



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022)

**Expediente:** 150012333000201300350 01 (55.214)  
**Demandantes:** Ana María Benítez Camargo, Adriana Rocío Benítez Camargo y otros  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías -INVIAS-  
**Acción:** Controversias contractuales  
**Asunto:** Sentencia de segunda instancia

Surtido el trámite de ley sin que advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandado en contra de la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

La controversia versa sobre los incumplimientos que los integrantes del Consorcio B&B le imputan al Instituto Nacional de Vías en relación con el pago de las actas de obra Nos. 6 y 7 y sus respectivos ajustes, emanadas del contrato de obra No. 498 del 19 de agosto de 2010. Como consecuencia de dicha declaratoria de incumplimiento, pretenden que se les pague el valor de las actas junto con los respectivos intereses moratorios. Por último, solicitan que se declare la terminación del contrato de obra No. 498 de 2010 y que se realice su liquidación.

**I. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 30 de abril de 2015, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá resolvió:

**“PRIMERO.- DECLARAR** que el Instituto Nacional de Vías -INVIAS- incumplió el Contrato de Obra No. 498 de 2010, suscrito con el Consorcio B&B representado legalmente por Adriana Rocío Benítez, al no pagarle en oportunidad las actas parciales de obra Nos. 6 y 7 junto con sus respectivos ajustes.

**SEGUNDO.-** Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** al Instituto Nacional de Vías -INVIAS- a pagar al Consorcio B&B representado legalmente por Adriana Rocío Benítez, las siguientes sumas:

Valor de las Actas No. 6 y 7 (con ajustes)	\$729.472.989,00
Indexación Actas No. 6 y 7 (con ajustes)	\$73.463.364,00
Intereses Moratorios	\$132.515.258,00

**TOTAL: NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS ONCE PESOS M/CTE (\$935.451.611,00)**

**TERCERO.- LIQUIDAR** el Contrato de Obra No. 498 de 2010, celebrado entre el INVIAS y el Consorcio B&B representado legalmente por Adriana Rocío Benítez.

**CUARTO: CONDENAR** en COSTAS a la parte vencida, Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, liquidense por Secretaría. Se fija como agencia en derecho la suma de noventa y tres millones quinientos cuarenta y cinco mil ciento sesenta y un pesos M/cte (\$93.545.161,00).

**QUINTO:** Dar cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente dejando las constancias del caso.<sup>1</sup>

2. El anterior proveído decidió la demanda<sup>2</sup> presentada el 11 de abril de 2013<sup>3</sup> por Adriana Rocío Benítez Camargo, Alfonso Gómez León, Ana María Benítez Camargo e Iader Wilgem Barrios (en conjunto, los demandantes), integrantes del Consorcio B&B, representado legalmente por la primera de los mencionados<sup>4</sup> (en adelante, el Consorcio o el contratista) cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos se desarrollan a continuación:

### Pretensiones

3. La parte actora formuló las siguientes pretensiones declarativas y de condena<sup>5</sup>:

#### **“A. DECLARACIONES**

**PRIMERA: DECLARAR LA EXISTENCIA DEL CONTRATO QUE EL DEMANDADO – INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS,** representado legalmente por el señor Director General el Doctor **CARLOS ALBERTO ZÚÑIGA,** o quien haga sus veces al momento de la notificación, cuyo domicilio es la Ciudad de Bogotá Carrera 59 No. 26-60 CAN y el **CONSORCIO B&B,** integrado por los señores Adriana Rocío Benítez Camargo, Alfonso Gómez León, Ana María Benítez Camargo e Iader Wilgem Barrios, celebraron con el número 498 de 2010, y cuyo objeto era la ‘reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de las vías dentro del programa de pavimentación de infraestructura vial de integración y desarrollo Regional – Plan 2500 para la vía ‘troncal – Togui del K33 al K7+000, con una longitud total de 3,65 kms, en el Departamento de Boyacá’, suscrito el día 19 de agosto de 2010.

**SEGUNDA: DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DEMANDADO – INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS [...] DEL CONTRATO 498 DE 2010 SUSCRITO CON EL CONSORCIO B&B [...] el 19 de agosto de 2010<sup>6</sup>.**

**TERCERA: QUE SE DISPONGA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO 498 DE 2010 [...] suscrito entre las partes por haberse ejecutado en su totalidad de acuerdo al objeto convenido, para lo cual se tendrá en cuenta la amortización del anticipo que le fuera girado al contratista.**

<sup>1</sup> Folios 213 y 214, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>2</sup> La demanda inicial obra a folios 5 a 32 cuaderno 1. La demanda subsanada fue presentada el 24 de mayo de 2013 y obra a folios 45 a 70, cuaderno 1.

<sup>3</sup> De conformidad con el sello de recibido impuesto por la Oficina Judicial de Tunja (folio 32, cuaderno 1).

<sup>4</sup> Vale destacar que tanto la demanda original como la demanda subsanada (radicada el 24 de mayo de 2013) fueron presentadas antes de que la Sección Tercera del Consejo de Estado unificara su posición en relación con la capacidad para ser parte procesal de las uniones temporales y los consorcios, lo cual ocurrió a través de sentencia del 25 de septiembre de 2013 (Exp. 19.993).

<sup>5</sup> Folios 47 a 49, cuaderno 1.

<sup>6</sup> La Sala anota que, en honor a la brevedad, cuando en una parte de una pretensión se incluyan puntos suspensivos dentro de corchetes “[...]” es porque los demandantes transcribieron, en extenso, bien la identificación del INVIAS en tanto demandado o el objeto del contrato de obra No. 498 de 2010.

**CUARTA: QUE SE DECLARE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO 498 DE 2010 [...] suscrito entre las partes el 19 de agosto de 2010 por haberse ejecutado en su totalidad.**

## **B. CONDENAS**

**QUINTA: QUE SE CONDENE AL DEMANDADO – INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, [...] A PAGAR** a los señores Adriana Rocío Benítez Camargo, Alfonso Gómez León, Ana María Benítez Camargo e lader Wilgem Barrios como integrantes del consorcio B&B, la **SUMA DE \$20.495.829.00, VALOR RESULTANTE DE LA DIFERENCIA DEL VALOR TOTAL DEL ACTA No 6 DE \$310.647.620,00 MENOS LA AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO DE \$290.151.791,00 Y EL VALOR DEL AJUSTE POR LA SUMA DE \$7.485.033,00**, cuyos valores corresponden al básico más IVA sin actualizar y que fuera elaborada el 23 de octubre de 2011, ésta acta fue radicada el 14 de diciembre de 2011 y hasta el día 10 de abril de 2012 les fue entregada al consorcio por parte de la interventora debido a que INVIAS no incluyó la reserva respectiva.

**SEXTA: QUE SE CONDENE AL DEMANDADO – INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, [...] A PAGAR** a los señores Adriana Rocío Benítez Camargo, Alfonso Gómez León, Ana María Benítez Camargo e lader Wilgem Barrios como integrantes del consorcio B&B, la **SUMA DE \$672.807.962,00, VALOR RESULTANTE DE LA DIFERENCIA DEL VALOR TOTAL DEL ACTA No 7 DE \$1.159.678.192,00 MENOS LA AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO DE \$486.870.230,00 Y EL VALOR DEL AJUSTE POR LA SUMA DE \$28.684.165,00**, cuyos valores corresponden al básico más IVA sin actualizar y que fuera elaborada el 31 de enero de 2012.

**SÉPTIMA: QUE SE CONDENE AL DEMANDADO – INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, [...] A PAGAR** a los señores Adriana Rocío Benítez Camargo, Alfonso Gómez León, Ana María Benítez Camargo e lader Wilgem Barrios como integrantes del consorcio B&B, **AL PAGO [sic] DEL INTERÉS MORATORIO MÁXIMO LEGAL SOBRE LA SUMA DEL VALOR CORRESPONDIENTE A LA DIFERENCIA DEL VALOR TOTAL DEL ACTA No 6 Y LA AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO sobre el valor de \$20.495.829 y el ajuste de \$7.485.033,00**, elaborada el 23 de octubre de 2011 y que fuera presentada el 14 de diciembre de 2011; desde el 14 de marzo de 2012 y hasta cuando se efectúe el pago total de la obligación, como lo señala el parágrafo 1 de la cláusula novena del contrato.

**OCTAVA: QUE SE CONDENE AL DEMANDADO – INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, [...] A PAGAR** a los señores Adriana Rocío Benítez Camargo, Alfonso Gómez León, Ana María Benítez Camargo e lader Wilgem Barrios como integrantes del consorcio B&B, **AL PAGO [sic] DEL INTERÉS MORATORIO MÁXIMO LEGAL SOBRE LA SUMA DEL VALOR CORRESPONDIENTE A LA DIFERENCIA DEL VALOR TOTAL DEL ACTA No 7 Y LA AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO sobre el valor de \$672.807.962 y el ajuste por valor de \$28.684.165**, elaborada el 31 de enero de 2012, desde el 7 de febrero de 2012 cuando fuera presentada al demandado y hasta cuando se efectúe el pago total de la obligación, como lo señala el parágrafo 1 de la cláusula novena del contrato.

**NOVENA: QUE COMO CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR, SE CONDENE A LA ENTIDAD DEMANDADA: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, [...] AL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA** de acuerdo con lo señalado en los artículos 192 y 195 del CC.A – ley 1437 de 2011.

**DÉCIMA: QUE COMO CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR, SE CONDENE A LA ENTIDAD DEMANDADA: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, [...] AL PAGO DE COSTAS Y GASTOS PROCESALES.”**

## Hechos

4. En apoyo de sus peticiones, la parte actora relató, en síntesis, los siguientes hechos:

4.1. Indicó que, previo proceso de licitación pública, el 19 de agosto de 2010 el Instituto Nacional de Vías (en adelante, INVIAS o el demandado) y el Consorcio celebraron el contrato No. 498 de 2010, cuyo objeto consistió en ejecutar las obras de reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la troncal Togüí del K3+350 al K7+000 —con longitud de 3,65 kilómetros—. El valor se pactó en \$2.177'741.934 y el plazo en 4 meses, los cuales comenzaron a correr a partir de la orden de inicio expedida el 12 de octubre de 2010; no obstante, debido a tres prórrogas y tres suspensiones, finalizó el 16 de diciembre de 2011.

4.2. Relató que, el 20 de septiembre de 2010, el INVIAS le pagó al Consorcio el anticipo pactado por \$1.041'439.920, el cual fue invertido en su totalidad de conformidad con el plan financiero previamente aprobado por la interventoría. Agregó que, de conformidad con la cláusula tercera del contrato, el INVIAS se obligó a reservar \$2.177'741.934 —incluido IVA— para atender los costos asociados a la ejecución de las obras básicas y complementarias del objeto contractual.

4.3. Dijo que, de conformidad con el parágrafo primero de la cláusula novena del contrato, el INVIAS pagaría las actas de obra elaboradas por el Consorcio y avaladas por la interventoría dentro de los 90 días calendario siguientes a la fecha de su presentación y, en caso de mora, pagaría intereses moratorios equivalentes a la tasa legal civil vigente sobre el valor actualizado de la respectiva acta, según lo establece el Decreto 679 de 1994.

4.4. Afirmó que durante la ejecución del contrato se elaboraron y presentaron 7 actas de obra, de las cuales solo las primeras 5 fueron pagadas por el INVIAS<sup>7</sup>. Señaló que el valor de las actas Nos. 6 y 7 —y sus respectivos ajustes— fueron los siguientes: (i) \$310'647.620 por el acta No. 6, menos \$290'151.791 por concepto de amortización del anticipo; (ii) \$1.159'678.192 por el acta No. 7; \$486'870.230 por concepto de amortización del anticipo; (iii) \$7'485.033 por concepto de ajustes al acta No. 6; y (iv) \$28'684.165 por los ajustes al acta No. 7<sup>8</sup>.

4.5. Señaló que el acta No. 6 fue presentada al INVIAS el 14 de diciembre de 2011, por lo cual los 90 días pactados para su pago vencieron el 14 de marzo de 2012, fecha a partir de la cual el demandado se constituyó en mora. Dijo que, apenas el 10 de abril de 2012, el interventor devolvió el acta y las facturas al Consorcio sin gestionar trámite alguno para su pago y afirmó que la razón de la devolución consistió en que el INVIAS no había llevado a cabo la reserva presupuestal necesaria para honrar su compromiso.

4.6. Precisó que el acta No. 7 fue suscrita por el Consorcio el 31 de enero de 2012 —concomitantemente con la suscripción del acta de entrega y recibo definitivo de la obra— y la presentó al demandado el 7 de febrero de 2012 para su trámite y

<sup>7</sup> Señaló que el valor que se amortizó del anticipo mediante estas actas fue \$264'417.899.

<sup>8</sup> La Sala anota que los demandantes no precisaron cuál fue la fuente de los ajustes que dice se hicieron respecto de las actas Nos. 6 y 7.

pago. Sin embargo, el INVIAS se negó a recibir el documento argumentando que las vigencias fiscales con cargo a las cuales se harían los pagos asociados al contrato ya habían vencido. Afirmó que el reproche era infundado en la medida en que era imposible presentar dicha acta sin antes haber entregado la obra, tal y como se estableció en el contrato.

4.7. Manifestó que la obra fue recibida a satisfacción por el INVIAS y por el interventor designado por este Instituto el 31 de enero de 2012 —pese a que las obras estaban completas desde el 16 de diciembre de 2011—, y que el Consorcio ejecutó cabalmente sus obligaciones, a pesar de lo cual el Instituto incumplió con el pago de las actas Nos. 6 y 7.

4.8. Señaló que el INVIAS pretende excusar su incumplimiento en circulares y directrices internas de la entidad relacionadas con disposiciones presupuestales que no hacen parte del contrato de obra No. 498 de 2010, según la definición de los documentos del contrato de que trata la cláusula vigésima sexta, ni eran conocidas por el Consorcio al momento de celebrarse el negocio jurídico.

4.9. Afirmó que el contrato no fue liquidado en los términos de la cláusula vigésima tercera y que, durante el trámite de conciliación prejudicial, el INVIAS no aportó los documentos que estaban en su poder por lo que el acuerdo al que llegaron las partes fue improbadado por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante auto del 31 de enero de 2013.

### **Los fundamentos de derecho de la demanda**

5. En el acápite de fundamentos de derecho, la parte actora desarrolló los siguientes argumentos jurídicos en que se soportan sus pretensiones:

5.1. Afirmó que, aunque el Consorcio ejecutó cumplidamente sus obligaciones, el INVIAS, injustificadamente, no pagó el valor de las actas Nos. 6 y 7, lo que generó unos perjuicios que deben ser resarcidos. Puntualmente, señaló que, aparte de los valores de las actas, el INVIAS debe pagar los intereses moratorios causados a partir de los 90 días de la fecha de su presentación, a la tasa comercial corriente, intereses que, a la fecha de presentación de la demanda, ascendían a: (i) \$6'848.723,96, causados sobre el valor del acta No. 6; (ii) \$2'501.139,37, causados sobre el acta de ajustes No. 6; (iii) \$245'482.114,70, causados sobre el valor del acta No. 7; y (iv) \$10'465-764,20, causados sobre el valor del acta de ajustes No. 7.

5.2. Señaló que el INVIAS vulneró el principio de buena fe y el derecho al debido proceso de los demandantes en la medida en que omitió llevar a cabo las previsiones técnicas y financieras para respaldar su cumplimiento y porque no escuchó las opiniones y peticiones de los demandantes en relación con el pago de las actas Nos. 6 y 7. Agregó que el INVIAS vulneró el principio de planeación porque omitió llevar a cabo las reservas presupuestales necesarias para cumplir con las obligaciones emanadas del contrato de obra No. 498 de 2010.

## Los argumentos de defensa del demandado

6. El 30 de agosto de 2013<sup>9</sup>, el INVIAS contestó la demanda en el sentido de oponerse a todas las pretensiones. En su defensa, planteó las excepciones que denominó “*improcedencia de la declaración de incumplimiento del contrato*”, “*ausencia de requisitos para invocar la acción, tanto fácticos como jurídicos*”, “*ilegalidad de las pretensiones*” y la “*genérica*”, cuyos fundamentos consistieron en las siguientes razones de hecho y de derecho:

6.1. Expresó que, según el acta de entrega y recibo definitivo suscrita el 31 de enero de 2012, el Consorcio ejecutó obras por \$2.045'179.703 —incluyendo IVA— y que, de conformidad con esta misma acta, los valores de las actas Nos. 6 y 7 y de sus respectivos ajustes equivalen a \$1.506'495.008, cuyo saldo a favor del contratista es de \$729'472.987, dado que el valor restante corresponde a la amortización del anticipo —\$777'022.021—.

6.2. Manifestó que sí reservó los recursos necesarios para respaldar el pago de las obligaciones derivadas del contrato de obra No. 498 de 2010, pero que no pudo pagar las actas Nos. 6 y 7 debido a que, por circunstancias imputables al Consorcio, fueron presentadas al Instituto cuando la vigencia fiscal del 2011 ya había vencido. Precisó que las reglas presupuestales no son internas del INVIAS, sino normas imperativas que deben cumplir por todas las entidades estatales, sin excepción.

6.3. Negó que hubiese incumplido el contrato y, pese a que reconoció que las actas Nos. 6 y 7 —y sus respectivos ajustes— están pendientes de pago, afirmó que la imposibilidad de hacerlo obedeció a que el Consorcio las presentó extemporáneamente. Señaló que sobre el valor realmente adeudado al Consorcio —\$729'472.987—, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del INVIAS presentó fórmula de conciliación, la cual fue aceptada por los demandantes; no obstante, este acuerdo se vio frustrado por hechos imputables a estos, porque no allegaron todos los documentos necesarios para que el Tribunal lo aprobara.

6.4. Precisó que el acta de entrega y recibo definitivo data del 31 de enero de 2012 y no del 16 de diciembre de 2011, fecha en la que venció el plazo, por lo que el Consorcio debe probar por qué la entrega fue posterior a la fecha de vencimiento del contrato de obra No. 498 de 2010.

## Los fundamentos de la sentencia impugnada

7. Como fundamento de su decisión, el Tribunal<sup>10</sup> desarrolló las siguientes razones:

7.1. La pretensión relacionada con la declaratoria de existencia del contrato de obra pública No. 498 de 2010 es improcedente en tanto en el plenario obra copia auténtica de dicho documento, el cual se presume legal, por lo que no se trata de un asunto controvertido por las partes. Además, el contrato se celebró previo agotamiento de los trámites establecidos en la ley por lo que es plenamente válido.

<sup>9</sup> Folios 84 a 94, cuaderno 1. La constancia de recepción por parte de la Secretaría del Tribunal Administrativo obra en el folio 84 del cuaderno 2.

<sup>10</sup> Ver folios 178 a 214, cuaderno del Consejo de Estado.

7.2. De conformidad con la cláusula novena del contrato de obra No. 498 de 2010, el INVIAS le pagaría al Consorcio el valor pactado mediante la presentación de actas mensuales de obra suscritas por el contratista, el interventor, los gestores del contrato del proyecto y el ordenador del gasto, dentro de los 90 días calendario siguientes, para lo cual el contratista debía presentar al gestor del proyecto las actas dentro de los 5 días calendario siguientes al respectivo mes de ejecución de las obras y aportar las facturas dentro de los 3 días hábiles siguientes al recibo de las actas debidamente suscritas.

7.3. En relación con el pago del acta de obra No. 6, señaló:

i. Que, si bien el acta parcial No. 6 no fue presentada al gestor del proyecto dentro de los 5 días calendario siguientes al respectivo mes de ejecución, en todo caso, el Consorcio la presentó directamente a la interventoría el 6 de diciembre de 2011, que era la que tenía a cargo la función de supervisar y vigilar que las obras se ejecutaran de conformidad con los términos contractuales y que dio su visto bueno para proceder al pago. Además, resaltó que si la factura No. 9 no fue presentada directamente al INVIAS ello obedeció a que el Consorcio debía presentarla primero al interventor para que, luego de obtener su aval, hiciera lo propio ante el INVIAS dentro de los 3 días hábiles siguientes, término que cumplió cabalmente. Por ende, concluyó que el acta parcial No. 6 fue presentada conforme lo establecido en el contrato.

ii. Sin perjuicio de lo anterior, indicó que, a pesar de que no se podía exigir al Consorcio que ajustara su conducta a lo dispuesto en el memorando circular No. SGA59355 del 29 de septiembre de 2010 —en concordancia con el Decreto 1957 de 2007— relacionado con el cierre de la vigencia fiscal 2010 y en el memorando circular No. DG4836 de 2011 en punto a la vigencia fiscal 2011, en tanto no hicieron parte del contrato —pues no fueron mencionadas en los pliegos de condiciones ni en la cláusula vigésima sexta relativa a los documentos del contrato—, lo cierto es que sí presentó las actas y las facturas dentro de los términos establecidos en esos documentos. Señaló que en tales memorandos se dispuso que, respecto de la vigencia fiscal 2011, los documentos se recibirían en el área de cuentas por pagar del INVIAS a más tardar el 15 de diciembre de 2011, término que el Consorcio observó dado que presentó el acta de obra No. 6 el 14 de diciembre de ese año.

iii. Que el artículo 7 del Decreto 4836 de 2011 establece que los órganos que participan en el Presupuesto General de la Nación deben constituir, a más tardar el 20 de enero de cada año, las reservas presupuestales y cuentas por pagar correspondientes a la vigencia fiscal anterior, conforme los saldos adeudados al 31 de diciembre del respectivo año, por lo que el INVIAS debió aprovisionar los recursos para hacer el pago de la referida acta. Estimó, entonces, que la razón esgrimida por el Instituto en el memorando SF16270 del 22 de marzo de 2012, consistente en que el acta fue presentada luego del vencimiento de la vigencia fiscal 2011 —motivo por el que se devolvió los documentos relacionados con el acta No. 6— es improcedente y que esta misma conclusión se extiende a la comunicación del 10 de abril de 2012 a través de la cual la interventoría le devolvió esos documentos al Consorcio.

iv. Por todo lo anterior, concluyó que el INVIAS incumplió el contrato por no haber pagado el acta parcial No. 6 dado que el 14 de marzo de 2012 se vencieron los 90 días calendario previstos en el parágrafo primero de la cláusula novena del contrato, por lo cual a partir de esa fecha se causaron intereses moratorios, liquidados en los términos del Decreto 679 de 1994, esto es, tomando el valor histórico actualizado del acta por la tasa de interés legal civil del 6% para cada periodo de un año o proporcional.

7.4. En relación con el acta No. 7 correspondiente a la ejecución de las obras en los periodos comprendidos entre el 23 de octubre y el 15 de noviembre de 2011 y entre el 12 y el 16 de diciembre de 2011, señaló:

i. Que, según lo manifestó la parte actora en el hecho 21 de la demanda y lo ratificado por el demandado en el escrito de alegatos de conclusión, la obra fue recibida el 16 de diciembre de 2011, con el propósito de que, conforme el memorando No. DG70177 del 2 de noviembre de 2011, esta cuenta ingresara para su pago en la vigencia fiscal de 2011. Indicó que, aunque no se evidencia la fecha de la presentación del acta y los documentos soporte ante el INVIAS, tanto en la demanda como en la contestación se coincidió en que el 7 de febrero de 2012 el Consorcio intentó presentársela al demandado, pero que este se negó a recibirla debido a que el acta ya no podía ser pagada con cargo a la vigencia fiscal de 2011.

ii. No obstante, señaló también que, tanto en el pliego de condiciones como en la cláusula novena del contrato de obra No. 498 de 2010 se estableció como requisito previo para la presentación de la última acta que se anexara la de entrega y recibo definitivo suscrita por las partes, el interventor y el gestor del proyecto, lo que ocurrió el 31 de enero de 2012. En consecuencia, concluyó que era imposible para el Consorcio presentar el acta No. 7 antes de la suscripción de la entrega y recibo definitivo de la obra, por lo que el INVIAS no podía exigir que se presentara a más tardar el 31 de diciembre de 2011 para su pago, lo que consideró contrario a lo pactado en los pliegos y en el contrato.

iii. Dijo que, como el Consorcio ejecutó cabalmente sus obligaciones —como se desprende del acta de entrega y recibo definitivo de las obras—, el INVIAS estaba en el deber de pagarlas, lo que, en el caso del acta No. 7, debió hacer a más tardar el 7 de mayo de 2012 porque, en los términos del parágrafo primero de la cláusula novena del contrato No. 498 de 2010, el acta le fue presentada por el Consorcio el 7 de febrero de 2012, sin que el Instituto la recibiera injustificadamente; por ende, a partir de esta fecha calculó los intereses de mora en los mismos términos arriba señalados.

7.5. Con base en lo anterior, liquidó los intereses moratorios adeudados por el INVIAS, con corte al 31 de marzo de 2015, así: (i) \$3'945.664 por el acta No. 6; (ii) \$1'440.949 por el ajuste del acta No. 6; (iii) \$121'930.327 por el acta No. 7; y (iv) \$5'198.318 por el ajuste del acta No. 7.

7.6. En relación con las causas que condujeron a que el Tribunal improbara el acuerdo de conciliación al que llegaron las partes el 14 de noviembre de 2012, el a

*quo* mencionó que fueron imputables a ambas porque, de un lado, tuvieron la oportunidad de allegar los documentos en que se soportaba el acuerdo, lo que no hicieron; y, de otro, porque al momento en el que se profirió dicha providencia, ya había entrado en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, CPACA) por lo que tanto éstas como el Ministerio Público podían impugnar la decisión, pero que no hicieron.

7.7. Por último, liquidó el contrato de obra No. 498 de 2010, para lo cual señaló que el plazo de ejecución finalizó el 16 de diciembre de 2011 y que el contrato fue ejecutado en su totalidad, según se desprende del acta de entrega y recibo definitiva. Empero, no se realizó un ejercicio de cruce de cuentas para precisar los saldos a favor de los demandantes, pues tan solo se indicó el valor a pagar por las actas —teniendo en cuenta el valor pendiente por amortización del anticipo—, su respectiva indexación y los intereses moratorios a favor de los demandantes en la parte resolutive de la sentencia.

## **II. EL RECURSO DE APELACIÓN**

8. El 19 de mayo de 2015, el INVIAS interpuso recurso de apelación<sup>11</sup> contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que sea revocada en su integridad y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda. Subsidiariamente, solicitó que se ordene tan solo el pago del valor de las actas Nos. 6 y 7 y sus ajustes, y se niegue el reconocimiento de los intereses moratorios. Fundó su impugnación en las siguientes razones:

8.1. En contra de lo concluido por el Tribunal, señaló que el Consorcio sí presentó extemporáneamente las actas de obra Nos. 6 y 7 y sus respectivas actas de ajuste porque, tanto la primera acta como la factura de venta No. 9, no se presentaron al INVIAS sino al interventor, el cual la devolvió el 10 de abril de 2012 sin que se hubiera tramitado por no cumplir con los requisitos legales. Dijo que, si en gracia de discusión se estimara que el acta y la factura No. 9 sí le fueron presentadas al INVIAS, lo cierto es que mediante oficio TOG-008-12 del 10 de abril de 2012 la interventoría, en línea con el memorando SF1627 del INVIAS, le devolvió dichos documentos porque su pago no podía hacerse con cargo a recursos de la vigencia fiscal 2011, que ya estaba vencida.

8.2. Afirmó que, de conformidad con la cláusula octava del contrato No. 498 de 2010, el Consorcio debió presentar al gestor del proyecto el acta No. 6 —que comprendió el mes de ejecución del 23 de septiembre al 22 de octubre de 2011—, dentro de los 5 días calendario siguientes al mes de las obras, debidamente aprobada por el interventor, pero que no cumplió con esas condiciones.

8.3. Señaló que mediante oficio SGT-GDP-24276 del 17 de mayo de 2013, el Coordinador del Plan 2.500 —del que hacía parte el contrato de obra de autos— señaló que los recursos que se apropiaron para el pago de las obligaciones

---

<sup>11</sup> La sentencia del 30 de abril de 2015 fue notificada mediante la remisión, el 4 de mayo de 2015, de sendos mensajes de datos a las partes y al Ministerio Público y de conformidad con el artículo 203 del CPACA. De la recepción de los respectivos mensajes dejó constancia la Secretaría del Tribunal (Folios 216 a 220, cuaderno del Consejo de Estado). La parte demandada interpuso recurso de apelación mediante escrito del 19 de mayo de 2015 (Folios 221 a 232, cuaderno del Consejo de Estado), dentro del término de 10 días establecido en el artículo 247 CPACA (los días 9, 10, 16, 17 y 18 de mayo fueron inhábiles).

emanadas del contrato No. 498 de 2010 correspondían a la vigencia fiscal 2010, pero que estos fueron nuevamente reservados para la vigencia 2011, la cual vencía el 31 de diciembre de ese año. Indicó que, aunque es cierto que el Consorcio presentó el acta No. 6 y la factura de venta No. 9 el 14 de diciembre de 2011, cuando aún no se había vencido la vigencia fiscal, no lo es menos que las actas Nos. 6 y 7 nunca fueron tramitadas por el área de cuentas por pagar del INVIAS porque fueron presentadas para la autorización del ordenador del gasto en el año 2012, ya vencida la vigencia fiscal de 2011, lo que evidencia que las razones por las cuales no se pagaron las actas Nos. 6 y 7 —y sus respectivas actas de ajustes— eran jurídicamente imputables al Consorcio porque las presentó cuando la vigencia fiscal 2011 ya había vencido.

8.4. En relación con el acta No. 7, manifestó que el plazo de ejecución del contrato No. 498 de 2010 venció el 16 de diciembre de 2011, por lo que no es excusable que el Consorcio la presentara apenas el 7 de febrero de 2012. Señaló que, si las obras fueron recibidas el 16 de diciembre de 2011 —como lo afirmaron los demandantes en el hecho 18 de la demanda—, el acta debió ser presentada a más tardar el 31 de diciembre de 2011. Afirmó que la fecha de suscripción del acta de entrega y recibo definitivo es imputable al Consorcio y no al INVIAS, de lo que se sigue que el Instituto no incumplió el contrato por no pagar el acta de obra No. 7.

8.5. Aseveró que los memorandos y directrices internas del INVIAS que fueron allegadas al plenario son el desarrollo de los Decretos 1957 de 2007 y 4836 de 2011 y demás normas relacionadas con el Presupuesto General de la Nación, las cuales debían ser acatadas por el Instituto. Así las cosas, al margen de si estas directrices eran o no mencionadas en el pliego de condiciones y en el contrato, lo cierto es que el INVIAS debía acatarlas por ser el desarrollo de normas imperativas.

8.6. Afirmó que el Tribunal no podía atribuirle culpa alguna al INVIAS en relación con los hechos que condujeron a que se improbara el acuerdo conciliatorio porque, de una parte, el interés de adelantar dicho trámite recaía exclusivamente en los demandantes; y, de otra, porque no resulta reprochable que el INVIAS aportara copia simple de lo discutido por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la entidad dado que el Ministerio Público, que debía hacer el control de legalidad de la actuación, nada le requirió a este respecto y, en todo caso, porque el Tribunal debió ejercer sus poderes oficiosos para recabar el documento que se echó de menos. Por lo anterior, consideró injusto que el *a quo* fijara unas agencias en derecho tan cuantiosas en su contra con fundamento en hechos que claramente demostraron, a lo sumo, una culpa de todos los intervinientes durante el trámite de conciliación.

9. Mediante auto del 23 de julio de 2015, el Tribunal concedió el recurso de apelación<sup>12</sup> y a través de auto del 21 de octubre de 2015 se admitió<sup>13</sup>. El 20 de enero de 2016<sup>14</sup>, se les corrió a las partes y al Ministerio Público el traslado por el término

<sup>12</sup> Folios 267 y 268, cuaderno del Consejo de Estado. Dado que la sentencia de primera instancia fue de carácter condenatorio, el 12 de junio de 2015, el Tribunal citó a audiencia de conciliación de que trata el numeral 2º del artículo 247 del CPACA el 6 de julio de 2015 (Folio 238, cuaderno del Consejo de Estado). Mediante auto del 6 de julio de 2015 se aplazó la audiencia para el 23 de julio de 2015 (Folios 240 y 241, cuaderno del Consejo de Estado). El 23 de julio de 2015 se reanudó la audiencia de conciliación, la cual fue declarada fallida pues el INVIAS presentó la misma fórmula de conciliación que en la audiencia inicial, la cual fue rechazada por los demandantes (Folios 267 a 272, cuaderno del Consejo de Estado).

<sup>13</sup> Folio 279, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>14</sup> Folio 281, cuaderno del Consejo de Estado.

de 10 días para alegar de conclusión. En sus alegatos<sup>15</sup>, los demandantes solicitaron confirmar la sentencia de primera instancia con fundamento en que se probó que el Consorcio presentó las actas Nos. 6 y 7 y sus ajustes conforme los términos previstos en el contrato No. 498 de 2010, por lo que era evidente que el INVIAS incumplió sus obligaciones. Tanto el INVIAS como el Ministerio Público guardaron silencio<sup>16</sup>.

10. Antes de proceder con las consideraciones, se advierte desde ya que el INVIAS adjuntó al recurso de apelación tres documentos —memorando SF-GCP-32562 del 15 de mayo de 2015, oficio SGT-GPD 24276 del 17 de mayo de 2013 y memorando SF 16270 del 22 de marzo de 2012—; sin embargo, no hizo ninguna solicitud probatoria, por lo mismo, tampoco identificó causal alguna que permitiera incorporar pruebas en esta instancia ni desarrolló argumento al respecto, razón por la que al momento de sustanciar el proceso no se hizo ningún pronunciamiento en relación con esos documentos. Como el artículo 212 del CPACA establece que en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso las partes pueden pedir pruebas con fundamento en las causales en él previstas, y el INVIAS no elevó tal solicitud, los referidos documentos no se entenderán incorporados regularmente al expediente, ni serán objeto de valoración, sin perjuicio de señalar que el memorando SF 16270 del 22 de marzo de 2012 ya obraba en el expediente —pues fue aportado por el INVIAS con la contestación de la demanda—, por lo que este sí será tenido en cuenta al momento de desatar la apelación.

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **Cuestión preliminar: el aspecto relativo a la conciliación prejudicial**

11. El INVIAS cuestionó que las causas que condujeron a que se improbara el acuerdo de conciliación<sup>17</sup> le fueran atribuidas porque, a su juicio, era la parte actora la interesada en impulsar el trámite, por lo cual le correspondía a ella aportar todos los documentos conducentes a lograr la aprobación del acuerdo. Aseveró que el *a quo* se equivocó al fijar las agencias en derecho, que consideró excesivas, con fundamento en su supuesta responsabilidad durante el trámite de la conciliación y agregó que la conducta desplegada en la conciliación extrajudicial fue determinante a la hora de que el Tribunal fijara las agencias en derecho, cuya cuantía juzgó exagerada.

12. La Sala no se pronunciará al respecto, toda vez que la discusión en relación con la diligencia de las partes durante el trámite de conciliación y la responsabilidad que les cabría por la improbación del acuerdo no tiene relación con las pretensiones que aquí se debaten y, además, porque estos argumentos están enfocados a atacar la fijación del monto de las agencias en derecho, aspecto que no era debatible a través de recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, sino,

---

<sup>15</sup> Folios 283 a 285, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>16</sup> Ver constancia secretarial que obra a folio 286 del cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>17</sup> El acuerdo de conciliación al que llegaron las partes en el trámite extrajudicial fue improbadado por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante auto del 31 de enero de 2013 (folios 22 a 41, cuaderno 2), aprobación que era necesaria para que el acuerdo tuviera los efectos de cosa juzgada respecto de las materias que ahora se debaten en esta instancia, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 640 de 2001. Por lo anterior, con la ejecutoria del referido auto se agotó, sin éxito, el trámite de la conciliación extrajudicial.

según lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del CGP<sup>18</sup>, debe ser cuestionado mediante recurso en contra del auto que apruebe la liquidación de costas.

### **El objeto de la apelación**

13. Precisado lo anterior, a la Sala le corresponde definir si, contrario a lo concluido por el Tribunal: (i) el INVIAS no incumplió el contrato porque la omisión en el pago de las actas de obra Nos. 6 y 7 —y sus respectivos ajustes— obedeció a conductas atribuibles al Consorcio, y (ii) si el INVIAS está obligado a pagar el valor de las referidas actas y sus ajustes, así como los intereses moratorios.

### **Análisis del caso**

#### **Los incumplimientos por el pago de las actas de obra Nos. 6 y 7 y sus respectivos ajustes**

14. El INVIAS sostiene que no surgió en cabeza suya la obligación de pago porque el Consorcio presentó extemporáneamente las actas de obra Nos. 6 y 7 y sus respectivos soportes y porque no presentó dichos documentos según los términos establecidos en el contrato No. 498 de 2010 y en el pliego de condiciones, debido a que: (i) presentó el acta de obra No. 6 y la factura de venta No. 9 directamente ante el interventor y no ante el INVIAS, (ii) presentó el acta de obra No. 6 al gestor del proyecto por fuera de los 5 días calendario siguientes al mes de ejecución de las obras, y (iii) presentó el acta de obra No. 7 el 7 de febrero de 2012 pese a que el plazo de ejecución del contrato terminó el 16 de diciembre de 2011. Además, (iv) aseveró que las directrices y memorandos internos del INVIAS sí eran aplicables a la relación contractual entre las partes y que por esa razón el demandado no podía desembolsar el pago de las referidas actas que fueron presentadas por fuera de la vigencia fiscal 2011.

15. Para determinar si surgió en cabeza del INVIAS la obligación de pago como contraprestación por la ejecución de las actividades previstas en el contrato No. 498 de 2010 por parte del Consorcio y si dicha obligación era o no exigible y, por ende, si el demandado incurrió en mora, es menester analizar el contenido del contrato No. 498 de 2010 y el pliego de condiciones de la licitación pública No. LP-SGT-GDP-001-2010 que hacía parte integral de este, en los términos de su cláusula vigésima sexta<sup>19</sup>.

16. De conformidad con la cláusula cuarta del contrato de obra No. 498 de 2010, su plazo de ejecución fue originalmente de 4 meses contados a partir de la orden de iniciación, la cual fue impartida por el INVIAS el 12 de octubre de 2010<sup>20</sup>, con lo cual el plazo vencía el 12 de febrero de 2011. Sin embargo, el plazo del contrato fue prorrogado y suspendido de la siguiente manera: (i) mediante adicional No. 1 del 11

<sup>18</sup> Artículo 366, CGP: “Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...] 5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.”

<sup>19</sup> Folio 20, cuaderno 2 (reverso).

<sup>20</sup> Folio 27, cuaderno 2.

de febrero de 2011, las partes acordaron prorrogar el plazo de ejecución en 2 meses, hasta el 12 de abril de 2011<sup>21</sup>; (ii) a través de acta No. 1 del 11 de febrero de 2011, las partes suspendieron el plazo por 4 meses y 25 días, esto es, hasta el 6 de julio de 2011, por lo cual el contrato vencería el 6 de septiembre de 2011<sup>22</sup>; (iii) mediante acta No. 2 del 11 de julio de 2012, las partes suspendieron el contrato por 45 días, hasta el 23 de agosto de 2011, motivo por el cual, tras su reanudación, el plazo de ejecución expiraba el 20 de octubre de 2011 —dado que faltaba 1 mes y 27 días para que el plazo expirara—<sup>23</sup>; (iv) mediante adicional No. 2 de octubre de 2011, ampliaron el plazo de ejecución por un mes adicional hasta el 20 de noviembre de 2011<sup>24</sup>, y (v) a través de acta No. 3 del 16 de noviembre —faltando 5 días para que venciera el plazo de ejecución— las partes suspendieron el contrato hasta el 12 de diciembre de 2011, motivo por el cual se concluye que el plazo de ejecución venció definitivamente el 16 de diciembre de 2011<sup>25</sup>.

17. Por otra parte, de conformidad con su cláusula segunda, el valor del contrato de obra No. 498 del 19 de agosto de 2010 suscrito entre el INVIAS y el Consorcio fue de \$2.177'741.934 estimado a partir de las cantidades de obra y precios unitarios ofertados por el Consorcio durante la licitación No. LP-SGT-GDP-001-2010<sup>26</sup>. Para respaldar el pago de dicho valor, en la cláusula tercera se convino que:

*“EL INSTITUTO se obliga a reservar para el presente contrato la suma de DOS MIL CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y UN MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$2.177.741.934) MONEDA CORRIENTE, INCLUIDO IVA, discriminada así: a) Costo básico de las obras: DOS MIL OCHENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA PESOS (\$2.082.879.840) b) Provisión estimada para ajustes y obras complementarias: OCHENTA Y UN MILLONES TRECE MIL CIENTO SETENTA Y NUEVE PESOS (\$81.013.179) y c) Por concepto de IVA: TRECE MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS QUINCE PESOS (\$13.848.915). **PARÁGRAFO PRIMERO:** Para respaldar las obligaciones contraídas, **EL INSTITUTO** cuenta con el certificado de disponibilidad presupuestal no. 468 del 22 de febrero de 2010, expedido por el Área de Presupuesto de la Subdirección Financiera del **INSTITUTO**, del cual se reservará la suma de DOS MIL CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y UN MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO DE [sic] PESOS (\$2.177.741.934) MONEDA CORRIENTE”<sup>27</sup>.*

18. Dicho valor se pagaría mediante un anticipo de hasta el 50% de este valor<sup>28</sup> —cláusula décima del contrato— y contra la suscripción de sucesivas actas de obra, en los términos de la cláusula novena del contrato que estableció:

*“CLÁUSULA NOVENA: FORMA DE PAGO.- EL INSTITUTO pagará al CONTRATISTA el valor de este contrato mediante la presentación de actas mensuales de obra, refrendadas por el Contratista, Interventor, los Gestores de Contrato y de Proyecto y el Ordenador del pago respectivo, anexando el*

<sup>21</sup> Folio 23, cuaderno 2.

<sup>22</sup> Folios 29 y 30, cuaderno 2.

<sup>23</sup> Folios 31 a 33, cuaderno 2.

<sup>24</sup> Folio 24, cuaderno 2.

<sup>25</sup> Folios 34 a 36, cuaderno 2.

<sup>26</sup> Folio 16, cuaderno 2 (reverso).

<sup>27</sup> Folio 16, cuaderno 2 (reverso).

<sup>28</sup> El anticipo que el INVIAS le desembolsó al Consorcio fue de \$1.041'439.920 según la autorización de pago del 20 de septiembre de 2010 expedida por el Asesor de la Dirección General del INVIAS y Coordinador del Plan 2.500 que obra a folio 705 del cuaderno 4.

seguimiento al Programa de trabajo e Inversiones del correspondiente mes, aprobado por el Coordinador del Plan 2500 y la verificación del pago del periodo correspondiente a los aportes a seguridad social y parafiscales del personal vinculado laboralmente al CONTRATISTA. La acreditación de estos aportes se requerirá para la realización de cada pago derivado del presente contrato, al tenor de lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007. No obstante lo anterior, las cantidades de obra y valores consignados en las respectivas Actas de obra, son de responsabilidad exclusiva del Interventor y del Contratista. **Como requisito para la presentación de la última Acta de obra, se debe anexar el Acta de entrega y recibo definitivo de obra, debidamente firmada por los participantes, Contratista, Interventor, Gestores. PARÁGRAFO PRIMERO:** EL INVIAS pagará las actas respectivas dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la fecha de presentación de las mismas o, si a ello hubiere lugar, dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la fecha en que **EL CONTRATISTA** subsane las glosas que formule. En caso de mora en el pago, el INVIAS reconocerá al **CONTRATISTA** un interés moratorio equivalente al interés legal civil vigente sobre el valor histórico actualizado siguiente [sic] el procedimiento descrito en el Decreto 679 de 1994. En todo caso, los pagos estarán sujetos a la disponibilidad de apropiaciones presupuestales del Instituto según el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC). **PARÁGRAFO SEGUNDO:** De conformidad con los [sic] establecido en la Resolución 3662 de 2007, si **EL CONTRATISTA** no presenta la facturación de las actas dentro de los términos establecidos en el contrato, se aplicará una sanción equivalente al 2.5% del valor del acta [...]<sup>29</sup> (énfasis agregado).

19. Por su parte, la cláusula octava del contrato estableció en punto a la elaboración y presentación de las actas de obra:

**“CLÁUSULA OCTAVA. ACTAS DE OBRA Y AJUSTES-** Es el documento en el que **EL CONTRATISTA** y el interventor dejarán consignadas las cantidades de obra realmente ejecutadas durante cada mes. El valor básico de la respectiva acta de obra será la suma que resulte de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas, por los precios unitarios estipulados en el formulario de la propuesta del **CONTRATISTA** o por los precios acordados para los nuevos ítems que resulten durante el desarrollo del contrato, para la ejecución de los ítems no previstos deben ser aprobados por **EL INSTITUTO** [sic] antes de su ejecución. Las actas de obra tendrán carácter provisional en los que se refiere a la calidad de la obra, a las cantidades de obra y obras parciales. El interventor podrá, en actas posteriores, hacer correcciones o modificaciones a cualquiera de las actas anteriores aprobadas por él y deberá indicar el valor correspondiente a la parte o partes de los trabajos que no se hayan ejecutado a su entera satisfacción a efecto de que **EL INSTITUTO** se abstenga de pagarlos al **CONTRATISTA** o realice los descuentos correspondientes hasta que el Interventor dé el visto bueno. Ningún documento que no sea el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de Obra de la totalidad o parte de las obras, podrá considerarse como constitutivo de aprobación de las obras objeto del contrato. **PARÁGRAFO PRIMERO:** Las actas de obra deberán presentarse en las oficinas del gestor del proyecto del **INSTITUTO** dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al mes de ejecución de las obras. Así mismo **EL CONTRATISTA** deberá radicar en la dependencia competente de **EL INSTITUTO** las correspondientes facturas de pago, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de las actas de obra debidamente aprobadas. **PARÁGRAFO SEGUNDO: AJUSTES.-** El contrato de obra se encuentra sujeto a ajustes tomando como base los índices de costos de la construcción pesada ICCP, calculados por el Departamento Administrativo de Estadística DANE. El procedimiento para el cálculo de los mismos será el establecido en el Manual de Interventoría vigente<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Folio 17, cuaderno 2 (reverso).

<sup>30</sup> Folio 17, cuaderno 2 (reverso).

20. Conforme las cláusulas octava y novena del contrato, el INVÍAS se obligó a pagar el valor de las cantidades de obra ejecutadas por el contratista calculadas con base en los precios unitarios ofertados por éste; es decir, la obligación de pago surgía como contraprestación de la ejecución de las actividades previstas en el contrato por parte del contratista. El surgimiento de la obligación, empero, no significaba *ipso facto* su exigibilidad. En efecto, la exigibilidad de la obligación de pago a cargo del INVÍAS estaba sujeta a que el Consorcio elaborara las actas de obra con las cantidades ejecutadas durante el respectivo mes de ejecución y los valores unitarios respectivos de dichas actas, unos y otros debían contar con el aval del interventor del contrato y con el de los gestores del proyecto y del contrato. Dichas actas debían presentarse dentro de los 5 días calendario siguientes al respectivo mes de ejecución ante el gestor del proyecto del Instituto y la factura de pago debía presentarse ante el INVÍAS dentro de los 3 días hábiles siguientes a la fecha en que fueran aprobadas por el interventor. Además, conforme a la cláusula octava, las actas debían estar refrendadas por el Consorcio, el interventor, los gestores del contrato y del proyecto y el ordenador del pago respectivo —INVÍAS— anexando el seguimiento al Programa de Trabajo e Inversiones del correspondiente mes, aprobado por el Coordinador del Plan 2.500 y la verificación del pago del periodo correspondiente a los aportes a seguridad social y parafiscales del personal vinculado laboralmente al Consorcio.

21. En el caso del acta final de obra, además de los requisitos arriba señalados, era necesario que el Consorcio aportara el acta de entrega y recibo definitivo de obra, debidamente firmada por las partes, el interventor y los gestores del proyecto y del contrato. En el caso de las actas de ajustes, el contrato no estableció un mecanismo especial para su presentación, de lo que se concluye que los mismos términos para la presentación de las actas de obra les eran aplicables.

22. Las secciones 7.21 —referente a los requisitos de las actas de obra<sup>31</sup>—, 7.22 —relativo a las actas de ajustes<sup>32</sup>— y 7.24 —sobre la forma de pago de las actas<sup>33</sup>—

<sup>31</sup> Sección 7.21 del pliego de condiciones: “7.21 Actas de Obra. Es el documento de obra en el que el contratista y el interventor dejarán consignadas las cantidades de obra realmente ejecutadas durante cada mes. Los ingenieros del contratista y de la Interventoría deberán elaborar el acta mensual dentro de los cinco (5) días calendario del mes siguiente al de ejecución de las obras. El valor básico del acta será la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutada por los precios unitarios estipulados en el Formulario de la propuesta del contratista o por los precios para los nuevos ítems que resulten durante el desarrollo del contrato. Las actas de obra mensual tendrán carácter provisional en los que se refiere a la calidad de la obra, a las cantidades de obra y obras parciales. [...]”. Folio 482 (reverso), cuaderno 4.

<sup>32</sup> Sección 7.22 del pliego de condiciones: “7.22 Ajuste. El contrato de obra se encuentra sujeto a ajustes tomando como base los Índices de Costos de la Construcción Pesada ICCP, calculados mensualmente por el Departamento Administrativo de Estadística, DANE. El procedimiento para el cálculo de los mismos será el establecido en el Manual de Interventoría vigente.” Folio 482 (reverso), cuaderno 4

<sup>33</sup> Sección 7.24 del pliego de condiciones: “7.24 Forma de pago. El INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS pagará al CONTRATISTA el valor del contrato, mediante la presentación de actas mensuales de obra, las cuales deben ser refrendadas por el Contratista, el Interventor, el Supervisor del Contrato del INVÍAS y el funcionario competente de la ordenación de pago del INVÍAS, acompañadas del programa de Trabajo e Inversiones aprobado por el mismo y del pago de los aportes a seguridad sociales y parafiscales del personal vinculado laboralmente con el contratista y del periodo correspondiente. Para el pago de la última acta de obra se debe presentar el Acta de Recibo Definitivo del Contrato. Las actas de obra deberán presentarse dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al mes de ejecución de las obras. EL CONTRATISTA deberá radicar en la dependencia competente del INSTITUTO las correspondientes facturas de pago, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de las actas de obra debidamente aprobadas por EL INSTITUTO, y el INVÍAS las pagará dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la fecha de presentación de las mismas o, si a ello hubiere lugar, dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la fecha en que el CONTRATISTA subsane las glosas que formule. Si el contratista no presenta la cuenta con sus soportes respectivos, dentro de la vigencia fiscal correspondiente, no podrá hacer ninguna reclamación judicial o extrajudicial de actualizaciones, intereses o sobrecostos sobre el valor de la cuenta. En caso de mora en el pago, el INVÍAS reconocerá al CONTRATISTA un interés moratorio equivalente al interés legal civil vigente sobre el valor histórico actualizado siguiendo el procedimiento descrito en el Decreto 679 de 1994. En todo caso los pagos

de los pliegos de condiciones no contienen disposiciones contradictorias respecto de los términos contractuales arriba señalados, pues en estas se precisó que el Consorcio debía elaborar las actas de obra con el aval del interventor y que debía presentarlas ante el gestor del proyecto y del contrato y aportar los soportes a los que se hizo mención en la cláusula novena del contrato No. 498 de 2010.

23. En este punto vale destacar que los términos incluidos en los pliegos de condiciones hacen parte integral del contrato, motivo por el cual, pese a que algunas de sus secciones no se replicaran en el clausulado contractual, se entienden incorporadas a este. Este aserto encuentra su base en dos fuentes: (i) en la cláusula vigésima sexta del contrato, las partes convinieron que los pliegos de condiciones de la licitación hacían parte de los documentos del contrato por lo cual se entendía que aquel, además de las especificaciones generales de construcción y otros que allí se definieron, *“integran, determinan, regulan complementan y adicionan las condiciones del presente contrato”*<sup>34</sup>, y (ii) de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, los pliegos de condiciones *“forman parte esencial del contrato porque son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato”*<sup>35</sup>.

24. Por otra parte, aunque a tono con lo establecido en las referidas secciones del pliego de condiciones, cabe reiterar que los requisitos exigidos por el INVIAS para la presentación de las actas de obra por parte del Consorcio afectaban la exigibilidad del pago de la obligación mas no su surgimiento, dado que la obligación a cargo del INVIAS surgía como contraprestación por la ejecución de las cantidades de obra por parte del Consorcio. Corolario de lo anterior es que, si el Consorcio se demoraba más de 5 días en la presentación de las actas de obras al gestor del proyecto, esta demora corría en contra suya, en la medida en que ese hecho postergaba la exigibilidad de la obligación a cargo del INVIAS. Sin embargo, ello no quiere decir, como lo afirma el demandado en su impugnación, que la presentación por fuera de los 5 días calendario siguientes al mes de ejecución de la respectiva acta de obra impidiera que la obligación se hiciera exigible, por lo que, en ese caso, lo único que ocurría era que su exigibilidad se postergaba en el tiempo hasta el momento en el que el Consorcio reuniera todos los requisitos exigidos en la cláusula novena.

25. Ahora bien, reunidos los requisitos para el pago de las respectivas actas de obra según las cláusulas octava y novena del contrato No. 498 de 2010, se debe reparar en que en el parágrafo primero de la cláusula novena se estableció que *“El INVIAS pagará las actas respectivas dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la fecha de presentación de las mismas o, si a ello hubiere lugar, dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la fecha en que EL CONTRATISTA subsane las glosas que formule. En caso de mora en el pago, el INVIAS reconocerá*

---

*estarán sujetos a la disponibilidad de apropiaciones presupuestales del Instituto según el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC).”* Folio 483, cuaderno 4.

<sup>34</sup> Folio 20, cuaderno 2.

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2001, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Exp. 12.037.

al CONTRATISTA un interés moratorio equivalente al interés legal civil vigente sobre el valor histórico actualizado siguiente [sic] el procedimiento descrito en el Decreto 679 de 1994. En todo caso, los pagos estarán sujetos a la disponibilidad de apropiaciones presupuestales del Instituto según el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC)<sup>36</sup>. Esta estipulación debe leerse en conjunto con lo establecido en la Sección 7.24 del pliego de condiciones que señaló:

***“7.24 Forma de pago. [...] Si el contratista no presenta la cuenta con sus soportes respectivos, dentro de la vigencia fiscal correspondiente, no podrá hacer ninguna reclamación judicial o extrajudicial de actualizaciones, intereses o sobrecostos sobre el valor de la cuenta. En caso de mora en el pago, el INVÍAS reconocerá al CONTRATISTA un interés moratorio equivalente al interés legal civil vigente sobre el valor histórico actualizado siguiendo el procedimiento descrito en el Decreto 679 de 1994. En todo caso los pagos estarán sujetos a la disponibilidad de apropiaciones presupuestales del Instituto según el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC).”<sup>37</sup> (énfasis agregado)***

26. Con base en lo anterior, si el Consorcio presentaba correctamente las facturas de pago y sus soportes —actas de obra avaladas y aprobadas, aportes al Sistema de Seguridad Social, etc.—, a partir de ese momento corrían 90 días calendario dentro de los cuales el INVÍAS debía pagar el respectivo valor del acta menos lo que correspondiera por amortización del anticipo de conformidad con los términos del párrafo tercero de la cláusula décima del contrato y de la Sección 7.23 del pliego de condiciones<sup>38</sup>, según las cuales “[...] el anticipo será amortizado mediante deducciones de las actas mensuales de obra. La cuota de amortización se determinará multiplicando el valor de la respectiva acta por la relación que exista entre el saldo del anticipo y el saldo del valor del contrato [...]”<sup>39</sup>.

27. Si vencidos los 90 días calendario contados a partir de la presentación de las actas de obra con todos sus requisitos y soportes el INVÍAS no pagaba la obligación dineraria, incumplía el contrato pues se constituía en mora y comenzaban a correr los intereses correspondientes a favor del Consorcio en razón del interés legal civil —6% anual— calculados sobre el valor histórico del acta actualizado de conformidad con el Decreto 679 de 1994. En otras palabras, la obligación dineraria a cargo del INVÍAS estuvo sujeta a un término de 90 días calendario, motivo por el cual, en los términos del numeral 1º del artículo 1608 del Código Civil<sup>40</sup>, si no solucionaba su obligación dineraria se constituía en mora, por lo que, a partir de ese momento comenzaban a correr intereses moratorios.

28. Con todo, si el contratista cumplía con dichos requisitos después de vencida “la vigencia fiscal correspondiente”, en aplicación de la Sección 7.24 del pliego de condiciones, el Consorcio renunciaba a hacer reclamaciones por concepto de intereses, actualizaciones y sobrecostos. Esta disposición no es otra cosa que la consagración de una cláusula limitativa de la responsabilidad<sup>41</sup> del INVÍAS, que es,

<sup>36</sup> Folio 17, cuaderno 2 (reverso).

<sup>37</sup> Folio 483, cuaderno 4.

<sup>38</sup> Folio 483, cuaderno 4.

<sup>39</sup> Folio 17, cuaderno 2.

<sup>40</sup> Código Civil, artículo 1608: [...] El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora [...].”

<sup>41</sup> La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha definido las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad en los siguientes términos: “las cláusulas limitativas de responsabilidad, [son]

en principio, válida y eficaz a la luz de los artículos 1604<sup>42</sup> y 1616<sup>43</sup> del Código Civil que permiten el pacto expreso entre las partes para modificar las reglas sobre el régimen de la culpa por la que responde el deudor y el alcance de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento, respectivamente.

29. Sin perjuicio de lo anterior, para la Sala es claro que las cláusulas de limitación de responsabilidad no tienen alcances absolutos pues están sujetas a ciertos límites fundados en el respeto a la buena fe, a las normas imperativas, a la prohibición del abuso del derecho y a la fuerza normativa de los contratos; esta es la tendencia imperante en Colombia<sup>44</sup> y en la contratación contemporánea<sup>45</sup>. A la luz de estos límites, la Sala estima necesario advertir que la Sección 7.24 de los pliegos de condiciones debe interpretarse en el sentido de que su consecuencia era aplicable solo si en el momento de la presentación de dichas actas no mediaba culpa atribuible al INVIAS. En otras palabras, la limitación de responsabilidad solo surtía efectos si el contratista presentaba tardíamente las actas de obra por su culpa, mas no cuando en dicha extemporaneidad estuviera involucrada conducta atribuible al Instituto, a quien le correspondía probar su diligencia para poder beneficiarse de la limitación de responsabilidad en aplicación de la regla especial sobre la carga de la prueba que establece el artículo 1604 del Código Civil<sup>46</sup> y que de vieja data tiene establecida la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>47</sup>.

---

*pactos dispositivos expresos, claros e inequívocos para disciplinarla anteladamente con la alteración, variación, o modificación del régimen normativo ordinario, bien por el incumplimiento de una relación jurídica preexistente, ya por los riesgos inherentes a su ejecución, ora por el quebranto de otros derechos e intereses protegidos, y en concreto, de sus elementos o presupuestos estructurales, o sea, el daño, el nexo causal y el factor de imputación, el quantum, la modalidad, forma y alcance de la indemnización respectiva con límites cuantitativos o cualitativos en su naturaleza, contenido o su extensión.”* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 8 de septiembre de 2011, M.P. William Namén Vargas, Exp. 2000-4366.

<sup>42</sup> Artículo 1604, Código Civil: “*El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.*”

*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.*

**Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.”** (énfasis agregado)

<sup>43</sup> Artículo 1616, Código Civil: “*Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.*”

*La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.*

**Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.”** (énfasis agregado)

<sup>44</sup> En Colombia se ha proscrito la posibilidad de pactar cláusulas de exoneración de responsabilidad que impliquen una condonación futura del dolo o culpa grave de uno de los contratantes (ver sentencia del 6 de marzo de 1972 de la Corte Suprema de Justicia, G.J T. CXL p, 103) o que atente contra normas imperativas (ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 8 de septiembre de 2011, M.P. William Namén Vargas, Exp. 2000-4366).

<sup>45</sup> En el artículo 7.1.6 de los principios UNIDROIT sobre el derecho de los contratos establece que “*Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato*”. Por su parte, en el artículo 1229 del Código Civil Italiano se establece que es nulo todo pacto que excluye o limite la responsabilidad por dolo o culpa grave. En el artículo 276 del BGB alemán, se establece que el deudor no puede ser exonerado por adelantado de su hecho intencional. Ver CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, “*Cláusulas exoneratorias o restrictivas de responsabilidad*”, en Tendencias de la Responsabilidad Civil en el Siglo XXI, 2009.

<sup>46</sup> Artículo 1604, Código Civil: “[...] *La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega*”.

<sup>47</sup> En sentencia del 9 de diciembre de 1936 (G.J 1918, p. 497): “*el Tribunal prescindió en absoluto del estudio de esas cláusulas por considerarlas totalmente nulas por tener objeto ilícito y no poder ser materia de estipulaciones entre las partes, siendo así que al tenor del artículo 1604 del C.C. aún interpretado a la luz de la más exigente doctrina sobre ineficacia integral de las cláusulas de no responsabilidad, esta ineficacia solamente*”

30. Esta interpretación está fundada en la necesidad de prevenir la condonación del dolo futuro, en los términos del artículo 1522 del Código Civil<sup>48</sup>, en la medida en que si el INVIAS salva su responsabilidad en cualquier evento, incluso cuando el contratista no haya podido presentar las actas de obra por culpa imputable a la entidad, ello significaría que el Instituto podría actuar con la intención de causar daño al contratista sin tener que responder por ello, lo que claramente no puede ser avalado por la Sala.

31. Vale precisar que la Sección 7.24 hizo referencia a la “*vigencia fiscal correspondiente*”, definida en el artículo 14 del Decreto 111 de 1996 —de rango superior a las directrices de la entidad—, y no a las directrices internas de la entidad sobre la recepción de facturas y gestión de pagos, las cuales, por tanto, no pueden ser esgrimidas como determinantes a la hora de limitar la responsabilidad del demandado de cara a los efectos derivados de la falta de pago de las actas de obra.

32. Con todo, se advierte que en el expediente no hay prueba de que el INVIAS diera a conocer el contenido del memorando circular No. DG701 del 2 de noviembre de 2011, por lo que no es procedente exigirle al Consorcio que ajustara su conducta a directrices que ni siquiera está acreditado que fueran conocidas por él. Cabe mencionar que en el expediente obra el oficio SGT-a-52897 del 22 de diciembre de 2010 del INVIAS al Consorcio en el cual el demandado le informaba que, de conformidad con el memorando No. SGA 59355<sup>49</sup>, la recepción de facturas de la vigencia fiscal 2010 serían recibidas a más tardar el 23 de diciembre de ese año<sup>50</sup>. Sin embargo, no obra documento parecido a este último para el año 2011 en el que se le informara al Consorcio la existencia misma del memorando circular No. DG701 del 2 de noviembre de 2011, por lo que la alegación del INVIAS en el sentido de que las directrices internas de la entidad eran de ineludible observancia para el Consorcio no es atendible.

33. Precisado todo lo anterior, pasa la Sala a analizar si las obligaciones dinerarias a cargo del INVIAS relacionadas con el pago de las actas de obra Nos. 6 y 7 y sus respectivos ajustes surgieron y se hicieron exigibles y, por ende, si el Tribunal acertó al declarar el incumplimiento del INVIAS y condenarlo a pagarle intereses moratorios al Consorcio.

### **1. Acta de obra No. 6 y su ajuste**

34. El 14 de diciembre de 2011, el Consorcio presentó ante la dependencia de cuentas por pagar del INVIAS la factura de venta No. 9<sup>51</sup> del 12 de diciembre de 2011 —junto con los respectivos soportes que abajo se detallan— por un valor de

---

*dice orden a la inejecución debida a dolo o a culpa grave del deudor y en todo caso tales estipulaciones producen el efecto de la inversión de la carga de la prueba, aspecto que tampoco estudio el Tribunal, hay que concluir que es justificado el cargo de violación de la doctrina contenida en los referidos artículos del código civil[...].”*

<sup>48</sup> Artículo 1522, Código Civil: “[...] la condonación del dolo futuro no vale.”

<sup>49</sup> Obra en el expediente a folios 128 a 136, cuaderno 1.

<sup>50</sup> Folio 829, cuaderno 4.

<sup>51</sup> Vale resaltar que esta factura cumple cabalmente con los requisitos establecidos los artículos 3º de la Ley 1231 de 2008 y 617 del Estatuto Tributario, porque: (i) se denomina expresamente “*factura de venta*”; (ii) incluyó la identificación tributaria de quien presta el servicio —Consorcio B&B— y de quien los adquirió —el INVIAS—; (iii) se identificó con un número y se precisó su fecha; (iv) se incluyó el valor de la operación, y (v) contiene la fecha de recibo de la respectiva factura por parte del INVIAS (folio 40, cuaderno 2).

\$20'495.829, tal y como consta en el sello de radicación No. 111355 del INVIAS de esa fecha<sup>52</sup>. Por esa misma razón, la alegación de la impugnación según la cual la factura y el acta de obra No. 6 no le fue presentada al INVIAS sino tan solo al interventor carece de asidero probatorio. Se advierte, además, que, según dicho sello, la factura se presentó con los anexos —los cuales aparecen completos de forma subsiguiente a la factura— y que el Instituto no ha alegado que esto no hubiere sido así, sino que lo que discute es que estos se presentaron por fuera de la vigencia fiscal de 2011.

35. Junto con la factura de venta No. 9, se aportaron los siguientes soportes: (i) hoja de ruta y orden de pago del acta parcial de obra No. 6 elaborada el 23 de octubre de 2011 por el Consorcio, suscrita por el gestor técnico del proyecto, el gestor técnico del contrato y la Jefe de la Unidad Ejecutora como ordenadora del pago<sup>53</sup> —aunque en el documento se dejó un espacio para que se indicara la fecha de la firma de cada interviniente, este solo se diligenció en el caso del interventor que lo hizo el 6 de diciembre de 2011—; (ii) acta parcial de obra No. 6 del 23 de octubre de 2011 por \$308'672.118 —a la cual se le debía restar \$290'151.791 por concepto de amortización del anticipo—, suscrita por el Consorcio y por el interventor<sup>54</sup>; y (iii) el programa de inversiones del acta No. 6 del 20 de noviembre de 2011, firmada por el Consorcio y por el interventor<sup>55</sup>.

36. A partir de los referidos documentos, la Sala concluye que el Consorcio ejecutó cantidades de obra por valor de \$308'672.118 —antes de IVA— que fueron consignadas en el acta de obra No. 6, las cuales fueron recibidas por el interventor del contrato. Por ende, como contraprestación por la ejecución de dichas actividades, surgió en cabeza del INVIAS la obligación de pagarle la referida suma de dinero, menos el valor por amortización del anticipo. La Sala se concentrará entonces en analizar si dicha obligación en cabeza del demandado se hizo exigible en los términos de las cláusulas octava y novena del contrato de obra No. 498 de 2010.

37. Como se señaló, la factura de venta No. 9 se presentó al INVIAS junto con la hoja de ruta y orden de pago, así como con el acta de obra No. 6 suscrita por el interventor y el programa de inversiones de dicha acta. Sin embargo, en el expediente no obra copia de la constancia del pago de los aportes a seguridad social y parafiscales de los empleados y contratistas vinculados con el Consorcio, con lo cual podría predicarse la falta de un elemento para afirmar la exigibilidad de la obligación dineraria; no obstante, la Sala infiere que este documento sí se presentó en su momento al INVIAS como se sigue de la existencia del comprobante de obligación presupuestal No. 1909811 por \$20'495.829 expedido por el INVIAS el 28 de diciembre de 2011 que obra en el expediente<sup>56</sup>. En efecto, si el INVIAS registró la necesidad de pagar la obligación al Consorcio derivada de la factura de venta No. 9 y del acta de obra No. 6, ello fue porque verificó el cumplimiento de todos los requisitos para realizar el pago correspondiente de conformidad con la cláusula novena del contrato de obra No. 498 de 2010.

---

<sup>52</sup> Folio 40, cuaderno 2.

<sup>53</sup> Folio 41, cuaderno 2.

<sup>54</sup> Folios 42 y 43, cuaderno 2.

<sup>55</sup> Folio 44, cuaderno 2.

<sup>56</sup> Folio 145, cuaderno 4 (reverso).

38. La Sala anota que la existencia de ese comprobante, junto con los demás documentos referenciados, constituyen prueba fehaciente de que el Consorcio acreditó el cumplimiento de todos los requisitos para que se le desembolsara el pago del acta de obra No. 6, así como de que el INVIAS reconocía que la obligación se había hecho exigible y que, por ende, debía proceder a su pago.

39. En este orden de ideas, no resulta atendible el planteamiento del Instituto en cuanto a que el Consorcio presentó la factura de venta No. 9 por fuera de la vigencia fiscal 2011, como lo afirmaron pura y simplemente el interventor el oficio TOG-008-12 del 10 de abril de 2012<sup>57</sup> y el INVIAS mediante memorando interno SF 16270 del 22 de marzo de 2012<sup>58</sup>. Ello por cuanto está probado que la factura de venta No. 9 y sus soportes anexos se presentaron a la dependencia de cuentas por pagar del INVIAS el 14 de diciembre de 2011, esto es, antes del vencimiento del 31 de diciembre de 2011 e, incluso, antes del 21 de diciembre de dicho año, que era el término que fijó internamente la entidad para radicación de facturas de conformidad con el memorando circular No. DG701 del 2 de noviembre de 2011.

40. En consecuencia, como la factura No. 9 y sus respectivos soportes fueron presentados al INVIAS el 14 de diciembre de 2011 en los términos de la cláusula novena del contrato de obra No. 498 de 2010, a partir de ese momento comenzaron a correr los 90 días calendario para que el INVIAS solucionara el pago de la factura por \$20'495.829 —que incluyó el valor del IVA por \$1'975.502—. Por ende, a partir del vencimiento de ese plazo el INVIAS incumplió el contrato y se constituyó en mora, lo que ocurrió efectivamente a partir del 13 de marzo de 2012. En consecuencia, se confirmará la decisión del Tribunal en el sentido de que a partir de esa fecha se deben calcular los intereses moratorios mediante la aplicación de la tasa de interés legal civil anual sobre el valor histórico actualizado de dicha factura, en los términos del artículo 1º del Decreto 679 de 1994<sup>59</sup>; este ejercicio se actualizará en el próximo acápite a la fecha de esta sentencia.

41. Por otra parte, por lo que hace al acta de ajustes No. 6, la Sala encuentra que fue elaborada el 23 de octubre de 2011 y que fue firmada por el interventor del contrato de obra<sup>60</sup>. La firma de esta acta, así como la ejecución de las cantidades de obra consignadas en el acta de obra No. 6, hizo surgir en cabeza del INVIAS la obligación de pagar la actualización de precios por valor de \$7'485.033; la Sala se concentrará a determinar entonces si esta obligación se hizo exigible en los términos del contrato.

42. Se observa que al acta de ajustes No. 6 se adjuntó la hoja de ruta y orden de pago del 23 de octubre de 2011 suscrita por los gestores técnicos del proyecto y del contrato y por la ordenadora del pago —esta última el 28 de agosto de 2012, en los demás no se diligenció el espacio correspondiente a la fecha de la suscripción—<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Folio 39, cuaderno 2.

<sup>58</sup> Folio 70, cuaderno 2.

<sup>59</sup> Artículo 1º, Decreto 679 de 1994: “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 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos.”

<sup>60</sup> Folio 46, cuaderno 2.

<sup>61</sup> Folio 45, cuaderno 2.

Sin embargo, en el expediente no obra prueba de que el Consorcio le hubiera presentado una factura al INVIAS en la que hiciera el cobro de los \$7'485.033 consignados en el acta de ajustes No. 6 —como sí lo hizo, por ejemplo, con el acta de ajustes No. 5 cuyo cobro lo realizó a través de la factura No. 8 del 24 de noviembre de 2011<sup>62</sup>—. Este hecho lleva necesariamente a concluir que las condiciones fijadas en la cláusula novena del contrato No. 498 de 2010 relacionadas con la exigibilidad de la obligación dineraria a cargo del INVIAS no se cumplieron a cabalidad, por lo que no es posible colegir que el demandado incurrió en mora de pagar la obligación al vencimiento de los 90 días calendario siguientes a la fecha de presentación del acta de ajustes No. 6.

43. De lo anterior no se sigue que el INVIAS esté excusado de pagar el valor del acta de ajustes No. 6 porque, como ya se señaló, los \$7'485.033 reconocidos como ajuste del acta No. 6 eran una obligación a su cargo que sí surgió y que, además, no ha prescrito. Lo que ocurre es que dicha obligación no se hizo exigible en los términos de la cláusula novena del contrato No. 498 de 2010, lo que, de entrada, impide que se hubieren causado intereses moratorios al vencimiento del plazo de los 90 días pactados para el pago, pues, al no haberse completado los documentos pactados para que la entidad saldara la obligación, tal plazo no empezó a correr.

44. Además, la Sala concluye que tampoco con la notificación de la demanda al INVIAS se generaron intereses de mora respecto del acta de ajustes No. 6 en los términos del artículo 1608 del Código Civil, según la cual el deudor se constituye en mora *“cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”*, toda vez que la falta de presentación de la factura correspondiente al acta de ajustes No. 6 dentro de la vigencia fiscal del año 2011, da lugar a la aplicación de lo dispuesto en la sección 7.24 del pliego de condiciones previamente analizado.

45. Ya se dijo que, de conformidad con dicha estipulación, si *“el contratista no presenta la cuenta con sus soportes respectivos, dentro de la vigencia fiscal correspondiente, no podrá hacer ninguna reclamación judicial o extrajudicial de actualizaciones, intereses o sobrecostos sobre el valor de la cuenta”*, también se mencionó que esta convención debe leerse en el sentido de que si el Consorcio no presentaba el acta de obra y sus soportes —incluyendo la factura correspondiente<sup>63</sup>— dentro de la vigencia fiscal 2011, perdía el derecho a la actualización, los intereses moratorios y demás sobrecostos, siempre y cuando dicha omisión le fuera imputable.

46. En ese sentido y de cara al caso concreto, la Sala resalta, por una parte, que la elaboración y presentación de la factura era una carga que correspondía al Consorcio que no cumplió y que, de otra, los demandantes no alegaron ni probaron que la omisión de dicha carga obedeciera a causas ajenas a su voluntad. Lo único que se observa es que tanto el acta de ajustes No. 6 como el acta de obra No. 6 se

---

<sup>62</sup> Folio 8, cuaderno 4 (reverso).

<sup>63</sup> Vale resaltar que la presentación de la factura con el cobro del acta de ajustes No. 6 no solo era una condición establecida en la cláusula novena del contrato No. 498 de 2010, sino que también comporta un requisito emanado de la ley, asociado a la obligación tributaria de expedir factura, establecido en el artículo 615 del Estatuto Tributario. Ciertamente, la factura es el soporte contable de los bienes adquiridos o los servicios prestados y, en tal virtud, como lo precisa el artículo 18 de la Ley 962 de 2005 —vigente al momento de los hechos—, las entidades estatales solo pueden pagar las obligaciones contractuales contraídas previo cumplimiento de la obligación de expedir factura.

elaboraron el 23 de octubre de 2011 y a pesar de que la primera era accesoria de la segunda en tanto actualizó los valores reconocidos en esta, solo respecto de esta última se presentó factura con los soportes dentro de la vigencia fiscal 2011, cuando lo razonable, dentro de un curso normal de eventos, era, como ocurrió en otros casos<sup>64</sup>, que ambas se presentaran y tramitaran de manera conjunta. Con todo, se itera que la parte actora no alegó ni probó que el hecho de que no se presentara la factura correspondiente al acta de ajustes No. 6 dentro de la vigencia fiscal 2011, incluso, posteriormente, se debiera a una circunstancia ajena a su voluntad.

47. Así las cosas, lo que queda acreditado es que, siendo carga del Consorcio, y por tratarse de un asunto relacionado con su comportamiento sin que en dicho evento mediara conducta atribuible al INVIAS —pues esto no se alegó—, este no presentó la factura de venta dentro de la vigencia fiscal del año 2011, lo que impone que se aplique la consecuencia estipulada en la sección 7.24 del pliego de condiciones, esto es, que, aunque se reconozca el monto de la obligación, el INVIAS no esté sujeto a pagar esa cifra actualizada ni a reconocer intereses de mora sobre ese valor.

48. Al respecto, advierte la Sala que, si bien la carga de la prueba respecto de los supuestos que darían lugar a aplicar la cláusula limitativa de responsabilidad se radica en cabeza de la parte demandada —pues es ella quien persigue el efecto jurídico proveniente de la aplicación de la sección 7.24 de los pliegos en los términos del artículo 167 del CGP<sup>65</sup>—, lo cierto es que la falta de presentación de la factura dentro de la vigencia fiscal de 2011, según el análisis ya realizado, es imputable únicamente al contratista pues de él dependía la presentación de dicho documento, como sí se hizo en el caso del acta de obra No. 6, respecto de la cual el acta de ajustes No. 6 era accesoria.

49. Así las cosas, en la parte resolutive se modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de negar la pretensión de incumplimiento de cara al acta de ajustes No. 6, sin perjuicio de que se ordenará al INVIAS el pago del valor histórico de dicha acta —\$7'485.033— a los demandantes.

## **2. Acta de obra No. 7 (acta final de obra) y su ajuste**

50. En el expediente está el acta de obra final No. 7 elaborada el 31 de enero de 2012, suscrita por el Consorcio y por el interventor por un valor total de \$1.152'303.450<sup>66</sup>. A dicha acta de obra se anexó la hoja de ruta y orden de pago del 31 de enero de 2012, suscrita por los gestores técnicos del proyecto y del contrato y por la ordenadora del gasto —esta última la firmó el 27 de agosto de 2012—<sup>67</sup>; además, se adjuntó el programa de inversiones de esa misma fecha suscrito por la interventoría<sup>68</sup>. Sin embargo, no hay prueba en el expediente de que

<sup>64</sup> Así ocurrió en el caso del acta de obra No. 5 y el acta de ajustes No. 5. Ambas se presentaron para su cobro al mismo tiempo, aunque, como correspondía, a través de facturas separadas Nos. 7 y 8 (folios 12 a 10, cuaderno 4).

<sup>65</sup> Artículo 167, CGP: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”

<sup>66</sup> Folios 48 y 49, cuaderno 2.

<sup>67</sup> Folio 47, cuaderno 2.

<sup>68</sup> Folio 47, cuaderno 2.

el Consorcio le haya presentado al INVIAS la factura de venta que exigía la cláusula novena del contrato No. 498 de 2010 para hacer exigible la obligación.

51. A partir de estos documentos, se concluye que el Consorcio ejecutó cantidades de obra por valor de \$1.152'303.450—antes de IVA—, las cuales fueron recibidas por el interventor del contrato. Así, como contraprestación por la ejecución de dichas actividades, surgió en cabeza del INVIAS la obligación de pagarle la referida suma de dinero, menos el valor correspondiente por amortización del anticipo. La Sala se concentrará entonces en analizar si dicha obligación en cabeza del demandado se hizo exigible en los términos de las cláusulas octava y novena del contrato de obra No. 498 de 2010.

52. Antes de proseguir con el análisis de la exigibilidad de la obligación, en relación con la defensa del INVIAS que se centra en que el pago de esta obligación no es procedente porque los documentos que lo soportan se presentaron después de vencida la vigencia fiscal 2011, la Sala deja sentado que ese hecho no es una defensa atendible para excusar el incumplimiento del pago de una obligación que surgió válidamente como consecuencia de la ejecución de las cantidades de obra consignadas en el acta de obra No. 7, suscrita por el Consorcio y el interventor.

53. En este punto se advierte que la responsabilidad por la apropiación y disponibilidad de los recursos para respaldar el pago de las obligaciones contraídas por un contrato, es exclusivamente de cargo de la entidad contratante, quien, para el efecto, debe seguir las normas presupuestales que prevén el trámite que se debe adelantar en situaciones como la acontecida en el caso del contrato de obra No. 498 de 2010. En efecto, el INVIAS tenía la obligación, derivada de los deberes de economía y planeación — artículo 25 de la Ley 80 de 1993—, de llevar a cabo las gestiones pertinentes para asegurar la disponibilidad y existencia de los recursos necesarios para pagar los compromisos derivados del contrato tal y como lo establecen los numerales 13 y 14 del artículo 25 *ibídem*:

*“13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.*

*14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.”*

54. El principio de planeación obliga a las entidades estatales a proyectar los gastos en que se incurrirá con la ejecución de los contratos, a garantizar la disponibilidad de recursos para atender dichos pagos y a incluir apropiaciones globales para cubrir costos imprevistos asociados al retardo en los pagos. En este orden de ideas, es innegable que la responsabilidad por la apropiación y disponibilidad de los recursos para respaldar el pago de las obligaciones contraídas por un contrato, es exclusivamente de cargo del INVIAS, pues era este Instituto — y no el contratista— el que debía llevar a cabo tales gestiones, como lo ha señalado

la jurisprudencia de esta Subsección<sup>69</sup>. En verdad, el Consorcio tiene control sobre la ejecución de la actividad contractual, pero no tiene poder sobre la planeación y gestión de los recursos del presupuesto del INVIAS, por lo que no se le puede exigir que, aparte de ejecutar sus obligaciones, vele porque la entidad constituya reservas o cuentas por pagar para que se satisfaga su derecho de crédito.

55. Además, la imposibilidad de recurrir a la fuente presupuestal prevista para hacer el pago de las obligaciones derivadas de un contrato estatal, no es una causal de extinción de las obligaciones contractuales ni una causal de exoneración de responsabilidad o menos aún, de suspensión de la exigibilidad de pago. En este punto vale distinguir entre la fuente de pago —los recursos del Presupuesto General de la Nación— y la obligación contraída en virtud de un negocio jurídico que es ley para las partes —artículo 1602 del Código Civil—, la cual no se ve afectada porque la fuente de pago deje de existir; ciertamente, si la vigencia presupuestal expira, ello no es causal de extinción de la obligación contractual, pues este hecho no se enmarca en ninguna de las causales que prevé el artículo 1625 del Código Civil sobre extinción de las obligaciones<sup>70</sup>. De hecho, el numeral primero del artículo 5º de la Ley 80 de 1993 establece como derecho de los contratistas el derecho a *“recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato”*, sin que este derecho esté sujeto a la vigencia de la partida presupuestal que funge como fuente de pagos. Por ende, no le asiste razón al demandado en su planteamiento según el cual la expiración de la vigencia fiscal hizo imposible el pago del valor del acta de obra No. 7.

56. Ahora, para efectos de abordar el tema asociado con la exigibilidad de la obligación contenida en el acta de obra No. 7, es menester mencionar que en la sentencia de primera instancia el Tribunal concluyó que el Consorcio presentó dicha acta al INVIAS el 7 de febrero de 2012, pero que este no la recibió con fundamento en que la vigencia fiscal 2011 ya había expirado. Esta conclusión no fue cuestionada por el Instituto en el recurso de apelación; no obstante, se trata de un asunto intrínseco de la impugnación<sup>71</sup>, pues está relacionado, justamente, con el momento a partir del cual el Consorcio podía demandar del INVIAS el pago de esa obligación.

---

<sup>69</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 9 de abril de 2021, Exp. 50.371, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

<sup>70</sup> Artículo 1625, Código Civil: *“Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:*

*1o.) Por la solución o pago efectivo.*

*2o.) Por la novación.*

*3o.) Por la transacción.*

*4o.) Por la remisión.*

*5o.) Por la compensación.*

*6o.) Por la confusión.*

*7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe.*

*8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.*

*9o.) Por el evento de la condición resolutoria.*

*10.) Por la prescripción.*

*De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales.”*

<sup>71</sup> Sentencia del 6 de abril de 2018 (Exp. 46.005, C.P. Danilo Rojas Bethancourt), la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre el ámbito competencial del *ad quem* y dijo *“Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del ad quem frente el recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único [...]”*

57. En relación con ese aspecto, lo primero que anota es que el reconocimiento que hizo el INVIAS en los alegatos de conclusión y en el recurso de apelación sobre la presunta fecha en la que el Consorcio presentó el acta de obra No. 7 —7 de febrero de 2012— no puede apreciarse como una confesión en virtud de lo establecido en el artículo 195 del CGP que indica que “[n]o valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas”. Además, de los medios que obran en el expediente no es posible establecer con certeza que en efecto el Consorcio le hubiera presentado al INVIAS los referidos documentos en la fecha indicada y que este se hubiera negado a recibirlos.

58. Incluso si de manera hipotética se afirmara que el Consorcio presentó el acta de obra No. 7 y los documentos soportes en la fecha indicada, en todo caso tendría que concluirse que la obligación no se hizo exigible en los términos del contrato porque no obra prueba de que el contratista le hubiese presentado al demandado una factura de venta<sup>72</sup> ni los comprobantes de los aportes de los empleados y vinculados al Consorcio al Sistema de Seguridad Social, los cuales, según lo pactado por las partes, debían aportarse para que la obligación se hiciera exigible (cláusula novena del contrato).

59. Por todo lo anterior, la Sala estima que, aunque el INVIAS estaba obligado a pagar el valor del acta final de obra No. 7 —por valor de \$1.152'303.450 menos el valor que faltaba por amortizar el anticipo, el cual ascendía a \$486'870.230<sup>73</sup>, para un saldo de \$665'433.220 más IVA, para un total a pagar de \$672'807.962—, esa obligación no se hizo exigible en los términos de la cláusula novena del contrato No. 498 de 2010, esto es, a partir del vencimiento de los 90 días calendario siguientes a la presentación del acta y sus soportes, lo que, como en el caso del acta de ajustes No. 6, impide que se causaran intereses moratorios, al menos, en los términos del contrato.

60. De lo anterior no se sigue, se reitera, que el INVIAS esté excusado de pagar el valor del acta de obra No. 7 porque, como ya se señaló, los \$665'433.220 más IVA reconocidos eran una obligación a su cargo que sí surgió. Lo que ocurre es que dicha obligación no se hizo exigible en los términos de la cláusula novena del contrato No. 498 de 2010, lo que, de entrada, impide que se hubieren causado intereses moratorios al vencimiento del plazo de los 90 días pactados para el pago, pues, al no haberse completado los documentos pactados para que la entidad saldara la obligación, tal plazo no empezó a correr.

---

<sup>72</sup> Se reitera, además de lo estipulado por las partes, la obligación de expedir factura como requisito para el desembolso de los pagos derivados de la ejecución del contrato estatal, según lo establecido en los artículos 615 del Estatuto Tributario y 18 de la Ley 962 de 2005.

<sup>73</sup> En el acta de recibo definitiva del 31 de enero de 2012 (folio 57, cuaderno 2), consta que el valor ya amortizado del anticipo —que fue la suma de \$1.041'439.920— era, antes de la amortización del acta No. 6, de \$264'417.899. Por ende, si se le suma a este valor la amortización del anticipo que se realizó en el acta No. 6 por \$290'151.791, el anticipo fue amortizado, antes del acta No. 7 por valor de \$554'569.690. Por ende, al valor del anticipo hacía falta restarle \$486'870.230 del valor del acta No. 7 para que quedara amortizado en su totalidad, tal y como se le comunicó al Consorcio mediante oficio SGT-GDP 54603 del 24 de octubre de 2012 (folio 141, cuaderno 4). En este se señala que el valor que debe reintegrarse a título de amortización del anticipo es de \$777'022.021).

61. No obstante, a diferencia de lo analizado en relación con el acta de ajustes No. 6, en este caso, por las razones que enseguida se expresarán, la Sala concluye que sí se causaron intereses de mora en los términos del artículo 1608 del Código Civil, según la cual el deudor se constituye en mora “*cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor*”, por cuanto no se encuentran acreditados los presupuestos que darían paso a aplicar la consecuencia estipulada en la Sección 7.24 de los pliegos, respecto de la limitación de responsabilidad del INVIAS frente al reconocimiento de “*actualizaciones, intereses o sobrecostos sobre el valor de la cuenta*” cuando la cuenta de cobro se hubiere presentado después de vencida la respectiva vigencia fiscal.

62. Al respecto, se recuerda que, en este caso el Consorcio sí alegó que la razón por la cual no presentó dentro de la vigencia fiscal 2011 los documentos necesarios para acceder al pago del acta de obra No. 7 —incluida la factura— se debió a que para ello era menester aportar el acta de entrega y recibo definitivo, hecho que tuvo lugar, según se acreditó en el proceso, el 31 de enero de 2012, esto es, en la misma fecha de elaboración del acta de obra No. 7. Sin embargo, el hecho de que una y otra hubiere sido suscrita en esa fecha, y no antes, no responde a las preguntas sobre si el INVIAS tuvo alguna incidencia en ese hecho o si el Consorcio actuó culpablemente de modo que la firma de dichas actas solo se pudo hacer el 31 de enero de 2012. Lo único que está probado en el expediente es que el acta de entrega y recibo definitiva fue suscrita en dicha fecha y que, antes de esta, en los términos de la cláusula novena del contrato, no era procedente exigirle al Consorcio que le presentara al INVIAS el acta final de obra. Se recuerda que nadie está obligado a lo imposible y, por eso, el Consorcio no podía estar en la obligación de presentar el acta final de obra y la factura antes de que expirara la vigencia fiscal 2011, si aún no se había suscrito el acta de recibo definitiva, que era condición *sine qua non* según la cláusula novena.

63. En este orden de ideas, dado que está probado que el contratista no pudo presentar los documentos necesarios para el pago del acta de obra No. 7 dentro de la vigencia fiscal 2011 —lo que, a su vez, al menos hasta esa fecha le impedía presentar la factura respectiva—, y en atención a que es al INVIAS al que interesaba probar que, incluso, en ese escenario, esa situación se dio por causas imputables al Consorcio, en tanto, como previamente se explicó al analizar la sección 7.24 de los pliegos de condiciones, solo así se entendería liberado de la responsabilidad de reconocer actualizaciones e intereses de mora en caso de no realizar el pago de forma oportuna, debe concluirse que era a él al que correspondía probar tales supuestos.

64. En efecto, dado que las cláusulas de limitación de responsabilidad no pueden comportar una condonación del dolo futuro (art. 1522, Código Civil), corresponde a quien pretende favorecerse de ellas probar que con su conducta no influyó en la ocurrencia del hecho que da lugar a la responsabilidad, o lo que es lo mismo, que se comportó de manera diligente respecto de las cargas que le correspondían (art. 1604 del Código Civil<sup>74</sup>). Así lo ha expresado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al analizar y darle efectos a una cláusula de limitación de

---

<sup>74</sup> Artículo 1604, Código Civil: “[...] La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

responsabilidad respecto de la cual afirmó que a través de estas no se puede condonar el dolo o la culpa grave del deudor por lo que dichas “*estipulaciones producen el efecto de la inversión de la carga de la prueba*”<sup>75</sup>, de lo que se sigue que le corresponde al deudor probar que obró diligentemente y que no incidió en la causación del hecho que da lugar a la responsabilidad que pretende ver limitada.

65. Así, entonces, en lo que concierne al acta de obra No. 7, para que procediera su aplicación, correspondía al INVIAS acreditar que, si bien el acta de entrega y recibo definitiva se suscribió el 31 de enero de 2012, lo que impidió que se presentaran los documentos para el pago de esa acta dentro de la vigencia fiscal 2011, esto no se debió a causas atribuibles a él, no obstante, de ello no obra prueba en el expediente.

66. En consecuencia, si bien, por las razones que ya se expresaron, no se causaron intereses de mora en los términos de la cláusula novena del contrato, lo cierto es que el INVÍAS sí se constituyó en mora a partir de la reconvencción judicial que los demandantes le hicieron, en los términos del numeral tercero del artículo 1608 del Código Civil, lo que ocurrió el 20 de junio de 2013 con la notificación del auto admisorio de la demanda<sup>76</sup>, tal y como lo establece el inciso segundo del artículo 94 del CGP<sup>77</sup>. En otras palabras, el INVIAS incumplió su obligación de pagar el acta de obra No. 7 a partir de su constitución en mora, lo que ocurrió mediante la reconvencción judicial y no por la expiración del plazo suspensivo de 90 días calendario previsto en el contrato.

67. La Sala llega a las mismas conclusiones en relación con el acta de ajustes No. 7, la cual fue elaborada el 31 de enero de 2012 y suscrita por el Consorcio y el interventor<sup>78</sup> y a la cual se adjuntó la hoja de ruta y orden de pago de esa misma fecha suscrita por los gestores del contrato y del proyecto y por la ordenadora del gasto —esta última también el 28 de agosto de 2012—<sup>79</sup>. Se evidencia, al igual que con el acta final de obra No. 7, que el Consorcio no le presentó al INVIAS una factura con soporte en el acta de ajustes, por valor de \$24'281.841 —incluyendo IVA de \$154.416<sup>80</sup>—, lo cual era un requisito indispensable para que la obligación se hiciera exigible de cara al demandado. En consecuencia, como así no ocurrió, se concluye que la mora en el pago en relación con esta acta solo surgió a partir de la reconvencción judicial, la cual se concretó el 20 de junio de 2013 con la notificación

---

<sup>75</sup> En sentencia del 9 de diciembre de 1936 (G.J 1918, p. 497): “*el Tribunal prescindió en absoluto del estudio de esas cláusulas por considerarlas totalmente nulas por tener objeto ilícito y no poder ser materia de estipulaciones entre las partes, siendo así que al tenor del artículo 1604 del C.C. aún interpretado a la luz de la más exigente doctrina sobre ineficacia integral de las cláusulas de no responsabilidad, esta ineficacia solamente dice orden a la inejecución debida a dolo o a culpa grave del deudor y en todo caso tales estipulaciones producen el efecto de la inversión de la carga de la prueba, aspecto que tampoco estudio el Tribunal, hay que concluir que es justificado el cargo de violación de la doctrina contenida en los referidos artículos del código civil[...]*”.

<sup>76</sup> El auto del 13 de junio de 2013 (folios 72 y 83, cuaderno 1) mediante el cual el Tribunal admitió la demanda de los demandantes les fue notificado personalmente al Director de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, a la Procuraduría 45 y al INVIAS mediante correo electrónico del 20 de junio de 2013 dirigido al buzón de notificaciones judiciales de que trata el artículo 197 del CPACA, en los términos del artículo 199 del CPACA (Folios 79 y 80, cuaderno 1. En estos folios quedó constancia de que los destinatarios recibieron el correo electrónico y las copias de los traslados).

<sup>77</sup> Inciso segundo, artículo 94, CGP: “*La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.*”

<sup>78</sup> Folios 52 a 54, cuaderno 2.

<sup>79</sup> Folio 51, cuaderno 2.

<sup>80</sup> Folio 54, cuaderno 2.

del auto admisorio de la demanda, tal y como lo establece el inciso segundo del artículo 94 del CGP.

68. Además, en este caso tampoco se acreditó que la elaboración del acta de ajustes No. 7 fuera presentada por fuera de la vigencia fiscal 2011 por culpa del Consorcio pues, por el contrario, lo que sí está probado es que esta acta, que es accesoria al acta final de obra —pues con base en su valor se calculan los ajustes en función del IPC—, fue elaborada el mismo día en que se suscribió el acta de entrega y recibido definitiva del 31 de enero de 2012, cuya fecha no está probado que fue determinada por una conducta culposa del Consorcio.

69. En mérito de todo lo anterior, se modificará la sentencia de primera instancia, únicamente en cuanto a la fecha a partir de la cual se calcularán los intereses moratorios respecto del acta de obra No. 7 y del acta de ajustes No. 7, toda vez que el Tribunal los calculó desde el vencimiento de los 90 días calendario siguientes al 7 de febrero de 2012 que fue la supuesta fecha de entrega de dichas actas y sus soportes al INVIAS, para señalar, en su lugar, que estos se causaron a partir del 20 de junio de 2013 cuando, según lo previamente analizado, se produjo a partir de la reconvencción judicial.

### Los intereses moratorios

70. Según se señaló en el acápite anterior, el INVIAS incumplió y se constituyó de mora de pagar el valor de las actas de obra Nos. 6 y 7 y del acta de ajustes No. 7, por lo que se procederá a calcular los intereses de mora correspondientes según lo ya indicado. Se precisa que: (i) en el caso del acta de obra No. 6, el cálculo de intereses moratorios tan solo se actualizará a partir del 1º de abril de 2015, que corresponde al día siguiente de la fecha final que tomó el Tribunal para calcularlos desde el 13 de marzo de 2012, fecha a partir de la cual el INVIAS se constituyó en mora. Así las cosas, a los \$3'945.664<sup>81</sup> reconocidos por el Tribunal en primera instancia se sumarán los intereses que a partir del 1º de abril de 2015 se hayan causado hasta la fecha de esta providencia; (ii) en el caso de las actas Nos. 7 y su ajuste, se calcularán los intereses no desde la fecha en que lo hizo el Tribunal —7 de mayo de 2012— sino desde el 20 de junio de 2013 que fue la fecha de la reconvencción judicial a través de la cual se constituyó en mora al INVIAS.

71. Se reitera que, en aplicación de la sección 7.24 del pliego de condiciones, el INVIAS no estaba obligado a reconocer intereses de mora y actualizaciones sobre el valor del acta de ajustes No. 6, por lo que no se calcularán como parte de la condena.

72. Con base en lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el párrafo primero de la cláusula octava del contrato, en la sección 7.21 del pliego de condiciones y en el Decreto 679 de 1994, los intereses serán calculados y actualizados de la siguiente manera: (i) el valor histórico de la respectiva obligación dineraria<sup>82</sup> será actualizada conforme la fórmula *Valor actualizado = [Valor histórico*

<sup>81</sup> Folio 206, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>82</sup> El valor de la obligación dineraria a cargo del INVIAS es el resultado de la resta del valor total del acta menos el valor de la amortización del anticipo pues no se pueden calcular intereses moratorios sobre el valor total, dado que con ello los demandantes se estarían enriqueciendo injustificadamente.

\* (IPC final [diciembre 2012 a 2021 según el año a que corresponda el periodo para calcular intereses] o [IPC final marzo 2022 que es el que corresponde al mes de la sentencia] / IPC inicial (fecha de constitución en mora)]; (ii) sobre el valor actualizado de cada obligación dineraria se calculará el interés moratorio conforme la tasa prevista en el párrafo primero de la cláusula novena del contrato No. 498 de 2010, esto es, el interés legal civil anual del 6% —o proporcional si es por un periodo menor a un año—.

72.1. Los intereses moratorios sobre el valor de \$20'495.829 de la factura No. 9 del 12 de diciembre de 2012 soportada en el acta de obra No. 6, calculados a partir del 1º de abril de 2015 equivalen a \$11'337.420. A este valor —que es el resultado de la siguiente operación— se le deben sumar los intereses moratorios ya calculados por el Tribunal en la sentencia de primera instancia que equivalieron a \$3'945.664<sup>83</sup>, por lo cual, el monto total de intereses moratorios por el no pago de esta acta ascienden a \$15'283.084.

i. El valor actualizado de la factura conforme la fórmula señalada, arroja el siguiente resultado:

Valor histórico factura	Mes de IPC final	IPC final	IPC inicial (marzo de 2012)	Valor actualizado
\$ 20.495.829	dic-15	88,05	77,31	\$ 23.343.135
\$ 20.495.829	dic-16	93,12	77,31	\$ 24.687.254
\$ 20.495.829	dic-17	96,92	77,31	\$ 25.694.680
\$ 20.495.829	dic-18	100,00	77,31	\$ 26.511.226
\$ 20.495.829	dic-19	103,80	77,31	\$ 27.518.653
\$ 20.495.829	dic-20	105,48	77,31	\$ 27.964.041
\$ 20.495.829	dic-21	111,41	77,31	\$ 29.536.157
\$ 20.495.829	mar-22	116,26	77,31	\$ 30.821.952

ii. El cálculo de intereses moratorios sobre los valores actualizados por periodo arroja el siguiente resultado:

Inicio	Final	Días	Interés moratorio anual pactado	Interés proporcional	Capital (actualizado)	Intereses moratorios periodo	Intereses acumulados
1/04/15	31/12/15	275	6,00%	4,52%	\$ 23.343.134,70	1.055.237,60	1.055.237,60
1/01/16	31/12/16	366	6,00%	6,00%	\$ 24.687.253,87	1.481.235,23	2.536.472,83
1/01/17	31/12/17	365	6,00%	6,00%	\$ 25.694.680,46	1.541.680,83	4.078.153,66
1/01/18	31/12/18	365	6,00%	6,00%	\$ 26.511.226,23	1.590.673,57	5.668.827,23
1/01/19	31/12/19	365	6,00%	6,00%	\$ 27.518.652,83	1.651.119,17	7.319.946,40
1/01/20	31/12/20	366	6,00%	6,00%	\$ 27.964.041,43	1.677.842,49	8.997.788,89
1/01/21	31/12/21	365	6,00%	6,00%	\$ 29.536.157,15	1.772.169,43	10.769.958,31
1/01/22	22/04/22	112	6,00%	1,8411%	\$ 30.821.951,62	567.461,68	11.337.420,00

72.2. Los intereses moratorios sobre el valor de \$672'807.962 del acta final de obra No. 7 del 31 de enero de 2012, calculados a partir del 20 de junio de 2013, equivalen a \$437'005.149, como resulta de la siguiente operación:

i. El valor actualizado de la factura conforme la fórmula señalada, arroja el siguiente resultado:

<sup>83</sup> Folio 206, cuaderno del Consejo de Estado.

Expediente: 150012333000201300350 01 (55.214)  
 Demandantes: Ana María Benítez Camargo y otros  
 Demandada: INVIAS  
 Acción: Controversias contractuales

Valor histórico factura	Mes de IPC final	IPC final	IPC inicial (junio de 2013)	Valor actualizado
\$ 672.807.962	dic-13	79,56	79,39	\$ 674.248.664
\$ 672.807.962	dic-14	82,47	79,39	\$ 698.910.097
\$ 672.807.962	dic-15	88,05	79,39	\$ 746.199.031
\$ 672.807.962	dic-16	93,12	79,39	\$ 789.165.857
\$ 672.807.962	dic-17	96,92	79,39	\$ 821.369.791
\$ 672.807.962	dic-18	100,00	79,39	\$ 847.471.926
\$ 672.807.962	dic-19	103,80	79,39	\$ 879.675.859
\$ 672.807.962	dic-20	105,48	79,39	\$ 893.913.387
\$ 672.807.962	dic-21	111,41	79,39	\$ 944.168.473
\$ 672.807.962	mar-22	116,26	79,39	\$ 985.270.861

ii. El cálculo de intereses moratorios sobre los valores actualizados por periodo arroja el siguiente resultado:

Inicio	Final	Días	Interés moratorio anual pactado	Interés proporcional	Capital (actualizado)	Intereses moratorios periodo	Intereses acumulados
20/06/13	31/12/13	195	6,00%	3,21%	\$ 674.248.664,27	21.612.902,39	21.612.902,39
1/01/14	31/12/14	365	6,00%	6,00%	\$ 698.910.097,32	41.934.605,84	63.547.508,23
1/01/15	31/12/15	365	6,00%	6,00%	\$ 746.199.030,79	44.771.941,85	108.319.450,08
1/01/16	31/12/16	366	6,00%	6,00%	\$ 789.165.857,43	47.349.951,45	155.669.401,52
1/01/17	31/12/17	365	6,00%	6,00%	\$ 821.369.790,62	49.282.187,44	204.951.588,96
1/01/18	31/12/18	365	6,00%	6,00%	\$ 847.471.925,94	50.848.315,56	255.799.904,51
1/01/19	31/12/19	365	6,00%	6,00%	\$ 879.675.859,12	52.780.551,55	308.580.456,06
1/01/20	31/12/20	366	6,00%	6,00%	\$ 893.913.387,48	53.634.803,25	362.215.259,31
1/01/21	31/12/21	365	6,00%	6,00%	\$ 944.168.472,68	56.650.108,36	418.865.367,67
1/01/22	22/04/22	112	6,00%	1,8411%	\$ 985.270.861,09	18.139.781,33	437.005.149,00

72.3. Los intereses moratorios sobre el valor de \$28'684.165<sup>84</sup> del acta de ajustes No. 7 del 31 de enero de 2012, calculados a partir del 20 de junio de 2013, equivalen a \$18'631.063,41 como resulta de la siguiente operación:

i. El valor actualizado de la factura conforme la fórmula señalada, arroja el siguiente resultado:

Valor histórico factura	Mes de IPC final	IPC final	IPC inicial (junio de 2013)	Valor actualizado
\$ 28.684.165	dic-13	79,56	79,39	\$ 28.745.587
\$ 28.684.165	dic-14	82,47	79,39	\$ 29.796.991
\$ 28.684.165	dic-15	88,05	79,39	\$ 31.813.084
\$ 28.684.165	dic-16	93,12	79,39	\$ 33.644.911
\$ 28.684.165	dic-17	96,92	79,39	\$ 35.017.877
\$ 28.684.165	dic-18	100,00	79,39	\$ 36.130.703
\$ 28.684.165	dic-19	103,80	79,39	\$ 37.503.670
\$ 28.684.165	dic-20	105,48	79,39	\$ 38.110.665
\$ 28.684.165	dic-21	111,41	79,39	\$ 40.253.216
\$ 28.684.165	mar-22	116,26	79,39	\$ 42.005.555

ii. El cálculo de intereses moratorios sobre los valores actualizados por periodo arroja el siguiente resultado:

<sup>84</sup> Sumatoria de las actas de ajustes 7A a 7C (folios 52 a 54, cuaderno 2).

Expediente: 150012333000201300350 01 (55.214)  
 Demandantes: Ana María Benítez Camargo y otros  
 Demandada: INVIAS  
 Acción: Controversias contractuales

Inicio	Final	Días	Interés moratorio anual pactado	Interés proporcional	Capital (actualizado)	Intereses moratorios periodo	Intereses acumulados
20/06/13	31/12/13	195	6,00%	3,21%	\$ 28.745.587,19	921.433,89	921.433,89
1/01/14	31/12/14	365	6,00%	6,00%	\$ 29.796.990,65	1.787.819,44	2.709.253,33
1/01/15	31/12/15	365	6,00%	6,00%	\$ 31.813.083,87	1.908.785,03	4.618.038,36
1/01/16	31/12/16	366	6,00%	6,00%	\$ 33.644.910,50	2.018.694,63	6.636.732,99
1/01/17	31/12/17	365	6,00%	6,00%	\$ 35.017.877,21	2.101.072,63	8.737.805,62
1/01/18	31/12/18	365	6,00%	6,00%	\$ 36.130.702,86	2.167.842,17	10.905.647,80
1/01/19	31/12/19	365	6,00%	6,00%	\$ 37.503.669,57	2.250.220,17	13.155.867,97
1/01/20	31/12/20	366	6,00%	6,00%	\$ 38.110.665,38	2.286.639,92	15.442.507,89
1/01/21	31/12/21	365	6,00%	6,00%	\$ 40.253.216,06	2.415.192,96	17.857.700,86
1/01/22	22/04/22	112	6,00%	1,8411%	\$ 42.005.555,14	773.362,55	18.631.063,41

73. De conformidad con lo anterior, en la parte resolutive, la Sala condenará al INVIAS a pagarle a los demandantes la suma de \$470'919.296,41 a título de intereses moratorios por el no pago de las actividades consignadas en las actas de obra Nos. 6 y 7 —y el ajuste del acta No. 7—, conforme el siguiente cuadro:

Intereses acta No. 6	\$	15.283.084,00
Intereses acta No. 7	\$	437.005.149,00
Intereses acta de ajustes No. 7	\$	18.631.063,41
Total	\$	470.919.296,41

#### Liquidación del contrato No. 498 de 2010

74. Dado que en esta providencia se harán declaraciones y condenas a favor de los demandantes y en contra del INVIAS, el ejercicio de finiquito de cuentas del contrato de obra debe ser revisado, aun cuando este punto no hubiere sido objeto de la apelación, pues, los aspectos que sí lo fueron, tienen incidencia directa en este. En mérito de lo que antecede, la Sala declarará la liquidación judicial del contrato de obra No. 498 del 19 de agosto de 2010 en los siguientes términos<sup>85</sup>:

**VALOR DEL CONTRATO: \$2.177'741.934**  
**FECHA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO: 16 DE DICIEMBRE DE 2011**

VALORES EJECUTADOS POR EL CONSORCIO	
ACTA <sup>86</sup>	VALOR TOTAL DEL ACTA
Acta de obra No. 1	\$2'215.156,84
Acta de obra No. 2	\$92'551.920,76
Acta de obra No. 3	\$80'570.192,41
Acta de obra No. 4	\$91'266.504,78
Acta de obra No. 5	\$272'080.919,12
Acta de obra No. 6	\$318'132.652,57 <sup>87</sup>
Acta de obra No. 7	\$1.188'362.356,22 <sup>88</sup>
<b>TOTAL EJECUTADO</b>	<b>\$2.045'362.356,22</b>
VALORES PAGADOS POR EL INVIAS	

<sup>85</sup> Se tomarán los valores de la liquidación del acta de entrega y recibo definitiva del 31 de enero de 2012, que obra en el expediente a folios 55 a 57, cuaderno 2.

<sup>86</sup> Los valores que aquí figuran incluyen los ajustes a la respectiva acta y el valor por concepto de IVA, tal y como figuran en el acta de entrega y recibo definitiva.

<sup>87</sup> Resultado de sumar \$310'647.620 —valor total acta No. 6 con IVA— más \$7'485.033 —acta de ajustes No. 6—.

<sup>88</sup> Resultado de sumar \$1.152'303.450—valor total acta No. 7, más IVA de \$7'374.742— más \$24'281.841 —acta de ajustes No. 7—.

Anticipo	\$1.041'439.920
Menos amortización anticipo (antes de actas Nos. 6 y 7) <sup>89</sup>	\$777'022.021
<b>Valor amortización restante</b>	<b>\$777'022.021</b>
<b>Valor histórico de actas de obra No. 6 y 7 (y ajustes) – valor amortización restante</b>	<b>\$729'472.987,79</b>
<b>Valor histórico de acta de ajustes No. 6</b>	<b>\$7'485.033</b>
<b>Valor histórico actas de obra Nos. 6 y 7 y acta de ajustes No. 7 (sin acta de ajustes No. 7)</b>	<b>\$721'987.954,79</b>
<b>Valor actualizado actas Nos. 6 y 7 y acta de ajustes No. 7<sup>90</sup></b>	<b>\$1.101'697.331</b>
<b>CONDENAS A FAVOR DE LOS DEMANDANTES</b>	
Intereses moratorios	\$470'919.296,41
Valor histórico acta de ajustes No. 6 + Valor actualizado actas Nos. 6 y 7 y acta de ajustes No. 7	\$1.109'182.364
<b>Total</b>	<b>\$1.580'101.660,08</b>
<b>DIFERENCIA A FAVOR DE LOS DEMANDANTES</b>	<b>\$1.580'101.660,08</b>

75. Se advierte que en esta liquidación se están actualizando los valores de las actas de obra a la fecha de esta sentencia, lo cual no comporta una inobservancia al principio de la *no reformatio in pejus*, dado que lo que se persigue es conservar el valor presente de ese resultado y no alterar la cuantía o el método de su liquidación<sup>91</sup>.

### Costas

76. Habida consideración de que en este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, la Sala condenará en costas al demandado en la medida en que el recurso que interpuso se resolverá desfavorablemente en relación con el pedimento de que se revoque íntegramente la sentencia y también en cuanto a que, subsidiariamente, solo se reconozca a favor de la parte demandante el valor del capital, salvo en lo que concierne a los intereses del acta de ajustes No. 6 y, parcialmente, a los que corresponden al acta No. 7 y la de ajustes No. 7, puntos en relación con los cuales el recurso sí prosperará. Como se señaló en esta providencia, no le asiste razón al demandado en relación con la cuestión de la causación de los intereses de mora, salvo los relacionados con el valor del acta de ajustes No. 6 —respecto de la cual no hay lugar a condena por este concepto— y, parcialmente, con las actas Nos. 7 y de ajustes 7 respecto de cuyos valores se concedieron intereses de mora a partir de la reconvenición judicial —20 de junio de 2013— y no de la fecha que tuvo en cuenta el Tribunal —7 de mayo de 2012— para su liquidación.

77. Se detiene la Sala en el último aspecto mencionado para señalar que la modificación de la sentencia de primera instancia en ese punto conlleva, a su vez,

<sup>89</sup> Por un valor de \$264'417.899 (folio 57, cuaderno 2).

<sup>90</sup> Es el valor de la diferencia actualizada desde la terminación del contrato, esto es, desde el 16 de diciembre de 2011 hasta la fecha, de la siguiente manera:

Valor histórico	Mes de IPC final	IPC final	IPC inicial (diciembre de 2011)	Valor actualizado
\$721.987.954,79	mar-22	116,26	76,19	\$ 1.101.697.331

<sup>91</sup> Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 25 de enero de 2017. Exp. 49.015. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y Sentencia del 7 de mayo de 2021, Exp. 48.746, C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

la modificación de la base que tomó el Tribunal para fijar el valor de las agencias en derecho —no así, se advierte, a la modificación del porcentaje en el que la fijó, esto es el 10% del valor de las pretensiones a las que accedió—. En consecuencia, se modificará en este punto la sentencia recurrida para señalar que las agencias en derecho de la primera instancia corresponden a \$89'075.368,63. Este valor resulta de aplicar el 10% por el que se fijaron las agencias en derecho de la primera instancia, a la suma de \$890'753.676 resultante de restar a los \$935.451.611 correspondientes a la condena que se profirió en la sentencia recurrida: (i) el valor calculado en esa misma instancia por concepto de los intereses de mora del acta de ajustes No. 6 —\$1'440.949—, y (ii) el valor correspondiente a los intereses moratorios que calculó el Tribunal entre el 8 de mayo de 2012 y el 20 de junio de 2013 sobre los valores de las actas Nos. 7 y de ajustes 7 —\$41'346.239 y \$1.910.746,7, respectivamente—.

76. En lo que concierne a la fijación de las agencias en derecho de esta instancia, se recuerda que, bajo las reglas del Código General del proceso la condena en costas —lo que envuelve las agencias en derecho— no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen —régimen subjetivo en el que estaba inscrito el Código Contencioso Administrativo—, toda vez que en el régimen actual, dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso frente a la parte que ha resultado vencida, *“siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”*.

77. La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

78. En relación con las agencias en derecho, puesto que este es un proceso declarativo en segunda instancia, de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003<sup>92</sup> del Consejo Superior de la Judicatura se fijarán en la suma de \$15'801.016,60 que corresponden al 1% del valor de las pretensiones económicas de la demanda que serán confirmadas a favor de los demandantes.

#### **IV. PARTE RESOLUTIVA**

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,

#### **FALLA:**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 25 de septiembre de 2015, la cual quedará así:

*“1. **DECLARAR** que el Instituto Nacional de Vías -INVIAS- incumplió el contrato de obra No. 498 suscrito el 19 de agosto de 2010 entre dicho Instituto y El Consorcio B&B integrado por los señores Adriana Rocío Benítez Camargo,*

<sup>92</sup> Que fija, en su numeral 3.3.1. que las agencias de derecho podrán ser fijadas en hasta el 5% de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

*Alfonso Gómez León, Ana María Benítez Camargo e Iader Wilgem Barrios, por no pagar los valores consignados en las actas de obra Nos. 6 y 7 y en el acta de ajustes No. 7, por las razones indicadas en esta providencia.*

**2. CONDENAR** al Instituto Nacional de Vías -INVIAS- a pagarle a los señores Adriana Rocío Benítez Camargo, Alfonso Gómez León, Ana María Benítez Camargo e Iader Wilgem Barrios en calidad de integrantes del Consorcio B&B, la suma actualizada a la fecha de esta sentencia de mil ciento un millones seiscientos noventa y siete mil trescientos treinta y un pesos (\$1.101'697.331) por concepto de la diferencia entre el valor total de las actas de obra Nos. 6 y 7 y el acta de ajustes No. 7, menos el valor correspondiente al saldo de la amortización del anticipo, en los términos descritos en esta providencia.

**3. CONDENAR** al Instituto Nacional de Vías -INVIAS- a pagarle a los señores Adriana Rocío Benítez Camargo, Alfonso Gómez León, Ana María Benítez Camargo e Iader Wilgem Barrios en calidad de integrantes del Consorcio B&B, la suma de cuatrocientos setenta millones novecientos diecinueve mil doscientos noventa y seis pesos con cuarenta y un centavos (\$470'919.296,41) por concepto de intereses moratorios por el no pago de las actas de obra Nos. 6 y 7 y del acta de ajustes No. 7, por las razones desarrolladas en este providencia.

**4. ORDENAR** al Instituto Nacional de Vías -INVIAS- a pagarle a los señores Adriana Rocío Benítez Camargo, Alfonso Gómez León, Ana María Benítez Camargo e Iader Wilgem Barrios en calidad de integrantes del Consorcio B&B siete millones cuatrocientos ochenta y cinco mil treinta y tres pesos (\$7'485.033) por concepto del acta de ajustes No. 6.

**5. LIQUIDAR** el contrato de obra No. 498 suscrito el 19 de agosto de 2010 por el Instituto Nacional de Vías -INVIAS- y los señores Adriana Rocío Benítez Camargo, Alfonso Gómez León, Ana María Benítez Camargo e Iader Wilgem Barrios en calidad de integrantes del Consorcio B&B, de la siguiente manera:

**VALOR DEL CONTRATO: \$2.177'741.934**  
**FECHA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO: 16 DE DICIEMBRE DE 2011**

<b>VALORES EJECUTADOS POR EL CONSORCIO</b>	
<b>ACTA</b>	<b>VALOR TOTAL DEL ACTA</b>
Acta de obra No. 1	\$2'215.156,84
Acta de obra No. 2	\$92'551.920,76
Acta de obra No. 3	\$80'570.192,41
Acta de obra No. 4	\$91'266.504,78
Acta de obra No. 5	\$272'080.919,12
Acta de obra No. 6	\$318'132.652,57
Acta de obra No. 7	\$1.188'362.356,22
<b>TOTAL EJECUTADO</b>	<b>\$2.045'362.356,22</b>
<b>VALORES PAGADOS POR EL INVIAS</b>	
Anticipo	\$1.041'439.920
Menos amortización anticipo (antes de actas Nos. 6 y 7)	\$777'022.021
<b>Valor amortización restante</b>	<b>\$777'022.021</b>
<b>Valor histórico de actas de obra No. 6 y 7 (y ajustes) – valor amortización restante</b>	<b>\$729'472.987,79</b>
<b>Valor histórico de acta de ajustes No. 6</b>	<b>\$7'485.033</b>
<b>Valor histórico actas de obra Nos. 6 y 7 y acta de ajustes No. 7 (sin acta de ajustes No. 7)</b>	<b>\$721'987.954,79</b>
<b>Valor actualizado actas Nos. 6 y 7 y acta de ajustes No. 7</b>	<b>\$1.101'697.331</b>

Expediente: 150012333000201300350 01 (55.214)  
Demandantes: Ana María Benítez Camargo y otros  
Demandada: INVIAS  
Acción: Controversias contractuales

<b>CONDENAS A FAVOR DE LOS DEMANDANTES</b>	
Intereses moratorios	<b>\$470'919.296,41</b>
Valor histórico acta de ajustes No. 6 + Valor actualizado actas Nos. 6 y 7 y acta de ajustes No. 7	<b>\$1.109'182.364</b>
<b>Total</b>	<b>\$1.580'101.660,08</b>
<b>DIFERENCIA A FAVOR DE LOS DEMANDANTES</b>	<b>\$1.580'101.660,08</b>

**5. CUARTO: CONDENAR en COSTAS** de la primera instancia a la parte vencida, Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, liquídense por Secretaría. Se fija como agencia en derecho la suma de ochenta y nueve millones setenta y cinco mil trescientos sesenta y ocho pesos con sesenta y tres centavos M/cte. (\$89'075.368,63).

**NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, por las razones señaladas en esta providencia.”

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de la segunda instancia al Instituto Nacional de Vías -INVIAS- por las razones señaladas en esta providencia, las que deberán ser liquidadas de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

**TERCERO: FIJAR** las agencias de la segunda instancia en quince millones ochocientos un mil dieciséis pesos con sesenta centavos (\$15'801.016,60) a favor de los señores Adriana Rocío Benítez Camargo, Alfonso Gómez León, Ana María Benítez Camargo e Iader Wilgem Barrios en calidad de integrantes del Consorcio B&B, que corresponden al 1% del valor de las pretensiones confirmadas.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**MARÍA ADRIANA MARÍN**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

VF

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el siguiente enlace: <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>