

INTERÉS MORATORIO - Improcedencia - Contrato Estatal

La definición sobre el derecho-deber que tiene el Estado de pagar intereses de mora, empieza, según la Corte Constitucional -sentencia C-892 de 2001-, con un momento en el cual éste no tenía porque hacerlo, pese a que incurriera en retrasos, inobservancia o incumplimiento de la obligación de pagar a los contratistas. [...] La anterior posición fue reconsiderada, siendo procedente pactar intereses en los contratos del Estado, para castigar la mora en que incurra la entidad, en virtud del incumplimiento de éstos. Así lo manifestó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto del 3 de octubre de 1977. [...] De esta manera se empezaron a dar algunos pasos tendientes a consolidar la obligación, a cargo del Estado, de pagar intereses en sus relaciones contractuales, idea que encontró fundamento, además, en la estructura sinalagmática de los contratos estatales, en la reciprocidad, la equivalencia económica y la buena fe, que reglan los negocios del Estado. [...] En el mes de mayo de 1988, le correspondió a la Sección Tercera, una vez más, definir si las entidades públicas podían pactar intereses de mora en favor de sus contratistas, y si, además, podía condenárseles al pago de los mismos, cuando en el contrato se guardó silencio al respecto. En abierta oposición a la Sala de Consulta, la Sección Tercera resolvió afirmativamente ambos interrogantes, manifestando que ello resulta procedente en todos los contratos que celebre la administración. [...] Los argumentos expuestos en la anterior providencia, que aceptó el pacto de intereses de mora, ante el incumplimiento de la administración en el pago de sus obligaciones, o de condenar al pago de los mismos cuando se guarda silencio en el contrato, prevalecieron durante más de una década, en la que se siguieron reiterando, siempre que se presentaba el caso en que fuera preciso resolver el vacío dejado por el Decreto 222 de 1983, sobre intereses de mora aplicables al contrato estatal.

INTERÉS MORATORIO - Concepto

Ahora bien, al dinero –como bien patrimonial susceptible de constituir objeto de transacciones comerciales -, se le ha reconocido –por el legislador- la rentabilidad o aptitud para producir intereses que constituyen sus frutos civiles. Dentro de la regulación de tal renta se han incluido aspectos como el incumplimiento de las obligaciones en dinero, el monto de los intereses a falta de estipulación convencional y, de otro lado, el propósito de combatir la usura –manteniendo lo acordado por las partes dentro del límite de la razonabilidad y la justicia-.

INTERÉS MORATORIO - Clasificación

De otro lado, entre los intereses se distinguen tres clases: los convencionales, que corresponde a los acordados en un negocio por las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad; los corrientes, es decir, los que normalmente se cobran en un mercado; y los legales civiles, fijados expresamente en el Código Civil en el 6% anual. En razón de la causación, los intereses se conocen también como remuneratorios, es decir lo que devenga un crédito de capital, mientras el deudor no está obligado a restituirlo, hasta tanto la obligación no se haga exigible; y los moratorios, que el deudor debe pagar a título de indemnización de perjuicios desde el momento en que se constituya en mora de pagar un capital.

PAGO DE INTERESES - Causación

Ahora bien, que una condena genere intereses es una afirmación que necesita cierta claridad, porque: i) una cosa son los intereses que se deben por una deuda preexistente a un proceso judicial, y ii) otra la declaración de una deuda constituida apenas en la providencia judicial. En el primer caso el juez no declara la existencia de la obligación, la reconoce como preexistente y vinculante entre dos personas; mientras que en el segundo caso el crédito y la deuda apenas la declara la providencia judicial, es decir que el juez no dispone que existía sino que existe a partir de la ejecutoria de la providencia –en virtud de determinados hechos de donde se derivará el crédito-. [...] De esta manera, es lógico que si una sentencia reconoce que el deudor no canceló un crédito -que tenía fecha de vencimiento- no sólo ordenará pagar el capital –si aún se debe- sino también los intereses

de mora sobre él. Pero si la misma sentencia declara un obligación nueva -como reconocer una suma de dinero por concepto de la configuración de la teoría de la imprevisión-, el juez ordenará pagar la suma que compensa el daño, pero no ordenará el pago de intereses sobre la misma, porque esta obligación apenas la creó la providencia judicial, de allí que de ese pago aún no se puede predicar la mora.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013)

Radicación número: 08001-23-31-000-1995-09077-01(23441)

Actor: EMILIO LEBOLO ARQUITECTURA LTDA.

Demandado: MUNICIPIO DE GALAPA

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (APELACIÓN SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 11 de octubre de 2000, por el Tribunal Administrativo del Atlántico -fls. 386 a 421, cdno. ppal.-, que resolvió:

“1º.- Decláranse (sic) la nulidad del acto de adjudicación del contrato de obras públicas, para la construcción del Colegio Industrial de Galapa, expedidos por la Alcaldesa del Municipio de Galapa, tanto el contenido en el acta de audiencia pública celebrada el 29 de agosto de 1994, como el expresado en la Resolución No. 975 del 30 de agosto de 1994.

“2º.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condénase al Municipio de Galapa a pagar a la sociedad Emilio Lebolo Arquitectura Ltda. la cantidad de cincuenta millones ochocientos mil cuatrocientos cuarenta pesos con 84/100 M.L (\$50.800.440.84)

“3º.- La cantidad líquida reconocida en esta sentencia devengará intereses comerciales y moratorios de conformidad con el inciso 5º del artículo 177 del C.C.A.”

Esta sentencia fue objeto de una adición, mediante providencia del 26 de julio de 2001, que resolvió una solicitud de la parte demandante, relacionada con la actualización de la condena. Es su parte resolutive dispuso:

“Complementase la sentencia de fecha 11 de octubre de 2000 en el sentido de que la suma de cincuenta millones ochocientos mil cuatrocientos cuarenta pesos con 84/100 M.L. (\$50.800.440.84) debe actualizarse o ajustarse hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia con base en la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia.”

ANTECEDENTES

1. La demanda

La sociedad Emilio Lebolo Arquitectura Ltda., presentó demanda, el 10 de octubre de 1994 –fls. 232 y ss., cdno. 1-, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el municipio de Galapa –Atlántico- con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones -fls. 219 a 220, cdno. 1-:

“1.- Que se declare la nulidad absoluta del acto administrativo verbal de adjudicación del contrato a la sociedad comercial Ingos Limitada, proferido por la administración municipal de Galapa (Atlántico), emitido por José Joaquín Rincón en nombre de la Alcaldesa Nidia Ahumada Carpintero y del municipio de Galapa (Atlántico), del 29 de agosto de 1994.

“2.- Que, a consecuencia de la nulidad decretada se condene al municipio de Galapa, (Atlántico), a pagar a título de indemnización a la sociedad comercial Emilio Lebolo Arquitectura Limitada, la suma de noventa y ocho millones, cuatrocientos noventa y siete mil, seiscientos veinte pesos con veintiséis centavos moneda legal colombiana (\$98.497.620.26), M.L.

“Esta suma a pagar a título de indemnización de \$98.497.620,26 debe pagarse al demandante con lucro cesante de alcance compensatorio desde el momento en que se produjo el daño a la sociedad comercial Emilio Lebolo Arquitectura Limitada por expedición del acto ilegal, es decir, desde el 29 de agosto de 1994 y la suma a pagar a título de indemnización también debe contemplar la debida actualización monetaria del perjuicio ocasionado aplicándose la fórmula de

Ind. F.

“VP = vh _____

Ind. I.”

Como fundamento de las pretensiones, afirmó que el municipio de Galapa, mediante la licitación pública No. 03 de 1994, invitó a varias empresas a presentar ofertas para la construcción del Colegio Industrial, que debían reunir los requisitos técnicos y legales exigidos en el pliego de condiciones.

Señaló que los parámetros fueron acogidos por quienes voluntariamente hicieron parte de la licitación, y entre ellos, se encontraba la oferta de Emilio Lebolo Arquitectura Ltda., propuesta que alcanzó una evaluación óptima de 100 puntos sobre 100, y con tal calificación ocupó el primer lugar entre los oferentes participantes en el proceso de adjudicación. Sin embargo, a pesar de su puntaje, la demandante alegó que no fue escogida para ejecutar la obra, la que se adjudicó a la sociedad Ingos Ltda., quien ocupaba el segundo lugar, con un puntaje de 57.8 sobre 100, decisión comunicada en la audiencia pública de adjudicación, no por la representante legal del municipio sino por el asesor externo; notificación que, por demás, tuvo una particularidad y es que a los participantes no se les entregó copia del acto administrativo que adoptó la decisión, además de que tampoco se leyó en la audiencia. Señaló que, con justificación, no podía darse lectura a la resolución porque era inexistente.

Al adjudicarse el contrato a una persona diferente se incurrió en una ilegalidad, pues el demandante era quien reunía las calidades para ejecutarlo –recomendación que, incluso, emitió el Comité Evaluador-. Por lo expuesto, solicitó la nulidad del acto administrativo y el pago de los perjuicios causados.

2. Contestación de la demanda

El municipio adujo que los oferentes Arquitectura Modular e Ingos Ltda. presentaron objeción ante la administración frente a la evaluación de las ofertas, por los puntajes que obtuvieron, incluido el de Emilio Lebolo Arquitectura Ltda. Que dicha reclamación fue considerada solo en la audiencia pública de adjudicación, donde, como se les anunció a los proponentes inconformes, el Comité de Evaluación aclararía las inquietudes y críticas. Manifestó que a los oferentes se les anunció la celebración de la audiencia y que, incluso, se les exhortó a asistir con asesores jurídicos, técnicos y económicos, para defender sus propuestas.

Afirmó que el acto administrativo se notificó en estrados, porque se verificó la presencia de la parte actora en la audiencia pública, y que el 30 de agosto de 1994 el municipio expidió la Resolución No. 975, por medio de la cual se adjudicó el contrato de

construcción de la planta física del Colegio Industrial de Galapa, con lo cual se desvirtuó la afirmación de que el acto fue verbal y que lo expidió un particular –el asesor del municipio-.

Manifestó que en la audiencia varios oferentes exteriorizaron su inconformidad con la propuesta que presentó el demandante, específicamente con la parte eléctrica, pues no cumplía las exigencias establecidas en una *adenda* al pliego de condiciones, y que la respuesta de la parte actora no fue satisfactoria. Por último, señaló que de acuerdo con el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, la palabra “donación”, utilizada por la demandante para justificar el menor valor de un transformador de 400 KVA, constituía una motivación subjetiva que afectaba el deber de selección objetiva, motivo por el cual adjudicó el contrato al proponente ubicado en segundo lugar.

3. Alegatos de conclusión

Las partes reiteraron lo expuesto tanto en la demanda –la actora- como en la contestación –el demandado-. El Ministerio Público no intervino en esta instancia.

4. Sentencia apelada

El *a quo* analizó, inicialmente, el denominado por la parte actora como “quinto cargo”, donde se adujo que el acto no lo profirió la autoridad competente. El Tribunal observó que el particular –el asesor externo del municipio- que dictó –a juicio del actor- el acto administrativo, se limitó a moderar la audiencia pública y a reproducir la decisión adoptada por la alcaldesa de adjudicar el contrato a la sociedad Ingos Ltda. Consideró que si el acta de audiencia la firmó la representante legal y otras autoridades del municipio, era incuestionable que de aquélla provino la decisión administrativa demandada. Por tanto, el cargo no prosperó.

El segundo aspecto estudiado fue el denominado “sexto cargo”, sobre el cual la actora manifestó que el acto administrativo no se profirió mediante resolución escrita y motivada -como lo exige el art. 30 de la Ley 80 de 1993-, sino que fue verbal. Sobre lo señalado, el demandado indicó que el acto no fue verbal, porque se adoptó en el acta de la audiencia pública que se notificó por estrados, además de que posteriormente se expidió la Resolución No. 975, por medio de la cual se adjudicó el contrato para la construcción de la planta física del Colegio de Bachillerato Industrial.

El Tribunal estableció que, ciertamente, en el expediente obra copia auténtica de la Resolución No. 975, lo que, en principio, satisfacía el requerimiento del numeral 11 del art. 30 de la Ley 80 de 1993¹. Sin embargo, señaló que la adjudicación se produjo el 29 de agosto de 1994, en la audiencia pública. En efecto, advirtió que aunque el numeral 11 del art. 30 de la Ley 80 de 1993 ordena que el acto de adjudicación se haga mediante resolución, la misma norma acepta que se formalice de esta manera “en el evento de no haberse realizado la audiencia pública...”. En síntesis, el *a quo* consideró irrelevante discutir la validez de la citada resolución, toda vez que en la audiencia se adjudicó el contrato, y por esto el cargo tampoco prosperó.

Posteriormente estudió conjuntamente dos cargos: En el primero la parte actora manifestó que el acto administrativo violó el principio de igualdad, porque obtuvo el mejor puntaje en la evaluación de las propuestas, y que por eso debieron seleccionarlo para ejecutar el contrato; en el segundo, afirmó que al adjudicarle el contrato a otro proponente se ignoró el concepto del Comité Evaluador, que calificó su propuesta como la mejor, por lo que se vulneró el debido proceso.

Sobre esta cuestión, el Tribunal estableció que de acuerdo con el informe de evaluación de las propuestas –fls. 16 a 48, cdno. 1.- y con el cuadro de elegibilidad –fl. 405, cdno. ppal.-, se evidenció que la demandante ocupó el primer lugar en la licitación, por lo que el Comité de Evaluación recomendó que se le adjudicara la licitación. Sin embargo, fue necesario tener en cuenta que otros oferentes se opusieron a la propuesta presentada por la actora, al considerarla desequilibrada frente a las demás.

Para solucionar la controversia el *a quo* esgrimió lo consignado en numeral 5 del orden del día establecido en el acta de audiencia, que estaba reservado al informe de evaluación jurídica, técnica y económica, y el numeral 6 a las “Aclaraciones y sustentaciones”, de manera que concluyó que el Comité no solo dejó de explicar y despejar dudas, sino que la autoridad administrativa adjudicó a una firma distinta a la que ocupaba el primer puesto, sin indicar por qué cambió los criterios y por qué escogió a un proponente distinto al que obtuvo el mejor puntaje. Estimó que fue evidente la violación al debido proceso y, por ende, prosperaron los cargos.

Posteriormente, el Tribunal estudió el tercer cargo, que cuestionó el acto de adjudicación por transgredir el literal b) del ordinal 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, e igualmente el ordinal 7 del mismo artículo. Sobre la primera norma consideró que la

¹ Señala la norma que “... El acto de adjudicación se hará mediante resolución.”

acusación era infundada, pues lo que se cuestionó no fue el pliego de condiciones sino el acto de adjudicación. Sobre la segunda disposición -acusación por falta de motivación precisa y determinada del acto demandado-, señaló que la administración no justificó su decisión, no tuvo en cuenta el orden de elegibilidad y ni siquiera expuso el criterio para cambiar el oferente. El Tribunal consideró que fue en la contestación de la demanda donde la entidad adujo que el precio de la oferta del actor era artificial y que también existía una inconformidad en la parte eléctrica, pero que esto no se hizo en el acto administrativo donde era necesario expresarlo.

El último cargo estudiado fue el cuarto, que denunció al acto administrativo por violar los ordinales 2, 8, 9 y 10 del art. 30 de la Ley 80 de 1993, pero no prosperó. En estos términos, si bien, para el Tribunal no todos los cargos prosperaron varios sí resultaron ciertos, razón suficiente para invalidar el acto administrativo de adjudicación -tanto la resolución como el acta de audiencia pública-.

Finalmente, sobre la indemnización solicitada negó una parte de la utilidad, porque consideró que mientras no se ejecutará el contrato la rentabilidad era una expectativa de manera que concedió la suma de \$50'800.440,84.

5. Adición de la sentencia

La parte actora solicitó la complementación de la sentencia, porque no se pronunció respecto a una pretensión: actualizar el valor de la condena, "conforme a las técnicas actuariales ordenadas por las leyes y por la jurisprudencia de la justicia administrativa"², desde el momento en que se produjo el daño, es decir, a partir de la expedición del acto administrativo -29 de agosto de 1994- hasta la ejecutoria de la sentencia³.

Al resolver, el Tribunal consideró que omitió el pronunciamiento respecto de una pretensión, y sustentó su decisión en el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, que establece que en la sentencia se "deben resolver todas las pretensiones", y por eso ordenó actualizar la condena desde el día siguiente a la expedición del acto administrativo -es decir, a partir del 30 de agosto de 1994-, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, en los siguientes términos:

² Solicitud de complementación a la sentencia, fl. 423, cdno. ppal.

³ Fundamentó jurídicamente su petición en los artículos 170 del Código Contencioso Administrativo y 311 del Código de Procedimiento Civil.

“Complementar la sentencia de fecha 11 de octubre de 2000 en el sentido de que la suma de cincuenta millones ochocientos mil cuatrocientos cuarenta pesos con 84/100 M.L. (\$50.800.440.84) debe actualizarse o ajustarse hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia con base en la fórmula señalada en la parte motiva de la providencia.”

7. El recurso de apelación

Lo interpuso la parte demandante, con la finalidad de que, además de la condena principal, el municipio de Galapa pague los intereses de ese capital, desde el momento en que surgió la obligación –29 de septiembre de 1994- hasta su pago real y efectivo, es decir, que al capital actualizado deben incluirse los rendimientos financieros legales previstos en la Ley 80 de 1993 -que son del 12% anual-.

Para fundamentar el recurso reiteró parte de los hechos, y analizó los conceptos de daño emergente y lucro cesante, y que si bien el *a quo* sólo condenó al municipio por el daño emergente actualizado, la sentencia no se pronunció sobre el lucro cesante –que asimiló con los intereses-.

8. Alegatos de conclusión en segunda instancia

8.1. Del demandante: No intervino en esta etapa del proceso.

8.2. Del demandando: El municipio de Galapa se opuso a los cargos expuestos en la demanda, y enfatizó en los yerros que cometió el *a quo*, pero en verdad no contrarió la solicitud presentada por la recurrente. También consideró que el monto de la condena es excesivo, tratándose de un municipio de quinta categoría, y sobre el particular expuso que el juez tuvo en cuenta como base para el cálculo de la indemnización el 10% del valor de la propuesta, fijando este porcentaje como utilidad posible del contrato, lo que a su juicio fue exagerado, ya que la actora fue quien fijó la ganancia esperada en atención a los *ítems* de administración e imprevistos, pero al no ejecutar el contrato no debían reconocerse. Además, sobre el monto de la condena, señaló que respecto a la pérdida de la oportunidad, y teniendo en cuenta la inexecución del contrato, el reconocimiento por este concepto debía ser del 50% de lo esperado⁴, posteriormente –con base en un caso concreto y por analogía-, manifestó que el monto final de la indemnización debía quedar al arbitrio del juez, para finalmente señalar que debía ser del 20% de la utilidad.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de junio 15 de 2000, expediente 10.963.

Otro argumento del demandado fue la morosidad del *a quo*, pues profirió la sentencia tres años después de presentados los alegatos de conclusión, retraso que impuso una carga mayor al municipio, por la actualización del monto de la indemnización y los intereses comerciales y de mora reconocidos en la sentencia.

Por último, insinuó que como la sentencia no la apeló la administración, debía consultarse, como lo consagra el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo. Incluso, haciendo uso del derecho de petición solicitó, luego de presentados los alegatos - con idéntica fundamentación fáctica y jurídica a la expuesta en el curso del proceso-, que se diera trámite al grado jurisdiccional de consulta que solicitó en el término de traslado del recurso de apelación.

8.3. Concepto del Ministerio Público: Apoyó la decisión de primera instancia, e hizo un estudio jurídico íntegro del problema de la adjudicación que propuso el demandante en su escrito, y por eso compartió que la licitación se le debió adjudicar, pues obtuvo el primer lugar en el proceso de selección, pero olímpicamente la entidad territorial adjudicó el contrato a quien ocupaba el segundo lugar, sin acreditar que la parte actora no cumplía las especificaciones del pliego de condiciones –fl. 474, cdno. Ppal.-.

En cuanto al daño, expresó una diferencia importante con el fallo de primera instancia, manifestó que debió considerarse lo expuesto por el apoderado de la entidad territorial, es decir, que la liquidación de la indemnización es exagerada, toda vez que al no ejecutarse el contrato y, por tanto, al no invertir el demandante tiempo ni esfuerzo en la construcción, resulta inequitativo que se pretenda restablecer el derecho a través del reconocimiento de los *ítems* de administración e imprevistos, cuando lo cierto fue que la empresa no sufragó esos gastos. Concluyó que la indemnización debió ser inferior a la ordenada, conforme lo señalaba la jurisprudencia de la época –fl. 477, cdno. ppal.-. Finalmente, indicó que sobre esa suma "... deberá reconocérsele como indemnización el 50% con los intereses actualizados..." –fl. 478, cdno. ppal.-.

CONSIDERACIONES

Antes de realizar el estudio detallado correspondiente a este recurso, advierte la Sala que la sentencia no será consultada –como lo solicitó el demandado- ni se accederá al recurso de apelación, para lo cual se expondrán las razones que conducen a ello, siendo necesario analizar: *i)* la competencia de la Corporación para conocer del presente asunto, *ii)* el grado jurisdiccional de *consulta* y el alcance del recurso de *apelación* que interpuso la parte actora, *iii)* el alcance del recurso de apelación y la petición del Ministerio Público

en esta instancia, y iv) el caso concreto, al interior de cuyo acápite se analizará: a) La interpretación de la demanda en relación con la pretensión de pago de intereses moratorios, y b) La exigibilidad del pago de los intereses moratorios a partir de la sentencia.

1. Competencia del Consejo de Estado

De acuerdo con el artículo 129⁵ del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 -modificado por el Acuerdo 55 de 2003 del Consejo de Estado- la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho instaurados contra actos administrativos expedidos por cualquier autoridad que versen sobre asuntos contractuales, como el del caso concreto.

En la cuestión que ocupa a la Sala, la demandante ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo -acta de la audiencia pública y Resolución No. 975 de 1994- mediante el cual se adjudicó a la sociedad comercial Ingos Limitada, el contrato para la construcción del Colegio Industrial del municipio demandado. Adicionalmente, cuando se presentó la demanda –el 10 de octubre de 1994- para que un proceso fuera de doble instancia su cuantía debía exceder de \$2'200.000, y en el caso bajo estudio la pretensión era superior a tal monto -\$98.497.620.26-, de manera que era de aquellos que podía impugnarse.

2. El grado jurisdiccional de *consulta* y el alcance del recurso de *apelación* que interpuso la parte actora.

El artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998 –aplicable al caso concreto, porque el recurso de apelación se presentó el 1 de agosto de 2001-⁶, fijó el alcance de la consulta en los siguientes términos:

⁵ “Art. 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. (...).”

⁶ Sobre el grado de consulta, en vigencia del art. 184 original del C.C.A., la Sección Tercera ha señalado sobre su procedencia que lo primero que se debe clarificar es la normativa procesal

aplicable a un proceso, porque el artículo 184 CCA. fue modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, norma que introdujo importantes novedades en relación con el grado jurisdiccional de consulta. Para tal fin, resulta pertinente recordar lo que dispone el artículo 164 de la Ley 446 de 1998, que reguló el tránsito legislativo.

“Art. 164. Vigencia en materia Contencioso Administrativa. En los procesos iniciados ante la jurisdicción contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren empezado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación.”

La jurisprudencia de la Sala ha precisado que aunque esta norma no se refiere expresamente al grado jurisdiccional de consulta, debe entenderse previsto en ella, en virtud de la aplicación analógica, de tal suerte que en cumplimiento de la citada disposición legal, y teniendo en cuenta los recursos presentados antes de su entrada en vigencia, está claro que la norma aplicable es el texto original del artículo 184 del Decreto 01 de 1984, cuyo texto original disponía:

“Art. 184. CONSULTA. Las sentencias y los autos sobre liquidación de condenas en abstracto dictados en primera instancia que impongan una obligación a cargo de cualquier entidad pública, deberán consultarse con el superior, cuando no fueren apeladas por la administración.

“La consulta se tramitará y decidirá previo un término común de cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito.

“La consulta se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades. La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado.”(resaltado fuera de texto)

Según esta norma, para que procediera la consulta conforme al artículo original debían cumplirse varios presupuestos: *i*) que la sentencia fuera dictada en primera instancia, es decir, que era indispensable que el proceso tuviera doble instancia; *ii*) que la condena impusiera una obligación a cargo de una entidad pública; *iii*) que la sentencia no la hubiere apelado la Administración, lo cual ha entendido la Sala que se cumple también cuando la entidad pública a pesar de interponer el recurso no lo sustenta. Los mismos requisitos exigía esta norma para la consulta de los autos dictados para la liquidación de condenas proferidas en abstracto.

La Ley 446 de 1998 -art. 57- introdujo algunas modificaciones al texto original del artículo 184 del C.C.A., aunque conservó varios aspectos, en cuanto a la procedencia del grado jurisdiccional de consulta. Pero tanto en una legislación como en la otra, es claro que la finalidad del grado jurisdiccional de consulta es la protección del patrimonio público, y de esta forma se habilita al superior inmediato para revisar, de oficio, el fallo del *a quo*, cuando quiera que la entidad pública condenada no apela la sentencia, pues de haberlo hecho no procedería la consulta. Claro que a la luz de la Ley 446 de 1998, también procede la consulta cuando las sentencias son proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador *ad- litem*.

¿Pero, qué ocurría cuando la entidad pública, a pesar de interponer el recurso de apelación, no lo sustentaba? ¿procedía la consulta? La Sala resolvió este problema de la siguiente manera: “cuando la entidad demandada interponga el recurso de apelación pero no cumpla con el deber de sustentarlo, el recurso se tendrá por no presentado, ateniéndose al carácter tuitivo que refleja el Código Contencioso Administrativo, en relación con el patrimonio público, y al fin útil de la norma que consagra el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de la entidad pública demandada y en consecuencia del patrimonio de la Nación que se ve afectado con la condena.” - Auto de 3 de marzo de 2005, exp. 26.197-

De esta manera, siguiendo las directrices de la ley y de la jurisprudencia de la Sala, se asumía el conocimiento del grado jurisdiccional de consulta, cuando se cumplían los requisitos del artículo 184 original del Decreto 01 de 1984, es decir cuando se trataba de una sentencia dictada en primera instancia, que imponía una obligación a cargo de una entidad pública, y que si bien era apelada por

“Art. 184. Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier Entidad Pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse por el superior cuando no fueren apeladas”. (...)

Sobre el particular se ha pronunciado la Corporación en reiteradas oportunidades -como en la sentencia del 25 de febrero de 2009, rad. 25.508-, donde señaló que “Previo a decidir el asunto de fondo, es necesario precisar que la consulta, en los términos del artículo 184 del C.C.A., se tramita en procesos de dos instancias en las cuales la respectiva sentencia de primera imponga una condena de 300 S.M.L.M.V., en contra de una entidad pública, siempre que aquellas no fueren objeto de recurso de apelación”.⁷

La Corporación ha determinado que la consulta, como grado jurisdiccional, abre al conocimiento del superior todo el asunto objeto de debate, es decir, que cuando la sentencia no se apela, y además se impone una condena en concreto en contra de una entidad pública, que excede trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (300 SMLMV), en defensa de su patrimonio se consulta el fallo, es decir, el juez superior analiza todo el proceso en su favor sin limitación frente a la decisión de primera instancia. Respecto a la condena en concreto, a que refiere el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, la Corporación señaló que: “La doctrina jurídica en materia procesal ha elaborado criterios para distinguir las sentencias que declaran la existencia o inexistencia de una relación jurídica; diferentes de las sentencias de condena que son las que imponen al demandado una obligación de dar, de hacer, o de no hacer; y las constitutivas que crean, modifican o extinguen por sí mismas un estado jurídico, introduciendo una estructura o situación jurídica nueva. Por tanto, las sentencias consultables son aquellas condenatorias que imponen una obligación de carácter económico a cargo de cualquier entidad pública.”⁸

Entonces, para que un fallo sea consultable, la condena, además de ordenar una obligación de dar, hacer o no hacer, debe imponer un carga pecuniaria, que se halla en la parte resolutive de la sentencia, situación deducible tanto del inciso primero de la norma

la administración municipal, en caso de no sustentarse el recurso se entendía como no presentado. Por esta razón, se adelantaba el examen de toda la sentencia de primera instancia, y no sólo de los aspectos cuestionados por la parte apelante.

⁷ Providencia reiterada por la Sección Tercera en la sentencia del 30 de marzo de 2011, radicado No. 33.238.

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 2 de marzo de 2010, rad. 00091-01 (REV)

citada –que exceda trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales– como del segundo del artículo 184, que establece: “las sentencias que impongan condena en abstracto *sólo serán consultables junto con el auto que las liquide*, en los eventos del inciso anterior.” De modo que es fácil deducir que la condena a que hace referencia el inciso primero de esta norma –en concreto- debe determinarse de manera precisa, en lo que atañe a la cuantía⁹.

Ahora bien, el grado jurisdiccional de consulta también es procedente cuando –en términos del artículo 184 del C.C.A.-, las sentencias de primera instancia “no fueren apeladas”. Claro está que para esta norma no importa de quién provenga la impugnación –bien de la parte demandante o bien de la demandada-, pues si la administración no apela, por desidia o por estar conforme con el fallo, y por el contrario el particular lo hace, mal haría la Corporación en darle trámite a la consulta de una providencia donde el apelante único reclama sus derechos, pues desconocería el principio de la *no reformatio in pejus*¹⁰, constitucionalmente adoptado a favor de un proceso justo.

⁹ En reiterados pronunciamientos la Corporación ha destacado la necesidad de tener en cuenta, en el grado jurisdiccional de consulta, el monto de la condena impuesta; por ejemplo: Sección Tercera, autos del 18 de noviembre de 1994 -rad. 10.221- y de 13 de julio de 1995 -rad. 10.945-; así como en la sentencia del 18 de mayo de 2000 -exp. 11.707-.

¹⁰ En la sentencia del 11 de agosto de 2010 -rad. 18.894-, la Sección Tercer expresó: “Dicha garantía, que le imposibilita al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de quien ha de aparecer como apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política. No sobra puntualizar que la *no reformatio in pejus* –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: i).- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la litis (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; ii).- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “... aun cuando fuere desfavorable al apelante” (artículo 357, inciso final, C. de P. C.). Pues bien, a la luz de esta garantía, que le impone al juez de la segunda instancia el deber de respetar o de preservar el fallo apelado en aquellos aspectos que no resultaren desfavorables para el apelante único y que el mismo no hubiere cuestionado por considerarlos no perjudiciales para sus derechos o intereses, conecta perfectamente con la anteriormente referida limitación material que de igual manera debe respetar el juez de segunda instancia, contenida en la parte inicial del inciso primero del artículo 357 del C. de P. C., en razón de la cual “[l]a apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, ...”, de lo cual se desprende con claridad que si la apelación debe entenderse interpuesta

Además, el primer interesado en defender el patrimonio público debe ser la administración, que tiene la obligación de estar pendiente de las decisiones judiciales que la afecten, ejerciendo su derecho al debido proceso, sin más dilaciones, en favor del bien común.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala no puede discriminar al apelante único de este proceso -es decir, a la parte actora-, accediendo a la petición que formuló el ente territorial -durante el trámite de la segunda instancia- pues el art. 184, aunque establece la consulta a favor de la administración, señala que procede contra sentencias que no fueron apeladas, sin distinguir quien interpone este recurso. En tal sentido, en la sentencia del 25 de febrero de 2009 -rad. 25.508- la Corporación manifestó: "Ahora bien, según lo dispone la norma en comento y como se hizo referencia en el párrafo precedente, la consulta se tramitará a favor de la entidad pública condenada, de tal manera que la competencia de la Sala se extiende sobre todo el asunto objeto de debate sin que sea viable perjudicar su situación actual, tal y como habría ocurrido en caso de que se hubiere admitido el recurso de apelación formulado por haber sido la entidad pública apelante único."

El aparte transcrito señala que no es posible desmejorar la situación de la administración, en el grado jurisdiccional de consulta -como si ésta fuera un apelante único-, lo que permite inferir que es procedente cuando no se impugna la decisión, pero por ninguna de las partes.

Incluso, la Corporación ha reiterado la improcedencia de la consulta cuando la sentencia se ha impugnado, aún cuando el apelante no sea la administración sino el particular. En la sentencia del 11 de agosto de 2010 -rad. 18.894- estableció: "Previo a abordar el análisis respecto del objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, *resulta necesario precisar que en el presente asunto no hay lugar a tramitar el grado jurisdiccional de consulta previsto en el artículo 184 del C.C.A.* Ahora bien, resulta necesario precisar, *ab initio*, que el

únicamente en relación con aquello que en el fallo impugnado resultare perjudicial o gravoso para el recurrente, el juez de la segunda instancia está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho recurrente único -y con ello para el resto de las partes del proceso-, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente, por encontrarse conforme con ellos."

recurso de apelación interpuesto por la parte demandante está encaminado a que se reconozcan los perjuicios materiales denegados en la sentencia de primera instancia, a que se aumente el monto de los perjuicios morales y fisiológicos reconocidos a favor de los demandantes relacionados en la parte resolutive de la sentencia apelada y a que se reconozcan los perjuicios morales a favor de las personas que acuden al proceso en calidad de hermanos de la víctima. Lo anterior obliga a destacar que el recurso que promueve el apelante único, cuya situación no puede desmejorarse en virtud del principio constitucional de la *no reformatio in pejus*, se encuentra limitado a los aspectos alegados y señalados de manera puntual en dicho recurso como motivo de inconformidad para con el fallo impugnado, consideración que cobra mayor significado en el *sub lite* si se tiene presente que en cuanto corresponde a los demás aspectos de la sentencia cuestionada, incluyendo la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada, la propia parte recurrente manifiesta su conformidad y sostiene que esos otros aspectos del fallo de primera instancia merecen ser confirmados”.

En conclusión, habiéndose analizado los presupuestos de procedencia del grado jurisdiccional, la Sala advierte que la sentencia de primera instancia del caso concreto no será consultada, como lo pide la parte demandada, por dos razones:

- i) Porque si bien, el fallo del 11 de octubre de 2000 fue proferido en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Atlántico, y condenó a la entidad territorial a pagar una suma de dinero en concreto, la misma ni siquiera alcanza la cuantía exigida en el artículo 184 del C.C.A., pues corresponde a la suma de cincuenta millones ochocientos mil cuatrocientos cuarenta pesos con 84/100 M.L. (\$50.800.440.84), cifra inferior a trescientas veces el salario mínimo legal dispuesto para el año 2000¹¹ –en que se profirió la sentencia-.
- ii) Porque la parte demandante apeló la decisión, solicitando el reconocimiento y pago de los intereses moratorios del capital actualizado, de manera que tampoco se cumple este otro presupuesto del art. 184 analizado.

3. Alcance del recurso de apelación del caso *sub iudice*, y la petición del Ministerio Público en esta instancia.

¹¹ Para la fecha en que se profirió la sentencia -11 de octubre de 2000- el salario mínimo correspondía a \$260.100, es decir, para que un fallo fuera consultado la condena debía exceder de \$78'030.000.

En los términos expuestos, el debate se circunscribirá al aspecto apelado por la parte actora del proceso -a quien se le concedió, en primera instancia, algunas de las pretensiones, pero se le negaron otras-, es decir que sólo se estudiará si el apelante único tiene derecho a que el municipio de Galapa le pague intereses moratorios del 12% anual -Ley 80-, sobre la suma concedida por el *a quo*, por indebida adjudicación de la licitación, a partir del 29 de septiembre de 1994 y hasta su pago real y efectivo.

Antes de resolver esta cuestión hay que advertir que el Ministerio Público solicitó que se reduzca la condena que se impuso al municipio, sin tener en cuenta el principio de la *no reformatio in pejus*, a sabiendas de que la parte demandante es apelante única¹², y que por las razones ya expuestas no procede el grado jurisdiccional de consulta, de allí que su solicitud no será atendida, por improcedente, pues se carece de competencia para analizar -aunque se quisiera- cualquier aspecto decidido favorablemente para el apelante en la primera instancia, entre ellos: la responsabilidad declarada a cargo de la administración municipal, el monto de la condena - $\$50'800.440,84$ -¹³ y el reajuste de la

¹² En este sentido se pronunció esta Corporación en sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18.894: "Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez ad quem, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la no reformatio in pejus, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia".

¹³ No sobra indicar que el *a quo* erró al calcular el valor de la indemnización en el mismo porcentaje de constitución de la garantía de seriedad de la oferta -10% del valor de ella-, porque en la actualidad la Sala tiene establecido que debe corresponder al monto de la utilidad esperada. Claro está que en la fecha de la providencia impugnada esta claridad no existía, de ahí que el tribunal acogió una de las tesis que se habían formulado hasta esa época. En todo caso, en la sentencia de octubre 22 de 2012 -exps. acumulados Nos. 22.088 y 39.109- la Subsección C de la Sección Tercera resumió las posiciones de la siguiente manera: "En la actualidad, vale la pena aclararlo, aunque esto no incide en la decisión, la Sección Tercera tiene establecido que "Sobre eventos de esta naturaleza, la jurisprudencia de esta Sección se ha pronunciado en repetidas ocasiones, y ha llegado a las siguientes conclusiones, las cuales se presentarán considerando la línea jurisprudencial que se puede construir en su etapa más reciente:

"Primera posición jurisprudencial. En una primera época, el Consejo de Estado consideró que cuando se deja de adjudicar un contrato, a quien demuestra haber presentado la mejor oferta en una licitación, se le debe indemnizar, en forma plena, tanto el lucro cesante como el daño emergente. Dice la jurisprudencia, en este sentido que:

"Ante la anulación del acto administrativo de adjudicación y demostrado como está que la sociedad MUEBLES METÁLICOS FAMET LTDA tenía derecho a que se considerara su propuesta en el proceso de selección de la licitación 00-11-88 y a que se le adjudicara el ítem 4 de la misma y ante la imposibilidad de retrotraer al estado inicial dicho proceso o de que el juez obligue a la Administración a contratar, deberá indemnizársele por los perjuicios materiales causados en su doble dimensión de daño emergente y lucro cesante, como fueron

solicitados en la demanda y que fueron acreditados mediante la prueba pericial practicada para el efecto. (...)

“En este orden de ideas, acorde con lo dispuesto por el a quo en la sentencia de primera instancia y ahora por la Sala, a la demandante se le reconocerá las siguientes sumas de dinero:

“a. A título de daño emergente la suma de \$2.706.188 que corresponde al ciento por ciento (100%) que hubiera recibido como utilidad de habersele adjudicado el ítem 4 de la licitación, suma que se actualizará, como lo dispuso el a quo con el índice de precios al productor -antes al por mayor- certificados por el Banco de la República para lo cual se tomará como índice inicial el del mes de enero de 1989 y final el del mes de abril de 1998.”

(...)

“*Segunda posición jurisprudencial.* En otro momento de la jurisprudencia, la Sala estimó que la indemnización debida por la administración al perjudicado, cuando se ha dejado de adjudicar un contrato a quien tenía derecho a ella, no podía equivaler al 100% de la utilidad esperada -como se indemnizó en el caso anterior-, por dos razones, principalmente:

“Primero, porque la utilidad esperada no es algo seguro, sino una mera expectativa, y bien podría resultar inferior, de haberse ejecutado el contrato realmente. Segundo, el hecho de que el eventual adjudicatario, y luego contratista, no haya asumido ningún riesgo técnico, económico o administrativo con la ejecución real del contrato, además de no haberse hecho ningún esfuerzo laboral en la consecución de la utilidad esperada, no justifica la indemnización de la totalidad de la misma.

“Esta posición se sostuvo en la sentencia de abril 12 de 1999 -Sección Tercera, exp. 11.344. Actor: Miguel Castellanos Rodríguez. Demandado: HIMAT-, en la que se expresó: (...)

“Esa posición fue reiterada, entre otras, en la sentencia de 18 de mayo de 2000 -exp. 11.725-. Según este criterio, la indemnización correspondería a un porcentaje de la utilidad esperada, determinada por el juez, en aplicación del principio del arbitrio judicial, ya que, atendiendo a los dos criterios expuestos, el 100% de dicha utilidad no se corresponde con el daño sufrido.

“*Tercera posición jurisprudencial.* En la última época de la jurisprudencia, que es la vigente, se retornó a la primera tesis expuesta, es decir, a la indemnización del 100% de la utilidad esperada, bajo los siguientes argumentos: En primer lugar, la indemnización que se debe pagar al oferente que debió ser favorecido con la adjudicación corresponde al porcentaje de la utilidad que esperaba obtener, según se haya establecido en su oferta. No es posible conceder una indemnización superior porque cualquier monto por encima constituye un daño eventual, es decir, que carece de certeza, y por eso mismo resulta jurídicamente imposible indemnizarlo. En segundo lugar, la indemnización debe equivaler al 100%, porque no es posible para el juez deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad que esperaba, de haber ejecutado el contrato. Es decir, el hecho de que no haya tenido que hacer un esfuerzo, administrativo, financiero o técnico, no significa que necesariamente su utilidad hubiera sido inferior.

“Así se expresó en la sentencia de noviembre 27 de 2002 -exp. 13.792-, en la que se manifestó: (...)

“Este es el criterio que mantiene la Sala desde hace varios años, porque considera que cuando se priva de la adjudicación o de la ejecución de un contrato, a quien debió ser favorecido con esa decisión, se le causa un perjuicio cuya valoración, en principio, corresponde al monto de la utilidad que esperaba si el contrato le hubiera sido adjudicado.

misma, pues la competencia del juez de segunda instancia se circunscribe, tratándose del recurso de apelación presentado de manera única, a los puntos cuestionados por el impugnante. Sobre este tópico, es decir sobre el alcance del recurso de apelación único, la Sección estableció que –sentencia del 19 de octubre de 2011, exp. 18.082-:

“Se hace esta precisión porque la ley procesal establece que cuando ambas partes apelan una sentencia no opera el principio de la *no reformatio in pejus*, es decir, que en los asuntos cuestionados se puede decidir en contra de cualquiera de las partes, modificando, sin limitaciones, la decisión de primera instancia. En este sentido, establece el art. 357 del CPC.: ‘... Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.’

“No obstante, debe quedar claro -desde ahora- que en todo caso la competencia de la Sala se circunscribirá a los aspectos o temas apelados, es decir –según acontece en el proceso-, que de la infinidad de pretensiones que hicieron parte de la demanda -algunas de las cuales concedió el *a quo*- la Sala sólo se ocupará de revisar los aspectos que fueron objeto de inconformidad en el recurso de apelación. Por ende, lo que la parte no planteó como motivo de diferencia con el *a quo* no será revisado en la segunda instancia. Esta conclusión se apoya en el parágrafo primero del art. 352 del CPC., que establece: ‘El apelante deberá sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolverlo, a más tardar dentro de la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360, so pena de que se declare desierto. *Para la sustentación del recurso, será suficiente que el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia.*’ (Resalto fuera de texto)

“En este horizonte, la Sala no estudiará los aspectos de inconformidad que la parte actora introdujo en los alegatos de conclusión en esta instancia, sino sólo los que planteó cuando sustentó el recurso de apelación –así hubiera sido de manera sucinta-, y que quedaron identificados en el numeral 4.1.2. Los demás temas o decisiones, aunque le hayan sido desfavorables, no los apeló ni los sustentó, de manera que se entiende que quedó conforme con la decisión que se adoptó sobre ellos, actitud que es perfectamente posible, cuando la providencia convence a la parte que litiga sobre la suerte de sus pretensiones, decisión que se apoya en las pruebas del proceso y en las razones que esgrime el juez para resolver las reclamaciones.”

“Para que esta forma de valorar el perjuicio pudiera desecharse, sería menester que en el proceso se discutiera la desproporción de la utilidad esperada, o la existencia de una especial dificultad que tendría el proponente para alcanzarla, lo cual, sin duda alguna, necesita de la prueba correspondiente que desvirtúe el monto de la misma. Esto, sin embargo, no ocurre en el presente proceso.

“No obstante, lo particular de esta jurisprudencia es que se ha aplicado en tres supuestos: i) en eventos de indebida adjudicación de un contrato, ii) en caso de indebida declaración de desierto de un proceso de selección, y iii) en supuestos de imposibilidad de ejecutar un contrato adjudicado.”

En los términos expuestos, sólo se estudiará el aspecto del recurso de apelación destacado antes.

4. Consideraciones generales sobre los intereses moratorios en los contratos estatales

En este lugar se examinará la línea jurisprudencial que en eventos similares y ante el mismo problema jurídico ha desarrollado la Corporación, sin embargo, hay que tener en cuenta que la posición no ha sido históricamente uniforme, a efectos de dar aplicación, en el caso concreto, al último precedente en la materia, el cual la Sala encuentra razonable.

4.1. Tesis que niega la obligación de pagar intereses de mora

La definición sobre el derecho-deber que tiene el Estado de pagar intereses de mora, empieza, según la Corte Constitucional -sentencia C-892 de 2001-, con un momento en el cual éste no tenía porque hacerlo, pese a que incurriera en retrasos, inobservancia o incumplimiento de la obligación de pagar a los contratistas. En palabras de la Corporación:

“Como antecedente histórico al carácter obligatorio de esta figura, hay que señalar que, inicialmente, en el derecho público se le reconocía a la Administración el privilegio de no pagar intereses de mora, amparándose en el criterio de la inexigibilidad del *lucrum cessans*. Conforme al derecho español, la implementación de este privilegio se remonta al derecho regio en el que se determinó que *princeps in contractibus, non deber usuras*, y cuya justificación se encontró en la semejanza que se hacía del fisco con los derechos reconocidos al menor de edad. A mediados del siglo XIX, la jurisprudencia abandonó este concepto y encontró un nuevo e importante respaldo para continuar exonerando a la administración de pagar intereses de mora, en los principios del control parlamentario del gasto público, de la especialidad de las partidas y de la inexistencia de la mora culposa por retardo del pago¹⁴.”

4.2. Tesis que admite la obligación de pagar intereses de mora

La anterior posición fue reconsiderada, siendo procedente pactar intereses en los contratos del Estado, para castigar la mora en que incurra la entidad, en virtud del incumplimiento de éstos. Así lo manifestó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto del 3 de octubre de 1977, donde señaló:

¹⁴ Cfr. VILLAR PALASI J. L. Pago de intereses de mora en los contratos administrativos. Ob. Cit. pág. 138.

“...si la ley no ha establecido para la Administración la restricción de fijar esos intereses de mora, bien puede ella hacerlo. Es un aspecto de ese campo, como se ha dicho, en el que por no existir restricciones legales, como en otros, puede moverse la administración en la celebración de sus contratos.

“1. Como bien se señala en la formulación de la consulta, y la ley es clara y sobraría todo comentario pues no podría ser sino redundante, el Código de Comercio dispone en su artículo 22 que ‘Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial’ y el artículo 20 que dispone que son mercantiles para todos los efectos legales los actos y operaciones de ‘las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones’ (ordinal 15 del mismo artículo), disposiciones que no pueden llevar sino a una conclusión: que **los contratos, incluidos entre ellos los de la administración, celebrados con una empresa de este género, son actos mercantiles, y están ellos regulados por el Código de Comercio pues por disposición también de este estatuto ‘Los comerciantes y asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la Ley Comercial’ (artículo 1º).**

“Siendo esto así, rigiendo en estos casos y para estos efectos la ley comercial, los intereses de mora son los intereses fijados en el artículo 884 del Código de Comercio y la respuesta a la consulta es la de que **cuando un establecimiento público celebra un contrato administrativo de obras públicas con una empresa de obras o construcciones, empresa comercial, los intereses de mora que debe pagar la entidad pública serán los pactados, si se han pactado, y en ningún caso podrán exceder los señalados en el artículo 884 del Código de Comercio**”. (Negrillas fuera de texto)

De esta manera se empezaron a dar algunos pasos tendientes a consolidar la obligación, a cargo del Estado, de pagar intereses en sus relaciones contractuales, idea que encontró fundamento, además, en la estructura sinalagmática de los contratos estatales, en la reciprocidad, la equivalencia económica y la buena fe, que reglan los negocios del Estado.

4.3. Tesis intermedia, sobre la obligación de pagar intereses de mora

Con la expedición del Decreto 222 de 1983, y la diferencia que estableció entre contratos administrativos propiamente dichos y contratos de derecho privado de la administración, y en punto a definir la viabilidad de pactar en ellos la posibilidad de pagar intereses de mora a los contratistas, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en 1987, expresó que i) para los primeros no existía autorización legal expresa para pactarlos y/o reconocerlos, y ii) para los segundos, toda vez que esos contratos se rigen por las normas civiles y comerciales, es posible que las partes los pacten, atendiendo a la naturaleza de los contratos, sin

exceder la tasa de intereses que las leyes determinan. En ese sentido dijo, sobre los contratos administrativos, que:

“El principio de legalidad que no permite hacer a los funcionarios públicos sino aquello para lo cual están expresamente autorizados por la ley, encuentra su origen y fundamento constitucional en los artículos 20 y 63 de la Carta Política.

“De conformidad con los preceptos constitucionales mencionados, los funcionarios Públicos son responsables no solamente por infracción de la Constitución y de las leyes, sino por dos causales específicas y que no es posible predicar de los particulares: La extralimitación de funciones, o la omisión en el ejercicio de estas. Y, además, todas sus funciones requieren estar detalladas en ley o reglamento.

“En desarrollo del principio de legalidad, la ley solamente autoriza a la administración para pactar en los contratos las *cláusulas propias* usuales conforme a su naturaleza, y, además, las denominadas forzosas u obligatorias: Caducidad administrativa, sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales, garantías, multas, penal pecuniaria, y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar (art. 60 del Decreto - ley 222 de 1983). De igual modo, los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales previstos en el Título IV.

“Son de la *naturaleza* de un contrato -dice el Código Civil- aquellas cosas que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial (art. 1501).

“Con todo, la administración debe pactarlas, salvo disposición en contrario, en procura de la seguridad jurídica y la clara determinación de las obligaciones contractuales recíprocas.

“El pacto de intereses no pertenece a la naturaleza del contrato administrativo y, por ende, los mismos requieren de autorización expresa de la ley. Autorización que no existe en el régimen de contratación administrativa que nos rige.

“La administración no puede pactar su propio incumplimiento.

“Esta es una tesis que sirve de fundamento a la conclusión negativa respecto de la viabilidad de las cláusulas en las cuales la administración reconociera el pago de intereses moratorios. Pero es tan rígida esta tesis como para excluir el *principio de equidad* que, regulador de la conducta de las partes, debiera servir de complemento al equilibrio financiero derivado del contrato mismo?

“No se trata, ciertamente de excluir la equidad o desconocer su necesaria vigencia. Sino de admitir que ella constituye un principio de interpretación

del derecho que sólo es deducible, con alcance y efectos jurídicos, por vía judicial.

“Si la administración incumple el contrato, total o parcialmente (y una de las formas de incumplirlo es retardando el pago oportuno de las cuotas pactadas, evento que genera dificultades financieras para el contratista particular e inclusive puede conducirlo a un estado de quiebra), **las autoridades competentes de la Rama Jurisdiccional están en la obligación de establecer con fuerza de cosa juzgada las indemnizaciones o compensaciones a que tiene derecho la parte perjudicada, una vez ésta haya ejercido las acciones contempladas en el Código Contencioso Administrativo, una de las cuales es la especial de contratos (Título XXVI, Capítulo II, del Decreto - ley 01 de 1984)**”¹⁵

En el referido aparte se adicionó a los anteriores argumentos uno de índole presupuestal, según el cual la ley no autoriza la constitución de reservas presupuestales para el pago de intereses –dijo la Sala-, porque los contratos administrativos están sujetos al registro presupuestal -art. 46 del Decreto - ley 222 de 1983-, en desarrollo de la Constitución Política -art. 210-, según la cual, no podrá incluirse partida que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior.

Sobre los contratos de derecho privado de la administración, se indicó que:

“... estos son de derecho civil, laboral o comercial, según su naturaleza, y en ellos el Estado obra, más que como entidad pública, como persona jurídica, pues algunas de sus prerrogativas desaparecen.

“Por lo tanto:

“Si el contrato es de derecho civil, resultan aplicables las normas respectivas del Código Civil y las relacionadas con el Efecto de las Obligaciones, de que trata el Libro 4º, Título XII. De conformidad con tales disposiciones, todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, no pudiendo ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales (art. 1602); en todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por una de las partes lo pactado (arts. 1546 y 1609); en caso de incumplimiento, está al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena (art. 1600) **y si la pena consiste en intereses, estos estarán sujetos a las reglas del artículo 1617 que distingue entre los convencionales, los legales y los moratorios.**

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de agosto de 1987. Rad. 115.

"Si el contrato es mercantil (Código de Comercio, arts. 864 y ss.), la entidad Pública contratante podrá pactar para el caso de retardo en el pago y según sus modalidades, el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria (ibídem, art. 884)."¹⁶ (Negrillas fuera de texto)

Esta tesis, bien puede calificarse de intermedia, porque no niega ni acepta, en bloque, la posibilidad de pactar intereses moratorios, sino que lo admite para una tipología de contratos, pero no para la otra.

4.4. La tesis positiva, finalmente impuesta; no obstante, persisten los problemas sobre la tasa aplicable.

En el mes de mayo de 1988, le correspondió a la Sección Tercera, una vez más, definir si las entidades públicas podían pactar intereses de mora en favor de sus contratistas, y si, además, podía condenárseles al pago de los mismos, cuando en el contrato se guardó silencio al respecto. En abierta oposición a la Sala de Consulta, la Sección Tercera resolvió afirmativamente ambos interrogantes, manifestando que ello resulta procedente en todos los contratos que celebre la administración. Para soportar esta posición, y en desacuerdo con la Sala de Consulta, en cuanto a la falta de competencia de la administración, señaló que:

"En materia de competencia, es bien sabido que los funcionarios públicos no pueden hacer sino aquello que les está expresamente autorizado. Postulado que se deriva del principio de la legalidad que gobierna la actividad administrativa. Pero las normas de competencia, pese a ser de derecho estricto, deben manejarse con un criterio racional y en función de la naturaleza de la actividad que regulan. **Por eso en el campo contractual las cosas difieren de lo que sucede ordinariamente en la esfera propiamente administrativa, cuya manifestación normal es el acto general o particular, expedido con base en normas superiores que delimitan en todos los casos su alcance y contenido.**

"Si bien es cierto que en aquel campo contractual la competencia de la entidad pública contratante está ligada por ciertas normas superiores de obligado acatamiento, que regulan, unas el proceso de contratación, sus requisitos y formalidades (arts. 25 y ss. del Decreto 222 de 1983) y otras que deben figurar como cláusulas forzosas o de obligatoria consagración dentro de cada contrato (art. 60 del citado Decreto 222), **no es menos cierto que por permisión del mismo estatuto contractual, en todo contrato se podrán estipular además, salvo disposición en**

¹⁶ Ibidem.

contrario, las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza. (...)

“Así que nada se opone a que en un contrato administrativo, vb. gr. el de obra pública, celebrado ordinariamente con una sociedad comercial, se pacten intereses de mora (no superiores a los permitidos en la ley, se entiende) ante el incumplimiento de la administración, o cláusulas de reajuste por el no pago oportuno de las actas parciales de obra. Esos intereses, que son usuales y de la naturaleza de los contratos que celebran los comerciantes, no son más que el efecto de las obligaciones contraídas; y en este campo la administración contratista (sic) no puede reclamar un privilegio exorbitante que no le ha dado la ley.

“Así, si no cumple oportunamente se presume que causó perjuicios al contratista y deberá indemnizarlo. Y si esto es lo que manda la ley, qué impide que se pacte expresamente dentro del contrato el monto de los intereses de mora, máxime cuando el convenio puede ser más favorable para la administración? (...)

“Y si la Administración contrata con una persona particular que al hacerlo está haciendo un acto mercantil, ese contrato, en lo pertinente, se regirá por las disposiciones del Código de Comercio, tal como se desprende de su artículo 22 en armonía con el 20.

“Disposiciones que al prever tales cosas dan a entender que es este Código el que gobierna el efecto de sus obligaciones, su cumplimiento, los efectos de la mora, los perjuicios, etc., etc.”¹⁷ (Negrillas fuera de texto)

Para justificar suficientemente la justicia que hay cuando se reconocen intereses de mora, en favor de los contratistas, la Sección Tercera destacó los siguientes aspectos jurídicos, de alcance general, que aplicaban al asunto que se estudiaba:

“1. Que las normas que regulan, entre otros aspectos, los efectos de los contratos civiles se aplican a los negocios mercantiles, a menos que la ley disponga otra cosa (artículo 822 del C. de Co.).

“2. Que nadie podrá enriquecerse sin causa a expensas de otro (art. 831 ibidem).

“3. Que en los contratos sujetos al derecho comercial la gratuidad no se presume.

¹⁷ Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 1988. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 4303.

"4. Que en los contratos bilaterales, tanto de índole civil como comercial, va envuelta la condición resolutoria tácita en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado (artículos 1546 del C.C. y 870 del C. de Co.) con la obligación de indemnizar al cumplido o al que se allanó a cumplir.

"5. Que la indemnización de perjuicios, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, se debe por no haberse cumplido la obligación, o haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento (art. 1613 del C. C).

"6. Que los contratos, que deberán celebrarse y ejecutarse de **buena fe**, obligarán no solo a lo pactado, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural (art. 871 del C. de Co.)

"7. Que en los contratos mercantiles, en los cuales se presume el ánimo de lucro, cuando hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique la tasa de éstos, el interés será el bancario corriente, y si las partes no han estipulado el moratorio, éste será el doble (art. 884 del C. de Co.)."

Concluyó la Sala haciendo las siguientes precisiones:

"a) Los contratos administrativos no se rigen en su integridad por las normas del decreto 222 de 1983, el que gobierna, en principio, sólo aquellos aspectos expresamente señalados y que fuera de tocar con el régimen de su competencia y finalidades, ordinariamente tienen que ver con los poderes exorbitantes que la administración posee en el campo de la contratación pública (caducidad, terminación, modificación, interpretación, cláusula penal pecuniaria, sujeción a apropiaciones presupuestales, garantías, renuncia a reclamación diplomática, liquidación unilateral, etc., etc.).

"En cambio, los efectos de las obligaciones en general (artículos 1601 y siguientes del C.C.), así como las reglas sobre el consentimiento, objeto y causa, se regirán por el derecho privado. En esta (sic), por ejemplo se permiten los pactos que regulan esos efectos en forma diferente, ya que frente a los mismos, en caso de silencio, la ley suplirá la voluntad de las partes.

"b) El hecho de que en todo contrato de la administración deberá estipularse la sujeción de su cuantía y pago a las apropiaciones presupuestales, no significa que la administración no tenga que pagar indemnización alguna en caso de mora. De ser esto así, la cláusula implicaría para una de las partes (la fuerte, normalmente) el privilegio de incumplir sin sanciones, que no existe en el derecho colombiano.

“c) Los contratos y es apenas obvio, se celebran para ser cumplidos dentro de los términos convenidos. Por esa razón, en principio, la administración no puede hacer reserva presupuestal sino por el valor estipulado.

“d) En los contratos de la administración deberán acatarse, so pena de nulidad absoluta, las normas que regulan su celebración e imponen las cláusulas obligatorias. En estos mismos, la administración podrá pactar con cierta libertad las cláusulas usuales según su naturaleza, siguiendo las reglas del derecho privado, a menos que exista disposición en contrario (artículo 60 del decreto 222)”.¹⁸ (Negritas fuera de texto)

4.5. La tasa de interés aplicable

Los argumentos expuestos en la anterior providencia, que aceptó el pacto de intereses de mora, ante el incumplimiento de la administración en el pago de sus obligaciones, o de condenar al pago de los mismos cuando se guarda silencio en el contrato, prevalecieron durante más de una década, en la que se siguieron reiterando, siempre que se presentaba el caso en que fuera preciso resolver el vacío dejado por el Decreto 222 de 1983, sobre intereses de mora aplicables al contrato estatal.

Pese a ello, en cuanto a la tasa aplicable para su reconocimiento, se presentaron grandes dificultades y contradicciones. En efecto, no hubo un criterio unánime sobre la tasa de interés de mora, pues, en ocasiones se utilizaba la legal civil y en otras la comercial, en los términos del art. 884 del Código de Comercio¹⁹.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Esta circunstancia se puso de presente en la sentencia de 17 de mayo de 2001 -Rad. 13.635-. En ella se señaló que “Hasta la expedición de la Ley 80 de 1993 la tendencia había sido la de no pactar ninguna tasa de interés moratorio. No era usual por tanto, que la administración en los contratos que celebraba conviniera en forma expresa o se definieran convencionalmente los efectos de un eventual incumplimiento de la administración.

“Así mismo, no existía un criterio unánime sobre la tasa que debía convenirse o si la administración estaba obligada a pagarlos a falta de convenio, e indistintamente se utilizaba la tasa legal civil cuando no la comercial en los términos del art. 884 del Código de Comercio y algunas veces concurrían con la corrección monetaria o la actualización. Y ello fundamentalmente se debía a la falta de normación en el derecho administrativo contractual y a las vacilaciones de la jurisprudencia.”

En el año 1994, en vigencia del actual estatuto contractual -ley 80 de 1993-, la Sala decidió aplicar, a los contratos que se regían por el Decreto 222 de 1983, la fórmula que para el efecto contiene la ley 80. Fundándose en criterios de equidad argumentó que:

“Elaborada un acta de recibo parcial de obra, surge para la entidad contratante, en forma inmediata si el contrato no dispone otra cosa como ocurre en el sub-júdice, la obligación de pagar su valor. El reajuste posterior que se haga teniendo en cuenta el valor de los costos de construcción a la fecha de su ejecución, en forma alguna puede cubrir la mora que empieza a causarse luego de realizada el acta de recibo parcial. Ese reajuste simplemente cubre la diferencia de precios entre el momento en que ellos fueron calculados y aquel en que la obra se realiza.

“Se procede así, siguiendo, en primer término, la orientación de esta misma sala, expuesta en sentencia de 13 de mayo de 1988, proferida dentro del proceso No. 4303 (...)

“Se adiciona lo anterior señalando simplemente que para preveer (sic) situaciones como la presentada en el contrato objeto del presente proceso, la ley 80 de 1993 impone la constitución de reservas presupuestales que contemplen no solo el pago de las obligaciones derivadas del contrato sino que abarquen además los valores necesarios para cubrir ajustes y alteraciones al contrato inicialmente pactado (art. 25, numerales 13 y 14) y concede facultades a la entidad contratante para que, en el curso del contrato, tome las medidas necesarias para el reconocimiento de costos financieros o intereses, si a ello hubiere lugar. (art. 27).

“Se hacen las precisiones que preceden para justificar el pago de los perjuicios moratorios. **Pero no se seguirá al respecto el sistema que se aplicó en el fallo antecitado, porque hoy deberá adoptarse, por razones de equidad, el sistema contemplado en el art. 4º ord. 8º de la ley 80**, en los alcances indicados en el decreto reglamentario 679 de 1994, concretamente en su art. 1º...”²⁰ (Negrillas fuera de texto)

Esta posición se reiteró en numerosas providencias, entre las que, a título ilustrativo, se citan las siguientes. En la sentencia de 29 de abril de 1999 se manifestó que:

“La Sala reconocerá los intereses moratorios causados en favor del contratista desde la fecha de la liquidación del contrato hasta la fecha de esta sentencia.

“Si bien es cierto que **el contrato 021 de 1988 se gestó y desarrolló durante la vigencia del decreto 222 de 1983** cuando la Sala aplicaba: o bien el interés técnico legal del 6% anual o, de manera excepcional, el

²⁰ Sentencia del 28 de octubre de 1994. Rad. 8.092.

interés bancario corriente, con el advenimiento de la ley 80 de 1993 que reguló expresamente la materia, la **Sala ha entendido que tal normativa resulta aplicable a los asuntos contractuales de naturaleza estatal que no hubieren sido definidos para la entrada en vigencia de la referida disposición legal -1 de enero de 1994-**.²¹ (Negrillas fuera de texto)

En la sentencia de 17 de mayo de 2001 -Rad. 13.635- se dijo, en el mismo sentido, que:

“Si bien es cierto la entidad pública demandada en este proceso está en mora con el demandante desde el 10 de diciembre de 1992 cuando aún no había entrado a regir el actual Estatuto de Contratación, como las partes guardaron silencio en relación con los intereses de mora, **siguiendo el criterio sentado por la Sala en la sentencia del 28 de octubre de 1994, expediente 8092 ya citada, debe aplicarse el sistema de intereses señalado por la ley 80 de 1993.**

“La discusión planteada por la demandante en tanto pretende que se le aplique la legislación mercantil por ejercer una actividad comercial quedó ya superada, toda vez que pese a que los contratos estatales se rigen por las reglas del derecho privado (arts. 13 y 32 ley 80 de 1993), ello habrá de entenderse para el evento en que la normatividad contractual no haya contemplado norma especial y particular”.²² (Negrillas fuera de texto)

Durante varios años esta tesis se mantuvo por la Sala. En el mes de septiembre del año 2003, cuando correspondió fijar la tasa de interés aplicable a un contrato, que pese a regirse por el Decreto 222 de 1983 –suscrito el 25 de septiembre de 1993- el incumplimiento y la mora se produjo en un período en el que ya se encontraba en vigencia la ley 80 de 1993, decidió la Sala que era aplicable esta última, tras considerar que el interés de mora es una sanción –art. 38 de la ley 153 de 1887-. Se dijo en aquella oportunidad:

“En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 153 de 1887:

‘En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

‘Exceptúanse de esta disposición:

²¹ Sentencia de 29 de abril de 1999. Rad. 14.855.

²² Sentencia de 17 de mayo de 2001. Rad. 13.635.

'1º Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

'2º Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido' (Subraya la Sala)

De manera que el período de mora que se presenta desde el 1 de enero de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la mayor parte del articulado de la ley 80 de 1993, está sometido a este estatuto, porque la mora es un comportamiento que traduce en "infracción al contrato" y por lo tanto está comprendido dentro de las referidas excepciones de la ley 153 de 1887.

En estas condiciones, para liquidar la mora presentada desde el 13 de noviembre de 1993 al 1 de enero de 1994, ante la ausencia de regulación expresa por el decreto ley 222 de 1983, se aplicará el interés técnico legal del 6% anual previsto en el Código Civil. Y para calcular la mora correspondiente al período comprendido entre el 1 de enero de 1994 y la fecha de esta sentencia, se tomará el doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado, de conformidad con lo previsto en el numeral 8, artículo 4 de la ley 80 de 1993.²³

En el mes de octubre del año 2003 se unificó la posición, concluyendo la Sala, luego de una vasta exposición de motivos, que cuando se está frente a contratos estatales suscritos antes de la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, en los que no se pactó la tasa de interés de mora aplicable, resulta improcedente la aplicación del numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993, para liquidar el interés de mora, y, en cambio, operan las siguientes reglas: *i)* Si el contratista ostenta la condición de comerciante o la actividad que ejecuta es mercantil, se aplica la tasa regulada en el art. 884 del C. de Co²⁴, *ii)* si no ostenta la calidad de comerciante o el contrato suscrito no es mercantil, resulta aplicable el art. 1617 del Código Civil²⁵. Los argumentos que sustentan estas conclusiones fueron:

²³ Sentencia de 11 de septiembre de 2003. Rad. 14.781.

²⁴ Señala esta norma que: "Art. 884. -Modificado por la [Ley 510 de 1999](#), artículo 111-. Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la [Ley 45 de 1990](#).

"Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria."

²⁵ Dispone este artículo: "Artículo 1617. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

“a. Conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo que se trate de aquéllas concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, o de las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado. En este último evento, en efecto, la infracción ‘será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido’. (...)”

“b. En el Decreto 222 de 1983 no se incluyó norma alguna dirigida a regular el interés moratorio aplicable en caso de retardo en el pago de las obligaciones surgidas de los contratos administrativos. Sin embargo, como lo advirtió el Consejo de Estado en la sentencia del 13 de mayo de 1988 anteriormente citada, es claro que dichos contratos no se regían integralmente por las normas del decreto mencionado, el cual se limitaba a regular los aspectos tocantes con la naturaleza especial de los mismos, como lo es, por ejemplo, el ejercicio de los poderes exorbitantes que tienen las entidades estatales en el campo de la contratación pública. El tema del interés de mora constituía, entonces, simplemente, uno de los varios aspectos que, tratándose de un contrato administrativo, debía regirse por el derecho privado, en cuanto relacionado con los efectos generales de las obligaciones.

“Podían las partes, entonces, incluir en el contrato, al respecto, las estipulaciones usuales que resultaran conformes con su naturaleza y, a falta de convención expresa, debían buscarse en los códigos Civil y de Comercio las disposiciones que suplieran su voluntad: el artículo 1617 en el primero, y el 884 en el segundo. (...)”

“c. La legislación comercial tiene carácter especial respecto de la legislación civil. Así se desprende, por una parte, del artículo 1º del C. de Co., según el cual “[l]os comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas” (analogía interna), y por otra, de lo dispuesto en su artículo 2º, que remite expresamente a las normas del Código Civil, cuando se trate de cuestiones comerciales que no puedan regularse conforme a la regla anterior. De

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

“El interés legal se fija en seis por ciento anual.

“2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

“3. Los intereses atrasados no producen interés.

“4. La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.”

igual manera, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 822, según el cual “[l]os principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”. (Se subraya). (...)

“d. Los principios de reciprocidad y buena fe, fundados, a su vez, en los principios de justicia conmutativa, igualdad y garantía de los derechos adquiridos, rigen las relaciones contractuales, tanto de los particulares como del Estado. Al respecto, además de las importantes consideraciones contenidas en la sentencia proferida por la Sección Tercera el 13 de mayo de 1988, transcritas anteriormente, resultan relevantes las siguientes observaciones presentadas por la Corte Constitucional, en la sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001 (...)”²⁶

En la misma providencia, a las razones legales aducidas se sumaron otras de naturaleza constitucional y de ley especial, tales como:

“La referencia al citado artículo 884, en el primer evento indicado, por lo demás, no sólo resulta imperiosa en cumplimiento de las disposiciones contenidas en los artículos 1, 10 y 22 del Código de Comercio antes mencionados, sino que encuentra, como se ha demostrado, fundamentos constitucionales suficientes. En la Carta Política se consagran, en efecto, los principios que, de modo imperativo, obligan a las entidades estatales a dar cumplimiento oportuno a las obligaciones que adquieren frente a los particulares, y a la reparación integral de los perjuicios causados a éstos como consecuencia del retardo, entre ellos los derivados de la imposibilidad de tener en el tiempo esperado la disponibilidad del dinero, con la consecuente pérdida de sus rendimientos y aun de su poder adquisitivo, perjuicios que resultan indemnizados, conforme a la ley, mediante el pago de los intereses de mora.

“Por otra parte, no puede olvidarse que el Decreto 01 de 1984, por el cual se expidió el C.C.A., que regula los procedimientos que deben adelantarse para el ejercicio de las funciones administrativas y para exigir su cumplimiento, previó expresamente que las entidades estatales estarían obligadas a pagar intereses moratorios comerciales, cuando incurrieran en retardo en el pago de las obligaciones de pagar las condenas que, en cantidades líquidas, les fueran impuestas mediante sentencia. Así, no existiendo norma en el Decreto 222 de 1983 que regulara expresamente el interés aplicable en caso de silencio de las partes, el recurso al Código de Comercio, tratándose de contratistas comerciantes o de operaciones mercantiles, según el caso, resultaba, además, coherente con el criterio adoptado por la ley especial respecto de otras obligaciones a cargo de las

²⁶ Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre de 2003. Rad. 13.412.

entidades estatales, que sólo se distinguían por su fuente de aquéllas surgidas como consecuencia del incumplimiento de un contrato.”

En reciente sentencia, de 6 de diciembre de 2006 -Rad. 22.920-, reiterando la posición anterior y armonizándola con el art. 38 de la ley 153 de 1887²⁷, a partir del cual se considera que la mora ostenta la condición de una pena por infracción a lo estipulado en el contrato, la Sala arribó a las siguientes conclusiones:

“Así las cosas, de acuerdo con el criterio jurisprudencial vigente de la Sala, se tiene que:

“i.) Ante el silencio de las partes al respecto, de conformidad con el artículo 38, numeral 2, de la Ley 153 de 1887, y en armonía con la figura de la mora, los intereses de mora deben liquidarse de conformidad con la norma vigente al momento de la infracción, de suerte que sí la conducta incumplida y tardía del deudor se proyecta en el tiempo y existe durante ese lapso cambio de legislación, es menester aplicar la norma vigente que abarque el período o días de mora de que se trate.

“ii.) En los contratos celebrados por las entidades públicas con antelación a la Ley 80 de 1993, en los cuales no se pactaron intereses de mora ante el incumplimiento, la norma aplicable para sancionar a la parte incumplida y liquidar intereses de mora por el período anterior a su entrada en vigencia, será el artículo 884 del Código de Comercio, si la parte afectada tiene la condición de comerciante o el acto es para éste de carácter mercantil; o el artículo 1617 del Código Civil si el contratista no tiene esa condición; y por el período posterior a la fecha de vigor de la citada Ley 80 de 1993, le será aplicable la disposición establecida en el numeral 8º del artículo 4 *ibídem* para liquidar el interés de mora.

“Por consiguiente, en relación con la normatividad en materia de intereses, se observa que en el presente asunto existen, en principio, dos períodos:

“a) El primero que va desde la fecha en que se constituyó en mora la entidad pública deudora y hasta la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, es decir, hasta el 1 de enero de 1994, el cual se regiría por el artículo 884 del Código

²⁷ ARTICULO 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

“Exceptúense de esta disposición:

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

“2o. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido.”

de Comercio²⁸, teniendo en cuenta que para la fecha en que se celebró y se incumplió el contrato, regía el Decreto ley 222 de 1983, que no contempló una tasa de interés especial para la mora por el incumplimiento de los contratos administrativos; y que además el consorcio contratista se encuentra conformado por dos sociedades que tienen la calidad de comerciante y ejecutan actos de comercio.²⁹

“b) Y el segundo desde el 1 de enero de 1994 y hasta el 31 de marzo de 2001³⁰, al que, en principio, correspondería aplicar la tasa del doble del 6% sobre el valor histórico actualizado, como lo ordena el artículo 4º, numeral 8, de La Ley 80 de 1993.”³¹

5. El caso concreto

Aplicadas estas ideas al caso concreto la Sala encuentra que lo primero que hay que advertir, antes de pronunciarse sobre los intereses moratorios mismos, es que en las pretensiones de la demanda, en forma poco clara, la parte actora solicitó que la indemnización debía pagársele con “lucro cesante de alcance compensatorio”, desde el momento en que se produjo el daño, es decir –según el apelante-, a partir del 29 de agosto de 1994, cuando se le debió adjudicar el contrato. Más adelante, al presentar el recurso de apelación, discutiendo la omisión del *a quo* en la decisión de esta pretensión, adujo que de la demanda se deducía “sin esfuerzo mental alguno” que en las pretensiones se incluía “... el lucro cesante (la ganancia o provecho que deja de obtener el actor con su capital por haber sufrido el retardo en el cumplimiento de la obligación).”

28 Es de anotar que el artículo 111 de la Ley 510 de 3 de agosto de 1999, vigente desde el día 4 de los mismos mes y años -Diario Oficial No 43.654-, modificó el artículo 884 del Código de Comercio, en los siguientes términos: “Artículo 884. Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990. “Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria.”

29 Reposo en el expediente prueba de dicha calidad por parte de las sociedades consorciadas para la ejecución del Contrato de Obra Pública 267 de 1983, según certificados de existencia y representación legal de expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá visibles a folios 3 a 11 del cuaderno principal, de manera que en lo no previsto por el Decreto - Ley 222 de 1983, debe regirse dicho contrato por lo señalado en el Código de Comercio y, en defecto de norma especial en éste, por el Código Civil (artículos 1, 2, 10, 13 numeral 1, 20 numeral 15 y 22 del Código de Comercio).

30 Fecha hasta la cual tuvo en cuenta el cálculo de los intereses la providencia de 4 de septiembre de 2001 que liquidó la condena en abstracto.

31 Restricción similar, por lo demás, también se presentaría en los casos en que existe apelante único, de conformidad con lo establecido en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, según el cual la apelación interpuesta se entiende sólo en lo desfavorable al apelante.

Pues bien, la Sala entiende que “el lucro cesante de alcance compensatorio” a que se refirió la demandante, efectivamente corresponde al interés moratorio que exige en la apelación. En efecto, lo primero que hay que establecer es que la indemnización a la que fue condenada la entidad territorial por sí sola constituye un lucro cesante, porque se trató de la utilidad –completa o no- que la actora esperaba y no pudo percibir, de habersele adjudicado el contrato de construcción. Así las cosas, lo que pidió en la demanda –en los términos señalados- no sólo fue esto último sino también los intereses, a título de lucro cesante³².

Por lo expuesto, no cabe duda que el recurso del recurrente debe estudiarse de fondo, porque desde que presentó la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento de los intereses moratorios, sobre los cuales no se pronunció el tribunal administrativo.

³² En este sentido, la Corporación se pronunció en sentencia 14 de abril de 2010 –rad. 17.214-: “Al paso que el **lucro cesante (lucrum cessans)**, es la frustración de las utilidades, ventajas o lucro o **pérdida de un interés futuro** a un bien o a la realización de ciertos aumentos patrimoniales, por el mismo hecho, es decir, supone todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se reportarían.”

Adicionalmente se indicó: “En lo atinente al segundo perjuicio, cuando la obligación incumplida es el pago de una suma de dinero **se debe el interés de mora a título de indemnización, bajo la modalidad de lucro cesante**, a favor del acreedor de ella y, a título de sanción para el deudor. En efecto, en los términos del artículo 1625 del Código Civil, uno de los modos de extinguir las obligaciones es la solución o pago efectivo que corresponde al cumplimiento de la prestación debida (artículo 1626 ibídem), pago que deberá hacerse en conformidad al tenor de la obligación (1627 eiusdem) y, por lo mismo, si ella no se cumple dentro del término oportuno estipulado por la partes o previsto en la ley, se incurre en una tardanza con relevancia jurídica, denominada por el ordenamiento “mora”, que constituye un estado de incumplimiento del contrato y produce un daño al acreedor por el cual el deudor se encuentra en el deber de reparar. De ahí que, en las voces del artículo 1608 del Código Civil transcurrido el plazo o término para el pago de una obligación positiva sin que se hubiere éste realizado en la oportunidad debida, por esa sola circunstancia, se incurre en mora, salvo que la ley o el contrato exija requerimiento o reconvención para tal efecto y no se hubiere renunciado. Este precepto, claramente dispone que el “deudor está en mora. 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora”. Es decir, cuando la obligación incumplida es de índole dineraria, la indemnización de perjuicios por la mora está constituida por el pago de intereses, tal y como lo determina el artículo 1617 del Código Civil, de conformidad con el cual “[e]l acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo”, En este marco jurídico, cabe precisar que si el pago del precio como remuneración a las prestaciones ejecutadas en un contrato celebrado por la Administración Pública es el principal derecho que tiene el contratista colaborador, es evidente que las entidades contratantes deben cumplir con esa obligación en los términos y plazos convenidos en el contrato o previstos en la ley, de manera que ante la mora de esta obligación dineraria debe reconocer y cancelar intereses en virtud de la ley al contratista, en su condición de acreedor, mientras no satisfaga el pago de la suma del capital adeudado.” (negrillas fuera de texto)

Ahora bien, al dinero –como bien patrimonial susceptible de constituir objeto de transacciones comerciales³³-, se le ha reconocido –por el legislador- la rentabilidad o aptitud para producir intereses que constituyen sus frutos civiles³⁴. Dentro de la regulación de tal renta se han incluido aspectos como el incumplimiento de las obligaciones en dinero, el monto de los intereses a falta de estipulación convencional y, de otro lado, el propósito de combatir la usura –manteniendo lo acordado por las partes dentro del límite de la razonabilidad y la justicia-.

Sobre el concepto de los intereses se pronunció la Corporación, estableciendo que: “En palabras de la doctrina, los ‘intereses’ son los frutos del dinero, lo que él está llamado a producirle al acreedor de obligación pecuniaria (sea de restituir, sea de pagar el precio de un bien o de un servicio), durante el tiempo que perdure la deuda, en cálculo sobre la base de una cuota o porcentaje del capital o ‘principal’”³⁵.

En la misma providencia, entre las características del interés, identificó “ ... su accesoriedad, puesto que la obligación de pagarlos depende de una obligación principal, sin la cual no surgen ni existen; su homogeneidad, puesto que son un bien fungible y consisten en algo de lo mismo; su periodicidad, ya que se devengan por unidades de tiempo, sean días, meses, años; y su proporcionalidad, ya que ‘...su medida corresponde al monto del principal’, y la ‘tasa o rata’ es un porcentaje del capital y, por lo mismo, el monto de los intereses resulta de multiplicar tal cuota o porcentaje por la cifra del capital y el número de unidades de tiempo que sean”.

De otro lado, entre los intereses se distinguen tres clases: los convencionales, que corresponde a los acordados en un negocio por las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad; los corrientes, es decir, los que normalmente se cobran en un mercado; y los legales civiles, fijados expresamente en el Código Civil en el 6% anual.

En razón de la causación, los intereses se conocen también como *remuneratorios*, es decir lo que devenga un crédito de capital, mientras el deudor no esta obligado a

³³ OSPINA F. Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis. Quinta ed. Bogotá, 1994. pág. 277.

³⁴ “Artículo 717 C.C.- Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido.

“Los frutos civiles se llaman pendientes mientras se deben; y percibidos desde que se cobran.”

³⁵ Consejo de Estado, sentencia del 24 de febrero de 2005, rad. 21.120.

restituirlo, hasta tanto la obligación no se haga exigible; y los moratorios, que el deudor debe pagar a título de indemnización de perjuicios desde el momento en que se constituya en mora de pagar un capital³⁶.

En el caso bajo estudio, interesa considerar el interés moratorio establecido en la Ley 80 de 1993, sobre el cual esta Corporación ha señalado³⁷:

“El ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993 -como quiera que con antelación a dicho momento nada se había previsto de forma expresa en el Estatuto Contractual de la Administración Pública, de suerte que la jurisprudencia, tras superar la tesis de la improcedibilidad del reconocimiento de intereses moratorios en este tipo de relaciones negociales, optó por remitir a las previsiones que en la materia contenían las legislaciones civil y mercantil, según el caso-, ha previsto una serie de disposiciones cuya finalidad consistente en asegurar la reparación integral del daño antijurídico o perjuicio causado por la Administración Pública, cuyo resarcimiento se obtiene no sólo manteniendo el valor intrínseco de la suma adeudada para que el fenómeno inflacionario -el cual tradicionalmente ha afectado la economía nacional- y la consiguiente pérdida del valor adquisitivo de la moneda que de él se deriva -el cual también constituye un perjuicio que debe ser indemnizado, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia- no ocasionen injustificado menoscabo a la situación jurídica de la víctima del incumplimiento -de ahí que la indexación se asimile a la noción de daño emergente, tratándose del incumplimiento de obligaciones dinerarias- sino, adicionalmente, incluyendo el reconocimiento de una sanción moratoria, calculada sobre la cantidad impagada, debidamente actualizada -misma que se correspondería, en el caso de las obligaciones consistentes en pagar una suma líquida de dinero, a la noción de lucro cesante-. Pues bien, en el anotado orden de ideas, los artículos 4.8 y 5.1 de la Ley 80 de 1993 consagraron el derecho, para el contratista, consistente en que la Administración le mantenga el valor intrínseco de la remuneración pactada, al tiempo que establecieron el correlativo deber, a cargo de la Administración, consistente en adoptar las medidas necesarias para garantizar las condiciones económicas y financieras que se tuvieron en cuenta al momento de la contratación o de la licitación o concurso, según fuere el caso. Entre tales medidas, la ley previó la posibilidad de que las partes incluyesen, dentro de las estipulaciones contractuales, el correspondiente pacto de intereses moratorios, no obstante lo cual, a falta de determinación convencional en relación con los mismos, determinó que éstos serían equivalentes “[a]l doble del interés legal civil” calculado “sobre el valor histórico actualizado”, esto es, el 12% anual -teniendo en cuenta que el interés civil moratorio ha sido previsto por el artículo 1617 del C.C., en el 6% anual- sobre el referido valor histórico actualizado. Por su parte,

³⁶ OSPINA F. Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis. Quinta ed. Bogotá, 1994. pág. 278.

³⁷ Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, rad. 23.003.

el Decreto Reglamentario No. 679 de 1994, en su artículo 1º, señaló la forma en la cual debe determinarse el valor histórico actualizado al cual hace alusión el citado numeral 8 del artículo 4º de la Ley 80 de 1993. Igualmente la Sección Tercera, en reiterada jurisprudencia, ha determinado la viabilidad del pago de intereses moratorios civiles calculados sobre el valor histórico actualizado de la suma impagada, en todos aquellos contratos que se encuentran gobernados por la Ley 80 de 1993, en los eventos en los cuales las partes no hubieren pactado un interés moratorio convencional, como resarcimiento de los perjuicios causados por el incumplimiento en el pago de las obligaciones dinerarias³⁸.

Sobre el incumplimiento de las obligaciones dinerarias –tema del caso *sub judice* la Corporación se pronunció en la sentencia del 30 de julio de 2008 -rad. 23.003-:

“El incumplimiento o el cumplimiento tardío de las obligaciones contraídas por las partes de un negocio jurídico constituyen circunstancias en virtud de las cuales se irrogan perjuicios al acreedor de la prestación insatisfecha o cumplida con retraso, ora por razón de los bienes que efectivamente salen del patrimonio del afectado o de la pérdida que se produce de manera inmediata -daño emergente-, **ora en atención a que existe una ganancia o provecho que deja de ingresar al peculio del perjudicado, elementos éstos del perjuicio que también concurren cuando la incumplida es la obligación consistente en pagar una suma de dinero; en este último caso, la indemnización de perjuicios por la tardanza en el cumplimiento está constituida por el pago de los intereses moratorios correspondientes, los cuales, en consecuencia, vienen caracterizados por una finalidad diversa de aquélla que asiste a los intereses remuneratorios**”.

Ahora bien, que una condena genere intereses es una afirmación que necesita cierta claridad, porque: i) una cosa son los intereses que se deben por una deuda preexistente a un proceso judicial, y ii) otra la declaración de una deuda constituida apenas en la providencia judicial. En el primer caso el juez no declara la existencia de la obligación, la reconoce como preexistente y vinculante entre dos personas; mientras que en el segundo caso el crédito y la deuda apenas la declara la providencia judicial, es decir que el juez no dispone que existía sino que existe a partir de la ejecutoria de la providencia –en virtud de determinados hechos de donde se derivará el crédito-.

³⁸ Reiteración en Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 3 de junio de 1977 (Consulta No. 1.141 de febrero 29/77); Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 10 de agosto de 1987 (No.115; sentencia del 13 de mayo de 1988 (Rad. No. 4303); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del diecisiete (17) de mayo de dos mil uno (2001); Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 44001-23-31-000-1995-0503-01(13635); sentencia del nueve (9) de octubre de dos mil tres (2003); Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 25000-23-26-000-1993-03412-01(13412)

Ahora, sobre la exigibilidad de las obligaciones y sobre el concepto de mora, la Sala se pronunció en sentencia de 5 de diciembre de 2006 -rad. 13.750-, así:

“A propósito de esta norma, (artículo 1608 del Código Civil) vale la pena precisar los conceptos de exigibilidad y mora en el cumplimiento de las obligaciones. Exigible es la obligación que debe ser cumplida sin retardo, porque no está sometida a plazo, condición o modo, es decir, aquella obligación pura y simple, cuyo vínculo y efectos de cumplimiento nacen al tiempo de su celebración. Entre la exigibilidad y la mora de la obligación pura y simple, existe el retardo, es decir, aquel que transcurre entre el momento en que debe cumplir el deudor y aquel en el que se presenta una reconvencción o conminación del acreedor para constituirlo en una situación jurídica de mora de su obligación. La mora es un concepto jurídico que involucra el retardo en el cumplimiento de la obligación, y puede incluir o no el requisito de requerimiento o intimidación por parte del deudor, de conformidad con los presupuestos del artículo 1608 del Código Civil transcrito, aunque lo cierto es que para la obligación pura y simple esa conminación es necesaria. Por el contrario, en la obligación a plazo una vez vencido éste sin que se haya satisfecho el compromiso por el deudor, se aplica el principio *dies interpellat pro homine*, o sea que se presume que el deudor ha sido conminado desde el momento de la celebración del contrato, que si no satisface su compromiso según lo estipulado se hace responsable de los perjuicios sufridos por el acreedor, es decir, que en este tipo de obligaciones la exigibilidad y la mora, de ordinario, se confunden. Como solución de derecho, en las obligaciones en las que no ha expirado el término o plazo para su cumplimiento, es aceptado que las mismas se hagan exigibles y esté el deudor en mora, cuando se ha hecho imposible su cumplimiento, según las declaraciones o comportamientos del deudor de los que razonablemente y por sentido común se infiera la inejecución de la conducta a la que se comprometió. Es decir, cuando por razón de los hechos a él imputables o por su culpa, el deudor se encuentra en imposibilidad de cumplir lo convenido o se coloca en posición de incumplimiento, lo cual se traduce en una infracción del contrato que hace exigible la obligación y posibilita jurídicamente su reclamo por parte del acreedor”.

De esta manera, es lógico que si una sentencia reconoce que el deudor no canceló un crédito -que tenía fecha de vencimiento- no sólo ordenará pagar el capital –si aún se debe- sino también los intereses de mora sobre él. Pero si la misma sentencia declara un obligación nueva -como reconocer una suma de dinero por concepto de la configuración de la teoría de la imprevisión-, el juez ordenará pagar la suma que compensa el daño, pero no ordenará el pago de intereses sobre la misma, porque esta obligación apenas la creó la providencia judicial, de allí que de ese pago aún no se puede predicar la mora.

Sobre este último aspecto, que realmente define el caso concreto, teniendo en cuenta que el crédito sobre el cual el apelante aspira que se declare la obligación de pagar intereses de mora sólo se constituyó con la sentencia de primera instancia -\$50.800.440.84, por concepto de la utilidad dejada de percibir por no adjudicársele un contrato-, por la sencilla razón de que antes de esa decisión se estaba ante un hecho del cual el demandante no podía asegurar la existencia de un crédito a su favor; la Sala estima que sobre tal suma no se deben intereses de mora desde la época en que se debió adjudicar el contrato. En efecto, entre ese momento y la sentencia no existe un derecho de crédito, tan sólo se estaba en presencia de una decisión que presumiblemente afectó el patrimonio de una persona y que para esclarecer si tenía razón sobre su visión jurídica del problema tuvo que acudir a la jurisdicción, pero no para que reconociera el derecho preexistente, sino para que lo declarara de manera primigenia.

He ahí la diferencia entre la mora de un crédito que existe, pero el deudor incumple la obligación de pagar, y el nacimiento de un crédito en una sentencia, cuya mora solo surgirá si no se cumple la orden en los términos que establezca ella, o en su defecto la ley.

Este supuesto es el que se configura en el caso *sub iudice*, pues la obligación de pagar \$50'800.440,84 surgió en la sentencia, aunque tenga como causa fáctica un hecho ocurrido en el pasado –indebida adjudicación de una licitación-, y es por esto que esa suma se debe actualizar, para entregar al ahora acreedor el equivalente a ese valor en el presente; no obstante, de allí no surge el derecho a cobrar intereses de mora sobre esa misma cifra, desde la fecha en que sucedieron los hechos que dieron lugar a la condena y hasta que se pague el capital, porque no hay mora de pagar nada en ese interregno, pues el municipio nada debía, fue la sentencia la que años después constituyó el crédito en cabeza del actor.

En adelante, si el municipio de Galapa no paga la condena judicial nacerá la obligación de pagar intereses, ahora sí de mora, porque el derecho de crédito que surge –contenido en la sentencia- no se satisface en los términos de ley³⁹.

³⁹ En la sentencia C-188 de 1999 la Corte Constitucional declaró la inexecutable de algunos apartes del art. 177 del CCA., que eximían a las entidades estatales de pagar intereses de mora de las condenas, durante los seis meses siguientes a su ejecutoria, imponiendo sólo el pago de intereses comerciales: “Para la Corte, carece de fundamento la justificación que pretende aportar en

Respecto de esta tesis, es decir, sobre el nacimiento de la obligación de pagar intereses moratorios a partir de la sentencia, ha expresado la Sección Tercera en innumerables oportunidades, por ejemplo en la sentencia del 11 de diciembre de 2002, rad. 13.940, que:

“A pesar de que al momento de la presentación de la demanda, estaba vigente la norma legal según la cual ‘Las cantidades líquidas de dinero reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de ese término’ (art. 177 C. C. A), para este momento la parte subrayada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. En consecuencia, las sumas de dinero reconocidas devengarán intereses comerciales de mora a partir del día siguiente a la ejecutoria de esta providencia.”

este caso el Procurador General de la Nación, consistente en que las personas jurídicas de Derecho Público deben administrar sus recursos con base en el correspondiente presupuesto anual de ingresos y gastos, de lo cual pasa a sustentar la constitucionalidad del término de seis meses. Aunque en verdad, por mandato del artículo 345 de la Constitución, en tiempo de paz no puede hacerse erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el Presupuesto de gastos, es de elemental previsión, acorde con una mínima responsabilidad del Estado en el manejo de sus recursos, que se contemplen en los presupuestos anuales partidas destinadas al pago de las obligaciones a su cargo y de los intereses que se generan por razón de los retardos en que incurra. La negligencia administrativa no puede ser fuente de enriquecimiento sin causa para las arcas estatales ni de injustificado perjuicio para los particulares con quienes él mantiene pasivos.

“Se declararán inexecutable las expresiones que, en la norma, dan lugar a la injustificada e inequitativa discriminación objeto de examen, y que favorecen la ineficiencia y la falta de celeridad en la gestión pública.

“Las mismas razones expuestas son válidas respecto del último inciso del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo (Decreto Ley 01 de 1984), que dice:

‘Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término’.

“Se declarará la unidad normativa y, por consiguiente, la disposición transcrita será declarada executable, salvo las expresiones "durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria" y "después de este término", que serán declaradas inexecutable.

“Es entendido que, en las dos normas sobre cuya constitucionalidad resuelve la Corte, el momento en el cual principia a aplicarse el interés de mora depende del plazo con que cuente la entidad pública obligada, para efectuar el pago. Así, en el caso de la conciliación, se pagarán intereses comerciales durante el término que en ella se haya pactado y, vencido éste, a partir del primer día de retardo, se pagarán intereses de mora. En cuanto al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago - evento en el cual, dentro del mismo se pagarán intereses comerciales-, los intereses moratorios se causan a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, sin perjuicio de la aplicación del término de dieciocho (18) meses que el precepto contempla para que la correspondiente condena sea ejecutable ante la justicia ordinaria.”

En la sentencia del 11 de agosto de 2010 –exp. 19.056- la Sección Tercera reiteró que cuando el crédito nace con la sentencia no hay lugar a pagar intereses moratorios desde el pasado y hasta la fecha de la sentencia, sino que esa suma se debe actualizar:

“Así pues, de conformidad con lo expresado, considera la Sala que dada la ausencia de las aludidas pruebas en el proceso –pliego de condiciones y propuestas-, el actor no tendría derecho a recibir suma alguna de indemnización, no obstante, por respeto al principio de la *no reformatio in pejus* será confirmada la decisión proferida en la primera instancia, cuya suma se actualizará a continuación, con aplicación de la fórmula usualmente utilizada para ello: valor actualizado, es igual al valor histórico por índice final (IPC vigente a la fecha de la sentencia) sobre índice inicial (el IPC vigente en la fecha en la cual se profirió la sentencia de primera instancia, mayo de 2000):

$$VA= VH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

(...)

“No se liquidarán intereses moratorios, puesto que, como lo ha dicho la Sala, en estos casos la obligación de pagar surge a cargo de la parte demandada con ocasión de la sentencia judicial.”

En la sentencia de febrero 1 de 2012 –exp. 20.866- la Subsección C indicó que en la condena por suspensión de una obra no se deben intereses moratorios, porque el derecho a ella, y su monto, sólo se concretó en la sentencia, de manera que antes era una suma discutible, y por eso no había mora en pagarla:

“En estos términos, la indemnización que debe pagar el Departamento al contratista, por la suspensión unilateral que ordenó sobre una parte de las obras del contrato, queda representada en la disponibilidad de equipos, que ascendió a \$1'783.543.

“La actualización que hicieron los peritos de esta suma de dinero, así como el lucro cesante representado en los intereses del capital, tampoco se tendrán en cuenta, porque esta Corporación tiene sus propios índices y fórmulas para calcularlos, lo cual hará a continuación, teniendo como índice inicial el mes de junio de 1992 – porque en esta fecha se debió efectuar el pago de la maquinaria, si el contrato se hubiera ejecutado de manera normal-, y como índice final el mes anterior a la fecha de expedición de esta providencia, así:
(...)

“De otro lado, conviene advertir que sobre el \$1'783.543 no se condenará a pagar intereses de mora, toda vez que esta suma no corresponde a una obligación dineraria que hubiera estado en mora de pagarse, sino que se trata de un capital discutido desde 1992, y que sólo ahora se concreta en una

indemnización a favor del contratista, y la manera que mantener su valor es actualizándolo, de la forma en que se hizo.” (Negrillas fuera de texto)

En la sentencia del 29 de agosto de 2012 –exp. 21.430- la Sección Tercera, Subsección C, fue igual de explícita en señalar que los intereses de mora sólo se deben desde que se configura el derecho al crédito, cuando esto sucede con la sentencia, como en el caso concreto:

“En relación con los intereses de mora solicitados en la demanda, y aceptados por el *a quo*, se concederá los admitidos por el tribunal - \$29.290.451-, porque el tema no fue apelado por el municipio, quien sólo discutió la observancia del derecho al debido proceso, no el monto de la indemnización, y se sabe que el juez del recurso de apelación sólo tiene competencia para conocer de los aspectos apelados, sin que pueda extenderse a otros.

“No obstante, esta suma se entregará tal como la dedujo y obtuvo el tribunal, no más dinero –lo que respeta el derecho del actor a que se mantenga lo que le concedió el *a quo*, en caso de no haberse apelado-, **toda vez que la Sala considera que el actor no tenía derecho a ella, porque el concepto de mora –que supone retardo en el cumplimiento de una obligación, en este caso la de pagar una suma de dinero- sólo aplica cuando se incumple un deber, y en el supuesto concreto el problema que planteó el demandante no guarda relación con ese aspecto, sino con la validez de los actos que impusieron la sanción**, cuya nulidad genera el derecho al reintegro de lo pagado, más su actualización, y otros perjuicios que de haberse configurado se podían reclamar.” (Negrillas fuera de texto)

En la sentencia del 22 de octubre de 2012 –exps. acumulados Nos. 22.088 y 39.109- la Sección Tercera, Subsección C, se reiteró la posición, esto es, que los intereses de mora sólo se deben desde que se configura el derecho al crédito, cuando esto sucede con la sentencia:

“En relación con los interés de mora sobre el pago de la sanción de multa, reclamados en la apelación, la Sala no accederá a esta pretensión, porque la tesis vigente señala que esta clase de intereses se adeudan a partir de la fecha en que el deudor debe el capital, lo cual, en el caso concreto, sólo ocurrirá cuando quede ejecutoriada esta providencia, que es la que creará la obligación de pagar a cargo del Municipio de Medellín, así que mal puede hablarse de mora a partir de la fecha en que se descontó la multa, porque para ese momento no existía la obligación de pagar a cargo de la entidad, y el derecho de recibir a favor del contratista; en realidad se trataba de lo contrario.

“No obstante, en eventos como este, la jurisprudencia desde luego protege el derecho de quien pagó indebidamente a que el capital que se ordena devolver se mantenga en el tiempo, en cuanto a su poder adquisitivo –art. 178 CCA.⁴⁰-, lo que se hará en esta ocasión, porque el dinero pagado por el contratista en junio de 1995 -\$10'102.041,41- no es el mismo que le deben reintegrar en el año de cumplimiento de esta sentencia. En estos términos, se aplicará la misma fórmula de actualización que se viene de expresar: (...)”

En consecuencia, el municipio de Galapa sólo estará en mora y deberá responder por esos intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, con lo cual se niega la pretensión del apelante de que el lucro cesante, al que se refirió, le sea concedido desde el momento en el que “sufrió el daño”, es decir, desde el 29 de agosto de 1994.

Finalmente, la Sala ordenará que la actualización de la condena de primera instancia se actualice en los términos y con la fórmula que definió la providencia que la complementó –del 26 de julio de 2001-, es decir, hasta la ejecutoria de esta providencia de segunda instancia, pero lo hará en esta providencia, como corresponde al juez concretar una condena.

De esta manera como *valor histórico* se tomará el monto de la condena; como *índice inicial* la fecha probable en que se pudo hacer el pago de la anterior suma, y que la Sala asumirá -en equidad- que pudo ser ocho (8) meses después de adjudicado el contrato, teniendo en cuenta que de haberlo firmado y ejecutado el actor habrían transcurrido varios meses para recibir ese dinero; finalmente el *índice final* será la fecha de expedición de esta sentencia –con el índice conocido a la fecha-, con la cual queda ejecutoriado el fallo:

VP =	VH	<u>Ind. final</u> Ind. inicial	de donde,
VP =	\$50'800.440,84	<u>febrero/2012</u> abril/1995	de donde,
VP =	\$50'800.440,84	<u>112,647</u> 28,924	de donde,

⁴⁰ “Art. 178. AJUSTE DE VALOR. La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor.”

VP = **\$197'846.676**

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

FALLA

Primero. Confírmase la sentencia proferida el 11 de octubre de 2000, por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en consecuencia condénase al Municipio de Galapa a pagar a la sociedad Emilio Lebolo Arquitectura Ltda. la suma de ciento noventa y siete millones ochocientos cuarenta y seis mil seiscientos setenta y seis pesos (\$197'846.676)

Segundo. Niégase la pretensión expuesta en el recurso de apelación.

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

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ