

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA



Magistrada ponente:
SOFY SORAYA MOSQUERA MOTOA

Aprobado por Acta N° 234
Manizales, veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

En la forma prevista en el inciso tercero del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a la sentencia proferida el 04 de mayo de 2021 por el Juzgado Civil del Circuito de Riosucio, Caldas, dentro del Proceso Ejecutivo Singular promovido por G&A Construcciones S.A.S. contra Mota Engil Engenharia e Construção S.A, Sucursal Colombia y Mota Engil Perú S.A. Sucursal Colombia, integrantes del Consorcio Mota Engil.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda. La demandante deprecó orden de pago a su favor y a cargo de las demandadas, por las siguientes sumas de dinero:

1. \$255'686.189 correspondientes a la factura de venta No. 000057 del 06 de marzo de 2019.
2. Los intereses de mora a la tasa máxima legal permitida sobre el capital anterior, causados desde el 07 de marzo de 2019 hasta el pago total.
3. \$345'405.246 correspondientes a la factura de venta No. 000058 del 18 de marzo de 2019.
4. Los intereses de mora a la tasa máxima legal permitida sobre el capital anterior, causados desde el 19 de marzo de 2019 hasta el pago total.
5. \$207'243.146 correspondientes a la factura de venta No. 000059 del 09 de abril de 2019.
6. Los intereses de mora a la tasa máxima legal permitida sobre el capital anterior, causados desde el 10 de abril de 2019 hasta el pago total.

Los hechos se resumen así:

- 1) G&A Construcciones S.A.S. y el Consorcio Mota Engil (integrado por Mota Engil Engenharia e Construção S.A., Sucursal Colombia y Mota Engil Perú S.A., Sucursal Colombia), celebraron el CONTRATO MARCO-C-3833-047 del 19 de julio de 2018, para la realización de trabajos de construcción y

adecuación de la Institución Educativa Escuela Normal Superior Sagrado Corazón en la ciudad de Riosucio, Caldas.

- 2) En virtud de ese contrato se generaron unas obligaciones respaldadas en las facturas de venta Nos. 000057 del 06 de marzo de 2019, 000058 del 18 de marzo de 2019 y 000059 del 08 de abril de 2019, que no han sido canceladas en todo ni en parte.
- 3) Las facturas reúnen los requisitos del artículo 774 del Código de Comercio, se consideran aceptadas al haber sido recibidas sin objeción o rechazo los días 8 de marzo, 20 de marzo y 9 de abril de 2019, respectivamente (art. 773 C.Co.), y dado que no tienen fecha de vencimiento, debieron ser pagadas dentro de los 30 días calendario siguientes a su emisión (art. 774 C.Co.), deduciéndose la existencia de una obligación actual, clara, expresa y exigible.

2.2. Excepciones. La parte ejecutada formuló dos excepciones perentorias: (i) *Pago parcial*, que fundamentó en los pagos realizados por Mota Engil (\$560'369.868) y las compensaciones por facturas de recobro por materiales (\$802'185.547¹) acorde con lo pactado en el contrato de mandato, imputados a las facturas Nos. 000052, 000055, 000056, 000057, 000058 y 000059, quedando un saldo a favor de la demandante por \$1'323.427; y (ii) *Retención en garantía: no procede el pago total de las facturas*, ya que en el contrato se autorizó al Consorcio para retener el 10% del valor de las facturas aprobadas, suma que asciende a \$160'369.437 y que solo es exigible 30 días después de que se haya liquidado el contrato, condición que no se ha cumplido por culpa de la contratista; sin mencionar que existe un valor pendiente de calcular a causa del incumplimiento de G&A que ha ocasionado perjuicios a Mota Engil.

En consecuencia, solicitó que la orden de pago se limite a la suma de \$1'323.427, como saldo pendiente de la factura No. 59.

2.3. Traslado de las excepciones. La sociedad ejecutante se pronunció explicando que los pagos efectuados por la demandada por valor de \$560'369.868 se abonaron a las facturas Nos. 000052, 000055 y 000056, junto con la compensación de las facturas Nos. SS2800000354, SS2800000369, SS2800000479, SS2800000558, SS2800000914 y SS2800000670 por la suma de \$22'415.076, para un total de \$582'784.076. Indicó que no es viable la compensación que pretende la demandada por el monto de \$802'185.547 porque no se reúnen las condiciones para ello - reciprocidad, fungibilidad, certeza, determinación y exigibilidad de las obligaciones-, debido a que no se cumplió la obligación de radicar las facturas de recobro por materiales acompañadas de la certificación de contador público o revisor fiscal y con todas las exigencias legales, de manera que se desconoce el valor de los costos, deducciones y devoluciones, lo que hace que la obligación no sea líquida y exigible.

Ilustró que de forma unilateral Mota Engil terminó el contrato de obra No. C3833-047, a través de comunicación del 10 de septiembre de 2019, mientras que de su lado honró sus obligaciones, por lo tanto, la garantía no puede ser retenida indefinidamente alegando la firma de un documento cuando la misma ya se cumplió,

¹ La parte demandada explicó que la suma por recobro de materiales asciende a \$806'355.699, que luego de aplicar las retenciones da un total de \$802'185.547.

pues hace más de 17 meses se entregaron las obras, sin que a la fecha se hayan presentado reclamaciones o manifestado incumplimiento por parte de G&A Construcciones.

2.4. Fallo. En su sentencia la Juez a quo declaró no prosperas las excepciones de *pago y retención en garantía: no procede el pago total de las facturas*, y ordenó seguir adelante la ejecución, liquidar el crédito y condenar en costas a la parte demandada; lo anterior tras considerar que las facturas presentadas reúnen los requisitos generales y especiales previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio y 617 del Estatuto Tributario, y fueron aceptadas por las deudoras, quienes a lo largo del litigio reconocieron la obligación.

Sobre la primera excepción señaló que, aunque se sostuvo que las deudas habían sido compensadas no se propuso como excepción ni se aportaron oportunamente documentos claros para demostrar en qué consistió, omisión que no era viable enmendar durante la práctica de la prueba testimonial; además, ni los pagos ni las compensaciones aparecen en el cuerpo de las facturas. Frente al pago por \$560'369.868 la ejecutante expuso que fue aplicado a las facturas 52, 55 y 56 que no son objeto de ejecución, encontrándose pendientes las facturas 57, 58 y 59 que, al no haber sido desconocidas dentro de los diez días siguientes a su presentación, son definitivas e irrevocables. Explicó que sin duda las obligaciones por el suministro de materiales existen, empero, las facturas no se hicieron valer en el proceso como una compensación sino como pago, confundiéndose las dos figuras, por lo que debe hacerse uso de los mecanismos legales para lograr la conciliación de los valores, más porque las facturas que se presentan para compensar no dan cuenta de un endoso, abono o solución de pago y no han sido aceptadas por la ejecutante.

Respecto de la retención en garantía esgrimió que tampoco consta en las facturas, las cuales no fueron rechazadas ni dubitadas, ni aparece que se haya hecho reclamo alguno; se suma que el contrato está legalmente terminado sin que penda condición, pues la liquidación final no está plasmada en la convención, entonces, después del 10 de septiembre de 2019 la contratante tenía 30 días para hacer la cancelación u observaciones, cosa que no hizo.

2.5. Apelación. La parte ejecutada cuestionó que no se estudiara la compensación inmersa en la excepción denominada *pago parcial*, en la que no solo se alegó el pago materializado a través de transacciones bancarias, sino la compensación por pagos a terceros y comisión del 5% en virtud del contrato de mandato celebrado entre las partes, dejando de valorar las pruebas que la acreditan so pretexto de no haberse propuesto como una excepción perentoria. Refutó que, contrario a lo señalado por la A quo, al proponer las excepciones allegó sendos documentos que prueban la compensación, pero no fueron revisados y menos valorados; también solicitó el testimonio de Wilson Enrique Torifio Castillo con el propósito específico de acreditar los pagos efectuados al contratista, lo referido a las facturas de recobro por materiales y trámites, y la retención en garantía; tal prueba fue practicada en forma oportuna, previa autorización de la jueza, y de conformidad con el numeral 6 del artículo 221 del Código General del Proceso, el testigo proyectó un documento excel que detalla las compensaciones efectuadas a las facturas objeto de cobro, mismo que fue allegado para su análisis como parte del testimonio; además, el señor Torifio remitió unos documentos que tienen estrecha relación con su versión,

para lo cual estaba plenamente habilitado por la norma. Reprochó que la A quo no examinara la totalidad de las pruebas allegadas y que ofrecen claridad sobre la relación contractual, las obligaciones recíprocas y la compensación de estas, y no obstante la temeridad y mala fe de la parte demandante, ordenara seguir adelante con la ejecución.

II. CONSIDERACIONES

Problema jurídico: A partir de la pretensión impugnatoria expuesta por la parte recurrente, deberá la Sala, bajo los lineamientos de los artículos 320 y 328 del Código de General del Proceso, esclarecer si fue acertado continuar la ejecución por las sumas señaladas en el mandamiento de pago, o si por el contrario, había lugar a su disminución en virtud de la compensación invocada por la ejecutada.

3.1. De la compensación.

La compensación es un modo de extinguir las obligaciones entre dos personas que son acreedoras y deudoras recíprocas de géneros homogéneos. Esta figura se encuentra regulada en los artículos 1714 a 1723 del Código Civil, y aunque opera por ministerio de la ley, para que sea reconocida en juicio debe ser alegada de forma expresa (art. 282 C.G.P.), en atención al principio de autonomía de la voluntad que permite la renuncia a ese tipo de beneficios, pues *“la virtud extintiva de la compensación no es de orden público”*².

Acorde con el artículo 1715 ídem, para que opere la extinción recíproca de las deudas hasta la concurrencia de sus valores, se requiere no solo que los extremos reúnan las calidades ya indicadas -acreedores y deudores mutuos-³, sino que es necesario que las obligaciones sean:

- (i) En dinero o de cosas fungibles o indeterminadas pero de igual género o calidad; esto porque la deuda compensable sirve de medio de pago y nadie está conminado a recibir en pago una prestación distinta de la contraída;
- (ii) Líquidas, es decir, que puedan cuantificarse o determinarse su monto de manera precisa; y
- (iii) Actualmente exigibles, de manera que no pueden compensarse las deudas sometidas a condición o a plazo, a menos que se trate de un plazo de gracia.

3.2. Compensación de las facturas por la gestión del mandatario y certificados de pago a terceros.

La sociedad G&A Construcciones S.A.S. demandó el pago de las facturas Nos. 000057, 000058 y 000059, junto con los intereses de mora, pretensión respecto de la cual las ejecutadas opusieron el pago parcial fundado en las transacciones bancarias efectuadas y la compensación con facturas por gestión y el recobro de materiales; además de la retención de la garantía autorizada por la contratista.

² CSJ SC 060 de 1935. M.P. Juan Francisco Mújica. Gaceta Judicial No. 1907 y 1908.

³ Con las salvedades de los artículos 1717 y 1718 del C.C. que en su orden regulan, la compensación de los créditos personales del mandatario frente al acreedor del mandante y las compensaciones oponibles por el deudor frente al cesionario.

En ese escenario, es claro que no concurre ninguna discusión en torno a la existencia, cuantía y exigibilidad de las obligaciones, así como respecto de la idoneidad y eficacia de los títulos valores presentados para el cobro; en consecuencia, el análisis se centrará en el saldo adeudado, de cara a las excepciones formuladas y que se encuadran en numeral 12 del artículo 784 del Código de Comercio⁴.

Con ese enfoque, el estudio debe comenzar por el contrato antecedente o fundamental que dio origen a las obligaciones mutuamente reclamadas.

El 19 de julio de 2018, el Consorcio Mota Engil -integrado por Mota Engil Engenharia e Construção S.A. Sucursal Colombia y Mota Engil Perú S.A. Sucursal Colombia-, como contratante, y G&A Construcciones S.A.S., como contratista, celebraron el Contrato Marco de Obra No. C-3833-047⁵, cuyo objeto se circunscribió a que G&A Construcciones S.A.S. ejecutara por su exclusiva cuenta y riesgo, bajo la figura de Llave en Mano, las obras y suministros determinados en las Condiciones Particulares⁶, en la forma, términos y tiempo pactados, a cambio de una contraprestación a cargo del Consorcio ME⁷.

En cuanto a la forma de pago, se acordó que se harían pagos parciales por avance de obra a precio global sin fórmula de ajuste, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la aprobación de la respectiva factura, las cuales debían ser radicadas a más tardar el día 20 de cada mes junto con los documentos de soporte. Además, ante la posibilidad de que el contratista solicitara al contratante el suministro de los bienes y/o servicios requeridos para la ejecución de cada una de las Condiciones Particulares, se convino celebrar un contrato de mandato entre las mismas partes⁸.

El Contrato de Mandato No. C-3833-047-CM se suscribió en la misma fecha, siguiendo las pautas contenidas en el Contrato Marco de Obra. En el objeto de dicho contrato se estableció que ***“El Mandatario** [Consorcio ME] se obliga a celebrar o ejecutar en nombre propio pero por cuenta y riesgo de **El Mandante** [G&A Construcciones S.A.S.], los actos y contratos necesarios o relacionados con la compra y/o adquisición de bienes y/o servicios, sin límite de cuantía pero teniendo en cuenta en todo caso, las cantidades y valores aprobados por **El Mandante** en caso en particular, estando facultado **El Mandatario** para suscribir los documentos que sean necesarios para el perfeccionamiento de dichas operaciones”*⁹.

La dinámica del negocio, tal como se desprende del documento y lo dilucidó el testigo Wilson Enrique Torifio Castillo, era la siguiente: el mandatario presentaba al

⁴ ARTÍCULO 784. <EXCEPCIONES DE LA ACCIÓN CAMBIARIA>. *Contra la acción cambiaria sólo podrán oponerse las siguientes excepciones: ... 12) Las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio o contra cualquier otro demandante que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa, y ...”*

⁵ Expediente digital / Carpeta PRIMERA INSTANCIA / 42pruebasContestacion1 / 5.1.1. CONTRATO MARCO-C-3833-047-G&A-CONSTRUCCIONES- FIRMADO.pdf

⁶ Según el contrato, se entiende por Condiciones Particulares, *“aquellos documentos que hacen parte integral del presente Contrato, a través de los cuales se desarrolla y ejecuta el alcance obligacional del mismo, a valor o precio global fijo sin fórmula de reajuste, y con un plazo fijo para cada una de las Instituciones Educativas que le sean asignadas al Contratista, las cuales se pueden realizar de forma simultánea o independiente.”*. Ver cláusula 2.01. Definiciones.

⁷ Ver cláusulas 4.01 y 4.02 del Contrato Marco de Obra No. C-3833-047. Objeto y Contraprestación.

⁸ Cláusula 4.03 del Contrato Marco de Obra No. C-3833-047. Forma de pago.

⁹ Cláusula primera del Contrato de Mandato No. C-3833-047-CM. Expediente digital - Carpeta PRIMERA INSTANCIA - 42pruebasContestacion1 - 5.1.2. CONTRATO DE MANDATO-C-3833-047-G&A CONSTRUCCIONES FIRMADO.pdf

mandante las especificaciones de los bienes y servicios requeridos para la ejecución de las obras de acuerdo con las Condiciones Particulares; luego que el mandante manifestara su interés en adquirirlos, el mandatario procedía a expedir orden de compra al proveedor, quien debía emitir la factura a nombre del mandatario, que a su vez estaba encargado de elaborar y radicar ante el mandante una factura de recobro acompañada de certificación emitida por contador público o revisor fiscal, por reintegro de pago a terceros, reflejando el ítem del 5% adicional pactado por concepto de la gestión realizada por el mandatario¹⁰, “[a]sí las cosas, la negociación y el pago de la factura presentada por el proveedor por la adquisición de bienes y/o servicios objeto del suministro a favor de El Mandante, será a cargo de El Mandatario, quien actuará en nombre propio y por cuenta de El Mandante”¹¹.

En la cláusula cuarta de la convención se estableció que el mandante reconocería al mandatario, por concepto de sus gestiones, un 5% del valor de los bienes y/o servicios contratados, además de reembolsarle los gastos en que incurriera en la ejecución del mandato, compensando las cuentas entre las partes¹².

En virtud de lo anterior, el mandatario se obligó a “[e]xpedir las certificaciones por reintegro de pagos a terceros a que haya lugar, en cumplimiento de la legislación tributaria” y el mandante a “[r]ealizar la compensación de cuentas con El Mandatario, de conformidad con la facturación a realizar en virtud de cada Condición Particular”¹³.

En correspondencia con esas estipulaciones, el Contrato Marco de Obra No. C-3833-047 prevé que “el pago de la factura presentada por el proveedor de los bienes y/o servicios, será pagada por el Contratante [Consortio ME - Mandatario], con cargo al valor de la Contraprestación pactada en cada Condición Particular (la “Cuenta por Cobrar”)”¹⁴, y en ese orden “el Contratista [G&A Construcciones S.A.S. - Mandante] facturará al Contratante [Consortio ME - Mandatario], el 100% de las actividades ejecutadas, teniendo en cuenta el Avance de Obra de cada Condición Particular (la “Cuenta por Pagar”), para posterior balance de compensación de la Cuenta por Cobrar contra la Cuenta por Pagar”.

Las pruebas hasta aquí relacionadas muestran que el vínculo contractual hizo surgir para las partes determinadas obligaciones, entre ellas, la de pagar las sumas que a cada una correspondía, así: a cargo del Consortio ME la contraprestación por las obras ejecutadas y facturadas por G&A Construcciones S.A.S., y por cuenta de esta, el reembolso por pago a terceros proveedores más la remuneración por la gestión de aquel como mandatario; deudas que, según se acordó, serían objeto de compensación.

¹⁰ Cláusula primera del Contrato de Mandato No. C-3833-047-CM, numeral 4 “La factura será emitida por el proveedor de los bienes y/o servicios a nombre de El Mandatario, quien, a su vez, elaborará y radicará ante El Mandante, una factura de recobro acompañada de la certificación emitida por el contador público o revisor fiscal según aplique, de conformidad con el artículo 3° del Decreto 1514 de 1998 compilado en el artículo 1.6.1.4.3 del Decreto 1625 de 2016, por reintegro de pago a terceros, en donde, se refleje el ítem del cinco por ciento (5%) adicional pactado por concepto de la gestión realizada por El Mandatario”.

¹¹ Ver numerales 1 a 4 de la Cláusula primera del Contrato de Mandato No. C-3833-047-CM.

¹² Cláusula cuarta del Contrato de Mandato No. C-3833-047-CM, “REMUNERACIÓN Y OBLIGACIONES DE LA MANDANTE. El Mandante reconocerá a El Mandatario un cinco por ciento (5%) del valor de los bienes y/o servicios contratados, por concepto de las gestiones que ésta última realice en desarrollo del objeto del presente contrato. El Mandante se obliga con El Mandatario a reembolsarle los gastos causados por la ejecución del presente mandato, de conformidad con la compensación de cuentas a realizar entre las mismas, en los términos de ejecución de cada Condición Particular”.

¹³ Cláusula quinta del Contrato de Mandato No. C-3833-047-CM, sobre obligaciones de las partes.

¹⁴ Literal e. ordinal (v) Cláusula 4.03 del Contrato Marco de Obra No. C-3833-047.

Al recorrer el traslado de las excepciones la ejecutante aceptó la existencia y validez de los negocios jurídicos, pero refutó el acatamiento estricto de sus estipulaciones por parte del mandante, de quien dijo, no cumplió la obligación de emitir y radicar las facturas por recobro de materiales con los requisitos legales que permitan diferenciar cuánto corresponde a reembolso de gastos y cuánto a prestación directa y propia del contrato de mandato; por esa senda cuestionó que algunas certificaciones de pagos a terceros carecen de las firmas correspondientes¹⁵, no se expidieron las certificaciones de la cuantía y concepto avaladas por contador o revisor fiscal para efectos de soportar costos, deducciones o impuestos descontables, o devoluciones en favor de G&A Construcciones S.A.S. conforme a lo reglado por el artículo 3 del Decreto 1514 de 1998, incorporado en el artículo 1.6.1.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1625 de 2016¹⁶, pues a ello tiene derecho el mandante, que es quien en últimas realiza la compra, y se desconoció que sobre el 5% cobrado por comisión debe aplicarse retención; luego la obligación que se pretende compensar no es líquida ni exigible. Por lo anterior, dijo, compensó solo las facturas Nos. SS2800000354, SS2800000369, SS2800000479, SS2800000558, SS2800000914 y SS2800000670 por la suma de \$22'415.076, aplicadas junto con las consignaciones bancarias por \$560'369.868 a las facturas Nos. 000052, 000055 y 000056 que no son objeto de cobro ejecutivo.

Bajo ese horizonte, se hace necesario dilucidar si los créditos representados en las facturas y certificados que la parte demandada aportó cumplen los requisitos para ser compensados con las deudas aquí perseguidas, partiendo de la base de que las obligaciones mutuas son en dinero y no fueron desconocidas, quedando por determinar si se encuentran debidamente cuantificadas y si son exigibles.

¹⁵ En concreto se refirió al certificado 5900000368 por valor de \$116'150.398; pero como se verá más adelante, además de una copia del certificado, también se aportó el documento con firmas y anexos.

¹⁶ Antes de la modificación introducida por el Decreto 358 de 2020 al Decreto Único Reglamentario en Materia Tributaria 1625 de 2016, el citado artículo rezaba:

“Artículo 1.6.1.4.3. Facturación en mandato. En los contratos de mandato, las facturas deberán ser expedidas en todos los casos por el mandatario.

Si el mandatario adquiere bienes o servicios en cumplimiento del mandato, la factura deberá ser expedida a nombre del mandatario.

Para efectos de soportar los respectivos costos, deducciones o impuestos descontables, o devoluciones a que tenga derecho el mandante, el mandatario deberá expedir al mandante una certificación donde se consigne la cuantía y concepto de estos, la cual debe ser avalada por contador público o revisor fiscal, según las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

En el caso de devoluciones se adjuntará además una copia del contrato de mandato.

El mandatario deberá conservar por el término señalado en el Estatuto Tributario, las facturas y demás documentos comerciales que soporten las operaciones que realizó por orden del mandante.”

Después de la reforma del año 2020, el tema regulado por la norma se trasladó al artículo 1.6.1.4.9 del Decreto 1625 de 2016, en los siguientes términos:

“Artículo 1.6.1.4.9. Facturación en mandato. En los contratos de mandato, las facturas de venta y/o documentos equivalentes deberán ser expedidas en todos los casos por mandatario, si el mandatario adquiere bienes y/o servicios en cumplimiento del mandato, la factura de venta y/o documentos equivalentes deberán ser expedidos a nombre del mandatario.

Para efectos de soportar los respectivos costos, deducciones o impuestos descontables, o devoluciones a que tenga derecho el mandante, el mandatario deberá expedir al mandante una certificación donde se consigne la cuantía y concepto de estos, la cual debe ser firmada por contador público o revisor fiscal, según las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

En el caso de las devoluciones se adjuntará además una copia del contrato de mandato. El mandatario deberá conservar por el término señalado en el Estatuto Tributario y en el presente Decreto, las facturas y demás documentos comerciales que soporten las operaciones que realizó por orden del mandante.

En la factura electrónica de venta, elaborada en virtud del contrato de mandato se deberán diferenciar las operaciones del mandante de las del mandatario.

PARÁGRAFO. *Para efectos del cumplimiento de la obligación de expedir factura electrónica de venta, tanto los mandantes como los mandatarios, atenderán las fechas establecidas para su implementación por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.”*

No se detendrá la Sala en los pagos por \$560'369.868 hechos por ME, ni en las facturas por comisión del 5% que fueron aceptadas y compensadas por la acreedora, teniendo en cuenta que se aplicaron a unas facturas ajenas a este litigio, sin discusión por parte de la deudora respecto de la imputación hecha.

Como sustento de sus excepciones la parte demandada presentó una serie de documentos con los que pretende acreditar las deudas líquidas a su favor representadas en certificados de pago a terceros y facturas, así:

CERTIFICADO DE PAGO A TERCEROS	FECHA	VALOR	FACTURA POR COMISIÓN DEL 5%	FECHA	VALOR	CANAL Y FECHA DE PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO
5900000368	3/10/2018	\$ 116.150.398,00	SS2800000354	3/10/2018	\$ 6.883.414,58	gvaconstrucciones14@gmail.com el 21/12/2018 Entrega documento físico el 14/01/2018 ¹⁷
5900000383	4/10/2018	\$ 72.340.174,87	SS2800000369	4/10/2018	\$ 4.287.091,62	gvaconstrucciones14@gmail.com el 21/12/2018 Entrega documento físico el 14/01/2018 ¹⁸
5900000527	30/11/2018	\$ 8.028.787,20	SS2800000515	3/12/2018	\$ 475.809,60	Documento físico recibido por Nolbeiro León León el 27/12/2018
5900000569	10/12/2018	\$ 21.445.942,00	SS2800000558	10/12/2018	\$ 1.270.949,75	gvaconstrucciones14@gmail.com el 21/12/2018 Entrega documento físico el 14/01/2018 ¹⁹
5900000608	16/01/2019	\$ 124.550.889,68	SS2800000597	16/01/2019	\$ 7.381.252,92	Recibido con firma y sello G&A el 28/01/2019
5900000689	12/02/2019	\$ 3.632.309,35	SS2800000649	12/02/2019	\$ 215.261,36	Recibido con firma y sello G&A el 25/02/2019 ²⁰
5900000760	28/02/2019	\$ 121.220.161,09	SS2800000752	28/02/2019	\$ 7.183.864,13	Documento físico recibido por Anyeli Londoño Ramírez, sin fecha
5900000794	2/04/2019	\$ 107.132.135,63	SS2800000787	2/04/2019	\$ 6.348.966,21	No hay prueba de entrega
5900000889	1/06/2019	\$ 18.447.094,40	SS2800000871	1/06/2019	\$ 1.093.229,20	No hay prueba de entrega
5900000918	5/07/2019	\$ 3.638.582,34	SS2800000914	5/07/2019	\$ 215.633,12	gvaconstrucciones14@gmail.com el 12/07/2019
5900000942	29/07/2019	\$ 66.247.436,83	DX2800000670	2/08/2019	\$ 3.926.018,00	julieth.fontalvo@cagconstructores.co el 8/08/2019
5900000492	30/11/2018	\$ 98.408.329,06	SS2800000479	1/12/2018	\$ 5.831.967,71	gvaconstrucciones14@gmail.com el 21/12/2018 Documento físico recibido por Nolbeiro León León el 27/12/2018

Examinados dichos documentos se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a) Los certificados de pago a terceros Nos. 5900000794 y 5900000889, así como las facturas SS2800000787 y SS2800000871, aunque fueron allegados al proceso junto con sus anexos y en principio cumplen los requisitos legales, no se demostró que hubieren sido recibidos por G&A Construcciones S.A.S. y en consecuencia, su compensación es inaceptable debido a que las deudas allí contenidas no son exigibles, por lo menos en este juicio.

¹⁷ No obstante que en la constancia de recibido aparece la fecha 14/01/2018, debe entenderse que es 14/01/2019, pues los documentos fueron emitidos en octubre de 2018 y el oficio por medio de cual se entregaron es del 8 de enero de 2019. Expediente digital - Carpeta primera instancia - Pdf. 55 Radicados físicos - Fl. 2.

¹⁸ Id.

¹⁹ No obstante que en la constancia de recibido aparece la fecha 14/01/2018, debe entenderse que es 14/01/2019, pues los documentos fueron emitidos en diciembre de 2018 y el oficio por medio de cual se entregaron es del 8 de enero de 2019. Expediente digital - Carpeta PRIMERA INSTANCIA - Pdf. 55 Radicados físicos - Fl. 2.

²⁰ La factura SS2800000649 y el certificado 5900000689 allegados al expediente no contienen firmas ni anexos.

La compensación que se pretende con base en tales documentos es inviable puesto que no existe certeza de su conocimiento por parte de G&A Construcciones S.A.S. y de que se hubiere garantizado su derecho a controvertirlos.

b) Las facturas Nos. SS2800000354, SS2800000369, SS2800000558, SS2800000914, DX2800000670 y SS2800000479 que en total suman \$22'415.074,78, como se anticipó, no son susceptibles de compensación en el presente proceso porque ya fueron aplicadas por el acreedor a otras obligaciones.

c) Las facturas restantes Nos. SS2800000515, SS2800000597, SS2800000649 y SS2800000752, que en total suman \$15.256.188,01, reúnen los requisitos de los artículos 774 del Código de Comercio y 617 del Estatuto Tributario, y fueron entregadas en físico al mandante G&A Construcciones S.A.S., como se aprecia en las documentales²¹, sin que se hubiere demostrado su devolución o la reclamación escrita en contra de su contenido dentro de los tres días hábiles siguientes a su recepción, por consiguiente, se consideran irrevocablemente aceptadas, al tenor de lo reglado en el inciso tercero del artículo 773 del Código de Comercio, y en ese orden constituyen prueba eficaz de unas obligaciones líquidas y exigibles a cargo del ejecutante, quien no tachó las señaladas facturas, ni refutó su entrega o las firmas y sellos de recibido que en los oficios remisorios aparecen.

Aquí es importante señalar que, aunque la factura SS2800000649 fue adosada al expediente en copia y sin firma del emisor, el oficio del 20 de febrero de 2019 dirigido a G&A Construcciones S.A.S., cuya referencia es “RADICADO DE FACTURAS POR RECOBRO DE MATERIALES”, da cuenta de su presentación, pues aparece la firma y sello de recibido de la constructora el 25 de febrero de 2019, a las 11:22 a.m. En esa comunicación en la que se lee:

“Por medio de la presente hacemos entrega de los presentes documentos, los cuales corresponden a la facturación por recorro de materiales que el CONSORCIO MOTA-ENGIL CO suministra al contratista en las obras que se encuentra ejecutando.

*CERTIFICADO FACTURA O.I. I.E.
5900000689 SS2800000649 3833010050 I.E. Normal Superior Sagrado Corazón”*

Dicho documento hace presumir que la factura fue presentada por el prestador del servicio (mandatario) y que no fue objetada por el deudor (mandante); y como quiera las copias tienen el mismo valor probatorio que el original (art. 246 C.G.P.), estima la Sala que los pliegos mirados en conjunto, son suficientes para demostrar la existencia de la deuda líquida a cargo de la ejecutante, más aún cuando no desmintió su presentación.

Llama la atención del Colegiado que G&A Construcciones S.A.S. haya compensado las facturas Nos. SS2800000354, SS2800000369, SS2800000558, SS2800000914, DX2800000670 y SS2800000479, pero se resista a hacer lo propio con las facturas Nos. SS2800000515, SS2800000597, SS2800000649 y

²¹ Ver Expediente digital - Carpeta PRIMERA INSTANCIA - Pdf. 55 Radicados físicos y carpeta 42pruebasContestacion1 - 5.1.5. Correos remisorios de las facturas de recobro.

SS2800000752, pese a que fueron recibidas en físico, según la firmas y sellos plasmados en los oficios remisorios que se detallan a continuación²²:

FECHA DE OFICIO	CERTIFICADOS ENTREGADOS	FACTURAS ENTREGADAS ²³	FECHA DE RECIBIDO	RECIBIDO POR
17/12/2018	5900000527 5900000492	SS2800000515 SS2800000479	27/12/2018	Nolbeiro León León.
08/01/2019	5900000569 5900000383 5900000368	SS2800000558 SS2800000369 SS2800000354	14/01/2018 (entiéndase 14/01/2019)	Firma no legible.
23/01/2019	5900000608	SS2800000597	28/01/2019	La misma firma no legible, pero acompañada del sello de G&A Construcciones S.A.S.
20/02/2019	5900000689	SS2800000649	25/02/2019	La misma firma no legible, pero acompañada del sello de G&A Construcciones S.A.S.
27/02/2019	5900000760	SS2800000752	Sin fecha	Anyeli Londoño Ramírez

Vale decir que, contrario a lo expresado por la apoderada de la demandante en esta sede al oponerse a la prueba decretada de oficio para incorporar al proceso las comunicaciones de fechas 17/12/2018, 08/01/2019, 23/01/2019, 20/02/2019 y 27/02/2019 enviadas por Mota Engil a la constructora²⁴, aduciendo que por sí solos no tiene validez porque no se adjuntaron las respectivas facturas con los requisitos legales; para la Sala esos documentos sí constituyen prueba idónea de que se entregaron a la mandante las facturas y certificados en ellos discriminados, con mayor razón porque no fueron tachados por la parte contra quien se oponen, sin perjuicio de su evaluación conjunta con los demás medios suasorios obrantes en el expediente.

d) Los certificados de pago a terceros Nos. 5900000368, 5900000383, 5900000527, 5900000569, 5900000608, 5900000689, 5900000760, 5900000918, 5900000942 y 5900000492, que en total ascienden a \$635.663.010,42, fueron enviados a la constructora entre diciembre de 2018 y agosto de 2019, algunos radicados en sus oficinas, otros por medio de correo electrónico, sin evidencia de reclamación u objeción por parte de la destinataria.

Los certificados además de ajustarse a lo convenido por las partes en el contrato de mandato cumplen lo dispuesto en su momento por el artículo 1.6.1.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1625 de 2016, ya que en ellos se consigna la cuantía y el concepto por el que se solicita la devolución, además de estar avalados por contador público.

No sobra sin embargo hacer algunas precisiones:

- Los certificados Nos. 5900000368, 5900000383, 5900000527, 5900000569, 5900000608, 5900000760, 5900000918, 5900000942 y 5900000492 se

²² Expediente digital - Carpeta PRIMERA INSTANCIA - Pdf. 55 Radicados físicos.
²³ Las facturas relacionadas que se encuentran resaltadas con negrilla corresponden a algunas de las que fueron compensadas por la acreedora ejecutante.
²⁴ Documentos que reposan en pdf “55 Radicados físicos” y que fueron remitidos al buzón virtual del juzgado de primera instancia por el testigo Wilson Torifio Castillo, el día 4 de mayo de 2021, a las 10:35 a.m., como se observa en el expediente digital – Carpeta “PRIMERA INSTANCIA” – “53 Correotestigo04may2021”.

arrimaron al proceso cada uno acompañado de un anexo elaborado por contador que detalla la obra a la que corresponde, el contratista, el proveedor, la referencia de la factura emitida por el vendedor y los valores, discriminando el impuesto de IVA. Ese anexo totaliza las facturas pagadas a los proveedores, ítem que se ve reflejado en el certificado de pago a terceros y que además coincide con la sumatoria de las facturas de venta emitidas por los proveedores a nombre del Consorcio Mota Engil, también adosadas al expediente.

Fuera del valor de las facturas pagadas por el mandatario, los certificados contienen un rubro por reintegro del gravamen a movimientos financieros.

Entonces, aunque el importe total de cada certificado no es idéntico a la suma de las facturas de venta, pues a aquel se añade el gravamen financiero de la operación, en la descripción de cada documento aparece un detalle de *“Responsabilidad de los gastos de Tercero”* cuyo valor se identifica con la sumatoria de las facturas pagadas a los proveedores por suministro de materiales de construcción. Lo anterior resuelve la inquietud planteada por la apoderada de la demandante al subrayar que los valores de los certificados de pagos a terceros no coinciden con los anexos.

- Pese a que la ejecutante alegó la carencia de requisitos del certificado No. 5900000368, se observa que el allegado contiene el sello de Mota Engil y número de tarjeta profesional del contador, además está acompañado de los respectivos anexos. La confusión de la abogada pudo surgir porque se limitó a observar la copia del certificado sin sellos, firma y anexos que aparece de forma separada en la subcarpeta “5.1.4. Facturas de recobro de materiales” de la carpeta “42pruebasContestacion1” del expediente digital, sin percatarse que el documento avalado por contador y sus adjuntos obran a folios 20 a 46 del archivo 5900000569.pdf, contenido en la misma subcarpeta.

- Los certificados Nos. 5900000368, 5900000383 y 5900000569²⁵ aparecen con sello de Mota Engil y número de tarjeta profesional 131857, la cual que pertenece a la contadora Adriana Quiroga Rojas, según se desprende del “ANEXO CERTIFICACIÓN DE PAGOS” No. 308285 en el que figura su nombre y tarjeta profesional y que fue adjuntado a aquellos. Con esos elementos, estima la Sala que se cumplen los requisitos de la norma tributaria para considerar que los certificados son idóneos para reclamar el reembolso de los gastos en que incurrió el mandante; más porque cada uno de ellos está acompañado de los respectivos soportes, consistentes en las facturas expedidas por los proveedores y constancias de remisión de los materiales de construcción con firmas de recibido.

- No obstante que el certificado No. 5900000689 fue aportado al expediente en copia y sin anexos, quedó probado que se envió a G&A Construcciones S.A.S. junto con la factura SS2800000649, a través del oficio del 20 de febrero de 2019, que contiene firma y sello de recibido el 25 de febrero de

²⁵ Expediente digital - Carpeta PRIMERA INSTANCIA - 42pruebasContestacion1 - 5.1.5. Correos remisorios de las facturas de recobro - 5900000569.pdf.

2019, a las 11:22 a.m.; evidencia que no contravirtió la ejecutante, luego es razonable inferir que dicho certificado, al igual que los demás analizados, fue efectivamente entregado al mandante, quien no demostró haberlo cuestionado.

Ahora, si como quedó acreditado, el mandatario acostumbraba a enviar los certificados junto con su anexo y soportes²⁶, no hay razón para pensar que en el caso del certificado No. 5900000689 actuó de forma diferente, máxime cuando el mandante nada alegó en concreto respecto de la obligación reflejada en ese documento.

Las conclusiones precedentes llevan a la Sala al convencimiento de que no es dable a la ejecutante desconocer las deudas causadas a favor del Consorcio Mota Engil, pues existe prueba de su compromiso de reembolsar las sumas sufragadas por este en desarrollo del contrato de mandato para la compra de bienes y/o servicios a terceros, a través de la compensación con las sumas a cobrar por G&A Construcciones S.A.S. en virtud del contrato de obra.

Aseguró la apoderada de la ejecutante que Mota Engil no cumplió la carga de emitir y radicar las facturas por recobro de materiales, sin embargo, como quedó decantado a partir de los legajos obrantes, con excepción de los certificados Nos. 5900000794 y 5900000889 y las facturas SS2800000787 y SS2800000871, de los que no se aportó prueba de entrega, los demás documentos que reflejan las obligaciones a compensar fueron presentados a la mandante sin prueba de su devolución o reclamo.

En este punto conviene señalar que, de acuerdo con el numeral 4 de la cláusula primera del Contrato de Mandato No. C-3833-047-CM, según el cual “... *El Mandatario, ... elaborará y radicará ante El Mandante, una factura de recobro acompañada de la certificación emitida por el contador público o revisor fiscal según aplique, de conformidad con el artículo 3° del Decreto 1514 de 1998 compilado en el artículo 1.6.1.4.3 del Decreto 1625 de 2016, por reintegro de pago a terceros, en donde, se refleje el ítem del cinco por ciento (5%) adicional pactado por concepto de la gestión realizada por El Mandatario*”, las obligaciones del Consorcio Mota Engil no eran otras que facturar por el servicio prestado al mandante en desarrollo de la labor de intermediación y emitir la certificación de que trata el artículo 3 del Decreto 1514 de 1998, incorporado en el artículo 1.6.1.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1625 de 2016, hoy artículo 1.6.1.4.9, tal como lo hizo.

En ese orden, carece de fundamento el reproche por falta de facturación por el recobro de materiales, pues ese proceder era innecesario, acorde con lo conceptuado por la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN en oficio No. 001753 del 8 de octubre de 2018, cuyo aparte pertinente se transcribe:

*“Ahora bien, tratándose de las operaciones del mandatario en relación con el mandante, habría que precisar lo siguiente:
(...)”*

²⁶ Facturas de los proveedores y órdenes de remisión con firmas del despachador, conductor, portería y cliente.

Así mismo, el servicio como tal que presta el mandatario al mandante por la labor de intermediación, debe ser facturado por el mandatario al mandante, igual deberá expedirse factura electrónica si el mandatario está inmerso en alguna de las situaciones ya vistas.

Otro aspecto es, qué ocurre con las facturas que son expedidas al mandatario en calidad de adquirente de bienes y/o servicios. Las facturas expedidas al mandatario pueden corresponder a operaciones que realiza por el mandante o a operaciones propias. En todo caso, acorde con el artículo 3 del Decreto 1514 de 1998, en la adquisición de bienes o servicios en cumplimiento del mandato las facturas deben expedirse a nombre del mandatario y, de acuerdo con las normas en cita, serán físicas o electrónicas según el proveedor esté obligado o no a expedir factura electrónica.

En consecuencia, las adquisiciones que haya efectuado el mandatario por el mandante están soportadas en facturas, que el mandatario debe identificar si corresponden a operaciones propias o del mandante y, las que corresponden a este serán el soporte para recuperar los gastos que efectúe el mandatario por el mandante. Nótese que se trata de la adquisición de bienes y/o servicios que fueron facturados, en su momento, por el respectivo proveedor, frente a las cuales el mandatario efectuó su pago, luego, en tanto correspondan al desarrollo del mandato, lo que el mismo pretende frente al mandante es su reembolso, caso en el cual no tiene lugar expedir una factura por este hecho. Además, de acuerdo con el artículo 3 del Decreto 1514 de 1998, en relación con los gastos que efectúa el mandatario que, están a cargo del mandante, el mandatario debe expedir la certificación allí establecida, que será la base para que el mandante pueda hacer valer los respectivos costos, deducciones, impuestos descontables y/o devoluciones, si fuera el caso, certificación que de acuerdo con el Oficio 003677 de 2016 (que se anexa), sustituye las facturas para efectos de los costos y descuentos que puede hacer valer el mandante.

Para efectos del reembolso de gastos no se encuentra reglamentado un documento específico, en todo caso, en el Concepto 038989 de 2001, haciendo referencia expresa al Concepto 099115 de 1996, se indica que:

“Cuando en virtud de un contrato deba solicitarse reembolso de gastos realizados para el contratante y a su nombre, debe diferenciarse lo que es tal reembolso, de lo que constituye la presentación directa y propia del contrato: esta sí es materia de facturación por parte del contratista, mientras que la solicitud de reconocimiento y cancelación de reembolso que haya causado puede formularse mediante otro documento.” (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Precisando, finalmente el Concepto 038989 de 2001, que:

*“... el mandatario expedirá factura para cobrarle al mandante el ingreso que le corresponde por la intermediación realizada y **por medio de un oficio, memorando o cualquier otra comunicación semejante**, (acompañada si se considera necesario de las facturas expedidas por terceros) **solicitará al mandante el reembolso de los gastos en los que el mandatario haya incurrido en virtud de la gestión encomendada.**”* (Resaltado fuera de texto).

(...)

Cabe precisar, en cuanto a la posibilidad de anexar al documento a través del cual se solicita el reembolso, las facturas expedidas por terceros, como se indica en el Concepto 038989 de 2001, que el artículo 3 del Decreto 1514 de 1998, establece expresamente que las mismas junto con los demás documentos que soporten las operaciones que realizó por el mandante deben ser conservadas por el mandatario, por tanto, considera el despacho que debe darse cumplimiento a lo establecido en esta disposición. No obstante, al

documento a través del cual se solicita el reembolso, si se considera necesario, podrían anexarse copias de las respectivas facturas.

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que en el ámbito de la factura electrónica, el procedimiento para efectos del reembolso de gastos que, pretenda el mandatario, no se ve afectado o modificado, como quiera que el documento a través del cual se solicita no corresponde a una factura, ni física ni electrónica, en tanto a través del mismo, independientemente de la denominación que se utilice, no se factura la venta de bienes ni la prestación de servicios, siendo su objeto el reintegro de las sumas pagadas, en su momento, por el mandatario en desarrollo del mandato, lo que es consecuente además con la certificación que el mandatario debe expedir precisamente al mandante para que este pueda hacer valer los respectivos costos, deducciones, impuestos descontables o devoluciones, dado que las facturas respectivas no se expiden a su nombre.

Así mismo, es claro que, en atención al origen y objeto del reembolso, las sumas correspondientes no constituyen ingreso tributario para el mandatario. En cambio, constituye ingreso tributario lo percibido por el mandatario por concepto del servicio de intermediación, caso en el cual debe expedir al mandante la respectiva factura, la cual será electrónica si se cumplen las condiciones del artículo 11 de Decreto 2242 de 2015.²⁷ (el subrayado inicial es añadido).

Doctrina que fue reiterada por la misma autoridad en el oficio No. 0050 del 21 de enero de 2021, en el que expuso:

*“Ahora, bajo un supuesto de reembolso de gastos, este no causa la obligación de expedir factura de venta o documento equivalente, dado que dicho concepto no se origina en la venta de un bien o en la prestación de un servicio. No obstante, se precisa que para que el contratante pueda soportar las deducciones por estos gastos y/o impuestos descontables según corresponda, los mismos deben estar debidamente soportados.
(...)”*

En consecuencia, en los contratos de mandato se ha dispuesto que en todos los casos las facturas deberán ser expedidas por el mandatario y, si el mandatario adquiere bienes y servicios en cumplimiento del mandato (como se deduce en el supuesto objeto de consulta) la factura deberá ser expedida por el tercero proveedor a nombre del mandatario, siendo este último quien debe certificar el costo y/o descontable al mandante.”²⁸.

Lo anterior en coherencia con el concepto 009670 de febrero 12 de 2001, citado en el oficio 019362 del 5 de agosto de 2019²⁹, en el que la DIAN señaló:

“(...) Ahora bien, la factura es uno de los documentos que sirven a quien realizó la erogación, para soportar los costos, deducciones e impuestos descontables; el artículo 771-2 del Estatuto Tributario así lo consagra al disponer que para tal procedencia se requiere de facturas con el lleno de los requisitos allí señalados.

En el caso del contrato de mandato cuando el mandatario, en desarrollo del contrato adquiere bienes o servicios la factura le es expedida a su nombre. En aplicación del artículo 771-2 antes citado sería este quien tendría derecho a solicitar los costos, deducciones e

²⁷ El documento puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/co/Documents/legal/comercioexterior/2018/Diciembre/tercerasemana/DIAN%20-%20Oficio%20No.%201753%20de%202018.%20reembolso%20de%20gastos%20en%20facturaci%C3%B3n%20electr%C3%B3nica.pdf>

²⁸ El documento puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.pongasealdia.com/Normatividad/2021/DIAN/Dian-Concepto-0050.pdf>

²⁹ El documento puede consultarse en el siguiente enlace: <https://cijuf.org.co/normatividad/oficio/2019/oficio-19362.html>

impuestos descontables que figuren en tales documentos; pero como tales erogaciones realmente pertenecen al mandante la Ley y más exactamente el artículo 3º. del Decreto 1514 de 1998 consagran que para que el mandante pueda solicitar las partidas mencionadas no obstante no poseer las facturas expedidas a su nombre, presente como prueba la certificación de le debe expedir el mandatario donde se consigne la cuantía y concepto de los mismos, la cual debe ser avalada por contador público o revisor fiscal.

Es decir que, para estos casos, se plantea una excepción a la norma que exige la factura para la procedencia de los costos y demás factores mencionados.

Por lo tanto, no puede pretenderse que la certificación a que se ha hecho referencia pueda ser sustituida con las facturas que debió expedir el mandatario en desarrollo de su gestión ya que estas últimas dan cuenta de los ingresos del mandante así como del impuesto sobre las ventas generado y con la certificación lo que se pretende es soportar los costos, deducciones, impuestos descontables y/o devoluciones a que tiene derecho el mandante, los cuales no figuran en las facturas que el mandatario expida en desarrollo de su gestión (...).”

Los reembolsos solicitados por el mandatario Consorcio ME no correspondían a gastos incurridos en desarrollo del servicio de intermediación contratado y por ello no debían facturarse como parte de la remuneración; dichas sumas se originaron por los pagos hechos a terceros en nombre propio, pero por cuenta del mandante, según se acodó en el Contrato de Mandato No. C-3833-047-CM; por ello los efectos económicos y tributarios de esos pagos a proveedores se trasladan a quien autorizó realizar el gasto, para cuyo propósito el mandatario debía, y así lo hizo, expedir al mandante G&A Construcciones S.A.S. las certificaciones para soportar sus respectivos costos, deducciones e impuestos descontables, según el caso; quedando el mandatario obligado a conservar las facturas y demás documentos comerciales que soporten las operaciones que realizó por orden del mandante.

No se comprende por qué la apoderada de la ejecutante adujo que los documentos presentados no permitían diferenciar cuánto corresponde a reembolso de gastos y cuánto a prestación directa y propia del contrato de mandato, pues solo con observar las facturas y los certificados es fácil deducir que las primeras corresponden a la remuneración pactada por el mandato, incluyendo el IVA del 19%, y los segundos contienen los reembolsos propiamente dichos por concepto de pagos a terceros y movimiento a gravamen financiero de las operaciones, los cuales servirán de sustento al mandante para soportar los costos, deducciones o impuestos descontables, y devoluciones a que haya lugar, según lo autoriza la norma tributaria; en el entendido que se trata de documentos que constituyen prueba contable suficiente cuando llevan al convencimiento del hecho que se pretende probar, como lo ha expresado el Consejo de Estado³⁰.

Es que la Sociedad ejecutante no negó haber recibido los certificados, no probó haber hecho observaciones frente a su contenido o valores, ni manifestó que los materiales jamás fueron recibidos o que se entregaron en cantidades distintas a las señaladas en las facturas; limitándose a confutar la forma como se hizo el recobro.

³⁰ Puede consultarse Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 12 de diciembre de 2018, expediente 2012-00139-01 (20379); Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia 25000233700020150028501 (23111), May. 22/19.

Por lo discurrido, quedan sin sustento los argumentos expuestos por la demandante para oponerse al cruce de cuentas, en la medida que las obligaciones cuya compensación se invoca son líquidas y exigibles, al menos las indicadas en el análisis antecedente; ergo, resulta inaceptable que la mandante se excuse en supuestas ambigüedades que nunca puso de manifiesto y que a los ojos de este Juez colegiado carecen de soporte.

Los certificados de pagos a terceros expedidos por Mota Engil contienen información detallada y suficiente para que de conformidad con el artículo 771-2 del Estatuto Tributario³¹, G&A Construcciones S.A.S. haga valer los costos, deducciones o impuestos descontables y devoluciones a que tiene derecho, pues como bien lo afirmó su abogada, se trata de gastos asociados al mandato que corresponden al mandante; esa la razón para que las sumas pagadas a terceros no se incluyan en la factura sino en un certificado aparte, tal como lo estipula la regulación en la materia.

La supuesta doble facturación en que incurre Mota Engil es un asunto que escapa a este cobro compulsivo; en todo caso, no debe perderse de vista que las partes acordaron que el mandatario adquiriera en nombre propio y por cuenta ajena, los bienes o servicios requeridos para la ejecución de la obra y autorizados por el mandante, debiendo el proveedor, tal como lo manda la norma tributaria, expedir la factura a nombre del mandatario, quien a su vez debía emitir una factura a cargo del mandante por remuneración de la gestión realizada, acompañada de la certificación por reintegro de pago a terceros.

Dijo también la ejecutante que la parte demandada no consideró que sobre la comisión del 5% cobrada debía aplicarse retención, sin indicar el porcentaje ni la norma en que soportaba su afirmación; pero lo que más sorprende es que del tema nada dilucidó respecto de las seis facturas que sí fueron compensadas por un total de \$22'415.076, que corresponde a la sumatoria del importe de tales títulos; luego no se explica por qué esas facturas sí fueron aplicadas en un ciento por ciento y a las demás pretende restársele la retención en la fuente. Con todo, como quiera que el certificado de retención en la fuente emitido por G&A Construcciones S.A.S. para el Consorcio Mota Engil³² hace pensar que es probable que a ello haya lugar, se

³¹ “ARTICULO 771-2. PROCEDENCIA DE COSTOS, DEDUCCIONES E IMPUESTOS DESCONTABLES. <Artículo adicionado por el artículo 3o. de la Ley 383 de 1997. El nuevo texto es el siguiente:> Para la procedencia de costos y deducciones en el impuesto sobre la renta, así como de los impuestos descontables en el impuesto sobre las ventas, se requerirá de facturas con el cumplimiento de los requisitos establecidos en los literales b), c), d), e), f) y g) de los artículos 617 y 618 del Estatuto Tributario.

Tratándose de documentos equivalentes se deberán cumplir los requisitos contenidos en los literales b), d), e) y g) del artículo 617 del Estatuto Tributario. ...” (subraya fuera de texto).

“ARTICULO 617. REQUISITOS DE LA FACTURA DE VENTA. <Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> 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. <Literal modificado por el artículo 64 de la Ley 788 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> 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. ...”

³² Documento aportado por la parte ejecutada. Expediente digital - Carpeta 42pruebasContestacion1 - 5.1.14. Certificado de Retención Mota Engil20190320.pdf

dispondrá que la compensación se haga luego de descontada la retención que corresponda.

La parte ejecutante no desconoció la existencia de las obligaciones cuya compensación reclama el extremo ejecutado, por el contrario, en el interrogatorio su representante legal, señor Joaquín Camilo Vélez Cárdenas, manifestó: *“es que eso es muy complicado doctora porque ellos nunca mandaron facturas, ellos lo que mandaban era una certificación de terceros, entonces no, o sea, en sí nosotros no sabemos si le debemos o no le debemos a Mota Engil, por qué razón?, porque ellos nunca mandaron facturas y mandaban era una certificaciones a terceros”*; expresiones que confirman que la constructora recibió los certificados de pago a terceros emitidos por Mota Engil en calidad de mandatario, que como se explicó, no tenían por qué incluirse en la factura, quedando en evidencia que la acreedora es a la vez deudora del consorcio formado por las demandadas.

Con ese horizonte, la compensación invocada por la parte ejecutada debe abrirse paso, al menos respecto de las facturas y certificados que fueron presentados a la ejecutante, así: facturas Nos. SS2800000515, SS2800000597, SS2800000649 y SS2800000752, que en total suman \$15.256.188,01, y certificados de pago a terceros Nos. 5900000368, 5900000383, 5900000527, 5900000569, 5900000608, 5900000689, 5900000760, 5900000918, 5900000942 y 5900000492, que en total ascienden a \$635.663.010,42.

En consecuencia, la excepción denominada “pago parcial” está llamada a prosperar en parte, pues se equivocó la A quo al desestimarla so pretexto del principio de autonomía que rige los títulos valores y que impide tener en cuenta el pago parcial o la compensación cuya anotación no aparece en el cuerpo de las facturas, soslayando que la excepción personal era oponible porque se trata de las mismas partes intervinientes en el contrato subyacente, y dejando a un lado el soporte fáctico y probatorio del medio de confutación. Tampoco era válido que arguyera que la compensación no había sido alegada como excepción, porque al rompe se observa que ese modo de extinguir las obligaciones se puso de presente por las ejecutadas desde que fueron llamadas al proceso, siendo deber de la A quo interpretar el mecanismo confutación, con independencia de la nominación dada por la parte demanda³³, porque al fin y al cabo lo importante es *“la relación de los hechos en que se apoya. Algo más, hoy, frente a los poderes oficiosos del juez necesario se hace afirmar que lo fundamental, en verdad, no es la relación de los hechos que configuran una determinada excepción, sino la prueba de los mismos, en virtud de que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 306 precitado, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia. Actualmente el concepto privatista del proceso ha cedido ante los nuevos rumbos del derecho procesal, que busca la realización de la justicia fundándose en una verdad verdadera y no meramente formal”*³⁴; con mayor razón en vigencia del Código General del Proceso que ordena reconocer de oficio las excepciones que halle probadas, en cualquier tipo de proceso.

3.3. Compensación de las sumas retenidas en garantía.

³³ El deber de interpretar la demanda y las excepciones se encuentra consagrado en el numeral 5 del artículo 42 del C.G.P. Sobre la interpretación y la postulación del instituto jurídico por parte del juez se pueden consultar las sentencias SC del 20 de agosto de 1981, M.P. Alberto Ospina Botero; SC13630-2015, 7 de octubre de 2015, rad. No. 73411-31-03-001-2009-00042-01, SC9184-2017, 28 de junio de 2017, rad. No. 2009-00244-01 y SC3729-2020, 5 de octubre de 2020, rad. No. 11001-3103-031-2000-00544-01, entre muchas otras.

³⁴ CSJ CS sentencia de 29 de noviembre de 1979, M.P.: Germán Giraldo Zuluaga.

Considera la parte demandada que también tiene derecho a compensar la suma de \$160'369.437 por concepto de la retención en garantía que se autorizó al Consorcio Mota Engil, equivalente al 10% de las facturas aprobadas; suma que solo es exigible 30 días después de liquidado en contrato de obra, y como quiera que ello no ha sido posible por la renuencia del contratista, debe ser descontada de las facturas objeto de cobro compulsivo.

En el párrafo segundo de la cláusula 4.03 del Contrato Marco de Obra No. C-3833-047³⁵, se estipuló:

“Párrafo Segundo: Retención en garantía: El Consorcio ME, a título de retención en garantía, retendrá el diez por ciento (10%) del valor de las facturas que sean presentadas por el Contratista, lo cual es autorizado expresamente por él. Dicho porcentaje de retención en garantía, estará destinado, entre otros, a: (i) garantizar la calidad de la Obra ejecutada y los equipos empleados por el Contratista; (ii) a amparar el cumplimiento de los plazos establecidos y las obligaciones contenidas en este Contrato; (iii) a responder por los pagos que eventualmente el Contratante estuviera obligado a realizar. El valor retenido a título de garantía, será devuelto al Contratista, si a ello hubiere lugar, dentro de los treinta (30) Días, una vez liquidado el Contrato por cada obra realizada y después de descontar cualquier valor adeudado por el Contratista al Consorcio ME.”.

La finalidad de la cláusula es bastante clara, constituir una garantía a favor de la contratante para respaldar la calidad de la obra contratada y el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista; ello sin embargo no significa que configure una deuda a cargo del demandante y por lo tanto, no es posible su compensación, de cara a lo previsto en el artículo 1715 del Código Civil.

Nótese que no se trata de una suma de dinero que G&A Construcciones S.A.S. adeude al Consorcio Mota Engil -integrado por Mota Engil Engenharia e Construcao S.A. Sucursal Colombia y Mota Engil Perú S.A. Sucursal Colombia-, sino una especie de caución que se iba acrecentando a medida que el Consorcio fuera pagando las facturas presentadas por aquella, quedando sujeta a devolución una vez cumplidas las condiciones acordadas. Es decir que no se está ante una deuda, menos una líquida y exigible que pueda ser compensada, luego la excepción propuesta carecía de vocación de éxito y en ese orden, hizo bien la A quo en declararla no probada, al margen de que no se compartan las razones esgrimidas para adoptar esa decisión.

3.4. Reducción oficiosa de la condena en costas.

El numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso dispone: “[e]n caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.”

Pues bien, aunque la condena en costas emitida por la A quo no fue un tema explícito de confutación, considera este Colegiado que de conformidad con lo

³⁵ Expediente digital / Carpeta PRIMERA INSTANCIA / 42pruebasContestacion1 / 5.1.1. CONTRATO MARCO-C-3833-047-G&A-CONSTRUCCIONES- FIRMADO.pdf – fl. 18.

previsto en el inciso primero del artículo 328 ídem³⁶ en armonía con el inciso segundo del artículo 280 del mismo cuerpo normativo³⁷, es mandatario hacer un pronunciamiento de oficio, en tanto la prosperidad del recurso conlleva a que se declare parcialmente probada una de las excepciones formuladas y de paso, que no se acceda a la totalidad de las pretensiones.

La consecuencia lógica de lo anterior es que la condena en costas a la parte ejecutada no pueda ser plena sino fraccionada, pues su estrategia defensiva logró salir avante, impidiendo que se continúe la ejecución por la totalidad de lo pedido. Corolario, la condena será reducida a un 70%.

3.5. Conclusión. La decisión de seguir adelante la ejecución será confirmada en parte, pues las obligaciones objeto de cobro, representadas en tres facturas de venta emitidas por la demandante y aceptadas tácita e irrevocablemente por el Consorcio integrado por las ejecutadas, deben ser compensadas con las deudas causadas en virtud del contrato de mandato celebrado entre las mismas partes, por concepto de comisión y pagos a terceros, según el estudio hecho en precedente.

En derivación, se declarará parcialmente probada la excepción de pago parcial formulada por el extremo demandado y se continuará la ejecución por el saldo que resulte luego de realizar la debida compensación; además, se efectuará el respectivo ajuste a la condena en costas de primera instancia.

No se condenará en esta instancia al haber prosperado en parte el recurso planteado por el extremo ejecutado, conforme a lo previsto en los numerales 1 y 5 del artículo 365 del Código General del Proceso.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala de Decisión Civil Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE Y CON MODIFICACIÓN la sentencia proferida el 04 de mayo de 2021 por el Juzgado Civil del Circuito de Riosucio, Caldas, dentro del Proceso Ejecutivo Singular promovido por G&A Construcciones S.A.S. contra Mota Engil Engenharia e Construção S.A Sucursal Colombia y Mota Engil Perú S.A. Sucursal Colombia, integrantes del Consorcio Mota Engil.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal primero de la sentencia para declarar probada en parte la excepción de pago parcial. El ordinal quedará de la siguiente forma.

³⁶ “Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos en la ley. ...”

³⁷ “Artículo 280. Contenido de la sentencia. ... La parte resolutive ...; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y los perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código. ...”

“Primero: Declarar que prospera en parte la excepción de “Pago parcial” formulada por la parte demandada, y fracasa la de “Retención en garantía”.”

TERCERO: MODIFICAR el ordinal segundo, cuyo tenor quedará así:

“Segundo: Seguir adelante la ejecución a favor de G&A Construcciones S.A.S. y a cargo de Mota Engil Engenharia e Construc o S.A Sucursal Colombia y Mota Engil Perú S.A. Sucursal Colombia, integrantes del Consorcio Mota Engil, por el saldo que resulte de compensar las siguientes sumas de dinero:

Deudas a favor de G&A Construcciones S.A.S.:

1. \$255’686.189 correspondientes a la factura de venta No. 000057 del 06 de marzo de 2019; más los intereses comerciales de mora a la tasa máxima legal permitida, causados desde el 07 de marzo de 2019 hasta el pago total.
2. \$345’405.246 correspondientes a la factura de venta No. 000058 del 18 de marzo de 2019; más los intereses comerciales de mora a la tasa máxima legal permitida, causados desde el 19 de marzo de 2019 hasta el pago total.
3. \$207’243.146 correspondientes a la factura de venta No. 000059 del 09 de abril de 2019; más los intereses comerciales de mora a la tasa máxima legal permitida, causados desde el 10 de abril de 2019 hasta el pago total.

Sumas que deberán compensarse con los valores relacionados a continuación:

CERTIFICADO DE PAGO A TERCEROS	FECHA	VALOR	FACTURA POR COMISIÓN DEL 5%	FECHA	VALOR
5900000368	3/10/2018	\$ 116.150.398,00			
5900000383	4/10/2018	\$ 72.340.174,87			
5900000527	30/11/2018	\$ 8.028.787,20	SS2800000515	3/12/2018	\$ 475.809,60
5900000569	10/12/2018	\$ 21.445.942,00			
5900000608	16/01/2019	\$ 124.550.889,68	SS2800000597	16/01/2019	\$ 7.381.252,92
5900000689	12/02/2019	\$ 3.632.309,35	SS2800000649	12/02/2019	\$ 215.261,36
5900000760	28/02/2019	\$ 121.220.161,09	SS2800000752	28/02/2019	\$ 7.183.864,13
5900000918	5/07/2019	\$ 3.638.582,34			
5900000942	29/07/2019	\$ 66.247.436,83			
5900000492	30/11/2018	\$ 98.408.329,06			
TOTAL		\$635.663.010,42	TOTAL		\$15.256.188,01*

*La compensación de las cuatro facturas expedidas por el Consorcio Mota Engil se hará por las sumas que resulten luego de descontar la retención en la fuente a la que haya lugar.

Para efectos de la compensación deberán seguirse las reglas para la imputación del pago previstas en el artículo 1653 del Código Civil, es decir, primero a intereses y luego a capital, empezando por la obligación más antigua a favor de la ejecutante, y así sucesivamente.”

CUARTO: MODIFICAR el ordinal cuarto, en el sentido de señalar que la condena en costas de primera instancia impuesta a la parte demandada es parcial, en proporción del 70%.

El resto de la sentencia se conserva tal como fue emitida.

QUINTO: NO CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte recurrente.

Por Secretaría, **DEVUÉLVASE** oportunamente el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

SOFY SORAYA MOSQUERA MOTOA
Magistrada Ponente

ÁNGELA MARÍA PUERTA CÁRDENAS
Magistrada

ÁLVARO JOSÉ TREJOS BUENO
Magistrado

Firmado Por:

Sofy Soraya Mosquera Mtoa
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Despacho 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Manizales - Caldas

Alvaro Jose Trejos Bueno
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 9 Civil Familia
Tribunal Superior De Manizales - Caldas

Angela Maria Puerta Cardenas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 6 Civil Familia
Tribunal Superior De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

96a89f93b94966802db1e47bdfc3dd7cfa24420a9ae4ceab823d67f0646d9d2c

Documento generado en 22/11/2021 11:06:01 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>