado y pagado a favor de las contratistas y el valor adeudado por estas por concepto de anticipo[[13]](#footnote-13). Indicó que en dichas actas faltaba la firma de las contratistas, por cuanto no acudieron a suscribirlas.

Invías afirmó que, según los archivos, el Fondo Vial Nacional sí trató de liquidar el contrato con la anuencia de las contratistas; observó que en su momento se realizaron reuniones y los estudios geológicos para la posible reclasificación de materiales solicitada por el representante de las contratistas, pero que no se llegó a un acuerdo sobre ello, lo cual explicó que la parte contratista no hubiera suscrito el acta contentiva de las cifras de liquidación final del contrato; sin embargo, en criterio del Invías, se debe tener en cuenta que, al no acudir a realizar la entrega y no firmar las actas de liquidación final, las contratistas perdieron la oportunidad de dejar las constancias o salvedades en las actas correspondientes[[14]](#footnote-14).

Advirtió que en los precios unitarios pactados estaban incluidos los costos de las labores de manejo de desperdicios y descapote, por lo que no se podían pedir reconocimientos por esas actividades.

Afirmó que, según el acta de recibo final, la parte contratista quedó debiendo al Fondo Vial Nacional la suma de $16’414.492 por la disminución de cantidades de obra que fueron inicialmente pagadas.

Igualmente indicó que la entidad contratante no incurrió en mora, por cuanto pagó las actas de obra presentadas en un término prudencial.

Invocó como excepciones las siguientes: **i)** falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto el Fondo Vial Nacional, entidad que celebró el contrato, dependía del Ministerio de obras Públicas y Transporte y se encuentra liquidado, además de que, por otra parte, el contrato se ejecutó y terminó muchos años antes de que se creara el Instituto Nacional de Vías (Decreto 2171 de 1992); **ii)** falta de relación entre el tipo de proceso y las pretensiones. Indicó que no existe causa jurídica para cobrar intereses ni lucro cesante y que, eventualmente, bajo la figura del enriquecimiento sin causa que se pretendió en la demanda, solo podría reconocerse el daño emergente y **iii)** compensación de conformidad con el acta final de obra de septiembre de 1982.

**4.3.** El Tribunal Administrativo de Bolívar decretó las pruebas solicitadas mediante auto de 31 de agosto de 2004[[15]](#footnote-15).

**4.4.** El dictamen pericial contentivo de la liquidación de perjuicios solicitada por la parte demandante se presentó debidamente complementado y adicionado, el 27 de septiembre de 2006[[16]](#footnote-16).

**4.5.** Estando en curso el proceso, las partes celebraron un compromiso para someter sus diferencias a un tribunal de arbitramento, el cual se instaló el 5 de febrero de 2007 -*habiéndosele remitido las copias del expediente*-; posteriormente se acreditó que dicho Tribunal cesó en funciones al no haberse cumplido con el pago de los honorarios dentro de la oportunidad establecida en ese trámite, según consta en el auto No. 19 contenido en el acta de 25 de agosto de 2008, levantada por el tribunal de arbitramento[[17]](#footnote-17).

**4.6**. Una vez informado de lo anterior, el Tribunal Administrativo de Bolívar, en Sala de descongestión, asumió el conocimiento del proceso mediante auto de 26 de marzo de 2015, declaró cerrado el período probatorio y corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

**4.7.** En esa oportunidad el Ministerio Público presentó su concepto y solicitó denegar las pretensiones de la demanda, por cuanto observó que las pruebas obrantes en el expediente acreditaban que el Fondo Vial Nacional pagó las obras ejecutadas.

**5. La sentencia apelada**

El Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 5 del sistema escritural[[18]](#footnote-18) en descongestión, profirió sentencia el 24 de noviembre de 2016, en la que se declaró el incumplimiento del Contrato No. 358 de 1976, “*con lo cual ocasionó el rompimiento del equilibrio financiero del mismo”* y condenó al Invías a pagar la indemnización de perjuicios por la suma de $6.490’270.429 pesos, discriminada en los siguientes conceptos (se transcribe de forma literal):

*“(…) $35’779.583,00, ya actualizados como indemnización por el desequilibrio económico que ocasionó la entidad demandada por el incumplimiento en el pago oportuno de las actas de entrega de obra No. 6 a la No. 11 y la 17, del Contrato 358 de 1976[[19]](#footnote-19).*

*“(…) $4.660’163.720,45, suma ya actualizada, como indemnización por el desequilibrio económico que ocasionó la entidad demandada por el incumplimiento de fijación de nuevos precios unitarios del ítem excavación en roca[[20]](#footnote-20) que tuvo variación en más de veinte cinco (25%) de su valor inicial.*

*“(…) $1.487.283.529,88, suma ya actualizada, como indemnización por el desequilibrio económico que ocasionó la entidad demandada por el incumplimiento de fijación de nuevos precios unitarios del ítem de acarreo de materiales para terraplenes[[21]](#footnote-21) que tuvo variación en más de veinte cinco (25%) de su valor inicial.*

*“(…) $307’043.597,97 suma ya actualizada, como indemnización por el desequilibrio económico que ocasionó la entidad demandada por el incumplimiento en el pago de 82.090,30 M3/KM de acarreo de materiales para terraplenes[[22]](#footnote-22), adeudados al contratista, que reflejan las preactas de obra desde la 23 hasta la 30 inclusive”[[23]](#footnote-23).*

El Tribunal *a quo* apoyó su decisión en el análisis de las pruebas contenidas en los oficios y la correspondencia entre las partes, el informe de visita presentado el 4 de junio de 1979 y el contenido del acta de la visita de inspección realizada el 21 de abril de 1980 por el Viceministro de Obras Públicas, los interventores y los representantes de la parte contratista, en la cual se evidenció el análisis de las fuentes de materiales, las condiciones de trabajo respecto del precio acordado, la clasificación de las excavaciones y otros aspectos técnicos[[24]](#footnote-24).

Por otra parte, el Tribunal *a quo* denegó la compensación establecida por el perito, que en su entender estaba fundada en la menor cantidad de actividades de extracción de roca que no se incluyeron en las actas 1 a 4 y se acumularon posteriormente en las actas subsiguientes, por considerar en la sentencia que no había lugar a ordenar su pago, en cuanto la reclasificación del material de roca no llegó a aprobarse por la contratante, según se observa en la siguiente conclusión (se transcribe de forma literal):

*“Sin embargo, considera la Sala que esa errónea clasificación que del material de roca* [como si fuera excavación de material común] *que se hizo en el acta final de obra de septiembre de 1981 (sic)[[25]](#footnote-25)´’finalmente no se concretó (….) pues la conclusión del perito no tuvo en cuenta el análisis ahora relacionado por la Sala (…)”.*

El Tribunal *a quo* consideró demostrado el desequilibrio financiero y el incumplimiento del contrato, *“por falta de fijación de nuevos precios”* para las *“mayores cantidades de obra”* con base en el reconocimiento que hizo el ingeniero interventor en el oficio de 30 de junio de 1980, al observar que *“los ítems correspondientes para cumplir esa actividad están pasados en su ejecución en más de un 125%”*[[26]](#footnote-26).

Al exponer la conclusión de su análisis, el Tribunal *a quo* indicó (se transcribe de forma literal):

 *“Esos hechos concretos que produjeron dicho desequilibrio financiero y que fueron demostrados en este asunto por la parte actora, tienen que ver de un lado con el pago extemporáneo hecho al contratista de algunas actas parciales de avance de obras, por otra parte con la falta de pago de mayores cantidades de obras ejecutadas por el contratista en la partida de mayor explanación en los ítems de excavación en roca y de acarreo de materiales para terraplenes, en exceso del 25% de las cantidades iniciales autorizadas, mayores cantidades que pese a que fueron aprobadas o autorizadas por la demandada, no obstante no le fueron fijados nuevos precios unitarios, incumpliendo así la demandada lo dispuesto taxativamente en los pliegos de condiciones en el capítulo de condiciones particulares del contrato, numeral III.2 y en el artículo 1º de la Resolución 10148 de 1973 relativo a las condiciones generales de la contratación del ministerio de obras públicas y transporte y finalmente por la falta de pago de 82.090,30 M3/Km de acarreo de materiales para terraplenes que reflejan las preactas de obra 23 a 30 inclusive”[[27]](#footnote-27).*

En cuanto al valor de los intereses moratorios, la sentencia se apartó de las distintas liquidaciones alternas expuestas en el dictamen pericial y, en su lugar, tuvo en cuenta las tasas moratorias máximas legales vigentes que, en su criterio, debían ser aplicadas en vigencia de la mora ocurrida bajo las reglas de los Decretos leyes 150 de 1976 y 222 de 1983, y el interés del 12% sobre el capital actualizado contenido en la Ley 80 de 1993, de acuerdo con los distintos períodos en que tuvo lugar la mora. La liquidación asumió el orden de imputación de los pagos, primero a intereses y luego a capital, por lo cual, aunque las actas se generaron y pagaron en 1979, se liquidó un saldo que continuaba vencido hasta la fecha de la sentencia.

En la sentencia de primera instancia se indicó que en el contrato no existió plazo para el pago de las actas, pero se aplicó el artículo 855 del C.Co., que se refería al plazo de un mes, una vez presentada la cuenta.

En la partida por concepto de intereses, el Tribunal *a quo* arribó a una condena por $35’776.583.

En cuanto a los perjuicios relacionados con las partidas por mayores cantidades en excavaciones de material para terraplenes, el Tribunal *a quo* se apartó de la liquidación del dictamen, calculó el 25% de 183.298 M3, que corresponde al valor total ejecutado en el ítem correspondiente, dado que –*según indicó*- se encontró demostrada una ejecución del 125% en cantidades. La fórmula utilizada consistió en deducir el citado 25% y aplicar a las cantidades restantes el precio de $135.30 M3 “*propuesto y justificado técnicamente por el contratista”.*

La suma resultante se actualizó hasta la fecha de la sentencia -*24 de noviembre de 2016*-, arribando a un valor de $4.660’163.720,45, calculado con la fórmula tradicional de actualización utilizada por el Consejo de Estado, partiendo en ese caso del IPC inicial de enero de 1979, fecha del acta de modificación No. 2, que seleccionó el Tribunal *a quo* como hito de partida de la indexación, en el entendido de que en ese mes se ajustaron las cantidades de excavación de roca a 50.000 M3.

También, en la partida correspondiente al pago de acarreos de materiales para terraplenes, el Tribunal *a quo* se apartó del dictamen, estableció las cantidades en metros cúbicos por kilómetro, calculó el 25% de 812.258 M3/KM que corresponde al valor total ejecutado en ese ítem, lo restó a las cantidades totales y al resultante le aplicó el precio unitario de $27,00 M3/KM, *“propuesto y justificado técnicamente por el contratista”.*

En dicho ítem, el Tribunal *a quo* arribó a una condena por $307’043.597, tomando el IPC de junio de 1980 como fecha inicial, con base en la época en que se elaboraron las preactas de obra 23 a 30.

Por otra parte, el Tribunal observó que, de acuerdo con el contrato, los precios fueron ajustados en cada acta de obra y que, de conformidad con las pruebas, a la parte contratista le fueron pagadas las *“cantidades de obras de excavación de material inadecuado dentro de la partida existente de excavación de material común”*[[28]](#footnote-28)*,* por lo cual decidió no acceder a las pretensiones sobre esos ítems.

Finalmente, el Tribunal *a quo* rechazó las demás pretensiones de la demanda.

**6. El recurso de apelación**

La parte demandada impugnó la sentencia de primera instancia mediante recurso presentado y sustentado el 24 de enero de 2017[[29]](#footnote-29), en la siguiente forma:

**6.1.** El Contrato de Obra Pública No. 358 de 1976 se terminó el 31 de julio de 1981, antes de la creación del Invías y, por tanto, no pasó a la masa de activos y pasivos del Invías, razón por la que *“no existe nexo causal para legitimarlo como parte pasiva”.*

El Invías expuso que el artículo 62 del Decreto 2171 de 1992, que transformó el Fondo Vial Nacional en el Invías, citado en la sentencia del Tribunal *a quo,* solo aplicó para los contratos *“vigentes”* que correspondieran a su objeto, los cuales se seguirían ejecutando por ese Instituto, por lo que concluyó que la entidad demandada en este proceso “*debió ser el Ministerio de Transporte y no el Invías”*.

**6.2.** En otro punto de la apelación, el Invías se refirió a que las pretensiones de la demanda se fundaron en el enriquecimiento sin causa del contratante sobre la base del empobrecimiento correlativo del contratista, pero no podían prosperar, dado que la parte actora no pidió la declaratoria de existencia del contrato frente al Invías, lo cual era necesario para encausar frente al Invías la pretensión por la acción contractual prevista en el artículo 87 del CCA.

Según se afirmó, el Tribunal *a quo* derivó obligaciones para el Invías sobre un contrato que era inexistente entre los contendientes.

En el mismo sentido, indicó que no era procedente la aplicación del inciso segundo del artículo 60 del CPC, por cuanto el Invías no era un sucesor procesal del Fondo Vial Nacional.

**6.3**. Retraso en impartir las órdenes de iniciación. En su apelación, el Invías indicó que la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta que en el pliego de condiciones estaba advertida la sujeción a las apropiaciones presupuestales y que no podía reconocerse perjuicio por la demora en la iniciación.

**6.4.** Obras ejecutadas al 125%. En este punto de la impugnación, el Invías advirtió que el mayor valor de obra por el 125% debió relacionarse y sustentarse con base en las actas de liquidación del contrato, las cuales no se tuvieron en cuenta.

Agregó que el valor calculado en la sentencia estaba por encima de lo liquidado en dichas actas, por lo cual, en criterio del apelante, si había mayores cantidades, el demandante debió acudir a la acción de reparación directa.

Resaltó que, si hubo obras adicionales, la interventoría no las autorizó y, como consecuencia, fueron adelantadas a riesgo del contratista.

Argumentó que la acción de enriquecimiento sin causa no puede ser utilizada para tapar el error del contratista.

Concluyó que las demandantes eludieron la utilización de la acción contractual y acudieron a la acción *“in rem verso”* para tapar su propio error y entablar una acción secundaria no permitida en estos casos.

**6.5.** Retraso en el pago de las actas de obra. En este ítem de su recurso el Invías indicó que no hubo enriquecimiento sin causa y que -*para juzgar el desequilibrio financiero*- se debió tener en cuenta que el contratista había recibido $14’885.280 como anticipo, equivalente al 20% del valor del contrato que amortizó en *“módicas cuotas de bajo costo, durante todo el tiempo del contrato”* y que el Fondo tuvo retrasos moderados, por razón de los trámites presupuestales.

Invocó la equivalencia de prestaciones prevista en el Código Civil y el equilibrio de esfuerzos que se presenta entre las partes del contrato. Insistió en que la demandante actuó en ejercicio de la *“actio in rem verso”*, en la cual no se pueden cobrar intereses como los liquidados en este caso.

Observó que los pagos probados ascendieron a $132’056.735,22, prácticamente el doble del valor del contrato, por virtud de las actualizaciones de precios que realizó el Fondo en favor de las contratistas.

**6.6.** En cuanto al término para causar la mora, el apelante consideró que el Tribunal *a quo*, al incorporar el plazo para el pago de 30 días *-no pactado por las partes*- *“le generó un desequilibrio al contrato, siendo que en proceso está demostrado que por el contrario,* [el contratista] *obtuvo una utilidad del doble del inicialmente pactado”*.

**6.7.** En su recurso de apelación, el Invías calculó las utilidades que usualmente se tienen en el contrato de obra en un 5% y las aplicó al monto ejecutado en orden a demostrar que en el proceso está acreditado que la parte contratista no se empobreció y que, por el contrario, con la sentencia de primera instancia, a las demandantes “*no solamente se les apareció la virgen sino que se ganaron el baloto”*; observó que las contratistas no estaban *“en punto de no pérdida”* y que ahora, con la sentencia apelada, se encontraron *“en punto de ganancias”*; afirmó que por virtud de la sentencia, sobre una utilidad estimada de $6’602.836 conseguirán, con apoyo en las fórmulas aplicadas por el Tribunal *a quo*, una utilidad –*actualizada a la fecha de la apelación*– que ascendería a la suma de $1.309’123.570,94.

**6.8.** Compensación.El Invías insistió en que se debe aplicar la compensación de cuentas y especificó que se encuentran acreditados los desembolsos del anticipo, a los cuales se les tiene que calcular, en caso de persistir en la condena, los intereses que determine el Consejo de Estado para liquidar el saldo final a pagar.

**7. Otras actuaciones**

**7.1. Cesiones de derechos litigiosos**

Mediante auto del 27 de febrero de 2017, el Tribunal *a quo* reconoció a la sociedad Uniconic S.A. como cesionaria del 100% de los derechos litigiosos y, a su vez, reconoció las cesiones realizadas por dicha sociedad en favor de Millenium Development SAS, en un 45% y de la abogada Colombia Villamil Quiroz, en un 30% de los derechos litigiosos[[30]](#footnote-30).

En auto del 8 de mayo de 2017 el Tribunal *a quo* reconoció a Antonio José Fernández Ibáñez como cesionario del 14% de los derechos litigiosos cedidos por Uniconic S.A.[[31]](#footnote-31).

**7.2. Audiencia de conciliación**

El 22 de junio de 2017 se llevó a cabo la audiencia de conciliación judicial convocada por el Tribunal *a quo*[[32]](#footnote-32)*,* en la cual no se aceptó la solicitud de aplazamiento presentada por una de las cesionarias del crédito litigioso[[33]](#footnote-33) y se declaró la inexistencia de ánimo conciliatorio.

En la misma audiencia, el Tribunal *a quo* concedió el recurso de apelación[[34]](#footnote-34).

**7.3. Admisión del recurso de apelación**

Habiendo recibido el expediente en el Consejo de Estado, el recurso de apelación se admitió mediante auto del 16 de agosto de 2017.

**8. Alegatos en segunda instancia**

**8.1.** En la oportunidad para alegar, la parte demandante indicó que el Ministerio de Transporte no era la entidad legitimada por pasiva, como pretendió el Invías, toda vez que el Decreto 2171 de 1992 estableció las funciones y continuidad de los contratos y contingencias del Fondo Vial Nacional por parte del Invías.

Frente al retraso en impartir la orden de iniciación del contrato, afirmó que el reajuste pactado solo operó entre la fecha en que se suscribió el acta de inicio y la fecha en que se iniciaron las obras.

Afirmó que el contrato se dio por terminado unilateralmente por falta de recursos presupuestales y no por el incumplimiento de las obligaciones del contratista.

Insistió en que el tiempo de ejecución del contrato se extendió por más de 34 meses.

Resaltó que la disponibilidad de los equipos quedó probada con la relación que las contratistas presentaron con su propuesta y con los informes de visita de la inspección en sitio.

Agregó que quedó demostrado que la demora en la ejecución del *contrato “se debió a la falta de planeación necesaria y de recursos económicos para su financiación, atribuibles a la entidad contratista”.*

Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

**8.2.** La parte demandada guardó silencio en la oportunidad para alegar.

**8.3.** El **Ministerio Público** emitió concepto en la segunda instancia, estimó que sí se encontró probado que el INVÍAS incumplió en la fijación de nuevos precios unitarios y que se presentó una variación del 25% en las cantidades, lo que le generó un *“notorio desequilibrio económico del contrato”*[[35]](#footnote-35)a las contratistas, por lo cual estimó que la sentencia de primera instancia debía ser confirmada.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la presente *litis* se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** oportunidad en la presentación de la demanda - aplica el término de prescripción de 20 años a partir de la terminación del contrato – Decreto 528 de 1964; **3)** legitimación por pasiva; **4)** acción pertinente frente a las pretensiones de la demandante; **5)** reglas de interpretación del contrato y tasas de interés aplicables; **6)** el plazo para el pago de las actas de obra; **7)** casos en que no procede la aplicación supletiva del artículo 885 del Código de Comercio – observancia del plazo mensual de acuerdo con el flujo financiero programado; **8)** las pruebas aportadas al proceso; **9)** el caso concreto y, **10)** costas.

**1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado**

**1.1. Jurisdicción competente**

La demanda se presentó en 2001, encontrándose vigente el criterio orgánico que se adoptó en la Ley 80 de 1993[[36]](#footnote-36) para definir la jurisdicción competente en las controversias contractuales, en concordancia con el artículo 82 del Decreto 01 de 1984, contentivo del Código Contencioso Administrativo - CCA[[37]](#footnote-37); referido a la competencia de esta jurisdicción para conocer de *“los litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas”.*

De conformidad con las normas citadas, teniendo en cuenta que en este caso la parte demandada es una entidad pública, se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para resolver el presente litigio.

**1.2. Cuantía**

El Consejo de Estado es competente para conocer de este asunto, por tratarse de un proceso de doble instancia en razón de la cuantía, según lo dispuesto en el Decreto 597 de 1988 y en el artículo 20 del CPC, dado que la pretensión mayor ascendió a $109’164.460[[38]](#footnote-38), suma que excede la cuantía de $26’390.000[[39]](#footnote-39), de conformidad con las reglas de competencia establecidas en el mencionado decreto y el valor ajustado a 2001, año en que se presentó la demanda.

**2. Oportunidad en la presentación de la demanda - aplica el término de prescripción de 20 años a partir de la terminación del contrato - Decreto 528 de 1964**

Se tiene en cuenta que la demanda se presentó el 30 de abril de 2001, al paso que el Contrato No. 358 de 1976 terminó el 31 de julio de 1981.

La Sala observa que la demanda se presentó oportunamente, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 528 de 1964[[40]](#footnote-40), vigente para la época de celebración y terminación del contrato[[41]](#footnote-41), toda vez que la oportunidad en la referida presentación de la demanda corresponde a un supuesto procesal y -*en atención a la naturaleza del requisito*- se le aplica la ley vigente al momento en que empezó a correr el término correspondiente, en este caso el de la prescripción ordinaria de 20 años derivada del Código Civil, tal como fue modificada por la Ley 50 de 1936[[42]](#footnote-42).

Como consecuencia, no ocurrió la caducidad de la acción, tal como se observó en la decisión adoptada por esta Corporación en auto de 23 de enero de 2001[[43]](#footnote-43), en el presente proceso.

Es importante precisar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación adoptó la regla de la prescripción del Código Civil para dirimir la controversia sobre un contrato celebrado por el Fondo Vial Nacional, similar al que se debate en el presente proceso[[44]](#footnote-44), caso en el que aplicó el Decreto 528 de 1964 en jurisprudencia que fue acogida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, según se observa, por ejemplo, en el auto de 9 de marzo de 2000[[45]](#footnote-45), las sentencias de 9 de marzo de 1998[[46]](#footnote-46), febrero 14 de 2002[[47]](#footnote-47), enero 23 de 2003[[48]](#footnote-48) y 5 de junio de 2008[[49]](#footnote-49), y en sentencia de 16 de julio de 2015 proferida por esta Subsección[[50]](#footnote-50).

No se desconoce que en 2009, en vigencia del Decreto 01 de 1984, contentivo del Código Contencioso Administrativo *-CCA-*, la Sección Tercera del Consejo de Estado estudió el tránsito de legislación y entró a declarar la caducidad de la acción contractual frente a una demanda relacionada con un contrato de compraventa celebrado por el ICA con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto-ley 150 de 1976, en el que había tenido lugar un incumplimiento relacionado con la asistencia técnica, evidenciado unos meses antes de la expedición del CCA, dado que -*en ese litigio*- se estimó que por la observancia inmediata de la ley procesal se imponía la aplicación del término de caducidad de dos años contado desde el 1º de marzo de 1984[[51]](#footnote-51), fecha en que empezó a regir el citado código.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sección Tercera que se acaba de referir no se puede seguir en el caso *sub lite*, por cuanto para la época en que empezó a correr el término para presentar la demanda operaba el de la prescripción de la acción, teniendo en cuenta lo siguiente: **i)** en el artículo 30 del Decreto 528 de 1964 se introdujo la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de las controversias contractuales de las entidades públicas y, por otra parte, en el artículo 28 de ese decreto se fijó una regla de oportunidad de la demanda, únicamente para *“las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la administración […] condicionada a que dichas acciones se instauren dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente”,* por lo cual se concluye –*como lo hizo en su oportunidad la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo*- que para las controversias contractuales la demanda podía presentarse, oportunamente, dentro del mismo término de la prescripción del Código Civil, **ii)** El análisis del tránsito de legislación se precisó en la jurisprudencia que se desarrolló al reintroducirse el término de 20 años para interponer las acciones contractuales, por virtud de la Ley 80 de 1993, vigente hasta que se expidió la Ley 446 de 1998, respecto de la cual se indicó que debían respetarse las reglas de los *“términos que hubiesen empezado a correr”*[[52]](#footnote-52)*.*

En este último sentido se reafirman los pronunciamientos de la Subsección A, en orden a advertir la naturaleza de las normas relativas a la caducidad de la acción (hoy medio de control) contractual que le imprime el carácter procesal y se aplican de acuerdo con *“el plazo previsto en la norma vigente al momento que ocurre el supuesto que permite acudir a la jurisdicción”,* así:

“*Las normas relativas a la caducidad de la acción son de naturaleza procesal, pese a que tienen un trasfondo sustancial, porque limitan en el tiempo el ejercicio del derecho público de acción, por consiguiente, los límites objetivo - temporales que extinguen con el paso del tiempo la posibilidad de poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional* ***se encuentran supeditados a la normatividad imperante al momento en que acontece el supuesto que permite acudir a la jurisdicción****, en procura de la protección o de la satisfacción del derecho subjetivo conculcado, de manera que la inactividad del administrado, por el período determinado en la ley, genera inexorablemente la caducidad de la acción. Tal planteamiento se acompasa con lo previsto por los artículos 38 y 40 de la Ley 153 de 1887”[[53]](#footnote-53)* (la negrilla no es del texto).

**3. Legitimación por pasiva**

Le asiste razón a la parte demandante en cuanto a la legitimación por pasiva del Invías en el presente proceso, dado que por el Decreto 2171 de 30 de diciembre de 1992, “*se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la rama ejecutiva del orden nacional*”.

En el caso del Fondo Vial Nacional se definió su reestructuración pasando a denominarse Instituto Nacional de Vías y no ocurrió solución de continuidad en la entidad, tal como se desprende de los artículos 52 y 63 que dispusieron:

*“****REESTRUCTURACION*** *DEL FONDO VIAL NACIONAL COMO EL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS*

*“ARTICULO 52. REESTRUCTURACION DEL FONDO VIAL NACIONAL COMO EL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS.-****Reestructúrase el Fondo Vial Nacional como el Instituto Nacional de Vías****, establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y adscrito al Ministerio de Transporte* (la negrilla no es del texto).

*“(…)*

*“ARTICULO 63. TRANSITORIO. APROPIACIONES PRESUPUESTALES.- Los saldos de las apropiaciones presupuestales de gastos de funcionamiento e inversión, existentes a la fecha de vigencia de esta norma, asignados al Fondo Vial Nacional se seguirán ejecutando como rubros del Instituto Nacional de Vías o del Ministerio de Transporte, en cumplimiento de la distribución de competencias que se establece mediante al presente decreto y de conformidad con las decisiones que adopte el Ministro de Transporte”* (la negrilla no es del texto).

Se agrega a lo anterior que al Instituto Nacional de Vías se le asignó la función general de celebrar los contratos, de acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2171 de 1992, de manera que, por tratarse de la misma entidad que fue reestructurada, no es válida la diferenciación que propone el Invías entre los contratos vigentes y los celebrados por esa misma entidad, pero que habían terminado antes del decreto de reestructuración de funciones.

**4. La acción pertinente frente a las pretensiones de la demandante**

Desde la providencia de 23 de enero de 2003, en la cual se dispuso admitir la demanda, fue claro que el proceso se adelantaría bajo los términos de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del CCA.

La Sala observa que, aunque en la demanda no se hubiera citado dicho artículo del CCA, la “*actio in rem verso*”[[54]](#footnote-54) o acción de enriquecimiento sin causa que se alegó por la parte demandante correspondió en este caso a una pretensión contractual, en tanto estaba referida a un supuesto enriquecimiento injusto por el incumplimiento y el desequilibrio económico del contrato.

En ambos casos planteados en la demanda, la fuente del daño es de carácter contractual, toda vez que se refiere a las prestaciones ocurridas en desarrollo de un contrato.

En criterio de la Sala, las pretensiones de la demanda se enmarcaron en la acción contractual, sin perjuicio de que ahora se puedan diferenciar[[55]](#footnote-55), así: **i)** la mora en el pago de las actas de obra y la no definición de nuevos precios sobre los cuales se entiende que se formulan pretensiones de incumplimiento del contrato y **ii)** eldesequilibrio económico que se invocó, por cuanto, supuestamente, se ejecutaron mayores cantidades que fueron pagadas a menor precio.

**5. Reglas de interpretación del contrato y tasa de interés aplicable**

Para resolver los asuntos relacionados con la liquidación de los perjuicios materia de la apelación, siguiendo las voces del artículo 38, numeral 1, de la Ley 153 de 1887, se tendrá en cuenta que en cada contrato se aplican las leyes vigentes al momento de su celebración[[56]](#footnote-56) y, por otra parte, de acuerdo con el numeral 2 de la misma norma, se considera que el interés moratorio, por tener carácter sancionatorio, debe ser liquidado con la tasa de mora vigente al momento de su causación, es decir, de acuerdo con la que haya regido para cada período de tiempo[[57]](#footnote-57), con base en las certificaciones de la Superintendencia Financiera de Colombia, antes Superintendencia Bancaria[[58]](#footnote-58), en el caso de que el cobro de tales intereses resulte aplicable de conformidad con la fuente de la obligación correspondiente[[59]](#footnote-59).

Para esclarecer los distintos estatutos que han regido la contratación pública en Colombia desde la época en que se celebró el contrato *sub lite* y las diversas tasas de interés que se han aplicado, a continuación se presenta un análisis cronológico incluyendo las correspondientes interpretaciones de la jurisprudencia.

**5.1. Decreto-ley 150 de 1976**[[60]](#footnote-60)

Este decreto rigió para las entidades públicas mencionadas en su artículo primero, reguló sus contratos, especialmente tipificados y autorizados -*entre ellos el contrato de obra pública*- y los requisitos y condiciones establecidos para su celebración.

El régimen de contratación previsto en el Decreto-ley 150 de 1976 entró a regir el 18 de febrero de 1976 y configuró un cuerpo normativo especial que no contempló la aplicación supletiva de la ley comercial, lo cual marca una gran diferencia con el estatuto general de la contratación pública contenido en la Ley 80 de 1993, en cuyo artículo 13 se invocan la ley comercial y civil que se incorporan a las reglas de la contratación pública en lo no establecido en dicha ley de contratación[[61]](#footnote-61).

El Decreto-ley 150 de 1976 no permitió el pacto contractual de reconocimiento de intereses por parte del Estado, entendiéndose por la Corte Suprema de Justicia que, de acuerdo con la Constitución Política de 1886, la imposición de intereses no podría provenir de una apropiación dispuesta por el legislador –*ni por las partes*- y solo procedía en el escenario del litigio judicial[[62]](#footnote-62).

Sobre la tasa de interés aplicable en caso de litigio judicial, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en un proceso -*al que ya se ha hecho referencia en esta providencia*- en el que conoció sobre los contratos celebrados por el Fondo Vial Nacional, con apoyo en el artículo 1617 del Código Civil, resolvió condenar al pago de intereses del 6% sobre el valor actualizado de las obras adicionales no pagadas -*que habían sido recibidas de acuerdo con las actas de ajuste*- según se lee a continuación (se transcribe en forma literal):

*“Se atenderá, asímismo, a la pretensión que busca el reconocimiento del lucro cesante, porque sin lugar a dudas el retardo por parte del Fondo Vial Nacional de su obligación de pagar a la actora la suma adeudada por la obra ejecutada ha causado a ésta el perjuicio de no poder lucrarse con las ganancias que dicho dinero le hubiera podido reportar si lo hubiese percibido oportunamente. - Por definición del artículo 1617 del Código Civil, cuando la obligación es de pagar una suma de dinero, la mora en su cumplimiento da lugar al reconocimiento de intereses,* ***que si no han sido previamente pactados, como ocurrió******en el presente caso por no poderse prever la posible mora en el pago, permiten acudir al interés legal del 6% anual****. Este reconocimiento se reiteró en el nuevo Estatuto Nacional de Contratación Administrativa - Ley 80 de 1.993- cuando al establecer los derechos y deberes de las entidades estatales que celebren contratos, prescribe: ‘Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”[[63]](#footnote-63).*

En esa sentencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo desplegó una fórmula consistente en actualizar el valor del capital adeudado con base en el índice de precios al consumidor -IPC- y a la suma resultante del ajuste le aplicó el 6% anual, proporcional al número de días transcurridos hasta la sentencia.

No se consideró una actualización anual y la capitalización de intereses, como se dispone desde que entró a regir la Ley 80 de 1993, con base en el Decreto 679 de 1994.

Debe tenerse en cuenta que el Decreto-ley 150 de 1976 es la ley de celebración del contrato No. 358 de 1976, que se analizará en el caso concreto.

**5.2. Decreto-ley 222 de 1983**

Se observa que el Decreto-ley 222 de 1983, que entró a regir el 3 de febrero de 1983, estableció la diferencia entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la administración pública, invocó la aplicación del Código de Comercio para algunos efectos[[64]](#footnote-64), pero se cuidó de establecer, por ejemplo, que: “*Para todos los efectos legales la celebración del contrato de arrendamiento por entidades públicas, no constituye acto de comercio*”.

Se aclara que el citado Decreto-ley 222 no contempló una aplicación residual del Código de Comercio en forma general, ni se refirió a las tasas de interés fijadas en ese código para las obligaciones dinerarias entre comerciantes.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado siguió la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a prohibir el pacto o compromiso presupuestal de pagar intereses, pero permitió que el juez de lo contencioso administrativo impusiera la condena que considerara procedente en el caso concreto[[65]](#footnote-65).

La aplicación del artículo 884 del Código de Comercio para liquidar intereses en caso de mora se estableció por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 9 de octubre de 2003, en la que condenó al pago de obligaciones en mora de un contrato celebrado en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983[[66]](#footnote-66).

En ese contexto, los intereses moratorios en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 -*entre el 3 de febrero de 1983 y el 31 de diciembre de 1993*- para aquellos contratos que se rigieron por el mencionado Decreto-ley o por el derecho privado, -*frente a comerciantes*- se liquidan, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, a la tasa máxima que se podía cobrar en Colombia en cada período de tiempo, siguiendo las reglas del artículo 884 del Código de Comercio y la correspondiente certificación de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia.

**5.3. Ley 80 de 1993**

La Ley 80 de 1993, cuya mayoría de artículos entró a regir el 1o de enero de 1994, consagró la aplicación supletiva del Código de Comercio, pero en materia de intereses de mora adoptó el sistema de la tasa nominal partiendo del 6% señalado en el artículo 1617 del Código Civil.

El artículo 4 -*en su numeral 8*- fijó el interés de mora en el doble del interés legal civil -*12% anual*-, respecto del cual se precisó que debe ser liquidado sobre el valor de la obligación debidamente actualizada.

Se resalta que la tasa de interés invocada en la Ley 80 de 1993 se aplica para aquellos contratos en los que las partes no hayan pactado una tasa de interés diferente. La referida disposición establece:

*“Artículo 4º.- De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:*

*“(…).*

*“8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.*

*“Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios,* ***en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado****”* (la negrilla no es del texto).

El Decreto 679 de 1994, de carácter reglamentario, describió la forma como se debían liquidar los intereses de mora en los contratos que se rigen por la Ley 80 de 1993, texto normativo que se ha conservado durante más de 20 años[[67]](#footnote-67), con el siguiente tenor:

*“Artículo 1. De la determinación de los intereses moratorios. Para determinar el* ***valor histórico actualizado*** *a que se refiere el artículo 4°, numeral 8° 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 1° 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”* (la negrilla no es del texto).

Se entiende que la regulación de intereses a la que alude el Decreto 679 de 1994 está establecida para liquidarlos sobre el precio no pagado de un contrato, debidamente actualizado, en orden a sostener las condiciones hasta la fecha en que se realice el pago, como lo dispone la norma reglamentada[[68]](#footnote-68)*.*

**5.4. Conclusiones sobre las tasas de interés aplicables en la contratación pública**

De acuerdo con la jurisprudencia que se ha citado, en vigencia del Decreto-ley 150 de 1976 se aplicó el interés del 6% más la actualización con el IPC, este último indicador, si no se hubiere pactado otro índice de ajuste[[69]](#footnote-69), y bajo el Decreto-ley 222 de 1983 se liquidan los intereses a la tasa máxima legal permitida para cada período de mora, de acuerdo con el artículo 884 del Código de Comercio.

Actualmente, se encuentra regulado el interés de mora de carácter supletivo para los contratos estatales que se rigen por el artículo 4 de la Ley 80 de 1993 en el 12% sobre el valor histórico actualizado con la variación del IPC.

Con el fin de concluir este punto se debe precisar que la jurisprudencia antedicha no se ha referido a la tasa de interés para calcular el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en el caso de los desfases de los flujos financieros, aspecto que no ha merecido mayores desarrollos[[70]](#footnote-70) sobre el asunto de los intereses al que se hace referencia en este proceso, dado que algunas de las pretensiones de la demanda -*y de los argumentos de la apelación*- se refieren al desequilibrio económico que se habría presentado en el contrato y a la supuesta violación de la equivalencia entre la tasa de interés del anticipo y la que se impuso en la sentencia de primera instancia para liquidar los perjuicios a cargo de la entidad pública.

**6. El plazo para el pago de las actas de obra**

Ninguno de los estatutos de contratación pública ha entrado a regular el plazo para el pago de las actas de obra o de las facturas ni ha establecido una regla general supletiva de plazo. La definición del plazo para el pago de las actas de obra ha sido contractual y, en su defecto, se ha fijado por la jurisprudencia frente a los litigios concretos.

Se recuerda que en el caso de las obligaciones a plazo[[71]](#footnote-71) el deudor se encuentra en mora por el solo hecho del vencimiento del término, regla consagrada en el artículo 1551 del Código Civil, que se corresponde con la máxima del derecho romano “dies*interpellat pro homine”,* según la cual el plazo interpela por el hombre. En el mismo sentido, el artículo 1617 del Código Civil establece:

*“2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo”.*

El artículo 1617 del Código Civil introdujo una tasa de interés legal para la indemnización de perjuicios, fijada en el 6% anual, bajo la siguiente regla:

*“Articulo 1617 CC. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:*

*“1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.*

*“****El interés legal se fija en seis por ciento anual****”* (la negrilla no es del texto).

Se reitera que la tasa de interés prevista en el Código Civil opera de manera supletiva, es decir, a falta de ley especial o de otro pacto entre las partes.

Por otra parte, es importante resaltar que, teniendo en cuenta que la regla prevista en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993 es también de carácter supletivo, en varias providencias el Consejo de Estado ha indicado que no hay lugar a imponer intereses de mora desde la fecha del supuesto incumplimiento, cuando este último solo llega a esclarecerse en la sentencia[[72]](#footnote-72).

La Subsección A de la Sección Tercera ha sido reiterativa en advertir que la demora en la presentación de las cuentas o de las facturas, si se presenta por una conducta atribuible al contratista, no puede obrar en perjuicio del Estado[[73]](#footnote-73), es decir, que no proceden las pretensiones para que se reconozcan ajustes de precios o intereses de mora respecto de actas, facturas o cuentas de cobro, cuando estas son presentadas de manera extemporánea por hechos imputables al contratista. Las condenas en dichos eventos se han impuesto sobre el valor nominal del capital o del acta, actualizado, sin intereses de mora ni ajustes de precios sobre el período de la extemporaneidad, toda vez que el acreedor no puede invocar su propia demora para derivar el reconocimiento de un perjuicio.

Por otra parte, en cuanto a la fecha a partir de la cual es posible causar la mora, debe citarse la sentencia C-892 de 2001[[74]](#footnote-74), mediante la cual la Corte Constitucional indicó que, en el contrato estatal, los intereses de mora se liquidan partiendo de la debida presentación de las cuentas[[75]](#footnote-75):

*“(…) dies a quo*[[76]](#footnote-76) *para iniciar la cuenta o cómputo de los intereses moratorios es el que le sigue al vencimiento del plazo pactado en los respectivos pliegos de condiciones, o en su defecto, en el contrato para el pago de* ***aquellas cuentas debidamente presentadas y legalizadas por el contratista,*** *y se prorroga hasta que la Administración pública haga efectivo el pago”* (la negrilla corresponde a la apelante).

Para finalizar este acápite es necesario llamar la atención sobre los distintos conceptos que se incorporan en el valor del acta y de la factura en su caso, por cuanto: **i)** los ajustes e intereses no pueden acumularse con los intereses calculados a la tasa máxima legal permitida y **ii)** el monto de anticipo compensado debe deducirse para establecer la base del cálculo de intereses, dado que este último valor realmente no se encuentra en mora.

**7. Casos en que no procede la aplicación supletiva del artículo 885 del Código de Comercio –aplicación del plazo mensual de acuerdo con el flujo financiero programado**

Con el fin de establecer el plazo para el pago, a falta de pacto contractual, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha invocado la aplicación del artículo 885 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual se advierte que debe contarse un período adicional de *“un mes después de pasada la cuenta”* para iniciar el cobro de los intereses moratorios.

El artículo 885 del Código de Comercio establece un plazo supletivo que corre una vez presentada la cuenta al acreedor, aplicable a los suministros o ventas “*que se hagan al fiado”*, es decir que el supuesto jurídico de la causación de intereses con fundamento en dicha norma parte de la base de que el bien objeto de la venta o del suministro ha sido entregado previa y oportunamente, caso en el cual se generan intereses de mora sobre el valor correspondiente, vencido el término de un mes.

Como se ha explicado, actualmente la aplicación del Código de Comercio se apoya en la integración de la ley comercial que se consagró en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, a falta de norma especial contenida en el estatuto general de la contratación pública o de la respectiva contratación.

En este estado del análisis -*teniendo en cuenta las fórmulas expuestas en el dictamen y en la sentencia sub lite*- la Sala se pregunta si ¿es posible introducir el plazo del artículo 855 del Código de Comercio a los intereses que se causaron en vigencia de los contratos administrativos que se celebraron bajo el Decreto-ley 150 de 1976?

Se considera que no es procedente la analogía, dado que la legislación comercial no fue llamada a aplicarse a la contratación administrativa de esa época y menos aun frente a la jurisprudencia constitucional que consideraba improcedente el pacto de intereses.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que la aplicación del artículo 885 del C.Co, no procede en el evento de la falta de entrega a satisfacción o de la existencia de las glosas o rechazos de la cuenta.

No obstante, en el caso *sub lite* puede llegarse a la conclusión del plazo mensual, teniendo en cuenta el flujo financiero programado para el respectivo contrato, pero no para reconocer una tasa de interés de mora sino de plazo, a manera de resarcimiento del perjuicio sufrido por el pago tardío.

En ese sentido, si el contratista estaba obligado a presentar actas de avances de obra mensual, correlativamente se puede entender que el flujo financiero al que se obligaba el Fondo Vial Nacional era de carácter mensual, por lo cual, en tanto estuviera cumpliendo, el contratista podía esperar el pago en forma mensual, aunque en este caso no tuviera lugar la inserción del artículo 855 del C.Co., por tratarse de un contrato que se rigió por el Decreto-ley 150 de 1976.

**8. Las pruebas aportadas al proceso**

En su gran mayoría los documentos que obran en el expediente se aportaron en copias simples remitidas por el Invías, las cuales se tienen como pruebas válidas en los términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil[[77]](#footnote-77), de conformidad con la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2013[[78]](#footnote-78).

A continuación, se relacionan las pruebas documentales acerca del Contrato No. 358-76, advirtiendo desde ahora que permiten observar que dicho contrato se celebró bajo el sistema de precios unitarios por cantidades variables y contó con un mecanismo de ajuste de dichos precios con base en una fórmula definida en el contrato, cuya observancia -*a diferencia de lo que afirmó la apoderada de las demandantes en sus alegatos*- se tuvo en cuenta en todas las actas de obra, según la documentación allegada al proceso[[79]](#footnote-79).

Sobre las cantidades variables, debe advertirse que se trataba de un mecanismo con topes controlados por la interventoría y que -*según se acreditó en este proceso*- a partir de la entrada en vigencia de la Resolución 547 de 24 de enero de 1980, expedida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, se dispuso que los precios unitarios debían ser revisados para ejecutar cantidades superiores al 125% de las fijadas en el presupuesto oficial, caso en el cual se requería la aprobación previa del comité de precios, lo cual se aplicó en el Contrato No. 358-76, como se observará en el recuento de las pruebas.

Por ello, se destacan a continuación las pruebas que se relacionan con las adiciones al contrato y las variaciones de cantidades y precios aprobados por el comité de precios que funcionaba en el Ministerio de Obras y Transporte para la época de los hechos, y la correspondencia relacionada con el trámite respectivo:

**8.1. La propuesta presentada**

Obra en el expediente la propuesta presentada por las demandantes, a la cual anexaron la constancia de la visita al lugar de las obras, la relación de cantidades y precios ofrecidos y la información sobre la organización de la proponente[[80]](#footnote-80).

**8.2. El contrato 358 – 76**

Se encuentra probado el Contrato No. 358- 76, suscrito el 29 de noviembre de 1978 entre el Fondo Vial Nacional y las sociedades demandantes en este proceso[[81]](#footnote-81), en el cual se lee (se transcribe de forma literal, las negrillas se introducen para destacar las reglas de funcionamiento de las variaciones de cantidades y precios):

*“OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar para el FNODO VIAL a precios unitarios fijos y en los términos que señala este contrato todas las obras necesarias para la construcción y pavimentación del sector Tierrabaja – Arroyo de Piedra de la Carretera Cartagena – Barranquilla del K 7 + 00 al K. 10-000 de acuerdo con los planos y especificaciones suministrados por el FONDO VIAL y bajo las condiciones estipuladas en el presente contrato.*

*“(…).*

*“CLÁUSULA TERCERA. PLAZO. El CONTRATISTA se obliga a iniciar la ejecución de las obras dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de legalización del contrato, y a terminarlas y entregarlas dentro de los veinticuatro (24) meses, contados a partir del perfeccionamiento del mismo.*

*“CLÁUSULA CUARTA. VALOR DEL CONTRATO: Para los efectos fiscales y legales, el valor del presente contrato se fija en la suma de SETENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS ($74’426.400),* ***resultante de sumar los productos provenientes de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios,******cantidades de obra y costos a cargo del contratista****. PARÁGRAFO.- Las partes contratantes declaran que cuando quiera que por cambio de especificaciones, variación de las cantidades estimadas u otras causas imprevistas, haya necesidad de modificar el valor o el plazo totales del presente contrato celebrarán un contrato adicional de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.* ***Los precios unitarios del contrato adicional deberán ser los mismos del contrato principal, con excepción de lo contemplado en las normas que reglamentan la materia****.*

*“CLÁUSULA QUINTA: PRECIOS UNITARIOS, CANTIDADES DE OBRA Y COSTOS A CARGO DEL CONTRATISTA.- El CONTRATISTA se obliga a ejecutar para el FONDO VIAL, las obras objeto del contrato* ***a los precios unitarios de su propuesta*** *que a continuación se detallan:*

*“(…).*

*“4. Terraplenes: trescientos noventa mil (390.000) M3 a veinticuatro (24,oo)/M3, da … $9’360.000.*

*“(,,,)*

*“6. Acarreo de materiales para terraplenes, capa superior 1.20 mts, doscientos veinticuatro mil (224.000) M3/KM a seis pesos con veinte centavos ($6,20) da… $1.388.800”[[82]](#footnote-82)*

*“(…).*

*“CLÁUSULA OCTAVA: FORMA DE PAGO Y AJUSTES DEL VALOR DEL ACTA CORRESPONDIENTE.- Dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, el interventor y el contratista elaborarán actas de pago de las obras terminadas en el mes anterior, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula décima y cuyo valor básico ‘Po’ se determinará de conformidad con lo estipulado en la cláusula novena del presente contrato, PARÁGRAFO PRIMERO: El valor básico del acta por la obra ejecutada cada mes se ajustará para cada grupo de obra de acuerdo con la siguiente fórmula:*

*“P = Po x I / Io, en el cual (…)*

*“(…)*

*“I = Valor del “índice” de precios de la construcción de carreteras, para el correspondiente grupo de obra,* ***para el mes en el cual se ejecutó la obra.*** *El valor del índice será calculado por el Ministerio según las Proposiciones Nos 6757 y 6758 de agosto 18 de 1965 de la Junta de Licitaciones.*

*“Io = Valores de I, correspondientes* ***al mes de cierre de la licitación:*** *abril de 1976”* (la negrilla no es del texto).

*“PARÁGRAFO SEGUNDO: Del valor de cada Acta de pago se descontarán las cuotas correspondientes a la amortización de anticipos y cualquier otro documento pactado en desarrollo del contrato.*

*“CLÁUSULA NOVENA: REMUNERACIÓN.- La remuneración que recibiré EL CONTRATISTA* ***será el resultado de la multiplicación de las cantidades de obra ejecutada por los precios unitarios que figuran en la cláusula quinta más los ajustes correspondientes de acuerdo con lo establecido en la cláusula octava****.*

*“(…).*

*“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA: ANTICIPOS: El FONDO VIAL podrá conceder anticipos hasta por el veinte por ciento (20) del valor del contrato, teniendo en cuenta las apropiaciones presupuestales. El CONTRATISTA deberá amortizar los anticipos mediante deducciones de cuotas mensuales de pago (…),*

*“(…)*

*“CLAUSULA VIGÉSIMA CUARTA: LIQUIDACION.- La liquidación del presente contrato se hará por la división de contratación del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, de conformidad con las disposiciones vigentes, para la fecha en que se efectúe, dicha diligencia” [[83]](#footnote-83).*

*.*

**8.3.** Acta de iniciación de obras suscrita por el representante de las contratistas y el interventor el 4 de agosto de 1978[[84]](#footnote-84).

**8.4.** Contrato adicional No. 551 suscrito el 12 de diciembre de 1978, en el cual se prorrogó el plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de ese mismo año[[85]](#footnote-85).

**8.5.** Contrato adicional No. 612 – 78 suscrito el 19 de diciembre de 1978, en el cual se prorrogó el plazo de ejecución hasta el 14 de abril de 1980[[86]](#footnote-86), y se determinó el nuevo cronograma de obra.

**8.6.** Memorando I-05 de mayo 10 de 1979, en el cual el ingeniero interventor remitió al jefe de división del Ministerio de Obras Públicas y Transporte el análisis del estudio de *“precio no previsto”* presentado por las contratistas.

**8.7.** Memorando 54690 de 24 de octubre de 1979, en el cual el director de construcciones comunicó al interventor que el comité de precios, en sesión de octubre 10 de 1979, aprobó el precio no previsto para el contrato 358-76, en el ítem de “*suministro de material seleccionado para rellenos, proveniente de canteras, a razón de $93,21 M3”*[[87]](#footnote-87).

**8.8.** Resolución 547 del 24 de enero de 1980, expedida por el Ministro de Obras Públicas y Transporte que reguló el procedimiento de fijación de precios unitarios. En esa resolución se dispuso:

*“Artículo Primero. Habrá lugar a la fijación de precios unitarios;*

*“(…).*

*“b) Para el pago de obras que estando previstas en el contrato excedan del 125%*

*“Artículo Segundo: El contratista formulará su solicitud de fijación de precios al interventor con copia al Comité de Precios en los formularios establecidos por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte – Fondo Víal Nacional.*

*“Artículo Tercero: El Ministro de Obras Públicas y Transporte o su delegado comunicará al peticionario su decisión en un término de 30 días contados a partir de la fecha de la reunión del Comité de Precios.*

*“Artículo Cuarto, Mediante el procedimiento indicado se reconocerá en la respectiva acta de recibo de obra y cuentas de cobro el valor de las actas ejecutadas”.*

**8.9.** Contrato adicional No. 073, suscrito el 14 de marzo de 1980, en el que se prorrogó el plazo para la ejecución hasta el 31 de julio de 1981 y se determinó el nuevo programa de trabajo e inversiones[[88]](#footnote-88).

**8.10.** Acta de visita a la obra realizada el 21 de abril de 1980 a la fuente de materiales de Bayunca, con la presencia del Viceministro de Obras Públicas y Transporte, el jefe de distrito, los representantes de la firma de interventoría y de las contratistas, en la cual consta que se analizaron las fuentes de materiales, se comentó el incremento generalizado de las cantidades de explanación en los contratos de la zona y el representante de las contratistas *manifestó “su extrañeza ante el hecho de que las actas de modificación de cantidades de todos los sectores vecinos han sido tramitadas sin demoras por los funcionarios del Ministerio en Bogotá, en tanto que los sectores en estudio se han encontrado dificultades para obtener el trámite oportuno”*[[89]](#footnote-89)*.* Se refirió al trámite del acta 08 del Sector Tierrabaja - Arroyo de Piedra, la cual, según se sostuvo, se encontraba pendiente de una firma[[90]](#footnote-90).

Sobre el precio de los materiales seleccionados para rellenos en el sector Arroyo de Piedras – Canoas, respecto de otro contrato a cargo del mismo contratista, según el acta, el representante en esa visita indicó (se transcribe de forma literal):

*“Se observó que este ítem tiene características idénticas al aprobado para el Sector Tierrabaja – Arroyo de Piedra, utilizándose inclusive las mismas canteras de ejecución.*

*“El contratista manifiesta que por la falta de precio para el sector no ha sido posible continuar con la construcción de los rellenos con suministro de material seleccionado”[[91]](#footnote-91).*

**8.11.** Memorando 1042 de 4 de junio de 1980, en el cual el Viceministro, en su condición de presidente del comité de precios, comunicó que el referido comité, en sesión del 30 de abril de 1980, fijó en 180.000 metros cúbicos *“compactos”* el volumen máximo de suministro de material seleccionado con el precio de $93.21 M3[[92]](#footnote-92).

**8.12.** Memorando de junio 11 de 1980, suscrito por el ingeniero interventor Camilo Roa, en el cual comunicó a las contratistas que el ítem de suministro de material seleccionado para rellenos *“se suspende en su ejecución, pues el Comité de Precios en sesión de abril 30 del presente autorizó hasta una cantidad de 180.000 M3. Teniendo en cuenta que el volumen total ejecutado hasta la fecha es de 230.147,56 esta interventoría no autoriza el desarrollo de este ítem, hasta cuando se defina la situación”*[[93]](#footnote-93)*.*

**8.13.** Comunicación de junio 30 de 1980, en la cual el ingeniero Camilo Roa, de la división de interventorías del ministerio se pronunció sobre la solicitud del contratista para indicar los sitios donde se debía explotar material para rellenos, debido a la suspensión del respectivo ítem, en la que indicó (se transcribe de forma literal):

*“Esta interventoría es consiente de que los ítems correspondientes están pasados en su ejecución en más del 125% y se solicitó al Ministerio la aprobación de nuevos precios por este concepto. Hasta la fecha el comité de precios, no se ha pronunciado el respecto, pero esta interventoría solicitará al Comité de Precios por intermedio del Director les sea definida radicalmente esta situación”.*

**8.14.** Memorando 1349 de 22 de julio de 1980, en el cual el viceministro, en su condición de presidente del comité de precios, comunicó que el 9 de julio de 1980 el citado comité fijó en 230.147,56 metros cúbicos compactos *“el volumen máximo de suministro de material seleccionado”* con el precio de $93.21 M3[[94]](#footnote-94).

**8.15.** Memorando de agosto 12 de 1980, suscrito por el ingeniero Camilo Roa, con destino al ingeniero Uriel Chacón, de la firma Botero Aguilar y Cía, en el que advirtió su discrepancia con la forma como se estaban clasificando las cantidades ejecutadas, y le indicó la utilización del ítem de préstamos de materiales así (se transcribe en forma literal):

*“Esta interventoría no está de acuerdo con la consideración que Usted tiene en cuenta en el Oficio* [de agosto 10 de 1980] *ni tampoco en los volúmenes a ejecutar [que] se consideraron dentro de ese ítem,* ***sino dentro del ítem Excavación de préstamos*** [de materiales] ***que es el ordenado y el pactado****”[[95]](#footnote-95)* (la negrilla no es del texto)*.*

**8.16.** Oficio IGE – 001 de octubre de 1980, suscrito por el ingeniero Eduardo Maldonado, interventor residente, en el que también consta el visto bueno del ingeniero jefe del distrito, mediante el cual se advirtió al ingeniero Uriel Chacón que no debía utilizar ningún material que no tuviera autorización de la interventoría en cuanto a calidad, *“especialmente en los agregados para concretos que no deben ser de procedencia marina”*[[96]](#footnote-96).

**8.17.** Oficio J- D3-023 de 9 de octubre de 1980, suscrito por el ingeniero Eduardo Maldonado, en el cual recordó al ingeniero Uriel Chacón que *“no debe continuarse ejecutando ninguna obra que no tenga ítem contemplado en los mismos o para lo cual no se haya aprobado un precio previsto”*[[97]](#footnote-97).

**8.18.** Oficio 421 -006 – 81 de enero 27 de 1981, dirigido a las contratistas por el ingeniero Régulo Massi de la firma Senior y Viana Ltda -*nuevo interventor del contrato*- en el que solicitó el retiro de derrumbes sobre la vía, indicando que “*terminada la topografía del material depositado sobre la vía por efecto de los derrumbes (…) asciende a 3.833 M3 el cual deberá ser retirado rápidamente”*[[98]](#footnote-98).

**8.19.** Comunicación No. 127-81 de junio 30 de 1981, mediante la cual el contratista advirtió que *“es muy probable que dentro del término previsto no alcancen a concluirse las obras programadas”* y solicitó una prórroga de 15 meses, en razón de las restricciones sufridas por las disponibilidades presupuestales y los tiempos empleados en las definiciones de ejecución a cargo del Ministerio[[99]](#footnote-99).

Para concluir esta relación de pruebas, se observa que la última prórroga solicitada no llegó a concederse y que el plazo de ejecución del contrato terminó el 31 de julio de 1981.

**9. El caso concreto**

A continuación, se analizarán los argumentos de la apelación y las pruebas correspondientes.

**9.1. Retraso en impartir las órdenes de iniciación**

En su apelación, el Invías indicó que la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta que en el pliego de condiciones estaba advertida la sujeción a las apropiaciones presupuestales y que, por ello, no podía reconocerse perjuicio por la demora en la iniciación.

Este argumento fue aceptado desde la sentencia de primera instancia, en la cual se desestimó la pretensión de perjuicios por concepto de mayor permanencia en obra, que había sido calculada por el perito en 34,2 meses, incluyendo el período transcurrido entre la firma del contrato y el acta de inicio.

Se observa que, en el tiempo previo a la suscripción del acta de inicio no hubo obra, ni podía haberla, de acuerdo con el contrato, toda vez que, en su cláusula tercera, correspondiente al plazo, se indicó que las obras se iniciarían dentro de los 15 días siguientes a la fecha de legalización del contrato.

Se precisa que, de acuerdo con el Decreto-ley 150 de 1976, para su perfeccionamiento el contrato requería de la “*aprobación y registros presupuestales*”[[100]](#footnote-100).

Puede agregarse que la Ley 42 de 1923[[101]](#footnote-101) consagraba en su artículo 53 la prohibición de “*celebrar contrato o contraer obligación alguna que requiera la erogación de fondos públicos, a menos que haya en el Presupuesto una apropiación para ello, cuyo saldo no gastado, libre de otras obligaciones, sea suficiente para cubrir el gasto proyectado”*.  En esa ley se estableció que:

*“Artículo 55. Todo contrato que fuere celebrado contra los requisitos consignados en el artículo anterior, será absolutamente nulo, y el funcionario que celebrare dicho contrato será responsable ante el Gobierno u otra parte contratante de cualquier perjuicio consiguiente, de la misma manera que si la operación se hubiera efectuado entre particulares”.*

Por ello, se reitera que no era aceptable el supuesto de liquidar perjuicios por el solo hecho del plazo transcurrido entre la fecha en que se firmó el contrato y aquella en que firmó el acta de inicio, toda vez que la entidad contratante debía esperar a que se le certificara el registro presupuestal.

**9.2. Obras ejecutadas al 125%**

La sentencia de primera instancia consideró probada la sobre ejecución de 125% de cantidades -que no habrían sido pagadas-, con apoyo en lo manifestado por el ingeniero funcionario de la interventoría en un oficio que dirigió al contratista.

Sin embargo, salta a la vista que esa prueba se refirió a una situación temporal, que dio lugar al trámite de autorización de mayores cantidades y precios, según se ha reseñado en la relación de las pruebas ya descritas en esta providencia.

Se observa que el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta el contexto del oficio emitido por la interventoría ni su contenido completo -*que es bueno repetir en este punto*-, dado que, en comunicación de junio 30 de 1980, mediante la cual el ingeniero Camilo Roa, funcionario de la división de interventorías del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, se pronunció sobre la solicitud del contratista para que le indicaran los sitios donde debía obtener material de rellenos, debido a la suspensión del ítem correspondiente, observó (se transcribe de forma literal):

“*Esta interventoría es consiente de que los ítems correspondientes están pasados en su ejecución en más del 125%* ***y se solicitó al Ministerio la aprobación de nuevos precios por este concepto. Hasta la fecha el comité de precios, no se ha pronunciado el respecto, pero esta interventoría solicitará al Comité de Precios por intermedio del Director les sea definida radicalmente esta situación***” (la negrilla no es del texto).

Es importante resaltar que, para establecer el monto de las cantidades no pagadas, el Tribunal *a quo* utilizó una regla de tres aplicada a las cantidades totales autorizadas, sobre la cual liquidó el monto de los perjuicios, método que se apartó del supuesto fáctico de las cantidades adicionales, dado que no identificó las cantidades con base en los hechos probados, sino que las extrajo de un cálculo aritmético.

Observado lo anterior, con base en el análisis del acervo probatorio, la Sala considera que le asiste la razón al Invías en cuanto a que el mayor valor de obra por el supuesto 125% debió relacionarse y sustentarse con base en las actas de obra y, especialmente, en el acta final de septiembre de 1982, suscrita por los representantes de la firma interventora y el supervisor del contrato.

Por otra parte, se agrega que el dictamen tampoco tuvo en cuenta el acta final de septiembre de 1982, según se observa en la relación de documentos anexos, que termina con el acta No. 32 de 1981 y no incluye el acta final que no fue considerada por el perito.

A continuación se analizan las pruebas que no tuvo en cuenta el Tribunal *a quo*, de las cuales se infiere que las mayores cantidades fueron reconocidas y pagadas en la liquidación del contrato:

**9.2.1.** Memorando de agosto 21 de 1981 de la firma interventora, en el cual se realizó un recuento de los acarreos realizados para terraplenes, que se expresaron en metros cúbicos por kilómetro recorrido. Estimó que *“al haber sido transportado el material de una zona de préstamo es justo reconocer el acarreo”*.

El material transportado, incluyendo esa consideración, ascendió a 227.428,13 M3/Km[[102]](#footnote-102). Este memorando de la interventoría indica que el cambio en la fuente de materiales fue reconocido por la interventoría dentro del cálculo de cantidades, bajo el acápite de material de préstamo.

**9.2.2.** Oficio CS 09455 de 4 de agosto de 1982, suscrito por el director de carreteras del Ministerio de Obras Públicas, en el cual se pronunció sobre los puntos divergentes entre el contratista y la firma interventora, indicó las cantidades a reconocer dentro de los máximos autorizados y advirtió los errores en los cálculos del cobro de transporte que debían ser corregidos, entre los cuales se destacan (se transcribe de forma literal):

*“I Obra pendiente de pago en preactas 25 (agosto/80) y 26 (septiembre de 1980),*

*“(…) el volumen de obra ejecutada correspondiente al ítem 31 ‘suministro de material seleccionado para rellenos de las Canteras’ es de 230.147,56 M3, es decir, el máximo autorizado por el Comité de Precios Unitarios.*

*“Los volúmenes del material que ha sido necesario colocar y sobrepasen el cupo fijado por el Comité de Precios Unitarios, se pagarán una vez que se haya hecho la evaluación de cantidades ejecutadas en este ítem de acuerdo a los precios fijados como ‘Excavaciones’ (Capitulo iV, numeral IV 1.1.) de las especificaciones particulares de construcción relativas a la licitación materia del contrato.*

*“V) Revisión de los pagos o excavaciones en roca (…) la Dirección de carreteras fija, en base a los estudios adelantados por la firma SENIOR VIANA, interventora del contrato, (…) la siguiente relación de volúmenes de corte efectuados sobre la vía en desarrollo del contrato No. 358-76 (…) Material Común M3 ….339.145, 07 M3 y Roca M3……22.172,88 M3.*

*“VI) Acarreo de material en terraplenes (…) Al revisar las preactas del contrato No. 358-76, se ha observado que para efectos del cobro del transporte volumen del terraplén, se viene dividiendo éste por ‘coeficientes o factores provisionales de contracción’; como quiera que esta consideración no es congruente con las especificaciones anteriormente citada [capítulo IV, numeral IV 3.3. Medida – metros cúbicos de material compactado] además de la revisión que se efectúa al volúmen de los terraplenes, se revisarán los correspondientes acarreos para establecer las cantidades realmente ejecutadas y evaluarlas de acuerdo con las normas contractuales”[[103]](#footnote-103).*

**9.2.3.** Acta de obra final de septiembre de 1982, suscrita por los interventores y el supervisor del contrato, sin firma por parte del contratista. En esta acta se detallan las distintas partidas de pago discriminadas por cantidades y precios unitarios, con sus valores originales, valores de cantidades modificadas y los correspondientes valores en pesos por concepto de obras ejecutadas. En la columna de modificaciones se aprecian unas cantidades con signo positivo y otras con signo negativo, lo cual evidencia los ajustes realizados de acuerdo con las cantidades ejecutadas. De conformidad con esta acta, el valor final de ejecución arroja un monto negativo de $16’415.492[[104]](#footnote-104), por menores cantidades.

**9.2.4.** Acta de recibo definitivo de obra del contrato 358 de 1976, levantada el 9 de marzo de 1983, en la cual se describió de manera general la clase de obra y se dejaron las siguientes constancias de su abandono, así (se transcribe de forma literal):

*“Es importante anotar que desde el mes de abril de 1981, fecha en la cual se suspendieron los trabajos, la obra se encuentra en total estado de abandono.*

*“Los cortes efectuados para dar paso a las vías muestran derrumbes que impiden el paso de vehículos.*

*“Los terraplenes muestran a su vez erosión pronunciada, las obras de arte, algunas inconclusas y aún las terminadas, presentan señales de deterioro y sedimentación de materiales dentro de ellas.*

*“La calzada se encuentra cubierta parcialmente por una vegetación raquítica y los propietarios de las tierras aledañas a la vía han cerrado con cercas el paso por la vía para definir los límites de las tierras y corrales”[[105]](#footnote-105).*

Es importante aclarar que el acta se encuentra suscrita por Eugenio Maza, subdirector del distrito No. 3, Manuel Zapatero, ingeniero supervisor, Humberto Viana representante de la firma interventora Senior & Viana, Régulo Massi, interventor residente de la misma firma, y Manuel López, auditor ante el distrito No. 3. El espacio de la firma de Édgar Botero, en representación de las contratistas, se encuentra en blanco.

La Sala da credibilidad a esta prueba documental, que no fue objeto de análisis por el Tribunal *a quo*, la cual permite evidenciar que el contratista no completó el 100% de ejecución dentro del plazo previsto y, por el contrario, dejó en estado de abandono las obras, unos meses antes del vencimiento del plazo contractual.

**9.2.5.** Consta en el expediente la certificación de pagos del contrato No. 358/76 y sus adicionales, con referencia “*Memorando LR-12454-17-VI-83 (radicación # 201-20-VI-83”* [20 de junio de 1983]) en cuya parte final, después de los renglones correspondientes a los valores de anticipo, amortización y de cada una de las obligaciones pagadas, actas No. 1 a No. 32, se indicó (se extracta en forma literal[[106]](#footnote-106))

|  |  |
| --- | --- |
| *“Valor Obra* | *Valor ajustes* |
| *“$57’900.950,90* | *$71’026.122,96* |

“(…)

*“Para efectos de la liquidación, se suma a lo pagado el valor de la multa de $175.428, 46 descontado de las Actas de Obra y ajuste definitiva No. 23 comprobante No. 965/80, para un total pagado de. …………..……$132’232.163,68.*

*“Debe por concepto de Anticipo la suma de…………… …… $3’305.089,82”.*

La fecha del último pago registrado en esa certificación, en el renglón 19 del segundo folio, corresponde a la obligación contenida en el acta No. 32 de “IV-81” (abril de 1981).

Las firmas de la certificación corresponden a Mario A. Prieto González, jefe de la División de Presupuesto y Contabilidad y María Nubia Avendaño de Vargas, Jefe de la Sección de Crédito y Presupuesto del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Esta prueba corrobora el estado financiero al término del contrato, acredita que sí se reconocieron ajustes y se realizaron pagos de todas las actas presentadas y que el contratista no amortizó la totalidad del anticipo y tampoco lo reintegró al término del contrato.

Por ello, la Sala encuentra que asistió la razón al Invías en su recurso de apelación al argumentar que no hubo enriquecimiento sin causa en relación con el anticipo y que, no podía incluirse su valor en las cuentas del supuesto desequilibrio financiero, de manera que no pueden proceder las pretensiones correspondientes de la parte actora.

Por otra parte, tal como se observó en el dictamen, al término del contrato se evidenció que el contratista solo ejecutó el 77.8 % del valor básico total del contrato inicial[[107]](#footnote-107).

Las pruebas anteriores evidencian que el contratista incumplió con la entrega de la obra a satisfacción.

**9.2.6.** Siguiendo con el recuento de los asuntos referidos a las cantidades, se observa que, con posterioridad a la terminación del contrato, el contratista se reunió con la interventoría, según consta en el acta de la reunión de 7 de julio de 1983, en la cual expuso que “*hasta la fecha y por motivos ajenos al control de nuestro consorcio, no ha sido posible la confrontación de las cantidades de obra para efectos del acta final de liquidación”* y, en esa oportunidad, solicitó una determinación al respecto.

En dicha acta consta que, en atención a los comentarios del contratista, el interventor manifestó que no podía entrar a realizarr nuevas reclasificaciones o a modificar cantidades ejecutadas, al afirmar (se transcribe de forma literal):

*“Por otra parte de acuerdo a la reclasificación de las excavaciones y los volúmenes fijados por la dirección de carreteras, SENIOR VIANA LTDA encuentra inmodificables estas cantidades”[[108]](#footnote-108).*

En esa reunión, el ingeniero supervisor indicó que, en razón de lo expuesto por el ingeniero Régulo Massi, representante de la interventoría, la firma contratista *“se verá sometida a la decisión que pueda tomar el M.O.P.T. en Bogotá en cuanto a la liquidación de los mencionados contratos una vez se conozcan las conclusiones a que se llegó en esta acta”[[109]](#footnote-109).*

**9.2.7.** Debe precisarse que las anteriores pruebas se aprecian en el contexto legal de la liquidación unilateral de cuentas que podía establecer el Fondo Vial Nacional ante la renuencia del contratista a firmar, toda vez que, en cuanto a la liquidación del contrato administrativo, el Decreto-ley 150 de 1976 indicó la procedencia de una cuenta de liquidación unilateral, al disponer que la entidad definiría el saldo final del contrato, a cargo del contratista, mediante actas firmadas por “*el Jefe de la entidad contratante, o quien él encargue por resolución; el contratista,* ***y en el evento en que éste se negare, el interventor o quien haga sus veces,*** *y el respectivo Auditor Fiscal*”  (la negrilla no es del texto).

El citado Decreto-ley 150 otorgó mérito ejecutivo a las actas de liquidación en la siguiente disposición:

*“Artículo 193. Del contenido de la liquidación. Las diligencias de liquidación, que siempre constarán en actas, determinarán las sumas de dinero que haya recibido el contratista y la ejecución de la prestación a su cargo.*

*“Con base en dichas actas* ***se determinarán las obligaciones a cargo de las partes, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar, si a ello hubiere lugar, todo de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato.***

*“****El acta final de liquidación, que deberá ser aprobada por el Jefe de la entidad contratante, si él no hubiere intervenido, presta mérito ejecutivo ante la jurisdicción coactiva contra el contratista y su garante en cuanto de ella resultaren obligaciones económicas a su* cargo**” (la negrilla no es del texto).

Por tanto, aunque solo al expedirse el Decreto-ley 222 de 1983 se estableció la exigencia de una “*resolución motivada”* para el propósito de la liquidación unilateral, puede considerarse que los documentos aportados constituyen prueba de las cantidades finalmente liquidadas y de la fuerza ejecutiva que tenía esa liquidación, tanto así que con base en ella se podía cobrar el saldo a cargo del contratista.

Como consecuencia, proceden los argumentos del Invías y se derrumba la consideración de que quedaron cantidades de obra por pagar al término del contrato.

**9.2.8.** Siguiendo con las pruebas, se observa que tres años después del levantamiento de las actas unilaterales, el contratista retomó el tema y solicitó, en comunicación de marzo 1 de 1985, dirigida al secretario general y técnico del Ministerio de Obras Públicas, la designación de un representante para realizar la liquidación de las obras.

**9.2.9.** En atención a lo anterior, dos años después de acta de 9 de marzo de 1983 el Ministerio de Obras Públicas y Transporte pareció aceptar que revisaría el tema, dado que mediante Resolución 001900095 de 19 de noviembre de 1985, el director de carreteras nombró dos delegados para realizar y valorar la liquidación del contrato*, “previa evaluación de las cantidades de obra”[[110]](#footnote-110).*

**9.2.10.** La Sala entiende que en esa oportunidad se estaba revisando el estado de cumplimiento del contratista, de cara a nuevas licitaciones, por cuanto mediante comunicación No. 160-85 de diciembre 11 de 1985 dirigida al Ministerio de Obras Públicas, Botero Aguilar y Cia remitió el acta de autorización de la junta de socios para participar en la *“Licitación 033-85 adjudicada por el Fondo Vial Nacional”.*

.

**9.2.11.** También se advierte que, mediante comunicación No. 031-86 de junio 18 de 1986, Conic Ltda presentó una solicitud para revisión de precios unitarios del Contrato 358 de 1976, retomando el asunto para reabrir una solicitud -*sobre el material de roca*- que no le fue aprobada al contratista.

**9.2.12.** Se refirma lo anterior, por cuanto en comunicación No. 163-86 de julio 29 de 1986, las contratistas presentaron al Ministerio un estudio de precios no previstos para *“excavación de material inadecuado”.*

**9.2.13.** Sin embargo, en ese momento, la solicitud de Conic Ltda para tratar de retomar el asunto no prosperó, dado que mediante memorando No. CP 19536 de 3 de julio de 1986, el subdirector del distrito de obras remitió al subdirector de proyectos el informe geológico del sector Tierrabaja – Arroyo de Piedra No. DG- 014-81, preparado por Armando Celis **con fecha junio 25 de 1981**, sobre *“la inspección efectuada en el tramo de construcción para el contrato No. 358 – 76”*, con la presencia de *“Senior y Viana y Uriel Chacón del Consorcio Botero y Aguilar Ltda y Conic Ltda que tiene a su cargo la construcción”[[111]](#footnote-111).* Esta prueba acredita que la interventoría, antes de la terminación y liquidación del contrato, realizó un estudio sobre las condiciones geológicas de los cortes de terreno, en la cual se soportó para no acceder a la reclasificación de excavación de roca, toda vez que esos estudios no eran concluyentes sobre el carácter de las extracciones realizadas.

**9.2.14.** En atención a la solicitud del contratista, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte volvió a retomar el tema de la reclasificación solicitada; sin embargo, en el memorando 33674 de 18 de noviembre de 1990, suscrito por el jefe de la oficina de supervisión, se advirtió sobre el contenido del acta contentiva de la cuenta final de liquidación, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal):

“*De conformidad con el Acta Final de Obra de fecha septiembre de 1982, el Consorcio Contratista adeuda al Fondo Vial Nacional la suma de $16’415.492,11 representados en una disminución de cantidades de obra en los ítems que a continuación se describen: excavación en roca, excavación de material común, terraplenes, acarreo de materiales (…); respecto de los dos primeros ítems citados aparece una reclasificación teniendo en cuenta que el ítem de material común se autorizó en 192.300M3. Por lo anterior debe informarse a esta oficina la razón por la cual en el acta de obra mencionada se disminuyeron las cantidades de obra ejecutada, según acta No. 32 de abril de 1981”[[112]](#footnote-112).*

**9.2.15.** También obra en el expediente la comunicación SYV-00487-91 de 12 de enero de 1991, suscrita por el ingeniero Humberto Viana Montes, en representación de Senior y Viana Ltda, en la cual, al ser consultado con referencia a la liquidación del Contrato No. 358 de 1976, informó sobre las actividades de revisión de cantidades de obra que le solicitó el Ministerio de Obras Públicas y Transporte en los oficios TC 01867 de febrero 18 de 1981 y CS 07368 de junio de 1981 y dio cuenta de la forma como había procedido la interventoría, de la siguiente manera (se transcribe de forma literal):

*“Atendiendo las instrucciones del Ministerio de Obras Públicas y Transporte nuestra firma procedió a la revisión solicitada y los resultados se consignan en el acta final de obra de septiembre/82, Acta en la cual se modificaron los valores pagados de acuerdo con la revisión efectuada en campo. Como el resultado de nuestras investigaciones arrojó cantidades de obra inferiores a las pagadas al Contratista, fue necesario introducir ítems de valores negativos, que se incorporaron al acta final de obra para compensar las mayores cantidades de obra pagadas al Contratista, en el período durante el cual el Ministerio de Obras Públicas y Transporte ejerció la Interventoría.*

*“(…).*

*“Existe igualmente en los archivos del Ministerio los resultados de las investigaciones geológicas realizadas por Senior y Viana Ltda para determinar las clasificaciones de materiales, Vale la pena anotar que los resultados de las revisiones arrojaron unas discrepancias importantes en tal clasificación, puesto que el material que se pagó inicialmente al contratista con anterioridad al ejercicio de nuestra interventoría, como material en roca, se reclasificó posteriormente, resultando una combinación en su mayor parte de material común y en menor cuantía de material en roca. Por las razones anteriores y una vez conocidos los resultados de la revisión final efectuada por Senior y Viana Ltda, el Contratista se abstuvo de firmar dicha Acta Final, pues no estuvo de acuerdo con los resultados de las investigaciones geológicas realizadas por Senior y Viana Ltda y los aforos de cantidades de obra efectuada en terraplenes”[[113]](#footnote-113).*

Teniendo en cuenta las actas y la correspondencia referida a la cuenta final de liquidación, la Sala da credibilidad a los informes que rindió el interventor en 1991, en los cuales explicó el origen de las modificaciones a las cantidades y las razones por las cuales no pudieron llegar a un acuerdo con las contratistas para que suscribieran el acta contentiva de la cuenta final de liquidación.

Por ello, advirtiendo que en este proceso no se desvirtuó lo que indican esos informes y documentos, se concluye que no se presentó el incumplimiento en la fijación de nuevos precios y el pago de las cantidades correspondientes, contrario a lo que asumió el Tribunal *a quo*, puesto que no se acreditaron nuevas cantidades de obra ni se reclasificaron las referidas como material de roca.

Lo que las pruebas citadas indican es que el contratista propuso que se modificara el precio de las excavaciones en roca, pero no obtuvo la aprobación del interventor ni del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, ni de la entidad contratante, en tanto los estudios geológicos no dieron certeza al interventor para apoyar una modificación y, por otra parte, los cambios en las fuentes de materiales que fue necesario realizar para atender la obra de terraplenes se reconocieron en las cantidades en préstamo, dentro de la cuenta fina de liquidación del contrato.

Se agrega que el valor de la condena impuesta en primera instancia, calculado sobre el supuesto *-no probado-* de ejecución de cantidades en un 125% fue objeto de indexación o actualización por cuatro conceptos, de manera redundante y desproporcionada, toda vez que se consideraron las mismas cantidades en las distintas condenas, a saber: las cantidades de la supuesta sobre ejecución; una parte de esas mismas cantidades se indexó bajo el supuesto de reclasificación del material de roca que no fue autorizado –*según lo observó la misma sentencia de primera instancia-* y se calculó sobre estas el mayor valor de material de terraplenes y transporte, pese a que habían sido reconocidas de acuerdo con los precios pactados.

Además, el Tribunal *a quo* liquidó la condena con base en unos nuevos precios, supuestamente justificados por la demandante, pero no se detuvo en explicar de dónde los tomó ni por qué los podía aplicar a las cantidades de obra ejecutada entre 1978 y 1981.

La escogencia de las fechas para calcular los índices iniciales en la actualización también fue equivocada, por cuanto los perjuicios -*que además no estaban probados*- solo se podían reconocer como causados a partir de la fecha en que el pago hubiera sido exigible, con base en el acta de obra correspondiente, y no desde que se presentaron las preactas, dado que estas últimas indicaban clasificaciones preliminares que no fueron aprobadas, todo lo cual se ignoró en la liquidación realizada por el Tribunal *a quo*, arribando a un condena notoriamente desproporcionada, tal como lo advirtió el Invías en su recurso de apelación.

De acuerdo con este análisis, la sentencia debe ser revocada en las condenas que se refieren a mayores cantidades y obras adicionales supuestamente no pagadas, por extracción de roca, terraplenes y acarreos.

A continuación, se analiza la condena por intereses.

**9.3. Retraso en el pago de las actas de obra**

El argumento del Invías, en cuanto a que el valor del anticipo indicado en cada acta debe ser excluido del cálculo de la mora, resulta acertado, por cuanto el anticipo se recibe antes de la ejecución de la obra y se paga proporcionalmente, por compensación en cada acta, de manera que no se puede predicar la mora en su pago; sin embargo, los valores de las actas que se tomaron en el dictamen y en la sentencia, no incluyeron el monto del anticipo.

Empero, el argumento del Invías sobre la compensación con el anticipo cobra importancia si se observa que los perjuicios se deben considerar teniendo en cuenta los hechos probados acerca de la liquidación del contrato –*y el anticipo que quedó debiendo el contratista*- más aún cuando una de las pretensiones de la demanda era la liquidación por vía judicial[[114]](#footnote-114).

**9.4.** En cuanto al término para empezar a causar los intereses, no se acepta el argumento del Invías sobre la inexistencia de plazo, teniendo en cuenta que, aunque el plazo de pago de 30 días no estaba pactado en el contrato, se podía inferir de la obligación de presentar cuentas mensuales para legalizar las obras del mes anterior, de manera que el flujo financiero esperado sí podía ser entendido como de plazo mensual y la demora en el pago de las actas aprobadas y presentadas se constituía en una afectación para el contratista[[115]](#footnote-115).

**9.5.** Por otra parte, en relación con la liquidación de intereses debatida en este litigio, es pertinente observar, como afirma el Invías, que con base en la pretensión de desequilibrio económico y enriquecimiento sin causa, la tasa de interés por el retardo en los pagos -*originado entre otras en los trámites presupuestales*-, debía ser considerada bajo el concepto de equivalencia de prestaciones del Código Civil y del equilibrio de esfuerzos entre las partes del contrato, lo cual lleva a conceder que en ese supuesto no resultaría procedente liquidar la tasa máxima legal permitida *con “capitalización diaria de intereses”* -*como se formuló en algunas de las etapas de la mora liquidada en la sentencia*- al paso que, por otra parte, debe repetirse que los recursos del anticipo no causaban intereses.

Además, se puntualiza que la mora alegada en el proceso, sobre las actas de obra que se mencionaron en la condena, ocurrió entre febrero de 1979 y enero de 1980, época para la cual no existía la formulación de tasas de interés efectivo[[116]](#footnote-116), de manera que las fórmulas de cálculo que eventualmente debían aplicarse correspondían a tasas nominales.

Por ello, la tasa de liquidación de intereses para resarcir el perjuicio, en la época y según las pretensiones de la demanda, se debe reconocer al 6% derivado del código civil, durante el período de tiempo en que se presentaron los retardos en el pago de las actas.

De conformidad con lo expuesto, solo procedería la liquidación de intereses por el pago tardío de las actas de obra No. 6 a 11 y 17, con base en el 6% anual, proporcional al número de días de demora en el pago, en la siguiente forma:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **No** | **Valor del acta (sin anticipo)** | **Días tarde (más de 30)** | **Fecha de presentación** | **Fecha pago** | **Valor de intereses****(en $)** |
| 6 | 1’840’779,77 | 204 | 10/02/79 | 4/10/79 | 61.729 |
| 6ª | 1’689.687,22 | 204 | 10/02/79 | 4/10/79 | 56.662 |
| 6d | 51.015,97 | 204 | 10/02/79 | 4/10/79 | 1.711 |
| 7 | 693.839,05 | 174 | 10/03/79 | 4/10/79 | 37.031 |
| 8 | 1’294.672,03 | 144 | 10/04/79 | 4/10/79 | 30.646 |
| 9 | 4’108.689,86 | 114 | 10/05/79 | 4/10/79 | 76.996 |
| 9ª | 4’513.663,91 | 114 | 10/05/19 | 4/10/79 | 84.585 |
| 9d | 254’035 | 118 | 10/05/79 | 8/10/79 | 4.928 |
| 10d | 1’667.262,86 | 21 | 10/06/79 | 01/10/79 | 5.755 |
| 11d | 1’436.711,64 | 82 | 1/07/79 | 01/10/79 | 19.366 |
| 17 | 1’230.460.66 | 5 | 10/01/80 | 15/02/79 | 1.011 |
|  | **Total** |  |  |  | $380.420 |

Sin embargo, este valor adeudado resulta inferior al del anticipo que el contratista quedó pendiente de amortizar a la fecha de la liquidación, equivalente a la suma de $3’305.089,82 (ambos valores sin actualizar).

No debe olvidarse que a la liquidación del contrato las sumas recíprocas adeudadas deben ser compensadas para establecer el saldo final a cargo de una de las partes, por virtud de la ley, por tratarse de obligaciones exigibles, con independencia de que la excepción de compensación se haya propuesto o no en el proceso judicial.

**9.6. Imputación de los pagos**

En relación con la imputación de los pagos -*primero a intereses y luego a capital*-, vale la pena precisar que no era aplicable el artículo 1653 del Código Civil[[117]](#footnote-117), teniendo en cuenta que, una vez recibidos los valores indicados en las actas de obra, en 1979, el contratista continuó presentando otras actas de obra y recibiendo pagos sin reclamar la supuesta acreencia por el capital insoluto.

Además, no debe ignorarse que, en 1981, al término del contrato, el contratista incumplió la entrega a satisfacción de la obra y que, como indicó el dictamen, solo realizó el 77,8% del monto que se obligó a ejecutar, de manera que para la liquidación de perjuicios que se realizó por el Tribunal *a quo* era improcedente considerarlo como un contratista cumplido.

La falta de análisis de las pruebas llevó a liquidar los perjuicios bajo las fórmulas de liquidación de intereses a tasas moratorias, -*durante 20 años, más los que llevaba el proceso en curso*- de manera equivocada, toda vez que la situación de mora no era predicable, además de que se pasó por alto que la demandante no requirió al contratante para el pago de intereses de mora en ningún momento anterior a la demanda.

**9.7. No existió prueba de que se hubiera presentado el supuesto incumplimiento de la obligación de fijar nuevos precios para obra no prevista**

Vale la penar agregar a lo ya expuesto que la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta la inexistencia del acuerdo sobre los precios de la excavación en roca que pretendió el contratista, ni las razones por la cuales le fue denegada su petición en ese sentido.

**9.7.1.** En primer lugar, se reseña que la parte contratista, al presentar su propuesta, destacó su conocimiento de las fuentes de materiales, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal):

*“Se visitaron las fuentes de materiales descritas en el pliego de condiciones, Es de anotar que, nuestra empresa, Conic Ltda, en la construcción de la Avenida Santander en Cartagena explotó directamente la cantera de Bayunca, de propiedad de Don Adolfo Luna y también una cantera de Turbaco, por consiguiente conocemos suficiente las características de los principales materiales de la región”[[118]](#footnote-118).*

En el cronograma de actividades anexo a la propuesta se indicó:

*“Al iniciar trabajos en el K 13 + 600, nos facilita el empleo de la principal fuente de materiales, para sub-base, base y pavimento, que es la de Bayunca, Ahorramos también distancia de acarreos”[[119]](#footnote-119)-*

Esta afirmación excluye la existencia de hechos imprevisibles para el contratista, por razón de su conocimiento de la zona, si se agrega que las fuentes de materiales alternas que tuvieron que ser utilizadas para los terraplenes estaban previstas en los pliegos de condiciones.

**9.7.2.** Se observa que, una vez iniciado el contrato, mediante comunicación No. 057 de 17 de octubre de 1978, el contratista solicitó la reclasificación de las excavaciones, de acuerdo con las preactas 1, 2 y 3.

**9.7.3.** Obra en el expediente el Oficio No. 067 de 15 de noviembre de 1978, en el que el ingeniero de la interventoría rechazó el contenido de las preactas 1, 2 y 3 y le indicó que no debían incluir *“EXCAVACIONES EN ROCA”* hasta que se tuviera pronunciamiento del Ministerio[[120]](#footnote-120).

**9.7.4.** Dentro del informe de la visita realizada con la presencia del asesor del Banco Mundial, entre el 12 y el 19 de mayo de 1979, en el cual constan las recomendaciones del material de corte de las abscisas K 13 + 800 a K 16 + 000, se consideró la necesidad de realizar el cubrimiento de taludes y la construcción de cunetas *“para aislar la roca y evitar así su rápida meteorización”*[[121]](#footnote-121).

Ello explica que en el memorando 46708 del 18 de septiembre de 1979, el director de construcciones informó que la firma Botero Aguilar solicitó precios no previstos para el suministro de *“materiales seleccionados para relleno”*, teniendo en cuenta que dichos materiales tenían que transportarse desde la cantera Grano de Oro, dado que se advirtió que los ubicados en los sitios recomendados en el proyecto *“son expansivos”*[[122]](#footnote-122).

Se reitera que la cantera *“Grano de Oro”* estaba incluida en las fuentes de materiales identificadas en el pliego de condiciones, de manera que al momento de presentar la oferta, los precios de transporte debían ser calculados considerando las alternativas posibles, toda vez que tanto el pliego como el contrato disponían que los costos estaban a cargo del contratista.

**9.7.5.** Por último, se tiene en cuenta la exposición que realizó la propia contratista en la comunicación No.113 – 81 de junio 2 de 1981, en la cual presentó un recuento de las razones en que se fundaban las solicitudes de reclasificación de las excavaciones en los contratos 358 de 1976 y 559 de 1976.

Allí indicó que, en su criterio, se debía aplicar la clasificación por características, de acuerdo con las especificaciones generales de construcción establecidas desde 1970 -*por parte del Ministerio de Obras Públicas y Transporte*-; sin embargo, argumentó que desde esa época las especificaciones de los equipos habían avanzado y que los más actualizados contaban con desgarradores hidráulicos, lo cual permitía sustituir en gran proporción el uso de explosivos en las excavaciones en roca.

Es de importancia observar que el contratista expuso que, apoyándose en la *“libertad del proceso constructivo”,* el consorcio adquirió unos tractores Caterpillar “*D&H*” y con base en ello solicitó que se hiciera la reclasificación, teniendo en cuenta las excavaciones *“en roca”,* lo cual propuso después de la firma del contrato y ya habiendo ejecutado las obras de los primeros meses.

En esa comunicación el contratista relacionó las circulares del Ministerio en las que se indicaba que los precios se construían teniendo en cuenta los *“rendimientos”* de los equipos con base en los porcentajes fijados por esa entidad y propuso que, de acuerdo con los nuevos equipos y sus rendimientos, se establecieran nuevos precios.

El contratista argumentó que se le habían autorizado algunas actas con el ítem de excavación en roca, lo cual consideró como *“prueba inequívoca de la aprobación del F.V.N.”* y agregó que en la visita de inspección del 21 de abril de 1980 el viceministro revisó las clasificaciones y expresó *“conformidad con las mismas”*[[123]](#footnote-123).

Como se ha relacionado en esta providencia, las preactas 1, 2 y 3 no fueron aprobadas y, por otra parte, se hace notar que la observación del viceministro sobre el estado de las fuentes de materiales no significaba aprobación a tal reclasificación, la cual, se repite, no llegó a otorgarse.

Por tanto, la sentencia de primera instancia se apartó de las pruebas al declarar el incumplimiento de una obligación que no existió y al imponer una reclasificación de las cantidades para efectos de liquidar el perjuicio, la cual no resultaba imperativa por el solo hecho de que el documento de condiciones generales mencionara la categoría de excavaciones en roca.

**10. Costas**

Habida cuenta de que para el presente proceso aplica el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, el cual indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite se observa que* ninguna de ellas actuó de esa forma, se concluye que en el presente asunto no habrá lugar a imponer condena en costas.

En mérito de lo 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,

##### F A L L A

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 5 del sistema escritural en descongestión, el 24 de noviembre de 2016 y, en su lugar, **SE NIEGAN** las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**MARÍA ADRIANA MARÍN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. La sentencia incurrió en un error en el número del contrato, que era 358 y no 368. [↑](#footnote-ref-1)
2. El detalle de los conceptos que fueron materia de la condena se transcribirá en el acápite correspondiente al resumen de la sentencia apelada. [↑](#footnote-ref-2)
3. La repetición de la numeración es del texto de la sentencia. [↑](#footnote-ref-3)
4. En adelante se podrán denominar: el contratista (de acuerdo con el contrato) o las contratistas. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 299 a 329 de la AZ 3. [↑](#footnote-ref-5)
6. En adelante se podrá denominar Invías. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 560 y 561 del cuaderno principal segunda instancia y folios 420 y 421 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Teniendo en cuenta que el contrato terminó el 31 de julio de 1981 y que la demanda se presentó el 30 de abril de 2001, folio 435 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Por el cual se asignó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de las controversias contractuales (artículo 30). [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, auto de 23 de enero de 2001, folios 430 a 438 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sin día exacto de firma. [↑](#footnote-ref-11)
12. En esta acta los funcionarios de la entidad “aprehenden” la obra, más que recibirla, pues el contratista no hace presencia. [↑](#footnote-ref-12)
13. Radicación 201-20-VI-83, Folios 478 y 479 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-13)
14. Acta de 9 de marzo de 1983, folios 473 y 474 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 472 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 519 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 229 y 230 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-17)
18. Creada con fundamento en el Acuerdo No. PSAA 15-10414 del 1º de diciembre de 2015 del Consejo Superior de la Judicatura “*Por el cual se establece la transición entre los despachos de descongestión y los permanentes”.* [↑](#footnote-ref-18)
19. Cálculo de intereses de mora, con imputación de los pagos, primero a intereses y luego a capital. [↑](#footnote-ref-19)
20. Esta partida se calculó por mayor valor en la excavación en roca, sobre la suma de $23’495.850 x162,96 /0,82162- índice inicial de IPC enero de 1979 – acta de modificación 2, página 137 de la sentencia. [↑](#footnote-ref-20)
21. Esta partida se calculó con el valor de acarreo por terraplenes *“capa superior de 1.20”* $8’667.332,78 x 162,96/0.9467, índice inicial de IPC de agosto de 1979 – acta de modificación 4, página 138 de la sentencia. [↑](#footnote-ref-21)
22. Esta partida se calculó con base en 82.090,30 M3-Km de acarreo por terraplenes, sobre la suma de $2.216’438 x 162,96/1,17635, índice inicial de IPC correspondiente a junio de 1980 – pre actas 23 a 30. página 138 de la sentencia. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 628 vuelto del cuaderno principal de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-23)
24. Páginas 74 a 90 de la sentencia, folios 596 a 603 del cuaderno principal de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-24)
25. En la sentencia se incurre en un error, por cuanto el acta obrante en el expediente es de septiembre de 1982; se agrega que en dicha acta no se indicó el día en que se suscribió. [↑](#footnote-ref-25)
26. Página 98 de la sentencia, folio 607 vuelto del cuaderno principal de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-26)
27. Página 116 de la sentencia, folio 616 vuelto del cuaderno principal de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 618 del cuaderno principal de segunda instancia. página 115 de la sentencia de primera instancia. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folios 631 a 638 del cuaderno principal de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folios 725 y 726 del cuaderno principal de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folios 781 y 782 del cuaderno principal de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-31)
32. Audiencia citada en aplicación del artículo 70 de la Ley 1395 de 2010. [↑](#footnote-ref-32)
33. Milllenium Development SAS. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folio 811 y 812 del cuaderno principal de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folio 673 del cuaderno principal de la segunda instancia. [↑](#footnote-ref-35)
36. Artículos 2 y 75. [↑](#footnote-ref-36)
37. El criterio orgánico se refiere a la asignación de la jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales con base en la naturaleza de entidad pública de una de las partes del contrato, de acuerdo con la enumeración del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Este criterio fue corroborado como regla general de la determinación de la jurisdicción competente, de acuerdo con las modificaciones introducidas por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, la cual entró a regir el 8 de julio de 1998 y por el artículo 1º de la Ley 1106 de 27 de diciembre 2006. Igualmente constituye la regla general de jurisdicción y competencia en el medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) el cual entró a regir el 2 de julio de 2012. [↑](#footnote-ref-37)
38. Valor tomado del punto 1.1.2.1.1. de la demanda, correspondiente a la condena solicitada por mayor permanencia en obra, folio 2, cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-38)
39. Decreto 597 de 1988. ***“****Artículo**4°**Para los efectos del artículo 1° , letra c) de la Ley 30 de 1987, modifícase el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo así: Artículo 265. LAS CUANTIAS Y SU REAJUSTE. Los valores expresados en moneda nacional por este Código, se reajustarán en un cuarenta por ciento (40%), cada dos años, desde el primero (1° ) de enero de mil novecientos noventa (1990), y se seguirán ajustando automáticamente cada dos años, en el mismo porcentaje y en la misma fecha. Los resultados de estos ajustes se aproximarán a la decena de miles inmediatamente superior”*. [↑](#footnote-ref-39)
40. Por el cual se asignó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de las controversias contractuales (artículo 20). [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, auto de 23 de enero de 2001, folios 430 a 438 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-41)
42. *Ley 50 de 1936. “Artículo 1o.**Redúcese a veinte años el término de todas las prescripciones treintenarias, establecidas en el Código Civil, tales como la extraordinaria adquisitiva de dominio, la extintiva, la de petición de herencia, la de saneamiento de nulidades absolutas, la extintiva de censos, etc”.* [↑](#footnote-ref-42)
43. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, auto de 23 de enero de 2001, folios 430 a 438 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-43)
44. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, magistrado ponente: Joaquín Jarava del Castillo, S-262, sentencia de 9 de marzo de 1998, radicación: S-262. actor: Sociedad Colombiana de Construcciones - Sococo S.A., demandado: Nación, Ministerio de Obras Públicas y Transporte - Instituto Nacional de Vías, referencia: recurso extraordinario de súplica. En esa oportunidad se conoció el recurso de súplica contra la providencia de la Sección Tercera que había declarado la caducidad de la acción, frente al contrato # 403 de 1.973 y sus adicionales Nos. 422 de 1974 71 de 1977 y 86 de 1978, suscritos con el Fondo Vial Nacional para la construcción y pavimentación del sector Samaná - Río Claro, de la carretera Medellín - Bogotá.-“*El incumplimiento obedeció a la no cancelación del saldo por obra ejecutada que consta en el acta contractual No. 53 de diciembre de 1978”* De acuerdo con esa decisión, prosperó el recurso de súplica, se infirmó la sentencia del Tribunal de Antioquia, se condenó a los demandados al pago por concepto de mayores cantidades de obra e intereses a la tasa del 6% sobre las mismas. [↑](#footnote-ref-44)
45. Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 17333, demandante: Sociedad Constructora Regional de Vías Corvías, demandado: municipio de Ocamonte. [↑](#footnote-ref-45)
46. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, magistrado ponente: Joaquín Jarava del Castillo, S-262, sentencia de 9 de marzo de 1998, radicación: S-262. actor: Sociedad Colombiana de Construcciones - Sococo S.A., demandado: Nación, Ministerio de Obras Públicas y Transporte - Instituto Nacional de Vías, referencia: recurso extraordinario de súplica

“*Y si bien las sentencias de la Sala Plena traídas como sustento del presente recurso hacen relación a las acciones indemnizatorias de reparación directa por hechos de la administración ocurridos con anterioridad a la vigencia del decreto 528 de 1964, que modificó el régimen de prescripción extintiva por el de caducidad de tres años, las mismas premisas le son aplicables a la acción contractual, que hasta la fecha de vigencia del Decreto 01 de 1984 se regía igualmente por dicho sistema de prescripción.*

*“De allí que al aplicar la anterior tesis de Sala Plena al caso controvertido, como los hechos constitutivos del incumplimiento contractual que motivaron la presente demanda se refieren a la no cancelación de las obras ejecutadas por encima del valor del contrato según se consignó en el Acta de Liquidación No. 53 de 1978, es evidente que a la fecha de presentación de la demanda - 5 de agosto de 1986 - no habían transcurrido los 20 años de la prescripción extintiva, sin que el término de caducidad de dos años que para ese tipo de acciones introdujo el Código Contencioso de 1984 pueda afectar el término de prescripción que se inició en 1978”.* [↑](#footnote-ref-46)
47. Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera ponente María Helena Giraldo, sentencia 0132, 14 de febrero de 2002, demandante: Consultores Civiles e Hidráulicos Ltda. [↑](#footnote-ref-47)
48. Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente María Helena Giraldo, sentencia de enero 23 de 2003, demandante: Roger Fadul Pantoja. [↑](#footnote-ref-48)
49. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 5 de junio de 2008, Proceso Nº: 15001233100019880843101- 8031, Radicación Nº:8431, actor: Constructores Limitada, demandado: Fondo Vial Nacional, referencia: contractual- apelación sentencia - Decisión- Revocó la declaratoria de caducidad de la acción. “*Como quiera que el momento de la liquidación del contrato determina* ***el inicio de la contabilización del término de caducidad*** *de la acción contractual, resulta necesario establecer la oportunidad o el plazo del cual se dispone para efectuar la liquidación de un contrato de la Administración, dado que el Decreto-Ley 222 de 1983, aplicable al sub examine, no precisó período alguno dentro del cual debía agotarse la etapa de liquidación del contrato, circunstancia que condujo a que dicho vacío legal fuese resuelto por la jurisprudencia de esta Corporación, cuyas orientaciones tuvieron acogida, posteriormente, en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, norma que luego habría de ser complementada por el artículo 44, numeral 10, letras b), c) y d), de la Ley 446 de 1998”* (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-49)
50. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente (e): Hernán Andrade, sentencia de 16 de julio de 2015, radicación 25000232600020050017601 (40325), Actor Ministerio de Cultura y Desarrollo Rural, demandado: Agropecuaria El Palmarito Limitada y Seguros del Estado S.A. [↑](#footnote-ref-50)
51. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 22 de julio de 2009, radicación: 250002331000199511341 01, expediente: 17.215, actor: inversiones industriales y Pecuarias ltda. y otro, demandado: Instituto Colombiano Agropecuario –ICA-, referencia: contractual – apelación sentencia,- contrato celebrado en 1974, cuyo incumplimiento habría ocurrido en 1983 –Decisión: Se declaró la caducidad de la acción.

*“Bajo esta perspectiva, se tiene que los dos años consagrados en el inciso 7º del texto original del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, como término de caducidad de la acción contractual, comenzaron a computarse a partir del 1º de marzo de 1984, luego, los actos o hechos que generaron controversias de orden contractual con anterioridad al 1º de marzo de 1984 y que a esa fecha no se hubieren demandado, tuvieron un plazo de caducidad de dos años para incoar la respectiva acción judicial, esto es, hasta el 1º de marzo de 1986, de lo contrario, es preciso concluir que la respectiva acción caducó”.* [↑](#footnote-ref-51)
52. Artículo 163 de la Ley 446 de 1998. [↑](#footnote-ref-52)
53. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 9 de octubre de 2013, radicación número: 85001-23-31-000-2002-00289-01(25440), actor: Cooperativa de Desarrollo Territorial – Codeter, demandado: Corporación Autónoma Regional de la Orinoquia -Corporinoquia- referencia: contratos – Caducidad de la acción sobre un contrato celebrado y liquidado en 1999, en vigencia de la Ley 446 de 1998. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A sentencia de 12 de octubre de 2017, radicación: 25000232600020050017701 (53239), actor: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, demandado: Compañía Colombiana de Cereales Colcereales S.A. y Liberty Seguros S.A. (antes Latinoamericana de Seguros S.A.) – prescripción de 20 años. [↑](#footnote-ref-53)
54. En pronunciamientos posteriores a la demanda de este proceso, la jurisprudencia del Consejo de Estado se refirió a la *“actio de in rem verso”* para el caso de las prestaciones que se ejecutan sin respaldo contractual o por fuera de su plazo; sin embargo, el concepto desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación no agota las posibilidades de formular las pretensiones bajo esa institución, como sucedió en este caso, dado que se invocó el enriquecimiento sin causa como uno de los supuestos para discutir el mayor valor de cantidades ejecutadas en el plazo del contrato. [↑](#footnote-ref-54)
55. No ha sido usual que los demandantes distingan los conceptos de incumplimiento y desequilibrio económico, aunque esta Subsección tiene claro que los supuestos y las reglas de análisis son diferentes. [↑](#footnote-ref-55)
56. Ley 153 de 1887.“*Artículo**38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.*

*“Exceptúanse de esta disposición:*

*“1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y*

*“2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.* [↑](#footnote-ref-56)
57. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 14 de abril de 2010, radicación 25000232600019970366301 (17214), actor: Federico Saúl Sánchez Malagón, demandado: Distrito Capital de Bogotá -Secretaría de Obras Públicas.

*“En síntesis, de acuerdo con el criterio jurisprudencial vigente, se tiene que: (i) Ante el silencio de las partes al respecto, de conformidad con el artículo 38, numeral 2, de la Ley 153 de 1887, y en armonía con la figura de la mora,* ***los intereses de mora deben liquidarse de conformidad con la norma vigente al momento de la infracción****, de suerte que si la conducta incumplida y tardía del deudor se proyecta en el tiempo y existe durante ese lapso cambio de legislación, es menester aplicar la norma vigente que abarque el período o días de mora de que se trate. (ii) Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, la tasa del interés de mora aplicable en cada contrato que celebren las entidades públicas, ante el silencio de las partes, es la establecida en el citado numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, con independencia de que la actividad ejercida sea o no de carácter civil o comercial,* ***sin perjuicio de que ellas puedan estipular otro tipo de tasa incluso la civil o comercial sin incurrir en interés de usura.*** *(iii) En los contratos celebrados por las entidades públicas con antelación a la Ley 80 de 1993, en los cuales no se pactaron intereses de mora ante el incumplimiento, la norma aplicable para sancionar a la parte incumplida y liquidar intereses de mora por el período anterior a su entrada en vigencia, será el artículo 884 del Código de Comercio, si la parte afectada tiene la condición de comerciante o el acto es para éste de carácter mercantil (arts. 1, 10, y 20 y ss C. Co.); o el artículo 1617 del Código Civil si ninguna de las partes (contratista o entidad) tiene esa condición; y por el período posterior a la fecha de vigor de la citada Ley 80 de 1993, le será aplicable la establecida en el numeral 8º del artículo 4 ibídem para liquidar el interés de mora”* la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-57)
58. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de Julio de 2013, radicación: 25000232600020020114701, expediente: 26.937, actor: Federación Colombiana de Tiro y Caza, Demandado: IDRD, referencia: acción contractual – apelación sentencia.

*“Preliminarmente resulta útil reiterar que en el presente caso las partes pactaron un plazo para el pago de la suma adeudada y una tasa de interés moratorio que se tendría en cuenta en el evento de no pago, cláusula que se encuentra ajustada a la libertad negocial permitida a las partes contratantes bajo los dictados de la Ley 80 de 1993, la cual resultaba aplicable para la fecha en que se suscribió el Acuerdo de Reconocimiento de Mejoras con el respectivo convenio de intereses moratorios.*

*“Por lo anterior se aplicará para la presente liquidación de intereses moratorios la tasa de interés que corresponda de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria -hoy Superintendencia Financiera de Colombia- para el respectivo período de mora y, por lo tanto, se ajustará la fórmula de cálculo utilizada por el Tribunal a quo, toda vez que en ella se tomó únicamente la tasa de interés certificada para el mes de junio de cada año, cuando lo cierto es que para esta clase de eventos deben tomarse todas y cada una de las tasas de interés que fueron certificadas en cada período.”* [↑](#footnote-ref-58)
59. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth, sentencia de 12 de julio de 2012, radicación número: 85001-23-31-000-1995-00174-01(15024), actor: Nimrod Mir Ltda, demandado: municipio de Chámeza - Casanare, referencia: controversias contractuales, apelación sentencia.

*“En relación con los intereses moratorios sobre esta cifra, la Sala considera que* ***no hay lugar a condenar a la entidad territorial por tal concepto.*** *Al respecto es conveniente recordar la tesis expuesta con anterioridad –párrafo 21.4– acerca de que el acto administrativo a través del cual se impone una multa o se hace efectiva una cláusula penal pecuniaria está amparado con la presunción de legalidad, y que por tal motivo* ***solo a partir de la sentencia que lo anula se causan los intereses moratorios, pues es entonces cuando nace la obligación de pago correspondiente a cargo de la entidad****”*(la negrilla no es del texto. [↑](#footnote-ref-59)
60. Entró a regir el 18 de febrero de 1976 y estuvo vigente hasta el 2 de febrero de 1983, siendo derogado por del Decreto -ley 222 de 1983. [↑](#footnote-ref-60)
61. *Ley 80 de 1993. Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo*[*2*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#2)*o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.* [↑](#footnote-ref-61)
62. En vigencia de la Constitución Política de 1886, la Corte Suprema de Justicia, en su momento máximo tribunal constitucional, declaró la inexequibilidad de la Ley 18 de 1982, mediante la cual el Fondo Vial Nacional fue autorizado para reconocer partidas en favor de los contratistas identificados en la ley, que habían sufrido retrasos en los desembolsos presupuestales, consideró:

*“Respecto del primer caso, la Corte hace notar que se trata de incumplimiento de los contratos, y que el Congreso carece de facultad para subsanar tal irregularidad, pues sus competencias constitucionales se reducen a dar autorizaciones para la celebración de contratos, a impartir aprobación a los contratos que no tenían autorización legal previa, y a legalizar estipulaciones que excedan las autorizaciones que hubiera conferido.// (…) Además, debe insistirse en que las prohibiciones del inciso final del artículo 210 son absolutas, sin que quepan reconocimientos distintos a los hechos por la vía judicial, así como también lo es la limitación del ordinal 5° del artículo 78, en cuanto el legislador sólo puede decretar partidas destinadas a satisfacer créditos o "derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente". Lo cual no quiere decir "reconocidos por la ley", o "mediante una ley", directamente por el legislador, sino por el modo establecido en la ley para obtener esos reconocimientos, que no es otro que el de las acciones establecidas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, para que se deduzcan a cargo de la Nación las obligaciones pretendidas por los particulares, dentro de un proceso formal completo. // De otro lado, aunque la ley que se juzga tiende a subsanar un enriquecimiento sin causa por parte del Estado, como lo formuló la exposición de motivos del respectivo proyecto ("Anales del Congreso", año XXIII, número 62, edición del 1º de octubre de 1980, Pág. 859) y lo sostiene el impugnante, tal situación debe ser deducida de un proceso judicial y no directamente por la ley, ni menos por los mecanismos administrativos que se previeron en ella, como la Comisión antes mencionada”*. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Ref.: Expediente número 980 - Ley 18 de 1982, Magistrado ponente: Luis Carlos Sáchica, sentencia número 79, aprobada por acta número 68, sentencia de 21 de octubre de 1982. [↑](#footnote-ref-62)
63. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: Joaquín Jarava del Castillo, sentencia de 9 de marzo de 1.998.-radicación número: S-262, actor: Sociedad Colombiana de Construcciones - Sococo S.A., demandado: Nación, Ministerio de Obras Públicas y Transporte - Instituto Nacional de Vías, referencia: recurso extraordinario de súplica. [↑](#footnote-ref-63)
64. El avalúo por peritos, en la compraventa. [↑](#footnote-ref-64)
65. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón, concepto de 10 de agosto de 1987, radicación número: 115, Actor: Ministro de Minas y Energía, Guillermo Perry Rubio,referencia:consulta sobre la viabilidad de pactar en los contratos administrativos o de derecho privado de la administración una cláusula que permita el pago de intereses de mora a los contratistas. // *“El estricto cumplimiento de las disposiciones indicadas* [reservas presupuestales], *se vería alterado si la administración pactara el reconocimiento en favor del contratista particular de eventuales intereses moratorios, pues la ley no autoriza la constitución de reservas presupuéstales para este caso especial. // (…) No existe autorización expresa de la ley conferida a las entidades públicas para pactar en favor de los contratistas particulares el reconocimiento y pago de intereses de mora”.* [↑](#footnote-ref-65)
66. 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), demandante: Construcciones Sigma Ltda, demandada: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá d – Contrato de Obra Pública, celebrado en 1988.//  *“Teniendo en cuenta todo lo expresado, concluye la Sala que, tratándose de contratos estatales celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, en los que no se ha incluido estipulación alguna en relación con los intereses que deben pagarse en caso de incumplimiento, cuando la persona afectada tiene la condición de comerciante o el acto es para ella de carácter mercantil, no existe justificación alguna para aplicar una tasa distinta a la regulada en el artículo 884 del C. de Co., a fin de sancionar la mora en que ha incurrido uno de los contratantes, aun cuando éste es una entidad estatal.// “Distinta, sin duda, es la situación en la que el contratista no tiene la condición de comerciante, o el contrato celebrado no tiene para él carácter mercantil, evento en el cual sería aplicable el artículo 1617 del Código Civil, o aquélla en la que el contrato en el que se guardó silencio se celebró después de que la Ley 80 de 1993 comenzó a regir, o aun antes, siempre que la mora se hubiere presentado durante su vigencia, caso en el cual, según lo explicado, su aplicación estaría autorizada por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887”.* [↑](#footnote-ref-66)
67. Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.4.2. [↑](#footnote-ref-67)
68. Artículo 4 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-68)
69. En el contrato *sub lite* se ajustaron los precios, en cada acta, con el índice de precios de la construcción que en su momento fijaba el Ministerio de Obras Públicas y Transporte. [↑](#footnote-ref-69)
70. La jurisprudencia en materia de tasas de interés se ha presentado en relación con actas de obra presentadas y no pagadas en tiempo, bajo la pretensión de incumplimiento. En general, se debe considerar que los valores reclamados por concepto del desequilibrio económico no causan intereses de mora, en tanto la obligación de pago no se encuentre de plazo vencido y solo surja a partir de la sentencia. [↑](#footnote-ref-70)
71. *“Artículo 1551 CC. El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo.*

*“No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación; solo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes.* [↑](#footnote-ref-71)
72. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón, sentencia de 27 de enero de 2016, radicación número: 27001-23-31-000-2002-00806-01(34025). actor: Fondo de Proyectos de Desarrollo – FONADE, demandado: CON-OBRAS LTDA y otro, referencia: acción de controversias contractuales (apelación sentencia) – restituciones mutuas.

*“No obstante lo anterior, la determinación de la existencia misma del valor a restituir y, por supuesto, su monto, quedó sujeta a la liquidación del contrato, acto en el cual, como ya se dijo, se debe proceder a realizar el cruce de cuentas para establecer el balance financiero final del negocio jurídico y comoquiera que dicha liquidación se adopta en esta instancia judicial, no es posible considerar que a la fecha ya se hubieren generado intereses moratorios”.*

Pueden citarse, también, la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 13 de abril de 2016, radicación número: 25000-23-26-000-2010-00128-01(46297), actor: Consorcio Reforzamiento, demandado: Distrito Capital – Secretaría de Educación, referencia: acción contractual -acta de liquidación bilateral. [↑](#footnote-ref-72)
73. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 17 de agosto de 2017, radicación: 7000123300020140000601(52988), actor: Dicon Ingeniería e Inversiones Limitada – Dicon Ltda, demandado: municipio de Sincelejo, Acción: contractual – liquidación. [↑](#footnote-ref-73)
74. Cita fuera de texto. sentencia mediante la cual la Corte Constitucional decidió: *“Declarar****INEXEQUIBLE****la expresión transcurrido 90 días de la fecha ‘establecida para los pagos’, contenida en el parágrafo único del artículo 6° de la Ley 598 de 2000”*, referida a la tasa de interés que el legislador pretendió definir para actualizar los precios informados a través del Sistema de Contratación Estatal SICE, la cual se declaró inexequible. [↑](#footnote-ref-74)
75. Y, por supuesto, vencido el plazo para el pago. [↑](#footnote-ref-75)
76. Cita fuera del texto: *Dies a quo* se refiere el día inicial para causar los intereses de mora. [↑](#footnote-ref-76)
77. En el mismo sentido que lo dispone el artículo 146 del Código General del Proceso (C.G.P.) [↑](#footnote-ref-77)
78. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013. M.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Expediente: 25.022. [↑](#footnote-ref-78)
79. AZ 2. [↑](#footnote-ref-79)
80. AZ 3. [↑](#footnote-ref-80)
81. Las dos sociedades se denominaron conjuntamente *“El Contratista”* y se obligaron en forma solidaria, según se dispuso en el contrato. No se utilizó de manera expresa la figura legal del consorcio, tal como fue introducida por el Decreto-ley 222 de 1983 y luego por la Ley 80 de 1993; sin embargo, se observa que en la correspondencia referida a la ejecución del contrato “*El Contratista*” obraba a través de un representante. [↑](#footnote-ref-81)
82. Folio 240 de la AZ 3. Se destacan estos precios del contrato inicial, en tanto se relacionan con el asunto materia del debate en este proceso. [↑](#footnote-ref-82)
83. Folio 212 de la AZ 3. [↑](#footnote-ref-83)
84. Folio 259 de la AZ 3. [↑](#footnote-ref-84)
85. Folios 247 y 248 de la AZ 3. [↑](#footnote-ref-85)
86. Folios 249 y 250 de la AZ 3 [↑](#footnote-ref-86)
87. Folio 313 de la AZ 3. [↑](#footnote-ref-87)
88. Folios 251 y 252 de la AZ 3. [↑](#footnote-ref-88)
89. Folio 373 de la AZ 3 [↑](#footnote-ref-89)
90. Si bien se encontró dentro de las actas que sufrieron demoras en su pago, por más de 144 días, según los documentos obrantes en el plenario, el acta de obra No. 8 se pagó el 4 de octubre de 1979. [↑](#footnote-ref-90)
91. Folio 379 de la AZ 3. [↑](#footnote-ref-91)
92. Folio 315 de la AZ 3. [↑](#footnote-ref-92)
93. Folio 395 de la AZ 3. Con base en esta prueba se observa que las cantidades eran variables, pero controladas por el interventor, en ese momento funcionario del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, en cuanto al tope de ejecución, medido contra el presupuesto aprobado. [↑](#footnote-ref-93)
94. Folio 314 de la AZ 3. [↑](#footnote-ref-94)
95. Folio 401 de la AZ 1. [↑](#footnote-ref-95)
96. Folio 399 de la AZ 1. [↑](#footnote-ref-96)
97. Folio 396 de la AZ 1. [↑](#footnote-ref-97)
98. Folio 438 de la AZ 1. [↑](#footnote-ref-98)
99. Folio 464 de la AZ 1. [↑](#footnote-ref-99)
100. *“Artículo 17. De los requisitos. SaIvo disposición legal en contrario, la celebración de contratos suscritos por parte de la Nación, se someterá a los siguientes requisitos: (…) b. Aprobación y registro presupuestales”.*

**“(…).**

***“Artículo 34****. De la aprobación y el registro presupuestales. Los contratos que celebre la Nación estarán sujetos a la aprobación y registro presupuestal de la Dirección General de Presupuesto, operaciones que se cumplirán por las Divisiones y Secciones Delegadas ante la respectiva entidad, para la cual éstas deberán verificar: (…).*

***“Artículo 54.****De la subordinación a las apropiaciones presupuestales. En todo contrato que afecte el Presupuesto Nacional deberá estipularse precisamente que la entrega de las sumas de dinero a que la entidad contratante queda obligada, se subordina a las apropiaciones que de las mismas se haga en los respectivos presupuestos. // La entidad contratante se comprometerá a incluir las partidas necesarias en su proyecto o proyectos anuales de gastos.*

***“Artículo 202.****De la prohibición de ejecutar contratos no perfeccionados. Solo podrá iniciarse la ejecución de los contratos que estuvieren debidamente perfeccionados. En consecuencia, con cargo a los convenios a que se refiere el presente Decreto no podrá pagarse suma alguna de dinero ni el contratista iniciar labores, mientras no se haya dado cumplimiento a los requisitos y formalidades que en este Estatuto se establecen”* [↑](#footnote-ref-100)
101. *“Sobre reorganización de la contabilidad oficial y creación del Departamento de Contraloría”*, vigente hasta el 26 de enero de 1993, cuando fue derogada por la Ley 42 de 1993. [↑](#footnote-ref-101)
102. Folios 465 a 475 de la AZ 1 [↑](#footnote-ref-102)
103. Folio 480 de la AZ 1. [↑](#footnote-ref-103)
104. Folios 476 y 477 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-104)
105. Folio 474 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-105)
106. Esta prueba consiste en una planilla en formato del Ministerio en la que se relacionan los valores de ejecución del contrato, con los datos de: número de compromiso presupuestal, actas y valores pagados. [↑](#footnote-ref-106)
107. Página 5 del dictamen, cuaderno 2 de pruebas. [↑](#footnote-ref-107)
108. Folio 375 de la AZ 1. [↑](#footnote-ref-108)
109. Folio 376 de la AZ 1. [↑](#footnote-ref-109)
110. Folio 482 de la AZ 3. [↑](#footnote-ref-110)
111. Folio s 17 a 26 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-111)
112. Folio 475 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-112)
113. Folio 472 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-113)
114. La denegación de la pretensión de liquidación no fue objeto del recurso de apelación, razón por la cual no se cuestionará el silencio que se guardó sobre ella en la sentencia. [↑](#footnote-ref-114)
115. Se reitera lo dicho en esta providencia en el sentido de que si el contratista estaba obligado a presentar actas de avances de obra mensual, correlativamente se puede entender que el flujo financiero al que se obligaba el Fondo Vial Nacional era de carácter mensual, por lo cual, en tanto estuviera cumpliendo, el contratista podía esperar el pago en forma mensual, aunque en este caso no tuviera lugar la inserción del artículo 855 del C.Co., por tratarse de un contrato que se rigió por el Decreto-ley 150 de 1976 [↑](#footnote-ref-115)
116. Que vinieron a introducirse con fuerza de ley a partir de la reforma financiera contenida en la Ley 45 de 1990. [↑](#footnote-ref-116)
117. *“…Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital.* ***Si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados****”.* [↑](#footnote-ref-117)
118. Folio 215 de la AZ 3. [↑](#footnote-ref-118)
119. Folio 215 de la AZ 3. [↑](#footnote-ref-119)
120. Folio 264 de la AZ 3. [↑](#footnote-ref-120)
121. Folio 323 de la AZ 3. [↑](#footnote-ref-121)
122. Folio 332 de la AZ 3. [↑](#footnote-ref-122)
123. Folios 439 a 448 de la AZ 1. [↑](#footnote-ref-123)