



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Expediente:	730012333000201400506 01 (55.864)
Demandante:	Consortio Puentes Tolima
Demandado:	Municipio de Honda
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 demandante en contra de la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

La controversia versa sobre los incumplimientos que el Consortio Puentes Tolima le imputa al municipio de Honda en relación con las obligaciones derivadas del contrato de obra pública suscrito el 9 de febrero de 2011, consistentes en la falta de apropiación de los recursos presupuestales necesarios para respaldar la ejecución del contrato, así como en el retardo del pago de cuatro actas parciales de obra suscritas como contraprestación por la elaboración de los diseños y la ejecución de las obras de rehabilitación sobre unos puentes ubicados en el municipio de Honda. Además, el demandante solicita que se declare que la suspensión del contrato acordada por las partes fue causada por hechos ajenos a él y que estuvieron relacionados con la falta de obtención de los recursos que prometió el INVIAS al municipio para ejecutarlo, en cumplimiento del convenio No. 1696 de 2010. Como consecuencia de dichas declaraciones, pretende que se le indemnicen los daños causados por los incumplimientos imputables al demandado. Por último, solicita que se declare la terminación del contrato y que se realice su liquidación.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 25 de septiembre de 2015, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Tolima resolvió:

***“PRIMERO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda instaurada por el CONSORCIO PUENTES TOLIMA por intermedio de apoderado judicial, relacionadas con la declaratoria de incumplimiento del contrato de obra pública por parte del Municipio de Honda cuyo objeto era la elaboración de los diseños y la construcción de las obras de protección marginal del Puente López y los diseños y las obras de rehabilitación del Puente Negro y Agudelo sobre el Río Gualí del Municipio de Honda — Departamento del Tolima del 9 de febrero de 2011 y el consecuente pago de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante), reclamados por la accionante, conforme lo expuesto en [sic] parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO: LIQUIDAR JUDICIALMENTE el contrato de obra pública celebrado el 9 de febrero de 2011 entre el Municipio de Honda — Tolima y el Consorcio Puentes Tolima, ordenando al contratista cancelar a favor de la entidad territorial la suma correspondiente ochenta [sic] y cuatro millones cuatrocientos treinta y siete mil trescientos ochenta pesos (\$84.437.380) debidamente actualizada al momento del pago, por concepto de saldo a su favor, la cual deberá ser reintegrada al Instituto Nacional de Vías, por ser el titular de los recursos con los cuales se financiaron las obras.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte actora, conforme lo dispone el artículo 188 del C.P.A.C.A., para lo cual se fija un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho y se ordena que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

CUARTO: ORDÉNASE la devolución de los remanentes que por gastos del proceso consignó la parte demandante, si los hubiere.

QUINTO: Ejecutoriado el presente fallo, archívese el expediente, previa [sic] las anotaciones de rigor.”¹

2. El anterior proveído decidió la demanda² presentada el 22 de agosto de 2014³ por el Consorcio Puentes Tolima —integrado por H.M Ingeniería S.A.S. y el ingeniero William Correa Sarmiento— (en adelante, el Consorcio, el contratista o, simplemente, el demandante), cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos se desarrollan, a continuación:

Pretensiones

3. La demandante formuló las siguientes pretensiones declarativas y de condena⁴:

“PRETENSIONES DECLARATIVAS.

PRIMERA: Que se declare el incumplimiento del municipio de Honda frente a las obligaciones emanadas del contrato de obra pública para la elaboración de los diseños y la construcción de las obras de protección marginal del Puente López y los diseños y las obras de rehabilitación del puente Negro sobre el Río Gualí del Municipio de Honda – departamento del Tolima, celebrado el día nueve (9) de febrero de 2011, particularmente aquellas vinculadas con el deber de constituir las disponibilidades, reservas, situaciones de fondo y demás compromisos presupuestales necesarios para atender las contraprestaciones económicas a su cargo dentro del contrato celebrado y las demás que llegaren a ser probadas durante el proceso.

SEGUNDA: Que se declare el incumplimiento del municipio de Honda frente a las obligaciones emanadas del contrato de obra pública [...]⁵, en virtud del incumplimiento en que incurrió la entidad demandada en la cancelación de las actas parciales de obra y las demás obligaciones insolutas que llegaren a ser probadas durante el proceso.

¹ Folios 383 y 384, cuaderno del Consejo de Estado.

² Folios 5 a 47, cuaderno 1.

³ De conformidad con el acta de recibo suscrita por la Secretaría del Tribunal Administrativo del Tolima, la demanda fue presentada el 22 de agosto de 2014 (folio 49, cuaderno 1).

⁴ Folios 14 a 18, cuaderno 1.

⁵ 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 la parte demandante transcribió se refiere, en extenso, a la identificación del contrato de obra pública en los términos ya empleados en la pretensión primera transcrita.

TERCERA: Que se declare que la suspensión de la ejecución del contrato de obra pública [...] se produjo por eventos imputables a la entidad demandada y que los mismos generaron daños y perjuicios al consorcio demandante, y en ese sentido, se lesionó su patrimonio.

CUARTA: Que se declare la terminación y/o resolución del contrato de obra pública [...]

QUINTA: Que se declare que el contrato de obra pública [...] no ha sido liquidado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 de la ley 1150 de 2007 y 60 de la ley 80 de 1993, éste último artículo vigente a la fecha de celebración del contrato, actualmente modificado por el artículo 217 del decreto 019 de 2012.

PRETENSIONES DE CONDENA.

PRIMERA: Que se ordene el pago de todos los perjuicios materiales o patrimoniales, que en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, se produjeron al Consorcio demandante, en razón del incumplimiento del municipio de Honda frente a las obligaciones emanadas del contrato de obra pública vinculadas con el deber de constituir disponibilidades, reservas, situaciones de fondo y demás compromisos presupuestales necesarios para atender las contraprestaciones económicas a su cargo dentro del contrato celebrado y las demás causas que llegaren a ser probadas durante el proceso.

SEGUNDA: Que se ordene el pago de todos los perjuicios materiales o patrimoniales, que en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, se produjeron al consorcio demandante, en razón del incumplimiento del municipio de Honda frente a las obligaciones emanadas del contrato de obra pública relacionadas con la no cancelación de las actas parciales de obra y las demás obligaciones insolutas que llegaren a ser probadas durante el proceso.

TERCERA: Que se ordene el pago de todos los perjuicios materiales o patrimoniales, que en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, se produjeron al consorcio demandante, en razón de la suspensión de la ejecución del contrato de obra pública [...].

CUARTA: Que se ordene la indemnización de perjuicios a favor del demandante por el mayor valor pagado por impuestos para la legalización del contrato de obra [...], disponiendo la devolución de los mismos, teniendo en cuenta los valores no ejecutados durante la realización del acuerdo de voluntades con comento [sic].

QUINTA: Que se ordene la indemnización de perjuicios a favor del demandante, por el mayor valor pagado por la prima para la constitución de la garantía única de cumplimiento y la póliza de responsabilidad civil extracontractual, disponiendo la devolución de los mismos, teniendo en cuenta los valores finalmente no ejecutados y por ende no amparados durante la realización del acuerdo de voluntades con comento [sic].

SEXTA: Que se ordene la indemnización de todos los perjuicios materiales o patrimoniales, que en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, se produjeron al demandante por la imposibilidad de obtener la totalidad de las utilidades o ganancia cierta prevista en el contrato, con ocasión al no pago de las actividades de obra ejecutadas y la imposibilidad de poder ejecutar la totalidad de actividades contratadas como resultado de las conductas adoptadas por la entidad demandada.

SÉPTIMA: Que se ordene cancelar los intereses moratorios causados por la mora en el pago de las actas parciales de obra No. 002, 003, 004 y 005 desde los treinta (30) días siguientes la presentación de estas hasta la fecha de presentación de la presente demanda por parte de la entidad demandante, así

como los que se llegaren a generar por el mismo concepto, desde el momento en que se inicie el trámite judicial pertinente, hasta la fecha en que la entidad efectivamente cancele los valores correspondientes a estas actas.

OCTAVA: *Que se ordene la indemnización de todos los perjuicios materiales o patrimoniales, que en las modalidades de Daño Emergente y Lucro Cesante, se produjeron al demandante, en razón de las inversiones en materiales de construcción dirigidos para la obra que no pudieron ser instalados con ocasión a la imposibilidad de poder ejecutar la totalidad de actividades contratadas como resultado de las conductas adoptadas por la entidad demandada.*

NOVENA: *Que se realice por su despacho la liquidación del contrato de obra, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007 y el artículo 60 de la ley 80 de 1993, este último artículo vigente a la fecha de celebración del contrato, actualmente modificado por el artículo 217 del decreto 019 de 2012.*

DÉCIMA: *Que, en todo caso, se repare [sic] integralmente los perjuicios sufridos conforme lo indica el artículo 16 de la ley 446 de 1998, así como bajo los cánones que la Jurisprudencia Contencioso Administrativa de la Sección 3ª del Consejo de Estado ha establecido para el efecto.*

DÉCIMA PRIMERA: *Que el valor de las pretensiones aquí señaladas, sean actualizadas al ejecutarse la sentencia con base en la variación porcentual del I.P.C y la fórmula actuarial prevista por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, para efectos de compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda (Art. 187 de la ley 1437 de 2011).*

DÉCIMA SEGUNDA: *Que la entidad demandada, asuma el pago de las costas y agencias en derecho, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de proferir la sentencia que ponga fin al presente proceso.*

DÉCIMA TERCERA: *Que el mérito favorable de las pretensiones de la demanda, se le dé el cumplimiento en los términos del artículo 189 de la ley 1437 de 2011."*

Hechos

4. En apoyo de sus peticiones, el Consorcio relató, en síntesis, los siguientes hechos:

4.1. Señaló que a través del Decreto No. 95 del 6 de noviembre de 2010, el Alcalde del municipio de Honda, departamento del Tolima, declaró la urgencia manifiesta con fundamento en que el río Gualí aumentó su caudal producto de las incesantes lluvias que cayeron en la zona, lo que generó su desbordamiento con los consecuentes daños a las edificaciones, viviendas e infraestructura situadas en el municipio, incluyendo el debilitamiento de las estructuras de los puentes López, Agudelo, Piragua y Negro.

4.2. Indicó que, producto de la prolongación de la ola invernal, el Alcalde expidió el Decreto 104 del 23 de noviembre de 2010 a través del cual se prorrogó la declaración de urgencia y se suscribió con el Instituto Nacional de Vías (en adelante, INVIAS) el convenio interadministrativo No. 1696 del 31 de diciembre de 2010 que tuvo por objeto la consecución de recursos necesarios para ejecutar las obras encaminadas a conjurar los daños causados por la ola invernal sobre los puentes López, Agudelo y Negro.

4.3. Manifestó que, al amparo de la declaratoria de urgencia manifiesta, el 4 de febrero de 2011, el municipio de Honda (en adelante, el Municipio o el demandado) le remitió una invitación a H.M. Ingeniería Ltda. —hoy S.A.S—, para que presentara su oferta para la ejecución de los diseños y de las obras de construcción de protección marginal del puente López, así como para la elaboración de los diseños y la ejecución de las obras de rehabilitación del puente Negro, ubicado sobre el río Gualí.

4.4. Relató que, en respuesta a dicha invitación, el 7 de febrero de 2011, el Consorcio Puentes Tolima presentó al Municipio oferta técnica y económica para la ejecución de las labores arriba señaladas, la cual fue aceptada por el Municipio el 9 de febrero de 2011 mediante la celebración del contrato de obra pública que tuvo el objeto ya descrito, por un valor convenido en \$2.563'677.133 y cuyo plazo de ejecución fue de 5 meses —1 mes destinado a la elaboración y presentación de los diseños, 1 mes para su aprobación y 3 meses para la entrega de las obras—.

4.5. Afirmó que el mismo 9 de febrero de 2011, las partes suscribieron un otrosí a través del cual aclararon la cláusula vigésima sexta del contrato de obra pública en el sentido de precisar que la ejecución del contrato se financiaría con cargo a los recursos del presupuesto de rentas y gastos de la vigencia fiscal 2011 del Municipio, instrumentados en los certificados de disponibilidad presupuestal Nos. 68—por \$2.308'342.842— y 69—por \$255'334.308—, ambos del 9 de febrero de 2011.

4.6. Aseveró que, en atención a que el Fondo de Calamidades de la Dirección General del Riesgo asignó una partida adicional para atender la emergencia, las partes del contrato de obra suscribieron el otrosí No. 2 del 10 de febrero de 2011, a través del cual incluyeron en el objeto contractual la elaboración de diseños y la ejecución de las obras de rehabilitación del puente Agudelo.

4.7. Expuso que el 12 de abril de 2011, el Consorcio y la interventoría suscribieron el acta de inicio del contrato. Agregó que, durante su ejecución, las partes celebraron los siguientes acuerdos modificatorios: (i) otrosí No. 3 del 23 de mayo de 2011 a través del cual se ampliaron los amparos y garantías originalmente aprobados por el Municipio; (ii) otrosí No. 4 del 9 de septiembre de 2011 mediante el cual se amplió el plazo de ejecución contractual en dos meses y medio; y (iii) otrosí No. 5 del 24 de noviembre de 2011 mediante el cual se adicionó el valor del contrato en \$211'760.515,80 para un valor total de \$2.755'437.648,80 producto de la ampliación de las actividades del objeto contractual.

4.8. Precisó que, del valor inicial del contrato —\$2.563'677.133—, se destinarían \$1.794'573.993 para atender los costos directos del proyecto y \$769'103.139 para remunerar el AIU, el cual estaba compuesto por un 5% de utilidad para el contratista —\$128'183.856,65— más 20% para gastos administrativos —\$512'735.426,06—⁶.

4.9. Señaló que el Municipio le pagó al Consorcio el valor del anticipo previsto en la cláusula séptima del contrato —que se pactó en el 50% del valor inicial del contrato, esto es, \$1.281'838.556—, así como el valor total del acta parcial de obra

⁶ En la demanda no se hizo referencia al componente de imprevistos.

No. 1 por valor de \$330'993.506, de los cuales \$171'096.753 fueron destinados a amortizar el anticipo.

4.10. Afirmó que el Municipio no le pagó al Consorcio las actas de obra parciales Nos. 2 a 5, cuyos valores eran \$205'162.398 —acta No. 2—, \$187'433.011 —acta No. 3—, \$537'962.593 —acta No. 4— y \$106'946.437,86 —acta No. 5—, para lo cual alegó razones de insuficiencia presupuestal imputables al INVIAS.

4.11. Indicó que el 18 de mayo de 2012, las partes convinieron una suspensión del plazo de ejecución del contrato con fundamento en que, según el Municipio, el INVIAS no giró los recursos que eran indispensables para continuar con la ejecución del objeto contractual. El demandante señaló que, producto de la suspensión, no pudo utilizar los materiales que adquirió para ejecutar el objeto contractual, por valor de \$125'436.886,96 y que dejó inconclusas algunas obras que parcialmente ejecutó y cuyo valor ascendió a \$32'167.095⁷.

4.12. Narró que el 15 de noviembre de 2012, el Consorcio le remitió al Municipio una comunicación en la que le solicitó adoptar las medidas para terminar y liquidar el contrato de obra, sin que a la fecha de presentación de la demanda esa solicitud hubiera sido atendida. Afirmó que la suspensión indefinida del contrato y los incumplimientos imputables al Municipio le han causado daños al Consorcio, que deben serle resarcidos plenamente.

Los fundamentos de derecho de la demanda

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

5.1. Señaló que el Municipio vulneró el artículo 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto y los numerales 6 y 13 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los cuales establecen la obligación a cargo de las entidades contratantes de garantizar la real existencia de los recursos para cumplir con las obligaciones emanadas de los contratos estatales. En este caso, el Municipio vulneró dichas normas porque, al suscribir el acta de suspensión del 18 de mayo de 2012, reconoció que los recursos comprometidos para la ejecución del contrato eran insuficientes para pagarle al Consorcio las contraprestaciones por la ejecución de sus obligaciones.

5.2. Manifestó que el hecho de que el Consorcio haya suscrito con el Municipio el acta de suspensión del contrato del 18 de mayo de 2012 en modo alguno lo priva de recibir una indemnización por los perjuicios que se le causaron.

⁷ En la demanda, el Consorcio no hizo referencia a todos los acuerdos a través de los cuales las partes prorrogaron el plazo de ejecución del contrato de obra, por lo cual, para mayor claridad, la Sala precisa que, de conformidad con la cláusula décima tercera del contrato de obra se estipuló que el plazo de ejecución del contrato sería de 5 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio —1 mes para la entrega de los diseños, 1 mes para su aprobación y 3 meses para la construcción de la obra— (Folio 65, cuaderno 5). El acta de inicio se suscribió el 12 de abril de 2011 (Folio 43, cuaderno 2), por lo cual el plazo de ejecución vencía originalmente el 12 de septiembre de 2011. Sin embargo, durante la ejecución del contrato se suscribieron 6 otrosíes modificatorios a través de los cuales se amplió el plazo de ejecución del contrato por 8 meses y medio, por lo cual, el contrato vencería el 27 de mayo de 2012. Ciertamente: (i) mediante otrosí No. 4 del 9 de septiembre de 2011, las partes acordaron prorrogar el plazo de ejecución en dos meses y medio, esto es, hasta el 27 de noviembre de 2011 (Folio 37, cuaderno 2); (ii) posteriormente, el 24 de noviembre de 2011, mediante acuerdo modificatorio No. 5, las partes acordaron prorrogar el plazo de ejecución en 4 meses, por lo cual el plazo vencía el 27 de marzo de 2012 (Folio 40, cuaderno 2); y (iii) mediante otrosí No. 6 del 26 de marzo de 2012, las partes acordaron prorrogar nuevamente el plazo en dos meses más, esto es, hasta el 27 de mayo de 2012 (Folio 42, cuaderno 2).

5.3. Señaló que como ejecutó cumplidamente sus obligaciones, pero la entidad contratante impidió la realización del objeto, tiene derecho a que se le reconozca el mayor valor pagado por concepto de impuestos y pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual, tomando como base la diferencia entre el valor inicial del contrato y lo realmente pagado por el Municipio.

5.4. Indicó que la jurisprudencia⁸ ha reconocido que el contratista tiene derecho a recibir la utilidad esperada con la ejecución del objeto contractual en aquellos casos en los que, por hechos imputables a la entidad contratante, se hace imposible completarlo.

5.5. En relación con la compra de materiales destinados a la ejecución de las obras, afirmó que en una bodega suya tiene en custodia inventario por \$125'436.886 que no pudo emplear en la obra por cuenta de la suspensión de la ejecución y que le restituirá al Municipio, previo pago.

Los argumentos de defensa del demandado

6. El 14 de enero de 2015⁹, el Municipio contestó la demanda, se opuso a las pretensiones declarativas primera a tercera y a todas las de condena. Manifestó que no se opone a la prosperidad de las pretensiones declarativas cuarta y quinta relativas a la terminación del contrato y a su liquidación. En su defensa, planteó la excepción de falta de legitimación en la causa del demandante, cuyo fundamento central consistió en negar la responsabilidad contractual del Municipio frente a los reproches formulados por el Consorcio. Además, desarrolló las siguientes razones de defensa:

6.1. Negó que las disponibilidades presupuestales para ejecutar el objeto del contrato no se hubieran expedido y dijo que de ello dan cuenta los certificados de disponibilidad presupuestal. Además, reconoció que, aunque se tuvieron inconvenientes administrativos con el INVIAS para el pago de las actas parciales de obra Nos. 2 a 5, lo cierto es que el contratista tan solo ejecutó el 46,35% de las obras por lo que el valor del anticipo desembolsado al Consorcio, al compensarse con el valor agregado de dichas actas, es mayor.

6.2. Señaló que nunca conoció ni autorizó la compra de materiales y la ejecución de obras parciales, por lo que los costos asociados a estos conceptos no deben ser reconocidos por el Municipio. Insistió en que las partes y el interventor acordaron libremente la suspensión del plazo de ejecución del contrato mediante acta No. 2 del 18 de mayo de 2012, por lo cual el plazo no había expirado y, por lo mismo, no podía afirmarse incumplimiento alguno imputable al Municipio.

6.3. Afirmó que el Municipio citó al Consorcio a liquidar bilateralmente el contrato de obra a través de oficios Nos. 3109 del 20 de noviembre de 2012, 4751 del 30 de abril de 2013 y 7971 del 6 de febrero de 2014, intentos que fueron infructuosos

⁸ Citó las sentencias del 27 de noviembre de 2002 (Exp. 13.792, C.P. María Elena Giraldo) y 28 de septiembre de 2006 (Exp. 15.307, C.P. Ramiro Saavedra Becerra) de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

⁹ Folios 62 a 67, cuaderno 1. La constancia de recepción por parte de la Secretaría del Tribunal Administrativo obra al reverso del folio 67 del cuaderno 1.

porque el contratista le adeuda un saldo de \$64'437.379,43 que resulta de la diferencia entre el anticipo pagado —\$1.452'935.319,47— y el valor de las obras ejecutadas instrumentadas a través de las 5 actas de obra parcial —\$1.388'497.940,05—.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

7. Como fundamento de su decisión, el Tribunal¹⁰ consignó las siguientes razones:

7.1. El contrato de obra pública del 9 de febrero de 2011 estuvo precedido del convenio No. 1696 de 2010 celebrado entre el INVIAS y el Municipio. A través de este último, el INVIAS garantizó el financiamiento para la elaboración de los diseños y las obras de protección marginal y de rehabilitación de los puentes, dado que esa entidad territorial estaba en una difícil situación financiera, lo que le impedía atender directamente el pago de las obras. Agregó que, mediante el mismo convenio, el INVIAS delegó en el Municipio ciertas funciones administrativas, en los términos del artículo 209 de la Constitución Política y del artículo 14 de la Ley 489 de 1998.

7.2. Encontró probado que el Municipio, en coordinación con el INVIAS, le desembolsó al Consorcio el anticipo pactado en el contrato de obra pública por \$1.281'838.566; que el Consorcio y el interventor suscribieron el acta parcial de obra No. 1 en septiembre de 2011, lo que dio lugar a que, previa la amortización del anticipo, se le desembolsaran \$171'096.753, y que el Consorcio y el interventor, con el visto bueno del Municipio, suscribieron las actas parciales de obra Nos. 2 a 5 entre noviembre de 2011 y mayo de 2012, pese a no obrar prueba de su pago efectivo por parte del demandado.

7.3. Además, concluyó que el plazo de ejecución del contrato de obra pública fue suspendido por acuerdo de las partes del 18 de mayo de 2012, el cual, a la fecha de la sentencia, no se había reanudado dado que el Municipio no podía seguir con el pago de las actas parciales de obra porque el INVIAS no giró los recursos comprometidos en el convenio; agregó que, a esa fecha, el porcentaje de ejecución del objeto del contrato era del orden de 46,35%.

7.4. Con base en lo anterior, afirmó que el Municipio actuó frente al contratista como delegatario del INVIAS en el ejercicio de las funciones de administración y vigilancia del contrato —para lo cual elaboró minutas, llevó a cabo los actos necesarios para celebrar y ejecutar el contrato, entregó documentos y planos relacionados con las obras, exigió pólizas al Consorcio, entre otras actividades—, pero, en lo que atañe al giro de los recursos necesarios para el desarrollo de las obras, se trataba de una competencia que se reservó el INVIAS, tal y como se estableció en la cláusula quinta del convenio suscrito entre el Instituto y el Municipio.

7.5. De esta manera, aseveró que, aunque el Municipio suscribió el contrato de obra pública con el Consorcio, en materia presupuestaria, la relación se regía por las directrices del INVIAS, circunstancia que le fue puesta de presente al demandante con ocasión de la celebración del contrato cuando se le indicó que el

¹⁰ Ver folios 432 a 466, cuaderno del Consejo de Estado.

Municipio no contaba con los recursos para financiar las labores; a pesar de esta prevención, el Consorcio aceptó ejecutar el objeto contractual.

7.6. Concluyó que el Municipio cumplió con las funciones encomendadas porque adelantó todas las gestiones necesarias para que el contrato se ejecutara sin contratiempos, para lo cual suscribió las adiciones y prórrogas al plazo, exigió las pólizas de seguros para amparar los riesgos derivados de la ejecución del contrato, giró el pago del anticipo y el acta parcial de obra No. 1 con los recursos entregados por el INVIAS.

7.7. Señaló que el INVIAS es el responsable por la omisión en el pago de los valores adeudados al Consorcio por concepto de la suscripción de las actas parciales de obra, de la compra de materiales y demás erogaciones a favor de la demandante, en la medida en que el mantenimiento del flujo de caja estaba a cargo de ese Instituto, y no del Municipio y, por lo mismo, concluyó que el Consorcio debió formular sus pretensiones contra el INVIAS y no contra el demandado, pero, como no lo hizo, se imponía negar las relacionadas con las declaraciones de incumplimiento, en la medida en que no era procedente declarar de oficio la responsabilidad del Instituto, porque no era parte del proceso.

7.8. En cuanto a la pretensión de liquidación, señaló que como ese acto no se había llevado a cabo, era procedente hacer el finiquito de cuentas por vía judicial, para lo cual tuvo en cuenta, que: (i) el valor total del contrato fue \$2.775'437.648,80; (ii) que el valor ejecutado por el Consorcio, instrumentado a través de las cinco actas parciales de obra, fue de \$1.368.497'939, y (iii) que el valor pagado fue de \$1.452'935.319, de donde resulta un saldo a favor del Municipio de \$84'437.380, suma que, actualizada, ordenó al demandante pagar al demandado y a, este último, a su turno, reintegrar al INVIAS.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

8. El 15 de octubre de 2015, el Consorcio interpuso recurso de apelación¹¹ contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que sea revocada en su integridad y, en su lugar, se concedan las pretensiones de la demanda. Fundó su impugnación en los siguientes argumentos:

8.1. Afirmó que, contrario a lo señalado por el Tribunal, el convenio No. 1696 de 2010 no comportó una delegación de funciones del INVIAS en el Municipio. Señaló que el artículo 14 de la Ley 489 de 1998 establece como requisitos de la delegación administrativa que el delegante y delegatario establezcan con claridad las obligaciones, derechos y demás condiciones que regirán el acuerdo de voluntades. Además, precisó que la Corte Constitucional, en sentencia C-727 de 2000, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 14 *ibídem* en el entendido de que el

¹¹ La sentencia del 25 de septiembre de 2015 fue notificada mediante la remisión, el 30 de septiembre 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 386 a 391, cuaderno del Consejo de Estado). De la misma manera, según constancia secretarial del 30 de septiembre de 2015, se dejó constancia de que en esa fecha se surtió la notificación de la sentencia (folio 392, cuaderno del Consejo de Estado.). La parte demandante interpuso recurso de apelación mediante escrito del 15 de octubre de 2015, dentro del término de 10 días establecido en el artículo 247 CPACA (los días 3, 4, 10, 11 y 12 de octubre fueron inhábiles).

instrumento a través del cual se realice la delegación debe establecer un plazo definido para el ejercicio de las funciones administrativas objeto del acuerdo.

8.2. Afirmó que el negocio jurídico suscrito entre el INVIAS y el Municipio es, por su naturaleza, un convenio interadministrativo de cooperación, el cual no implicó una delegación de funciones pues tuvo por objeto únicamente que el Instituto aportara al Municipio unos recursos para ejecutar las obras encaminadas a conjurar los daños ocasionados por la ola invernal, mas no delegar función administrativa alguna, tal y como se desprende de las consideraciones del acuerdo y de su objeto. Manifestó que este entendimiento se corrobora a partir de las cláusulas séptima y octava del convenio, las cuales establecen las obligaciones a cargo de las partes, que consistieron en que el INVIAS giraría los recursos para ejecutar las obras mientras que el Municipio adelantaría la contratación de las obras y velaría por su cumplida ejecución.

8.3. Señaló que, incluso si se considerara que el convenio No. 1696 de 2010 comportó la delegación de funciones administrativas, de esa afirmación no se sigue que el Municipio esté exonerado de responsabilidad en su calidad de entidad contratante por el incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de obra, que es un acuerdo autónomo e independiente del convenio. Como fundamento, invocó el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 que establece que el delegatario es responsable por el ejercicio de las funciones, por lo cual, aseveró, el *a quo* se equivocó al eximir al demandado. Señaló que la posición del Tribunal atenta contra los principios de normatividad de los contratos y de buena fe contractual consagrados en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil y 864 y 871 del Código de Comercio, respectivamente.

8.4. Afirmó que el *a quo* erró en la forma en la que liquidó judicialmente el contrato porque descartó todos los elementos probatorios recabados en el proceso y se limitó a hacer un cruce de cuentas entre lo pagado por el Municipio respecto de lo ejecutado por el Consorcio, ejercicio que juzgó superficial y que no tiene en cuenta los graves incumplimientos en que incurrió el demandado.

8.5. Señaló que en el proceso se probó que el Municipio incurrió en incumplimientos contractuales que consistieron: (i) en la omisión de disponer las apropiaciones presupuestales necesarias para respaldar la ejecución del contrato; y (ii) en la omisión de pagar el valor convenido en el contrato, especialmente las actas parciales de obra Nos. 2 a 5. Indicó que, además de los perjuicios causados como consecuencia de dichos incumplimientos, durante la ejecución del contrato ocurrieron hechos ajenos al Consorcio que incidieron en la necesidad de suscribir el acta de suspensión No. 2 del 18 de mayo de 2012 dada la falta de giro de los recursos por parte del INVIAS para garantizar el pago de las obligaciones a cargo del Municipio.

8.6. Aseveró que el hecho de que el Municipio no tuviera los recursos para cumplir con sus obligaciones derivadas del contrato de obra pública no es una excusa para eximirlo de responsabilidad contractual, por lo cual solicitó que se le concedieran los daños solicitados en la demanda.

8.7. Manifestó que todos los hechos planteados en la demanda, así como los perjuicios reclamados están probados. Señaló que en las 5 actas parciales de obra se probó lo ejecutado por el Consorcio; precisó que el acta parcial de obra No. 5 no fue suscrita por culpa del Municipio, que adujo que el contrato se encontraba suspendido —lo que se corrobora en el testimonio del secretario de obras del Municipio que se practicó en el proceso—, pese a que dicha acta reflejaba obras ejecutadas con anterioridad a la suspensión, por lo que pidió que se evaluara esta circunstancia a la luz de las demás pruebas.

9. Mediante auto del 20 de octubre de 2015, el Tribunal concedió el recurso de apelación¹² y a través de auto del 2 de noviembre de 2016 se admitió¹³. El 15 de junio de 2016¹⁴, se les corrió a las partes y al Ministerio Público el traslado por el término de 10 días para alegar de conclusión¹⁵. En sus alegatos¹⁶, el Consorcio ratificó los planteamientos de su apelación. Tanto el Municipio como el Ministerio Público guardaron silencio¹⁷.

III. CONSIDERACIONES

El objeto de la apelación

10. A la Sala le corresponde definir si, contrario a lo concluido por el Tribunal: (i) el Municipio era responsable por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de obra pública del 9 de febrero de 2011. En caso afirmativo, corresponde estudiar si: (ii) el Municipio incumplió el referido contrato porque: (a) omitió realizar las apropiaciones presupuestales necesarias para respaldar su ejecución; (b) omitió pagar las actas parciales de obra Nos. 2 a 5. Además de lo anterior, se deberá analizar si: (iii) las causas que determinaron la necesidad de suscribir el acta de suspensión no. 2 del 18 de mayo de 2012 son atribuibles al Municipio.

11. Si se concluye que el Municipio incumplió sus obligaciones contractuales o que las causas de la suspensión le son imputables, la Sala determinará si: (iv) debe indemnizar al Consorcio por los daños sufridos como consecuencia de dichos incumplimientos, particularmente, los daños y perjuicios asociados a: (a) la compra de materiales que no pudieron emplearse en la obra; (b) la ejecución de obras parciales que debieron ser interrumpidas con ocasión de la suspensión del contrato; (c) el lucro cesante consistente en la utilidad esperada por la ejecución del objeto contractual que no fue obtenida por la imposibilidad de ejecutar el contrato; (d) el mayor valor que el Consorcio pagó por concepto de impuestos y pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual, y (e) los intereses moratorios causados a partir del día 30 después de las respectivas presentaciones de las actas de obra parcial Nos. 2 a 5.

¹² Folio 410, cuaderno del Consejo de Estado.

¹³ Folio 415, cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁴ Folio 438, cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁵ El cual se hizo efectivo el 20 de junio de 2016 (reverso del folio 438, cuaderno del Consejo de Estado), por lo que el término para presentar los alegatos venció el 5 de julio de 2016.

¹⁶ La parte actora presentó sus alegatos de segunda instancia mediante escrito del 8 de abril de 2016 (folios 158 a 176, cuaderno del Consejo de Estado) —el 21 de junio presentó solicitud de aclaración sobre una constancia secretarial, argumentando que la etapa de alegatos de conclusión ya se había superado, la cual fue negada mediante auto del 4 de octubre de 2016 (Folio 444, cuaderno del Consejo de Estado)—.

¹⁷ Ver constancia secretarial que obra a folio 443 del cuaderno del Consejo de Estado.

12. La Sala también estudiará si el Tribunal se equivocó al realizar la liquidación del contrato de obra pública del 9 de febrero de 2011, porque: (v) omitió valorar las pruebas practicadas en el proceso y se limitó a hacer un cruce de cuentas entre lo pagado por el Municipio al Consorcio y lo ejecutado por este, sin tener en cuenta los incumplimientos que se atribuyen al demandado.

Aspecto preliminar – la terminación del contrato de obra pública

13. Antes de pasar al análisis del caso, vale advertir que, para efectos de proceder a la liquidación del contrato, el Tribunal concluyó que terminó el 27 de mayo de 2012 por expiración del plazo convenido, de conformidad con la prórroga acordada mediante otrosí No. 6 del 26 de marzo de 2012; por ello, no accedió a declarar judicialmente la terminación como fue solicitado por la parte actora en la pretensión cuarta de la demanda. Sin embargo, observa la Sala que el *a quo* no desarrolló las razones por las cuales arribó a esa conclusión, a pesar de que el 18 de mayo de 2012 —esto es, faltando 9 días para que supuestamente feneciera el plazo de ejecución del contrato— las partes acordaron suspender el plazo de ejecución del contrato, sin precisar una fecha cierta de reanudación.

14. La parte actora no formuló expresamente un reparo en contra de la afirmación del *a quo* en cuanto a que el contrato terminó el 27 de mayo de 2012 por expiración del plazo; sin embargo, sí planteó reproches que comprometen de manera imprescindible el análisis sobre las causas y duración de la suspensión y sus efectos de cara a la terminación del contrato, asociados, por ejemplo, con la exigibilidad de obligaciones dinerarias que alega incumplidas y los aspectos que, a juicio del demandante, el Tribunal obvió a la hora de liquidar el negocio jurídico.

15. En este orden de ideas, dado que los aspectos sobre la suspensión y la terminación del contrato de obra pública están íntimamente ligados a puntos que se deben resolver en esta apelación, la Sala se pronunciará sobre ellos, de conformidad con lo establecido en los términos del artículo 328 del CGP¹⁸ y según el entendimiento que sobre la competencia del *ad quem* se señaló en la sentencia de unificación del 6 de abril de 2018 de la Sección Tercera (Exp. 46.005)¹⁹.

Análisis del caso

Las partes del contrato de obra pública del 9 de febrero de 2011

16. El Consorcio afirma que el Municipio es la parte responsable del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de obra pública del 9 de febrero de 2011 y que el Tribunal se equivocó al concluir que el convenio No. 1696 del 2010 suscrito entre el INVIAS y esa entidad territorial comportó la delegación de funciones administrativas de aquel a este y que, por ello, las pretensiones debieron

¹⁸ Artículo 328, CGP: “[...] El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.”

¹⁹ En 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 [...]”

dirigirse contra el Instituto. En ese contexto, a la Sala corresponde desentrañar cuáles fueron las partes vinculadas jurídicamente como consecuencia de la suscripción del contrato; o, lo que es lo mismo, si el Municipio manifestó su consentimiento de celebrar y verse vinculado por dicho negocio jurídico o si actuó en nombre y representación o como delegatario del INVIAS.

17. De conformidad con el principio de normatividad de los negocios jurídicos, *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”* (artículo 1602 del Código Civil). Al lado del principio de normatividad se ubica el de relatividad de los contratos²⁰ — *res inter alios acta*— según el cual, aquellos solo obligan a quienes expresan su consentimiento —directamente o a través de un representante facultado para el efecto²¹— en el sentido de vincularse al negocio jurídico²². En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado ha dicho que *“salvo los supuestos admitidos por el ordenamiento, nadie puede comprometer a otro sin su consentimiento”*²³.

18. En el caso concreto, a partir de la lectura conjunta del contrato de obra pública del 9 de febrero de 2011 y del convenio No. 1696 del 31 de diciembre de 2010 suscrito entre el INVIAS y el Municipio, la Sala advierte que, de los elementos que obran en el expediente, no es posible afirmar que el Instituto delegó en la entidad territorial alguna función administrativa. Por el contrario, del contenido del contrato de obra pública se puede inferir que el Alcalde lo celebró en nombre y representación del Municipio, sin que este último actuara como delegatario del INVIAS.

19. En efecto, si bien en el contrato de obra pública se hizo referencia al convenio No. 1696 del 31 de diciembre de 2010 y se señaló que dicho acuerdo se celebró acudiendo a las facultades previstas en el artículo 14 de la Ley 489 de 1998²⁴ que permite la delegación de funciones de organismos nacionales en entidades territoriales, lo que sirvió de fundamento para que el *a quo* concluyera que era el INVIAS —y no el Municipio— el que se vinculó al contrato de obra pública, lo cierto es que estas referencias no son suficientes para concluir que el Municipio celebró el contrato de obra pública en nombre de ese Instituto o que actuó como delegatario de este en dicho negocio jurídico, por las razones que se pasan a exponer:

²⁰ Sobre este principio, se puede consultar la sentencia de la Subsección A de la Sección Tercera del 23 de octubre de 2020 (Exp. 45.190, C.P. José Roberto Sáchica Méndez).

²¹ Artículo 832, Código de Comercio: *“Habrá representación voluntaria cuando una persona faculta a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos. El acto por medio del cual se otorga dicha facultad se llama apoderar y puede ir acompañado de otros negocios jurídicos.”*; Artículo 1505, Código Civil *“Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”*.

²² Sobre este principio, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de mayo de 2012, Exp. 22.828. Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha reflexionado sobre este principio de la siguiente manera, ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de agosto de 2018, SC-3201-2018, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 12 de julio de 2014. Exp. 26.550. C.P. Enrique Gil Botero.

²⁴ En la quinta consideración del contrato de obra pública se señaló: *“Que el Ministerio de Transporte – Instituto Nacional de Vías – Oficina de Prevención y Atención de Emergencias y el Municipio de Honda suscribieron el Convenio Interadministrativo No. 1696 del 31 de diciembre de 2010, acudiendo a las facultades previstas en el artículo 14 de la ley 489 de 1998, que permite la delegación de funciones de los organismos nacionales en entidades territoriales siempre que se suscriban convenios interadministrativos de acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional en la sentencia C-727 de 2000 [...]”* (Folio 24, cuaderno 2).

19.1. El 31 de diciembre de 2010, el INVIAS celebró con el Municipio el convenio No. 1696 cuyo objeto consistió en que *“EL MUNICIPIO se compromete a realizar el CONVENIO PARA LA ATENCIÓN DE EMERGENCIAS EN LOS PUENTES NEGRO Y LÓPEZ SOBRE EL RÍO GUALÍ MUNICIPIO DE HONDA – DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, de acuerdo con las estipulaciones del presente Convenio”*²⁵.

19.2. En las consideraciones que precedieron a las cláusulas del convenio, las partes hicieron referencia: (i) al principio de coordinación entre las autoridades del estado —artículo 6º de la Ley 489 de 1998—; (ii) a la figura de la delegación de funciones administrativas prevista en el artículo 14 de la Ley 489 de 1998; (iii) señalaron que la ola invernal produjo daños en la infraestructura vial del Municipio, lo que dio lugar a la declaración de urgencia; (iv) que el Alcalde del Municipio, mediante oficio del 28 de diciembre de 2010, solicitó al gobierno nacional un *“apoyo financiero para sufragar los costos que demanda la reparación”*²⁶ de los puentes afectados por la ola invernal, y (v) que el gobierno nacional estaba interesado en *“aportar recursos”*²⁷ para atender la emergencia.

19.3. En la cláusula séptima del convenio²⁸, el Instituto se obligó con el Municipio a: (i) girar los recursos para la ejecución del convenio, cuyo valor fue fijado en \$2.800'000.000; (ii) apoyarlo en la definición del pliego de condiciones; (iii) aprobar el presupuesto para la ejecución de los trabajos; (iv) apoyar al Municipio en los aspectos técnicos y legales, si así lo solicitaba el ente territorial, y (v) hacer parte del comité operativo. Por su parte, de conformidad con la cláusula octava²⁹, el Municipio se obligó con el INVIAS a: (i) obtener los permisos y diseños necesarios para ejecutar las obras; (ii) elaborar los pliegos de condiciones y *“celebrar los respectivos contratos de obra”*³⁰; (iii) vigilar la ejecución de los contratos de obra, y a (iv) rendir al comité operativo informes financieros y de gestión mensuales sobre la ejecución de las obras. En el parágrafo de dicha cláusula octava se precisó que cualquier reclamación judicial o extrajudicial que se llegare a presentar con ocasión de la ejecución de las obras del objeto contratado sería responsabilidad exclusiva del Municipio³¹.

19.4. Del contenido del negocio jurídico se colige que se trató de un convenio interadministrativo³² suscrito entre dos entidades públicas para financiar la ejecución de unas obras de rehabilitación y de protección de la infraestructura del Municipio golpeado por los efectos de la prolongada ola invernal que arreció en el país en el año 2010; con tal fin, el INVIAS se obligó a aportar unos recursos mientras que el Municipio se obligó a celebrar los contratos necesarios para ejecutar las obras. De los elementos de juicio que obran en el expediente, no se evidencia de manera clara y expresa que, en virtud de dicho convenio, y pese a lo manifestado

²⁵ Folio 9, cuaderno 2.

²⁶ Folio 9, cuaderno 2.

²⁷ Folio 9, cuaderno 2.

²⁸ Folio 10, cuaderno 2.

²⁹ Folio 11, cuaderno 2.

³⁰ Folio 11, cuaderno 1.

³¹ Folio 218, cuaderno 1. La Sala advierte que el convenio que aportó el demandante está incompleto pues no incluye el contenido de las cláusulas novena a décima tercera, por lo que se valora el contenido del convenio aportado por el demandado como parte de los antecedentes administrativos.

³² Sobre la naturaleza de los convenios interadministrativos, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 21 de mayo de 2021, C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, Exp. 57822.

por las partes en las consideraciones, el INVIAS delegara función administrativa alguna y, menos, que el Instituto delegara en el Municipio la función administrativa de celebrar contratos en nombre y representación suya. Tampoco es posible hacer esta inferencia a partir de las pruebas allegadas al proceso pues no se evidencia, por ejemplo, que los puentes Agudelo, Negro y López hagan parte de la Red Vial Nacional que está a su cargo de conformidad con el Decreto 2056 de 2003³³ —vigente para la época de los hechos—.

19.5. En este punto, es necesario advertir que la delegación es un mecanismo de racionalización del ejercicio de la función administrativa mediante la cual un delegante transfiere a un delegatario, mediante un acto escrito, de manera temporal o permanente, el ejercicio de una competencia para que este la ejerza con el control y vigilancia del delegante³⁴. En la delegación propiamente dicha, el funcionario competente por ley o reglamento para ejercer la función la transfiere mediante acto motivado a un funcionario del nivel directivo o asesor de la misma entidad, a una autoridad administrativa con funciones afines. En tratándose de delegación de funciones entre entidades públicas, también llamada delegación impropia —que es una especie de la figura general de la delegación—, el artículo 14 de la Ley 489 de 1998³⁵ —en concordancia con la sentencia C-727 de 2000 proferida por la Corte Constitucional—, establece que la transferencia de la función administrativa debe hacerse mediante convenio interadministrativo en aras de salvaguardar la autonomía de las entidades descentralizadas frente a las autoridades del orden nacional.

19.6. Pese a esta diferencia, en ambos casos, es necesario que el delegante establezca expresamente cuál será la función delegada, quién la ejercerá, cuál será su duración y cuáles son sus limitaciones³⁶. Así lo precisa el artículo 10 de la Ley 489 de 1998 que establece que “[e]n el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren”.

19.7. En este caso, no se evidencia que las partes precisaran cuáles serían las funciones que el INVIAS delegaría en el Municipio, pues el Instituto solo se obligó a entregar \$2.800'000.000 para financiar la ejecución de obras en el Municipio en el marco de la emergencia por grave calamidad pública, mientras que este se encargaría de celebrar los contratos y adelantar la ejecución de las obras. El hecho de que el INVIAS tuviese la función de vigilar el desarrollo del convenio solicitando informes, evaluando el cronograma de actividades, entre otras, a través de un comité operativo —cláusulas décima y undécima³⁷—, no es indicio suficiente para

³³ Artículo 1º, Decreto 2056 de 2003: “El Instituto Nacional de Vías, Invías, tendrá como **objeto la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional** de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima, de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Transporte.” (énfasis agregado)

³⁴ Sobre la figura de la delegación, ver Corte Constitucional, sentencia C-693 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Ver también Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de julio de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 2005-0240.

³⁵ Artículo 14, Ley 489 de 1998 “La delegación de las funciones de los organismos y entidades administrativos del orden nacional efectuada en favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales deberá acompañarse de la celebración de convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria. [...]”

³⁶ Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de julio de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 2005-0240.

³⁷ En la cláusula décima y undécima, las partes acordaron que el INVIAS realizaría la vigilancia de la ejecución del convenio, para lo cual se integraría un Comité Operativo de Seguimiento Contractual, que tendría las

afirmar que se haya hecho delegación de función alguna, pues este tipo de medidas están relacionadas con el seguimiento de la ejecución del convenio y con la correcta inversión de los recursos desembolsados por el Instituto.

20. Con fundamento en los anterior, no puede afirmarse que el convenio No. 1696 de 2010 significó que el INVIAS delegó en el Municipio la función de celebrar contratos —o siquiera el contrato de obra específicamente— en su nombre. Vale recordar que la función administrativa de celebrar contratos en representación de una entidad estatal está prevista en el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, conforme al cual, en el caso de los establecimientos públicos, como lo es el INVIAS³⁸, está en cabeza de su representante legal —ordinal c) del numeral 3º del artículo *ibídem*—. Sin embargo, en el convenio No. 1696, el INVIAS no manifestó que delegaría en el Municipio la facultad de celebrar contrato alguno en su nombre. Esta afirmación se refrenda a partir de lo establecido en los ordinales d) y e) de la cláusula octava relativas a las obligaciones a cargo del Municipio, en las que se precisó que este era responsable por “d) proyectar y elaborar los Pliegos de Condiciones para la contratación de las obras para llevar a cabo el proyecto; e) adelantar los procesos de contratación requeridos, de conformidad con la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios y celebrar los respectivos contratos de obra” (énfasis agregado)³⁹. En virtud de esta estipulación, para la Sala resulta claro que el Municipio era el que debía, en nombre propio, celebrar los contratos de obra, mientras que el INVIAS tenía solamente la obligación de girar los recursos comprometidos en dicho convenio para ejecutar las obras, sin que esta obligación comportara delegación de función alguna, pues se trató del mero surgimiento de un débito en cabeza de él.

21. Adicionalmente, el texto del contrato de obra pública del 9 de febrero de 2011 muestra que el Municipio celebró ese negocio jurídico en nombre propio y no como delegatario del INVÍAS; por tanto, en virtud de dicho consentimiento, solo en él y en el Consorcio recayeron los derechos y obligaciones surgidas en virtud de ese negocio jurídico.

22. La anterior conclusión se refrenda a partir del hecho de que, tanto en el encabezado del contrato —al identificarse las partes que lo celebraban— y al final de su clausulado, el Alcalde del Municipio manifestó que suscribía el contrato en calidad de representante legal del Municipio, sin afirmar, en parte alguna, que el ente territorial demandado concurría como delegatario del INVIAS⁴⁰. Lo propio se concluye a partir del hecho de que las obligaciones a cargo de las partes, —consagradas en las cláusulas octava y décima— estuvieron radicadas exclusivamente del Municipio y del Consorcio y en virtud de este contrato, no surgieron derechos u obligaciones que fueran trasladables a un tercero.

funciones de: (i) aprobar el cronograma de actividades desarrolladas por el Municipio, (ii) supervisar la ejecución de las actividades y (iii) solicitar informes al Municipio o al contratista, cuando fuera necesario (Folio 219, cuaderno 1).

³⁸ El INVIAS (antes Fondo Vial Nacional) fue reestructurado en virtud del artículo 52 del Decreto 2171 de 1992 “[...] establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y adscrito al Ministerio de Transporte.”

³⁹ Folio 11, cuaderno 2.

⁴⁰ Folio 24, cuaderno 2.

23. Sin perjuicio de lo anterior, si en gracia de discusión, y solo de ella, se interpretara —en contra de lo que dispone la ley porque señala claramente que uno de los requisitos de la delegación es que se indiquen las funciones específicas que se transfieren— que el Municipio actuó como delegatario del INVIAS en el ejercicio de la función administrativa de celebrar contratos o de cualquier otra, en todo caso la conclusión que se seguiría, en contra de lo concluido por el *a quo*, es que el ente territorial es responsable por el incumplimiento de las funciones delegadas, tal y como lo establecen los incisos segundos de los artículos 211 de la Constitución y 12 de la Ley 489 de 1998⁴¹, a cuyo tenor del primero “[l]a delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente”. En este orden de ideas, si el delegatario del INVIAS —el Municipio— incumplió alguna de las funciones delegadas, ello sería exclusiva responsabilidad del Municipio, de manera que la tesis del Tribunal según la cual el Consortio debió dirigir las pretensiones contra el delegante resulta insostenible.

24. Con base en lo anterior, se colige que le asiste razón al apelante en cuanto a que el Municipio sí era la parte vinculada al contrato de obra pública del 9 de febrero de 2011; sin embargo de esta conclusión no se sigue que la sentencia de primera instancia deba revocarse porque, para que este sea el caso, es menester no solo concluir que el Municipio era el responsable por la ejecución de las obligaciones del contrato de obra sino, en los términos de las pretensiones primera a tercera de la demanda, que dicho ente territorial las incumplió.

Los presuntos incumplimientos en que incurrió el Municipio

25. El demandante afirma que el Municipio incumplió sus obligaciones contractuales porque: (i) omitió constituir las disponibilidades y reservas presupuestales para atender el pago de las actividades ejecutadas por el Consortio, y (ii) no pagó las actas parciales de obra Nos. 2 a 5 a través de las cuales se recibieron las cantidades de obra que ejecutó el Consortio antes de la suspensión del plazo de ejecución del contrato.

1. El incumplimiento relacionado con la omisión en la reserva y apropiación de los recursos para ejecutar las obras del contrato

26. El principio de economía consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 les impone a las entidades estatales deberes legales concretos que propenden por la racionalización de la actividad contractual en procura de la realización de los fines que esta persigue. En esencia, el principio de economía busca que la actividad

⁴¹ Inciso segundo, artículo 12 de la Ley 489 de 1998: “La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.” Cabe señalar que, aunque el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 también es aplicable respecto de la delegación entre entidades estatales, llamada delegación impropia, en tanto “Tal convenio [el que da lugar a la delegación impropia], cuando es requerido, si es temporal se erige en una garantía de la autonomía de las entidades funcional o territorialmente descentralizadas, y no se opone a la existencia de una delegación, siempre y cuando estén presentes los demás elementos que, según la Constitución, definen este mecanismo de transferencia de funciones, a saber: previa autorización legal, fijación también legal de las condiciones bajo las que operará la delegación, asunción de la responsabilidad por parte del delegatario y facultad del delegante para reasumir la competencia.” Corte Constitucional, sentencia C-727 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

contractual “no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad”⁴². Uno de los deberes que dicho principio les impone a las entidades estatales es que garanticen la existencia suficiente de recursos para poder atender las actividades contratadas, tal y como lo establecen los numerales 6º, 13 y 14 del artículo 25 *ibídem*:

“6. Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

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.”

27. Por su parte, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993⁴³ precisa que la disponibilidad de los recursos presupuestales para atender las obligaciones derivadas del contrato es un requisito para ejecutar el negocio jurídico estatal, salvo que, de manera excepcional, y conforme a las normas del Estatuto Orgánico del Presupuesto —Decreto 111 de 1996— se pueda ejecutar con cargo a vigencias futuras⁴⁴. El principio conforme al cual la ejecución de las obligaciones requiere de la existencia previa de la disponibilidad equivalente a su valor se denomina principio de legalidad del gasto, “cuyo fundamento es que no se pueden efectuar erogaciones con cargo al Tesoro que no se hallen incluidas en el presupuesto -artículo 345, 346 y 347 CP, y artículo 18 y 49 de la Ley 179 de 1994, que modificó la Ley 38 de 1989”⁴⁵.

28. El principio de legalidad del gasto se garantiza a través de los instrumentos de la disponibilidad presupuestal y de su registro, pues como lo señala el doctrinante Juan Camilo Restrepo: “[l]a Disponibilidad se concibe como un elemento mediante el cual se busca prevenir o evitar que el Gasto sea realizado por encima del monto máximo autorizado por la correspondiente Ley Anual de Presupuesto durante su ejecución”⁴⁶. Por su parte, el decreto 568 de 1996 que reglamentó el Estatuto Orgánico del Presupuesto define los referidos instrumentos en los siguientes términos:

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 15.324.

⁴³ Artículo 41, Ley 80 de 1993: “Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto [...]”

⁴⁴ Artículo 71, Decreto 111 de 1996: “Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos. [...]”

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-100 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁶ Restrepo, Juan Camilo, Derecho Presupuestal Colombiano, Bogotá, Editorial Legis, segunda edición, páginas 290 y 291.

“ARTÍCULO 19.- El certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de éstos que permita determinar los saldos de apropiación disponible para expedir nuevas disponibilidades;

ARTÍCULO 20.- El registro presupuestal es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin. En esta operación se debe indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar.” (énfasis agregado)

29. Así las cosas, a la entidad estatal le corresponde garantizar los recursos necesarios para ejecutar el respectivo contrato a través de la expedición de los certificados de disponibilidad presupuestal y su registro respectivo, antes de iniciar su ejecución. Lo anterior significa que los referidos trámites no constituyen parámetros de validez del negocio jurídico⁴⁷, sino que se trata de obligaciones emanadas de la ley cuyo cumplimiento puede tener incidencia de cara a la ejecución de las obligaciones contractuales porque, de no existir recursos, es apenas lógico que la entidad demandante no podrá atender el pago de los bienes y servicios contratados.

30. En el caso concreto, la Sala encuentra que el Municipio no incumplió con estos deberes legales en relación con el objeto original del contrato —diseños y obras de protección marginal del Puente López y diseños y obras de rehabilitación del puente Negro—, pero sí los incumplió en relación con las actividades de elaboración de diseños y obras de rehabilitación del Puente Agudelo, que fueron adicionadas a través de acuerdos modificatorios Nos. 2 y 5 al contrato de obra, por las razones que se pasan a desarrollar:

30.1. Mediante Acuerdo No. 2 del 20 de enero de 2011, el Concejo del Municipio autorizó la incorporación de \$3.055'334.308 en el presupuesto de rentas e ingresos de 2011 con el fin de atender la emergencia y ejecutar las obras sobre los puentes López, Negro y Agudelo. En dicho acuerdo se precisó que los recursos provenían de transferencias del sector central, de una parte, del convenio No. 1696 de 2010 \$2.800'000.000 y, de otra, del Fondo Nacional de Calamidades⁴⁸ \$255'334308⁴⁹.

30.2. El valor estimado del contrato de obra pública —que fue pactado en la modalidad de precios unitarios— suscrito entre el Municipio y el Consorcio fue

⁴⁷ Sobre este particular, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de noviembre de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 34.324.

⁴⁸ Cabe mencionar que el convenio entre el INVIAS y el Municipio se suscribió en el marco de la emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública declarada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 4580 del 7 de diciembre de 2010 como consecuencia de la ola invernal sufrida por el país. Pese a que en el convenio no se precisa de dónde provinieron la fuente de los recursos para ejecutarlo, vale señalar que con el fin de conjurar la calamidad pública debido a la ola invernal, el Gobierno creó el programa denominado “Colombia Humanitaria” y, en ejecución de este, se modificó el Fondo Nacional de Calamidades Públicas con el fin de permitir la transferencia de recursos directamente a las entidades públicas del orden nacional y territorial para llevar a cabo, entre otras, actividades de rehabilitación de infraestructura averiada, en los términos del artículo 1º del Decreto 4830 del 29 de diciembre de 2010.

⁴⁹ Folios 80 y 81, documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

inicialmente de \$2.563'677.133. En la cláusula vigésima sexta se precisó que *“la presente contratación se financia con recursos del presupuesto de rentas y gastos de la vigencia fiscal de 2011 de fecha 9 de febrero de 2011”*⁵⁰. Mediante acuerdo modificatorio No. 1 de esa misma fecha, las partes precisaron dicha cláusula en el sentido de señalar que los recursos con cargo a los cuales se pagarían las obras estaban instrumentados en los certificados de disponibilidad presupuestal *“Nos. 0068 de febrero 09 de 2011 por valor de (\$2.308.342.825) y disponibilidad presupuestal 0069 del 09 de febrero de 2011, por valor de (\$255.334.308)”*⁵¹; en el expediente obran los anotados certificados de disponibilidad⁵². Dichas disponibilidades se registraron mediante certificados Nos. 150 y 152 del 2 de marzo de 2011 suscritas por la Jefe de Presupuesto del Municipio⁵³.

30.3. Mediante otrosí No. 2 del 10 de febrero de 2011, las partes acordaron ampliar el objeto del contrato para incluir las obras de rehabilitación del puente Agudelo; en los considerandos se señaló que el Fondo Nacional de Calamidades a cargo del Ministerio del Interior y de Justicia asignó \$255'334.308 para acometer dichas obras⁵⁴. A través del acuerdo modificatorio No. 5 del 24 de noviembre de 2011, las partes adicionaron el valor original del contrato en \$211'760.515,80 para ejecutar las actividades adicionales, por lo que el valor final fue calculado en \$2.775'437.648⁵⁵. En la cláusula segunda del anotado acuerdo modificatorio se precisó que *“la presente modificación se financia con los recursos del presupuesto de rentas y gastos de la vigencia fiscal 2011, según disponibilidad presupuestal expedida para tal fin”*⁵⁶.

30.4. En el expediente obra una comunicación del 20 de diciembre de 2011 dirigida por la Secretaría de Planeación del Municipio a la Secretaría de Hacienda en la que se le solicita el registro presupuestal de los \$211'760.515,80 necesarios para soportar la ejecución del objeto adicional. Sin embargo, en dicha comunicación se hizo referencia a la disponibilidad presupuestal No. 68 del 9 de febrero de 2011, que ya había sido comprometida para atender el valor original del contrato⁵⁷. No obstante, a través de certificado No. 935 del 21 de diciembre de 2011, la Jefe de Presupuesto registró los \$211'760.515,80 con cargo a la referida disponibilidad presupuestal instrumentada en el certificado No. 68⁵⁸.

31. Con fundamento en lo anterior, la Sala concluye que el Municipio sí llevó a cabo los trámites para garantizar las disponibilidades presupuestales necesarias para soportar el pago de las obligaciones derivadas del objeto originalmente contratado porque expidió los certificados Nos. 68 y 69 del 9 de febrero de 2011 que acreditaban la apropiación de \$2.563'677.133 con cargo al presupuesto de rentas e ingresos del Municipio. Además, a través de los certificados de registro Nos. 150 y 152 del 2 de marzo de 2011 el Municipio perfeccionó el compromiso y afectó la

⁵⁰ Folio 31, cuaderno 2.

⁵¹ Folio 33, cuaderno 2.

⁵² Folios 99 y 100 del cuaderno 5.

⁵³ Folios 101 y 102 del cuaderno 5.

⁵⁴ Folio 34, cuaderno 2.

⁵⁵ Folios 39 a 41, cuaderno 2.

⁵⁶ Folio 40, cuaderno 2.

⁵⁷ Folio 340 del documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

⁵⁸ Folio 341 del documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

apropiación presupuestal, como lo ordena el principio de economía consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

32. No ocurrió lo mismo en relación con los \$211'760.515,80 adicionados mediante modificatorio No. 5 para atender las obras sobre el puente Agudelo. En este caso, la Sala encuentra que el Municipio incumplió con sus deberes legales emanados del principio de economía —numeral 13 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993— porque no constituyó *“las reservas y compromisos presupuestales necesarios”* para ejecutar dichas obras. Lo anterior en la medida en que el Municipio dijo garantizar los recursos para dichas obras adicionales con cargo al certificado de disponibilidad No. 68, cuya apropiación presupuestal fue comprometida a través de la expedición del certificado No. 935 del 21 de diciembre de 2011, pero no reparó en que dicha apropiación presupuestal no era suficiente para atender los compromisos derivados de los acuerdos modificatorios Nos. 2 y 5 a través de los cuales se adicionaron las obras a cargo del Consorcio y el valor total del contrato, respectivamente.

33. De lo anterior se concluye que aunque se contaba con \$3.055'334.308 provenientes del convenio No. 1696 con el INVIAS y \$255'334.308 del Fondo Nacional de Calamidades, recursos que eran suficientes para atender la ejecución de las obras sobre los puentes López, Negro y Agudelo —esto es, el objeto adicionado—, el Municipio apropió tan solo \$2.563'677.133 —valor inicial— del presupuesto de rentas e ingresos a través de los certificados de disponibilidad presupuestal Nos. 68 y 69 del 9 de febrero de 2011. Luego, registró nuevamente el compromiso presupuestal de \$211'760.515,80 asociado al certificado No. 68 pese a que estos recursos ya estaban comprometidos para ejecutar el objeto inicialmente contratado y no eran suficientes para atender las obras sobre el puente Agudelo. En conclusión, el Municipio sí incumplió sus deberes legales, emanados del principio de economía y de las normas del Estatuto Orgánico del Presupuesto por lo que hace al valor adicionado al contrato de obra mediante modificatorio No. 5 del 24 de noviembre de 2011.

2. El incumplimiento relacionado con el pago de las actas de obra parciales Nos. 2 a 5

34. En las condiciones del contrato que le remitió el Municipio al Consorcio mediante comunicación del 4 de febrero de 2011, las cuales, de conformidad con su cláusula cuarta⁶², hacen parte integral de aquel, el demandado fijó las condiciones económicas y su forma de pago en los siguientes términos:

“III. CONDICIONES DEL CONTRATO

3. FORMA DE PAGO

El Municipio pagará al ejecutor del contrato el valor del mismo mediante actas parciales, por el sistema de precios unitarios fijos sin formula [sic] de reajustes, previo el cumplimiento de los requisitos legales.

⁶² Folio 27, cuaderno 2.

El pago correspondiente a la última acta de obra se efectuará previa presentación del acta de recibo final de obra debidamente firmada por las partes y el pago de los correspondientes aportes parafiscales, salud, pensión y riesgos.

Si pasados treinta (30) días calendario no se ha realizado el respectivo desembolso por parte del MUNICIPIO, este reconocerá un interés moratorio al CONTRATISTA equivalente al doble del interés legal civil por cada mes de atraso o proporcionalmente, según el caso.

3.1. ANTICIPO

Una vez suscrito el contrato, el Municipio concederá un anticipo del cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato.

La amortización de los anticipos se efectuará mediante deducciones de las actas parciales de pago, la cuota de amortización será equivalente al porcentaje de anticipo entregado aplicado al valor de la respectiva acta, hasta amortizar la totalidad del anticipo.

La constitución y aprobación de la garantía son requisitos indispensables previos para la entrega del anticipo.”⁶⁰.

35. Por su parte, en la cláusula séptima del contrato, que no se varió en razón de los otrosíes modificatorios, las partes acordaron que el valor del negocio jurídico —tanto original como adicionado— sería pagado de la siguiente forma:

“CLÁUSULA SÉPTIMA. FORMA DE PAGO: *El valor del presente contrato se cancelará por parte del MUNICIPIO a EL CONTRATISTA de la siguiente forma: a) el cincuenta (50%) por ciento del valor del contrato se cancelará a título de anticipo, el cual se pagará una vez perfeccionado y legalizado el contrato y proferida la resolución aprobatoria de las garantías aportadas por el contratista; b) el saldo restante se cancelará mediante actas mensuales parciales amortizables, por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste, previo el cumplimiento de los requisitos legales.*

PARÁGRAFO PRIMERO: *El anticipo se amortizará en cada uno de los pagos en forma proporcional [...]”⁶¹.*

36. De conformidad con la cláusula décima del contrato, el Municipio contrajo las siguientes obligaciones:

“CLÁUSULA DÉCIMA. OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO: *El MUNICIPIO se obliga para con EL CONTRATISTA a lo siguiente: 1. Cumplir con todas las previsiones necesarias para la iniciación de los trabajos y para que su ejecución prosiga sin interrupciones; 2. Entregar la información, documentos y planos relacionados con la obra a ejecutar por EL CONTRATISTA. 3. Pagar el valor de la misma [sic], dentro de los plazos y porcentajes acordados. 4. Las demás a que haya lugar”⁶² (énfasis agregado)*

37. Como se observa, las partes no definieron los requisitos que debieran cumplir las “actas mensuales parciales” de obra en que se soportaría el pago del 50% restante del valor del contrato, pero acordaron que debían ser los “requisitos legales”. Al respecto, vale resaltar que las actas de avance o actas parciales de obra son instrumentos a través de los cuales se hace un corte parcial sobre la ejecución

⁶⁰ Folio 45, cuaderno 5.

⁶¹ Folio 26, cuaderno 2.

⁶² Folio 27, cuaderno 2.

del objeto contractual y “cuya finalidad primordial es permitir calcular el avance de la obra y el monto de valor para cobro en la respectiva cuenta mensual”⁶³. Sin embargo, los requisitos para su elaboración, sus elementos y demás componentes no está tipificado o regulado en la ley, sino que está dentro del marco de la negociación entre las partes. Sobre las actas parciales de obra ha discurrido la jurisprudencia de esta Corporación de la siguiente manera:

*“A lo largo de la ejecución de los contratos celebrados por las entidades estatales, suelen presentarse diversas situaciones cuya documentación se lleva a cabo a través de actas suscritas por las partes. [...] Entre las que se suelen levantar durante la ejecución de los contratos, se hallan i) **las actas parciales de avance, que se suscriben periódicamente para registrar en ellas el progreso en la ejecución de las prestaciones** y ii) el acta de recibo final. [...]*

22. Es usual que en contratos de tracto sucesivo, en los que se pactan entregas periódicas de obras, bienes o servicios, se acuerde la elaboración de actas parciales de recibo cada cierto tiempo, que servirán como soporte para la elaboración de las respectivas cuentas de cobro y por lo tanto, constituyen uno de los requisitos acordados para su presentación, de tal manera que, dichas actas, representan cortes parciales de la ejecución del objeto contractual, que va avanzando conforme transcurre el plazo acordado y su finalidad básicamente es la de permitir el cálculo del avance de la ejecución en relación con lo pactado así como el valor de lo que se ejecutó en ese periodo de tiempo, para efectos de realizar el respectivo cobro parcial.”⁶⁴ (énfasis agregado)

38. En el caso del contrato de obra *sub judice*, las partes no regularon cómo el Consorcio debía presentar las actas parciales de obra al Municipio para soportar el pago de las actividades ejecutadas. Sin embargo, el contenido y requisitos de dichas actas se puede integrar a partir de la cláusula vigésima cuarta en la que se establecieron las funciones de la interventoría. En dicha cláusula se estableció que:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA.- INTERVENTORÍA. EL MUNICIPIO verificará la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de EL CONTRATISTA por medio del interventor. EL INTERVENTOR no podrá exonerar a EL CONTRATISTA de ninguna de las obligaciones o deberes contractuales; tampoco podrá sin autorización escrita previa de EL MUNICIPIO ordenar trabajo alguno que traiga consigo variaciones en el plazo o en el valor del contrato, ni efectuar ninguna modificación de la concepción del diseño de las obras. EL INTERVENTOR rechazará todos aquellos trabajos o materiales que no reúnan las condiciones exigidas en los documentos del contrato y EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar a su costa los cambios y modificaciones que sean necesarios para el estricto cumplimiento de lo pactado en este documento”⁶⁵.

39. En este punto es pertinente mencionar que las funciones que le fueron asignadas al interventor del contrato de obra pública —el ingeniero Fabio Salazar Tamayo— coinciden con las que, de tiempo atrás, esta Corporación⁶⁶ ha señalado que corresponde realizar a quienes colaboren con la administración pública en la

⁶³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 6 de agosto de 2003, C.P. Augusto Trejos Jaramillo, Rad. 1453.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de febrero de 2013, C.P. Danilo Rojas Bethancourt, Exp. 25.199

⁶⁵ Folios 30 y 31, cuaderno 2.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, Exp. 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 2 de julio de 2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, Exp. 51.067.

tarea de seguimiento de los contratos, pues, según lo ha dicho, en ejercicio de esa labor, entre otras cosas, deben pedir informes, hacer requerimientos, sugerencias, solicitar cambios, aprobar o rechazar bienes, obras o servicios, según sea el caso, entre otras. Con base en estas funciones⁶⁷, se colige que si bien las partes no precisaron cuáles serían los requisitos para la elaboración y presentación de las actas parciales de obra, era un requisito que la interventoría las suscribiera en señal de que recibía las cantidades de obra ejecutadas y de que daba su visto bueno en relación con la calidad de los trabajos.

40. Aparte del mencionado requisito, la Sala no encuentra fundamento para afirmar la exigencia de alguno adicional para la elaboración y presentación de las actas parciales de obra a las que hizo alusión la cláusula séptima del contrato de obra. En esencia, el Consorcio debía enlistar los ítems de obra y las cantidades ejecutadas a los precios unitarios pactados —los cuales no obran en el expediente dado que la oferta económica no fue allegada por el Consorcio—, debidamente avaladas por el interventor del contrato.

41. En todo caso, se advierte que la sola presentación del acta parcial de obra, debidamente avalada por el interventor, no era suficiente para que el Municipio pudiera y debiera proceder al pago de las cantidades de obra ejecutadas por el contratista en tanto, para que este fuera el caso, era menester que el Consorcio le presentara la factura de venta representativa de los bienes y servicios prestados, en cumplimiento de la obligación de facturar establecida en el artículo 615 del Estatuto Tributario⁶⁸. 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 2005⁶⁹ —vigente al momento de los hechos—, las entidades estatales solo pueden pagar las obligaciones contractuales contraídas previo cumplimiento de la obligación de expedir factura. Así las cosas, salvo acuerdo especial, si el Consorcio no presentaba la factura correspondiente, la obligación de pago correlativa a la ejecución de las actividades del contrato, aunque existente, no podía exigirse por faltar un requisito legal necesario para hacer el respectivo desembolso.

42. De las pruebas que obran en el expediente, se puede evidenciar que, tal y como lo indicaron las partes, durante la ejecución del contrato de obra pública del 9 de febrero de 2011 se suscribieron un total de 5 actas parciales y se presentaron las siguientes 4 facturas, así:

42.1. El 21 de septiembre de 2011, el Consorcio remitió al Municipio la comunicación TOLI-057-2011 a través de la cual allegó: (i) la factura de venta No.

⁶⁷ Las cuales fueron aclaradas en la Ley 1474 de 2011, que, si bien no resulta aplicable al caso concreto por ser anterior a la fecha de celebración del contrato de obra pública, resulta ilustrativa sobre las funciones del interventor. En este sentido, ver los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011.

⁶⁸ Artículo 615, Estatuto Tributario: “Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales [...]” Vale señalar que HM Ingeniería Ltda., que es la sociedad que participa en un 95% en el Consorcio, es comerciante y, en tal virtud, tiene la obligación de expedir factura, lo que se extiende al Consorcio.

⁶⁹ Artículo 18, Ley 962 de 2005: “Para el pago de las obligaciones contractuales contraídas por las entidades públicas, o las privadas que cumplan funciones públicas o administren recursos públicos, no se requerirá de la presentación de cuentas de cobro por parte del contratista. [...]”

Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de la expedición de la factura o cualquier otro documento equivalente cuando los Tratados Internacionales o las leyes así lo exijan”

1 del 16 de septiembre de 2011⁷⁰ por valor de \$171'096.753 que incluía el valor de los estudios y diseños —por \$70'000.000—, de los “*servicios de construcción*” —por \$260'993.506— y a cuyas sumas se le restaron \$171'096.753 por concepto de amortización del anticipo —el cual ascendió a \$1.281'838.566, esto es, el 50% del valor inicial del contrato⁷¹—; (ii) el acta parcial de obra No. 1 de septiembre de 2011, suscrita por la interventoría, el Consorcio y el Alcalde del Municipio por \$342'193.505,95⁷²; (iii) las memorias de cantidades de obra ejecutadas, suscritas por la interventoría⁷³, y (iv) el comprobante de pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social⁷⁴. El Municipio recibió dicha factura el 21 de septiembre de 2011 como da cuenta la firma de recibido⁷⁵.

42.2. El 18 de noviembre de 2011, el Consorcio remitió al Municipio la comunicación TOLI-094-2011 a través de la cual allegó: (i) la factura de venta No. 2 del 15 de noviembre de 2011⁷⁶ por valor de \$102'581.199 que incluía el valor los “*servicios de construcción*” ejecutados —por valor de \$205'162.398— menos \$102'581.199 por concepto de amortización del anticipo; (ii) el acta parcial de obra No. 2 de noviembre de 2011, suscrita por la interventoría, el Consorcio y el Alcalde del Municipio por \$205'162.397,76⁷⁷; (iii) las memorias de cantidades de obra ejecutadas, suscritas por la interventoría⁷⁸, y (iv) el comprobante de pago de aportes al Sistema de Seguridad Social⁷⁹. El Municipio recibió dicha factura el 18 de noviembre de 2011 como da cuenta la firma de recibido⁸⁰.

42.3. Obra también en el expediente: (i) la factura de venta No. 3 del 19 de diciembre de 2011⁸¹ por valor de \$98'116.505 a través de la cual se cobró el valor de los estudios y diseños⁸² —por \$55'000.000— y los “*servicios de construcción*” ejecutados —por \$132'433.011— menos \$98'116.506 por concepto de amortización del anticipo; (ii) el acta parcial de obra No. 3 de noviembre de 2011, suscrita por la interventoría y el Consorcio por \$196'233.011,22⁸³, y (iii) las memorias de cantidades de obra ejecutadas, suscritas por la interventoría⁸⁴. El Municipio recibió la factura el 22 de diciembre de 2011, como da cuenta la firma que le impuso.

⁷⁰ Folio 236, cuaderno 5.

⁷¹ El anticipo fue pagado en dos pagos, uno por \$255'334.308 y otro por \$1.026'504.285 según dan cuenta los certificados de egreso Nos. 573 del 6 de mayo de 2011 (folio 158, cuaderno 5) y 1412 del 6 de julio de 2011 (folio 206, cuaderno 5), respectivamente.

⁷² Folios 237 a 242, cuaderno 5.

⁷³ Folios 245 a 252, cuaderno 5.

⁷⁴ Folio 269 del documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

⁷⁵ Folio 237 del documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

⁷⁶ Folio 299 del documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

⁷⁷ Folios 302 y 303 del documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

⁷⁸ Folios 304 a 314 del documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

⁷⁹ Folios 326 a 330 del documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

⁸⁰ Folio 298 del documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

⁸¹ Folio 78, cuaderno 2.

⁸² Aunque en la factura no figuran cuáles fueron los estudios y diseños cobrados, en el acta parcial de obra No. 3 aparece la anotación de que este ítem corresponde a estudios topográficos, de nivelación, socavación e hidráulicos (folio 79, cuaderno 2).

⁸³ Folios 79 y 80, cuaderno 2.

⁸⁴ Folios 81 a 85, cuaderno 2.

42.4. Pese a que esta acta —no la factura, que sí firmó como acuso de recibo— no fue suscrita por el Municipio, sí lo fue por el interventor, quien, como se señaló en la cláusula vigésima cuarta del contrato, tenía la función de verificar la calidad y cumplimiento de los trabajos relacionados con el objeto contractual, por lo cual estaba facultado para firmar las anotadas actas de obra parciales en sentido de aprobación de las obras que en ellas se referenciaran.

42.5. Asimismo, fueron aportadas: (i) la factura de venta No. 4 del 18 de mayo de 2012⁸⁵ por valor de \$268'981.296 a través de la cual se cobró el valor de los “servicios de construcción” ejecutados —por \$537'981.297— menos \$268'981.297 por concepto de amortización del anticipo; (ii) el acta parcial de obra No. 4 de mayo de 2012, suscrita por la interventoría, el Consorcio y el secretario de planeación del Municipio por \$537'962.593,26⁸⁶; (iii) las memorias de cantidades de obra ejecutadas, suscritas por la interventoría⁸⁷, y (iv) copia del pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social⁸⁸. El Municipio recibió la factura, como da cuenta la firma y sello que le impusieron el 25 de mayo de 2012.

42.6. El 12 de julio de 2013, el Consorcio le remitió una comunicación —sin número de identificación— al Municipio a través de la cual le allegó⁸⁹: (i) el acta parcial de obra No. 5 de abril de 2012, suscrita por la interventoría y el Consorcio por \$106'946.431,86⁹⁰, y (iii) las memorias de cantidades de obra ejecutadas, suscritas por la interventoría⁹¹. En dicha comunicación, el Consorcio le solicitó al Municipio suscribir el acta para dar trámite a su pago. Sin embargo, no hay evidencia de que el Municipio haya suscrito el acta o que el Consorcio le haya presentado factura soportada en aquella.

42.7. En su testimonio, el interventor del contrato de obra, el ingeniero Fabio Salazar Tamayo, manifestó que suscribió el acta parcial de obra No. 5 porque “validamos las memorias de cálculo y verificamos que eran de acuerdo a lo ejecutado, desconozco por qué el Municipio no la firmó”⁹². Posteriormente, cuando se le inquirió sobre las actividades ejecutadas por el Consorcio con ocasión de dicha acta parcial, el interventor contestó que se trató de “actividades de excavación, cuatro o cinco actividades que de memoria no tengo presentes”⁹³. Por su parte, el secretario de desarrollo físico del Municipio que ocupó el cargo durante la ejecución del contrato de obra, señor Juan Carlos Molano, manifestó que el Municipio no firmó el acta parcial No. 5, “si mal no recuerdo por efectos de tiempo, porque nosotros ya habíamos firmado la suspensión, por lo cual no podíamos suscribir el acta”⁹⁴.

⁸⁵ Folio 87, cuaderno 2.

⁸⁶ Folios 375 y 376 del documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

⁸⁷ Folios 1 a 10 del documento titulado “CONTRATO OBRA P (2PARTE)20150303_0518”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

⁸⁸ Folios 88 y 89, cuaderno 2.

⁸⁹ Folio 66 del documento titulado “CONTRATO OBRA P (2PARTE)20150303_0518”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

⁹⁰ Folios 67 a 69 del documento titulado “CONTRATO OBRA P (2PARTE)20150303_0518”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

⁹¹ Folios 71 a 74 del documento titulado “CONTRATO OBRA P (2PARTE)20150303_0518”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

⁹² Audiencia de pruebas del 7 de abril de 2015, CD 5, minutos 44 a 54.

⁹³ Audiencia de pruebas del 7 de abril de 2015, CD 5, minutos 44 a 54.

⁹⁴ Audiencia de pruebas del 7 de abril de 2015, CD 5, minutos 55 a 1:08.

42.8. Valoradas en conjunto ambas pruebas testimoniales, y teniendo en cuenta la fecha del acta parcial No. 5 —abril de 2012—, la Sala se decanta por concluir que las obras recibidas por el interventor fueron ejecutadas por el Consorcio antes de la suspensión del plazo de ejecución del contrato, lo que ocurrió a partir del 18 de mayo de 2012 mediante la suscripción del acta No. 2 de esa fecha. Si bien el Consorcio allegó al Municipio dicha acta parcial de obra apenas el 12 de julio de 2013, esto es, más de un año después de que se suspendiera el contrato, no lo es menos que dicha acta, firmada por el Consorcio y el interventor, da fe de que las cantidades de obra fueron ejecutadas antes de la fecha de suspensión.

42.9. En verdad, la Sala no encuentra irreconciliables los dichos de ambos testigos porque mientras el primero dio fe, con apoyo en el acta firmada, de que las obras se ejecutaron en abril de 2012, el secretario del Municipio señaló que no firmó el acta porque ya se había suspendido el plazo de ejecución, sin referirse concretamente a cuándo el Consorcio llevó a cabo las obras, que es lo relevante a efectos de determinar si las podía adelantar y si, como contraprestación, el Municipio estaba llamado a pagar la correlativa contraprestación.

42.10. Por todo lo anterior, y sin perjuicio de lo que abajo se señalará en relación con los efectos derivados de la omisión de la presentación de una factura, la Sala estima que el hecho de que el Municipio no suscribiera esta acta no es una razón válida para afirmar que el demandado no debía pagarle su valor al Consorcio, fundamentalmente porque las actividades fueron ejecutadas antes de la suspensión del contrato y porque el interventor, quien era el encargado de certificar que las obras se ejecutaron de conformidad con lo requerido en el contrato, dio su visto bueno respecto de los trabajos realizados.

43. Ahora, para determinar el incumplimiento del Municipio respecto del pago de las actas Nos. 2 a 5, no basta con afirmar que las actividades se ejecutaron y fueron aprobadas por el interventor, hace falta también determinar que la obligación de pago se hizo exigible en cabeza de la entidad territorial demandada y, pese a ello, no la cumplió. En relación con estos aspectos se tiene que:

43.1. Respecto de las facturas de venta Nos. 2 del 15 de noviembre de 2011 y 3 del 19 de diciembre de 2011 —que se soportaron en las actas parciales de obra Nos. 2 y 3— se entienden aceptadas por el Municipio después de que transcurrieron 10 días calendario desde su presentación —lo que ocurrió el 18 de noviembre y el 22 de diciembre de 2011, respectivamente— sin que las devolviera o presentara reclamo escrito al Consorcio según lo prevé el artículo 2º de la Ley 1231 de 2008, por lo cual, los 30 días calendario previstos en la Sección III de las condiciones del contrato como plazo para que la entidad pública hiciera el pago vencieron el 18 de diciembre de 2011 y el 21 de enero de 2012, respectivamente, esto es, mucho antes de la fecha en que las partes acordaron suspender el contrato a través de acta No. 2 del 18 de mayo de 2012. Por ende, se concluye que la obligación de pago respecto de estas facturas surgió antes de que se suspendiera el contrato, lo cual, por tanto, no afectó su exigibilidad⁹⁵. La Sala abordará más adelante el tema de la suspensión

⁹⁵ Se anticipa que la causación de los intereses moratorios originados en el impago de esta obligación tampoco se afectó con el acuerdo de suspensión, porque, además de que las partes así no lo pactaron, no puede entenderse que, en razón de tal acuerdo, al caso resulte aplicable lo previsto en el parágrafo del artículo 829 del Código de Comercio que establece que “[l]os plazos de gracia concedidos mediante acuerdo de las partes,

y su alcance respecto de las obligaciones de pago; por ahora, para no perder el hilo conductor del punto que acá se analiza, se dejarán sentadas las conclusiones respecto de la exigibilidad de tales deberes contractuales.

43.2. En relación con la factura de venta No. 4 del 18 de mayo de 2012, soportada en el acta parcial No. 4 de mayo de 2012, se evidencia que fue presentada para su pago el 25 de mayo de 2012, esto es, cuando ya se había suspendido el contrato. Este hecho tuvo la virtualidad de afectar la exigibilidad de la obligación —como se verá, la suspensión se dio respecto de todas las obligaciones del contrato y, justamente, por falta de recursos de la entidad para pagar las actas de obra Nos. 2 a 4—, dado que impuso la suspensión del plazo pactado por las partes para su cumplimiento; por tanto, durante el tiempo que dicha suspensión surtió efectos, no puede predicarse el incumplimiento del Municipio.

43.3. En ese mismo orden de ideas, a partir de la cesación de los efectos de la suspensión —lo que, por las razones que se expresarán en el siguiente acápite, ocurrió el 1º de julio de 2012—, se reanudaron los términos pactados por las partes para el pago —30 días calendario según la Sección Tercera de las condiciones del contrato— que vencieron el 30 de julio de 2012⁹⁶.

43.4. En el expediente solo hay prueba de que el Municipio le pagó al Consorcio el valor del acta parcial No. 1, mas no las otras 4 —esto es, las actas Nos. 2 a 5—. En efecto, obra copia de la Resolución No. 201101332 del 22 de septiembre de 2011 a través de la se cual ordenó el pago de \$171'096.753 al Consorcio, el cual fue efectivamente realizado el 27 de septiembre de 2011 según da cuenta el certificado de egreso No. 1960⁹⁷. En lo que al impago de las actas Nos. 2 a 4 concierne, en las consideraciones del acta de suspensión No. 2 del 18 de mayo de 2012 las partes manifestaron que:

*“4. En estricto cumplimiento de lo previsto [en el contrato], el Municipio hizo efectivo el pago del anticipo, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula en cita [la cláusula séptima], así como del Acta Parcial No. 001; **sin embargo, no ha podido cancelar las parciales No. 002, 003 y 004 a pesar de estar en la obligación contractual de hacerlo**, en razón a que el INVIAS no ha girado valor [sic] restante del convenio suscrito con el municipio”⁹⁸. (énfasis agregado)*

43.5. Los testigos que rindieron declaraciones en el proceso corroboran ese mismo hecho. En primer lugar, el testigo Ramiro Mendoza Arrieta, quien se desempeñó como gerente de proyectos de H.M. Ingeniería Ltda., y que estuvo encargado de la ejecución del contrato de obra pública manifestó que “se elaboraron 5 actas parciales de obra, pero solo se canceló 1”⁹⁹.

con anterioridad al vencimiento del término, se entenderán como prórroga del mismo”, porque dicho acuerdo de voluntades se suscribió el 18 de mayo de 2012, tiempo después del vencimiento del plazo suspensivo pactado para la exigibilidad de cada una de las facturas Nos. 2 y 3.

⁹⁶ Advierte la Sala que la factura No. 4 se aceptó en los términos del artículo 2º de la Ley 1231 de 2008, esto es, el 4 de junio de 2012, en tanto el Municipio no la devolvió ni presentó reclamó por escrito al consorcio. Vale señalar que el régimen de aceptación de la factura no se afecta por virtud de la suspensión del contrato en tanto dicho régimen está asociado a los títulos valores, los cuales son independientes del contrato subyacente.

⁹⁷ Folios 279 y 280 del documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

⁹⁸ Folios 47 y 48, cuaderno 2.

⁹⁹ Audiencia de pruebas del 7 de abril de 2015, CD 5, minutos 15 a 27.

44. En consecuencia, verificada la exigibilidad de las obligaciones contenidas en las actas Nos. 2 a 4 y la falta de pago por parte del Municipio, se debe concluir en el incumplimiento del demandado de la cláusula décima, según la cual *“El MUNICIPIO se obliga para con EL CONTRATISTA a [...] 3. Pagar el valor de la misma [sic], dentro de los plazos y porcentajes acordados”*¹⁰⁰.

45. Advierte la Sala que las defensas expuestas por el Municipio en relación con el incumplimiento de estas obligaciones no están llamadas a prosperar. El demandado alegó que *“el contratista solo ejecuto [sic] el 46,35% del total de obra del contrato”* por lo que, sumadas todas las actas, el anticipo correspondiente al 50% del valor del contrato que fue pagado al Consorcio alcanzó a cubrir el valor de las actas insolutas. Esta posición fue refrendada en el testimonio rendido por el secretario del Municipio, Juan Carlos Molano, quien contestó frente a la pregunta sobre las gestiones que se adelantaron para pagar las actas parciales de obra que *“el contratista recibió el valor del anticipo más el pago del acta 1, ese valor sumaba una cifra que debía ser cruzada con la cifra que sumaran las cifras de las actas parciales”*, de lo cual se puede colegir que el Municipio no pagó las actas porque estimaba que a través del pago del anticipo, su valor sumado ya estaba cubierto. La Sala estima que la posición no es atendible y no excusa sus sendos incumplimientos porque no se aviene a lo que pactaron las partes en relación con la forma del pago del valor del contrato¹⁰¹. De aceptarse, se entendería que el municipio varió unilateralmente los términos de ejecución del contrato, reduciendo su objeto al 50% del valor inicialmente pactado, aspecto que no sería jurídicamente atendible como fundamento de legitimidad de su conducta.

46. En efecto, en la Sección III de las condiciones del contrato, así como en la cláusula séptima del contrato de obra, se acordó que el Municipio pagaría al Consorcio el valor de las actas parciales de obra y de ellas se descontarían las sumas relacionadas con la amortización del anticipo, de modo que *“[l]a amortización de los anticipos se efectuará mediante deducciones de las actas parciales de pago, la cuota de amortización será equivalente al porcentaje de anticipo entregado aplicado al valor de la respectiva acta, hasta amortizar la totalidad del anticipo”*¹⁰² —Sección 3.1 de las condiciones del contrato—.

47. Al tenor de dicha disposición, el Consorcio presentó las facturas de venta con base en las que hizo el cobro de las actividades ejecutadas y soportadas en las actas parciales Nos. 2 a 4, restando del valor total el 50% con cargo a la amortización del anticipo, cuyo resultado era la suma que debía pagar el Municipio de conformidad con el numeral tercero de la cláusula décima del contrato que estableció que *“El MUNICIPIO se obliga para con EL CONTRATISTA a [...] 3. Pagar el valor de la misma [sic], dentro de los plazos y porcentajes acordados”*¹⁰³.

48. Es cierto que las obligaciones recíprocas que podrían tener las partes, de un lado, el Municipio de pagar las actas parciales de obra Nos. 2 a 5 y, del otro, la obligación del Consorcio de amortizar el anticipo han de extinguirse mediante la

¹⁰⁰ Folio 27, cuaderno 2.

¹⁰¹ Audiencia de pruebas del 7 de abril de 2015, CD 5, minutos 55 a 1:08.

¹⁰² Folio 45, cuaderno 5.

¹⁰³ Folio 27, cuaderno 2.

compensación de conformidad con el artículo 1714 del Código Civil¹⁰⁴ a partir de esta sentencia y a través de la liquidación judicial a la que se procederá —según pretensión formulada por la demandante a la que no se opuso la demandada— en aras de determinar cuánto se adeudan una a otra, pues es solo desde este momento y a través de dicho ejercicio que se determinará con certeza los montos que se adeudan entre ellas, es decir, que las obligaciones se tornan líquidas, lo que, además de la exigibilidad y de que se trate de sumas de dinero, constituye requisito para que proceda la compensación de conformidad con el artículo 1715 *ibídem*¹⁰⁵. Sin embargo, esta compensación no excusa al demandado del incumplimiento de las obligaciones en que incurrió durante la ejecución del contrato. En otras palabras, el hecho de que en este momento se haga un cruce de cuentas sobre cuánto se adeudan recíprocamente las partes —que atiende al finiquito de cuentas que se realiza en la liquidación— no significa, ni es una defensa válida, para eximir al Municipio de su responsabilidad por haber incumplido con su obligación de pagar, en los términos del contrato, las actas parciales de obra que remuneraban las actividades ejecutadas por el Consorcio.

49. En verdad, de conformidad con los términos del contrato, el Municipio estaba obligado al pago de las actas parciales de obra que le presentara el Consorcio en función del objeto contractual en su integridad; no podía, por lo mismo, pretender que sus obligaciones se limitaban al pago de las referidas actas en función de una modificación unilateral de hecho del objeto contractual que quiso hacer consistente en una reducción de cerca del 50% del presupuesto del contrato, con independencia del hecho de que, al finalizar el contrato, el saldo final que arrojará la liquidación fuera a favor de una u otra parte.

50. Por otra parte, aunque en sentido análogo, la Sala no estima procedente la defensa del Municipio conforme a la cual la falta de pago del INVIAS del segundo 50% del valor del convenio No. 1696 de 2010 la excusó de hacer el pago de las actas parciales de obra presentadas por el Consorcio. Al respecto, basta señalar que la obligación a cargo del Municipio establecida en el numeral tercero de la cláusula décima no fue sometida a una condición suspensiva¹⁰⁶ que consistiera en el hecho futuro de que el INVIAS girara los recursos comprometidos en el convenio No. 1696 de 2010. En verdad, la obligación a cargo del Municipio de pagar las referidas actas tan solo pendía de que el Consorcio ejecutara las actividades y presentara las actas parciales de obra con el visto bueno del interventor, condiciones que sí cumplió. Además, el contrato de obra pública suscrito entre el Municipio y el Consorcio es un contrato totalmente autónomo respecto del convenio No. 1696 de 2010 suscrito entre aquel y el INVIAS, como lo evidencia, entre otros elementos, el hecho de que, en la cláusula cuarta del contrato de obra, relativo a los

¹⁰⁴ Código Civil, artículo 1714: “Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”.

¹⁰⁵ Código Civil, artículo 1714: “La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes: 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad. 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y 3.) Que ambas sean actualmente exigibles. Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.”

¹⁰⁶ Código Civil, artículo 1530: “Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no.”

documentos que hacen parte del contrato, no se mencionó que el convenio No. 1696 hacía parte integral de aquel¹⁰⁷.

51. Con base en lo anterior, se refrenda la conclusión de que el Municipio incumplió su obligación contenida en el numeral tercero de la cláusula décima conforme a la cual “*El MUNICIPIO se obliga para con EL CONTRATISTA a [...] 3. Pagar el valor de la misma [sic], dentro de los plazos y porcentajes acordados*”¹⁰⁸, en la medida en que dejó de pagarle al Consortio las actas de obra parciales Nos. 2 a 4 que fueron debidamente suscritas por el interventor del contrato, en señal de que las cantidades de obra y demás actividades fueron debidamente ejecutadas por el contratista.

52. Por último, en relación con el acta parcial de obra No. 5 de abril de 2012, dado que las cantidades de obra fueron ejecutadas por el Consortio y aceptadas por el interventor antes de la suscripción del acta No. 2 del 18 de mayo de 2012 —pues el acta tiene fecha de abril de 2012¹⁰⁹—, surgió en cabeza del Municipio la obligación de pagarlas. Sin embargo, la obligación de pago se hizo exigible para el Municipio a partir de la reconvención judicial porque no hay evidencia de que el Consortio expidiera o presentara una factura soportada en el acta parcial No. 5, como era su deber hacerlo de conformidad con el artículo 615 del Estatuto Tributario; vale resaltar que, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 962 de 2005, el Municipio no podía hacer el pago de la obligación dineraria emanada del acta parcial No. 5 sin que el contratista le presentara una factura, dado que este documento constituye el soporte obligatorio que las entidades requieren de modo de proceder a hacer la liquidación y el pago de la respectiva obligación.

53. En este orden de ideas, pese a que la obligación de pagar las cantidades de obra consignadas en el acta parcial No. 5 surgió, el Municipio no se constituyó en mora sino solo a partir de la reconvención judicial,—numeral tercero del artículo 1608 del Código Civil—, lo que ocurrió a partir del 30 de septiembre de 2014, fecha en la que se le notificó el auto admisorio de la demanda¹¹⁰, tal y como lo establece el inciso segundo del artículo 94 del CGP¹¹¹. Así las cosas, el demandado solo incumplió su obligación en relación con el acta parcial No. 5 concomitantemente al momento en que se le reconvino judicialmente.

54. Por todo lo anterior, la Sala revocará el numeral primero de la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar que el Municipio incumplió el contrato

¹⁰⁷ En la cláusula cuarta se precisó que los documentos del contrato que hacían parte integral de su clausulado eran: (i) la invitación dirigida al Consortio para presentar su propuesta —y su anexo—; (ii) los documentos allegados por el Consortio con su oferta; (iii) el certificado de registro presupuestal del contrato al que hace referencia la cláusula vigésima sexta del contrato y que, por disposición del otrosí No. 1 del 9 de febrero de 2011 se aclaró, y (iv) las “*cartas y comunicaciones que se crucen las partes firmantes en desarrollo del presente contrato*” (Folio 25, cuaderno 2).

¹⁰⁸ Folio 27, cuaderno 2.

¹⁰⁹ Folios 67 a 69 del documento titulado “*CONTRATO OBRA P (2PARTE)20150303_0518*”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

¹¹⁰ El auto del 17 de septiembre de 2014 mediante el cual el Tribunal admitió la demanda del Consortio Puentes Tolima les fue notificado personalmente al Director de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, a la Procuraduría 27 y al Municipio mediante correo electrónico del 30 de septiembre de 2014 dirigido al buzón de notificaciones judiciales de que trata el artículo 197 del CPACA, en los términos del artículo 199 del CPACA (folio 26, cuaderno 54 a 61).

¹¹¹ 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.*”

de obra del 9 de febrero de 2011 porque: (i) no realizó las apropiaciones presupuestales necesarias para soportar el pago de la elaboración de los diseños y la ejecución de las obras de rehabilitación sobre el puente Agudelo, que se convinieron mediante acuerdos modificatorios Nos. 2 y 5 del 10 de febrero del 2011 y del 24 de noviembre de 2011, respectivamente; y (ii) no pagó las cantidades de obra y las actividades que fueron instrumentadas a través de las actas parciales de obra Nos. 2 a 5 y de las 4 facturas de venta, a pesar de que tenía la obligación de hacerlo —ello sin perjuicio de lo que se dirá en el acápite sobre liquidación del contrato de obra en relación con la compensación que operará a partir de la liquidación entre el valor entregado a título de anticipo por el Municipio y el valor agregado de las actas parciales de obra—.

Las causas que motivaron la suspensión del contrato de obra pública

55. El Consorcio pretende que se declare que las causas que condujeron a la suscripción del acta de suspensión No. 2 son imputables al Municipio y que, en tal virtud, se lo condene al pago de los daños y perjuicios —pretensiones terceras, declarativas y de condena—. Concretamente, afirmó que la suspensión indefinida del contrato significó la imposibilidad de obtener las utilidades originalmente proyectadas, impidió emplear en la obra los materiales previamente adquiridos y comportó la imposibilidad de culminar las obras parciales que comenzó a ejecutar antes de la suspensión del contrato¹¹². Afirmó que dichos perjuicios económicos deben serle indemnizados, en la medida en que la falta de recursos para atender el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de obra pública que condujo a la necesidad de suspenderlo es atribuible al demandado.

56. Para resolver este punto de la apelación, es pertinente detenerse en el contexto en el que se suscribió el acta de suspensión No. 2 y los alcances que este acuerdo tuvo, y en aspectos tales como el carácter vinculante de este tipo de convenciones, en el principio de buena fe que debe guiar las negociaciones entre las partes y las consecuencias que de ellas se derivan, aspectos sobre los cuales esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse¹¹³, en los términos que a continuación se reiteran.

57. El principio de normatividad (Código Civil, artículo 1602) y el deber de las partes de actuar de buena fe (Código Civil, artículo 1603; Código de Comercio, artículo 871) se aplica a los contratos de las entidades estatales, estén o no sometidos a la Ley 80 de 1993. Con fundamento en esos postulados, la jurisprudencia de la Corporación ha sostenido que son improcedentes las reclamaciones que se fundan en acuerdos contractuales relacionados con prórrogas y suspensiones del plazo de ejecución del negocio jurídico estatal si, al tiempo de suscribirlos, el contratista no manifestó salvedades para conservar su derecho a pedir el pago de los costos y gastos que la ampliación o suspensión pudieron representarle.

58. Sin perjuicio de lo anterior, la Subsección ha precisado que no se trata de “[...] incorporar una tarifa interpretativa acerca del requisito formal de la salvedad,

¹¹² Folios 28 a 35, cuaderno 1.

¹¹³ La más reciente que puede consultarse es la sentencia del 22 de noviembre de 2021, C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, Exp. 47.779.

*sino que en cada caso se parte del análisis del contenido del respectivo acuerdo y de sus antecedentes, para determinar el alcance de los otrosíes correspondientes*¹¹⁴. En reciente oportunidad¹¹⁵, esta Subsección señaló que, en definitiva, el hecho de que no se incluyan salvedades en las convenciones que las partes suscriben para suspender o prorrogar el plazo del contrato no releva al juez del estudio de fondo de la reclamación. Así, para determinar si es procedente ordenar el pago de la indemnización o compensación, se debe analizar cuál fue el motivo que indujo la suscripción de la suspensión o del acuerdo modificatorio — como, por ejemplo, el incumplimiento de las obligaciones o la materialización de riesgos asumidos por una parte— y el contenido de los arreglos que las partes alcanzaron, contrastándolo con los hechos que sirven de causa a las pretensiones y con su objeto. Con base en estos elementos y de cara a las estipulaciones de los contratantes, habrá de definirse si las pretensiones resultan imprósperas, ya porque desconocen el contenido de un negocio jurídico obligatorio en el que se regularon los asuntos objeto de la reclamación, ya porque la parte que formula la reclamación tenía el deber de hablar —expresar reservas o salvedades— pues la ley, el contrato o el principio de buena fe se lo imponían, o ya porque debe soportar los efectos de la ocurrencia de los hechos que motivaron la suscripción de las prórrogas¹¹⁶.

59. Sobre la ausencia de salvedades en los acuerdos modificatorios, adicionales, de suspensión o prórroga de los contratos, como expresión del criterio de oportunidad, esta Subsección precisó que cuando la reclamación de perjuicios tiene sustento en el incumplimiento contractual de la contraparte, la ausencia de salvedad no tiene la virtualidad de purgar el desconocimiento del contenido obligacional que se atribuye a la parte incumplida, a menos que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, así se manifieste de manera expresa, a través de renunciias a las futuras reclamaciones¹¹⁷. En todo caso, se puntualizó que sea cual fuere la causa de la suscripción del acuerdo de prórroga, suspensión o adición ya sea que se hubiere sustentado en un incumplimiento o en hechos exógenos a las partes, resultará necesario revisar el alcance de tales acuerdos, en tanto pueden contener verdaderas negociaciones vinculantes sobre sus efectos económicos, por lo que, en virtud del principio de buena fe, se impondría dejar salvedades al respecto¹¹⁸.

60. En síntesis, aun si las causas que condujeron a la suspensión o prórroga del plazo de ejecución del contrato son atribuibles a la entidad contratante¹¹⁹, el juez debe analizar si las partes llegaron a acuerdos en relación con los efectos económicos que dichas suspensiones o prórrogas pudieron tener de cara a sus derechos patrimoniales pues, de ser este el caso, están en el deber de atenerse a estos acuerdos, salvo que hayan introducido salvedades. En ausencia de tales salvedades, y previo análisis del contexto de las negociaciones y de los deberes emanados de la buena fe, tales reclamos devienen en improcedentes.

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 8 de mayo de 2020. Exp. 64.701. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Fundamento jurídico 5.2.3.

¹¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 22 de noviembre de 2021. Exp. 47.779. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 24 de septiembre de 2021. Exp. 54.004. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

¹¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 5 de febrero de 2022, Exp. 45762, C.P. María Adriana Marín.

¹¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 4 de marzo de 2022, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (aprobada, pendiente de notificación).

¹¹⁹ En ese sentido ver: sentencia proferida por esta Subsección el 7 de mayo de 2021, Exp. 43.055.

61. Por lo anterior, en salvaguarda del principio de normatividad de los contratos y de la buena fe, se hace necesario analizar cuál fue el contenido de las negociaciones que desembocaron en la suscripción del acta de suspensión No. 2, de modo de dilucidar si las partes ya regularon los efectos económicos que se derivaron de dicha suspensión y, por ende, resolvieron la procedencia del reconocimiento de las reclamaciones que ahora se hacen por vía judicial.

62. El 18 de mayo de 2012, las partes suscribieron el acta No. 2 mediante la cual suspendieron el contrato de obra pública del 9 de febrero de 2011. En el documento se consignaron las siguientes consideraciones:

62.1. Invocaron la celebración del convenio No. 1696 del 2010 suscrito entre el INVIAS y el Municipio y del contrato de obra pública del 9 de febrero de 2011 entre el Municipio y el Consortio —consideraciones primera y segunda—; destacaron que, en la cláusula séptima del contrato de obra, las partes pactaron que su valor se pagaría en dos partes iguales, un primer 50% del valor a título de anticipo y el segundo 50% con cargo a las actas parciales que se suscribieran a medida que se avanzara en la ejecución —consideración tercera—¹²⁰.

62.2. En el punto cuarto de las consideraciones manifestaron que:

*“4. En estricto cumplimiento de lo previsto [en el contrato], el Municipio hizo efectivo el pago del anticipo, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula en cita [la cláusula séptima], así como del Acta Parcial No. 001; **sin embargo, no ha podido cancelar las parciales No. 002, 003 y 004 a pesar de estar en la obligación contractual de hacerlo**, en razón a que el INVIAS no ha girado valor [sic] restante del convenio suscrito con el municipio”¹²¹. (énfasis agregado)*

62.3. En las consideraciones quinta y sexta, las partes manifestaron que, a esa fecha, el contrato se había ejecutado en un 46,35% pero que “*el municipio está en la imposibilidad temporal de generar el pago de las actas facturadas, hasta tanto no se concrete el giro de los recursos por parte del INVIAS*”¹²². Agregaron que:

*“el incumplimiento del INVIAS ha imposibilitado que la administración municipal pueda atender los compromisos económicos adquiridos con el contratista, situación que afecta notoriamente la continuidad de la ejecución del objeto contractual, ante la ausencia de flujo de caja para atender el pago de las obras ejecutadas y las restantes por realizar, de ahí que sea necesario, en vista de no observarse una solución pronta a esta situación, **que las partes adoptemos de común acuerdo medidas que permitan garantizar la debida ejecución del contrato y no profundizar la afectación del equilibrio económico del mismo**”¹²³ (énfasis agregado).*

62.4. Además, que “*continuar con la ejecución del contrato en estos momentos no solo haría más gravosa la situación para las partes, sino que hará más cuantioso el desequilibrio contractual que se está configurando ante la imposibilidad de pago en que se encuentra el municipio [...]*”¹²⁴ —consideración séptima—. En mérito de lo

¹²⁰ Folio 47, cuaderno 2.

¹²¹ Folios 47 y 48, cuaderno 2.

¹²² Folio 48, cuaderno 2.

¹²³ Folio 48, cuaderno 2.

¹²⁴ Folio 48, cuaderno 2.

anterior, las partes convinieron en la “*suspensión del contrato*”¹²⁵ que “***regirá a partir de la fecha de suscripción de este documento y se extenderá hasta tanto el Municipio de Honda, en calidad de entidad contratante, supere la problemática con el INVIAS que ha provocado la desfinanciación del proyecto***”¹²⁶ (énfasis agregado).

62.5. En señal de aprobación, los representantes legales del Municipio y del Consorcio, así como el interventor, suscribieron el acta sin modificar aspecto alguno del contrato de obra y sin introducir salvedad o medida adicional.

63. Del análisis del contenido del acta de suspensión No. 2 la Sala puede inferir que:

(i) El alcance de este acuerdo no se refirió únicamente al plazo de ejecución o a una determinada obligación emanada del contrato, sino que las cobijó a todas, incluyendo las de pago que no estuvieran vencidas. En este punto, resulta necesario precisar que, si bien la suspensión se justificó en la falta de recursos para pagar las actas Nos. 2 a 4 y todas las demás que se generaran si el negocio jurídico se continuaba ejecutado, lo cierto es que las partes no acordaron que, respecto de las obligaciones que ya se habían hecho exigibles, esto es, las referidas a las actas Nos. 2 y 3, no se seguirían causando intereses de mora. Como se verá, en este acuerdo las partes no negociaron los efectos económicos derivados de la suspensión. Además, en lo que a estas actas concierne, no puede aplicarse lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 829 del Código de Comercio respecto del plazo de gracia que se pueden conceder las partes y que se entiende como prórroga del término pactado para el cumplimiento de la obligación, en la medida que, según esa norma, esos acuerdos se predicen respecto de obligaciones cuyo plazo suspensivo aún no ha fenecido. Se reitera que frente al acta No. 4 la situación es diferente, porque al haberse presentado en vigencia de la suspensión, el plazo pactado para el pago no empezó a correr.

(ii) Las partes acordaron suspender el contrato de obra hasta tanto el Municipio lograra que el INVIAS girara los recursos del convenio No. 1696 de 2010, debido a que el proyecto se vio gravemente afectado por la falta de esos recursos.

(iii) Las partes adoptaron la decisión de suspender el contrato para impedir el agravamiento de la situación en la que se encontraban —particularmente el Consorcio— por la falta de recursos asociados a la ejecución del objeto contractual.

(iv) Las partes acordaron adoptar medidas para evitar la profundización del “*desequilibrio económico*” pero en este acuerdo no precisaron cuáles serían dichas medidas.

(v) El levantamiento de la suspensión pendía de que el Municipio “*superara la problemática con el INVIAS*”.

¹²⁵ Folio 48, cuaderno 2.

¹²⁶ Folio 48, cuaderno 2.

64. Con base en lo anterior, la Sala concluye que en la referida acta no se regularon los efectos económicos que se seguirían de la suspensión, en la medida en que las partes defirieron esta negociación a un momento ulterior cuando acordaran las medidas para conjurar la afectación causada por la falta de recursos provenientes del INVIAS. En este contexto, el acuerdo tan solo versó sobre la suspensión del contrato en tanto medida de mitigación ante la ausencia de desembolso de los recursos del INVIAS, pero no acordaron cuáles serían sus efectos de cara a sus derechos patrimoniales. En tal virtud, el hecho de que el Consorcio no formulara salvedades frente a lo acordado en dicha suspensión no puede tenerse como un elemento relevante que haga improcedente su reclamo de ser indemnizado por los perjuicios que este pudo sufrir.

65. Así, dado que, de una parte, el acuerdo no versó sobre los efectos económicos de la suspensión y, de otra, el Consorcio lo suscribió con la esperanza de que el contrato se siguiera ejecutando si el Municipio conseguía los recursos del INVIAS —lo cual era completamente ajeno a su voluntad pues este era un hecho del resorte exclusivo del Municipio, que era la parte del convenio No. 1696 de 2010—, se concluye que el hecho de que el demandante no hubiera consignado ninguna manifestación en relación con los efectos económicos de ese acuerdo de cara a sus intereses patrimoniales no puede leerse como una afrenta al deber de conducta emanado de la buena fe. En este mismo sentido, se precisa que fue solo después de varios meses que el Consorcio, al tener noticia sobre la terminación del referido convenio, le solicitó al Municipio, a través de comunicación del 15 de noviembre de 2012 —recibida por el 21 de noviembre— que se terminara el contrato por mutuo acuerdo, dado que el negocio jurídico no podía quedar indefinidamente suspendido. En dicha comunicación, se indicó:

“[el] Consorcio siempre ha actuado como un colaborador de la administración [...] de ahí que este requerimiento no se efectúa con el ánimo de entablar un contencioso de orden contractual, sino con el exclusivo propósito de instar a la entidad a que valore las circunstancias que impiden a esta poder continuar con la ejecución del proyecto, habida cuenta que el mismo no puede permanecer suspendido indefinidamente [...]

Las partes suscribimos en el mes de mayo un acta de suspensión como consecuencia del no pago de las obligaciones contempladas en las actas parciales de obra No. 002, 003 y 004 argumentando que la imposibilidad del municipio de honrar las obligaciones económicas causadas por la ejecución contractual devenía por el no giro de los recursos por parte del INVIAS [...]

Sin embargo, ante la terminación del convenio interadministrativo en cita con ocasión del vencimiento del plazo del mismo el día 30 de junio del año en curso, la situación impide pagar las actas de avance de obra presentadas al municipio, así como aquellas que surgirían como consecuencia de la continuación de las mismas, se ratifica, sin que esta pueda ser resuelta por la administración municipal por mucho tiempo más que el contrato continúe suspendido ante la inexorable extinción del convenio que permitía financiar la ejecución de nuestro contrato, situación que conduce al ente territorial a no poder con la ejecución del contrato y por ende darlo por terminado de común acuerdo con el contratista, previa definición los [sic] eventuales desequilibrios

económicos que llegaren a existir como consecuencia de la suspensión
[...]”¹²⁷ (énfasis agregado)

66. Como se evidencia, el Consorcio se mostró abierto a continuar con la ejecución del contrato y estuvo a la espera de que el Municipio gestionara el giro de los recursos ante el INVIAS para poder continuar con el proyecto. Sin embargo, ante la noticia de que el convenio había terminado por expiración de su plazo, solicitó su terminación de mutuo acuerdo, junto con el reconocimiento de los sobrecostos relacionados con la suspensión del contrato, esto es, junto con los efectos económicos que se derivaron de dicha suspensión, los cuales, se insiste, no fueron negociados y convenidos en el acta de suspensión No. 2 del 18 de mayo de 2012.

67. Definido lo anterior, corresponde determinar si las causas de la suspensión son imputables al Municipio, para establecer si debe correr con los efectos económicos derivados de su ocurrencia, distinto a los regulados en el acto que se acordó la suspensión. Para la Sala no hay duda de que la respuesta es afirmativa, con fundamento en las razones que a continuación se desarrollan:

67.1. En primer lugar, y sin perjuicio de lo que se señalará en el siguiente acápite en relación con la duración de la suspensión, se reitera que el contrato de obra pública suscrito entre el Municipio y el Consorcio es un negocio jurídico autónomo del convenio No. 1696 de 2010 suscrito ente el INVIAS y el Municipio. Entre ambos negocios jurídicos, si bien pudo existir una relación genética en el sentido de que la suscripción del convenio permitió la celebración del contrato de obra pública, no puede deducirse que de esta relación el Consorcio tuviera que soportar los eventuales incumplimientos del INVIAS o del Municipio relacionados con el convenio No. 1696 de 2010. Por el contrario, el Municipio se obligó, en los términos de las cláusulas séptima y décima del contrato, a pagar las actas parciales de obra al Consorcio, sin que dicha obligación pendiera del giro efectivo de los recursos por parte del INVIAS. En otras palabras, el contrato de obra pública es un contrato principal y autónomo cuyas obligaciones no dependían para su nacimiento o exigibilidad de lo que ocurriera con el cumplimiento del otro convenio, mucho menos de uno en el que el Consorcio no era parte ni adquirió derechos u obligaciones por convención o norma alguna.

67.2. En segundo lugar, el aspecto relacionado con la responsabilidad por la apropiación suficiente de recursos para respaldar el pago de las obligaciones contraídas por un contrato, está asociado con el principio de planeación —artículo 25.13 de la Ley 80 de 1993—. Conforme a este mandato, es la entidad contratante la que está llamada a cumplir con las reglas sobre la suficiencia presupuestal para respaldar el pago de sus obligaciones y no el contratista, que es ajeno a estos trámites, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Subsección¹²⁸. Dado que en el caso *sub judice* ya se concluyó que el Municipio incumplió con sus obligaciones relacionadas con la apropiación de recursos para atender cabalmente sus obligaciones contractuales, es evidente que dicha entidad contratante es la que está llamada a soportar los efectos derivados de su incumplimiento.

¹²⁷ Folios 46 y 47 del documento titulado “CONTRATO OBRA P (2PARTE)20150303_0518”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

¹²⁸ 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.

67.3. En este orden de ideas, la Sala concluye que las causas que desembocaron en la necesidad de suspender el contrato de obra por falta de recursos son exclusivamente imputables al Municipio y no al Consorcio. Por ende, concederá la pretensión tercera declarativa en la parte resolutive.

La terminación del contrato de obra pública del 9 de febrero de 2011

68. Como se señaló al fijar el objeto de la apelación, de los antecedentes se desprende que el Tribunal, antes de llevar a cabo la liquidación judicial del contrato de obra, señaló que este terminó el 27 de mayo de 2012 por expiración del plazo convenido en el otrosí No. 6 del 26 de marzo de 2012. Sin embargo, y pese a que las partes no formularon razones de disenso contra este aspecto, la Sala debe detenerse a revisar este aspecto en tanto la duración de la suspensión y la terminación del contrato es un asunto íntimamente ligado al análisis de las pretensiones que se estudiarán en el siguiente acápite.

69. De conformidad con la cláusula décima tercera del contrato, el plazo de ejecución originalmente convenido fue de cinco meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, de los cuales un mes estuvo destinado a la elaboración de los diseños, un mes para su aprobación por parte del Municipio y tres meses para la ejecución de las obras¹²⁹. Sin embargo, como las partes ampliaron el objeto del contrato mediante la inclusión de obras de rehabilitación del puente Agudelo, a través de otrosíes Nos. 2 del 10 de febrero de 2011, 4 del 9 de septiembre de 2011, 5 del 24 de noviembre de 2011 y 6 del 26 de marzo de 2011, acordaron prorrogar el plazo de ejecución en ocho meses y medio adicionales —un mes para la elaboración de los diseños y el tiempo restante para la ejecución de las obras—¹³⁰. El acta de inicio se suscribió el 12 de abril de 2011¹³¹, por lo cual los cinco meses originales más los ocho meses y medio adicionales para ejecutar el objeto del contrato vencían el 27 de mayo de 2012.

70. Debe tenerse en cuenta también que el 22 de diciembre de 2010, las partes suscribieron el acta No. 1 a través de la cual suspendieron el plazo de ejecución del contrato de obra desde el 22 de diciembre de 2010 hasta el 10 de enero de 2011, ambas fechas inclusive¹³². Así, con la anotada suspensión, el plazo de ejecución del contrato vencía el 16 de junio de 2012.

71. El 18 de mayo de 2012 las partes suscribieron el acta No. 2 mediante la cual suspendieron el contrato señalando que esa medida ***“regirá a partir de la fecha de suscripción de este documento y se extenderá hasta tanto el Municipio de Honda, en calidad de entidad contratante, supere la problemática con el INVIAS que ha provocado la desfinanciación del proyecto”***¹³³ (énfasis agregado). El alcance de este acuerdo debe interpretarse a la luz de la real intención de las partes y revisarse de conformidad con las finalidades que se persiguen a través de la

¹²⁹ Folio 27, cuaderno 2.

¹³⁰ Folios 38 a 42, cuaderno 2.

¹³¹ Folio 43, cuaderno 2.

¹³² Folios 44 y 45, cuaderno 2.

¹³³ Folio 48, cuaderno 2.

suspensión del contrato estatal en concordancia con las normas que rigen las obligaciones condicionales en el Código Civil.

72. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la suspensión es una medida excepcional que las partes de un contrato estatal pueden adoptar ante la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o, en general, de circunstancias que impidan temporalmente ejecutar las obligaciones derivadas de dicho contrato. Sin embargo, las suspensiones son, por antonomasia, medidas temporales que no pueden prolongarse indefinidamente en el tiempo porque, de lo contrario, se deja al contrato estatal en un limbo de inejecución sin la concreción de las situaciones jurídicas. Por esto se ha exigido que las suspensiones del contrato estatal estén sujetas a plazo o condición, de modo que se pueda determinar a ciencia cierta cuándo se reanuda. En sentencia del 28 de abril de 2010 (Exp. 16.431), esta Corporación dijo:

“En efecto, la finalidad de la suspensión del contrato estatal, como medida excepcional, está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, y es precisamente por ese motivo que la misma no puede ser indefinida, sino que debe estar sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición. Por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo, sino que se delimita como una medida de tipo provisional y excepcional que debe ajustarse a los criterios de necesidad y proporcionalidad, sujeta a un término o condición, período este durante el que las obligaciones contenidas en el contrato no se ejecutan, pero sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes.”¹³⁴
(énfasis agregado)

73. En el caso del acta No. 2 del 18 de mayo de 2012, lo que se evidencia es que la condición a la que se sujetó la reanudación del contrato fue mixta porque, en los términos del artículo 1534 del Código Civil¹³⁵, el hecho futuro e incierto de que se aseguraran los recursos para financiar la ejecución del contrato de obra dependía de la voluntad del Municipio, que debía gestionarlos ante el INVIAS, y de un tercero —el INVIAS— que era la fuente de pago de los recursos.

74. Este tipo de condiciones mixtas son válidas en el derecho colombiano y su ocurrencia debe ser analizada a la luz de los hechos y de la posibilidad de su realización. En este caso, la condición debe tenerse por fallida porque, en los términos de los artículos 1537 y 1539 del Código Civil¹³⁶, el acontecimiento positivo del que pendía la reanudación del contrato —la consecución de los recursos por parte del INVIAS con cargo al convenio No. 1696 de 2010— se hizo imposible, en la medida en que el convenio No. 1696 de 2019 terminó por expiración de su plazo, por lo que los recursos para ejecutar el proyecto ya no podrían ser asegurados con cargo a esta fuente.

¹³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de abril de 2010, C.P. Enrique Gil Botero, Exp. 16.431.

¹³⁵ Artículo 1534, Código Civil: “Se llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor; casual la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso; mixta la que en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso.”

¹³⁶ Artículo 1537, Código Civil: “Si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida. A la misma regla se sujetan las condiciones cuyo sentido y el modo de cumplirlas son enteramente ininteligibles [...]” Artículo 1539, Código Civil: “Se reputa haber fallado la condición positiva o haberse cumplido la negativa, cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse y no se ha verificado.”

75. En efecto, según los documentos que obran en el expediente, el plazo de ejecución del convenio No. 1696 del 31 de diciembre de 2010, tras sus tres prórrogas y suspensiones¹³⁷, venció el 30 de junio de 2012, en los términos de la cláusula segunda de la prórroga No. 3 del 14 de diciembre de 2011¹³⁸. En este orden de ideas, a partir del 30 de junio de 2012, la relación jurídica entre el INVIAS y el Municipio terminó, motivo por el cual los recursos necesarios para la ejecución del contrato de obra pública ya no iban a encontrar su fuente en ese negocio fenecido.

76. Así, dado que la condición de la que pendía la reanudación del contrato falló al vencer el 30 de junio de 2012 con la terminación del convenio No. 1696 de 2010, surge la pregunta sobre si este hecho debe dar lugar a afirmar que la suspensión del contrato de obra se prolongó indefinidamente. Para la Sala, la respuesta es negativa, en la medida en que, por una parte, como ya se dijo, la suspensión del contrato estatal es por definición temporal y, por la otra, la intención de las partes al suscribir el acta No. 2 consistió en el reconocimiento de que, si no se lograban conseguir los recursos con cargo al convenio del INVIAS, iba a ser imposible continuar con la ejecución del contrato, por lo que, en ese evento, debe entenderse, el contrato se terminaba por imposibilidad de su ejecución y se debía dar paso a su liquidación.

77. En efecto, al suscribir el acta No. 2 del 18 de mayo de 2012, las partes manifestaron que *“el incumplimiento del INVIAS ha imposibilitado que la administración municipal pueda atender los compromisos económicos adquiridos con el contratista, situación que afecta notoriamente la continuidad de la ejecución del objeto contractual, ante la ausencia de flujo de caja para atender el pago de las obras ejecutadas y las restantes por realizar [...]”*¹³⁹, de lo que se sigue que aun cuando no expresaron literalmente que si el Municipio no lograba asegurar los recursos con cargo al convenio suscrito con el INVIAS el contrato de obra se terminaría debido a la imposibilidad de terminar el proyecto, esta fue su real intención.

78. Al respecto, vale destacar que, de conformidad con el artículo 1618 del Código Civil *“[c]onocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*. En este caso la real intención de las partes en ese sentido no solo se evidencia del propio texto del acta No. 2, sino que se corrobora a partir de los siguientes elementos de juicio: (i) mediante comunicación del 15 de noviembre de 2012 —documento ya citado en extenso en el acápite anterior—, el Consorcio le manifestó al Municipio que procedieran a liquidar el contrato en vista de que el objeto no se podría terminar; (ii) mediante oficio No. 4751 del 30 de abril de 2013, el Municipio citó al Consorcio para llevar a cabo la liquidación del contrato¹⁴⁰; y (iii) a través de oficio No. 7971 del 6 de febrero de 2014, el Municipio le reiteró la misma solicitud al Consorcio¹⁴¹.

¹³⁷ En el expediente solo obran dos prórrogas al convenio (las 2 y 3) pero las actas de suspensión a las que se hace referencia en las consideraciones de dichos documentos, no fueron aportadas.

¹³⁸ Folio 17, cuaderno 2.

¹³⁹ Folio 48, cuaderno 2, énfasis agregado.

¹⁴⁰ Folio 64 del documento titulado “CONTRATO OBRA P (2PARTE)20150303_0518”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

¹⁴¹ Folio 75 del documento titulado “CONTRATO OBRA P (2PARTE)20150303_0518”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

79. En verdad, de los anteriores documentos se colige que, ante la terminación del convenio No. 1696 de 2010 y dada la imposibilidad de asegurar los recursos para culminar el objeto contractual, ambas partes sabían que el contrato había terminado por carencia de los recursos necesarios para culminar su ejecución; por tanto, tan solo se limitaron a concentrarse en la liquidación del negocio jurídico. Así las cosas, la Sala estima que ante la imposibilidad de la ocurrencia de la condición fijada en el acta No. 2 y ante la verdadera extensión de la intención de las partes vertida en ese mismo acuerdo, el contrato terminó el 1º de julio de 2012, esto es, al día siguiente de la fecha en la que expiró por vencimiento del plazo el convenio suscrito entre el INVIAS y el Municipio.

80. A manera de colofón, la Sala destaca que esta interpretación no solo se aviene a la real intención de las partes sino que también se ciñe a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben guiar a las suspensiones del contrato estatal, porque una interpretación en sentido contrario, según la cual el fallo de la condición significa la prolongación indefinida de la suspensión atenta contra la finalidad de esta figura, que no es otra que la de procurar mitigar temporalmente los efectos de la imposibilidad sobrevenida de ejecutar el contrato.

Análisis de las pretensiones de condena – indemnización de perjuicios a cargo del Municipio

81. Tal y como se señaló al fijar el objeto de la apelación, el Consortio pretende que se condene al Municipio a pagarle todos los perjuicios relacionados con los incumplimientos en que incurrió, en particular: (i) los intereses moratorios causados a partir del vencimiento de los 30 días después de las respectivas presentaciones de las actas de obra parcial Nos. 2 a 5; (ii) los costos asociados a la ejecución de las obras parciales que debieron ser interrumpidas con ocasión de la suspensión del contrato; (iii) el lucro cesante consistente en la utilidad esperada por la ejecución del objeto contractual cuya obtención se frustró por la parálisis de la ejecución del proyecto; (iv) los costos asociados al mayor valor que el Consortio pagó por concepto de impuestos y pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual, y (v) la compra de materiales que no pudieron emplearse en la obra.

82. Del análisis de estos reclamos, se evidencia que algunos de estos perjuicios están asociados a incumplimientos en que incurrió el Municipio antes de la suspensión del plazo de ejecución del contrato —como los intereses de mora que pretende sobre los valores de las actas parciales de obra—, mientras que los demás están asociados a la imposibilidad sobreviniente de seguir ejecutando el contrato como consecuencia de la suspensión del contrato y la imposibilidad de su reanudación. Por ende, para mayor claridad conceptual, se analizarán en ese mismo orden.

1. Perjuicios asociados al incumplimiento en el pago de las actas parciales de obra Nos. 2 a 5 – intereses moratorios.

83. Para abordar este aspecto de la apelación, la Sala debe retomar la distinción entre exigibilidad y mora, pues son nociones diferentes. La primera se predica de las obligaciones que no se encuentran sometidas a plazo, condición o modo,

porque no se sujetaron a estas modalidades o porque ya se realizaron¹⁴². La mora, en cambio, supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación y para constituir en ella al deudor se requiere, como regla general, la reconvencción del acreedor, salvo las excepciones previstas en la ley.

84. El numeral 3º del artículo 1608 del Código Civil exige una reconvencción o requerimiento judicial del acreedor para el cumplimiento de la obligación, que es una interpelación judicial para que el deudor ejecute la prestación exigible que se comprometió a dar o hacer. Los dos primeros numerales de esa disposición establecen excepciones a la reconvencción judicial para la constitución en mora: el primero se refiere a la hipótesis de que se haya estipulado plazo para el cumplimiento de la obligación y el segundo a que la obligación no haya podido ser cumplida sino dentro de cierto tiempo que el deudor dejó pasar. El numeral segundo del artículo 1617 *ibídem*, que regula los perjuicios por la mora en el cumplimiento de obligaciones dinerarias, no contempla una regla diferente, aunque aclara que el acreedor insatisfecho “*no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo [mora]*”.

85. A partir de este horizonte conceptual, y como ya se concluyó en los párrafos 43, 52 y 53, que el Municipio incumplió con sus obligaciones dinerarias por el no pago de las actas parciales Nos. 2 a 5, corresponde determinar si respecto de ellas incurrió en mora.

86. Como se analizó en el párrafo 43 de esta providencia, el plazo de 30 días calendario previsto en la Sección III de las condiciones del contrato en concordancia con su cláusula séptima¹⁴³, es un plazo suspensivo cuyo vencimiento dio lugar a la exigibilidad de la obligación dineraria surgida en cabeza del Municipio con ocasión de la presentación de las respectivas facturas soportadas en las actas parciales de obra avaladas por la interventoría. Este plazo corrió contra la presentación de las facturas Nos. 2 a 4 soportadas en las actas parciales de obra Nos. 2 a 4, sin que el Municipio pagara ninguna de ellas, por lo cual se constituyó en mora al vencimiento de los anotados 30 días calendario respecto de cada factura.

87. Por otra parte, como se señaló en los párrafos 52 y 53 de esta providencia, en el caso de la obligación surgida con ocasión del acta parcial No. 5, los 30 días referidos no corrieron para hacer exigible la obligación dineraria a cargo del Municipio en tanto en cuanto el Consorcio no le presentó una factura como soporte de las cantidades de obra ejecutadas, como era su deber hacerlo de conformidad con el artículo 615 del Estatuto Tributario. De esta manera, la exigibilidad de la obligación coincide con la constitución en mora del Municipio, la cual se hizo efectiva a partir de la reconvencción judicial, esto es, a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda el 30 de septiembre de 2014.

88. Las respectivas fechas de constitución en mora, a partir de la cual se calcularán los intereses moratorios a favor del Consorcio se muestran en la siguiente tabla resumen:

¹⁴² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 10 de julio de 1995, Exp. 4540. M.P. Pedro Lafont Pianetta.

¹⁴³ Folio 26, cuaderno 2.

Factura (No. y fecha)	Valor de la factura ¹⁴⁴	Acta parcial de soporte	Fecha de presentación al Municipio	Fecha de aceptación Municipio ¹⁴⁵	Fecha de pago	Fecha de constitución en mora
No. 1 del 16 de septiembre de 2011 ¹⁴⁶	\$171'096.753	Acta parcial No. 1 de septiembre de 2011 ¹⁴⁷	21 de septiembre de 2011 ¹⁴⁸	27 de septiembre de 2011	27 de septiembre de 2011 ¹⁴⁹	N/A
No. 2 del 15 de noviembre de 2011 ¹⁵⁰	\$102'581.199	Acta parcial No. 2 de noviembre de 2011 ¹⁵¹	18 de noviembre de 2011 ¹⁵²	28 de noviembre de 2011	No se pagó	18 de diciembre de 2011
No. 3 del 19 de diciembre de 2011 ¹⁵³	\$98'116.505	Acta parcial No. 3 de noviembre de 2011 ¹⁵⁴	22 de diciembre de 2011 ¹⁵⁵	1º de enero de 2012	No se pagó	21 de enero de 2012
No. 4 del 18 de mayo de 2012 ¹⁵⁶	\$268'981.296	Acta parcial No. 4 de mayo de 2012 ¹⁵⁷	25 de mayo de 2012	4 de junio de 2012	No se pagó	30 de julio de 2012
No se presentó factura	N/A	Acta parcial No. 5 de abril de 2012 ¹⁵⁸	12 de julio de 2013	N/A	No se pagó	30 de septiembre de 2014

89. Vale resaltar que todas las facturas analizadas cumplen cabalmente con los requisitos establecidos los artículos 3º de la Ley 1231 de 2008¹⁵⁹ y 617 del Estatuto

¹⁴⁴ Este valor es el resultado de la sumatoria de las actividades ejecutadas menos la suma por amortización del anticipo.

¹⁴⁵ El Municipio no devolvió ninguna de las facturas por no estar de acuerdo con su contenido, por lo que se aplica el término de aceptación ficta establecido en el artículo 2º de la Ley 1231 de 2008, que establece que: “[...] La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los diez (10) días calendarios siguientes a su recepción. En el evento en que el comprador o beneficiario del servicio no manifieste expresamente la aceptación o rechazo de la factura, y el vendedor o emisor pretenda endosarla, deberá dejar constancia de ese hecho en el título, la cual se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento [...]”

¹⁴⁶ Folio 236, cuaderno 5.

¹⁴⁷ Folios 237 a 242, cuaderno 5.

¹⁴⁸ Folio 237 del documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

¹⁴⁹ Folio 280 del documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

¹⁵⁰ Folio 299 del documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

¹⁵¹ Folios 302 y 303 del documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

¹⁵² Folio 298 del documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

¹⁵³ Folio 78, cuaderno 2.

¹⁵⁴ Folios 79 y 80, cuaderno 2.

¹⁵⁵ Folio 78, cuaderno 2.

¹⁵⁶ Folio 87, cuaderno 2.

¹⁵⁷ Folios 375 y 376 del documento titulado “CONTRATO OBRA P 201120150303_0517”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

¹⁵⁸ Folios 67 a 69 del documento titulado “CONTRATO OBRA P (2PARTE)20150303_0518”, CD 3 que obra a folio 303 del cuaderno 1.

¹⁵⁹ Artículo 3º, Ley 1231 de 2008: “Requisitos de la factura. La factura deberá reunir, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código, y 617 del Estatuto Tributario Nacional o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, los siguientes:
1. La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión. 2. La fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley. 3. El emisor vendedor o prestador del servicio, deberá dejar constancia en el original de la factura, del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso. A la misma obligación están sujetos los terceros a quienes se haya transferido la factura. No tendrá el carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos legales señalados en el presente artículo. Sin embargo, la omisión de cualquiera de estos requisitos, no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura. [...]”

Tributario¹⁶⁰, porque: (i) se denominaron expresamente “*facturas de venta*”; (ii) incluyeron la identificación de quien presta el servicio —Consorcio Puentes Tolima— y de quien los adquirió —el municipio de Honda—; (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 Municipio.

90. En relación con la tasa de interés con base en la cual se calcularán los intereses moratorios, la Sección III de las condiciones del contrato estableció lo siguiente:

“Si pasados treinta (30) días calendario no se ha realizado el respectivo desembolso por parte del MUNICIPIO, este reconocerá un interés moratorio al CONTRATISTA equivalente al doble del interés legal civil por cada mes de atraso o proporcionalmente, según el caso”¹⁶¹

91. Esta estipulación, por lo que atañe a la tasa de interés moratorio, coincide con el texto de la norma consagrada en el numeral octavo del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 conforme a la cual “[s]in perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”. De conformidad con el artículo 1617 del Código Civil, el interés legal anual se fija en el 6%, por lo que la tasa de intereses moratorios pactada en el contrato —en línea con la Ley 80 de 1993— fue del 12% anual calculado sobre el valor actualizado de la obligación.

92. Con base en todo lo anterior, se concluye que el Municipio incurrió en mora en el pago de las obligaciones dinerarias contenidas en las facturas Nos. 2 y 3 que le presentó el Consorcio para su pago, a partir del vencimiento de los 30 días calendario siguientes a dicha presentación, por lo cual el demandado será condenado a pagar los intereses moratorios sobre sus respectivos valores actualizados a partir del 18 de diciembre de 2011 y 21 de enero de 2012, respectivamente, en los términos que más abajo se detallan.

93. Se reitera que algunos de los intereses moratorios se causaron durante el periodo en que permaneció suspendido el contrato por efecto del acta No. 2 del 18 de mayo de 2012 debido a que, a pesar de esta suspensión, las facturas Nos. 2 y 3 ya se encontraban vencidas por lo cual resulta inaplicable el parágrafo del artículo 829 del Código de Comercio a cuyo tenor “[l]os plazos de gracia concedidos mediante acuerdo de las partes, con anterioridad al vencimiento del término, se entenderán como prórroga del mismo”¹⁶².

¹⁶⁰ Artículo 617, Estatuto Tributario: “Para efectos tributarios, la expedición de factura a que se refiere el artículo 615 consiste en entregar el original de la misma, con el lleno de los siguientes requisitos: a. Estar denominada expresamente como factura de venta. b. Apellidos y nombre o razón y NIT del vendedor o de quien presta el servicio. c. Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado. d. Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de facturas de venta. e. Fecha de su expedición. f. Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados. g. Valor total de la operación. h. El nombre o razón social y el NIT del impresor de la factura. i. Indicar la calidad de retenedor del impuesto sobre las ventas. [...]”

¹⁶¹ Folio 45, cuaderno 5.

¹⁶² De conformidad con el primer inciso del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 “[l]os contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 20. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.” Dado que los plazos asociados al cumplimiento de las obligaciones dinerarias no están regulados en las leyes especiales, en esta materia resulta aplicable el Código de Comercio.

94. En el caso de la factura No. 4 del 18 de mayo de 2012, como se señaló en los párrafos 43.2 y 43.3, la obligación de pago a cargo del Municipio surgió con ocasión de la suscripción del acta parcial No. 4 en que se soportó dicha factura, pero tan solo se hizo exigible a partir del 30 de julio de 2012, esto es, al vencimiento de los 30 días calendario siguientes a la cesación de los efectos de la suspensión del contrato acordada a través del acta No. 2. Por ende, a partir de esta fecha se liquidarán y calcularán los intereses moratorios que deberá pagarle el Municipio al Consorcio.

95. Por último, en el caso del acta parcial No. 5, ya se señaló que los intereses moratorios serán calculados a partir del 30 de septiembre de 2014, esto es, a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda. Para liquidar el valor sobre el cual se calculará la actualización monetaria y luego los intereses moratorios, vale señalar que el valor del acta parcial de obra No. 5 fue de \$106'946.431,86, por lo cual, tras la amortización del anticipo —50% sobre su valor total—, la obligación de pago a cargo del Municipio era del \$53'473.215¹⁶³.

96. Ahora bien, para liquidar los intereses moratorios, el demandante se valió del dictamen pericial rendido el 7 de abril de 2015 por el perito contador Freddy Mauricio, en el cual se calcularon los intereses moratorios causados con corte a esa fecha. Según el perito, el valor de dichos intereses era \$155'249.592,60¹⁶⁴, suma que fue calculada solamente sobre el valor de las actas parciales de obra Nos. 2 a 4. Para llegar a esta conclusión, el perito actualizó el valor histórico del capital consignado en cada acta y sobre este valor aplicó la tasa pactada equivalente al doble del interés legal civil anual —12%—, o proporcional según el tiempo transcurrido¹⁶⁵. Sin embargo, el perito calculó el momento de la causación de los intereses moratorios a partir de la presentación de la respectiva acta, lo cual, como ya se anotó, no tiene asidero jurídico en la medida en que el contrato estableció un plazo de 30 días para pagar las facturas soportadas en las respectivas actas parciales de obra. Por ende, sus conclusiones no serán tenidas en cuenta a efectos de establecer el valor de la condena.

97. En este caso, la condena por concepto de intereses moratorios, se calculará de la siguiente manera: (i) el valor histórico de la respectiva obligación dineraria será actualizada conforme la fórmula *Valor actualizado = [Valor histórico * (IPC final [diciembre 2011 a 2021 según el año a que corresponda el periodo para calcular intereses] o [IPC final febrero 2022 que es el que corresponde al último dato de inflación antes 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 la Sección III de las condiciones del contrato, esto es, el doble de la tasa de interés legal civil anual —o proporcional si es por un periodo menor a un año—.

¹⁶³ Ver también dictamen pericial rendido el 7 de abril de 2015 por el perito contador Freddy Mauricio Bastidas Ortiz, folio 171, cuaderno 4.

¹⁶⁴ Folio 170, cuaderno 4.

¹⁶⁵ Ver ejercicio a folio 144, cuaderno 4.

97.1. Respecto de la factura de venta No. 2 del 15 de noviembre de 2011 por \$102’581.199, los intereses moratorios ascienden a \$155’166.620,39, como se evidencia 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 (diciembre de 2011)	Valor actualizado
\$ 102.581.199	dic-11	76,19	76,19	\$ 102.581.199
\$ 102.581.199	dic-12	78,05	76,19	\$ 105.085.478
\$ 102.581.199	dic-13	79,56	76,19	\$ 107.118.522
\$ 102.581.199	dic-14	82,47	76,19	\$ 111.036.507
\$ 102.581.199	dic-15	88,05	76,19	\$ 118.549.345
\$ 102.581.199	dic-16	93,12	76,19	\$ 125.375.525
\$ 102.581.199	dic-17	96,92	76,19	\$ 130.491.794
\$ 102.581.199	dic-18	100,00	76,19	\$ 134.638.665
\$ 102.581.199	dic-19	103,80	76,19	\$ 139.754.934
\$ 102.581.199	dic-20	105,48	76,19	\$ 142.016.864
\$ 102.581.199	dic-21	111,41	76,19	\$ 150.000.937
\$ 102.581.199	feb-22	115,11	76,19	\$ 154.982.567

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
18/12/11	31/12/11	14	12,00%	0,4603%	\$ 102.581.199,00	472.154,56	472.154,56
1/01/12	31/12/12	366	12,00%	12,00%	\$ 105.085.478,17	12.610.257,38	13.082.411,94
1/01/13	31/12/13	365	12,00%	12,00%	\$ 107.118.522,02	12.854.222,64	25.936.634,58
1/01/14	31/12/14	365	12,00%	12,00%	\$ 111.036.507,17	13.324.380,86	39.261.015,44
1/01/15	31/12/15	365	12,00%	12,00%	\$ 118.549.344,69	14.225.921,36	53.486.936,81
1/01/16	31/12/16	366	12,00%	12,00%	\$ 125.375.525,01	15.045.063,00	68.531.999,81
1/01/17	31/12/17	365	12,00%	12,00%	\$ 130.491.794,29	15.659.015,31	84.191.015,12
1/01/18	31/12/18	365	12,00%	12,00%	\$ 134.638.665,18	16.156.639,82	100.347.654,94
1/01/19	31/12/19	365	12,00%	12,00%	\$ 139.754.934,46	16.770.592,13	117.118.247,08
1/01/20	31/12/20	366	12,00%	12,00%	\$ 142.016.864,03	17.042.023,68	134.160.270,76
1/01/21	31/12/21	365	12,00%	12,00%	\$ 150.000.936,88	18.000.112,43	152.160.383,19
1/01/22	28/02/22	59	12,00%	1,9397%	\$ 154.982.567,49	3.006.237,20	155.166.620,39

97.2. Respecto de la factura de venta No. 3 del 19 de diciembre de 2011 por \$98’116.505, los intereses moratorios ascienden a \$146’227.745,11, en función 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 (enero de 2012)	Valor actualizado
\$ 98.116.505	dic-12	78,05	76,75	\$ 99.778.413
\$ 98.116.505	dic-13	79,56	76,75	\$ 101.708.784
\$ 98.116.505	dic-14	82,47	76,75	\$ 105.428.901
\$ 98.116.505	dic-15	88,05	76,75	\$ 112.562.323
\$ 98.116.505	dic-16	93,12	76,75	\$ 119.043.765
\$ 98.116.505	dic-17	96,92	76,75	\$ 123.901.650
\$ 98.116.505	dic-18	100,00	76,75	\$ 127.839.094
\$ 98.116.505	dic-19	103,80	76,75	\$ 132.696.980
\$ 98.116.505	dic-20	105,48	76,75	\$ 134.844.677
\$ 98.116.505	dic-21	111,41	76,75	\$ 142.425.535
\$ 98.116.505	feb-22	115,11	76,75	\$ 147.155.582

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

Expediente: 730012333000201400506 01 (55.864)
Demandante: Consorcio Puentes Tolima
Demandada: Municipio de Honda
Acción: Controversias contractuales

Inicio	Final	Días	Interés moratorio anual pactado	Interés proporcional	Capital (actualizado)	Intereses moratorios periodo	Intereses acumulados
21/01/12	31/12/12	346	12,00%	11,34%	\$ 99.778.413,23	11.319.124,91	11.319.124,91
1/01/13	31/12/13	365	12,00%	12,00%	\$ 101.708.783,55	12.205.054,03	23.524.178,94
1/01/14	31/12/14	365	12,00%	12,00%	\$ 105.428.901,20	12.651.468,14	36.175.647,08
1/01/15	31/12/15	365	12,00%	12,00%	\$ 112.562.322,67	13.507.478,72	49.683.125,80
1/01/16	31/12/16	366	12,00%	12,00%	\$ 119.043.764,76	14.285.251,77	63.968.377,57
1/01/17	31/12/17	365	12,00%	12,00%	\$ 123.901.650,35	14.868.198,04	78.836.575,62
1/01/18	31/12/18	365	12,00%	12,00%	\$ 127.839.094,46	15.340.691,34	94.177.266,95
1/01/19	31/12/19	365	12,00%	12,00%	\$ 132.696.980,05	15.923.637,61	110.100.904,56
1/01/20	31/12/20	366	12,00%	12,00%	\$ 134.844.676,84	16.181.361,22	126.282.265,78
1/01/21	31/12/21	365	12,00%	12,00%	\$ 142.425.535,14	17.091.064,22	143.373.330,00
1/01/22	28/02/22	59	12,00%	1,9397%	\$ 147.155.581,64	2.854.415,12	146.227.745,11

97.3. Respecto de la factura de venta No. 4 del 18 de mayo de 2012 por \$268'981.296, los intereses moratorios ascienden a \$379'054.168,27, como se evidencia 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 (julio de 2012)	Valor actualizado
\$ 268.981.296	dic-12	78,05	77,70	\$ 270.192.923
\$ 268.981.296	dic-13	79,56	77,70	\$ 275.420.230
\$ 268.981.296	dic-14	82,47	77,70	\$ 285.494.047
\$ 268.981.296	dic-15	88,05	77,70	\$ 304.810.851
\$ 268.981.296	dic-16	93,12	77,70	\$ 322.362.140
\$ 268.981.296	dic-17	96,92	77,70	\$ 335.516.952
\$ 268.981.296	dic-18	100,00	77,70	\$ 346.179.274
\$ 268.981.296	dic-19	103,80	77,70	\$ 359.334.087
\$ 268.981.296	dic-20	105,48	77,70	\$ 365.149.898
\$ 268.981.296	dic-21	111,41	77,70	\$ 385.678.329
\$ 268.981.296	feb-22	115,11	77,70	\$ 398.486.962

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
30/07/12	31/12/12	155	12,00%	5,08%	\$ 270.192.923,46	13.731.115,78	13.731.115,78
1/01/13	31/12/13	365	12,00%	12,00%	\$ 275.420.230,50	33.050.427,66	46.781.543,44
1/01/14	31/12/14	365	12,00%	12,00%	\$ 285.494.047,38	34.259.285,69	81.040.829,13
1/01/15	31/12/15	365	12,00%	12,00%	\$ 304.810.850,87	36.577.302,10	117.618.131,23
1/01/16	31/12/16	366	12,00%	12,00%	\$ 322.362.140,07	38.683.456,81	156.301.588,04
1/01/17	31/12/17	365	12,00%	12,00%	\$ 335.516.952,49	40.262.034,30	196.563.622,34
1/01/18	31/12/18	365	12,00%	12,00%	\$ 346.179.274,13	41.541.512,90	238.105.135,23
1/01/19	31/12/19	365	12,00%	12,00%	\$ 359.334.086,55	43.120.090,39	281.225.225,62
1/01/20	31/12/20	366	12,00%	12,00%	\$ 365.149.898,35	43.817.987,80	325.043.213,42
1/01/21	31/12/21	365	12,00%	12,00%	\$ 385.678.329,31	46.281.399,52	371.324.612,94
1/01/22	28/02/22	59	12,00%	1,9397%	\$ 398.486.962,45	7.729.555,33	379.054.168,27

97.4. Por último, respecto del valor del acta parcial No. 5 de abril de 2012 por \$53'473.215, los intereses moratorios ascienden a \$59'599.407,25, como se deriva de la siguiente operación:

i. El valor actualizado del acta conforme la fórmula señalada, arroja el siguiente resultado:

Expediente: 730012333000201400506 01 (55.864)
Demandante: Consorcio Puentes Tolima
Demandada: Municipio de Honda
Acción: Controversias contractuales

Inicio	Final	Dias	Interés moratorio anual pactado	Interés proporcional	Capital (actualizado)	Intereses moratorios periodo	Intereses acumulados
21/01/12	31/12/12	346	12,00%	11,34%	\$ 99.778.413,23	11.319.124,91	11.319.124,91
1/01/13	31/12/13	365	12,00%	12,00%	\$ 101.708.783,55	12.205.054,03	23.524.178,94
1/01/14	31/12/14	365	12,00%	12,00%	\$ 105.428.901,20	12.651.468,14	36.175.647,08
1/01/15	31/12/15	365	12,00%	12,00%	\$ 112.562.322,67	13.507.478,72	49.683.125,80
1/01/16	31/12/16	366	12,00%	12,00%	\$ 119.043.764,76	14.285.251,77	63.968.377,57
1/01/17	31/12/17	365	12,00%	12,00%	\$ 123.901.650,35	14.868.198,04	78.836.575,62
1/01/18	31/12/18	365	12,00%	12,00%	\$ 127.839.094,46	15.340.691,34	94.177.266,95
1/01/19	31/12/19	365	12,00%	12,00%	\$ 132.696.980,05	15.923.637,61	110.100.904,56
1/01/20	31/12/20	366	12,00%	12,00%	\$ 134.844.676,84	16.181.361,22	126.282.265,78
1/01/21	31/12/21	365	12,00%	12,00%	\$ 142.425.535,14	17.091.064,22	143.373.330,00
1/01/22	28/02/22	59	12,00%	1,9397%	\$ 147.155.581,64	2.854.415,12	146.227.745,11

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

Inicio	Final	Dias	Interés moratorio anual pactado	Interés proporcional	Capital (actualizado)	Intereses moratorios periodo	Intereses acumulados
30/09/14	31/12/14	93	12,00%	3,06%	\$ 55.470.893,60	1.696.041,57	1.696.041,57
1/01/15	31/12/15	365	12,00%	12,00%	\$ 59.224.107,93	7.106.892,95	8.802.934,52
1/01/16	31/12/16	366	12,00%	12,00%	\$ 62.634.286,55	7.516.114,39	16.319.048,91
1/01/17	31/12/17	365	12,00%	12,00%	\$ 65.190.238,97	7.822.828,68	24.141.877,58
1/01/18	31/12/18	365	12,00%	12,00%	\$ 67.261.905,66	8.071.428,68	32.213.306,26
1/01/19	31/12/19	365	12,00%	12,00%	\$ 69.817.858,08	8.378.142,97	40.591.449,23
1/01/20	31/12/20	366	12,00%	12,00%	\$ 70.947.858,09	8.513.742,97	49.105.192,20
1/01/21	31/12/21	365	12,00%	12,00%	\$ 74.936.489,10	8.992.378,69	58.097.570,89
1/01/22	28/02/22	59	12,00%	1,9397%	\$ 77.425.179,61	1.501.836,36	59.599.407,25

98. De conformidad con lo anterior, en la parte resolutive, la Sala condenará al Municipio a pagarle al Consorcio la suma de \$740'047.941,02 a título de intereses moratorios por el no pago de las actividades instrumentadas en las facturas de venta Nos. 2 a 4 y en el acta parcial de obra No. 5, conforme el siguiente cuadro:

Intereses Factura No. 2	\$	155.166.620,39
Intereses factura No. 3	\$	146.227.745,11
Intereses Factura No. 4	\$	379.054.168,27
Intereses acta parcial 5	\$	59.599.407,25
Total	\$	740.047.941,02

2. Perjuicios asociados a la imposibilidad de ejecutar el contrato producto de la suspensión – lucro cesante

99. El Consorcio pretende que el Municipio le reconozca la utilidad proyectada en la propuesta económica que no pudo obtenerse como consecuencia de la imposibilidad de seguir ejecutando el contrato debido a la suspensión, en razón de \$61'466.886¹⁶⁶. La Sala estima que este daño en la modalidad de lucro cesante es cierto y personal y fue causado directamente como consecuencia de la frustración de la posibilidad de continuar ejecutando el contrato atribuible al Municipio, por lo que debe ser resarcido, por las razones que se pasan a desarrollar.

100. Como se anotó en el acápite anterior, las causas que condujeron a la suscripción del acta No. 2 del 18 de mayo de 2012 son atribuibles a la conducta del Municipio, el cual no se avino al cumplimiento de sus obligaciones, especialmente, la de pagar las actividades ejecutadas por el Consorcio según las actas parciales Nos. 2 a 5. Esta falta de recursos llegó al insostenible punto en el que el Consorcio,

¹⁶⁶ Folio 34, cuaderno 1.

de manera concertada con el Municipio, tuvo que suspender la ejecución de las actividades a la espera de que la entidad territorial gestionara el giro de los recursos comprometidos por el INVIAS con cargo al convenio No. 1696 de 2010. Sin embargo, la imposibilidad de obtener tales recursos terminó significando la frustración absoluta y definitiva de la posibilidad de culminar el objeto contractual dado que el convenio No. 1696 de 2010 terminó por expiración de su plazo sin que el Municipio asegurara los recursos necesarios para terminar el proyecto.

101. Así las cosas, la Sala estima que se le debe reconocer al Consorcio las utilidades dejadas de percibir por la ejecución del contrato, pues la imposibilidad de continuar con su ejecución por el periodo que restaba para su terminación estuvo determinada por la suspensión del contrato y, luego, porque con la terminación del convenio No. 1696 de 2010 el 30 de junio de 2012 se frustró completamente la posibilidad de terminar las obras contratadas.

102. Sin perjuicio del anterior aserto, el demandante no acreditó la cuantía de las utilidades dejadas de percibir pues los elementos probatorios aportados para ese efecto no brindan suficiente certeza. Se observa que el porcentaje de utilidad pactado por las partes por la ejecución del contrato no está acreditado en el expediente, esencialmente porque no se allegó la propuesta económica del Consorcio. En efecto, como ya se señaló, el Municipio le remitió a HM Ingeniería S.A.S, sociedad integrante del Consorcio, una invitación a presentar propuesta técnica y económica el 4 de febrero de 2011, cuya respuesta no obra en el expediente.

102.1. Además, ni en las condiciones del contrato que se anexaron a la invitación del Municipio al Consorcio, ni en el propio contrato se hace alusión al porcentaje que el Consorcio recibiría a título de utilidad por la ejecución del objeto contractual. En la cláusula quinta del contrato de obra, tan solo se acordó el valor inicial del contrato en \$2.563'677.133¹⁶⁷ pero no se señaló qué porcentaje de este valor era atribuible al costo directo de la obra y cuál otro correspondía a AIU ni se señaló qué porcentaje del costo directo de la obra estaba incluido como AIU.

102.2. A lo anterior se agrega que en ninguna de las actas parciales de obra —Nos. 1 a 5— se discrimina el porcentaje de AIU que le corresponde al valor consignado en la respectiva acta, por lo cual, de los elementos que obran en el expediente no es posible inferir cuál fue el porcentaje pactado a título de utilidad.

102.3. En el dictamen contable que rindió el perito contador Freddy Mauricio Bastidas Ortiz el 7 de abril de 2015, se calculó la utilidad que el Consorcio dejó de percibir por la suspensión indefinida del contrato en \$105'978.371,11¹⁶⁸. Sin embargo, esta conclusión no será adoptada por la Sala por las siguientes razones:

i. El perito calculó la utilidad proyectada del Consorcio aplicando el 5% al valor total del costo directo para la ejecución, según los costos asociados a las actividades para cada uno de los puentes —Negro, Agudelo y López—. Luego, con

¹⁶⁷ Folio 25, cuaderno 2.

¹⁶⁸ Folio 169, cuaderno 4.

base en la operación aritmética descrita, se sumó el resultado de utilidad de las obras sobre cada puente, que arrojó el resultado de \$105'978.371,11¹⁶⁹.

ii. El perito extrajo el porcentaje de 5% de utilidad de un documento titulado “*presupuesto oficial*” que supuestamente elaboró la Oficina de Prevención y Atención de Emergencias del INVIAS en noviembre de 2010¹⁷⁰. En efecto, en dicho documento se evidencia que para cada puente —Negro, Agudelo y López— se calcularon unos presupuestos que incluyeron ítems de obra —excavaciones, acero de refuerzo, demoliciones, etc.—, con sus cantidades proyectadas y sus respectivos precios unitarios y agregados. Al final del presupuesto para cada puente, se señaló que sobre el costo directo se agregaba un 20% por el rubro de administración, 5% de imprevistos y 5% de utilidad.

iii. Este documento, empero, no puede tenerse como fundamento del cálculo de la utilidad porque: (a) no está suscrito, motivo por el cual no existe certeza sobre su autenticidad —máxime cuando el INVIAS no hace parte de este proceso y no puede dar fe de este aspecto—; (b) el presupuesto preparado por el INVIAS, si bien pudo servir como presupuesto para determinar los aportes que este Instituto debía comprometer con cargo al convenio No. 1696 de 2010, no fue el presupuesto en que se basó el acuerdo económico entre las partes del contrato de obra. En este punto vale recordar que el convenio No. 1696 de 2010 es autónomo y diferente del contrato de obra pública, motivo por el cual la Sala no puede presumir que el presupuesto del convenio es el mismo que el del contrato, cuando no existe expresa disposición en el contrato que remita a este presupuesto; y (c) aun si se le quisieran dar efectos al presupuesto del INVIAS, lo cierto es que el valor unitario de los ítems de obra allí consignados distan de los valores unitarios por los mismos ítems que quedaron recogidos en las actas parciales de obra¹⁷¹, por lo que ante la inconsistencia de cifras, o aún, ante la falta de una explicación que sustente tal diferencia, no existe certeza de que el presupuesto del INVIAS se haya correspondido con lo pactado en el contrato de obra, y que pueda servir como base del cálculo de la utilidad derivada de la ejecución del contrato de obra.

iv. Además, aparte de que el fundamento porcentual a partir del cual el perito hizo los cálculos de utilidad no resulta válido, el perito también incurrió en errores conceptuales que minan la confianza sobre las conclusiones, principalmente porque el perito calculó el 5% de utilidad sobre el total del costo directo que representaba ejecutar las obras sobre cada puente, sin restar de dichos valores totales, los valores que el Consorcio ya había recibido a título de utilidad producto del pago del acta parcial No. 1. Debe recordarse que la indemnización de perjuicios tiene la finalidad de dejar a la parte afectada por un incumplimiento en la situación en que estaría si no se hubiera cometido dicho acto, pero no puede ser una fuente de enriquecimiento del contratante. Por lo anterior, la conclusión a la que llegó el perito no puede servir como base para la condena a título de lucro cesante.

¹⁶⁹ La metodología de cálculo está desarrollada en el folio 155 del cuaderno 4.

¹⁷⁰ Documento que obra a folios 156 a 158 del cuaderno 4. Este documento también obra en el expediente administrativo del contrato de obra que lleva el Municipio, que obra a folios 28 a 31 del cuaderno 5.

¹⁷¹ Por ejemplo, en el caso del puente Negro, mientras que el valor unitario del “*samblasting limpieza y pintura*” en el presupuesto oficial del INVIAS es de \$52.000, en el acta parcial No. 1 ese ítem se cobra a \$120.500; en ese puente, mientras que el valor unitario del “*obras de protección enrocado*” en el presupuesto oficial del INVIAS es de \$360.000, en el acta parcial No. 1 ese ítem se cobra a \$78.004. Así se pueden seguir haciendo comparaciones en las que, en la mayoría, no hay coincidencia entre ambos valores unitarios.

103. Con fundamento en lo anterior, la Sala estima que el Consorcio no acreditó la cuantía del lucro cesante que reclama porque no allegó los medios de prueba que dieran fe de cuál era la utilidad esperada que se dejó de percibir como consecuencia de la suspensión del contrato que se acordó por causas imputables al Municipio. Sin embargo, dado que existe un perjuicio cierto que debe resarcirse, la Sala adoptará y aplicará los lineamientos trazados por la jurisprudencia de esta Corporación a efectos de calcular el valor de la utilidad en que consistirá la condena del Municipio, en los siguientes términos:

103.1. Lo primero que se debe anotar es que, con fundamento en las reglas de la sana crítica y de la experiencia, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha llegado a la conclusión de que un parámetro razonable de utilidad en los contratos de obra celebrados por contratistas con entidades estatales sometidas a la Ley 80 de 1993, es el 5% del valor del costo directo, mientras que es también usual que se pacte el 10% por gastos de administración y 5% por imprevistos. En efecto, esta Subsección dijo en un caso en el que no se aportaron elementos de juicio que sirvieran de base para el cálculo de la utilidad reclamada que:

“Los demandantes alegan que la utilidad estaba proyectada en un veinte (20%) sobre el valor total de la propuesta económica; sin embargo, dentro del proceso no existe elemento de juicio que sustente esta afirmación y, además, por otra parte, la Sala considera que el porcentaje de utilidad señalado por los actores es desbordado, si se tiene en cuenta que, para estructurar la propuesta desde el punto de vista económico, a éste se tendría que sumar el porcentaje de los costos indirectos (administración y supervisión) y el de los imprevistos, lo cual implica que, fuera de los costos directos había que sumar un 30 o 40% más.

Las reglas de la experiencia indican que quienes pretenden celebrar contratos con el Estado calculan un 10% por concepto de gastos de administración¹⁷², un 5% por imprevistos y un 5% por utilidad.

Por lo anterior, la Sala considera que debe acudir al principio consagrado en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887¹⁷³ (plenitud hermética del orden jurídico) y a los criterios de equidad y de justicia que prevé el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, para calcular el monto de la condena y, por consiguiente, reconocerá el cinco por ciento (5%) del valor total de la propuesta a título de indemnización, pues, como se dijo, es el porcentaje que, generalmente, se proyecta recibir como utilidad en los contratos estatales.”¹⁷⁴ (énfasis agregado).

103.2. Además, en un reciente caso en el que el oferente perjudicado por la no adjudicación de un contrato reclamó la utilidad proyectada, esta Subsección adoptó el parámetro del 5% del costo directo a título de utilidad, señalando que “la jurisprudencia¹⁷⁵ ha estimado el cinco por ciento (5%), por concepto de la utilidad

¹⁷² Nota original: “El Decreto 73 del 18 de enero de 2002 contempla el 10% sobre los costos directos, por concepto de gastos de administración y de supervisión en los servicios de vigilancia y seguridad privada”.

¹⁷³ Nota original: “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó (sic) materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

¹⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de noviembre de 2014, Exp. 29855, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁷⁵ Nota original: Mediante sentencia del 12 de mayo de 2016, radicación 25000-23-26-000-2010-00692-02(49025), Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, esta Subsección reiteró el criterio planteado en el sentencia del 12 de noviembre de 2014, radicación 25000232600020020160601 (29855), ya referenciada, al reconocer un 5% como cifra de utilidad esperada. Vale aclarar que ambas sentencias tuvieron origen en objetos contractuales disímiles, puesto que (i) el Exp. 29855 se fundamentó en una licitación pública, cuyo objeto era

esperada, valor que se asume concordante con el presupuesto de la contratación, por ser el porcentaje que normalmente se espera obtener por la ejecución de los negocios jurídicos celebrados con el Estado”¹⁷⁶.

103.3. Con base en los anteriores parámetros, la Sala estima que concederle al Consorcio el 5% del costo directo del contrato a título de utilidad resulta un porcentaje razonable y que corresponde a lo que usualmente se puede esperar obtener de la ejecución en este tipo de contratos. El 5% deberá aplicarse al 54,65% del valor total del contrato —incluyendo su adición—, en tanto ese era el porcentaje que faltaba ejecutar del contrato de obra. A los costos directos deberán restarse el 15% relacionado con los también usuales porcentajes del 10% de administración y del 5% de imprevistos, que no pueden incluirse como parte de la base para el cálculo de la utilidad.

103.4. En efecto, en este caso se evidencia que, al momento de suscribirse el acta de suspensión No. 2 del 18 de mayo de 2012, el Consorcio había ejecutado el 46,35% de las actividades contratadas, sin precisarse si este porcentaje se refería al cronograma de obras o al aspecto financiero del contrato —ambos referentes los cuales no fueron aportados al expediente—, por lo que el porcentaje deberá entenderse referido al porcentaje de ejecución respecto del valor del contrato, en tanto coincide de manera general con el valor total de las actas parciales de obra.

103.5. Si bien parecería curioso que faltando 29 días para que terminara el plazo de ejecución del contrato al momento de la suscripción del acta No. 2, el contrato llevaba un porcentaje de ejecución del 46,35%, esto no quiere significar que el Consorcio hubiera incumplido el cronograma de obras porque, tal y como se señaló en la certificación expedida el 22 de mayo de 2012 —cuatro días después de la suspensión— por el Secretario de Planeación y Desarrollo Físico del Municipio, señor Juan Carlos Molano, *“en calidad de supervisor del contrato de obra [...] se ha desarrollado satisfactoriamente hasta la fecha, se encuentra vigente y no ha incurrido [el Consorcio] en sanciones o multas”¹⁷⁷*. Así las cosas, esta certificación da cuenta de que el Consorcio no había incumplido el contrato a la fecha en que se suscribió el acta No. 2.

103.6. Tampoco puede inferirse que por el hecho de faltar 29 días para que feneciera el contrato el contratista no habría podido culminar el 54,65% restante del contrato porque no existen elementos que permitan llegar a esa conclusión. No es inusual que, en este tipo de contratos, algunas actividades puedan tardar más tiempo y tengan un efecto ponderado muy bajo en el avance de la ejecución y que, en poco tiempo, un porcentaje mayor y significativo de avance se logre. Así las cosas, la Sala no tiene fundamento alguno para desestimar que el Consorcio tiene derecho a un porcentaje menor al 54,65% calculado en proporción de lo que faltaba para que terminara el plazo.

seleccionar al contratista que prestaría los servicios de vigilancia y seguridad, (ii) mientras que el Exp. 49025 tuvo origen en un proceso de selección abreviada, adelantado con el propósito de contratar la adquisición de caucho para vulcanizar cuero de corte antanino, gancho rápido, remache de amarre y vaqueta negra.

¹⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de noviembre de 2010, Exp. 51.412, C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

¹⁷⁷ Folio 50, cuaderno 2.

104. Por lo anterior, la utilidad que deberá pagarle el Municipio al Consortio será calculada teniendo como base el 54,65% del valor total del costo directo del contrato, este es, el valor total menos el 15% a título de costo indirecto, y a este resultado se le aplicará el 5% a título de utilidad. El resultado de esta operación arroja una utilidad de \$64'463.008,67, como se evidencia del siguiente ejercicio:

Valor adicionado del contrato	Costo indirecto a restar (15% por concepto de administración e imprevistos)	Valor costo directo	Porcentaje faltante de ejecución	Valor del contrato faltante de ejecución	Utilidad (5%)
\$ 2.775.437.648	\$ 416.315.647	\$ 2.359.122.001	54,65%	\$ 1.289.260.173,44	\$ 64.463.008,67

105. La anterior suma debe ser actualizada a partir del momento en el que el Consortio habría recibido la utilidad, esto es, al vencimiento del plazo del contrato de obra, o sea el 1º de julio de 2012, de conformidad con la fórmula “*Valor actualizado = [Valor histórico * (IPC final febrero 2022) / IPC inicial (junio de 2012)]*”. Luego de actualizarse, la utilidad actualizada dejada de percibir es \$95'462.973 = [64'463.008,67 * (115,11 / 77,70)].

106. Por todo lo anterior, en la parte resolutive de la sentencia se concederá la pretensión sexta de la demanda y se condenará al Municipio a pagarle al Consortio la suma de \$95'462.973 a título de lucro cesante por las utilidades dejadas de percibir.

3. Perjuicios asociados a la imposibilidad de ejecutar el contrato producto de la suspensión – compra de materiales

107. El Consortio sostiene que, debido a que para ejecutar las obras era necesario adquirir anticipadamente materiales, la suspensión del contrato por causas imputables al Municipio implicó la imposibilidad de disponer de ellos para ejecutar las obras, lo que, a su juicio, debe dar lugar a que el demandado le reconozca su valor, que en ese momento ascendía a \$125'436.886. La Sala estima que el valor de los materiales no es un sobrecosto que pueda serle trasladado al Municipio por las siguientes razones:

107.1. En primer lugar, en el dictamen pericial rendido el 5 de abril de 2015 por el ingeniero Maximiliano Mesa Rubio, el perito manifestó que luego de la visita al sitio donde funcionaba el almacén “*se examino [sic] el local donde funcionaban el almacén de las mismas, el cual se encontraba completamente desocupado sin encontrar material alguno en su interior. De la misma forma no se apreció en su exterior depósitos de materiales áridas (arenas, gravillas, piedras, etc.)*”¹⁷⁸.

107.2. Sin perjuicio de lo anterior, en el dictamen pericial contable rendido por el perito Freddy Mauricio Bastidas Ortiz el 7 de abril de 2015, dicho perito calculó que los materiales adquiridos y dejados de emplear por el Consortio para la confección

¹⁷⁸ Folio 3, cuaderno 3.

de las obras estaban avaluados en \$128'536.199,10¹⁷⁹. Como soporte de este cálculo aportó una certificación emitida por el Jefe de Almacén de la sociedad H.M. Ingeniería S.A.S —integrante del Consorcio— el 25 de marzo de 2015 en la que se dio fe de que *“se encuentran en las bodegas ubicadas en la vía Galapa Km 4 Centro Industrial los Volcanes del municipio de Galapa, Departamento del Atlántico, los siguientes materiales e insumos adquiridos para la ejecución del contrato de obra pública”*¹⁸⁰. Entre los materiales que se relacionaron estaban: geoestructura Pavco, Flexocreto 10000, mantos antisocavación, Sikatop 122 e inhibidor de corrosión, los cuales, según la certificación, estaban avaluados en la suma que el perito consignó en su experticia. A dicha certificación se adjuntaron fotografías de los materiales en la referida bodega¹⁸¹.

107.3. La Sala estima que la certificación expedida por el Jefe de Almacén de la sociedad integrante del Consorcio no es suficiente para acreditar la cuantía de los perjuicios que se reclaman ni es suficiente para concluir que los materiales adquiridos por el Consorcio iban a destinarse exclusivamente a cumplir con el objeto contractual, principalmente en aplicación del principio de que nadie puede pre-constituir las pruebas para soportar su propio dicho. En efecto, dado que la certificación en que se basaron los cálculos del dictamen contable fue expedida por un funcionario de la sociedad integrante del Consorcio y que no existen otros medios de prueba que corroboren su dicho, la Sala no le concederá valor probatorio respecto de los hechos a los que se refiere.

107.4. Se agrega a lo anterior que la sociedad H.M. Ingeniería S.A.S —antes Ltda.— tiene dentro de su objeto social las actividades de *“efectuar trabajos relacionados con los estudios de diseño, consultoría, dirección, interventoría, asesoría y construcciones de toda clase de obras civiles y metalmecánicas”*¹⁸², de lo que se infiere que si los materiales —que son típicos elementos para construcciones— estaban ubicados en una bodega de su propiedad, ellos podían estar siendo empleados en otra construcción y no en la confección de las obras objeto del contrato.

108. Por todo lo anterior, la Sala no concederá la pretensión octava de condena de la demanda relacionada con la indemnización del valor de los materiales no empleados en las obras producto de la suspensión.

4. Perjuicios asociados a la imposibilidad de ejecutar el contrato producto de la suspensión – obras parcialmente ejecutadas y no recibidas

109. El Consorcio afirma que realizó *“actividades de obras parcialmente ejecutadas, es decir, ítems de obra cuya ejecución inició pero que no pudieron ser terminadas en su totalidad a causa de la suspensión”*¹⁸³, las cuales valoró en \$32'167.095. La Sala no encuentra probado la causación de este perjuicio porque

¹⁷⁹ Folio 172, cuaderno 4.

¹⁸⁰ Folios 88 y 89, cuaderno 4.

¹⁸¹ Folios 90 y 91, cuaderno 4.

¹⁸² Folio 3, cuaderno 2.

¹⁸³ Folio 34, cuaderno 1.

no hay ningún elemento de prueba en el expediente que corrobore que el Consorcio ejecutó cantidades de obra equivalentes a \$32'167.095. En efecto, en el dictamen pericial rendido por el ingeniero Maximiliano Mesa Rubio que tuvo por objeto, entre otros aspectos, realizar una *“inspección o visita especial al sitio de la obra y se establezca su estado, procediendo a establecer las actividades y cantidades ejecutadas parcialmente y el valor de las mismas”*, el perito concluyó que, tras realizar la visita al frente de obra, *“no es posible adelantar una cuantificación creíble”*¹⁸⁴ sobre los trabajos ejecutados debido a que por el paso del tiempo, la creciente del río ha modificado los materiales instalados, sembrando dudas sobre la posibilidad de calcular las cantidades de obra ejecutadas por el Consorcio¹⁸⁵.

110. Por su parte, en el dictamen pericial contable rendido por el perito Freddy Mauricio Bastidas Ortiz, el experto no respondió a la pregunta sobre el valor de las obras parcialmente ejecutadas, pues se limitó a sumar el valor de todas las actas parciales de obra suscritas por el Consorcio y la interventoría¹⁸⁶. No hay en el expediente evidencia que soporte la ejecución de tales obras parciales, por lo cual el reclamo está basado en el solo dicho de la parte demandante.

111. Por ende, dado que el Consorcio no acreditó que hubiera ejecutado obras parciales y no acreditó su cuantía, lo que era de su cargo, la Sala desestimaré esta pretensión.

5. Perjuicios asociados a la imposibilidad de ejecutar el contrato producto de la suspensión – mayor valor pagado por pólizas e impuestos

112. El Consorcio pretende que se le reconozcan los mayores valores pagados por concepto de pólizas e impuestos en la medida en que estos gastos fueron erogados *“para la legalización de un contrato que posteriormente no se puede ejecutar, bien sea de manera total o parcial”*¹⁸⁷. Para acreditar estos costos, el perito contador estableció los mayores valores pagados por impuestos y pólizas teniendo como base lo realmente pagado por el Municipio al Consorcio en comparación con lo que originalmente se convino. De conformidad con sus cálculos, el Consorcio pagó por mayor valor de impuestos la suma de \$210'717.725 mientras que, por mayor valor de pólizas, se pagó \$34'337.098¹⁸⁸.

113. Al respecto anota la Sala que aun si admitiera que el Consorcio incurrió en mayores gastos por concepto de pago de pólizas e impuestos porque el 54,65% del valor del contrato no fue cancelado, lo cierto es que estos son erogaciones en las que, en principio, aunque no se esperara un retorno o rendimiento específico, debía incurrir el contratista para la ejecución del contrato y, por tanto, para obtener la utilidad que esperaba percibir por su ejecución total, utilidad que reclama sea reconocida a título de lucro cesante, a cuyo reconocimiento se accedió por las razones que en el acápite anterior se señalaron.

¹⁸⁴ Folio 1, cuaderno 3.

¹⁸⁵ Folio 1, cuaderno 3.

¹⁸⁶ Folio 173, cuaderno 4.

¹⁸⁷ Folio 31, cuaderno 1.

¹⁸⁸ Folio 171, cuaderno 4.

114. En otras palabras, no es compatible solicitar el pago de la utilidad total proyectada que no pudo ser percibida por la frustración de la ejecución del contrato y, al mismo tiempo, reclamar el pago de los gastos en que se incurrió para ejecutar el contrato del cual se deriva la utilidad. Por ende, al haberse concedido el lucro cesante —utilidad—, la pretensión cuarta de condena de la demanda se torna en improcedente.

6. Otros perjuicios calculados en el dictamen pericial contable

115. En la pretensión décima de la demanda, el Consorcio solicitó que se le repararan integralmente los perjuicios sufridos como consecuencia de los incumplimientos imputables al Consorcio. Como parte de esta pretensión de reparación integral, el perito contador, Freddy Mauricio Bastidas Ortiz, calculó, a petición del demandante, el valor de los sobrecostos asociados a gastos de administración causados, por una parte, desde la presentación de la propuesta económica y, de otra, desde la *“fecha inicial del contrato”* y durante el periodo en que estuvo suspendido. La Sala estima que estos sobrecostos no fueron probados, por lo que serán negados, conforme se pasa a señalar:

115.1. En relación con el primer escenario de cálculo, el perito contador Bastidas Ortiz calculó los gastos administrativos causados desde la presentación de la oferta en \$529'892.855,54¹⁸⁹, para lo cual les aplicó a los costos directos asociados a la ejecución de cada uno de los puentes —Negro, Agudelo y López— el 20% a título de componente de administración y 5% a título de imprevistos, y luego sumó ambos rubros. Esta operación la hizo sobre la base de los porcentajes de AIU que figuran en el mismo documento titulado *“presupuesto oficial”* que supuestamente elaboró la Oficina de Prevención y Atención de Emergencias del INVIAS en noviembre de 2010¹⁹⁰, respecto del cual la Sala ya concluyó que no puede ser tomado como base para realizar cálculo alguno. Por este solo motivo, sería del caso desechar el dictamen en este punto.

115.2. Sin embargo, hay razones adicionales para hacerlo: (i) el Consorcio pretende cobrar los costos de administración en los que incurrió para preparar su propuesta dentro del proceso de selección adelantado por el Municipio, sin reparar en que para poder celebrar y ejecutar el contrato, el demandante debía, necesariamente, incurrir en ellos y, por lo mismo, era un gasto en el que debía incurrir para obtener la utilidad esperada que en este juicio reclama a título de lucro cesante al que se accederá; (ii) en relación con el método aplicado por el perito, se observa que en el dictamen no se señaló cuál fue el extremo final del cálculo que hizo, pues tan solo se dijo que se trataba de los gastos administrativos desde la presentación de la oferta, sin precisar hasta cuándo se hacía el cálculo; y (ii) el perito no explicó por qué sumó el rubro de imprevistos a los gastos de administración, pese a que aquel no puede ser subsumido como un gasto de administración en tanto en cuanto este está destinado a salvaguardar la ejecución del contrato de aquellas circunstancias que las partes no previeron originalmente al suscribir el contrato.

¹⁸⁹ Folio 174, cuaderno 4.

¹⁹⁰ Documento que obra a folios 156 a 158 del cuaderno 4. Este documento también obra en el expediente administrativo del contrato de obra que lleva el Municipio, que obra a folios 28 a 31 del cuaderno 5.

115.3. Por otra parte, en cuanto al segundo cálculo, esto es, los gastos de administración causados durante el plazo inicial del contrato y durante el tiempo que duró suspendido, el mismo perito los calculó en la cifra de \$277’699.426¹⁹¹, sin explicar de dónde surgió dicho cálculo. Podría inferirse que esta suma es el resultado de aplicar los porcentajes previstos para los gastos de administración e imprevistos en el mismo documento utilizado en el primer escenario; sin embargo, ya se dijo, ese documento no puede ser considerado por no estar suscrito, a lo que se agrega que el perito no expuso cuál fue la metodología y los fundamentos de los que partió, como era su deber hacerlo de conformidad con el numeral 6º del artículo 237 del CPC que establece que el dictamen *“debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones”*.

115.4. Además: (i) el perito no explicó la razón en la que se basaba el cálculo de estos perjuicios, por lo que la Sala no acierta a determinar cuál sería su causa; (ii) no existe certeza sobre cuáles fueron los extremos temporales para hacer sus cálculos pues no precisó qué entendía por *“fecha inicial del contrato”* -la fecha de celebración o la del acta de inicio- ni cuál fue el periodo de suspensión que tuvo en consideración para el efecto. Así pues, esta conclusión no será tomada en cuenta.

115.5. Ahora bien, el perito consideró otras *“erogaciones en que debió incurrir el contratista para la ejecución del contrato”*, que las calculó en \$1.366’695.548¹⁹², sin precisar cuál fue la metodología que aplicó para llegar a este número ni incluyó soporte alguno para llegar a esta conclusión, por lo que tampoco será tomada en cuenta. En este punto vale destacar que el Consorcio no aportó ninguna factura o soporte en el que se comprobaran las erogaciones causadas durante el periodo en que el contrato de obra estuvo suspendido por causas imputables al Municipio. Dado que el Consorcio tenía la carga de acreditar los sobre costos que se causaron durante este periodo o, en fin, las erogaciones adicionales que son imputables a los incumplimientos del Municipio, y como esta carga no se satisfizo, la Sala no condenará al Municipio por este motivo.

116. Por todo lo anterior, la Sala denegará la pretensión décima de la demanda en tanto no fueron acreditados perjuicios adicionales que puedan estar llamados a ser resarcidos al Consorcio por el Municipio.

Liquidación del contrato de obra pública del 9 de febrero de 2011

117. Dado que en esta providencia se harán declaraciones y condenas a favor del Consorcio y en contra del Municipio, le asiste razón al demandante cuando afirmó en la apelación que el ejercicio de finiquito de cuentas del contrato de obra debe ser revisado. En mérito de lo que antecede, la Sala declarará la liquidación judicial del contrato en los siguientes términos:

VALOR INICIAL DEL CONTRATO:	\$2.563’677.133
VALOR ADICIONADO DEL CONTRATO:	\$2.775’437.648
FECHA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO:	1º de julio de 2012

¹⁹¹ Folio 174, cuaderno 4.

¹⁹² Folio 174, cuaderno 4.

VALORES EJECUTADOS POR EL CONSORCIO	
ACTA	VALOR TOTAL DEL ACTA
Acta parcial de obra No. 1	\$342'193.505,95
Acta parcial de obra No. 2	\$205'162.397,76
Acta parcial de obra No. 3	\$196'233.011,22
Acta parcial de obra No. 4	\$537'962.593,26
Acta parcial de obra No. 5	\$106'946.431,86
TOTAL EJECUTADO	\$1.388.497.940,05
VALORES PAGADOS POR EL MUNICIPIO	
Anticipo	\$1.281'838.566
Acta parcial No. 1	\$171'096.753
TOTAL PAGADO	\$1.452'935.319
DIFERENCIA A FAVOR DE MUNICIPIO	\$64'437.378,95
DIFERENCIA ACTUALIZADA ¹⁹³	\$95'437.297,59
CONDENAS A FAVOR DEL CONSORCIO	
Intereses moratorios	\$740'047.941,02 ¹⁹⁴
Utilidad proyectada no percibida	\$95'462.973
Total	\$835'510.914,50
DIFERENCIA A FAVOR DEL CONSORCIO	\$740'073.617,91

118. Del finiquito de cuentas se advierte que el valor desembolsado por el Municipio al Consortio a título de anticipo es superior al valor total agregado de las actas parciales de obra Nos. 1 a 5, por lo cual, el derecho del Consortio a que el demandado le pague el valor de las actas Nos. 2 a 5 en los términos señalados en esta providencia, se compensa de conformidad con lo establecido en los artículos 1714 y 1715 del Código Civil¹⁹⁵, con el saldo que, según esta liquidación judicial, surge en favor del Municipio por concepto de los montos no amortizados del anticipo.

119. Como se aprecia del cuadro anterior, el valor del anticipo y de lo pagado por concepto de acta parcial No. 1 es superior al valor agregado de las actas parciales de obra Nos. 1 a 5 en \$64'437.378,95, suma que actualizada a la fecha de la sentencia arroja un valor de \$95'437.297,59. Este valor, que es un saldo a favor del Municipio se compensa de igual forma con la suma a que tiene derecho el Consortio por concepto de intereses moratorios —\$740'047.941,02, cuyo cálculo implica su previa actualización— y de utilidad proyectada no percibida —por valor de \$95'462.973, cuya suma ya fue actualizada—. Así, al restar al resultado de la suma de intereses moratorios y utilidad proyectada no percibida —\$835'510.914,50— lo correspondiente al valor actualizado del anticipo que queda por amortizar —

¹⁹³ Es el valor de la diferencia actualizada desde la terminación del contrato, esto es, desde el 1º de julio hasta la fecha, de la siguiente manera:
¹⁹⁴ Este es el valor total de los intereses moratorios según lo resuelto en el acápite de las consideraciones, sin que se le haya restado ningún concepto.
¹⁹⁵ Artículo 1714, Código Civil: “Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”. Artículo 1715, Código Civil: “La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:
1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
2.) Que ambas deudas sean líquidas; y
3.) Que ambas sean actualmente exigibles.
Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.”

\$95'437.297,59— se obtiene el resultado final de la liquidación, que es de \$740'073.617,91, valor al que corresponderá la condena.

120. En consecuencia, pese a que el Municipio no debe desembolsar suma alguna por concepto del valor de las actas parciales de obra Nos. 2 a 5, sí será condenado a pagar \$740'073.617,91 por concepto de intereses moratorios que aún no han sido saldados.

Costas

121. Habida consideración de que en este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, según el cual, salvo en los procesos en los que se ventile un interés público la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, la Sala procederá de conformidad. En consecuencia, dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, numeral 4¹⁹⁶, es decir, condenará al demandado a pagar las costas de ambas instancias, en la medida en que la sentencia de primer grado será revocada en su totalidad y se concederán las pretensiones de la demanda. Se advierte que, bajo las reglas del código en cita la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, 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”*.

122. 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.

123. En relación con las agencias en derecho, se pone de presente que estas se regirán por el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha en que se presentó la demanda¹⁹⁷. De conformidad con su artículo tercero, en la fijación de las tarifas en los asuntos contencioso administrativos, debe tenerse en cuenta la naturaleza, la calidad y la duración útil de la gestión realizada por el apoderado, así como la cuantía de la pretensión y demás circunstancias relevantes.

124. Según lo dispuesto en el artículo 3.1.2 del referido Acuerdo 1887 de 2003, en procesos contencioso administrativos con cuantía, las agencias en derecho de la primera instancia deben fijarse hasta el 20% del valor de las pretensiones negadas o reconocidas en la sentencia. Así las cosas, como la labor procesal del mandatario judicial de la parte actora fue continuada y consistente en el transcurso

¹⁹⁶ “ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:
(...)”

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias”.

¹⁹⁷ Este Acuerdo es aplicable a este caso pese a la derogatoria que hizo de él el Acuerdo 10554 de 2016 que fue expedido con ocasión de la entrada en vigencia del CGP. El Acuerdo 10554 estableció en su artículo 7º que “se aplicará respecto de los procesos iniciados a partir de dicha fecha. Los comenzados antes se siguen regulando por los reglamentos anteriores sobre la materia, de manera especial los contenidos en los Acuerdos 1887 de 2003”.

de la primera instancia, las agencias en derecho de aquella se fijarán en la suma de \$14'801.472,36 monto que deberá ser pagado a favor de la parte actora, con fundamento en la relación porcentual del 2% del valor de las pretensiones económicas que serán concedidas en esta sentencia.

125. Por otra parte, en lo que tiene que ver con las agencias en derecho en segunda instancia, según el referido Acuerdo -artículo 3.1.3-, deben fijarse hasta el 5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas de la sentencia. Como la gestión procesal del apoderado de la parte actora en esta instancia fue continuada, coherente y consistente, al interponer recurso de apelación y al alegar de conclusión, las agencias en derecho de esta instancia se fijan en la suma de \$7'400.736,18, en favor de la parte demandante, con fundamento en la relación porcentual del 1% del valor de las pretensiones económicas que serán concedidas en esta sentencia.

126. En consecuencia, las agencias en derecho que deberá el Municipio a los demandantes por la gestión realizada en ambas instancias asciende a la suma de \$22'202.208,54.

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: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 25 de septiembre de 2015, para en su lugar:

***“1. DECLARAR** que el municipio de Honda, departamento del Tolima, incumplió el contrato de obra del 9 de febrero de 2011 suscrito con el Consorcio Puentes Tolima por no haber realizado las apropiaciones presupuestales necesarias para garantizar los recursos del proyecto, por las razones y en los términos señalados en esta providencia.*

***2. DECLARAR** que el municipio de Honda, departamento del Tolima, incumplió el contrato de obra del 9 de febrero de 2011 suscrito con el Consorcio Puentes Tolima por no haberle pagado al contratista las actas parciales de obra Nos. 2 a 5, por las razones señaladas en esta providencia.*

***3. DECLARAR** que las causas que condujeron a la suspensión de la ejecución del contrato de obra del 9 de febrero de 2011 son atribuibles al municipio de Honda, departamento del Tolima, lo cual le causó perjuicios al Consorcio, por las razones desarrolladas en esta providencia.*

***4. DECLARAR** que el contrato de obra pública suscrito el 9 de febrero de 2011 entre el municipio de Honda, departamento del Tolima y el Consorcio Puentes Tolima terminó el 1º de julio de 2012, por las razones esgrimidas en esta providencia.*

***5. DECLARAR** liquidado el contrato de obra pública suscrito el 9 de febrero de 2011 entre el municipio de Honda, departamento del Tolima y el Consorcio Puentes Tolima, en los siguientes términos:*

VALOR INICIAL DEL CONTRATO:
VALOR ADICIONADO DEL CONTRATO:
FECHA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO:

\$2.563'677.133
\$2.775'437.648
1º de julio de 2012

VALORES EJECUTADOS POR EL CONSORCIO	
ACTA	VALOR TOTAL DEL ACTA
Acta parcial de obra No. 1	\$342'193.505,95
Acta parcial de obra No. 2	\$205'162.397,76
Acta parcial de obra No. 3	\$196'233.011,22
Acta parcial de obra No. 4	\$537'962.593,26
Acta parcial de obra No. 5	\$106'946.431,86
TOTAL EJECUTADO	\$1.388.497.940,05
VALORES PAGADOS POR EL MUNICIPIO	
Anticipo	\$1.281'838.566
Acta parcial No. 1	\$171'096.753
TOTAL PAGADO	\$1.452'935.319
DIFERENCIA A FAVOR DE MUNICIPIO	\$64'437.378,95
DIFERENCIA ACTUALIZADA	\$95'437.297,59
CONDENAS A FAVOR DEL CONSORCIO	
Intereses moratorios	\$740'047.941,02
Utilidad proyectada no percibida	\$95'462.973
Total	\$835'510.914,50
DIFERENCIA A FAVOR DEL CONSORCIO	\$740'073.617,91

6. **CONDENAR** al municipio de Honda, departamento del Tolima a pagarle al Consortio Puentes Tolima, la suma de setecientos cuarenta millones setenta y tres mil seiscientos diecisiete pesos con noventa y un centavos (\$740'073.617,91) como saldo a favor del contratista luego de la liquidación judicial, en los términos señalados en esta providencia.

7. **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda del Consortio Puentes Tolima, por las razones señaladas en esta providencia.”

SEGUNDO: CONDENAR en costas de la primera y segunda instancia al municipio de Honda 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 en derecho de la primera y la segunda instancia en veintidós millones doscientos dos mil doscientos ocho pesos con cincuenta y cuatro centavos (\$22'202.208,54) a favor del Consortio Puentes Tolima, que corresponden al 3% del valor de las pretensiones.

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

Expediente:	730012333000201400506 01 (55.864)
Demandante:	Consorcio Puentes Tolima
Demandada:	Municipio de Honda
Acción:	Controversias contractuales

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>.